

GARANTISMO: DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE TUTELA DE BENS JURÍDICOS

Ronald Pinheiro Rodrigues¹
Alexandre Cesar dos Santos²

RESUMO: O artigo tem o objetivo de investigar o Direito Penal através das contribuições do garantismo. É uma análise dos seus aspectos, baseado no bem jurídico a partir dos enunciados previstos na constituição, bem como o estudo do Direito penal como *ultima ratio*. Também enfatiza a função do Direito Penal na defesa da constituição do Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: Garantismo. Bens jurídicos. Direito Penal.

ABSTRACT: This paper investigate the criminal law through guaranteeism contributions, analyzing its aspects, based on the juridical asset from the texts in the constitution, and the study of criminal law as *ultima ratio*. It also emphasizes the function of criminal law in defense of the Constitution of the Democratic State of Law.

KEYWORDS: Guaranteeism. Juridical asset. Criminal law.

INTRODUÇÃO

Observa-se uma constante relação entre os objetivos do Estado e o conteúdo das normas jurídicas. Essas estão sempre defendendo e impondo determinados interesses predominantes, determinados valores na ordem estatal. A obra de Fernand Lasse, A essência da Constituição, escrita em 1863, reflete, em certa dose as relações de poder dominantes que determinam o ordem jurídica: “Os fatores reais do poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são”(LASSALE, 2001. p. 10-11).

Trazendo o pensamento da concepção sociologia de Constituição para o Direito Penal, depreende-se que ele acaba atuando como um instrumento a serviço do Estado como uma forma de controle de social. Porém de igual forma pode está a serviço tanto do bem como do mal, da justiça como da injustiça, da liberdade como da opressão, da paz como da guerra, do bem comum como da exploração humana.

¹ Mestrando em Direito Penal pela Faculdade Damas da Instrução Cristã. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. E-mail: ronald.pinheiro.rodrigues@gmail.com.

² Delegado de Polícia Civil do Estado de Alagoas. Professor de Direito Penal da Faculdade da Cidade de Maceió (FACIMA). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco- UFPE (2006). Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Uniderp - LFG. Especialista em Direitos Humanos e Segurança Pública pela Universidade de Federal de Rondônia/SENASP. E-mail: acsufpe@yahoo.com.br

Paradoxalmente, a justiça não é inerente ao direito, não serve para defini-lo, como querem os adeptos ao jus naturalismo. Pelo contrário, trata-se de uma eterna aspiração que deve ser conquistada. Não é apenas a sanção que faz com que a norma seja cumprida, mas também os valores e, infelizmente, a sociedade atual encontra-se totalmente desprovida de valores. Neste contexto, surge a expressão sociedade de risco, a qual designa um estágio da modernidade em que começa a tomar corpo as ameaças produzidas, até então no caminho da sociedade industrial. Portanto, os riscos da modernização caracterizam a atual sociedade de riscos que projeta um futuro incerto (CALLEGARI; WERMUTH, 2010. p. 14).

1 BEM JURÍDICO COMO UM VALOR CONSAGRADO NA CONSTITUIÇÃO

Faz-se importante relatar um fato notório para que se entenda a alegada, por muitos, importância da Lei nº 13.104: somente a partir do 24 de fevereiro de 1932, no Brasil, houve a conquista do voto feminino. Antes mesmo de 1932, discutia-se a possibilidade de criar um Código Penal brasileiro o qual só ficou definido a partir de 7 de dezembro de 1940, através do Decreto-Lei 2.848. Isto é, nele prevalece a ideia de uma sociedade patriarcal, cuja relevância da mulher era ainda considerada secundária, pois notem que a palavra “mulher” só é citada 3 vezes em todo o Código Penal, para definir crimes específicos contra as mulheres, citações a partir de 1984. Com o advento da Lei do Femicídio, o Código passa citar a palavra mulher 5 vezes. (A palavra “homem” não é citada e nem o adjetivo masculino, pois está subentendido que o Código era para punir homens e também para protegê-los.) Então, havia os seguintes artigos:

A constante promulgação de leis penais incriminadoras, as quais deveriam ser inseridas no ordenamento jurídico, em tese, para satisfazer as novas exigências para tutelar de bens jurídicos indispensáveis, não observam critérios de criminalização de condutas.³ Soma-se a isso, o exagerado e indiscriminado uso simbólico do instrumento penal, bem como, o desprezo aos princípios e normas constitucionais, ou seja, uma inconcebível violação das garantias processuais e penais inscritas na constituição. Pune-se, portanto, não para defender a

³ Cf. Prado, Luiz Regis. Johann M.F. Birnbaum é considerado o responsável pela elaboração do conceito de bem jurídico-penal que rompe com essa visão iluminista, alicerçada na idéia de Anselm von Feuerbach. Segundo este o delito seria uma lesão a direito subjetivo, subordinado assim a um princípio material - a preservação da liberdade individual. Feuerbach esboçava um avanço, pois era uma forma de delimitação da incriminação e do arbítrio estatal, uma vez que o delito deixa de ser visto como uma lesão de um dever para com o Estado. Diferentemente, Birnbaum passa a considerar o delito como sendo uma lesão a bens jurídicos.

sociedade do mal representado pela criminalidade, através da prevenção geral os especiais de condutas delitivas, mas também para abarcar uma dimensão extremamente punitivista voltada à grupos socialmente excluídos em do poder econômico (CALLEGARI; WERMUTH, 2010. p. 39).

Não raras vezes, a tal fim, desconhecem-se as reais necessidades de tutela penal como extrema *ratio*, para adotar movimentos políticos-criminais incompatíveis como o estado democrático de direitos e violadores de direitos fundamentais. Sendo assim, devem ser extirpados do ordenamento jurídico tipos penais incriminadores cujo conteúdo servem de expressão a despertar na sociedade civil efeitos persuasivos, hábeis o necessário para impacto emocional e político. Desse modo, para examinar o tipo penal incriminador, o intérprete poderá perquirição acerca do bem jurídico tutelado pena norma, a qual é a base para a determinação de uma ação como típica, que se assenta na relação de necessidade de lesão ao bem jurídico, o que se conclui que não há tipos penais incriminadores dissociados de bens jurídicos (TAVARES, 2002, p. 180).

Registre-se que já não há mais discussão acerca do caráter simbólico do direito penal, sendo assim, imperiosos reconhecer a necessidade de total e drástica diminuição da já conhecida tutela penal tão somente simbólica, dirigida a função de estigmatizar fatos e autores pela via da criminalização, o que levaria, conseqüentemente, a diminuição do número de figuras delituosas. Somente assim, o sistema penal seria efetivamente dotado de capacidade acessória, realizando sua tarefa de prevenção geral e especial de forma adequada.

Percebe-se, que a tão sonhada desconstrução do discurso penal expansionista e extremamente punitivo é um desafio que impele a proclamação de algumas verdades que a propaganda mediática procura impor a sociedade. Na verdade, o modelo penal conservador busca o recrudescimento das penas e a vingança retributiva, enquanto o modelo penal garantista vislumbra uma funcionalidade potestativa racional, optando pela proporcionalidade, e conseqüentemente, baseando-se na principiologia penal constitucional, tais como a dignidade da pessoa humana, culpabilidade, humanidade de penas, intervenção mínima e proporcionalidade e outros.

Como se infere da realidade exposta, a pena é uma meio extremo. Neste contexto, são basilares as palavras de Claus Roxin acerca da finalidade do direito penal:

A intervenção mais radical na liberdade do indivíduo que o ordenamento jurídico permite ao estado. Sustentando esses preceitos, entende-se que o estado não deva recorrer ao direito penal e sua gravíssima sanção se existir a possibilidade de garantir uma proteção suficiente com outros instrumentos jurídicos não penais (ROXIN, *apud* BATISTA, 2005, p.84)

Ademais, a prática cotidiana mostra que a pena é uma solução imperfeita, devendo ser concebida apenas como *ultima ratio*, ou seja, o direito penal só deve ser acionado pelo legislador para os casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, enquanto as perturbações mais leves da ordem jurídica devem ser objeto de outros ramos do direito.

De fato, se o fim da pena é fazer justiça, toda e qualquer ofensa ao bem jurídico deve ser castigada. Entretanto, se o fim da pena é evitar o crime cabe questionar a necessidade, a eficácia e a oportunidade de cominá-la para tal ou qual ofensa.

2 DIREITO PENAL COMO ULTIMA RATIO

O princípio da subsidiariedade do direito penal, que pressupõe a fragmentariedade, deriva justamente de sua consideração como remédio sancionador extremo, que deve, portanto, ser aplicado apenas quando outro ramos do Direito se sejam ineficientes. Em outras palavras, a intervenção do Direito Penal deve se dar exclusivamente quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito.

Nesta linha de intelecção, imperioso dizer que no paradigma penal do Estado Democrático de Direito, não há como fugir a uma estreita correlação entre os princípios de caráter constitucional, que ditam não só os direitos e garantias fundamentais, como também a ordem política, econômica e social e, de outro, os bens jurídicos que compõem a ordem jurídico penal (BATISTA, 2005. p. 86)

Há, sem dúvidas, um traço de conexão que vincula esse conjunto de valores expressa ou implicitamente revelados pelo modelo constitucional adotado, aos bens jurídicos que são objetos de tutela penal. Isto, não significa que haja entre eles identidade absoluta, mas é inquestionável uma relação de mútua referência.

Vale lembrar, que na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito Penal deve apresentar-se como a *ultima ratio legis*, posicionando-se em último lugar e só atuando quando extremamente indispensável para a manutenção da ordem jurídica estabelecida (PRADO, 1997. p. 57). Ressalta-se que o bem jurídico é protegido penalmente apenas perante certas formas de agressão ou ataque, consideradas socialmente inaceitáveis. Do mesmo modo, somente as ações mais graves dirigidas contra os bens reconhecidamente fundamentais podem ser criminalizados.

Essa orientação permite concluir que em um Estado do Direito Democrático protetivo dos direitos fundamentais “a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto de bem jurídico”, justamente por sua legitimidade perante a ótica constitucional, “quando imprescindível para salvaguardar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade” (ANDRADE, 1997. pp 59-60).

Vê-se, pois, que o controle penal não se legitima por meio de uma intervenção ilimitadamente expansiva, idônea a atingir toda e qualquer conduta humana que possa lesionar ou por em risco bens jurídicos de dignidade jurídico-penal. O direito penal penas pode atuar diante dos ataques mais violentos contra tais bens e sempre que todos os demais controles sociais extrapenais se revelem inertes ou ineficazes na sua salvaguarda.

Cabe ao legislador constitucional derivado, em regra, a relevante tarefa de fazer o juízo aferidor da necessidade de intervenção penal, pois:

No mundo intrincado da tipologia penal, é ele o personagem principal, o protagonista, o todo poderoso. É ele quem constrói o tecido punitivo. No seu tear, entrecruzam-se, no sentido transversal e longitudinal, os fios desenrolados dos novelos de fatos e de penas. É ele quem observando a carência de proteção penal, elege os fatos ofensivos mais significativos e escolhe as penas que sejam adequadas à danosidade social por eles provocada (FRANCO, 2006, p. 12-13).

Na sua esfera de atuação, estão, portanto, a descrição das ações humanas com palavras minimamente coerentes e a escolha quantitativa de sanções punitivas que tenham ao menos grandeza proporcionada. Cada tipo penal deve possuir um equilíbrio interno, e todo o conglomerado tipológico não suporta nem condutas humanas narradas de modo avaro, derramado ou conflito, nem penas abusivas ou aberrantes.

Exatamente por dispor, nesse contexto, do fantástico poder de compor figuras criminosas e cominar penas, pondo em grave risco o direito de liberdade do cidadão, é que o legislador comum está balizado expressamente por um princípio constitucional inafastável: o princípio da legalidade (art. 5, XXXIX, da CF).⁴

Nesse aspecto, o princípio da reserva legal pressupõe que a intervenção penal deva esta disciplinada pelo domínio da lei stricto sensu, objetivando, desse modo, evitar o exercício arbitrário e ilimitado do poder de punir. Trata-se de uma forma de restrição arbitro das fontes

⁴ O Princípio da Legalidade está preceituado na Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXXIX e no Código Penal no art. 1º, que preceitua: Não há crime sem lei anterior que o defina; não há pena sem prévia cominação legal. Para a doutrina dominante, O princípio da legalidade surgiu com o advento da Magna Carta (século XIII), em que barões ingleses impunham suas vontades ao rei João Sem Terra. O princípio se passa a ganhar espaço com o Iluminismo através das Constituições escritas. Com Feuerbach, no início do século XIX, o princípio da legalidade se solidifica com a expressão : *nullum crimen nulla poena sine lege*.

normativas e, sobretudo, de um meio para assegurar a garantia de liberdade pessoal do cidadão, representado um valor que se impõe a todos os responsáveis pela atuação do controle formal.

Interessante ainda mencionar que o protagonismo do legislador na formulação do juízo de necessidade da tutela penal, cedeu espaço nos últimos tempos a uma postura constitucional reconhecidamente intervencionista. A Constituição de 1988 abriu inúmeras possibilidades de proteção penal, de forma que o legislador constituinte se fez passar por legislador ordinário, manifestando em seu lugar, e por vezes de forma fracassada ou inadequada, as escolhas inicitivas.

Por fim, e considerando o histórico de decadência do sistema prisional, no que tange as suas funções de controlar a criminalidade e promover a reinserção social do condenado, bem com, os verdadeiros fins que tem exercidos, deve-se lutar por um direito penal mínimo, apto a agir apenas em defesa de bens jurídicos imprescindíveis à convivência pacífica dos homens, e que não possam ser protegidos eficazmente por outros meios.

3 BREVES ASPECTOS DO GARANTISMO PENAL

Verifica-se que o Direito Penal vem se restringindo cada vez mais aos interesses estatais como única forma legítima de solução de combate e prevenção da criminalidade urbana. Nesse contexto, a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli merece destaque, visto que sugere exatamente uma atuação eminentemente social, estruturada em um caráter essencialmente procedimental, e totalmente desvinculado das formas tradicionais de observação do fenômeno jurídico (FERRAJOLI, 2002. p. 851. Tradução: Tavares).

Cumprir asseverar que essa orientação que desde algum tempo se conhece por garantismo, nasceu no campo penal como uma possível resposta ao crescente desenvolvimento das políticas criminais que se dizem atuar em nome da defesa de estado de direito e de um ordenamento jurídico democrático. Sendo assim, importante se faz distinguir as traços acepções garantistas desenvolvidas por Ferrajoli, as quais, embora diversa, encontram-se intimamente ligadas.

A primeira acepção designa um modelo normativo de direito, respeitando o direito penal, sobretudo, seu modelo de estrita legalidade, que em um plano epistemológico, se caracteriza justamente pelo uso de poder mínimo. Já no plano político, posiciona-se como

uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência, maximizando a liberdade no plano jurídico, ou seja, impondo ao Estado a proteção efetiva dos direitos dos cidadãos.

Em uma segunda acepção, propõe Ferrajoli uma teoria jurídica consistente na validade e efetividade como categorias distintas não só entre si, mas também como relação a existência e vigência das normas. Sob esse aspecto, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separado o ser e o deve ser no direito.

A questão central encontra-se precisamente na divergência existente nos ordenamentos completos, entre modelos normativos tendencialmente garantistas, bem como, nas práticas operacionais, tendencialmente anti-garantistas.

No entender de Ferrajoli, o garantismo seria um modelo de direito que se preocupa com aspectos formais e materiais necessários para uma atuação válida do direito. Essa correspondência entre aspectos formais e substanciais, teria a função de efetivamente tornar possível aos cidadãos, todos os direitos fundamentais a eles inerentes.

Por sua vez, a terceira acepção transmite um garantismo filosófico-político, impondo ao direito e ao estado uma carga de justificação externa conforme seus bens e interesses cuja tutela e garantia constituem precisamente a finalidade de ambos.

Como se pode notar, neste último sentido, o garantismo apresenta uma doutrina laica no que concerne a separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre o ponto de vista interno e o externo na valoração do ordenamento, entre o ser e o deve ser do direito.

É de se dizer que tal acepção propõe uma tentativa de aumento das formas de garantia efetiva de direitos, surgindo do normativismo, com o intuito de obter normas estatais que funcionem como um ponto de partida e, conseqüentemente, verificando ou não sua compatibilidade frente à realidade social.

Note-se que essas três acepções sugerem positivamente os elementos de uma teoria geral do garantismo, expondo não só o caráter vinculado do poder público em um estado de direito, mas também, a divergência entre validade e vigência produzida pelos desníveis de normas e, inclusive, um certo grau irreduzível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior. Conseqüentemente parte para uma distinção entre o ponto de vista ético-político (externo) e o ponto de vista jurídico (interno) e a correspondente divergência entre justiça e validade (FERRAJOLI, 2002. p. 854).

4 AS FINALIDADES DO DIREITO PENAL

A Política criminal encontra-se intimamente ligada com as finalidades do Direito Penal. A questão que envolve as finalidades do Direito penal pode ser abordada por meio de três diferentes perspectivas (MIR PUIG, 1996, p. 64).

Uma análise, por exemplo, do Direito Penal positivo brasileiro é incapaz de indicar o marco teórico no qual se tenha baseado alguma teoria para os fins do Direito penal, já que sobrevivem normatizações completamente distintas e contraditórias, ou, mesmo, excludentes, em termos de ideologia jurídico-penal.

Primeiramente, portanto, há que se conhecer as finalidades que deveriam ser cumpridas pelo Direito Penal em uma sociedade de construção sociocultural determinada, para, após, concluir-se pela coincidência, ou não, do direito positivo com estas atribuições de fins.

Para tal, faz-se necessária uma base teórico-crítica a instruir a conclusão acerca da legitimidade do Direito Penal. A constituição, por representar o consenso valorativo do grupo social, oferece um respeitável marco, que não somente deve ser consultado, como também, deve servir de guia ao legislador, ao intérprete, ao aplicador e àquele que irá executar os comandos normativos.

Caracterizar o Direito penal em termos de feição e finalidade tem sido tarefa que se destaca, antes de tudo pelas significativas controvérsias que desencadeia. Isto traz, por via de consequência, discussões acerca da legitimidade epistemológica, e propicia, também, que sejam criadas leis sem conteúdos ideológicos contrários, ao sabor do jogo de forças ao qual foi submetido determinado desencontro de opiniões, com total desprezo por princípios já universalmente consagrados.

Nos países que consolidaram um modelo de Estado Social e democrático de Direito, estes problemas encontram-se bastante resolvidos. Também são consensuais os fundamentos do Direito Penal. Sua razão de ser é encontrada na eterna busca pelo melhor viver do homem. Não se pode olvidar, por certo, que o entendimento acerca das condições necessárias para se chegar ao fim colimado vem se alterando e que cada vez alarga-se mais o seu rol, incluindo-se, hoje, itens que até pouco tempo não frequentavam a pauta de reivindicações sociais, como é o caso de direito ao meio ambiente sadio. A demanda, no entanto, sempre foi pelo mesmo produto: satisfação do que esteja ao nível de melhor condição de humanidade.

Constituem-se, aliás, em objetivos do Estado brasileiro (art. 3º da Constituição Federal) “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (I), bem como “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (III), além de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação” (IV).

O Direito Penal, como todo ordenamento jurídico, evidentemente, deve se conformar a esses objetivos. Nesse contexto, sobressai o propósito de proteção de bens jurídicos relevantes (1ª finalidade do Direito Penal) entendidos como aqueles bens imprescindíveis para satisfazer as necessidades fundamentais do indivíduo em sociedade.

A origem da teoria do bem jurídico deve-se ao surgimento do Direito Penal liberal concebido pelo iluminismo, a partir da qual a demarcação dos pressupostos para intervenção do Estado, além de ser restringida por aspectos formais (princípio da taxatividade, por exemplo), passou, progressivamente, a assumir funções de autolimitação material. (SILVA SÁNCHEZ, 1992, p. 41-42)

A utilização do Direito Penal encontra-se justificada pela capacidade deste instrumento do Estado de diminuir as cotas de violência inseridas nas relações sociais, entendida como lesões graves que abalam substancialmente bens jurídicos relevantes.

Mas não é só. A ausência do Direito Penal remeteria o controle do desvio a um confronto de forças sociais, no qual sucumbiria o mais fraco e, por via de consequência, em inúmeras ocasiões, a Justiça. O poder punitivo, portanto, representa uma amarga necessidade, sem o qual a manutenção de uma convivência minimamente pacífica e organizada não seria possível, ao menos no atual estágio da civilização.

Desta forma, a violência das prováveis contrarreações vingativas é substituída por outra monopolizada por meio de um sistema de dissuasão e pela violência da pena em si. Daqui surge a necessidade de o Estado proteger o indivíduo contra as reações sociais que o próprio crime desencadeia (2ª finalidade do Direito penal). Não obstante a importância de se proteger bens jurídicos, bem como de se prevenir as reações informais, tais funções não são suficientes para legitimar a intervenção punitiva. Um outro papel, também, precisa ser atribuído ao Estado que se pretenda moderno: garantir a aplicação dos princípios, direitos e garantias penais previstos na Carta (3ª finalidade do Direito Penal).

Tal necessidade advém do fato de que o Direito Penal, paradoxalmente, enquanto representa o meio mais incisivo de que se vale o poder instituído para assegurar a pacífica convivência entre os jurisdicionados, equivale também, àquele que mais restringe a liberdade

e enfraquece os direitos de segurança e de dignidade. Resta de suma importância, pois que, se busque estabelecer rígidos critérios – representados pelo modelo garantista de Direito Penal – para a intervenção penal.

No tocante à primeira finalidade, aspectos ligados ao bem jurídico pertencem às discussões acerca do merecimento da tutela penal, a qual, juntamente com as categorias necessidade e adequação, compõem as etapas a serem analisadas pelo legislador quando da sua tarefa de criminalização de condutas.

Quanto à segunda finalidade, sua possibilidade de comprimento encontra-se intimamente ligada com a função simbólica do Direito penal correlacionada com as expectativas sociais e com a sua eficácia.

A terceira finalidade vincula-se ao Garantismo, o qual representa concomitantemente, uma bem desenvolvida proposta de política criminal.

Enquanto o liberalismo ficou, com prioridade, as garantias formais, o cada vez mais ostensivo assentamento do ideário do Estado social propiciou uma readequação de metas que, desde então, passou a ser permeada de realizações práticas de garantias. É desta nova concepção de Estado que surge a proposta garantista.

Esta tendência de Política Criminal vem ganhando espaços e conteúdos, a ponto de Jesus-María Silva Sánchez afirmar:

O garantismo que, partindo da proteção da sociedade através da prevenção geral de delitos, procede a sublinhar as exigências formais de segurança jurídica, proporcionalidade, dentre outros, e acolhe, por sua vez, as tendências humanizadoras, expressa o estado até agora mais evoluído de desenvolvimento das atitudes político-criminais básicas, a síntese dos esforços em prol de um melhor Direito Penal, e constitui a plataforma necessária para abordar de modo realista e progressista os problemas teóricos e práticos do Direito Penal (SILVA SÁNCHEZ, 1992, 41-42).

Mais do que proposta de política-criminal, o Garantismo, como dito, representa uma finalidade a ser desenvolvida pelo Direito Penal. Esta preocupação – garantia do indivíduo contra a arbitrariedade do Estado – mãe provém, entretanto, do consentimento da maioria.

A terceira finalidade, assim, parece não possuir feição democrática. Por tal razão ela deve ser considerada a partir de fundamentos mais sofisticados. Sua atribuição é eminentemente garantista:

Garantismo, com efeito, significa precisamente tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, ainda que contra os interesses da maioria, é o fim justificador do Direito Penal: a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e dos castigos, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do

imputado e, por conseguinte, a garantia de sua liberdade mediante o respeito, também de sua verdade. (FERRAJOLI, 1995, p. 335-336).

Tal entendimento decorre da concepção de Estado democrático de direito.

A moderna concepção da finalidade do Direito Penal caracteriza-se, portanto, pelo papel de destaque atribuído às considerações garantistas e encontra-se bastante distante da percepção real de como funciona o Direito Penal, já que uma verificação mais percuciente da história obriga a perceber que serviu – e permanece servindo - , o Direito penal, de instrumento de dominação. Seus mecanismos, por permitirem interferências das mais variadas ordens – o que deveria ser visto como qualidade, por propiciarem o processo de diálogo entre direito e sociedade - , acabaram se transformando em instrumentos de grupos hegemônicos. Estes interesses excludentes estabelecem-se desde o processo legislativo, olvidando os da grande parcelas de excluídos, aos quais se faz sobrar, tão só, a submissão à lei.

É bastante significativa, bem se sabe, a falta de sintonia entre as missões ou finalidades que o Direito penal deveria cumprir e as funções que, efetivamente, por ele são realizadas. A síntese atual, portanto, implica esta contradição.

De toda forma, convém reforçar que não é possível a garantia de um Direito penal absolutamente justo e válido. De acordo com FERRAJOLI, a função do princípio da separação entre direito e moral, acrescida à relatividade dos juízos éticos “derivada da autonomia de cada consciência e do princípio meta-ético da tolerância, impedem que um sistema de proibições penais possa proclamar-se, jamais, objetivamente justo ou integralmente justificado” (FERRAJOLI, 1995, p. 335-336)

Para o autor, não são concebíveis sistemas jurídico-penais perfeitos, sendo, como são, irredutíveis, tanto a autonomia e a pluralidade dos juízos ético-políticos sobre sua imperfeição. Como a relatividade histórica e política das opiniões legislativas sobre o que se deve proibir. Nem sequer o fato de que estas opções sejam as da maioria basta para garantir sua justiça, sua moralidade, senão somente sua concordância com os valores e interesses dominantes.

Sendo a lei uma produção histórica decorrente das relações de força que lhes são incidentes, ela será a lei possível, não a lei perfeita, talvez nem mesmo a desejável.

CONCLUSÃO

Uma teoria do garantismo além de fundamentar a crítica do direito positivo com relação a seus parâmetros de legitimidade externa e interna, e, também, uma crítica às

ideologias políticas e jurídicas, pois, confundem no plano externo a justiça com o direito e, no plano jurídico interno, a validade com a vigência, ou até mesmo o contrário, a efetividade com a validade (FERRAJOLI, 2002. p. 854) .

Vale a importante passagem do Professor Alberto Jorge Correia Barros Lima no sentido de que não haveria problema quanto a definição de novos delitos, levando-se em conta novas situações concretas, inclusive com previsão de sanções mais elevadas, ou até mesmo incrementar as penas e o modo em que será cumpridas tais penas em se tratando de crimes já existentes em realidades distintas, no entanto deve-se ocorrer uma observância dos princípios penais (LIMA, 2008, p. 299).

Assim, o Garantismo constitui uma forma de conciliar a normatividade e a efetividade, infindo não só no campo jurídico, mas também no político, minimizando a violência e aumentando as margens de liberdade. O Estado, a partir de suas normas, exerceria seu poder de punir em troca da garantia dos direitos dos cidadãos, ou seja, diminuiria a distância entre texto da norma e sua aplicação prática, gerando um sistema mais próximo do ideal de justiça.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.84.

BIANCHINI, Alice. **Política Criminal, direito de punir do Estado e finalidades do Direito Penal**. Material da 1ª aula da Disciplina Política Criminal, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu Televirtual em Ciências Penais – Universidade Anhanguera- Uniderp – REDE LFG.

CALLEGARI, André Luis; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoria do garantismo penal**. Trad. Perfecto Andrés Ibanézet al. Madrid: Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: **Teoria geral do garantismo**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes: São Paulo. Revista dos Tribunais, 2002.

FRANCO, Alberto Silva. **Crime Hediondo: um conceito Fantasma à procura de um legislador Penal**. Boletim IBBCRIM. São Paulo, abr. 2006, ano 13, nº 161, p. 12-13.

LASSALE, Ferdinand. **A Essência da Constituição**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

LIMA, Alberto Jorge Barros Correia. **Criminalização e Direitos Fundamentais: Entre a intervenção mínima e a expansão penal**. Revista do Mestrado em Direito, v- 2, n.3, dez 2006. Maceió. Edufal. 2008.

MIR PUIG, Santiago. Derecho penal: parte general. 4 ed. Barcelona: PPU, 1996,p. 64.
PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico Penal e Constituição**. 2ª Ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: J.M. Bosch, 1992.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2ªed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.