

REFLEXÕES SOBRE A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

Neida Terezinha Leal Floriano¹

“As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano conservar aos súditos.” (Cesare Beccaria)

Considerações Iniciais

A partir do século XIX, quando a prisão converteu-se na principal resposta penalógica acreditava-se ser este o modelo de reforma e reabilitação do delinquente. Inicialmente, apresentava uma vertente otimista que entendia ser a prisão um meio idôneo para a realização de todas as finalidades da pena, dentre elas a reabilitação do delinquente. No entanto, o otimismo inicial desapareceu e, atualmente, predomina uma vertente pessimista que coloca em dúvida o objetivo ressocializador.

A estrutura do crime, o seu conceito e seus fundamentos ontológicos exigem a delimitação do objeto de tutela, como garantia dos direitos do cidadão em face do Estado, impondo, conseqüentemente, uma limitação do poder do Estado de criminalizar condutas. O sistema da pena privativa de liberdade caracteriza-se pelo isolamento físico intencional, colocando os apenados em situação de contínua violência em face do descumprimento das garantias mínimas constitucionais. Nesse sentido, as mazelas da prisão se manifestam pela crueldade e pela desumanização existente no ambiente carcerário, o que se traduz em verdadeira violação aos Direitos Humanos.

Apontamentos teóricos acerca do Direito Penal

O Direito Penal reflete a escolha de política criminal adotada pelo Estado no qual está inserido. Nesse sentido o direito de punir é uma manifestação do poder de supremacia do Estado, nas relações com os cidadãos, principalmente na relação indivíduo-autoridade. Desse modo, a natureza histórico-político-cultural define o conceito de crime e, conseqüentemente, o conceito de bem jurídico e a sua dignidade (valoração) para o Direito Penal.

¹ Advogada. Especialista em Ciências Penais e em Direito Penal Contemporâneo. Professora da URCAMP. Mestre em Direito da UNISC.

A idéia dominante do atual sistema penalógico é a marginalidade, ou seja, a exclusão dos sujeitos marginais que estão fora do consumo e das coisas que são produzidas. A dialética jurídica se molda aos ditames do direito penal da privação da liberdade, através de dominações ideológicas à mercê da subjetividade de exclusão social inerente ao sistema de prisionização. Este, por ser uma instituição total é realizado por uma cultura jurídica de poder excludente, pois o poder vai além do caráter repressivo, preventivo ou punitivo, uma vez que expõe o sujeito à transgressão, diante das inúmeras tensões provocadas pelas carências suprimidas continuamente.

Atualmente, as políticas de Direito Penal e a expansão da intervenção penal constituem o principal instrumento de regulação jurídica e de controle social.² Abarcam desde as pequenas infrações penais às mais diversas formas de ilícitos em matéria comercial, ambiental, administrativa, dentre outras, as quais poderiam receber outros tipos de sanções: civis, administrativas, disciplinares ou políticas. Em outras palavras, as políticas criminais, atualmente, prosseguem na expansão incontrolada da intervenção penal mediante criação de normas incriminadoras, resultando em inexorável inflação dos interesses penalmente protegidos, cuja consequência reflete a perda da consistência conceitual da figura de bem jurídico, porquanto, cada vez mais, a sanção penal aparece como a única forma de sanção e a única técnica de responsabilização dotada de eficácia e de efetividade, resultando tamanha inflação dos interesses penalmente protegidos, dificultando, cada vez mais, os limites da tutela penal.

Da ameaça às condições tuteladas pela lei penal resulta a exigência social de defesa, que é o próprio fim e fundamento do Direito Penal, portanto o positivismo deu a base científica à idéia de defesa social como fim do direito punitivo. Visando essa defesa o Estado se arma de medidas penais de prevenção de crime, que agindo sobre o próprio criminoso o impeça a retornar a delinquir segregando-o do meio social. A pena encaminha-se para a medida de segurança com a qual chegou a confundir-se.

Nesse panorama a criminologia positivista se funda a partir da idéia de periculosidade para analisar a conduta do homem. Admite ser possível a ressocialização do criminoso, nega o livre-arbítrio, portanto, nega ao homem a possibilidade de criar a sua própria história. Entende

² Anualmente, um milhão e meio de americanos povoam as prisões americanas e cerca de quatro milhões e meio de americanos adultos estão sob alguma forma de controle judicial. Cada vez mais, os pobres são vistos como criminosos e longe estão de fazer jus a cuidados e assistência, merecem ódio e condenação. (BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 59).

que a delinquência é fruto do pré-determinismo do indivíduo para práticas delituosas. Antes do positivismo se constituir em um sistema jurídico foi necessário elaborar a história natural, biológica e sociológica do homem criminoso. Foi uma fase de descobrimento dos elementos causadores da criminalidade onde Lombroso criou a antropologia e a psicologia criminal e, Ferri, a sociologia criminal.

Num primeiro momento, quase se fez do Direito Penal uma ciência natural englobando-o com outras disciplinas. Um princípio fundamental e característico era a aplicação do método experimental não só às investigações criminológicas, mas, às próprias construções do direito penal, significando um aspecto de absorção do direito penal pela criminologia. A fase jurídica sucedeu ao período criminológico quando foram concluídas as pesquisas fundamentais de ordem sociológica e naturalista. Produziu-se então um sistema jurídico-penal como ciência normativa, distinguindo-o da criminologia que é o conjunto das ciências causais-explicativas do crime.

A busca pela conformação de um direito penal de garantias direcionado à concreção dos direitos fundamentais próprios de um Estado Democrático de Direito impõe a necessidade de se demonstrar quais as condutas podem ser criminalizadas e o que legitima essa criminalização. A par disso, partindo-se de uma concepção de exclusiva proteção de bens jurídicos, necessário se faz a compreensão de bem jurídico e suas fontes de legitimação, para, posteriormente, se definir quais os bens merecem a tutela penal.

A problemática não se restringe à temporalidade do Direito Penal, já que há muito é discutida a noção conceitual de bem jurídico, a dignidade penal de tais bens e as diferentes formas de proteção no âmbito do Direito Penal. Como pode ser observado, em alguns governos totalitários, o Direito Penal é utilizado para punir condutas de mera desobediência à norma penal, além de ser aplicado como instrumento único para a solução de problemas político-sociais.

A relação entre as funções instrumentais e as funções simbólicas do Direito Penal, torna-se cada vez mais problemática e contraditória, constituindo-se um ponto central da discussão sobre os sistemas punitivos e as políticas criminais. As funções simbólicas tendem a prevalecer sobre as funções instrumentais. Tal análise reconduz à perspectiva de que as funções de proteção do Direito Penal não são satisfeitas simplesmente pela aplicação de penas, mas pelas proibições contidas na norma penal, na medida em que se considere que as penas são instrumentos idôneos, ao menos em parte, para fazer respeitar as proibições

mínimas necessárias, ou seja, na medida em que a tutela penal se apresenta indispensável à proteção de certos bens jurídico-penais.

Nesse contexto, considerando que o elenco de criminalização de condutas reflete a violência institucionalizada do Estado na esfera individual do cidadão, à medida que tal agressão atinge à liberdade do ser humano, tem-se que somente deverá ser promovida em situações estritamente necessárias, devendo prevalecer o célebre aforisma de que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*. Significa dizer que a interferência do Estado deve ser proporcional, tanto no momento de criminalizar condutas quanto no de aplicar a pena, objetivando evitar excesso ou deficiência de proteção aos bens jurídico-penais.

O Estado em sua subjetividade dominante estabelece um processo de marginalização social instituída e reproduzida nos “programas das instituições totais”, sendo a pena privativa de liberdade a forma mais excludente dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Diante da realidade do modelo da execução da pena não só no Brasil verifica-se uma perpetuação do sistema totalitário inquisitivo, vez que é negado aos apenados o exercício pleno de seus direitos, em total desarmonia com os valores constitucionais da secularização e da tolerância, porquanto se encontra subordinado à regulação do sistema penitenciário, além de criminalizar condutas contrárias ao estado de violência deflagradas pela massa carcerária.³

Em verdade, a maior dificuldade enfrentada pelo Direito Penal contemporâneo é a determinação das bases de sua legitimação, porquanto a aplicação de penas atinge, na maioria das vezes, a liberdade da pessoa humana que é um dos direitos fundamentais disposto na Constituição.

O déficit da tutela real dos bens jurídicos, conforme afirma Alessandro Baratta, é compensado pela criação de normas que geram uma ilusão de segurança e um sentimento de confiança no ordenamento jurídico, no entanto, a realidade dessa inflação legislativa demonstra resultado totalmente inverso, porquanto os índices de violência e criminalidade são cada vez mais acentuados. Concomitantemente, verifica-se que as instituições de controle social possuem estruturas fragilizadas e descompromissárias. Resulta, pois, que as normas continuam sendo violadas e a cifra negra das infrações permanece altíssima.⁴

³ Salo avalia a estrutura da execução da pena no Brasil ainda sob uma visão inquisitorial diante da estrutura rígida imposta pelo Estado que impede o gozo dos direitos primários positivados no ordenamento jurídico, impõe tratamento ressocializador, além de criminalizar qualquer manifestação contrária a este estado de coisas.

⁴ BARATA, Alessandro. Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal: Lineamentos de uma Teoria do Bem Jurídico. In: *Revista Brasileira de Estudos Criminais*. São Paulo: Ano 2, n. 5, p. 5-24, janeiro-março/1994.

Resulta dessa ponderação que o valor social do bem merecedor de garantia penal deve estar em conformidade com as graves conseqüências decorrentes da aplicação do Direito Penal. Dito de outra forma, um bem para ser tutelado penalmente não basta que tenha dignidade penal, ou seja, que possua suficiente relevância penal e social, sendo indispensável que os outros meios de defesa menos lesivos sejam insuficientes para a devida tutela.

Nesse sentido, a dignidade do bem jurídico enquanto objeto de tutela penal não é suficiente para impor proteção do Direito Penal, sendo necessário a análise acerca da ofensividade da conduta e do caráter fragmentário da tutela penal. Assim, pode o bem possuir dignidade penal, mas não estar justificada a proteção penal, em razão da insignificância da lesão por ele sofrida, ou ainda, pode haver significação na ofensividade, no entanto, tal ofensa ser tolerável no âmbito do Direito Penal.

Desse modo, a intervenção penal resultará justificada quando observados os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, ou seja, somente o ataque intolerável é que pode ser penalmente castigado, e, desde que, não haja outros meios mais idôneos para a proteção do bem jurídico.⁵ De fato, o Direito Penal tem por finalidade configurar um sistema de tutela do indivíduo diante das agressões de outros indivíduos e, sobretudo, diante da intervenção estatal; evitar as penas informais, ou seja, a vingança privada e, ainda, proteger os bens jurídicos fundamentais da pessoa humana, possibilitando-lhe o desenvolvimento de sua personalidade e sua realização ética, assim como a vida em comunidade.⁶

Essa tese, segundo Luiz Flávio Gomes, é hoje majoritária, inclusive no Direito Penal pátrio, porque a missão de tutela de bens jurídicos, para além de constituir uma garantia essencial do Direito Penal, surge como uma das fundamentais proposições de um programa político-criminal típico de um Estado Constitucional de Direito, fundado tanto em valores primordiais, como na dignidade da pessoa humana, liberdade, justiça, bem como na concepção de que o Estado não pode promover, defender ou impor qualquer ideologia, ordem moral ou religiosa e que deve intervir o menos possível na liberdade humana, excluindo as meras imoralidades do âmbito do Direito Penal.⁷

⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.45.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 2000, p. 331.

⁷ ROXIN, Claus. *Derecho Penal - parte Geral: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, p. 52-3.

Trata-se, pois, do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, que também tem a função de delimitar o *ius puniendi* estatal. Assim, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos se constitui em um limite material ao Direito punitivo estatal que se coaduna com o chamado Direito Penal do fato, abominando todo tipo de Direito Penal do autor, que sanciona a pessoa não pelo que ela faz, mas pelo que ela é ou pelo que pensa.⁸

De outro vértice, necessário dimensionar a hierarquia dos bens jurídico-penais para confrontá-los à dignidade constitucional, diante da controvérsia existente entre a extensão e as funções do bem jurídico, em que os penalistas liberais defendem um conceito limitador e os comunitarista-garantistas defendem a posição de funcionalidade do Direito Penal assentada em uma concepção organizativa, interventiva e voltada à realidade social, de modo que tal dissenso provoca uma perplexidade na escala de bens jurídicos que sejam penalmente relevantes, merecedores de tutela penal. Resulta dessa discussão que os comunitaristas trabalham a idéia de que vários valores constitucionais de ordem coletiva necessitam de tutela penal, enquanto os liberais – ainda presos aos conceitos iluministas – são contrários, sob o argumento de tal entendimento implicaria em “indesejada antecipação das barreiras do direito penal”.⁹

A questão relativa aos bens tutelados pelo direito penal se constitui em uma constante problematização: a indeterminabilidade conceitual do bem jurídico-penal. Se o Direito Penal tutela efetivamente bens jurídico-penais, quais são estes bens e quais os critérios utilizados para a identificação de tais bens? Se trata, pois, de uma questão empírica de cunho sociológico que resulta da incidência do Direito Penal positivo de cada ordenamento jurídico em particular em determinado espaço temporal-cultural.

No que diz respeito ao critério de aferição valorativa de bens jurídico-penais¹⁰ tem-se que o mais adequado é o texto constitucional, porquanto a Constituição é a principal fonte de tais valores. Dessa forma, a Constituição vincula a atividade do legislador ordinário e sujeita o intérprete à incidência de aplicação da norma penal; logo, a tutela penal de um bem jurídico

⁸ O nazismo foi um exemplo de Direito Penal do fato, pois punia-se o sujeito, em regra, não pelo que fez, mas pelo que era: judeu. No Direito nacional, pode-se citar o art. 59 da LCP, que pune o agente não pelo que ele cometeu concretamente em termos de ofensa a bens jurídicos de terceiros, mas pela opção pela ociosidade.

⁹ STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. (Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos hoje, as constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n.2, 2004, p. 248.

¹⁰ Bens jurídicos-penais são aqueles tutelados pela norma penal, considerados fundamentais à convivência pacífica em sociedade e se traduzem no elemento material do delito, pois só haverá delito se houver lesão ou perigo de lesão de um bem jurídico.

deve ter como fonte de legitimação e limite de aplicação o texto constitucional, enquanto fonte formal e material do sistema penal.

Inegável que tais ponderações provocam várias conseqüências na formulação, interpretação e aplicação das leis penais, sendo necessário vincular o legislador ao texto constitucional. Esse comando traz implícita a necessária hierarquização que deve ser feita na distribuição dos crimes e das penas, para fins de ser atingido o escopo do Estado Democrático de Direito.

Para Streck, “o estabelecimento de crimes, penas e descriminalizações não pode ser um ato absolutamente discricionário, voluntarista ou produto de cabalas”.¹¹ Nessa perspectiva, o legislador não desfruta de completa liberdade para legislar, porquanto não é só a vigência do texto legal que gera a validade, sendo indispensável o vínculo constitucional. Assim, torna-se plenamente satisfatório o critério que determina a localização dos bens jurídicos na Constituição, na medida em que o texto constitucional se apresenta como modelo de pacto de convivência pacífica formulado pelos membros da sociedade e, ainda, pela presença de princípios e valores estruturantes de uma sociedade pluralista e democrática.

Por conseqüência, os bens jurídicos vinculados aos tipos penais também dependem da matéria constitucional. Mais do que um limite, a Constituição deve ser vista como fundamento da pena e do direito penal, devendo, a proteção de bens fundamentais ser valorada proporcionalmente de acordo com a extensão e a intensidade da lesão do bem jurídico, ou seja, necessária uma ponderação para que não haja a proibição de excesso (*übermassverbot*), tampouco incida a proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*).

Pode-se, então, dizer que a atividade criminalizadora do Estado, sofre três limites concretos: a não incompatibilidade com o quadro axiológico-constitucional; a relevância social e, a afetação individual do bem jurídico.¹²

Nesse contexto, a Constituição constitui um limite de referência à atividade legislativa e garantia aos direitos fundamentais dos cidadãos, todavia, não se pode afirmar taxativamente qual é o conteúdo do bem jurídico-penal, sendo possível, somente, admitir que o bem jurídico-penal não pode ultrapassar os limites axiológicos e proibitivos que provêm do legislador constituinte.

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. *Op. Cit.* p. 249.

¹² GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 104.

Desse modo, dentro do Estado Constitucional e Democrático de Direito incumbe exclusivamente ao legislador penal estabelecer a hierarquia de bens valorados penalmente de modo a promover um modelo de política criminal adequada e proporcional aos interesses de toda a coletividade.

Todavia, essa liberdade de legislar não é absoluta, porquanto o legislador está sujeito ao texto constitucional que proíbe a transposição dos limites de proteção superior (proibição de excesso) e inferior (proibição de proteção deficiente) de acordo com o princípio da proporcionalidade consectário da dignidade da pessoa humana. É neste plano, com efeito, que o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos deve cumprir a função de garantia ou de limite à atividade sancionadora do Estado, cuja “raiz autoritária” é histórica e remonta o Iluminismo.

Nessa perspectiva, a ofensa aos princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana, fundamentais na estrutura do Estado Democrático de Direito, significa ofensa direta à Constituição. Desse modo, qualquer norma violadora desses princípios e seus consectários estará incidindo em inconstitucionalidade. Assim, o processo de criminalização de condutas que tem por objetivo a tutela de bens jurídicos não fundamentais, ou seja, de bens jurídicos indignos de tutela penal será inconstitucional por ofensa aos princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Nessa esteira, a vinculação do legislador infraconstitucional ao texto constitucional representa o elemento característico de uma democracia que se desenvolve a partir de uma Constituição jurisdicionalmente garantida, podendo ser sintetizada nas palavras de Feldens “no marco do atual Estado constitucional a constituição abre passagem ao controle da atividade legislativa pela *justiça constitucional*”.¹³

É preciso dizer que a Constituição, por ser considerada o ente de desenvolvimento da política criminal do Estado contemporâneo se apresenta como referência dos fatos sujeitos à penalização, todavia, o questionamento recai sobre o caráter exclusivista dessa argumentação, não sendo previsível o exaurimento dessa discussão, seja sob a ótica do Direito Penal, seja sob a ótica do Direito Constitucional.

Nas Constituições contemporâneas as normas constitucionais têm sido chamadas de “cláusulas de criminalização”.¹⁴ Para Mantovani, este aspecto criminalizador das atuais

¹³ FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 25.

¹⁴ LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed., Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003, p.58.

Constituições representa uma função motivadora de interferência penal, tendo por finalidade “o cumprimento dos deveres individuais de solidariedade econômica e social”, bem como o deslocamento dos obstáculos econômicos e sociais “que se opõem a homogenização e predispõe à criminalidade”.¹⁵

Os novos marcos teóricos estão diretamente vinculados à crescente complexidade dos conflitos, à heterogeneidade sócio-econômica, à concentração e centralização de capital, à expansão do intervencionismo estatal, à hipertrofia do Executivo, etc. Entende-se que o processo de ruptura e afirmação de paradigmas delineados por formas autônomas de vida heterogênea e modalidades alternativas de regulação social conduzem à busca de novos parâmetros de fundamentação da verdade.

A escolha de um novo paradigma pressupõe mudanças, adoção de estratégias viáveis e operacionalizáveis que possam proporcionar uma Política Criminal adequada ao modelo desenhado no atual Estado Democrático de Direito. Nessa perspectiva, o exaurimento do atual paradigma da ciência jurídica tradicional descortina lenta e progressivamente o horizonte para a construção de um novo modelo de uma sociedade mais aberta *plural e multicultural*, com controle judicial menos estatal, nos moldes do modelo jurídico estruturado no pensamento de Ferrajoli, em sua obra *Derecho y Razón: teoría del garantismo penal*: um garantismo como estado de Direito; níveis de normas e níveis de deslegitimação, um garantismo com teoria do direito e crítica do direito e, ainda, o garantismo como filosofia do direito e como filosofia política.

Na senda desse modelo, a mudança de paradigma do sistema penalógico vigente se impõe como resposta à supressão dos direitos fundamentais do ser humano que se encontram marginalizados pela atual dogmática jurídica. Essa mudança deve partir de um compromisso multidisciplinar de outros saberes em conjunto com o ordenamento jurídico, para tornar os direitos humanos uma realidade mais digna e justa.

Assim, a realidade contemporânea exige intensa movimentação político-criminal em busca de novas alternativas de regulação e proteção dos bens jurídicos estruturados no paradigma da modernidade. A complexidade e a diversidade das relações impõem novas estratégias para assegurar as garantias materiais e substanciais dos indivíduos numa relação de reciprocidade, denominada por Ferrajoli como “Biunívoca”.

¹⁵ MANTOVANI, F. *apud* LUISI, Luiz. *Op. Cit.*, p. 58.

Partindo-se de uma análise singela sobre a realidade da Política Criminal Contemporânea entende-se que a idéia de ressocialização é mera utopia e afasta-se, cada vez mais, de um modelo jurídico mais coerente e menos excludente que possa consolidar os direitos humanos, haja vista a ausência de um mínimo de dignidade humana existente nos estabelecimentos prisionais que possam evitar a degradação dos seres humanos encarcerados.

Nesse sentido, o modelo garantista se apresenta como uma proposta de alterar o “positivismo dogmático” no plano jurídico-político, onde propõe, por exemplo, a dissociação entre validade e vigência de uma norma rígida, bem como a alteração das relações substanciais da democracia. No dizer de Salo de Carvalho, a Teoria Garantista *se propõe a estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, deslegitimando qualquer modelo de controle social maniqueísta que coloca a ‘defesa social’ acima dos direitos e garantias individuais*¹⁶.

Importante salientar que as alterações propostas pelo modelo garantista não excluem a existência e a validade das normas jurídicas, ao contrário, buscam um mínimo ético-jurídico dentro da sociedade vitimizante da modernidade. Nessa linha, observa-se que na Teoria Garantista se encontra nuances do direito penal moderno enquanto elemento jurídico de limitação da “vingança privada” e da onipotência do Estado sobre o indivíduo, através da construção de um núcleo ético-jurídico mínimo de preservação dos direitos humanos.

Com efeito, o garantismo resultante das idéias de Ferrajoli apresenta-se compatível com o pluralismo porque ambos visam a efetividade e legitimação do Estado Constitucional Democrático de Direito. A proposta garantista preconizada por Ferrajoli defende uma renovação no Sistema Jurídico através de um sistema de garantias com uma política criminal de mínima intervenção do Estado, visando *a menor afluência possível à maioria dos desviados e máxima seguridade social possível à maioria dos não-desviados*¹⁷.

De acordo com Luigi Ferrajoli¹⁸, o distanciamento entre as aspirações teóricas da cultura penalista de inspiração garantista e as tendências práticas dos atuais sistemas penais, exigem que o problema do bem jurídico, seja (re)pensado e analisado sob as diferentes perspectivas axiológica, jurídico-positiva e sociológica da reflexão penal. É indiscutível que

¹⁶ CARVALHO, Salo. CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, p.17.

¹⁷ CARVALHO, Salo. *Op. Cit.* p. 19.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. , *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madri: Trotta, 2000, p. 2.

bem jurídico é uma expressão densamente valorativa. Assim, ao afirmar que um determinado objeto ou interesse é um bem jurídico penal, equivale expressar sobre ele um juízo de valor penal, uma justificação de sua tutela mediante proibição e punição de sua infração.

Considerações Finais

A principiologia que funda o Estado Democrático de Direito tem por escopo a construção de um Direito Penal calcado nas garantias fundamentais da pessoa humana, respeitando princípios como legalidade, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade, humanidade das penas, irretroatividade da lei penal, liberdade, intervenção mínima, insignificância e lesividade, e todos os seus consectários, em busca de sua concretização. Exige, também, que o Direito Penal não se volte para a solução de problemas meramente sociais, mas como instrumento de proteção de bens jurídicos considerados fundamentais, quando inevitável a tutela penal.

Nesse contexto, imperiosa a necessidade de se identificar algum ente jurídico que tenha a capacidade de (re)afirmar o papel do Direito Penal dentro de um Estado Democrático de Direito. Urge, pois, a seleção de condutas criminalizáveis para delimitar a interferência do Estado e, com isso, o arbítrio do poder, e assegurar ao cidadão a observância dos princípios penais constitucionais, que representam a estrutura fundamental do atual Estado Democrático de Direito. É, nesse sentido, que o bem jurídico se revela em elemento essencial para o Direito Penal da atualidade, pela capacidade que tem, em tese, de limitar o poder de punir do Estado, além de orientar critérios de interpretação das normas penais, diante da necessidade de proteção de interesses não mais só individuais, agora, também, supraindividuais.

A teoria do bem jurídico, após vários anos de intensa reflexão, permanece como elemento primordial na estruturação do Direito Penal. As várias teorias e tendências paradigmáticas presentes na evolução do Estado e do Direito, bem como as modificações sócio-culturais havidas não foram suficientes para afastar o legado do Direito Penal clássico de feição liberal: “a afirmação de um Direito Penal de tutela (subsidiária) de bens jurídicos como modelo de um ordenamento jurídico laico, democrático e pluralista, comprometido com o reconhecimento e a preservação de direitos e liberdades individuais”.¹⁹

O Direito Penal que se pretende alcançar, enquanto ideal, é um Direito Penal que efetivamente respeite as garantias fundamentais do indivíduo que dão embasamento ao Estado

¹⁹ FELDENS, Luciano citando D’Ávila, Fábio Roberto. FELDENS, Luciano. *A Constituição penal*, p. 44.

Democrático de Direito. É com essa perspectiva que há de se compreender e identificar o bem jurídico-penal enquanto objeto de tutela penal e instrumento de controle do poder punitivo do Estado, porquanto é dotado de capacidade teleológica e valorativa, capaz de orientar um Direito Penal de garantias não só individuais, mas também supraindividuais.

Assim sendo, a mudança de paradigma da pena privativa de liberdade como resposta à criminalidade deve partir de um direito penal construído com o apoio de outros saberes, em uma tarefa transdisciplinar, para que haja uma compreensão mais ampla e justa pela sociedade e pelo Estado. Urge, pois, uma mudança paradigmática na aplicação da pena privativa de liberdade em respeito aos valores morais e éticos dos cidadãos, porquanto o modelo atual se constitui em um instrumento de propagação das desigualdades sociais, da discriminação e da marginalização.

Referências Bibliográficas

BARATTA, Alessandro. Funções Instrumentais e Simbólicas do Direito Penal: Lineamentos de uma Teoria do Bem Jurídico. In: *Revista Brasileira de Estudos Criminais*. São Paulo: Ano 2, n. 5, p. 5-24, janeiro-março/1994.

BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós- Modernidade*. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

CARVALHO, Salo. *Pena e garantias: uma leitura do garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 25.

_____. *A Constituição penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madri: Trotta, 2000.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2 ed., Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal - Parte General: Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Días y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Civitas S/A, 1999, Tomo I.

STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente Untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. (Neo)Constitucionalismo: ontem, os códigos hoje, as constituições. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, n.2, 2004, p. 254.