

ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E LEGITIMIDADE DO DIREITO PUNITIVO

Margarida Bittencourt da Silva*,
Nivaldo dos Santo e Helenisa Maria Gomes de Oliveira Neto*

1. Introdução

A formação do Estado e a sua conseqüente centralização, monopolização e organização do poder político de natureza coercitiva, que caracteriza a sua soberania, conjugada com os princípios iluministas que afloraram no século XVII, provocou a necessidade teórica e filosófica de se racionalizar o exercício do poder punitivo, que institucionaliza a aplicação da pena, excluindo a vítima, e criminaliza condutas.

Diante disso, foram desenvolvidos discursos que buscam legitimar o poder de punir do Estado, os quais se revelam nas teorias das penas – que refletem no hodierno sistema punitivo, de maneira a atribuir à pena uma finalidade precípua para a defesa social, de acordo com os princípios intrínsecos que permeiam o conceito de justiça.

Impende realçar que a legitimação do direito de punir no Estado Democrático de Direito encontra-se em profunda crise, uma vez que não há simetria entre a teoria legitimante e os dados da realidade social, o que resulta em um discurso meramente simbólico, incapaz de demonstrar a realização empírica da finalidade da pena. Em razão disso, Zaffaroni *et.al.* atribuem à pena um conceito negativo, definindo-a como uma coerção que impõe uma privação de direitos ou inflige uma dor, sem, no entanto, reparar ou restituir, nem tampouco deter as lesões em curso ou neutralizar perigos iminentes¹.

Esses autores afirmam ainda que “*a legitimação o poder punitivo é, portanto, simultaneamente, legitimação de componentes do estado de polícia e atua em*

· Aluna pesquisadora da UCG.

* Professores da UCG. Núcleo de Estudos e Pesquisas em Ciências Jurídicas – NEPJUR – da Universidade Católica de Goiás.

¹ ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. (2003), p. 99.

detrimento do estado de direito”². Em razão disso, acredita Luigi Ferrajoli ser o problema da justificação da pena o problema clássico, por excelência, da filosofia do direito³.

Destarte, a constatação historicamente reiterada da incapacidade do Estado em satisfazer o propósito da pena privativa de liberdade, que é a reinserção social, reeducação e ressocialização do condenado, revela a falência do sistema prisional do hodierno modelo punitivo. Igualmente, demonstra a fragilidade dos fundamentos em que se assenta esse modelo, consistentes em doutrinas que legitimam *jus puniendi*, em face da dificuldade de conciliação entre a preservação dos direitos e garantias fundamentais do cidadão e aplicação da pena.

Sendo assim, o estudo em questão tem por escopo realizar uma análise crítica dos fundamentos teóricos dos discursos legitimantes da pena, que lhe atribui funções imprescindíveis para a defesa social, estudando, ainda, as modernas teorias referentes à fundamentação do poder de punir, a fim de dar subsídios para a construção de um modelo penal socialmente útil, de modo a apontar-lhe um sentido condicente com os ideais de um sistema punitivo próprio do Estado Democrático de Direito.

2. Materiais e Métodos

A metodologia empregada no presente estudo, própria da pesquisa jurídica, desenvolveu-se por meio da análise e interpretação realizada dos dados obtidos em investigação de documentos e revisão bibliográfica (livros, periódicos, relatórios, teses, dissertações etc), privilegiando, dessa forma, a documentação indireta. O estudo tem por referenciais teóricos a Criminologia, o Direito Penal e o Direito Constitucional, bem como as teorias justificacionistas das penas, a teoria do direito penal mínimo, do garantismo jurídico-legal e as teorias abolicionistas. Dada a extensão da pesquisa em evidência, foi necessária, ainda, a consulta em bancos de dados por meio da rede mundial de computadores.

Na elaboração do presente trabalho, utilizou-se técnicas dedutiva, pela qual se buscou alcançar um consenso comum entre os doutrinadores do tema, indutiva, que auxiliou na análise de temas especializados, e comparativa, por meio da qual se analisou, de

² *Idem, ibidem.*

³ FERRAJOLI, L. (2002), p. 199.

forma crítica, opiniões divergentes. A pesquisa limitou-se ao estudo da intervenção estatal na aplicação da pena a partir da Idade Moderna, período em que se desenvolveu a formação do Estado Nacional, centralizado e unificado, uma vez que foi nessa época em que se desenvolveu um discurso racional de legitimidade do poder do Estado e, conseqüentemente, do poder de punir.

3. Legitimidade do Estado

A discussão sobre a justificativa da intervenção estatal na aplicação da pena remete, inevitavelmente, à legitimidade do próprio Estado, que, em virtude de sua soberania, possui o monopólio do poder coercitivo de impor sanções penais em face do descumprimento da lei. No Estado Democrático de Direito, o exercício do poder estatal somente é legítimo se houver respeito aos direitos e garantias individuais e sociais, bem como aos princípios que norteiam o conceito de justiça e equidade. Em razão disso, o problema da legitimação ou justificação do direito penal atinge, na raiz, a própria questão da legitimidade do Estado, cujo exercício do poder de punir lesiona duramente os direitos fundamentais do cidadão.

Cezar Roberto Bitencourt ressalta que os conceitos de pena e Estado estão intimamente relacionados entre si⁴. Dessa forma, as teorias que fundamentam um modelo punitivo estão nitidamente ligadas aos fundamentos que legitimam o poder do Estado, que devem ser aferidos de acordo com os critérios positivados e não positivados, que definem a justiça. O Direito Penal é, portanto, um instrumento estatal de regulamentação da convivência dos homens em sociedade, uma vez esta corresponde a uma das funções primordiais do Estado politicamente organizado. Em razão disso, o poder estatal desdobra-se em poder punitivo, a fim de proteger lesões ou ameaças de lesões a bens jurídicos relevantes.

Citado por Eduardo C. B. Bittar e outro, o filósofo Ottfried Höffe desenvolveu a concepção de que o Estado está obrigado à realização da justiça, critério normativo do Direito⁵. Destarte, a justiça, enquanto princípio, deve ser a finalidade do Estado legítimo, de maneira que a imposição coativa de normas, regras e sanções em uma

⁴ BITENCOURT, C. R. (1993), p. 98.

⁵ BITTAR, E. C. B.; ALMEIDA, G. A.. (2005) , p. 526.

sociedade somente será legítima se houver esteio em um direito justo, baseado em valores essencialmente humanos e em virtudes políticas. Em razão disso, esse pensador afirma que é impossível haver convivência humana em uma anarquia, na ausência neutra ou absoluta de dominação⁶. Daí a imprescindibilidade do Estado.

Para Ottfried Höffe, a existência de um poder estatal é necessária para a realização da justiça, de forma que o Estado somente está autorizado a agir na medida da troca de liberdades por distributividade. Ele considera que: “*crer numa justiça sem poder de execução seria fantasia, e ao contrário representar um poder de estado sem justiça seria o cinismo da pura violência*”⁷. Em função disso, a intervenção estatal, imprescindível para a defesa da ordem social, é limitada, condicionada à garantia dos direitos individuais fundamentais da pessoa humana.

4. Origem do Discurso de Legitimação da Defesa Social

Para Zaffaroni e outros, o discurso legitimador do poder punitivo e do confisco do direito das vítimas manifestou-se pela primeira vez, de maneira racional e sistemática, na obra *Malleus Maleficarum* ou Martelo das Feiticeiras, dos inquisidores Heinrich Kraemer e James Sprenger, de 1487⁸. Esse livro, que evidencia uma misoginia extrema, busca justificar a aplicação de penas cruéis aos atos de bruxarias perpetrados por mulheres, baseado em ideologias próprias de um Estado Teocrático e de uma sociedade organicista.

O Martelo das Feiticeiras ou o *Malleus* considerava as mulheres seres inferiores, moralmente frágeis, favoráveis à indisciplina e capazes de realizarem um pacto com o diabo, praticando, dessa forma, atos de bruxarias, ofendendo o Criador e a sociedade. No entanto, segundo Zaffaroni *et.al.*, a razão pela qual a mulher foi objeto de repressão na obra originária do discurso de legitimação do poder punitivo reside, entre outras hipóteses, na crença de que ela “era menos disposta a aceitar a falácia do confisco da vítima e mais apta para denunciar que por trás dela existia um puro ato de poder corporativo e verticalizador da sociedade”⁹.

⁶ *Idem*, p. 527.

⁷ HÖFFE, Ottfried. *Justiça Política*. apud BITTAR, E. C. B.; ALMEIDA, G. A.. (2005), p. 527

⁸ ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. (2003), p. 510.

⁹ *Idem*, p. 512.

De acordo com os autores acima mencionados, a criminologia de *Malleus* legitima o poder inquisitório por meio da comprovação da existência de bruxas, da gravidade dos crimes por elas praticados, considerados mais graves que o pecado de Adão, e da pluricausalidade destes (o diabo, as bruxas e a permissão de Deus). Destarte, os crimes reprimidos nessa obra são cometidos mediante a influência do mal pelo diabo, atingindo as mulheres, que, por serem fracas, são capazes de realizarem atos de bruxarias, com a permissão de Deus. Esse complexo raciocínio permitiu a responsabilização criminal das feiticeiras.

Trata-se, desse modo, de uma teoria de defesa social ilimitada, que se baseia na concepção de uma sociedade organicista, na qual não há limites para o exercício do poder punitivo, uma vez que o ente social é naturalmente superior aos homens que o compõe, devendo ser protegido de maneira rigorosa. Segundo Zaffaroni e Pierangelli¹⁰, o organicismo social era um paradigma que justificava o poder e os privilégios da classe hegemônica sobre a maioria carente, demonstrando, para isso, que a hegemonia era natural.

No entanto, a teoria de defesa social ilimitada, implícita no Martelo das Feiticeiras, contrariava os anseios da classe industrial em ascensão, que, opondo-se ao organicismo social, necessitava reduzir o poder político da nobreza para controlá-la e, depois, deslocá-la em seu discurso, valendo-se do contrato como paradigma de sociedade¹¹. Em razão disso, o discurso legitimador do poder punitivo, diante da necessidade de justificar e manter uma nova ordem social estabelecida com a formação do Estado Absoluto, foi limitado pelo novo modelo instituído pelo contrato social.

5. Teorias Justificacionistas da Pena

As teorias da pena surgiram em razão da necessidade teórica e filosófica de se racionalizar o exercício do poder punitivo, que remete à própria legitimidade do Estado, de maneira a justificar a exclusão da vítima na persecução penal e a prática de uma violência contra o indivíduo que pratica uma infração penal. Dessa forma, essas teorias

¹⁰ *Idem.*, p. 282.

¹¹ *Idem.*, p. 518.

fundamentam a legitimidade do *jus puniendi*, considerando-o imprescindível para a defesa da sociedade¹².

Trata-se, portanto, de uma resposta positiva ao problema legitimação da pena, na qual, em suas várias facetas, reside a toda a fundamentação do atual Direito Penal. Em decorrência disso, Fernando Capez afirma que a missão do Direito Penal é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc¹³.

Luigi Ferrajoli denomina essas doutrinas de justificacionistas, uma vez que justificam os custos do direito penal com objetivos, razões, ou funções moralmente ou socialmente irrenunciáveis¹⁴. Zaffaroni e outros afirmam que as teorias legitimatórias do poder punitivo atribuem à pena a função geral de defesa social, a qual se encontra, de maneira indireta, imbuída até mesmo no discurso das teorias absolutas, que entendem que a pena possui um fim em si mesma¹⁵.

Segundo eles, os discursos legitimantes do poder punitivos contêm uma escassa solidez fundamentadora, que transparece na possibilidade de justificar qualquer ato do Estado simplesmente mediante a escolha do discurso mais apropriado. Dessa forma, essas teorias permitem, por meio de seu desdobramento, a elaboração de doutrinas distintas e incompatíveis entre si, conferindo espaço para o uso político das sanções penais.

As teorias legitimatórias da pena dividem-se em absolutas e relativas. As primeiras consideram a pena uma retribuição ao indivíduo do mal provocado pela prática de um ilícito penal. As relativas são doutrinas utilitaristas, que consideram a pena um instrumento para a defesa do grupo social e para a realização da finalidade utilitária a ela atribuída, consistente na prevenção de futuros crimes. Subdividem-se em teorias da prevenção geral negativa, positiva, prevenção especial e mista.

No entanto, os resultados da pesquisa demonstram a ausência de solidez teórica apresentadas por essas doutrinas. A teoria da prevenção geral negativa, que fundamenta a aplicação da pena por meio de sua função intimidatória, não é suficiente para

¹² Muñoz Conde acredita que sem a pena seria impossível a convivência na sociedade de nossos dias. Para ele, a justificação da pena não é uma questão religiosa nem filosófica, e sim uma amarga necessidade de seres imperfeitos como são os homens. (Francisco Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*, apud BITENCOURT, 1993).

¹³ CAPEZ, F. (2001), p. 01.

¹⁴ FERRAJOLI, L. (2002), p. 200.

¹⁵ ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. (2003), p. 114.

legitimar o poder punitivo, uma vez que somente se produziria o fim desejado com a imposição de penas extremamente cruéis, capazes de amedrontar os membros da sociedade, o que contrariam os princípios decorrentes da dignidade humana.

A teoria da prevenção geral positiva, igualmente, não apresenta argumentos satisfatórios para a intervenção estatal punitiva, tendo em vista que a finalidade que preconiza, qual seja, a reafirmação da obediência às normas penais, pode ser alcançada por meio de outros recursos alternativos, menos aflitivos que a punição penal, motivo pela qual essa utilização simbólica do Direito Penal não serve de fundamentação do *jus puniendi*.

A teoria da prevenção especial, por sua vez, que justifica a imposição da pena mediante de um discurso ressocializador, priorizando a reinserção social do condenado e a sua neutralização, não é capaz de legitimar o atual modelo punitivo, de vez que os dados da realidade social comprovam que a aplicação da pena é um fator criminógeno e não ressocializador. Em função da falência do paradigma penal em questão, essa teoria não apresenta fundamentos teóricos capazes de legitimar o poder de punir no Estado Democrático de Direito.

Em função disso, surgem duas principais vertentes teóricas referentes à fundamentação da pena no Estado Democrático de Direito, as quais, contrapostas entre si, buscam uma alternativa à atual justiça criminal. Trata-se das teorias abolicionistas, que pugnam, em síntese, pela abolição do Direito Penal, e do garantismo-penal, que defende a minimização da intervenção estatal e a aproximação dos princípios normativos a sua aplicação empírica, as quais serão estudadas nos itens subseqüentes.

6. Teoria do garantismo-penal

A teoria do garantismo penal, desenvolvida por Luigi Ferrajoli, consiste em um desdobramento das doutrinas justificacionistas, que contesta a extensa divergência existente entre as normas dispostas no ordenamento jurídico e a sua aplicação prática, evidenciando uma grande distância entre o *dever ser* e o *ser*. No âmbito do Direito Penal, isso se traduz em violação dos direitos e garantias fundamentais do condenado na execução

da pena, impossibilitando a consolidação dos princípios idealizados em um Estado Democrático de Direito.

Para Luigi Ferrajoli, a justificação do direito penal subdivide-se em duas acepções diversas: a legitimação interna e a externa. A primeira, também denominada legitimação em sentido estrito, refere-se a princípios normativos internos, relativos ao próprio ordenamento jurídico. A segunda reporta-se à legitimação do direito penal por meio de princípios normativos externos ao direito positivo, baseados em critérios morais, políticos ou utilitários de tipo extra ou metajurídico¹⁶.

Segundo essa teoria, o sistema penal somente será legítimo, em sua dupla acepção, se reduzir o amplo espaço existente entre os princípios normativos e a sua aplicação operacional, assegurando e tutelando, efetivamente, os direitos humanos e as garantias penais. Somente desse maneira é possível vislumbrar um modelo punitivo justificável no plano jurídico, político e ético, em conformidade com o Estado Democrático de Direito, capaz de reduzir a violência dos delitos e da reação contra as pessoas que os praticam.

A legitimidade do sistema penal condiciona-se, ainda, à minimização do poder punitivo, a qual reduz, quantitativamente, a intervenção penal do Estado, e à tutela máxima dos direitos constitucionais e penais de quem comete um crime, excluindo os métodos informais de punição. Dessa forma, esse paradigma proposto caracteriza-se não só pela defesa social, mas também pela defesa do réu, uma vez que justifica a aplicação da pena principalmente pela sua função de poupar o condenado de punições arbitrárias, que violem seus direitos, evitando que sofra suplícios maiores¹⁷. Em razão dessa característica, esse modelo opõe-se às demais teorias justificacionistas da pena.

Para o garantismo penal, o poder punitivo, que deve ser mínimo, é legitimado por razões utilitárias, uma vez que sua função é prevenir reações violentas formais e informais contra quem pratica um delito. Nessa concepção, a aplicação da pena é um instrumento impeditivo da vingança. Assim, Ferrajoli não nega a função preventiva geral da pena, dando-lhe, no entanto, um duplo papel, consistente na prevenção do delito, o que indicaria o limite mínimo da pena, e a prevenção das reações violentas

¹⁶ FERRAJOLI, L. (2002), p. 171.

¹⁷ FERRAJOLI, L. (2002), p. 277.

desproporcionadas, a qual assinalaria seu limite máximo¹⁸. O poder punitivo atua, portanto, sempre ao lado do mais fraco, agindo em favor da vítima e em favor do delinquente, por meio de um sistema de garantias máximas e efetivas.

A teoria do garantismo penal rejeita, portanto, a idéia de ilegitimidade do poder de punir, defendendo juridicidade à pena. Isso porque os dados da realidade social não podem deslegitimar o poder punitivo, de vez que o direito penal mínimo é o único meio de evitar uma vingança privada ilimitada em uma sociedade democrática. No entanto, para ela, o Direito Penal somente se justifica como meio de limitação da intervenção estatal, garantindo ao condenado, sobretudo, o respeito a sua dignidade. Em resumo, a pena somente será legítima se aplicada como forma de minimizar a reação violenta decorrente da prática de uma infração penal, conferindo ao acusado e ao condenado as suas garantias constitucionais.

7. Teorias abolicionistas

As teorias abolicionistas, em suas várias nuances, recusam-se a admitir a legitimidade do Direito Penal, voltando-se contra a intervenção punitiva do Estado, tendo em vista a ausência de fundamentos para a aplicação da pena no Estado Democrático de Direito, em face da violência que a mesma produz. Zaffaroni *et.al.* corroboram essa idéia, conferindo um conceito negativo à pena, definindo-a como uma coerção que impõe uma privação de direitos ou inflige uma dor, sem, no entanto, reparar ou restituir, nem tampouco deter as lesões em curso ou neutralizar os perigos iminentes¹⁹.

O abolicionismo penal parte do pressuposto da deslegitimação do poder punitivo e de sua incapacidade para resolver conflitos, propondo o desaparecimento do sistema penal e a sua substituição por modelos de solução de conflitos alternativos, preferencialmente informais²⁰. Seus defensores partem de diversas bases ideológicas, podendo ser destacadas a fenomenológica, de Louk Hulsman, a marxista, da primeira fase de Thomas Mathiesen, a fenomenológico-histórica, de Nils Christie e a estruturalista, de Michel Foucault.

¹⁸ ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. (2003), p. 645.

¹⁹ ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. (2003), p. 99.

²⁰ *Idem*, p. 648.

Louk Hulsman concebe o sistema penal como um problema em si mesmo, que deve ser abolido, em razão dos malefícios que produz e da sua inutilidade para realizar a finalidade a ele atribuída, e substituído por instâncias intermediárias e individualizadas de solução de conflitos, que atendam às necessidades reais das pessoas envolvidas²¹. Esse autor destaca três argumentos básicos para a supressão do direito penal, consistente no sofrimento desnecessário e injusto que provoca, na ausência de efeitos positivos sobre as pessoas envolvidas no conflito e no seu difícil controle.

Luigi Ferrajoli²² identifica duas principais subdivisões dessas teorias, que, apesar da abordagem divergente, possuem o mesmo fundamento, qual seja, a negação da legitimidade da intervenção punitiva estatal. Tratam-se do abolicionismo radical de Stirner e do abolicionismo holístico anárquico e pós marxista. Para a primeira, a ilegitimidade não se limita apenas à pena, mas também a qualquer forma de constrição ou coerção, penal ou social. A segunda afasta a idéia da supressão de outras maneiras de controle social, defendendo a subsistência de um modelo punitivo informal, com a abolição, contudo, da pena institucionalizada e, possivelmente, do Direito Penal.

Segundo esse mesmo autor²³, a vertente do abolicionismo radical apresenta características individualistas e anárquicas, próprias de Max Stirner, de vez que deprecia ordens e regras, jurídicas ou morais, e valoriza a transgressão, considerando-a manifestação legítima do egoísmo a-moral do ego, de maneira que qualquer forma de punir essa expressão constitui uma injustiça. Já o abolicionismo holístico anárquico se opõe, em termos, a essa postura individualista de Stirner. Influenciado por uma concepção jusnaturalista, pode ser vislumbrado em uma sociedade moralista, baseada, sobretudo, na solidariedade, na qual uma moral superior bastaria para regulamentá-la, dispensando a disposição normativa e a sua imposição pelo Estado.

Para os defensores das teorias abolicionistas, a aflição decorrente da pena não pode ser moralmente aceita, em face dos princípios do Estado de Direito. Para eles, o sistema penal é simbólico e apenas possui a função de assegurar a hegemonia de um setor social²⁴. O ideário abolicionista mais aceito propõe a substituição da aplicação da pena pelo Estado por soluções informais, pedagógicas e comunitárias, de maneira a aproximar o

²¹ *Idem, ibidem.*

²² FERRAJOLI, L. (2002), p. 201.

²³ *Idem, ibidem*

²⁴ ZAFFARONI, E..R.; PIERANGELI, J. H. (2004), p. 77.

infrator da sociedade, buscando, com isso, a concretização da pacificação social. No entanto, essa proposta não encontra guarida na realidade prática, não havendo relatos de sua aplicação em um país democrático. Em razão disso, é preciso buscar soluções punitivas limitadas e alternativas, reduzindo ao máximo a sua intervenção.

8. Discussão

Da análise comparativa entre as duas principais teorias modernas, é possível traçar pontos de aproximação, que se restringem, entretanto, às críticas do hodierno modelo punitivo, baseado nas tradicionais teorias justificacionistas das penas, e à busca de um paradigma penal condizente, de maneira substancial, com o Estado Democrático de Direito, tendo em vista a flagrante violação de direitos fundamentais do condenado no hodierno sistema de aplicação da pena. Ambas teorias abordam, de maneira divergente, a legitimidade da intervenção do Estado na Justiça Criminal, propondo alternativas à atual crise do Direito Penal. Diante disso, impende perquirir qual delas corresponde, de forma satisfatória, às aspirações democráticas que permeiam o Sistema Penal.

Pode-se aferir que as teorias abolicionistas, ao negarem a legitimidade do poder punitivo, propõem um modelo que coloca em risco as garantias constitucionais. Para Ferrajoli²⁵, as versões dessas teorias ignoram qualquer orientação garantista, não apresentando uma resposta convincente aos problemas ligados à limitação e ao controle do poder punitivo. Isso porque são baseadas em um modelo de sociedade regida por leis naturais, que não dispõe de meios para limitar a intervenção punitiva privada, nem mesmo para evitar a preponderância da lei do mais forte.

Não obstante isso, pode-se identificar aspectos positivos nas teorias abolicionistas, conforme reconhece esse mesmo autor²⁶, atribuindo à ela dois importantes méritos. O primeiro refere-se à análise crítica do direito penal realizada, contribuindo para a autonomia da criminologia crítica, elevando o nível das discussões teóricas sobre a legitimidade do poder de punir. O outro diz respeito ao ônus da fundamentação satisfatória

²⁵ FERRAJOLI, L. (2002), p. 203.

²⁶ *Idem*, p. 203/204.

e pertinente da intervenção pena do Estado confedo aos justificacionistas. Em razão disso, apesar de proporem um modelo punitivo temerário, os abolicionistas contribuem, teórica e filosoficamente, para a construção de um discurso substancialmente legítimo do Sistema Penal

Por outro lado, a teoria do garantismo penal apresenta elementos capazes de legitimar o poder punitivo estatal, plenamente justificável no plano ético, político e jurídico, apresentando uma resposta à crise de legitimidade do poder de punir em conformidade com os princípios constitucionais de proteção dos direitos fundamentais e garantias penais. A sua proposta de um modelo penal de dupla defesa, da sociedade e da pessoa que pratica um delito, é capaz de minimizar os efeitos negativos decorrentes da aplicação da pena, por meio de instrumentos garantistas que assegurem, de forma efetiva, a dignidade humana, conferindo proteção ao ente social.

9. Conclusão

A presente pesquisa desenvolveu-se com o objetivo principal de realizar uma análise crítica dos fundamentos teóricos dos discursos legitimantes da pena, que justificam o atual modelo punitivo, estudando, ainda, as modernas teorias que buscam amoldar a aplicação da pena aos princípios inerentes de um Estado Democrático de Direito. A importância do estudo realizado reside na constatação da ineficácia do hodierno sistema penal e da falência do Estado na administração da justiça penal, o que provoca uma grave violação dos direitos e garantias fundamentais da pessoa, consistente em flagrante desrespeito à dignidade humana.

A crise que aqui se destaca refere-se à legitimidade da intervenção penal estatal no Estado Democrático de Direito, uma vez que não há aplicação prática dos fundamentos que justificam o poder punitivo, reduzindo o discurso legitimante em um recurso meramente simbólico. Diante da incapacidade do Estado em promover a finalidade atribuída à punição, as teorias da pena, que justificam a sua intervenção, não se adequam aos princípios que norteiam o conceito de justiça, razão pela qual se conclui que a aplicação da pena, nos moldes atuais, não é legítima, tendo em vista, principalmente, a fragilidade de seus fundamentos e os dados da realidade social.

Da análise dos resultados do estudo, conclui-se que a teoria do garantismo penal amolda-se ao modelo punitivo ideal do Estado Democrático de Direito, o qual possui a função prioritária e fundamental de desenvolver formas de aproximação entre os princípios normativos e a sua aplicação empírica, por meio da intervenção mínima na esfera punitiva, da atuação dos seus órgãos vinculados ao Direito Penal e da elaboração de políticas criminais, promovendo um sistema garantista válido e efetivo.

Convém destacar que o desenvolvimento da teoria do garantismo-penal e das novas tendências político criminais contemporâneas, como o Direito Penal Mínimo, Movimento de Descriminalização e Despenalização, figuram o maior desafio do Estado contemporâneo, tendo em vista que a sua aplicação prática corresponde à proteção máxima dos direitos fundamentais do cidadão e dos direitos humanos, de maneira que a consecução desses objetivos representam a consolidação da própria Democracia.

10. Referências

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão – Causas e Alternativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral: volume 1 - 3. ed. rev. e ampl.* - São Paulo: Saraiva, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.*
- SANTOS, Nivaldo dos. *Monografia jurídica*. Goiânia: AB, 2000.
- ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - Primeiro Volume*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro Parte Geral*. 2 ed. Rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

