

# ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E LEGITIMIDADE DO DIREITO DE PUNIR

**Margarida Bittencourt da Silva<sup>1</sup>, Leonardo Pereira Martins<sup>2</sup>,  
Nivaldo dos Santos<sup>3</sup>, Helenisa Maria Gomes de Oliveira Neto<sup>4</sup>**

1 – Avenida R-11, 532, Apto. 402, Setor Oeste, Goiânia-Goiás – CEP: 74120-030 –  
[margaridabi@yahoo.com.br](mailto:margaridabi@yahoo.com.br)

1-2-3-4 – Núcleo de Estudos e Pesquisas em Ciências Jurídicas – NEPJUR – da Universidade Católica de  
Goiás. Av. Universitária, n.º 1.440 - Setor Universitário - CEP 74605-010 - Goiânia-Goiás.

**Resumo:** A legitimidade do poder de punir do Estado, que se fundamenta na função de defesa social atribuída à pena, autoriza o exercício de uma violência contra o indivíduo que pratica o delito. Entretanto, a contradição existente entre a preservação dos direitos e garantias fundamentais e a aplicação da pena privativa de liberdade e a constatação historicamente reiterada da incapacidade do Estado em promover a finalidade da pena, que é a ressocialização do preso e a sua reinserção social, indicam a necessidade do estudo das doutrinas fundantes de um sistema punitivo condizente com o Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, intenta-se analisar as teorias que buscam amoldar a aplicação da pena aos princípios constitucionais, apontando os fundamentos de um modelo efetivamente legítimo.

**Palavras-chave:** poder de punir -legitimidade - Estado Democrático

**Área do Conhecimento:** VI Ciências Sociais Aplicadas

## Introdução

A constatação historicamente reiterada da incapacidade do Estado em promover a finalidade atribuída à pena privativa de liberdade, que é a reinserção e ressocialização do condenado, revela a falência do hodierno modelo punitivo, mormente no que se refere ao sistema prisional. Igualmente, demonstra a fragilidade dos fundamentos em que se assenta esse modelo, que é legitimado por teorias denominadas por Luigi Ferrajoli de justificacionistas, que conferem ao poder punitivo a função de defesa social. Segundo esse autor, as teorias em questão “(...) justificam os custos do direito penal com objetivos, razões, ou funções moralmente ou socialmente irrenunciáveis”. (2002, p. 200).

No entanto, em face da dificuldade de conciliação entre a preservação dos direitos fundamentais do cidadão e aplicação da pena, elas são questionadas, por não se encontrarem amparadas no Estado Democrático de Direito. Desse modo, Zaffaroni *ett.all.* (2003, p.99) considera que “a legitimização o poder punitivo é, portanto, simultaneamente, legitimização de componentes do estado de polícia e atua em detrimento do estado de direito”. Em razão disso, acredita Luigi Ferrajoli (2002 p. 199) ser o problema da justificação da pena o problema clássico, por excelência, da filosofia do direito, uma vez que as mazelas do sistema prisional se opõem ao ideal do modelo punitivo socialmente útil e condizente com as aspirações democráticas.

Diante dessa crise de legitimação do direito penal, realça-se a importância de desenvolver um estudo pertinente às doutrinas fundantes de um sistema punitivo em conformidade com os princípios do Estado Democrático de Direito, que buscam uma alternativa, minimizando ou até mesmo abolindo os efeitos negativos decorrentes da aplicação da pena. Nesse contexto, a presente pesquisa tem por escopo realizar uma análise crítica dessas teorias, de maneira a apontar os fundamentos de um poder de punir efetivamente legítimo, em consonância com nosso ordenamento jurídico, político e social.

## Materiais e Métodos

Em razão da natureza do estudo em questão, o procedimento metodológico empregado, próprio da pesquisa jurídica, traduziu-se em leitura, análise e interpretação dos dados obtidos em investigação de documentos e revisão bibliográfica de livros, periódicos, relatórios, teses e dissertações, privilegiando a documentação indireta. O estudo tem por referenciais teóricos a Criminologia, as teorias abolicionistas e o garantismo jurídico-penal, desenvolvida por Luigi Ferrajoli. Dada a extensão da pesquisa em evidência, foi necessária, ainda, a consulta em bancos de dados por meio da rede mundial de computadores.

## 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 fundamentam a legitimidade do *jus puniendi*, considerando-o imprescindível para a defesa da sociedade<sup>1</sup>.

Trata-se, portanto, de uma resposta positiva ao problema legitimização da pena, na qual, em suas várias facetas, reside 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 etc. (2001, p. 01).

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, prevenção especial e mista.

No entanto, para Zaffaroni e outros (2002, p. 114), os discursos legitimantes do poder punitivo 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 seus desdobramentos, a elaboração de doutrinas distintas e incompatíveis entre si, conferindo espaço para o uso político das sanções penais.

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. Tratam-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.

### **Teoria do garantismo-penal**

---

<sup>1</sup> Muñoz Conde, citado por Cezar Roberto Bitencourt em sua obra *Falência da Pena de Prisão*, 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*).

A teoria do garantismo penal, desenvolvida por Luigi Ferrajoli, a qual consiste em um desdobramento das doutrinas justificacionistas, 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 penalmente condenado na execução da pena, impossibilitando a consolidação do Estado Democrático de Direito.

Para Luigi Ferrajoli (2002, p. 171), a justificação do direito penal subdivide-se em duas acepções diversas: a legitimização interna e a externa. A primeira, também denominada legitimização em sentido estrito, refere-se a princípios normativos internos, relativos ao próprio ordenamento jurídico. A segunda reporta-se à legitimização do direito penal por meio de princípios normativos externos ao direito positivo, baseados em critérios morais, políticos ou utilitários de tipo extra ou metajurídico.

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. Dessa 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, reduzindo, 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 maiores (FERRAJOLI, p. 277, 2002). Em razão dessa característica, esse modelo opõe-se às demais teorias justificacionistas da pena.

A teoria do garantismo penal rejeita, portanto, a idéia de ilegitimidade do poder de punir, defendendo juridicidade à pena. 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.

### 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.* corrobora essa idéia, conferindo um conceito 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 iminentes (ZAFFARONI, 2003, p. 99).

Luigi Ferrajoli (2002, p. 201) 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 autor (FERRAJOLI, 2002, p. 201), 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 alguns dos defensores das teorias abolicionistas, a aflição decorrente da pena não pode ser moralmente aceita, em face dos princípios do Estado de Direito. 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 infrator da sociedade, buscando, com isso, a concretização da pacificação social.

### Discussão

Da análise comparativa entre as duas principais teorias em análise no presente estudo, 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 Ferrajoli (2002, p. 203), 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 autor (2002, p. 203 e 204), 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 e pertinente da intervenção pena do Estado confedo aos justificacionistas. Em razão disso, apesar de proporm 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. Ao propor um modelo penal de dupla defesa, da sociedade e da pessoa que pratica um delito, minimiza os efeitos

negativos decorrentes da aplicação da pena, por meio de instrumentos garantistas que assegurem, de forma efetiva, a dignidade humana, e confere proteção ao ente social.

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. O desenvolvimento da teoria do garantismo-penal representa, portanto, o maior desafio do Estado contemporâneo, tendo em vista que a sua aplicação prática corresponde aos à consolidação da própria democracia.

### **Referências**

[1] ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro - Primeiro Volume. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 2ª Ed.

[2] BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão – Causas e Alternativas. São Paulo: Ed. Rt, 1993.

[3] FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

[4] CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral: volume 1 - 3. ed. rev. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2001.