

**A PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA
INTERVENÇÃO MÍNIMA**

**Monografia apresentada como requisito
parcial para obtenção do título de especialista
no Curso de Pós-Graduação em Direito Penal
e Criminologia do Instituto de Criminologia e
Política Criminal-ICPC e Universidade
Federal do Paraná-UFPR.**

**Prof. Orientador: Dr. Juarez Cirino dos
Santos**

**CURITIBA
2007**

**Ao Rodrigo, pelo seu incansável companheirismo e
amor incondicional.**

AGRADECIMENTOS

A DEUS, pela minha existência. Ademais, sem palavras...
Aos meus pais, pela constante presença em minha vida.
Ao concurso de Professores desse Instituto, notadamente ao Prof. Dr. Juarez
Cirino pela transmissão de seus conhecimentos ímpares.

SUMÁRIO

RESUMO.....	v
INTRODUÇÃO.....	1
DIREITO PENAL.....	3
1.1 Conceito de Direito Penal.....	3
1.2 Estado Social e Democrático de Direito.....	4
1.3 Funções do Direito Penal.....	7
1.3.1 Funções declaradas do Direito Penal.....	7
1.3.2 Funções reais do Direito Penal.....	7
2 CONSIDERAÇÕES PERTINENTES AO BEM JURÍDICO.....	10
2.1 Evolução histórico-conceitual da noção de bem jurídico.....	11
2.1.1 Paul Johann Anselm Feuerbach.....	11
2.1.2 Johann Michael Franz Birbaum.....	11
2.1.3 Karl Binding.....	12
2.1.4 Franz von Liszt.....	12
2.2 Conceituações e críticas necessárias: bem jurídico-penal.....	13
2.3 Bem jurídico sob o prisma constitucional.....	16
3 O PRINCÍPIO DA MÍNIMA INTERVENÇÃO.....	19
3.1 Esboço histórico.....	19
3.2 Conceitos.....	22
3.2.1 Princípio da intervenção mínima.....	22
3.2.2 Das vertentes do princípio minimalista.....	23
3.2.2.1 Da fragmentariedade.....	23
3.2.2.2 Da subsidiariedade.....	24
3.3 O descaso ao princípio da intervenção mínima na tutela dos bens jurídico-penais: uma constatação fática.....	24
4 O MITO DA RESSOCIALIZAÇÃO <i>VERSUS</i> A PREVENÇÃO.....	28
4.1 Dos fins da pena.....	28
4.2. Do mito da ressocialização.....	29
4.3 Da prevenção.....	32
CONCLUSÃO.....	35
REFERÊNCIAS.....	38

RESUMO

O discurso oficial do Estado coloca que o Direito Penal tem como missão nuclear a proteção de bens jurídicos. Demonstra-se que não são todos os bens jurídicos, haja vista que o instrumento mais agudo de intervenção estatal na sociedade e no indivíduo é o Direito Penal, distorcido pela globalização e pelo neoliberalismo. Logo, devem ser passíveis de tutela penal somente aqueles bens jurídicos indispensáveis ao convívio social e ainda que não possam ser sanados por outros ramos do Direito, o que se denomina princípio da mínima intervenção ou da *ultima ratio*. Em contraposição, constata-se que outros bens jurídico-penais, como os resguardados nos crimes econômicos, crimes ecológicos, entre outros se mostram mais relevantes que a própria liberdade, bem maior após a vida. Evidencia, portanto, o discurso real do Estado, via *Criminologia Radical*, que numa sociedade estratificada em classes sociais é intangível a efetiva proteção de bens essenciais, porém os propostos pelas classes dominantes. Apura-se ainda, que há uma seleção, determinada pelos detentores do poder econômico no que concerne à prisão. Quer dizer, os integrantes das classes subalternas são pré-destinados a cumprir a pena privativa de liberdade. Ou seja, o Estado atribui funções à pena que não consegue cumpri-las, tendo que não condizem com a realidade, acentuando constantemente sua ineficácia e incapacidade, em especial, o da ressocialização, ao contrário, usam-na como recurso na construção e manutenção de classes. Enfim, sugere-se a adoção das medidas como prevenção, descriminalização e despenalização para que se efetivem os objetivos de um Estado Social e Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Bem jurídico-penal. O princípio da mínima intervenção. Pena. Ressocialização. Criminologia Radical.

INTRODUÇÃO

No contexto contemporâneo, o Direito Penal ganha uma nova roupagem diante da escalada nefasta do neoliberalismo e da globalização. No entanto, caminha, a passos largos, para grandes abismos, fruto da exacerbação de um poder hegemônico e da disputa pelo poder econômico, particularmente, a conquista de mercados consumidores. Esse modelo perverso aumenta o grande hiato já existente entre ricos e pobres, o que, certamente, agrava as crises sociais e penais decorrentes da falência estatal, o que reflete no cotidiano do cidadão. E o Estado, importante ente para viabilizar o equilíbrio na sociedade, através da escolha de bens jurídicos necessários à convivência social, não consegue desenvolver políticas voltadas ao bem estar da população, além de não observar o princípio minimalista.

Para tanto, o tema proposto na investigação, *A proteção do bem jurídico sob a ótica do princípio da intervenção mínima*, tem como alvo analisar se o Direito Penal pátrio tutela bens jurídicos consagrados relevantes, como sustentáculo de um sistema garantista, em oposição ao atual modelo que se mostra anacrônico e ineficiente. A escolha do tema merece apreço diante da equivocada tutela de bens jurídicos e como consectário o catastrófico panorama do ordenamento jurídico-penal. O estudo em questão está esquadrinhado em quatro capítulos, a saber: Direito Penal; Considerações pertinentes ao bem jurídico; O princípio da mínima intervenção; e O mito da ressocialização *versus* a prevenção. A técnica metodológica principal para a análise proposta foi a pesquisa bibliográfica.

A primeira parte do discurso, capítulo intróito do tema, tem como fito descrever uma breve definição de Direito Penal e situá-lo no Estado Social e Democrático de Direito. Pretende, ainda, elucidar as funções do Direito Penal, que se desdobram em duas, quais sejam: as funções declaradas e as funções reais do Direito Penal.

A segunda parte do trabalho intenta configurar algumas considerações sobre o bem jurídico, ou melhor, o bem jurídico-penal, uma vez que nem todo bem jurídico é bem jurídico-penal. No entanto, destina-se a conceituar o bem jurídico-penal, noticiar a sua evolução histórico-conceitual e enunciar seus precursores. Por fim, aborda o bem jurídico sob um prisma constitucional, enfocando que existem preceitos nessa mesma Carta não condizentes com o Estado Social e Democrático de Direito, como os crimes hediondos. Demonstra, inclusive, que não há nenhuma norma explícita ou tácita na Constituição Federal aduzindo que todos os bens por ela listados devam ser penalizados. Em contraposição, antes de criminalizar qualquer conduta o legislador ordinário deve-se pautar nas vigas mestras do

ordenamento jurídico-penal, que é o respeito à dignidade da pessoa humana e ao princípio da mínima interferência.

A terceira parte da investigação recai em específico sobre o princípio da mínima intervenção. A análise desse princípio tem como alvo demonstrar que o Direito Penal é a *ultima ratio*, ou seja, a última instância de proteção de bens jurídicos. Este é o princípio da intervenção mínima que se bifurca na fragmentariedade e na subsidiariedade. Portanto, o Estado deverá se valer de uma política criminal nos caminhos que limitam uma punição, visto que a imposição da pena é a intervenção mais severa do Estado na liberdade individual.

Dentro desse contexto, apura-se o descaso do legislador aos critérios da mínima interferência para elaboração de preceito penal, como exemplificação, a saber: crimes tributários, crimes ambientais, entre outros. Clarividenciado está que não houve preocupação alguma na seleção de bens mais relevantes. Em síntese, o que se procurou foi castigar, sem o mínimo de cuidado técnico, pecando, destarte, pelo pior: a criminalização. Entretanto, o caminho seria evitar o uso extremo e desnecessário do Direito Penal para as situações, fatos ou acontecimentos menos gravosos.

Na quarta parte e última do estudo, o trabalho enfoca que se o Estado não consegue cumprir as funções a que se propõe, notadamente, a função da prevenção especial positiva, a ressocialização, deve intervir o mínimo, como na confecção dos bens jurídicos e afastar ao máximo a pena privativa de liberdade. Reservando, a prisão, assim, para os crimes consumados contra a vida. Pois, depois da vida, a liberdade é o bem maior que o homem possui, enquanto ser humano. Para tanto, o poder estatal deve investir na prevenção: alimentação, moradia, saúde, educação e outros necessários a uma vida digna, como principalmente, a própria liberdade. Além disso, deve-se pautar nos processos de desriminalização e despenalização.

No momento em que o Estado interferir o mínimo possível, abandonando o positivismo jurídico, na elaboração de normas penais, já que nem todos os bens jurídicos são passíveis de penalização, há a fusão do tema proposto: *A proteção do bem jurídico sob a ótica do princípio da mínima intervenção*.

Toda a pesquisa, os quatro capítulos, ancora-se numa dialética crítica ou radical, constituído em nortes garantistas de um Estado Social e Democrático de Direito, cuja distorção tem raiz no modo de produção econômico: o sistema capitalista.

Em síntese, dada a complexidade do assunto em tela, essa pesquisa não visa esgotar o tema por completo, haja vista que é vasto e pode ser objeto de outros estudos.

1 DIREITO PENAL

O atual capítulo, introdutório do cerne da temática (*A proteção do bem jurídico sob a ótica do princípio da intervenção mínima*), tem por alvo traçar uma rápida definição de Direito Penal e situá-lo no Estado Social e Democrático de Direito e garantias fundamentais. Na atual conjuntura, o Direito Penal ganha uma nova roupagem diante da escalada nefasta do neoliberalismo e da globalização e com o aumento dos níveis de miséria e de concentração de renda. É imprescindível delinear os objetivos do Direito Penal e sua prerrogativa punitiva como sustentáculo de um sistema garantista, em oposição ao atual modelo de sistema que se mostra anacrônico e ineficiente.

1.1 Conceito de Direito Penal

É mister se ter um entendimento do conceito de Direito Penal para situá-lo dentro do ordenamento jurídico, uma vez que é o ponto de partida para uma compreensão crítica de qualquer de seus institutos. Os homens vivem em grupos, desde os primitivos até as sociedades modernas, onde se compartilham os diversos recursos, bem como o espaço físico para sobrevivência. Com a formação das sociedades, foram eleitos valores que mereciam proteção pelo ente estatal para a preservação da harmonia social. Assim, havia a necessidade de se limitar a liberdade individual, por meio de normas atreladas a sanções impostas àqueles que as deixam de observar. A sanção se apresenta, então, como garantia de que tais valores não serão desrespeitados.

Dessa forma, o Estado é o grande detentor do poder, dado pela sociedade, de garantir os valores sociais através da aplicação de sanções. Tais punições sofrem diferentes graduações, de acordo com a gravidade da lesão ao bem jurídico a ser protegido.

Parafraseando TOLEDO (1994, p. 1), a idéia de Direito Penal está intimamente ligada à reflexão sobre as condutas do homem, chamadas de crimes, além dos seus responsáveis, os criminosos, e sobre os reflexos atinentes a tais atos, ou seja, a medida de segurança e a pena.

O Direito Penal é conceituado, nos termos de COELHO, E. M. (2003, p. 5) “... *como o conjunto de princípios e regras jurídicas que definem as condutas criminais, as penas a elas correspondentes e as condições para que tais penas sejam aplicáveis.*” Cumpre reforçar, que o Direito Penal, ramo do Direito Público, através de suas normas e princípios, está codificado num Código, ao qual se denomina Código Penal. Nesse diploma é que se tipificam os crimes, prevêem medidas de segurança e cominação de penas. Essas últimas estão

divididas em três modalidades: a) penas privativas de liberdade; b) penas restritivas de direito; c) pena de multa. Situadas fora dessa compilação, existem outras leis penais, também conhecidas como extravagantes ou especiais.

Doutrina CIRINO DOS SANTOS (2006a, p. 3) no que tange a definição de crimes:

A definição de crimes se realiza pela descrição de condutas proibidas; a combinação de penas e a previsão de medidas de segurança se realiza pela delimitação de *escalas* punitivas ou assecuratórias aplicáveis, respectivamente, aos autores imputáveis ou inimputáveis de fatos puníveis. A descrição de condutas proibidas aparece em modelos abstratos de condutas comissivas ou omissivas, com as escalas penais respectivas, na *parte especial* do Código Penal; as espécies e a duração das medidas de segurança são indicadas em capítulo próprio da *parte geral* do Código Penal.

Em suma, para que uma conduta seja considerada crime, é necessária que seja uma conduta humana, negativa (omissão) ou positiva (ação). A conduta positiva pressupõe um dever de recusa de uma determinada ação, enquanto que a conduta negativa pressupõe uma obrigação de agir. Incumbe ao Estado, através do Poder Legislativo, a responsabilidade de definir quais condutas merecem ser objeto de reprovação.

Enfim, não se deve isolar a estrutura estatal (atrelada aos detentores do poder econômico) das etapas de elaboração da lei penal. Sendo assim, o Direito Penal é um instrumento de dominação dos proletários para a efetiva hegemonia dos representantes do capital. Referida desigualdade social é fruto do capitalismo, presente no cotidiano e fundamento da escravidão do menos favorecido.

1.2 Estado Social e Democrático de Direito

A Constituição Federal do Brasil declara de modo explícito ser o Brasil um Estado Social e Democrático de Direito e que os direitos e as garantias, considerados como valores fundamentais, são o germe dos princípios da política normativa que inspirarão não só a atividade do juiz e do hermeneuta, mas a do próprio legislador. A atividade legislativa e jurisdicional encontra-se, pois, acoplada aos direitos fundamentais, assegurados também na Carta Maior. Segundo SBARDELOTTO (2001, p. 127), a Constituição Federal surge como esperança de efetivação de um verdadeiro Estado de Direito, onde se promova a diminuição das desigualdades e que os cidadãos tenham condições mínimas de sobrevivência por meio da promoção de justiça social e dignidade da pessoa humana.

Adverte ROBERTI (2001, p. 59-60) que o Estado Democrático de Direito, regime adotado pela Carta de 1988, não pode ser confundido com o Estado de Direito, nem com o

Estado Democrático, além de não ser uma mera fusão de ambos os regimes. O Estado de Direito é fruto do liberalismo, e servia para eliminar os desmandos dos monarcas e do seu absolutismo. Todos deveriam se submeter ao império da lei. Todavia, tal submissão não foi suficiente para conferir liberdade e igualdade entre as pessoas. Por sua vez, o Estado Democrático busca garantir os direitos fundamentais do indivíduo. Entretanto, a desigualdade social, tão combatida por esse regime, é proveniente do homem e, portanto, a justiça social não foi alcançada. Percebe-se que no Estado Democrático de Direito há a submissão à lei, assim como no Estado de Direito, e, assim como no Estado Democrático, à vontade popular. Contudo, não é coerente conceber a fusão de dois conceitos em um só, o que seria um retrocesso desse regime de governo.

Em reduzidas linhas, DIAS, F. F. (2006, p. 117) elucida o significado de Estado de Direito:

A idéia de Estado de Direito significa, em poucas palavras, um Estado cuja vocação intervintiva está limitada pelo direito, exercício do poder sujeito a princípios e regras, ou de forma mais precisa e completa, ‘Estado governado pelo direito emanado da vontade geral expressada pelos representantes do povo e na qual se enraíza a soberania nacional’.

BUSATO e HUAPAYA (2003, p. 143) sintetizam os conceitos já mencionados, ressaltando suas relações com as reais necessidades sociais que “deste modelo de Estado se depreende que o *Estado de Direito* está associado ao princípio da legalidade, o *Estado social* está associado à necessidade social da intervenção penal e o *Estado democrático* se identifica com a idéia de pôr o Estado a serviço da defesa dos interesses do cidadão.”

Lembra PASCHOAL (2003, p. 116), que o ponto essencial do Estado Social e Democrático de Direito é que não basta garantir as liberdades individuais. É fundamental que os sujeitos das citadas liberdades possuam condições de desfrutá-las.

Dessa maneira, os preceitos do Estado Social e Democrático de Direito, contidos na Constituição Federal de 1988 (re)definem o Direito Penal, que desde há muito tempo requer uma reformulação. A Carta da República vem, então, para limitar o poder do legislador, quando define o teor da norma penal.

Nesse encadear de idéias, BERTOLUCI (2004, p. 147) aduz que é absolutamente inquestionável dizer que o Estado brasileiro (Estado Democrático de Direito) não atende às suas obrigações mais elementares, abrindo um grande vazio de compromissos não cumpridos. Assim, a população reage com exacerbado descontentamento. Para tanto, o Estado deixa de utilizar instrumentos efetivos de controle social, usando, aviltantemente, o último argumento para solucionar tal impasse: o Direito Penal, conforme observou ao longo de sua pesquisa.

Informa, no mesmo padrão, FRAGOSO (1995, p. 15): “o Direito Penal em vigor é comumente defeituoso, extremamente repressivo e reacionário, incorporando valores de dúvida vigência, que servem à manutenção de preconceitos e privilégios.”

Na visão de CARVALHO, S. (2006, p. 77), é notório que a criminalização se torna um fenômeno de emergência como regulador da normalidade. Tanto operadores das agências jurídico-penais, quanto a população em geral, mantém aspirações pelo discurso da punitividade e do autoritarismo. Evidencia-se, portanto, que a democracia se constrói de maneira lenta, passando, inclusive, por dura repressão. Acreditar que os modernos meios de persecução criminal solucionarão graves problemas como o das drogas, por exemplo, é admitir a repressão sem limites.

Diante do exposto, jamais se pode olvidar que toda a dialética se estanca frente à dignidade humana, que pode ser entendida, consoante SANTORO FILHO (2000, p. 113), como um grupo de garantias e direitos necessários ao homem para atender às suas necessidades primárias, ou seja, aquelas que o distinguem como ser racional, possibilidade de exercer os direitos constitucionais fundamentais para seu desenvolvimento pleno. Elucida ROBERTI (2001, p. 59) que “a preservação da dignidade da pessoa humana, valor essencial e inviolável, vem a ser um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, sendo certo que essa dignidade sintetiza todos os direitos fundamentais do homem.”

Ressalta BIANCHINI (2002, p. 113) que “a dignidade da pessoa humana – ponto comum também a todos os outros direitos fundamentais – constitui-se em um limite intransponível, linde que o legislador não pode ultrapassar.”

Merce atenção o preceituado por CARVALHO, M. D. L. (1992, p. 31): o que distingue o Direito Penal Democrático e totalitário encontra-se na valoração da liberdade como projeção da dignidade humana, e não como um mero instrumento de complementação de políticas públicas com fim de alcançar comportamentos mais justos, humanos e dignos.

Quanto à eficácia do Direito Penal, assim enfatiza BIANCHINI (2002, p. 112):

A eficácia do direito penal deve, repete-se, sempre, ser vista em relação com a sua aptidão para servir ao fim a que foi instituído. Os fins, para que justifiquem suficientemente os meios, se restritivos de direitos fundamentais, devem ser socialmente destacados. Exige-se uma demanda manifesta da sociedade, autorizando sua adoção.

Logo, é impositivo que o Direito Penal se atenha a objetivos extremamente específicos, preservando as garantias e os direitos conquistados, como o respeito à liberdade e à vida. Entretanto, cumpre ressaltar que as demandas sociais devem ser valoradas na

proposição de normas, desde que essa mesma sociedade seja consciente e informada de todas as causas e consequências do processo de criminalização.

1.3 Funções do Direito Penal

O Direito Penal abrange duas funções: as funções declaradas e as funções reais. Com sabedoria, CIRINO DOS SANTOS (2006a, p. 4) instrui que:

o Direito Penal possui *objetivos declarados ou manifestos*, destacados pelo discurso oficial da teoria jurídica da pena, e *objetivos reais ou latentes*, **identificados pelo discurso crítico da teoria criminológica da pena** [sem grifo no original], correspondentes às dimensões de *ilusão* e de *realidade* de todos os fenômenos ideológicos das sociedades capitalistas contemporâneas.

1.3.1 Funções declaradas do Direito Penal

O discurso manifesto do Estado ou as funções declaradas nas sociedades contemporâneas é a proteção de bens jurídicos. Marca, nesse foco, CIRINO DOS SANTOS (2006a, p. 10):

O sistema de justiça criminal, operacionalizado nos limites das matrizes legais do Direito Penal, realiza a função declarada de garantir uma ordem social justa, protegendo bens jurídicos gerais e, assim, promovendo o *bem comum*. Essa função declarada é legitimada pelo discurso oficial da *teoria jurídica do crime*, como critério de racionalidade construído com base na lei penal vigente, e pelo discurso oficial da *teoria jurídica da pena*, fundado nas funções de *retribuição*, de *prevenção especial* e de *prevenção geral*, atribuídas à pena criminal.

Por sua vez, BATISTA (2005, p. 114) entende que os fins do Direito Penal e da pena formarão um único e indivisível intento numa sociedade realmente democrática e justa.

1.3.2 Funções reais do Direito Penal

Por detrás dessa dialética declarada há uma outra retórica, também denominada de funções reais do Direito Penal. É conveniente abordar as diversas relações de poder exercidas na estrutura de classe e onde o Estado, como ente gestor, insere-se nesse contexto. O poder estatal caminha lado a lado com as elites dominantes – detentoras do poder econômico – utilizando o Direito Penal como poderoso instrumento de controle social, satisfazendo os interesses dominantes, em detrimento dos marginalizados. Lembra BARATTA (2002, p. 165) que a classe detentora dos bens de capital é beneficiada pela ação do Direito Penal não

sofrendo, dessa forma, os reveses da criminalização. Em contraposição, as condutas dos indivíduos das classes subalternas tendem a ser criminalizadas.

Explana, ainda, BARATTA (2002, p. 162), em síntese, os resultados da crítica, a saber:

- a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;
- b) a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;
- c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade.

A crítica se dirige, portanto, ao mito do direito penal como direito igual por excelência. Ela mostra que o direito penal não é menos desigual de que os outros ramos do direito burguês, e que, contrariamente a toda aparência, é o **direito desigual por excelência** [sem grifo no original].

Nas palavras de CIRINO DOS SANTOS (1984, p. 106) a proteção do Direito Penal é geral, porém desigual. Defende os integrantes das classes dominantes como ser humano, enquanto que os integrantes das classes dominadas como “*objetos*, isto é, como a mercadoria força de trabalho capaz de produzir mais-valia nos processos de produção capitalista”. Quer dizer, o homem deve ter para ser enquanto humano.

Nessa perspectiva, o redigido por ANDRADE (2003a, p. 48) é adequado:

a Criminologia crítica recupera, portanto, análise das condições objetivas, estruturais e funcionais que originam, na sociedade capitalista, os fenômenos de desvio, interpretando-os separadamente, conforme se tratem de condutas das classes subalternas ou condutas das classes dominantes (a chamada criminalidade de colarinho branco, dos detentores do poder econômico e político, a criminalidade organizada etc.).

A propósito, o estudo científico da *Criminologia Radical* tem como fundamento, nos ensinamentos de CIRINO DOS SANTOS (2006b, p. 127):

(a) o conceito de Direito como *lei do modo de produção* da vida material, que institui e reproduz as relações sociais de classes e (b) o conceito de Estado como *organização política do poder* das classes hegemônicas, que controla as relações sociais nos limites do modo de produção dominante na formação social - fenômenos jurídico-políticos superestruturais condicionados pelas relações de produção e hegemonizados pelas classes que dominam essas relações, como o aspecto principal da contradição social.

É nesse conduto que se conclui que as funções declaradas na comunicação oficial do Direito Penal serão incapazes de serem efetivadas. Com isso, permanece a manutenção da estratificação social com o domínio incondicional de uma classe hegemônica.

Em remate, ARAÚJO NETO (2002, p. 38) assinala:

no processo de análise da estrutura criminal é imprescindível cotejo na textura social, por ser um campo de cobertura da ação estatal e de manejamento da efetiva produção do crime. A própria dogmatização do fato criminoso macula a observação da ação como realização do ato punível, em face da higienização imposta pela reação do Estado ao combatê-lo. Por essa razão a estratificação do ordenamento ‘jurídico-penal’ cinge-se à forma ideológica dominante, seja das classes, vista como manipulação da estrutura do ser, seja como mitificação da ordem legal estabelecida.

Enfim, as raízes do discurso real do Direito Penal estão comprometidas e conectadas com o modo de produção econômico ao qual se insere. No estudo em tela, deve-se ponderar o sistema capitalista brasileiro.

2 CONSIDERAÇÕES PERTINENTES AO BEM JURÍDICO

Alguns delineamentos calham informar sobre o bem jurídico, antes de se adentrar nas vias que trafega o legislador para intervir na órbita penal. Todo bem é bem jurídico? Todo bem jurídico é bem jurídico-penal? Pontua BACILA (1997, p. 10) que “entenda-se por BEM JURÍDICO: aquilo que a sociedade aponta como indispensável para sua manutenção, equilíbrio e existência. É um interesse social que, por ser garantido pelo Estado (através do Direito), torna-se jurídico. Daí, BEM JURÍDICO.”

Complementa ZAFFARONI (1997, p. 389):

Hemos visto que hay ciertos entes, por los que el legislador se interesa expresando su interés en una norma jurídica, lo que los hace ser considerados jurídicamente como bienes (bienes jurídicos) y que cuando el legislador penal quiere tutelar esa norma penando su violación con una pena ‘penal’, los bienes jurídicos pasan a ser considerados *bienes jurídicos penalmente tutelados*.

No encontro de respostas a esses questionamentos é que se depara com o núcleo dessa pesquisa. Pois, se nem todo bem jurídico é penal, então, quais, critérios, busca o legislador para criminalizar? É sabido que intervenção mínima está intimamente ligada ao bem jurídico, mas este só elevado a bem jurídico-penal, quando o Estado, seleciona os bens imprescindíveis à convivência em sociedade, que o faz do princípio da mínima intervenção.

BRUNO (1959, p. 17) entende que a moral é objeto de tutela jurídica, em suas palavras:

Através da proteção de bens jurídicos, o fim do Direito Penal transcende da defesa de condições puramente materiais à proteção de valores, pois o que chamamos, em linguagem técnica, bens jurídicos, são valores, valores da vida individual ou coletiva, valores da cultura, que, na maioria dos casos, fazem objeto de preceitos tanto jurídicos quanto **moraís** [sem grifo no original].

Em proposição adversa, BIANCHINI (2002, p. 51) assinala que o poder estatal deve respeitar a moral, a conduta ética própria de cada indivíduo, entretanto, ficando impossibilitado de criminalizá-las. Logo, não bastam condutas contrárias à ética, à moral, a dogmas religiosos para serem penalmente proibidas, quando se consegue uma ordem pacífica. ROXIN (2006a, p. 21), sob esse mesmo ponto de vista, “... os simples atentados contra a moral não são suficientes para a justificação de uma norma penal. Sempre que eles não diminuam a liberdade e a segurança de alguém, não lesionam um bem jurídico.”

2.1 Evolução histórico-conceitual da noção de bem jurídico

A teoria do bem jurídico prefaciou-se no século das luzes, opondo-se às atrocidades que precederam a tal período. Pelo que se nota, a evolução dessa temática foi lenta e variável na história. Foram os precursores desse estudo, os notáveis autores como se vê expõe.

2.1.1 Paul Johann Anselm Feuerbach

Surge, nessa ocasião, a proposição de que o bem jurídico seria o instrumento de dicotomia entre o Direito Penal e a moral. Prescreve PRADO (2003, p. 31) que “a doutrina do bem jurídico, erigida no século XIX, dentro de um prisma liberal e com o nítido objetivo de limitar o legislador penal, vai, passo a passo, se impondo como um dos pilares da teoria do delito”. Leciona COELHO, Y. C. (2003, p. 37), dentro de um pensamento jusprivatista:

Feuerbach, na busca desta nova fundamentação para o Direito Penal, salienta que a proteção do Estado ocorrerá quando existir a violação de um direito subjetivo do indivíduo, ou quando se violassem interesses do Estado. Nota-se, portanto, que passam a vigorar, através do pensamento deste autor as idéias já prevalentes no Direito Civil e que dizem respeito aos direitos subjetivos. A noção de direito subjetivo migrou para o Direito Penal, com a formulação que já lhe fora dada pelo Direito Civil, servindo, a seus cultores, para estabelecer a pretendida limitação ao direito de punir do Estado.

Enfoca PRADO (2003, p. 29) que o posicionamento do Direito Penal da época era jusprivatista, ou seja, baseado na lesão de direito subjetivo alheio.

Com pertinência, PASCHOAL (2003, p. 28) assevera que Feuerbach foi um crítico de Hobbes que era ferrenho defensor do absolutismo e da sujeição, diferentemente de Maquiavel, que se deteve, de forma exclusiva, ao campo da política.

2.1.2 Johann Michael Franz Birbaum

Inconformado com o conceito elaborado por Feuerbach, fez com que Birbaum precisasse tal noção. A respeito, colhe-se o ensinamento de PASCHOAL (2003, p. 28-29): “...foi o responsável por uma primeira materialização do objeto de proteção do Direito Penal, sendo, por essa razão, muitas vezes, considerado o precursor do conceito de bem jurídico penal.” Na visão desse autor, afasta-se a noção de direito subjetivo do centro da proteção penal, cedendo lugar para o sentido de bem como objeto ou coisa.

Completa TAVARES (2004, p. 17): “normalmente se atribuye a BIRNBAUM el concepto de bien jurídico, en oposición a la tesis de la ilustración según la cual el delito constituiría una lesión de derecho subjetivo.”

Há o abandono da subjetivação do delito para se partir para atributos eminentemente objetivos, com intuito de focar a tutela penal para o direito objetivo e não para direitos subjetivos.

O autor não conseguiu em sua definição separar o objeto da ação e o objeto da proteção ou bem juridicamente protegido. A respeito, ressalta CONDE (1988, p. 51):

distinto do bem jurídico é o *objeto da ação*, que é aquela coisa do mundo exterior sobre a qual recai diretamente a ação típica (a coisa móvel no furto). Em algumas ocasiões, podem coincidir ambos os conceitos sobre um mesmo objeto (p. ex. no homicídio), mas inclusive neste caso pode-se distinguir entre o objeto, como objeto material físico sobre o qual recai a ação, e o objeto jurídico como bem ou valor ideal ao qual a lei reconhece como de sua proteção.

2.1.3 Karl Binding

Binding, num momento posterior e positivista, segundo BUSATO e HUAPAYA (2003, p. 53) “... entende que o bem jurídico não podia estabelecer-se mais além do direito e do Estado”. O positivismo de Binding reflete a função do Estado em transformar o bem jurídico em garantia estabelecida pela norma advinda do legislador.

Assevera COELHO Y. C. (2003, p. 45-46) no tocante à atividade legiferante estatal: “portanto, denota a concepção de Binding a valoração intra-sistêmica do conceito de bem jurídico, retirando sua função crítica e fazendo-o depender exclusivamente da vontade do legislador.”

Em síntese, cogitava que seria bem jurídico tudo quanto o legislador o elegia.

2.1.4 Franz von Liszt

De formação também positivista, Liszt dá um enfoque sociológico ao conceito de bem jurídico, contraditando Binding e seu excesso de formalismo.

Ao invocar Liszt, BATISTA (2005, p. 95) coloca que este parece entender que o bem jurídico esteja na raia, na divisão, entre o Direito Penal e a política criminal .

Explica PASCHOAL (2003, p. 30): “de fato, ao mesmo tempo em que Binding partiu da idéia bem formulada por Birnbaum, para criar uma concepção de bem jurídico

eminentemente formal, Liszt, utilizando também a noção de bem, iniciou a análise do bem jurídico sobre uma perspectiva material.”

Explicita AMARAL (2005, p. 64): “afirma Liszt que todo direito existe para o homem. Tem por escopo a defesa dos interesses da vida humana (*Lebensinteressen*). O direito é por sua natureza a proteção dos interesses. Esta proteção é idéia-fim da força geradora do direito.”

Expressando o pensamento positivista, Liszt, nos dizeres de SILVA (2003, p. 32), não limitava o bem jurídico à norma ou à vontade do legislador: entendia o autor que o bem jurídico era originário da sociedade e que o legislador apenas o identificava, concepção sem dúvida elevada, porquanto, além de ressaltar os interesses vitais individuais e coletivos, punha em destaque as relações em sociedade.

Para Liszt, segundo BUSATO e HUAPAYA (2003, p. 54), os bens jurídicos estão inseridos na vida cabendo, apenas, ao Direito, via normas, reconhecê-los.

2.2 Conceituações e críticas necessárias: bem jurídico-penal

Dentro de uma visão positivista, as normas são elaboradas para atender aos interesses sociais com base numa constatação real. Entretanto, sua função no neoliberalismo é imaginária. Pois, as leis estão em função do sistema capitalista. Protege-se, tão-somente o capital. Dessa maneira, a proteção do bem jurídico deve ser vista com reservas nesse sistema capitalista, como o do Brasil. Essas considerações salutares serão melhores expostas, após se explanar algumas conceituações de autores clássicos.

É cediço que dentro de um sistema penal considera-se o estudo acerca do bem jurídico imprescindível. Porém, não há consenso entre os doutrinadores sobre uma conceituação segura. Pois, os homens se transformam, a sociedade se evolui, e igualmente, por consequência, o conceito do bem jurídico. Como, também, não há harmonia na determinação de critérios como limite para punir.

Renomados doutrinadores, a par dessa construção conceitual, elucidam o que seja bem jurídico, a conhecer:

Na definição de TOLEDO, (1994, p. 16): “... bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas.”

Nessa esteira, conceitua, DIAS J. F.(2001, p. 43): “... como a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado,

objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.”

Explica TAVARES (2003, p. 199) que o bem jurídico, entendido como valor, só toma esse sentido quando protege a pessoa humana, e daí se insere como valor na norma.

Após, colocadas as definições supra, convém reportar-se ao que acima se principiou enunciar. O bem jurídico-penal deve ser analisado dentro do sistema ao qual se insere, e no caso do Brasil, o capitalismo. Inteira CARVALHO, M. D. L. (1992, p. 34-35), que no tocante às classes dominantes influenciarem, determinarem na escolha de bens jurídicos têm como adeptos, Roberto Lyra Filho, Juarez Tavares e Juarez Cirino dos Santos. Embora, o autor não faz alusão, há que se citar, ainda, Yuri Carneiro Coelho.

Proclama FREITAS FILHO (2001, p. 131) que com cinco séculos de história, o Brasil modificou consideravelmente as suas características. A atividade agrícola deu lugar à indústria e os artesãos perderam espaço às empresas. O êxodo rural ficou cada vez mais nítido, o que elevou a importância do comércio para a conjuntura econômica. Ao povo sempre foi imposto um pensamento de que era importante fazer a economia crescer para se dividir as riquezas. Era nada mais que a imposição de uma postura de longa espera. “Primeiro faremos o bolo crescer, para, depois, dividirmos”. Como resultado tem-se a realidade nacional evidenciada pela gritante concentração de renda e alarmantes desigualdades sociais.

Sustentado nessa inquietude que traz o sistema, em comento, então, com inteligência detalha BARATTA (2002, p. 165):

... o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes [sem grifo no original], e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos e típicos dos indivíduos a ela pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas [sem grifo no original].

Nessa análise prossegue BATISTA (2005, p.116):

...a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena. Numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais (ou ‘interesses’, ou ‘estados sociais’, ou ‘valores’) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações. Efeitos sociais não declarados da pena também configuram, nessas sociedades, uma espécie de ‘missão secreta’ do direito penal.

CIRINO DOS SANTOS (2006a, p. 16-17) conceitua com muita propriedade bem jurídico:

Desse ponto de vista, considerada todas as limitações e críticas, o conceito de *bem jurídico*, como critério de criminalização e como *objeto* de proteção, parece constituir garantia política e irrenunciável do Direito Penal do Estado Democrático de Direito, nas formações sociais estruturadas sobre a relação *capital/trabalho assalariado*, em que se articulam as classes sociais fundamentais no neoliberalismo contemporâneo.

A partir dessa formidável conceituação se remontam ponderações essenciais, centradas, calcadas na criminologia crítica. Já que a criminologia tradicional, não questiona a seletividade (desigualdade do poder) que se opera através da definição na escolha de bens jurídicos, a *Criminologia Radical* o faz e com muito acerto. A criminalização primária prioriza a proteção de bens jurídicos das elites do poder econômico da sociedade e define penas, enquanto a criminalização secundária concentra a repressão e a execução penal nos submissos e se ausenta nos detentores do poder.

Com fulcro nessa assertiva, realça SBARDELOTTO (2001, p.116):

De qualquer sorte, a conceituação clássica-positivista do bem jurídico vincula-o à noção de juízo de valor definido pelo legislador, extraído de uma teoria da danosidade social, refletindo os interesses predominantes em determinada realidade social. **Revela-se estrutura de base, relacionada com os jogos de interesses inerentes à hierarquia de domínio político e econômico** [sem grifo no original].

Importante advertir, que a seleção de bens incondicionais, vitais à sobrevivência humana, devem ser vistos com cautela, haja vista que, quem os seleciona e pune é voltado para o poder (os poderosos em desfavor dos minoritários). Na relação trabalho e capital, o empregado torna-se prisioneiro de seu chefe. Assim, proteger a vida é proteger a força de trabalho (mão-de-obra). É preservar o homem não como fim, mas sim como meio.

De outra maneira, manipulam-se com desprezo aos menos favorecidos, induzindo, e comumente, desembocando-os na marginalização em desarticulação com os preceitos ditados. Exemplifica SBARDELOTTO (2001, p. 134), que tanto os crimes cometidos por quem mantenha casa de prostituição como o empresário, que é sonegador, será punido com a mesma sanção. E ressalva que, ao empresário ainda tem a possibilidade de ver extinta sua punibilidade, se antes do recebimento da denúncia, pagar o tributo. Realça CASTILHO (2002, p. 70) “... **as empresas, especialmente, as maiores, gozam de um relacionamento privilegiado com o sistema penal** [sem grifo no original]. Ao mesmo tempo em que têm maior oportunidade de definir o comando das leis, estão mais imunes à sanção.”

Nesse encalço, adverte CASTELLAR (2004, p. 30): “o que nunca se deve esquecer quando se estuda esta matéria é que ‘a noção classe social não é chamada a participar’ do debate que gira em torno do conceito de bem jurídico.”

GOMES e YACOBUCCI (2005, p. 73) retratam que o conceito de bem jurídico ganha legitimidade, ao lado do conceito dogmático, como fonte e instrumento de fundamentação das decisões de política criminal, qual seja, uma função garantista, evitando, assim, uma excessiva interferência do poder legiferante.

Consubstanciando-se nessa ideologia, que se justificam as condutas desviantes, menos empregados, mais desempregos, o poder que domina se mantém na exploração e com isso, surgem-se os conflitos de classes. Para combater o proletariado, criam-se normas e mais normas. Isto posto, o poderoso cada vez mais forte e o fraco cada vez mais miserável.

Por todo exposto, as palavras de ordem são: pensar, criticar e reformar. O Brasil, em todo o sistema, e com certeza na esfera penal, já não permite mais esperar.

2.3 Bem jurídico sob o prisma constitucional

É indubitável que o Texto Magno seja o norte para orientar a existência de bens jurídicos, o que quer dizer, traça limites ao legislador ordinário, na construção de norma incriminadora. Porém, o que é questionável se essa mesma redação obriga ao legislador infraconstitucional criminalizar todos os bens por ela protegidos. Preleciona GRECO, L. (2004, p. 101) que é fundamental que o bem possua uma efetiva necessidade de intervenção drástica. Não é suficiente a mera previsão constitucional, é forçoso que se delimite mais além.

Acentua BARATTA (1994, p. 17) na sua redação ímpar e vanguardista, como resposta a todo questionamento de obrigação de criminalização constitucional que:

É fácil verificar o vício das argumentações que pretendem que se derive do reconhecimento de valores e interesses na constituição a *obrigação* do legislador de prover-lhes uma tutela penal. Não existem bens jurídicos reconhecidos na constituição que *por sua própria natureza* imponham que nela se estabeleça uma norma tácita que tenha por objeto uma obrigação deste tipo.

FRANCO¹, citado por PASCHOAL (2003, p. 86) põe à prova a forma democrática da Carta Maior alegando:

‘modelo garantístico que é próprio do Estado Democrático de Direito já não se refletiu, de forma plena e única, na Constituição Federal de 1988, que se deixou invadir por posturas eminentemente prevencionistas. Como entender que possa estar em consonância com o paradigma constitucional uma figura como a do ‘crime hediondo’? Como considerar em coerência com o sistema democrático, fundado na dignidade da pessoa humana, tipos imprescritíveis? Como admitir numa Constituição de inspiração liberal que se determine a espécie de pena que o legislador

¹ FRANCO, Alberto Silva. Do princípio penal da intervenção mínima ao princípio da máxima intervenção. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, n. 6, 1996, p. 179 – 180.

ordinário deve cominar para determinado delito? Como estabelecer, em nível constitucional, que o legislador ordinário, deve necessariamente criminalizar condutas ou atividades lesivas ao meio ambiente ou a menores? [sem grifo no original] Por meio dessas infiltrações, verdadeiros ovos de serpentes, é posto em xeque o caráter instrumental e garantístico da intervenção penal para atribuir-se ao controle social penal *ou* uma função puramente promocional *ou* uma função meramente simbólica.'

Lamentosa e real a colocação desse autor. Resta-se, apenas a expectativa. Expectativa, de conscientização, reflexão e transformação. Em remate, há objetivos escritos de um Estado Social e Democrático na Constituição. Deve-se, portanto, executá-los e quando necessário efetuar uma revisão, como ora citado, nos crimes hediondos, tipos imprescritíveis, dentre outros em busca da tão referida dignidade. Para tanto, faz-se necessário examinar os critérios, como o princípio da mínima interferência.

De resto, nem todos os bens por ela enumerados são penais, pois, em confronto entre dois bens por ela protegidos, deve-se atentar, ou melhor, pautar-se ao princípio da dignidade humana e da mínima interferência. Ressalta SOUZA (2006, p. 48-49) ser fundamento do Estado Social e Democrático de Direito a dignidade humana e esta ser esquadinhada na criminalização ou na cominação de sanção penal.

Fixa PRADO (2003, p. 85): "portanto, a liberdade e a dignidade (*menschliche Würde*) pertencem à essência do ser humano, sendo valores fundamentais do ordenamento constitucional brasileiro".

Expressa PASCHOAL (2003, p. 73) que a doutrina adepta da Constituição Federal, enquanto fundamento e/ou limite da proteção penal, não se convencem ser com exclusividade o resguardo constitucional para salvaguardar um bem como jurídico-penal. É fundamental, que, além de constitucionais, os comportamentos lesivos não possam ser proibidos por outros ramos do Direito (princípio da subsidiariedade) e, também, que somente condutas gravosas sejam punidas (princípio da fragmentariedade).

A principiologia minimalista do Direito Penal não compatibiliza com a imposição de criminalização. Ao contrário, gizam BUSATO e HUAPAYA (2003, p. 62): o bem jurídico, que importa ao Direito Penal proteger, deve se respaldar em garantias de liberdade e igualdade.

Nesse aparato crítico, o mais lamentável, o mais arrepiante, é que até mesmo a Carta Magna conseguiu desviar do que prevê; com proposições paradoxais, consoante se mencionou supra. Eliminando, com isso, direitos e garantias fundamentais como a liberdade. Escreve CARVALHO, M. D. L. (1992, p. 34), advertindo, que: "não se pode esquecer que o direito, ou melhor, **o que se coloca como sendo justo no texto constitucional, significa o resultado**

da atuação prática das classes sociais relacionadas no complexo da estrutura jurídica, política, econômica e ideológica [sem grifo no original].”

Em consonância com as apreciações voltadas às classes sociais e à construção de bem jurídico-penal e toda a problemática que se comprova, não é outro o árduo dilema da Constituição Federal pátria. Destarte, tem-se uma realidade inversa do discurso do Estado Social e Democrático de Direito, mas proporcional ao sistema capitalista. Mais leis, menos garantias e mais injustiças.

3 O PRINCÍPIO DA MÍNIMA INTERVENÇÃO

3.1 Esboço histórico

Não há como se entender a intervenção, via punição, sem uma referência à evolução das penas, pois são assuntos correlatos. Para tanto, é conveniente relacionar a história do Direito Penal com a história da humanidade, que não conviveu sem a pena. Enfatiza OLIVEIRA (2002, p. 161) que no discurso das ciências penais os conceitos de pena e prisão parecem tão íntimos, como se fossem análogos. O que de real não é verdadeiro, pois há pena sem prisão. Leciona NORONHA (1998, p. 20) que “em regra, os historiadores consideram várias fases da pena: *a vingança privada, a vingança divina, a vingança pública e período humanitário*”.

Na antiguidade, a ação punitiva do homem se dava pela vingança pessoal, violenta ou excessiva, onde era feita a justiça com as próprias mãos, ou seja, a vingança privada caracterizava-se pela reação a uma agressão cometida, sem proporcionalidade, vindo a atingir, não só o autor da agressão, como também os que a ele estivessem ligados. Num momento ulterior, a autoridade de um chefe é que exercia o direito de punir. Por fim, procurava-se um equilíbrio entre a repressão e a lesão. Logo, concebeu-se um sistema que estabelecia a uma regra de que o mal praticado deveria corresponder a um mal equivalente. Era a Lei de Talião. Em outros termos, a titularidade de punir, ora era do sujeito, ora do meio em que se relacionava, ora do governo. Ademais, as penas eram corporais. Porém, sempre acompanhadas da arbitrariedade.

A vingança divina nada mais foi do que o castigo que se receberia, caso se offendesse os preceitos ditados pelos deuses.

Interessa saber, que até meados do século XVI, a pena aplicada era a de morte. A partir daí, percebeu-se que o trabalho do prisioneiro trazia benefício àquela sociedade em desenvolvimento. Dessa forma, deu-se lugar a pena privativa de liberdade.

Nesse contexto, cumpre enfatizar, que as raízes da prisão sempre tiveram e terão os objetivos do lucro, próprio de um sistema capitalista.

Far-se-á uma breve incursão pela história do princípio da intervenção mínima, vez que sua origem no sistema jurídico é remota e surgiu como resposta à残酷za das penas combatida pelos iluministas. Até aquele momento histórico, o Direito tutelava bens como a fé e o soberano, tendo em vista que os papéis do Estado e da Igreja se confundiam. Vê-se,

portanto, que com o advento da mínima intervenção há uma grande ruptura de doze séculos, onde imperava a vingança institucional.

Para tanto, um marco histórico deve ser considerado como grande divisor de águas – o Iluminismo. Antes deste grande movimento, vivia-se o chamado Absolutismo, cujas preocupações do soberano e das autoridades eclesiásticas se confundiam. Vale ressaltar, que desde a Idade Média, a Igreja exercia grande influência política sobre os senhores feudais e soberanos.

A influência eclesiástica pode ser constatada através da ação dos Tribunais da Inquisição que reprimiam os chamados hereges. ROBERTI (2001, p. 26) assim sintetiza tal proposição:

Ao fazermos uma incursão na história do Direito Penal, e levando-se em consideração sua evolução na antiguidade, percebemos que o direito de punir nem sempre pertenceu ao Estado, como hoje se nos apresenta. A religião sempre exerceu forte influência na sociedade...

Porém, o referido princípio nasce com o Iluminismo, grande movimento filosófico-humanitário que dá uma nova roupagem às ciências e às artes, e, ainda, com a Revolução Francesa. Constrói-se uma nova visão de mundo e a humanidade começa a sair da escuridão da caverna que PLATÃO (2005, p. 187) já mencionava:

Suponhamos uns homens numa habitação subterrânea em forma de caverna, com uma entrada aberta para a luz, que se estende por todo o comprimento dessa gruta. Estão lá dentro desde a infância, algemados de pernas e pescoços, de tal maneira que só lhes é dado permanecer no mesmo lugar e olhar em frente; são incapazes de voltar a cabeça, por causa dos grilhões; serve-lhes de iluminação um fogo que se queima ao longe, numa elevação por detrás deles; entre a fogueira e os prisioneiros há um caminho ascendente, ao longo do qual se construiu um pequeno muro, parecido com as divisórias dos palcos armados pelos titereiros e colocados diante do público, para que sejam mostradas as suas habilidades por cima deles.

Acresce LUISI (2003, p. 38-39), que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 em seu art. 8º preconizou que “a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias...”, e, ainda, que:

Punha-se, assim, **um princípio orientador e limitador do poder** [sem grifo no original] criativo do crime. Surgia o **princípio da necessidade, ou da intervenção mínima** [sem grifo no original], preconizando que só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Somente se a sanção for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima.

Já em 1764, Beccaria, em sua distinta obra *Dos Delitos e das Penas*, mencionava expressamente o princípio da intervenção mínima a ser observado pelo legislador. O marquês de Beccaria faz um estudo, até então inovador, sobre o sistema de política criminal da época e que muitos aspectos são perfeitamente aplicáveis nos dias de hoje. Àquela época, já questionava a prática da pena de morte, tão comum diante da defesa da fé e do cristianismo. Interroga BECCARIA (2006, p.17):

Contudo, qual origem das penas, e que se funda o direito de punir? Quais as punições que se devem aplicar aos diferentes crimes? A pena de morte será verdadeiramente útil, necessária, imprescindível para a segurança e a estabilidade social? Serão justos os tormentos e as torturas? Levarão ao fim proposto pelas leis? Quais são os bens mais apropriados para prevenir os delitos? As mesmas penas serão igualmente úteis em todas as épocas? Qual a influência que exercem sobre os costumes?

O Iluminismo muda a relação do indivíduo com o Estado. Na obra *Do Contrato Social*, de Rousseau, são estabelecidas relações entre os indivíduos e dessas relações nasce uma sociedade e a partir desta, o Estado. Este contrato é um pacto de associação e não de submissão. Assim, ensina ROXIN (2006b, p. 33):

Segundo essa teoria, o Estado deve ser concebido a partir do modelo ideal de um contrato – independentemente da questão de seu surgimento histórico, que pode ser respondida em sentido bem diverso. Parte-se de uma hipótese, segundo a qual todos os habitantes de determinado território celebraram um acordo, no qual eles delegam a certos órgãos a garantia de sua convivência. Eles criam uma organização, o Estado, e lhe conferem o direito de obter a proteção dos cidadãos através da emissão e execução de leis penais e de outras regras. **Como a lei penal limita o indivíduo em sua liberdade de agir, não se pode proibir mais do que seja necessário para que se alcance uma coexistência livre e pacífica** [sem grifo no original]. Também o fato de que a dignidade humana e a igualdade devam ser protegidas é um resultado do pensamento iluminista, segundo o qual dignidade humana e igualdade compõem condições essenciais da liberdade individual.

No Brasil, já no século XVII, observava-se um grande número de normas penais. Era, para o seu tempo, uma das legislações mais crueis. Pouco tempo após a independência surge o Código Penal do Império, em 1830, tornando o Direito Penal pátrio mais humano e liberal. Aliás, a pena de morte, prevista no código de 1830, praticamente foi abolida em 1855 por Dom Pedro II que transformou todas as penas de morte em prisão perpétua.

Com o advento da República, surge o Código Penal de 1890, o que traz consequências danosas no tocante à criminalidade. Tal diploma vigora até 1940, quando surge um novo Código Penal. A despeito informa LUISI (2003, p. 44):

... cuja parte especial ainda está em vigor, - foi acrescido por uma série vultuosa de leis que prevêem novos tipos penais, em sua maioria totalmente desnecessários e em desacordo com reais injunções, e outros elaborados de modo a comprometer a seriedade da nossa legislação penal, chegando em alguns casos a conotações paródicas e hilariantes”.

Em suma, o princípio da mínima intervenção está implícito na Carta Magna. Mas, há uma dúvida ainda a sanar: onde vislumbrar tal princípio frente uma espetaculosa e vasta legislação, que traz além do Código Penal, outros crimes como os eleitorais, tributários, militares, dentre outros? Além disso, é lastimável informar que no ordenamento jurídico pátrio raramente há uma lei sem criminalização.

3.2 Conceitos

3.2.1 Princípio da intervenção mínima

O sistema penal contemporâneo induz aos legisladores a repensar a elaboração das normas, aos hermeneutas uma reflexão de sua interpretação e aos demais operadores de Direito um acatamento das críticas propostas pela *Criminologia Radical*, observando os princípios do Direito. Pois, nos ditames de MARINHO E FREITAS (2005, p. 38) “os princípios fundamentais formam a superestrutura do sistema jurídico e são poderoso instrumento para a correta interpretação e aplicação direito aos casos concretos.”

Deve-se enfocar, nessa referência, o princípio penal minimalista. Nesse rumo, preleciona COELHO, E. M. (2003, p. 19):

A adoção do minimalismo e o privilégio aos princípios jurídico-penais minimalistas, significam uma diminuição da abrangência da esfera penal. Tal, porém, longe estar de ser algo criticável. A esfera penal tem sido usada ao longo dos anos como espaço fácil para demagogias punitivistas, e como válvula de escape para a influência estatal na solução dos problemas e conflitos sociais, econômicos e culturais.

Num Estado Social e Democrático de Direito, como o Brasil, não há obstáculos para se raciocinar com o princípio da *ultima ratio*; mas penoso é executá-lo quando se trata de um sistema capitalista de produção. No entanto, o que prega esse princípio é que o Direito Penal só está autorizado a atuar nas defesas dos bens jurídicos inevitáveis para manter a ordem e a paz social e, se bens não puderem ser protegidos de maneira menos dolorosa, ou seja, fora da esfera criminal. Procura, assim, resguardar, o que o homem tem de mais precioso, depois da vida, a liberdade. Só é garantista aquele que respeita os direitos fundamentais. Entretanto, está difícil o Estado cumprir seu papel. Outros interesses, próprios do capitalismo obscuram essa proposta.

Nesse raciocínio, dispõe DOTTI (2004, p. 37):

Pode-se afirmar que nas duas últimas décadas um dos temas de maior ressonância no panorama crítico do sistema penal tem sido a **hiperinflação** [sem grifo no original] legislativa fazendo com que se reduza

intensamente o poder coercitivo do Direito Penal em face da rotineira criação de tipos que não satisfazem as exigências de proteção dos bens jurídicos fundamentais. Tem sido uma constante o recurso às leis penais para atender interesses conjunturais do Estado ou de grupos de pressão.

Importa esclarecer, ainda, que o princípio em comento não se confunde com o princípio da insignificância, pois este incumbe ao juiz aferir, no caso concreto, a escassa afetação a bem jurídico, não merecendo, assim, qualquer sanção. Enquanto o primeiro encarrega-se o legislador na seleção de quais bens jurídicos mereçam proteção, via sanção penal.

3.2.2 Das vertentes do princípio minimalista

O princípio, em tela, pode ser melhor entendido quando proposto que a criminalização de condutas deve ser severa, criteriosa, somente bens indispensáveis ao convívio social devem ser protegidos na esfera penal (fragmentariedade) e ainda, quando não puderem ser resolvidos numa outra órbita do Direito (subsidiariedade).

Para BATISTA (2005, p. 85) a fragmentariedade e a subsidiariedade são características ao princípio da mínima intervenção.

Enquanto, para GRECO, R. (2003, p. 64), a fragmentariedade seria decorrência não apenas do princípio da mínima intervenção, como também da lesividade e da adequação social. Sintetizam BUSATO e HUAPAYA (2003, p. 183)

Destas idéias parte o desenvolvimento do princípio de intervenção mínima, que se expressa sob distintas formas dentro do Direito penal. Convém destacar os pontos-chave que estabelecem limitações ao *ius puniendi* através do princípio de intervenção mínima: *princípio de fragmentariedade e princípio de subsidiariedade*.

3.2.2.1 Da fragmentariedade

O Direito Penal é fragmentário, isto é, tutela apenas bens jurídicos fundamentais e extremamente graves. Acentua AMARAL (2005, p. 88) que “a intensidade e a gravidade da ofensa são os critérios determinantes da intervenção penal protetiva.” No que concerne à fragmentariedade, ensina COELHO, Y. C. (2003, p.117)

Através deste princípio, busca-se conferir legitimidade ao sistema penal, em confronto com os perigos que o crescente processo de criminalização de condutas tem ocasionado, buscando-se assim evitar a redução do direito penal a um instrumento meramente simbólico na proteção de bens jurídicos.

3.2.2.2 Da subsidiariedade

O Direito Penal é subsidiário também. Quer dizer, não basta um bem jurídico ser imprescindível, é preciso mais, que outras searas do Direito não possam resguardá-los. Observam-se que os conhecimentos humanos se prolongam no espaço e no tempo de maneira ilimitada. Igualmente, no campo penal, deveria acompanhar essa evolução no sentido de resguardar a liberdade humana; buscando para tanto, mecanismos que sanem sua privação. Em outros dizeres, os juristas, os legisladores, devem trilhar o mesmo caminho dos astronautas, dos tecnólogos, no sentido de não haver fronteiras para uma política criminal. Desse modo, se forem insuficientes os instrumentos formais, o Estado deve-se valer dos instrumentos informais.

No tocante à subsidiariedade, com muita propriedade, são os dizeres de AMARAL (2005, p. 88):

Relativamente ao princípio da subsidiariedade, com ele limita-se a atuação do direito penal criminalizador e protetor de bens jurídicos, tal qual o princípio acima apresentado, mas dele difere, porque o princípio da subsidiariedade o faz por outra frente: impede que a intervenção penal ocorra, enquanto houver outros meios para proteção do bem jurídico que não sejam vias penais. Para a acomodação das lides, em que algum bem jurídico tenha sido lesionado, não se permite a atuação das instâncias criminais formais, enquanto não esgotado o rol de controladores sociais informais (escola, comunidades de bairro, ONGs , igrejas, etc.) ou de controladores sociais formais não-penais (direito administrativo, direito civil, etc).

Incurso nesse contexto, o ordenamento jurídico-penal deve-se engendar na política criminal com o fim de encontrar soluções menos gravosas para remediar os desvios sociais, certo que o comportamento do homem não é estático. Logo, quando uma conduta for considerada irrelevante, não deve ser criminalizada.

Arremata SANCHES (2002, p. 23), “mesmo que se comprove a idoneidade da reposta penal, esta só pode ocorrer nas situações em que não exista a possibilidade de sua substituição por outra forma não penal de solução para aquele conflito gerado para a violação dos direitos humanos.”

3.3 O descaso ao princípio da intervenção mínima na tutela dos bens jurídico-penais: uma constatação fática

O poder estatal, através de seus elaboradores infraconstitucionais, dá origem a inúmeras normas ou quando não agravam as já existentes, mesmo quando desnecessárias. A esse endurecimento das regras chama-se de *neocriminalização*, que nos dizeres de DOTTI

(2004, p. 77): "... consiste na atividade estatal de agravar as hipóteses já previstas de crimes, ampliando os seus contornos típicos, aumentando as sanções ou reduzindo as garantias processuais do acusado ou condenado."

Quer dizer, pune-se pelo não merecimento, mas pela necessidade de se castigar. É mister, ter-se uma resposta social imediata aos conflitos do momento. Com isso, intensificam-se as leis, como as de ocasião. A esclarecer, MELO (2003, p. 27):

Leis de ocasião são aquelas cujo objetivo é responder a situações excepcionais que causam comoção à opinião pública, como ocorre, por exemplo, nos casos de seqüestros e de homicídios qualificados [sem grifo no original]. Nesses momentos, tem predominado a adoção de política criminal radical *hard control*, do endurecimento de penas, do corte de direitos e garantias fundamentais, do agravamento da execução e da tipificação inflacionária de novas condutas desviantes [sem grifo no original]. Como exemplo de utilização da ideologia da 'Lei e Ordem', pode-se citar a lei dos crimes hediondos [sem grifo no original].

Cumpre ressalvar, também, que no calor de uma notícia penal de repercussão nacional, vozes clamam por leis mais severas. Logo, muitos legiferantes antecipam sua campanha eleitoral e publicam novas leis. Com isso, o indivíduo faz-se vítima de si, haja vista que faltam instruções que norteiam, realmente, onde estão, também, as raízes do crime. Não se deve esquecer que uma coisa é notícia, mídia e outra é a realidade. Merecem destaque as palavras de CAMARGO (2001, p. 113):

O Direito tem que ser algo tão abrangente que não deixe ninguém à sua margem, ninguém sem que a sua norma alcance, e, é natural, que isso aconteça porque ela verte do próprio fenômeno social. Nós assistimos os legisladores do discurso fácil de plantão [sem grifo no original], a propor uma Lei de Crimes Hediondos, em face de um crime de repercussão nacional. Sempre, assistimos, quando **começa uma onda de seqüestros, dois ou três discursos fáceis de plantão a propor pena de prisão perpétua para seqüestradores** [sem grifo no original]. Acho isso muito engraçado, como se um dos seqüestradores, reunido em uma confraria como a nossa, subisse à Tribuna e dissesse: *Olha, a pena era xis, mas, agora, como é xis vezes dez, vamos parar de seqüestrar* [sem grifo no original].

Não que se deva aplaudir esse acontecimento. E nem outros como o de menores infratores. Porém, antes da edição de qualquer norma, como as que visam a redução da maioridade penal, devem-se investigar os conhecimentos técnicos da psicologia, sociologia, criminologia e outros que se fizerem necessários. Pois, depois de publicada e editada uma norma, a mesma pode se traduzir em efeitos irreversíveis, trazer consequências por toda uma vida, evidentemente no caso de menores infratores. Um questionamento a se produzir, sempre e sempre: essa é a melhor solução? Manifesta CERVINI que (1995, p. 194),

O legislador [sem grifo no original] deve ter isto presente na hora de criar novas normas penais ou ao ponderar a real necessidade de que **não deve buscar a solução fácil da via punitiva para erradicar**

problemas [sem grifo no original] ante os quais não se tentou ainda todas e cada uma das estratégias extrapenais aconselháveis, nem menos, todavia, para tranqüilizar o eleitorado ante o aparecimento de alterações sociais. **Em suma, o Direito Penal não deve ser um ‘remendo’ de desajustes sociais incipientes mas sim o último recurso da comunidade** [sem grifo no original].

Por que não indagar, o que leva o cidadão a ser desviante e o porquê de se criminalizar? E os detentores do capital respondem, para quê? As condutas incriminadoras só existem para fortalecer, cada vez mais os poderosos, ao mesmo tempo imunizá-los dessa coerção. Já os marginalizados seletos, cada vez mais estarrecidos, rebaixados, miseráveis.

Destarte, tem-se um discurso inverso de um Estado Social e Democrático de Direito, mas proporcional ao sistema capitalista. Mais leis, menos garantias.

Afora as leis de ocasião, há, ainda, as leis penais que não deveriam sobreviver com o tempo, pois deveriam se adequar ao dinamismo e às constantes mutações. O que, no passado, foi o alicerce para se tutelar penalmente, hoje, pode, mais a não prescindir na medida que surjam outras fontes como solução. Inseridos num quadro atual, deve-se descriminalizar. Mas o real é frustrante. Logo, toda a dialética pregada é ignorada (mais criminalização e menos descriminalização). À guisa da exemplificação, cita-se a bigamia, vez que bastasse o Direito Civil para salvaguardar o instituto do casamento.

Em outras palavras, poderia se valer de outras searas do Direito, para resguardar o bem jurídico tutelado, desde que não penais, pois não possuem a relevância para tanto.

Nesse encadear de ilustrações, tem-se, como delito, ainda, a famosa manutenção de casa de prostituição. Em pleno século XXI, cumpre esclarecer, que ninguém é obrigado a freqüentar as casas de prostituição e os que nela vão têm as mais diversas razões (solidão, fantasias sexuais, início e/ou continuidade na vida sexual).

Repara-se, que com freqüência, há uma norma incriminadora como forma de moralizar, que não é papel estatal. GOMES e BIANCHINI (2002, p. 100) corroboram, citando como exemplo o assédio sexual, advindo da lei 10224/2001, art. 216-A do Código Penal.

Há a manutenção, ainda, por medidas morais ou religiosas, o crime de aborto. A penalidade, não impede, no caso, que se evite a agressão por simples medo. Se o Estado quer impedir esta prática, então, que o faça através de orientação aos cidadãos. Ou até que descriminalize, já que esse tipo, muitas das vezes, faz tantas vítimas quantos os chamados desviantes. Pois, sendo crime, a conduta é clandestina, a sua segurança questionada e desastrosa são suas consequências.

Nessa edificação, descreve QUEIROZ (2002, p. 78):

Outras figuras delituosas, semelhantemente, embora não tendo uma conotação puramente moral e se revistam mesmo de gravidade que as singularize, persistem como **mero símbolo de afirmação de valores** [sem grifo no original]. É o exemplo do ‘crime de aborto’ (CP, art. 124). No entanto, a lição ordinária dos fatos está a demonstrar, repetidamente, cruentamente: ninguém, em parte alguma, se abstém, nem se absterá, de praticar essa agressão por mero temor da ameaça penal. Contrariamente a toda expectativa, a prática de abortos clandestinos - e o são por força de uma proscrição inócuia – tem causado incontáveis vítimas. Verdade é que um Estado que queira seriamente preveni-lo, bem ao contrário, não apenas terá de reconhecer esta realidade e permiti-lo (permitir o aborto mais largamente ou mesmo abolir a proibição penal) em casos determinados e sob certas condições, como também deverá, decorrentemente, nas hipóteses autorizadas, assisti-lo e cercá-lo de um mínimo de segurança. E isto em efetivo respeito à vida, pois é certo que a redução a níveis toleráveis desse ato de violência, a que se soma a nociva violência penal, não passa, nem passará, pelo crivo do sistema de justiça penal.

Igualmente, não se deveria manter, a punição pelo jogo de bicho, haja vista, que inexiste vítima em tal comportamento.

Por todo o exposto, apura-se que o princípio em discussão encontra-se numa zona cinzenta, precisa ser melhor revisto.

A par desta cognição, vê-se que há outras práticas em dessintonia com o princípio em abordagem, tais como, proteção ecológica, drogas, crimes econômicos, tributários, entre outros.

Clarividenciado que a punição com sanções penais é um fracasso, imprecisa e está perdida nesse espaço em que o homem ocupa, bem como desordenando o sistema jurídico-penal.

Conclusivamente, negar proteção penal ao bem jurídico, vida, não há ninguém a contestar, tendo que é o bem de maior valia que o ser humano dispõe. Mas paralela à vida, está a liberdade. Contudo, perquiri-se, frente a essa macrocriminalização, o descaso ao princípio em tela, o que de norma há, para resguardar a liberdade, desse cidadão, vítima dessa acentuada punição? A respeito, o hipotético desviante seria vítima da sua própria privação. A respeito, complementa, com sabedoria, PASCHOAL (2003, p. 25):

O Direito Penal não priva o individuo somente de sua liberdade, furtando-o, ainda, entre outras coisas, do contato com seus familiares, do direito de participar da vida política de sua comunidade, do prazer de acompanhar o desenvolvimento dos filhos, que também, sofrem os efeitos da punição, ao serem impedidos de compartilhar o quotidiano com o pai, e condenados a passar restrições financeiras durante sua ausência.

Enfim, acredita-se, que a curto prazo, todos os princípios que resguardam a dignidade humana sejam observados, em relevo, o da mínima intervenção, que irão desembocar num Direito Penal ajustado ao tempo e à sociedade em que se inserem, e, principalmente, onde o Estado terá condições de cumprir as funções declaradas. Por consectário, as garantias fundamentais serão resgatadas, ou melhor, serão efetivadas.

4 O MITO DA RESSOCIALIZAÇÃO VERSUS A PREVENÇÃO

4.1. Dos fins da pena

O sistema penal brasileiro está envolvido em torno da idéia central da pena, cuja explanação ordinária é a resposta como ofensa a um bem jurídico-penal. Adita ANDRADE (2003b, p. 179) que a missão do Direito Penal visa “...atribuir também à pena funções socialmente úteis.”

A pena é a sanção imposta pelo Estado quando se infringe seus preceitos. No escólio de SHINTATI (1999, p. 183) a “pena é sanção afitiva imposta pelo Estado, através de processo, ao autor culpável de uma infração penal, em retribuição ao ilícito típico praticado e para evitar novas infrações penais”. As penas previstas no Direito Penal brasileiro são as privativas de liberdade, as restritivas de direitos e multa. Sendo que a primeira constitui objeto do capítulo em questão.

A teoria da pena apresenta natureza mista ou eclética consoante optou o legislador pátrio; isto é, retributiva e preventiva, nos moldes do art. 59, *caput*, do Código Penal. CIRINO DOS SANTOS (2006a, p. 463) leciona que:

No Brasil, o Código Penal consagra *as teorias unificadas* ao determinar a aplicação da pena ‘*conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*’ (art. 59, CP): a *reprovação* exprime a idéia de *retribuição* da culpabilidade; a *prevenção* do crime abrange as modalidades de *prevenção especial* (neutralização e correção do autor) e de *prevenção geral* (intimidação e manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica) atribuídas à pena criminal.

As teorias da finalidade da pena são as absolutas, que militam no sentido de retribuição, reprovação. Enquanto as relativas se bifurcam em prevenção geral e especial, sendo que ambas podem ser negativa e positiva. A prevenção geral negativa visa à intimidação, enquanto a positiva visa o acatamento a certos valores. Por sua vez, a prevenção especial negativa da pena visa o autor do delito, retirando-o do meio social, impedindo-o de delinqüir e procurando corrigi-lo através de sua segregação no cárcere. Ao seu turno, a prevenção especial positiva consiste na reeducação, na reinserção, na ressocialização do infrator da norma.

As teorias dos fins da pena estão fora da órbita real. Não oferecem à sociedade nenhum efeito prático e útil. O Estado Social e Democrático de Direito não é um ente legitimado a vingar. Entretanto, cabe ao poder estatal a proteção de bens jurídicos subsidiários e qualquer restrição legal aos direitos devem-se limitar ao direito mínimo, às garantias e às

liberdades preceituadas na Carta Maior. E, sobretudo na dignidade da pessoa humana com o fito de se proporcionar e garantir o respeito individual e social.

Cumpre ressaltar, o ditado por COELHO E. M. (2003, p. 15): “a idéia de apenamentos representa um importante papel simbólico na sociedade, pois garante ao Estado, mesmo que fragilmente, um papel social de ‘nome do pai’, um limitador ao princípio do prazer, impondo aos sujeitos o limite da realidade.”

Sintetiza SOUZA (2006, p. 95): sob uma revista abrangente, todas as teorias que fundamentam a pena possuem lacunas o que torna injustificável seu fundamento ao caso real, porém o que não significa que a pena deva ser extinta do sistema jurídico ou que não possua legitimidade alguma.

4.2. Do mito da ressocialização

Consoante os fins da pena, a prevenção especial positiva, através da pena privativa de liberdade consiste em oferecer ao condenado os meios para sua reintegração social. Porém, esse discurso oficial dissimulado será desmascarado. Traz à baila, CIRINO DOS SANTOS (2006a, p. 452), que o estudo da pena criminal não deve ater-se à análise designado pelo discurso oficial, em contraposição, deve assinalar as funções reais da pena criminal que podem justificar “... sua existência, aplicação e execução nas sociedades divididas em classes sociais antagônicas, fundadas na relação *capital/trabalho assalariado*, que define a separação *força de trabalho/meios de produção* das sociedades capitalistas contemporâneas”.

Exclama-se que atrás de todo o aparelho penitenciário, há aqueles que lucram em silêncio, como as empresas de construção civil na edificação exacerbada dos meios de proteção, como investimento em muros altos, circuito interno de TV, câmaras, guardas; as empresas proprietárias de seguros de residências, veículos, lojas, os donos das emissoras que propagam a violência.

A colocação de COELHO E. M. (2003, p. 14) é complemento para um entendimento no que toca à venda colocada no discurso oficial:

Na perspectiva marxista [sem grifo no original], por sua vez, pode se dizer que a ressocialização é normalização, adequação do indivíduo ao modo de produção dominante e ao modo de vida social capitalista, destinado à manutenção do *status quo*. Portanto, só se poderia pensar numa idéia legítima de normalização após se implementar um conjunto de transformações sociais que alterassem as relações capitalistas de produção e vida social.

Não há discrepância que a privação de liberdade é um avanço face às atrocidades exibidas em tempos pretéritos. Porém, é indubitável, ainda, que a prisão se mostrou inoperante ao longo dos tempos e é a responsável pela crise social que, todos os dias, é estampada nos jornais com o espetáculo de violência e terror. Isto é, a pena de prisão é a barbárie presente. Enfatiza MELO (2003, p. 37) que:

A pena privativa de liberdade é imperfeita [sem grifo no original] tendo em vista que ‘não repara a situação jurídica ou fática anterior, não iguala o valor dos bens jurídicos em confronto e impõe um novo sacrifício social’, além disso, o objetivo almejado por ocasião de sua aplicação não consegue ser atingido, pelo menos na situação atual existente no Brasil, vez que instaurou-se uma crise no sistema penitenciário cuja magnitude e consequências são capazes de deslegitimar a pena privativa de liberdade.

O discurso proposto para o sistema prisional do Brasil não conseguiu alcançar seus fins, haja vista entre os presidiários, constata-se uma maioria jovem, oriundos das camadas subalternas, já marginalizados socialmente, advindos de famílias desestruturadas que não tiveram acesso à educação básica e nem formação profissionalizante, técnica ou acadêmica. O ambiente carcerário dispõe inclusive de condições materiais insuportáveis: celas imundas, insuficiente espaço físico, superlotação, presos amontoados e sem condições até para dormir induzindo-os a rebeliões. O cárcere prolifera os comportamentos consagrados criminosos e enseja o preso à reincidência.

São, portanto, indivíduos numa posição degradante e que caso não encontrem as condições ínfimas no cárcere, jamais conseguirão ter um convívio, equivalentes pelo menos na zona social em que se relacionavam. A propósito, ensina BARATTA (2002, p. 167):

O cárcere representa, em suma, a ponta de iceberg que é o sistema penal burguês [sem grifo no original], o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal, com a discriminação social e escolar, com a intervenção dos institutos de controle do desvio de menores, da assistência social etc. O cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa.

O que se vê no Brasil atual, no entanto, são instituições conhecidas pela excelência em criminalizar, o que não cumpre o papel de ressocialização. O sistema penal do Brasil está problematizando constantemente as questões prisionais e se mostrando incapaz de solucioná-las. Coloca LYRA (1995, p. 176) que “os estabelecimentos penais que materializam as penas privativas de liberdade continuarão existindo enquanto refletirem e forem a síntese das demais instituições de controle social existentes na sociedade.”

Apura-se, de real, que a pena, seleciona determinados indivíduos para retirá-lo do convívio social e torná-lo mais fragilizado e inoperante mediante aos detentores do capital.

Acentua BARATTA (2002, p. 166) que: "... mais essencial parece a função realizada pelo cárcere, ao produzir, não só a relação de desigualdade, mas os próprios sujeitos passivos desta relação."

O doutrinador COELHO E. M. (2003, p. 14) faz um questionamento crítico suscetível de reflexão no que gravita à ressocialização, a saber:

Primeiramente, quanto à própria essência da privação de liberdade, **a palavra ressocialização é ambígua. Somente se ressocializa quem estava socializado; porém, o que é 'estar socializado'?** Seria estar inserido num meio cultural? Ou num econômico de produção? Ou num determinado grupo social? Ou em um certo grupo religioso? [sem grifo no original] Trata-se de uma palavra de sentido indeterminado, ou ao menos sem a determinação necessária para a ampla utilização que lhe é dada.

Indubitável que o Estado não cumpre o seu papel proposto nos fins da pena: prevenção e recuperação. Logo, a criminalização de condutas e a consequente penalização causam danos irreversíveis no delinquente e que o acompanha por toda sua vida. Estabelece MORAES (2005, p. 110) em conexão que:

O passado do ex-condenado não lhe possibilita oportunidade [sem grifo no original]. Com raras exceções isso é tão verdadeiro que, nos próprios concursos públicos, de qualquer dos três Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), por mais inteligente que seja o candidato e tenha aptidão para o cargo ou a função pública, a condição necessária é a de não registrar antecedentes criminais. Por sua vez, acompanhando o '*exemplo do poder público*', a quase totalidade das empresas privadas também evita contratar quem já tenha cumprido pena.

Arremata QUEIROZ (2002, p. 44) que "o sistema penal está, assim, estruturado para que, de fato, não funcione."

Toda essa constatação fática brasileira legitima o empenho para tornar o sistema punitivo menos rigoroso e mais humano. No entanto, devem-se acatar os processos de descriminalização e despenalização. A respeito, determina MELO (2003, p. 34) "... a descriminalização consiste em retirar o caráter ilícito de uma conduta." Pontua DOTTI (2004, p. 78):

A *despenalização*, em sentido mais ampliado, consiste na substituição da pena privativa de liberdade por outras sanções, de caráter não detentivo, assim como ocorre, em nosso sistema, com as penas restritivas de direitos (CP, arts. 43 a 48) que são autônomas e substituem a reclusão, a detenção e a prisão. Trata-se, portanto, de um processo de redução, maior ou menor, das sanções criminais aplicadas a condutas que ainda persistem como ilícitos penais.

Finalmente, jamais se deve esquecer que o respeito aos direitos humanos do preso não é sinônimo de impunidade, tão cobrada pela sociedade.

4.3 Da prevenção

A repulsa à criminalidade não pode ser feita só diante da pena de prisão, por ser evidente que todo o aparelho penitenciário está falido e com a agravante que o Estado brasileiro está inadimplente com os deveres e prestações a que se propõe. Outras medidas devem ser agregadas: investimento na educação, no trabalho, na saúde, na alimentação, moradia, a igualdade de oportunidades e outros básicos a uma vida digna.

MORAES (2005, p. 42) frisa com precisão:

...que foi criado o chamado ‘Plano Nacional de Segurança Pública’, no Governo do Presidente Fernando Henrique, mas não um Plano Nacional de Prevenção Criminal, provando a tendência institucionalizada da repressão, ou seja, cuidar da casa depois da porta arrombada e correr atrás de prejuízo (humano e material), que poderiam ter sido evitados com a prevenção!

Insta comentar, que o citado prejuízo é imputado aos subalternos em detrimento do enriquecimento das elites econômicas.

Nesse ângulo, onde estão as medidas sócio-educativas? Se há outros caminhos que possam evitar as infrações, por que não adotá-los? Por que não investir na prevenção, já que essa é uma possível solução? Ah, para que haja matéria-prima aos detentores do poder econômico é basilar a prática de crimes e a consequente prisão.

O descuido ou a despreocupação do poder legiferante na construção de normas e o rigor na execução penal devem ser pontuados. A idéia, ao invés de punir é prevenir, em contraposição a divisão de classes, a não divisão de classes, a igualdade. Essa é uma luta que se espera conseguir. Por seu turno, frisa MORAES (2005, p. 56) que ao passo que “**a prevenção é silenciosa e benigna para todos, a repressão é funesta e espalhafatosa** [sem grifo no original], mas gera mórbida curiosidade popular, e esta, bem trabalhada pela mídia, **possibilita grande retorno de audiência, rendendo dividendos políticos e muita fama aos experts** [sem grifo no original].”

Merecida, ainda, é a citação das palavras de MORAES (2005, p. 24): “Dentre os bens relevantes do ser racional, a *liberdade* goza de merecido destaque; por ela, ao longo da história dos povos, são incontáveis as revoluções, pois ninguém deve ser tolhido no seu direito de pensar, expor, agir, criar, ir, vir, ou ficar.” No entanto, o bem em relevo após a vida é a liberdade e essa só pode ser contida em crimes consumados contra a vida. Os demais crimes têm bens jurídicos inseguros e incertos. O que hoje a ciência e a sociedade podem considerar como um bem jurídico passivo de proteção, amanhã pode não mais o ser. Sem

dúvida nenhuma, os bens jurídicos universais contemplados em toda humanidade são a vida e a liberdade. Todos os demais são passíveis de discussão e incertezas.

Na esteira de solução propõe SILVEIRA (2003, p. 202) que:

O abandonar de uma concepção criminal, tão arraigada quanto se mostra atualmente, sem dúvida, é um desafio a ser vencido. Contudo, o problema está posto e dele não se pode fugir. Ao lado da ciência, da dogmática, deve-se ter em questão o problema da eficácia do Direito Penal. Tão dramática é sua presença no subconsciente da sociedade que, em se tratando de outros campos de abordagem penal, se mostra imprescindível a busca por novas soluções.

PIZA (2002, p 112) conclui argumentando que “a Justiça só pode ser alcançada quando nos afastamos dos extremos já propostos pela ideologia burguesa”:

o extremo dos preconceitos (classistas, raciais, de gênero, estéticos etc.) não declarados que nos impedem de reconhecer no outro um semelhante;
o extremo dos preconceitos racionalizados pela ciência que nos obriga a ver no outro o ser diferente patologizado, anormal, que é por natureza diferente;
o extremo da objetividade, última fronteira dessa Justiça para as massas urbanas excluídas, que não reconhece no indivíduo uma narrativa de semelhanças.

Já que a prevenção se mostra utópica, a pena deveria ser um psicotrópico e como tal ministrada na devida dosagem, sob a responsabilidade de se causar efeitos colaterais catastróficos, como o panorama penal, que se conhece hoje.

Importante se faz atentar às palavras de FOUCAULT (1987, p. 214)

A prisão, essa região mais sombria do aparelho de justiça [sem grifo no original], é o local onde o poder de punir, que não mais se exercer com o rosto descoberto, organiza silenciosamente um campo de objetividade em que o castigo poderá funcionar em plena luz como terapêutica e a sentença se inscrever entre os discursos do saber. Compreende-se que a justiça tem adotado tão facilmente uma prisão que não fora, entretanto, filha dos seus pensamentos.

Nesse contexto, deve-se desconstruir toda falácia prisional e se trabalhar com a legítima e tão sonhada prevenção, a fim de que se efetive os direitos e garantias individuais proclamados na Carta Magna e assim os fins precípuos da justiça que sobrepuja a todo Direito.

O delinquente deve ser analisado em conjunto com o meio que produz e reproduz a ação do crime a fim de se alcançar a prevenção.

O capítulo finda com uma singular colocação: já que o Estado, principalmente, o Estado Social e Democrático de Direito não cumpre o seu discurso oficial nos fins da pena, notadamente, no da ressocialização, deve interferir o mínimo necessário na elaboração de preceitos penais, tendo que o Direito Penal é o instrumento mais agudo de intervenção na

conduta humana. Para tanto, é imprescindível, que o Direito Penal, via poder estatal, se desvincule dos interesses das classes dominantes e concretize os fins que o fundamentou.

CONCLUSÃO

Dentro do ordenamento jurídico-penal, as normas são elaboradas para atender aos interesses sociais com fulcro numa constatação real diante do positivismo jurídico. Entretanto, sua função no neoliberalismo é utópica, haja vista que entre o discurso oficial declarado, a proteção do bem jurídico, e o princípio da mínima intervenção existe um grande hiato, demonstrado pela dialética das funções reais. Pois, as leis estão em função do sistema capitalista. Protege-se, tão-somente o capital. Como consequência, tem-se a realidade nacional evidenciada pela gritante concentração de renda e alarmantes desigualdades sociais. Para o detentor do capital se manter em sobreposição ao proletariado, criam-se normas e mais normas. Isto posto, o poderoso cada vez mais forte e o fraco cada vez mais vulnerável.

Sendo assim, a tutela do bem jurídico deve ser vista com reservas nesse sistema de produção e revestida de insegurança na sua escolha. Assim, não bastam condutas contrárias à ética, à moral, a dogma religioso; é mister para serem penalmente protegidas muito além, é fundamental a violação de bens jurídicos indispensáveis ao convívio humano. Ademais, há leis penais que não deveriam sobreviver com o tempo, pois precisariam se adequar ao dinamismo e as constantes mutações, por exemplo, a bigamia. Nesse sentido, vê-se que há outras práticas em desacordo com o princípio em tela, tais como a proteção ecológica, os crimes tributários, entre outros. O Direito Penal mínimo não compatibiliza com a imposição de criminalização constante como meio de controle social.

No que concerne ao bem jurídico sob o prisma constitucional, frisa-se que existem preceitos nessa mesma Carta não coerentes com o Estado Social e Democrático de Direito, como os crimes hediondos. Revela-se, inclusive, que não há nenhuma norma expressa ou tácita na Constituição Federal aduzindo que todos os bens por ela enumerados devam ser penalizados. Em contrapartida, antes de se criminalizar qualquer conduta, o legislador ordinário deve-se pautar nos eixos nucleares do ordenamento jurídico, que são o respeito à dignidade da pessoa humana e ao princípio da mínima intervenção.

Clarividenciado o descaso ao princípio em comento e a não observância a nenhum critério garantidor dos mínimos direitos, como a liberdade. Todavia, o atual sistema penal induz aos legisladores a repensar a elaboração das normas, aos hermeneutas uma reflexão de sua interpretação e aos demais operadores do Direito um acatamento das críticas propostas pela *Criminologia Radical*, observando os princípios do Direito Penal minimalista.

O discurso oficial do Estado para o sistema prisional do Brasil não conseguiu e nem conseguirá alcançar a dialética prometida, haja vista que por detrás da criminalização e

execução penal há o predomínio das classes antagônicas, ou seja, da classe usufrutuária da mais-valia. No entanto, o cárcere reproduz os comportamentos consagrados criminosos e enseja o preso à reincidência. Ademais, as condições materiais e psíquicas lá instaladas são indesejáveis, induzindo-os à rebelião. Depara-se, portanto, com instituições prisionais especializadas em criminalizar, o que não cumpre a função da ressocialização. Destaca-se que a pena privativa de liberdade seleciona determinados indivíduos para retirá-lo do convívio social e torná-lo mais fragilizado e inoperante perante os detentores do poder. Acrescenta-se que a criminalização de condutas e a conseqüente punição causam estigmas irreversíveis no delinquente e que o acompanha por toda sua vida.

Sob a ótica zetética, por que não questionar, o que leva o indivíduo a ser desviante e o porquê de se criminalizar? E os detentores do capital respondem, para quê? As condutas incriminadoras só existem para fortalecer, cada vez mais os poderosos, ao mesmo tempo imunizá-los dessa coerção. Já os marginalizados seletos, cada vez mais estarrecidos. Destarte, tem-se um discurso inverso de um Estado Social e Democrático de Direito, mas proporcional ao sistema capitalista. Mais leis, menos garantias. Essa constatação fática legitima o empenho para tornar o sistema punitivo menos rigoroso e mais humano. No entanto, devem-se abarcar os processos de descriminalização e despenalização.

O combate à criminalidade não pode ser feito apenas através da pena de prisão por ser evidente que todo o aparelho penitenciário está falido, desestruturado e com a agravante que o Estado está inadimplente com os deveres e prestações que se compromete a executar. Outras políticas sociais, ainda devem ser agregadas: investimento na educação, geração de empregos, medidas de saneamento básico, combate à desnutrição, moradia, a igualdade de oportunidades e outras políticas condizentes a uma vida digna. Enquanto, a prevenção, a descriminalização, a despenalização se mostrarem utópicas, a pena de prisão deveria ser um psicotrópico e como tal ministrada na devida dosagem, sob a responsabilidade de se causar efeitos colaterais catastróficos, como o quadro penal, que se conhece no momento. A pena de prisão é a barbárie do presente. É mister lembrar-se que o respeito aos direitos humanos do preso não é sinônimo de impunidade, própria das idiossincrasias da sociedade.

O paradigma proposto, ao invés de punir, é prevenir, em contraposição à divisão de classes, a não divisão de classes, a eqüidade.

Nesse contexto, deve-se desconstruir toda falácia prisional com o fito de que se efetive os direitos e as garantias individuais estatuídos na Constituição Federal e assim, os fins precípuos da justiça que sobrepõe a todo Direito.

Logo, se o Estado, notadamente, o Estado Social e Democrático de Direito não cumpre o seu discurso oficial nos fins da pena, particularmente, no da ressocialização, deve intervir o mínimo necessário na elaboração de preceitos penais, tendo que o Direito Penal é o instrumento mais grave na conduta humana. Para tanto, é imprescindível, que o Direito Penal, via poder estatal, desvincule-se dos interesses das classes dominantes e concretize os fins que o fundamentou.

Em remate, é inquestionável que a liberdade é o bem maior após a vida. No entanto, o indivíduo só pode perdê-la nos crimes consumados contra a vida, já que todos os demais bens são suscetíveis de incerteza e imprecisão. Com isso, espera-se que, em breve, efetive-se o princípio da mínima intervenção, onde o Estado terá condições de cumprir as funções prometidas. Por conseguinte, os direitos e garantias fundamentais serão resgatados, ou melhor, serão concretizados.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. *Despenalização pela reparação de danos: a terceira via*. Leme: J. H. Mizuno, 2005.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003a.

_____. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003b.

ARAÚJO NETO, Raimundo. *Princípio da reserva legal & direito criminal*. Curitiba: Juruá, 2002.

BACILA, Carlos Roberto. *Síntese de direito penal: parte geral*. 2. ed. Curitiba: JM Editora, 1997.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

_____. *Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 5, janeiro-março, p. 5-24, 1994.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Torriere Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BERTOLUCI, Marcelo Machado. A incompatibilidade entre a criminalização do inadimplente de tributos e o direito penal garantista. In CARVALHO, Salo de (Org.). *Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004, p. 119-150.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. – (Série as ciências criminais no século XXI; v. 7).

BRUNO, Aníbal. *Direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. Tomo 1º.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CAMARGO, Paulo Tonet. Legislação vitimizadora. In KOSOVSKI, Ester; PIEDADE JUNIOR, Heitor. (Org.) *Sociedade brasileira de vitimologia: temas de vitimologia II*. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2001, p. 111-117.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Criminologia crítica e a crítica do direito penal econômico. In ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Homenagem a Alessandro Baratta. v. 1. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 61-72.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

CIRINO DOS SANTOS. *As raízes do crime: um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Direito penal: parte geral*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006a.

_____. *A criminologia radical*. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006b.

COELHO, Edihermes Marques. *Manual de direito penal: parte geral: a dogmática penal numa ótica garantista*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. Tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DIAS, Fábio Freitas. Direito penal de intervenção mínima e a noção de bem jurídico aplicada às infrações tributárias: uma análise à luz da concepção de estado social e democrático de direito. In D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coord.). *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 113-146.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhete. 32. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRAGOSO, Hélio Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FREITAS FILHO, Roberto Gonçalves de. A defesa dos excluídos. In KOSOVSKI, Ester; PIEDADE JR., Heitor. (Org.) *Sociedade brasileira de vitimologia: temas de vitimologia II*. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2001, p. 131-150.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. – (Série as ciências criminais no século XXI; v. 6).

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI Alice. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. – (Série as ciências criminais no século XXI; v. 10).

GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. Tradução da 2ª parte de Lauren Paoletti Stefanini. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. – (Série as ciências criminais no século XXI; v. 13).

GRECO, Luís. “*Princípio da ofensividade*” e *crimes de perigo abstrato*: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 49, julho-agosto, p. 89-147, 2004.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

LYRA, Roberto. *Criminologia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MARINHO, Alexandre Araripe; FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Direito penal: introdução e aplicação da lei penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2005. Tomo I.

MELO, Yure Gagarin Soares de. *As novas perspectivas do direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

MORAES, Bismarck. *Prevenção criminal ou conivência com o crime: uma análise brasileira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

OLIVEIRA, Odete Maria de. A mulher e o fenômeno da criminalidade. . In ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da*

cultura punitiva. Homenagem a Alessandro Baratta. v. 1. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 159-171.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, criminalização e direito penal mínimo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PIZA, Evandro. Dançando no escuro: apontamentos sobre a obra de Alessandro Baratta, o sistema penal e a justiça. In ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Homenagem a Alessandro Baratta. v. 2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 93-122.

PLATÃO. *A República*. Tradução de Heloísa da Graça Burati. São Paulo: Rideel, 2005.

PRADO, Luis Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

ROBERTI, Maura. *A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006a.

_____. *Estudos de direito penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b.

SANCHES, Samyra Haydée Dal Farra Naspolini. Os direitos humanos como fundamento do minimalismo penal de Alessandro Baratta. In ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Homenagem a Alessandro Baratta. v. 2. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 15-31.

SANTORO FILHO, Antônio Carlos. *Bases críticas do direito criminal*. Leme: LED Editora de direito, 2000.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito penal no estado democrático de direito: perspectivas (re)legitimadoras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SHINTATI, Tomaz M. *Curso de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. – (Ciência do direito penal contemporâneo; v. 3).

SOUZA, Paulo S. Xavier de. *Individualização da pena*: no estado democrático de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

TAVARES, Juarez E. X. *Bien jurídico y función en derecho penal*. Buenos Aires: Hamurabi, 2004.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*: de acordo com a Lei n. 7209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Manual de derecho penal*: parte general. 6. ed. Buenos Aires: Ed. EDIAR, 1997.