# O CONFLITO ENTRE A DEFESA SOCIAL E O RESPEITO ÀS GARANTIAS FUNDAMENTAIS[1]

*Geder Luiz Rocha Gomes*[2]

Na análise acerca do direito de punir do Estado, bem assim das idéias que buscam justificar o exercício deste poder, observam-se as variações conceituais e os distintos enfoques dados conforme se movem as correlações de forças no cenário político-social e que, por sua vez refletem a conexão entre todas as formas de poder existentes na relação Estado-Sociedade.

No âmbito das ciências criminais, o questionamento quanto à legitimidade do poder de punir do Estado vem sendo discutido largamente, dentro de uma concepção que procura impor o maior limite possível ao seu exercício, buscando preservar direitos e garantias individuais e, principalmente, o respeito à dignidade da pessoa humana.

Para que esta discussão se efetive em um campo minimamente contaminado com reações emotivas, oportunistas e sensacionalistas quanto ao fenômeno criminológico, intervenções eficazes na reestruturação social devem ser feitas visando novas diretrizes comportamentais tanto do povo em suas relações internas quanto do povo com as instituições envolvidas neste contexto (Executivo, Legislativo, Judiciário, Ministério Público, Sociedade Civil Organizada, etc.).

É sabido que, desde a formação mais primórdia da idéia de Estado, tem-se como finalidade de sua existência: a paz social e a continuidade da vida em sociedade. Para a consecução de tais objetivos, buscou-se, nos mais variados momentos históricos “a consolidação do espaço público”.

Esse processo gerou a criação de estruturas e institutos, como as leis e políticas públicas, mediante as quais se perquiriu o regramento e a monitorização do convívio coletivo, para a administração e solução das situações conflituosas próprias da pluralidade humana.

---

[1] O presente artigo é a reprodução, com poucas adaptações do trecho de um dos capítulos do livro, de nossa autoria: *A Substituição da Prisão* – alternativas penais: legitimidade e adequação. Editora Podivm, 2008.

[2] Promotor de Justiça – BA, Vice-Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP), Presidente da Comissão Nacional de Penas e Medidas Alternativas – MJ (CONAPA), Presidente do Instituto Brasileiro de Execução Penal (IBEP), Professor de Direito Penal, Mestre e Doutorando em Direito Penal.

Toda estrutura organizacional do Estado passa pela noção da existência de um poder que, em sua forma mais simplista, pode ser definido como a concreta possibilidade de se obrigar alguém a fazer algo contra sua própria vontade, ou seja, imposição da obediência não espontânea.

O poder é exercido sempre com vistas à consecução de um fim almejado por seu titular, que investido desta condição, conseqüentemente investe também no controle da possibilidade de permitir.

O poder opera-se através de procedimentos simbólicos buscando o consenso a partir da organização e estruturas emaranhadas que, diante da construção da idéia atual de Estado, assumiram caráter impessoal e normativo.

Vale ressaltar a lição de Duverger, para quem:

> [...] todo poder repousa largamente sobre as crenças. Os governados acreditam que é preciso obedecer, e que é preciso aos governantes estabelecidos de uma certa forma. A noção de "legitimidade" é assim uma das chaves do problema do poder. Em um dado grupo social, a maior parte dos homens acredita que o poder deve ter uma certa natureza, repousar sobre certos princípios, revestir uma certa forma, fundar-se sobre certa origem: é legítimo o poder que corresponde a essa crença dominante. A legitimidade, tal como a entendemos, é uma noção sociológica, essencialmente relativa e contingente. Não existe uma legitimidade, mas varias legitimidades, segundo os grupos sociais, os países, as épocas, etc. (DUVERGER, 1962, p.125).

Para alguns, como Laski (1964), a questão primordial que afeta o Estado e nesta seqüência lógica, a própria política, diz respeito à tensão existente entre a liberdade e a autoridade, ou seja, os limites entre o poder soberano do Estado e a obrigação moral de resistência do indivíduo, levando-se em conta que não raras vezes o poder se impõe protegendo certo grupo de cidadãos, desfigurando a razão de ser da noção do Estado e negando sua finalidade, que é o bem comum.

Outro ponto nevrálgico, quanto ao tema, refere-se à maneira como o poder é exercido, ainda que em nome do bem comum, pois se dá através da força. O uso da força viabiliza a contensão da desobediência. Esta força é multifacetária, uma vez que se apresenta tanto como econômica quanto como física.

Essa questão reclama a noção do conceito de autoridade, que busca trazer para o seu âmago o consenso na aceitação do corpo social quanto aos

atos emanados do poder, evitando-se que o prestígio e a influência contidos nas manifestações de força sejam entendidos como ilegítimos.

Para tanto, é necessário que a aceitação da idéia da legitimidade do exercício da força se dê pelo maior número de pessoas e grupos (AGUIAR, 1990).

Tem-se verificado que a tendência moderna para viabilizar a aceitação do exercício do poder é a sua despersonalização, que ocorre através das estruturas complexas criadas pelo Estado por meio da burocracia, a qual apresenta ao corpo social a disciplina e a forma do uso da força. Este método possibilita o desencadeamento de uma sanção por *start* interpessoal, direto e unilateral.

Também, como mecanismo eficaz, o poder tem-se materializado através da lei: veículo simbólico, neutro, impessoal e eficiente do exercício da força e da autoridade. Assim, os conflitos sociais buscam ser resolvidos pelo direito em uma concepção própria da democracia moderna.

Contudo o poder formal ultrapassa a idéia específica de governo focada no Poder Executivo e transcende para o âmbito do Judiciário, como amortecedor social, e do Legislativo, palco do debate ideológico.

E mesmo essa ampliação de limites não esgota o âmbito da idéia de poder, pois existem esferas distintas de sua operacionalidade. Nesta linha de raciocínio, vale lembrar a lição de Roberto de Aguiar (1990), segundo o qual existe o chamado “poder real”, aquele que surge dos conflitos do real e decorre daquilo que se pode observar e reflete o processo concreto do choque das forças sociais. Exercer, tomar ou manter este poder exige o controle de uma determinada sociedade. Quem possui o poder real, conseqüentemente possui o poder formal.

O exercício do poder encontra no binômio disciplina e obediência a forma mais simples e utilizada para a obtenção de sua efetividade. Porém o desenho metodológico para utilização de tal instrumento reclama pressuposto ideológico, com o fito de selecionar condutas e comportamentos certos ou errados, bem como a forma de instalação e difusão das normas que regulam o conjunto destes comportamentos no meio social.

O poder, para disciplinar e se fazer impor, é indissociável do direito. O direito se constitui no principal instrumento para a implementação e manutenção da obediência e da ordem social.

Através do discurso formal justificativo da necessidade da imposição da coação para a ordem social, por meios quase sempre violentos e descritos como “legítimos”, o poder se utiliza do direito para construir o conceito de autoridade e obediência e difundir a noção da devida intervenção por meio da força para conter conflitos e tensões sociais.

O Estado exerce o poder sobre a concepção preliminar de tutela do bem público e da preservação do interesse predominante da coletividade, contudo não foge ao viés da atitude violenta do poder político organizado, pois a estrutura estatal também defende interesses privados daqueles que, possuindo o “poder real”, se encontram investidos do “poder formal”.

Percebe-se que a imagem do legislador é, muitas vezes, distinta da imagem daquele a quem se destina a norma jurídica, sendo comum quem legisla pertencer a segmento social controlador da atividade econômica, portanto dirigente dos destinos políticos da sociedade, gestando um direito voltado para seus interesses de permanência na posição de comando.

Sendo o legislador oriundo de parcela privilegiada da sociedade e legislando a favor desta ideologia, contamina o conteúdo das normas jurídicas estatais, impregnando, nestas, discurso forte de manutenção do poder, através do direito, que passa a ser a filosofia de todo o Estado.

O Judiciário, apesar de ter entre uma de suas funções a constante legitimação do direito pela atualização do seu conteúdo, não consegue modificar esta realidade, imposta em face da corriqueira continuidade legislativa que o invade bem assim ao Executivo, estendendo-se por todo o corpo social (AGUIAR, 1990).

O intuito do direito é regular o comportamento humano com o objetivo de alcançar a paz social e o bem comum, sendo as normas jurídicas, mormente as de cunho penal, destinadas àqueles que desenvolvem atitudes opostas ao que se pretende como tal. Porém dotadas de conteúdo ideológico, as normas jurídicas contêm, em sua essência, a idéia de preservação dos interesses daqueles que detêm o poder.

Apresenta-se o direito como regulador do poder de punir, dirigido formalmente a todo o corpo social, embora materialmente tenha destino certo, ou seja, grupos sociais opostos àqueles que detêm o poder, costumeiramente pertencentes a estratos sociais desfavorecidos na correlação de forças estabelecidas dentro da própria sociedade.

O direito, assim, cumpre dupla finalidade, ambas porém de controle: uma de manutenção e coesão de privilégios ao grupo dominante e outra de imposição do poder ao grupo dominado.

Todavia o exercício do poder baseado na idéia de força e imposição de comportamentos de forma destorcida até pode encontrar justificativa em um momento em que a formação do Estado constituía um fim para a proteção e a organização da vida em sociedade, período em que máximas como “bom governo”, bem assim “o alcance da paz social e política”, embasavam a construção teórica patrocinada por quem detinha o poder.

Com a concepção da divisão dos poderes do Estado pelas idéias de John Lucke e Montesquieu, através dos sistemas de freios e de contrapeso surge o que se denomina “Estado Moderno”, momento que coincide com a decadência do modelo econômico feudal e um novo tipo de *locus* social representado pelas cidades, passando a História a conhecer o Estado absoluto como pré-fase para o Estado Moderno.

Propõe Lucke um pacto social ou contrato baseado na defesa da propriedade, justificando um poder político, o Estado, e a preservação da sociedade, evitando as ameaças contra a liberdade e a igualdade, e pugnando por uma adesão da atividade coletiva em favor dos governantes para preservar as leis naturais que antecediam ao próprio pacto. Assim, Lucke propõe um equilíbrio social baseado na proteção pelo Estado (LUCKE, 1963, p. 129).

Lucke traça linhas gerais quanto aos Poderes Executivo e Legislativo, reconhecendo, no primeiro, legitimação para agir em favor do bem público sempre para o bem do povo e não para ele, ainda que tais ações não se vinculem a prescrições legais. Quanto ao Legislativo, constitui-se no poder supremo da comunidade, sendo sagrado e inalterável, depositado nas mãos do escolhido pelo povo.

Observe-se que Locke não concebeu o Judiciário como poder independente, colocando-o nos limites do Poder Executivo, sendo

Montesquieu, em 1701, responsável por este desenho, garantindo independência e estabilidade aos juízes (MONTESQUIEU, 1962).

A História registra o crédito da doutrina da separação dos poderes à obra de Montesquieu, ainda que reconheça as anteriores lições de Locke. Coube a Montesquieu o desenho que permitisse uma limitação ao absoluto poder nas mãos de um só homem ou grupo e esta geografia buscava garantir ao máximo liberdades individuais e forma democrática de gestão governamental.

Segundo as idéias esboçadas por Montesquieu (1962, p. 180), “[...] para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder contenha o poder. Uma constituição pode ser tal que ninguém será obrigado a fazer as coisas a que a lei não o obrigue nem a fazer as que a lei lhe permite”.

As idéias de Montesquieu servem de esteio para a convocação dos Estados Gerais na França e se consagram de vez na Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, além de se fazerem presentes na Declaração do Direito do Homem e do Cidadão em 1789, em seu artigo 16, que versa sobre o reconhecimento da separação dos poderes.

As afirmações sobre a liberdade política da época retratam o conceito do termo liberdade como atrelado à idéia de tranqüilidade de espírito e segurança para o exercício da liberdade, cabendo ao Estado impedir ameaças ou ações que conflitem com este direito.

Para tanto, a separação dos poderes é necessária contra o arbítrio e a tirania, vale dizer, a necessidade da limitação do poder que só ocorre pela contraposição a outro poder, registrando-se, porém, que tal momento histórico significativo para humanidade também representava a conformação de um segmento sociopolítico econômico emergente, ou seja, a burguesia.

O Estado liberal e democrático que a História conheceu a partir do século XIX, tem esteio neste panorama político-econômico, que posteriormente ganhou a forma denominada de *constitucionalização* do direito.

O fenômeno da constitucionalização tem como fulcro, portanto, não só a edificação da tripartição dos poderes, mas também, e principalmente, a subordinação de todo o poder do Estado ao direito, cumprindo, portanto, ao

direito a função de regulamentação dos limites do poder do Estado e do seu exercício.

Esse limite a cargo do direito possibilitaria tanto a impessoalidade buscada em oposição ao poder absoluto do soberano, quanto à conformação aos anseios dos seus destinatários legítimos, conforme se infere da lição de Bobbio:

> [...] o segundo processo foi o que deu lugar à figura – verdadeiramente dominante em todas as teorias políticas do século passado – do Estado de direito, ou seja, do Estado no qual todo poder é exercido no âmbito de regras jurídicas que delimitam sua competência e orientam (ainda que freqüentemente com certa margem de discricionariedade) suas decisões. Ele corresponde àquele processo de transformação do poder tradicional fundado em relações patrimoniais, num poder legal e racional, essencialmente impessoal, processo que foi descrito com muita penetração por Max Weber (BOBBIO, 1992, p. 148).

O constitucionalismo estreitou-se com as idéias de Kelsen, uma vez que, para este autor, desde que um Estado designe suas finalidades através de um conjunto de normas jurídicas sistematizadas, este Estado é Estado de Direito (KELSEN, 1991).

Embora seja fato, a existência de uma essência ideológica do grupo dominante, normalmente oriundo de classes sociais economicamente mais robustas na roupagem que procura delinear o modelo de exercício do poder nas mais variadas formas de organização política que a História registra, não se pode deixar de constatar que o Estado organizado a partir de limites impostos pelo direito permite uma maior possibilidade de controle do poder.

Porém a significação de poder do Estado deve se afastar para além da idéia restrita do seu aspecto meramente repressivo, uma vez que pensar o poder como instrumento de exclusão dos homens da vida social em função de comportamentos contraditórios àqueles orientados pelos que se encontram investidos na condição de dominantes, é fazer tábula rasa de um conceito extremamente amplo.

O poder deve servir de catalisador das potencialidades do homem aperfeiçoando suas atitudes tanto no âmbito econômico quanto político-social, capacitando-o para a vida em comum, reduzindo a sua revolta, resistência e insurreição contra as ordens do poder, funcionando como instância produtora

de individualidade, concebendo o homem enquanto indivíduo, em um produto do poder e do saber (COPETTI, 2000).

No entanto, no Estado moderno, a legitimação do poder, enquanto conceituado como poder de punir, traduzido por um sistema penal, busca justificação através de uma dupla via. A primeira é calcada nos limites e parâmetros da legalidade esculpida na programação normativa. A segunda é edificada sobre um foco utilitarista conectado à definição dos fins perseguidos pela pena (ANDRADE, 1997).

Isso quer dizer que o sistema penal, revelado como expressão do exercício do poder, se autolegitima através do direito, posto que repete sistematicamente antigos conceitos segregatórios quanto ao corpo social, dividindo a sociedade em grupos destinatários deste agressivo instrumento de controle, e outros isentos de tal alcance.

No Estado de Direito, não importa que forma, tipo ou modelo de ação venha a ser utilizada, desde que cerceie direitos, sempre devem atender à estrita autorização legal que, para ser considerada como tal, por sua vez, não basta preencher os requisitos formais, mas, principalmente, ser legítima e adequada.

A vertente utilizada para o discurso de legitimação que envolve a idéia de legalidade, através do direito (lei), revela-se na construção do poder de punir sob forma de monopólio, aparentemente impessoal, que tem como base a utilização da força como instrumento de coesão das relações sociais, construindo o conceito de *jus puniendi*, calcado no princípio da legalidade.

Assim, o direito que fundamenta o poder de punir sobre a base de regras é o mesmo direito que fundamenta, em virtude de decisões, as regras fundadoras do direito de punir, como um processo complexo de auto-referência (BARATTA, 1986).

Numa segunda vertente, de cunho utilitarista, ensina Baratta sobre a impossibilidade de legitimação calcada tão-somente na racionalidade do direito, com seus caracteres formais, reclamando, portanto, alcance transcendente ao limite negativo imposto pelo normativismo puro e simples. Daí a idéia de funções socialmente úteis ao sistema penal, calcada nas teorias relativas ou utilitárias da pena sendo constante a perseguição de argumentos que funcionem como subsídios para tais afirmações (BARATTA, 1986).

Nesse contexto, não faltam afirmações com base na ideologia de defesa social calcadas nas teorias retributivas e preventivas da pena, que buscam legitimar a intervenção penal, estabelecendo sua imperativa necessidade como estratégia de tratamento para reinserção do infrator à sociedade.

Porém não se pode deixar de enxergar que, ao se invocar a defesa social como argumento para produção legislativa inflacionária de tipos penais, esta se apresenta com conteúdo distorcido cunhando delitos que resguardam privilégios e defendem interesses dos setores aquinhoados da sociedade (LYRA, 1942).

Neste particular, merece reparo a forma como a criminologia tradicional enfoca a questão, uma vez que, partindo do pressuposto de que o criminoso é originário de sua própria patologia ou de conseqüências externas advindas da inter-relação com o meio social, acaba por sufragar o direito posto, legitimando-o.

A legitimação da intervenção do poder punitivo, portanto, acentua-se quando foca seus argumentos em uma equação de fácil visibilidade e aparente solução, qual seja, o conflito entre a defesa social e a ação do Estado contra o criminoso, impondo-lhe restrições a seus direitos.

Evidente que a força de tal argumento, em um primeiro momento, faz surgir a idéia de que, em nome da defesa da sociedade, a intervenção estatal contra direitos individuais torna-se claramente legítima haja vista que o confronto põe em lados opostos valores que ressoam como desproporcionais em grau de importância. Na verdade, entre a preservação do interesse coletivo e a do interesse individual deve preponderar a primeira linha de raciocínio.

Destaca Pavarini (1988, p. 49), quando examina a questão:

> A defesa social reivindica o mérito de haver liberado a política criminal (e em particular a penal) das hipotecas de velhas interpretações transcendentes e míticas e de havê-la reconduzido a uma prática científica através da qual q sociedade se defende do crime. A defesa social é portanto uma ideologia extremamente sedutora, enquanto é capaz de enriquecer o sistema repressivo (vigente) com os atributos da necessidade, da legitimidade e da cientificidade.

Encontra o poder de punir do Estado, fértil solo para sua legitimação, através do discurso de proteção aos bens jurídicos, bem assim de reeducação do delinqüente, tudo organizado sistematicamente em limites e parâmetros

traçados pelo direito, patrocinando, de forma coesa, a ideologia oficial sobre sua identidade e fins, conforme orienta a lição de Cirino dos Santos (1985, p. 26), ao afirmar:

> O sistema penal, constituído pelos aparelhos judicial, policial e prisional, e operacionalizado nos limites das matrizes legais, aparece como sistema garantidor de uma ordem social justa, protegendo bens jurídicos gerais, e, assim, promovendo o bem comum. Essa concepção é legitimada pela teoria jurídica do crime (extraída da lei penal vigente), que funciona como metodologia garantidora de uma correta justiça, e pela teoria jurídica da pena, estruturada na dupla finalidade de retribuição (equivalente) e de prevenção (geral e especial) do crime.

No entanto, a par de toda estrutura lógica que acompanha a retórica argumentativa da legitimidade do poder de punir do Estado, o que se percebe é a instalação de um fenômeno de perplexidade quando se busca analisar concretamente a correspondência daquilo que se situa no plano teórico com o que de fato ocorre no plano real.

Uma legitimação que despreza o questionamento quanto à própria formação e edificação da estrutura política do direito penal posto, mormente na seleção das condutas a serem criminalizadas, de logo, merece censura.

Neste particular, os fundamentos da criminologia crítica trilham melhor caminho, em virtude de focar o tema sobre o ponto de vista do controle social, próprio do processo de poder, buscando, assim, analisar os critérios utilizados para a decisão política acerca das condutas a serem tipificadas pelo poder dominante.

A mínima investida no intuito da constatação do divórcio entre o proposto no discurso da legitimação e o alcançado no plano real encontra sucesso, tendo em vista que o sistema não cumpre as funções declaradas.

Oriundo que é o sistema jurídico da própria estrutura política, acaba por reproduzir esta mesma geografia, traduzida em um sistema hierarquizado de classes sociais e influenciando decisivamente toda a organização do Estado, que passa a se tornar, conseqüentemente, também um Estado de classes (SOUZA, 1991).

Todavia essa constatação *ab initio* não se tem revelado como suficiente e capaz para ferir e desbancar o estágio de autolegitimação que alcançou o poder punitivo estatal.

Particularmente, o direito penal brasileiro pauta-se em uma ideologia própria de uma sociedade capitalista. Como tal, é orientada por valores políticos e econômicos relativos ao modo de produção, assentada em duas classes principais: a que controla o poder e a subordinada.

Dessa forma, o sistema penal é concebido com a finalidade primordial de administrar e controlar os conflitos advindos desse modelo social, que, por conseqüência, se inclina em preservar este mesmo modelo, através de um movimento cíclico e constante.

Historicamente, como ensina Pierangelli (1980), o direito penal brasileiro foi calcado, desde o Código Penal de 1890, na defesa de interesses voltados para a acumulação de capital por parte da parcela da sociedade que dispunha de mecanismos para tal alcance, com proteção destacada aos grupos sociais das indústrias emergentes da época, como de resto noticia a tipificação de condutas relativas a movimentos grevistas (artigo 206).

Nesse mesmo diapasão, o Código Penal de 1940 finca suas bases predominantemente na proteção ao patrimônio, sobrepondo-se inclusive aos bens jurídicos: pessoa, liberdade, administração pública, costumes, entre outros.

A ideologia protecionista que habita a alma dos tipos penais elencados no sistema repressivo brasileiro tenta, sem sucesso, dissimular-se. Basta observar a evidente concentração da ação penal de natureza pública incondicionada nos delitos patrimoniais, movendo assim, imperiosamente, nesta direção, a estrutura do Estado na persecução criminal.

Conforme se constata, o direito brasileiro, ao estabelecer a disponibilidade do patrimônio na esfera civil, atende ao interesse do modelo capitalista, para o qual o patrimônio é um produto de consumo. Já, quando, de maneira sistêmica, acaba por transformar o patrimônio em bem indisponível penal, ante a incondicionalidade da ação penal em crimes patrimoniais, nada mas faz do que agir em consonância com os imperativos econômicos, para quem o bem-estar geral é o bem-estar da proteção econômica (BERNARDES, 2005).

Outro aspecto a ser considerado acerca da ideologia penal brasileira é sua opção, na criminalização primária, pela desigualdade de tratamento em relação às classes sociais. Tendo o legislador a opção na confecção das

condutas através do chamado “mecanismo de seleção”, procura contemplar comportamentos afetos aos indivíduos das classes sociais de menor patamar representativo, estratificando ainda mais a sociedade.

Dessa forma, o processo de criminalização descreve a preponderância da influência sobre os veículos capazes de rotular comportamentos. O segmento social mais forte reclama a tipificação de condutas que agridem os seus bens e interesses e que, praticadas em função da diferente valoração, por parte do segmento social mais frágil, passam a ser consideradas como proibidas, dada a desproporção da capacidade de influência dos envolvidos, acabando por se tornar, aparentemente, um reclame de todos, graças à intervenção formal do Estado.

Essa atitude que marca secularmente o direito penal brasileiro termina por acentuar e projetar uma perspectiva ampliativa dos conflitos, ao invés de contê-los ou resolvê-los, revelando-se inadequada aos fundamentos de um Estado de Direito.

O que se tem vislumbrado é uma política criminal pautada no discurso de contenção dos conflitos através da dominação repressiva. A lógica desta ideologia repousa no sentimento de que, quanto maior for o poder de punir e o arsenal punitivo, maior será a possibilidade de sucesso para a efetivação da justiça criminal.

De outro lado, percebe-se ampla ausência de legislação que contemple como tipos penais comportamentos que agridem parcelas sociais menos representativas economicamente nos seus interesses, tais como: fraudes financeiras, desvios de verbas públicas, abuso de poder em todas as suas formas, violação a direitos difusos e coletivos, etc.

A amplidão do vazio legislativo nessa seara, de longe é minimizada com os poucos textos penais que, dissimulando uma regulação, são construídos de forma rarefeita em total discrepância com a robustez emprestada àqueles que contemplam os crimes comuns, principalmente os patrimoniais (FIGUEIREDO DIAS, 1997).

Contudo, o Estado moderno buscou erigir-se sobre vários princípios, entre os quais o da igualdade com relação aos indivíduos, sendo pedra fundamental de praticamente todas as legislações atuais, descabendo a sustentação de uma legitimação pretendida através da imposição, ainda que

pelo direito posto, de um controle ideológico pelos detentores do poder que, efetivamente, despreze valores fundamentais necessários a coesão de toda a sociedade.

Em um Estado Democrático de Direito, não deve haver espaço para a continuidade dessa ideologia que conflita com seus fundamentos e propósitos, devendo romper-se com tal modelo implícito. Para tanto, mister utilizar-se da própria moldura oferecida pelo arcabouço formal traçado pelo ordenamento jurídico.

A legitimidade se faz presente quando se respeitam os princípios, e isto reclama a utilização de sanções adequadas.

Entre diversas razões que podem ser utilizadas como argumento para uma mudança de raciocínio quanto aos limites e à forma de intervenção do poder punitivo do Estado no corpo social, para evitar-se a violação de direitos e garantias individuais, principalmente embutida nas sanções previstas, uma merece destaque: aquela que vislumbra uma perspectiva distinta de encarar o modelo posto pelo discurso legitimador do poder punitivo do Estado, focado no conflito: *defesa social versus respeito a direitos e garantias individuais*.

Ressalte-se que o discurso que coloca em confronto esses paradigmas, ainda que falacioso, sugere claramente a inclinação para o apoio do próprio corpo social a seus interesses coletivos, uma vez que o homem, por essência, é destinado a viver em sociedade.

Porém, deve-se questionar a verdadeira existência de um conflito entre a *defesa social* e a *preservação das garantias individuais*, que tem servido de esteio à legitimação do poder punitivo do Estado.

Essa questão torna-se ainda mais importante em um modelo de Estado Democrático de Direito, fundamentado no respeito à dignidade da pessoa humana, como é o exemplo do Estado brasileiro (artigo 1º, III da Constituição Federal).

Travestida de legitimada, a intervenção penal esconde o seu caráter meramente simbólico, expandindo suas fronteiras, através de um arsenal punitivo que busca a solução para problemas que têm raízes na profunda desigualdade social, através de mecanismos ilusórios (penas mais rígidas), como se tem observado na última década de 90, no Brasil.

Materializando essa concepção ideológica, recentemente promoveu o direito penal pátrio, em uma verdadeira linha de montagem, a produção em larga escala de leis ampliando crimes e penas e reduzindo direitos e garantias, a exemplo da Lei nº. 7.960/89 (Prisão Temporária); Lei nº. 8.072/90 (Crimes Hediondos); Lei nº. 8.930/94 (Crimes Hediondos II); Lei nº. 9.034/95 (Crime Organizado); Lei nº. 9.296/96 (Interceptação Telefônica); Lei nº. 9.455/97 (Tortura); Lei nº. 10.792/03 (Regime Disciplinar Diferenciado); Lei nº. 10.826/03 (Arma de Fogo); Lei nº. 11.340/06 (Violência Doméstica); entre outras.

Destaca-se o criticado instituto do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), que retrata emblematicamente esta política criminal expansiva, em atrito com parâmetros de natureza constitucional como ressalta Rômulo Moreira (2006, p. 80):

> Entendemos que o RDD também afronta a Constituição, agora o seu artigo 5º., XLVI, que trata da individualização da pena. Não se olvide que a individualização da pena engloba, não somente a aplicação da pena propriamente dita, mas também a sua posterior execução.

Consigne-se que essa ideologia simbólica, diante da estrutura social brasileira, tem angariado legiões de adeptos, principalmente entre aqueles de escolaridade mais baixa e de menor poder aquisitivo, conforme se infere de pesquisa recente intitulada *A cabeça do brasileiro*, coordenada por Alberto Carlos Almeida (2007, p. 31), na qual 51% dos entrevistados, entre os analfabetos, apóiam a atitude policial de espancar os presos para que estes confessem os crimes e 40%, concordam que a polícia mate assaltantes e ladrões depois de prendê-los, percentual levemente reduzido para 44% e 35%, respectivamente, quando os entrevistados possuem até a quarta série do primeiro grau.

Este quadro retrata a sensação que se pode extrair de um corpo social constantemente invadido por discursos distorcidos e dotados de dramatização e alto teor de pânico, como se observa na afirmação de Silva Sánchez (2002, p. 33): “[...] nossa sociedade pode ser melhor definida como a sociedade da “insegurança sentida” (ou como a sociedade do medo)”.

Todavia, a legitimidade estará presente quando a construção do tipo penal, principalmente, sua sanção, observar os princípios constitucionais que norteiam a intervenção punitiva, mormente aqueles afetos à preservação dos

direitos e garantias individuais, cuja expressão maior exsurge do respeito à dignidade da pessoa humana.

O questionamento, inicialmente, foca-se no discurso de legitimação do poder de punir, baseado na proteção dos bens jurídicos atingidos pelo ilícito penal.

Segundo tal raciocínio, apresenta-se a idéia de que a proteção de tais bens se daria através da proteção dos valores que os lastreiam, tendo como matéria-prima enfoques ético-sociais, o que recomendaria uma lógica através da qual tanto maior deve ser a punição quanto maior for o desrespeito a tais bens.

Contudo, a dinâmica da vida social tem levado o discurso da tutela de bens por parte do direito penal para um terreno de constantes inquietações, tendo em vista a ampliação dos conflitos urbanos e a própria violação de tais bens em decorrência desta ampliação.

As reflexões acerca do tema têm feito surgir construções racionais que demonstram existir, na realidade, não um bem jurídico tutelado pelo poder punitivo do Estado, mas, em verdade, agredido pela ação concreta dos conflitos individuais existentes de forma real no cotidiano social.

Apesar de tal distinção aparentemente não representar grande registro, ela é de crucial importância para construção de um raciocínio questionador quanto à legitimidade e adequação do poder de punir do Estado, mormente no Estado moderno.

Essa importância deriva da mudança de enfoque quanto à idéia de legitimação, propondo a redefinição dos paradigmas que compõem a equação do conflito *defesa social versus respeito aos direitos e garantias individuais do infrator*.

Quando posta a equação dessa forma, é óbvio presume-se a preponderância da importância de um de seus termos, qual seja, a defesa social. No entanto, ao admitirmos que não há um bem jurídico tutelado pelo exercício do poder punitivo quando este exercício se materializa, mas sim um bem jurídico lesado por uma ação concreta e esta lesão legitima a manifestação expressa e real do poder punitivo do Estado, outra leitura deve ser feita.

Como bem acentua Zaffaroni (2003, p. 227):

> [...] essa distinção é tão necessária quão perigosa é sua equiparação, porque a idéia de bem jurídico tutelado digere e neutraliza o efeito limitador da idéia de bem jurídico lesionado ou exposto a perigo; devido a essa alquimia, o principio de que todo delito pressupõe lesão ou perigo de lesão de um bem jurídico deságua no princípio de que todo bem jurídico demanda uma tutela, o que instiga à criminalização sem lacunas.

Percebe-se que, diante do constante aumento dos conflitos rotulados pelo sistema penal, a proteção aos bens jurídicos, reclamada pela intervenção do poder punitivo do Estado, tem-se revelado inócua, permanecendo tais valores fundamentais ético-sociais, vulneráveis a afetações incapazes de serem coibidas através da intervenção do sistema penal, tanto do ponto de vista restaurador quanto preventivo.

A evidência de tal situação também é constatada na afirmação de Silva Franco (1996, p. 10), quando considera que a proteção penal dos bens jurídicos, invocada para justificar a intervenção punitiva do Estado, "[...] ingressa numa fase crepuscular", passando o direito penal a prestar-se a papel meramente simbólico no processo de tranqüilização do cidadão e da opinião pública, tentando acalmar a sensação individual e coletiva de insegurança.

Essa realidade tem proporcionado uma reelaboração quanto ao conteúdo axiológico do conceito de bem jurídico a ser protegido pela intervenção penal, dita legítima.

Assinale-se que não é intenção deste estudo enveredar pela discussão do tema *bem jurídico* com todas as *nuances* que esta tarefa reclama. A referência aqui feita ao assunto, circunscreve-se ao âmbito de interesse específico para a temática examinada.

Feita tal observação, retoma-se a questão, entendendo-se que a reestruturação do conceito de bem jurídico a ser protegido faz surgir a idéia de resguardo da segurança pública, segurança coletiva ou segurança urbana. Sendo invocada tal proteção como necessidade vital para a preservação de um equilíbrio no convívio social, a tal ponto de poder se contrapor à idéia de liberdade individual, quando, segundo matiz constitucional, a idéia de segurança só se perfaz contemplando a idéia de preservação de liberdade individual, este último como direito fundamental, que possibilitado em todos os

seus níveis e instâncias, conflui para a realização do sentido de segurança esboçado no modelo de Estado de Direito.

Para compreender o conteúdo do conceito do bem jurídico que justifique sua proteção pelo sistema penal, mister atá-lo àquele considerado como fundamental para a convivência harmônica e pacífica de toda a sociedade. Portanto, em um Estado Democrático de Direito tais bens jurídicos são aqueles de suporte constitucional, suficiente para tornar relativo o robusto e concreto significado atribuído aos princípios concernentes à liberdade e à dignidade da pessoa humana (COELHO, 2003).

O discurso de proteção de bens jurídicos para legitimar a intervenção do poder punitivo estatal, desta feita colocando como primordial a idéia de segurança cidadã ou urbana, com a conotação clara de “defesa social”, notabiliza-se como ardil para facilitar a ampliação dos discursos repressivos, oportunistas e simbólicos que caracterizam Estados distintos dos democráticos.

O próprio conceito de segurança pública, dada a amplitude que o tema ganhou no cotidiano coletivo, sofre forte intervenção anômala de estereótipos como: crime organizado, criminalidade infanto-juvenil, etc., que acabam por deturpar a linguagem científica reclamada para definição de tão relevante questão.

Não há como se reduzir a complexidade dos conflitos sociais a uma visão maniqueísta em que o bem advém dos valores dominantes no meio social, e o mal da atitude daqueles que, contrariando tais valores, passam à condição de inimigo a ser neutralizado.

Com esses ingredientes, tem-se formado um produto distorcido acerca do conceito de segurança pública, predominando uma identificação e análise deturpada ou seletiva dos componentes do problema, ignorando principalmente seus aspectos essenciais. Isto tem raiz no fato de a reserva de domínio de tal tema ser praticamente circunscrita ao sistema de justiça criminal, que acaba por unificar a idéia de segurança como segurança contra o crime e de política de segurança como política criminal (DIAS NETO, 2005).

Também ensina o citado autor que não se pode tratar o tema da segurança pública em meio a questões outras que buscam o apelo junto ao corpo social, como de resto se percebe em momentos eleitorais ou dramáticos em que sucedem episódios isolados de criminalidade mais grave, devendo ser

explorado sim “[...] o caráter interdisciplinar e pluriagencial da questão criminal”, objeto de enfoque de diversas instâncias do Estado, transcendendo os estreitos limites do sistema penal (DIAS NETO, 2005, p. 72).

O Estado que não tem o poder para proteger, tampouco tem o direito de exigir obediência (ISENSEE, 1983). Porém, o conceito de segurança não se pode reduzir a depositário fiel da legitimação da intervenção repressiva do Estado.

Destarte não pode restar ao sistema penal a missão de ser o principal instrumento utilizado pelo Estado de intervenção na solução de conflitos sociais que resultam das mais variadas e complexas relações humanas.

O que se percebe é que, quanto mais o Estado lança mão do sistema penal, ampliando-o, menos o Estado se faz presente na promoção de suas finalidades, o que ocorreria com a expansão e não com a atrofia de políticas públicas pois, infelizmente, como observa Eduardo Galeano (1999, p. 95): “[...] Os problemas sociais reduziram-se a problemas policiais”.

A intervenção penal deve obedecer aos estreitos limites traçados pela posição valorativa tomada pela Constituição, em um Estado fincado sobre este modelo. Esta valoração é necessariamente de cunho jurídico, traduzida em uma unidade de normas e princípios.

A Constituição deve expressar as prioridades para um convívio social harmônico, construídas a partir de valores éticos e políticos de uma sociedade. Como norma fundamental do Estado, repele a produção legislativa que despreze aspectos de cunho material e princípios fundamentais, optando por uma legalidade formal que atenda a interesses e privilégios setorizados.

Funciona a Constituição como *locus* onde estão depositados os valores fundamentais que servem de esteio para toda a formatação do sistema jurídico. Assim sendo, o sistema jurídico é resultante dos limites determinados pelos ditames constitucionais.

Sendo o sistema penal um sistema jurídico, portanto criado a partir da conformação dos valores esculpidos na Constituição, não pode existir de forma desenfreada, arbitrária e sem limites, submetendo-se, rigorosamente, ao regramento constitucional.

Sobre o tema, é maestral a lição de Baratta (2000, p. 47):

> O direito penal da Constituição vive hoje a mesma condição que o direito penal do iluminismo viveu em seu tempo: ele deve limitar e regular a pena, mas para que o direito penal da Constituição não tenha a mesma sorte do direito penal liberal, permanecendo em grande parte na mente de seus ideólogos, é necessário que reencontre sua dimensão política forte e autêntica. Isso somente será possível se a ele se incorporar uma política integral de proteção dos direitos fundamentais.

Embora a História registre que o Estado, em virtude de fatores político-econômicos, tenha assumido com exclusividade a tarefa de disciplinar as condutas proibidas com suas respectivas sanções e, principalmente, de impô-las exercendo o poder punitivo, é bem verdade, também, que este mesmo Estado revelou-se incapaz de materializar suas pretensões quanto à proteção dos bens jurídicos, bem assim quanto aos fins da pena.

Na esteira do raciocínio constitucional, deve o Estado ser capaz de racionalizar o conjunto de bens jurídicos a merecer a proteção penal. Esta racionalização reclama a idéia de aptidão, pois somente aqueles bens jurídicos extraídos de pautas axiológicas constitucionais, materializando valores fundamentais para o corpo social, devem servir à tutela penal.

O conceito de bem jurídico calcado em um valor da ordem social juridicamente protegido remete a construção do tipo penal ao modelo valorativo, permitindo a alteração da sua significação para o conteúdo de uma mera descrição legal, portanto, distinto de sua natureza. Torna-se somente fruto de uma abstrata construção jurídica, se divorciado dos valores extraídos do corpo social a que se destina.

Esta ressignificação de conceito possibilitou a eliminação do aspecto material da idéia de bem jurídico. Sendo uma construção valorativa, pode tornar-se o *habitat* de qualquer conteúdo ideológico.

O desenho que se perfez, permite um risco incalculável para o sistema jurídico penal calcado na proteção ao bem jurídico, pois possibilita a perda da função crítica e limitadora da atividade criminalizadora do Estado, pois, sendo mero recipiente, pode conter as mais diversas formas de construção conceitual, ainda que divorciada da essência de valores ético-sociais.

A noção do bem jurídico importa como fundamento para que o subsistema jurídico, através do direito penal, possa conter ações ou atos nocivos contra o sistema social. Assim, os bens jurídicos têm a função de

delimitar o caráter de danosidade das ações humanas para definir o objeto da proteção penal (SUXBERGER, 2006).

Diversas são as teorias buscando uma melhor definição do conceito de bem jurídico. As de cunho iluminista buscam fundamentá-lo nos direitos inatos do indivíduo. As de concepção sociológica baseiam-se na realidade social. Porém, nenhuma delas atingiu resposta satisfatória, tendo surgido uma outra orientação denominada Teoria Constitucional do Bem Jurídico, segundo a qual deve a legislação penal pautar-se pelo conteúdo constitucional para definir os valores sociais que merecem o rótulo de bens jurídicos a serem tutelados pelo direto penal.

Segundo os parâmetros dessa teoria, a Constituição não só traça as diretrizes para a fixação do conteúdo do bem jurídico a ser protegido pelo direito penal, como, em relação ao direito penal, proclama o que deve ou não ser incriminado, retratando a Constituição os valores fundamentais existentes no corpo social (REGIS PRADO, 1997).

Assim, invocando a concepção de direito de defesa social, como bem jurídico fundamental, busca o Estado utilizar tal conceito como prevalente em relação aos direitos individuais do infrator, quando, na verdade, o que se estabelece é um conflito entre o direito de punir do Estado *versus* os direitos e garantias individuais do infrator, tendo em vista que o conceito de segurança pública usado como principal componente do conceito de defesa social não pode excluir a idéia de respeito aos direitos e garantias fundamentais do infrator (FABIANA PRADO, 2006).

Seguindo tal entendimento, em um Estado Democrático de Direito como o brasileiro, a intervenção penal deve obedecer rigorosamente os ditames constitucionais para que possa ser considerada como legítima e adequada, o que jamais ocorrerá caso se pretenda fazê-la através de discurso distorcido, capcioso e simbólico.

Como exemplo desses distorcidos vetores, traz-se à colação o discurso que referendou a Lei 8.072/90 (Crimes Hediondos) que, liderando a política da *lei e ordem,* criou na sociedade a expectativa de redução da prática dos crimes nela contidos.

No entanto, não é o resultado que se extrai da pesquisa realizada pelo ILANUD, em 2005, intitulada “Eficácia da Lei dos Crimes Hediondos”,

apresentada perante o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em sua reunião ordinária, ocorrida em 13 de fevereiro de 2006.

A citada pesquisa tinha como objetivo verificar o impacto da Lei de Crimes Hediondos e sua eficácia na redução da criminalidade por meio do caráter intimidatório e exacerbação das penas, além de maior rigor do direito penal como um fim em si mesmo.

Após monitorar os Estados do Rio de Janeiro e São Paulo, entre os anos de 1984 a 2003, quanto à prática dos delitos de latrocínio, estupro, homicídio qualificado, tráfico ilícito de drogas, atentado violento ao pudor e extorsão mediante seqüestro, o trabalho constatou, em suas conclusões, que: (1) *não há como relacionar positivamente a edição da Lei dos Crimes Hediondos ao comportamento subseqüente dos índices criminais*; (2) *não se verifica, na maioria dos crimes, redução dos índices após a edição da Lei, o que por si já indica sua inocuidade*; (3) *em regra*, *os crimes registrados estão acima ou acompanham a linha de projeção construída com dados anteriores à Lei*; e (4) *é possível afirmar que o endurecimento penal, novamente, não interferiu na criminalidade registrada, mas concorreu para o agravamento de um problema bastante sério – a superpopulação prisional*.

Essas conclusões implicam na obrigação de se refletir sobre a forma adequada de intervenção penal em um Estado de Direito, pois, uma vez mais, invocando o pensamento de Eduardo Galeano (1999, p. 81), ressalta-se sua reflexão ao afirmar: “Num mundo que prefere a segurança à justiça, há cada vez mais gente que aplaude o sacrifício da justiça no altar da segurança”.

Por conseguinte, é preciso diferenciar-se o modelo de Estado social no qual a intervenção penal e, por conseqüência, o poder punitivo do Estado se apresentam como legítimos, com a finalidade de proteção efetiva ao cidadão, desde que sejam feitos na medida exata desta necessidade, de um Estado Democrático de Direito no qual a concepção da intervenção penal, por determinação constitucional, deve respeitar outra série de limites. Isto ocorre através da previsão das garantias e de direitos fundamentais do indivíduo que traça para o Estado os parâmetros relativos a quando e como proibir e punir (SUXBERGER, 2006).

Destarte, não se enxerga conflito entre direitos fundamentais, para a equação defesa social *versus* garantias individuais do infrator. Mas, sim,

conflito entre o poder de punir do Estado e o respeito a direitos e garantias individuais do infrator, o que, por sua vez, transmuta a base de raciocínio para a solução de tal impasse, tendo em vista que, diante desta redefinição, a preponderância, em um Estado fundado sob o respeito à dignidade da pessoa humana, reside sobre a preservação dos direitos e garantias individuais como limite intransponível ao poder de punir do Estado.

Por óbvio, a realização dos objetivos traçados pela Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 3º, como fundamentais à República Federativa do Brasil, ou seja, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a promoção do bem de todos sem quaisquer formas de discriminação e a redução das desigualdades sociais, jamais serão alcançados sem a idéia de defesa social que contemple a liberdade individual e os demais direitos indisponíveis do cidadão.

O Estado Democrático de Direito tem sua definição calcada de maneira absoluta na idéia de observância e patrocínio dos direitos fundamentais, sendo toda a atuação da sua estrutura política e administrativa regida por esta vertente. Por via de conseqüência, não há como se falar em intervenção legítima dos poderes estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário), que se paute no poder punitivo do Estado, mas, sim, em um discurso de contenção e encolhimento deste poder, ante a ampliação constante da efetivação dos direitos fundamentais do indivíduo.

Importa ressaltar que o ordenamento constitucional brasileiro disciplina *como punir*, tendo o legislador constitucional abdicado da explicitação do *por que punir.* Isto revela uma mudança de paradigma quanto aos discursos de justificação punitiva historicamente encontrados no ordenamento jurídico brasileiro.

Depreende-se de tal abstenção a implícita limitação às causas de justificação para imposição da pena, tratando tão-somente a Constituição, dos meios para limitar o impacto invasivo suportado pelo condenado, em face da ação do Estado (CARVALHO, 2005).

Isso significa que, no modelo de Estado Democrático de Direito, adotado pelo Brasil, a idéia central da missão do sistema penal é a de funcionar como escudo protetor do poder punitivo do Estado e instrumento de segurança do cidadão. O problema é exatamente a distância entre este objetivo a ser

alcançado e a realidade, que se tem pautado em uma produção legislativa penal inflacionária e distorcida, divorciada dos princípios constitucionais.

O desafio que se vislumbra é a materialização de um sistema penal que se afaste do distorcido discurso da contraposição de dois interesses tidos como necessários e legítimos, quais sejam, a aplicação da lei penal e a proteção das garantias individuais, para compreender a integração existente entre ambos, através da preponderância dos objetivos de um Estado de direito quanto ao controle do poder punitivo.

Esse caminho deve orientar-se, inicialmente, por uma reordenação da idéia de defesa social calcada pura e simplesmente na noção de segurança pública. A defesa social, na verdade, compreende a efetivação de diversas obrigações do Estado, tanto no plano preventivo extrapenal quanto no preventivo penal.

O realinhamento desse raciocínio implica o desfazimento da idéia de que segurança pública e defesa social são a mesma coisa, tendo em vista a notória abrangência do conceito de defesa social que absorve, como um dos seus componentes, a segurança pública.

Revista a questão relativa a como se enxerga o conflito entre defesa social e preservação das garantias fundamentais, necessário é reanalisar, também, como se comporta esta nova definição ante a organização sistêmica do ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

Sendo o confronto não mais visto dessa forma, enxerga-se como sendo posto, de fato, entre *o poder de punir do Estado* e o *respeito a direitos e garantias fundamentais*. Este novo *layout* implica considerações que possam tentar dirimi-lo.

O discurso da segurança pública tem levado seus adeptos a conferir larga margem para intervenção penal, em uma crença de que esta atitude é necessária para preservar interesses sociais violados de maneira progressiva por aqueles transgressores da ordem vigente, que, portanto, devem ser alvo do poder punitivo do Estado, com o fito da restauração desta ordem violada. Tendem a ser complacentes com a intervenção penal dilatada.

Um exemplo recente dessa forma de pensar trouxe à baila a discussão da redução da maioridade penal, após a morte de uma criança, arrastada pelas ruas do Rio de Janeiro, durante um roubo de veículo.

O fato desencadeou o surgimento e a retomada de projetos de lei, no Congresso Nacional, com as mais variadas propostas, todos fincados no fundamento da grande quantidade de crimes praticados por menores.

Contudo, mais uma vez analisada a questão sob o ponto de vista científico e não calcado no fervor da emoção do momento, capitaneado por alguns segmentos políticos e da própria mídia, chega-se a outra espécie de conclusão.

Segundo dados da Secretaria Nacional de Direitos Humanos do Ministério da Justiça, do total de crimes praticados no Brasil, apenas 8,8% têm envolvimento de menores como autores ou partícipes, e deste percentual 73,8% são crimes contra o patrimônio, e somente 8,5% são crimes contra a vida.

Portanto, de acordo com os dados oficiais, menos de 1% dos crimes contra a vida é praticado com o envolvimento de menores em sua autoria, o que, por si só, desmoraliza o argumento que tem sido utilizado como um dos mais fortes para possibilitar a redução da maioridade penal.

Ainda nessa esteira, merecem registro os dados fornecidos pela Secretaria Nacional de Direitos Humanos do Ministério da Justiça (SNDH-MJ) e pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ), que demonstram a eficácia da utilização das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, para os praticantes de atos infracionais, que acusam uma “reincidência” em torno de apenas 7,5%, ou seja, em 92,5% dos casos não há o retorno do adolescente à prática delituosa.

De outro lado, os que contestam a hipertrofia da intervenção penal, buscam sua fundamentação na simbólica e ineficaz inserção do sistema penal repressivo que, longe de cumprir com aquilo a que se propõe, acaba por dramatizar, ainda mais, os conflitos sociais, além de minimizar ou até ignorar por completo a existência de direitos e garantias individuais fundamentais à conformação de um Estado de Direito.

Ambas as posições tendem a tensionar esse conflito, radicalizando os discursos, sem a perspectiva de um consenso que permita ao mesmo tempo a ação do poder punitivo do Estado e a observância dos direitos e garantias fundamentais.

Posta a questão sob o foco do princípio da ponderação ou balanceamento, raciocínio desenvolvido com vistas à solução de impasses entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, oriundo do principio da proporcionalidade, observa-se que surge perspectiva de melhor deslinde.

Na lição de Canotilho (1999, p. 1.162), “[...] a ponderação visa elaborar critérios de ordenação para, em face dos dados normativos e factuais, obter a solução justa para o conflito de bens”. Portanto, não se verifica através deste método um significado de cunho normativo quanto às normas em conflito, mas se analisam os bens que de fato se encontram tensionados em um caso concreto.

A ponderação, assim, é a análise do conteúdo material dos bens em conflito para, no caso concreto, determinar a inclinação pelo mais representativo na solução do confronto.

Essa metodologia permite variação, dependendo da situação real quanto ao nível de importância atribuído aos bens em conflito, como uma espécie de hierarquia axiológica móvel entre os princípios conflitantes (CANOTILHO, 1999).

Embora seja possível permitir-se flexibilização quanto à valoração do conteúdo material do bem em conflito, diante do caso concreto, é bem verdade que esta “hierarquia móvel” vincula-se aos ditames postos pela hierarquização existente no corpo da Constituição, de onde se extraem os princípios constitucionais.

Estabelecendo uma confrontação entre valores constitucionais, é sabido que, no sistema brasileiro, predomina como valor constitucional fundamental o respeito à dignidade da pessoa humana, norteador de todo o sistema constitucional vigente (FABIANA PRADO, 2006).

Dessa forma, ao se utilizar a ponderação como método para a solução de conflitos entre bens constitucionalmente protegidos, desde que um destes bens seja o respeito à dignidade da pessoa humana, a inclinação pela predominância deste último será imperativa por força da observância da ordem constitucional posta.

Isso posto, extrai-se que o poder punitivo do Estado não encontra força suficiente para uma colisão de interesses com os direitos e garantias

individuais, em um Estado Democrático de Direito erigido sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da Constituição Federal).

Assim, entende-se que o conflito existente entre *o poder de punir do Estado*, e *o respeito à dignidade da pessoa humana* é de visível solução, qual seja, a ditada pela própria constituição em sua organização sistêmica.

Registre-se que a idéia de segurança pública, coletiva, cidadã ou urbana, ainda que travestida de *defesa social*, não tem conotação de importância suficiente para impor-se sobre a intransigente e imperativa proteção aos direitos fundamentais e garantias individuais do cidadão, lastreadas no respeito à dignidade da pessoa humana.

Portanto, o poder de punir do Estado, para ser considerado como legítimo, deve limitar-se a intervenções que não violem a ordem constitucional vigente o que só ocorre quando propõe regramentos que observem a preservação e o respeito à dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A. R. de. *Direito, Poder e Opressão.* 3. ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1990.

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALMEIDA, Alberto Carlos. *A Cabeça do Brasileiro.* Rio de Janeiro: Record, 2007.

ALMEIDA, Gevan. *Modernos Movimentos e Política Criminal e seus Reflexos na Legislação Brasileira*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

AMARAL, Thiago Bottino do. *Ponderação de Normas em Matéria Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

ANCEL, Marc. *A Nova Defesa Social*: um movimento de política criminal humanista. Tradução de Osvaldo Melo. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A Ilusão de Segurança Jurídica.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima*: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos.* 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARATTA, Alessandro. *Viejas y nuevas estratégias en la legitimación del derecho penal. Poder y Control*, Barcelona, n.O, p. 77-92, 1986.

_____. *La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales.* In. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 29, p. 47, jan./mar. 2000.

_____. *Criminologia Critica e Critica do Direito Penal*, Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BERNARDES, Helton Fonseca. *Estratégias Punitivas e Legitimação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da Pena de Prisão*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BIZZOTTO, Alexandre. *Valores e Princípios Constitucionais*: exegese no sistema penal sob a égide do Estado Democrático de Direito. Goiânia: AB, 2003.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. *Processo Penal Garantista*: visão constitucional e novas tendências. 2. ed. Goiânia: AB, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos.* Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL, *Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso. *Trabalho do TJMT Muda Rotina nos Presídios*. 2007. Disponível em: <http://www.tj.mt.gov.br/retro07/docs/Trabalho%20do%20TJMT%20muda%20rotina%20nos%20pres%C3%ADdios_15.doc>. Acesso em: 15 fev. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. *Projeto Novos Rumos na Execução Penal*. Belo Horizonte, 2007.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal.* São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal.* São Paulo: Conan, 1995.

CARVALHO, Janilton de. *O Sistema Punitivo Agoniza*. 2008. Disponível em: <http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=345010>. Acesso em: 16 fev. 2008.

CARVALHO, Salo de. *Critica a Execução Penal.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

_____. *Pena e Garantias.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

_____. *Supérfluos Fins (da pena)*: constituição agnóstica e redução de danos. Boletim IBCCrim, São Paulo, n. 156, p. 14-15, nov. 2005.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal*: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

COELHO, Yuri Carneiro. *Bem Jurídico-Penal.* Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003.

CONDE, Francisco Muñoz. *Direito Penal e Controle Social*. Tradução de Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COPETTI, André. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JUNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Código Penal Comentado*. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2000.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DOTTI, René Ariel. *Bases e Alternativas para o Sistema de Penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1998.

DUVERGER, Maurice. *Ciência política: Teoria e método.* Tradução de Heloisa de Castro Lima. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1962.

D'URSO, Flavia. *Princípio Constitucional da Proporcionalidade no Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2007.

FALCONI, Romeu. *Sistema Presidial Reinserção Social?* São Paulo: Ícone, 1998.

FARIA, José Eduardo. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.

FEIJÓ, Ricardo. *Metodologia e Filosofia da Ciência*: aplicação na teoria social e estudo de caso. São Paulo: Atlas, 2003.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização "Sociedade de Risco" e o Futuro do Direito Penal*: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razon*. 7. ed. Madrid: Trota, 2005.

FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 19. ed. São Paulo: Vozes, 1999.

FRANCO, Alberto Silva. *Prefácio ao Manual de Direito Penal Brasileiro:* Parte Geral, de Pierangeli & Zaffaroni, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

FREIRE, Christane Russomano. *A Violência do Sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo*: o caso RDD (Regime Disciplinar Diferenciado). São Paulo: IBCCRIM, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I*: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 7. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis/RJ: Vozes; Bragança Paulista/SP: Editora Universitária São Francisco, 2005.

GALEANO, Eduardo. *De Pernas pro Ar*: a escola do mundo ao avesso. 8. ed. Porto Alegre: L&PM, 1999.

GALVÃO, Fernando. *Política Criminal.* 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Carcía-Pablos de; BIANCHINI, Alice. *Directo Penal*: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 1.

GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. *Funções da Pena Privativa de Liberdade no Sistema Penal Capitalista*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

GURGEL, José Alfredo Amaral. *Segurança e Democracia*: uma reflexão política. 3. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 1978

HEGEL, Jorge Guilherme Frederico. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução de Orlando Vitorino. Lisboa: Guimarães Editores, 1959.

IHERING, Rudolf von. *A Evolução do Direito*. Salvador: Progresso, 1956.

ISENSEE, Joseph. *Das Grundrecht auf Sicherheit: Zu den Schutzpflichten dês freiheitlichen Verfassungsstaates.* Berlin: Walter de Gruyer, 1983.

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução de André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito.* Tradução de João Baptista Machado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

LASKI, Harold Joseph. *Introdução à Política.* Tradução de Marcelle Soares Brandão. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.

LEMOS, Carlos Eduardo Ribeiro. *A Dignidade Humana e as Prisões Capixabas*. Vitória: Univila, 2007.

LYRA, Roberto. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1942. v. 2.

LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

LUCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo.* Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1963 (Biblioteca “Clássicos da Democracia”).

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. In: Os Pensadores. Tradução de Lívio Xavier. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. *Do Espírito da Leis.* Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1962, v. 1. (Coleção Clássicos Garnier).

MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Estudos de Direito Processo Penal*. São Paulo: BH Editora, 2006.

NETO, Theodomiro Dias. *Segurança Urbana*: o modelo da nova prevenção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Edmundo. *Política Criminal e Alternativas à Prisão*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. *O Futuro do Direito Penal*. Barueri: Manole, 2004, v. 13.

PALAZZO, Francesco. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal M*ínimo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PAVARINI, Massimo. *Control y dominación.* Teorias criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Tradução de Ignacio Munagorri. México: Siglo Veintiuno, 1988.

PIERANGELLI, J. H. *Códigos Penais do Brasil*: evolução histórica. Bauru/SP: Jalovi, 1980.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação*: a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PORTO, Maria Stela Grossi. *Violência e meios de Comunicação de massa na Sociedade Contemporânea*. ano 4. n. 8. Porto Alegre: Sociologias, 2002.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A Ponderação de Interesses em Matéria de Prova no Processo Penal.* São Paulo: IBCcrim, 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *A Inconstitucionalidade do "Direito Penal do Terror"*. Curitiba: Juruá, 1991.

RAMOS, Silva; PAIVA, Anabela. *Mídia e Violência*: novas tendências na cobertura de criminalidade e segurança no Brasil. Rio de Janeiro: IUPERJ, 2007.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. *O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. São Paulo: Renovar, 2001.

_____. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004.

_____. *Estudos de Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *A Proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal*. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. ver. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. *Direito Penal no Estado Democrático de Direito*: perspectiva (re) legitimadoras Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos Fundamentais*: proteção e restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREIA Jr., Alceu. *Teoria da Pena*: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, José Guilherme de. *A criação Judicial do Direito.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Legitimidade da Intervenção Penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Direito Penal Brasileiro*: teoria geral do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2003. v. 1.