

DA MÁQUINA DE TORTURA À TEORIA DOS BENS JURÍDICO-PENAIIS: AUTOFAGIA DA LEGITIMIDADE DO EXPANSIONISMO À LUZ DA METÁFORA KAFKIANA

FROM THE TORTURE MACHINE TO THE REAL CRIMINAL LAW THEORY: LEGITIMATION AUTOPHAGY OF THE PUNITIVENESS EXPANSIONISM BY THE KAFKA'S METAPHOR

Érica Babini Lapa do Amaral Machado¹

Resumo

Trata-se de trabalho de revisão teórica acerca da teoria dos bens jurídico-penais, instrumento que justifica cientificamente a intervenção punitiva do Estado para a aplicação da pena, além de racionalizar a Dogmática penal, consagrando o paradigma de segurança da modernidade. A evolução da racionalidade da dogmática penal tem na teoria do bem jurídico o ápice do desenvolvimento no sentido da contenção da irracionalidade do sistema punitivo, na medida em que atrela à função do Direito Penal, enquanto poder legitimado, à proteção de valores caros à coletividade. Contudo, sob o marco teórico de interpretação do sistema integrado de saberes, pretende-se questionar se as funções da teoria do bem jurídico penal, aqui recortada tão somente quanto à função de garantia, tem sido operacionalizada ou se tem provocado fenômenos de simbolismo penal. Propõe-se trabalhar o texto à luz de uma metáfora Kafkiana presente em Na Colônia Penal, na qual, dentre várias abordagens, empenha-se discutir poder. As reflexões levam à conclusão de que a Teoria dos Bens Jurídico Penais, tal como tem sido usada, é apenas um argumento de racionalização dogmática para fundamentar a intervenção punitiva, sem capacidade limitadora, levando à expansão punitiva, em forma de autofagia.

Summary

This paper makes theoretic revision about Real Criminal Law Theory, tool that justifies scientifically the punitive intervention of the state to the sentence of punishment, besides working as the rationalizing basis of the dogmatic criminal and systematization of the law, reflecting of the doing legal certainty, required from paradigm of modernity. The evolution of dogmatic has in the Real Criminal Law Theory the most importante paradigm for the interruption of the punitive intervention, already it links Criminal Law function to protection of importante values to the community. But, with the theoretical framework of criminal law integrated system, this work intend to question if the functions of the Real Criminal Law Theory, specifically the guarantee, has been operationalized or if it has been provoked symbolic penal law. The proposal is work the text by the Kafka's metaphor - In the Penal Colony, in which the author Works power. The conclusion is: the Real Criminal Law Theory is just an argument of dogmatic rationalization to give fundamentation to the punitive intervention, without limitation capacity; leading to punitiveness expansionism, in a autophagic way.

Palavras chave: teoria dos bens jurídico-penais, legitimidade, expansionismo penal.

Key Words: Real Criminal Law Theory, legitimation, punitiveness expansionism.

¹ Doutoranda em Direito pela UFPE. Mestre em Direito penal UFPE. Professora de Direito Penal e Criminologia da Universidade Católica de Pernambuco –UNICAP - Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Asa Branca de Criminologia.

1. Introduzindo a teoria dos bens jurídico-penais e a máquina de tortura: invenções modernas de racionalização

a organização dela é tão fechada em si mesma, que o seu sucessor, mesmo tendo na cabeça milhares de planos novos, não poderia mudar nada, pelo menos durante muitos anos (KAFKA, 1996, p. 8).

Este trecho apresenta a máquina de tortura inventada *Na Colônia Penal* para a realização de justiça, indicada como fruto da racionalidade humana, corporificada na pessoa do Comandante. Franz Kafka usa a ficção para trabalhar poder, tendo como pano de fundo os limites e impropriedades da pena. A obra também centra sua atenção sobre o simbolismo do uso da máquina de tortura que é endeusada pelo oficial que a opera, sendo, pois, muito mais importante que o condenado, um soldado acusado de insubordinação.

O texto será trabalhado como espécie de ferramenta comparativa para discutir a teoria dos bens jurídico-penais, em que alguns elementos da narrativa kafkiana funcionarão como eixo de reflexão acerca da temática.

Neste sentido, o trabalho está dividido em três partes, onde se discute: o esforço da legitimação do *jus puniendi*, feito pela dogmática, atendendo às demandas da modernização inauguradas no Iluminismo. Em seguida, pretende-se delinear teoricamente como opera a Teoria dos bens jurídico-penais, fazendo um recorte para trabalhar apenas uma de suas funções – a de garantia – para, por fim, testá-la, a fim de compreender, como tem operado no cenário de populismo punitivo.

A teoria dos bens jurídico-penais, tem como principal mister sustentar a coerência científica da dogmática, a fim de rescindir com a concepção de injusto entendido como pura lesão a um dever de obediência. A teoria materializa em tipos penais os valores dignos de proteção, os quais justificam a atuação coercitiva do Direito Penal através da pena, garantindo a limitação do poder punitivo estatal.

Nesse sentido, a função do Direito Penal é proteger bens jurídicos, de modo que sua legitimidade (não somente de cunho formal – alcançada pela observância do processo legislativo, mas, sobretudo a legitimidade² material que guarda relação com o direito subjetivo de punir) está vinculada à efetiva proteção desses bens. Afinal, ao “*precisar o objeto do Direito punitivo, [...] coloca-se o alicerce que permite justificar racionalmente o poder de*

² O conceito aqui manejado de legitimidade são os teorizados por Eugênio R. Zaffaroni (1991), cujo grau é obtido pela capacidade de operacionalizar tudo o que planifica no âmbito normativo-abstrato, de modo que a não realização são indícios do uso desarrazoado a caminho ao genocídio

punir e, em consequência dessa justificação, o Direito penal tem condições de se *legitimar*” (BRANDÃO, 2005, p. 25).

Entretantes, é imprescindível pontuar o que se entende por “função”, uma vez que o termo comporta vários significados. Neste trabalho é priorizada a distinção apresentada por Vera Regina (2003, p. 40) que enumera duas ordens de apreciação: a jurídico-penal, indicando as consequências desejadas de uma coisa, equiparando-se à meta ou missão; e a sociológica que significa a soma das implicações objetivas de uma coisa.

A compreensão dessa diferença é condição *sine qua non* para justificar mais adiante a orientação teórica utilizada neste trabalho, cujo escopo foi confrontar as funções oficiais e declaradas com as funções latentes, não desejadas oficialmente, mas que são realizadas efetivamente. Uma ponderação que permitirá concluir por uma de duas vias: a validade da teoria, potencializando-a e justificando os fundamentos do Direito Penal; ou sua inadequação enquanto legitimação deste ramo do Direito, indicando, por via de consequência, a própria justificação do poder punitivo como ilegítima.

A metodologia é a de revisão bibliográfica, coleta de jurisprudências e notícias da mídia sobre fatos relevantes no âmbito jurídico-penal referentes à matéria em apreço, já que, em alguma medida, se discute a efetividade do sistema penal na proteção dos valores juridicamente protegidos.

2. Fundamento e pretensão da máquina: proteção de valores sociais

o mandamento que o condenado infringiu é escrito no seu corpo com o rastelo [...] por exemplo – Honra o teu superior! (KAFKA, 1996, p. 13)

Este trecho indica o resultado final da máquina de tortura e razão pela qual ela fora inventada. Durante representou o ápice da evolução da justiça, até que um estrangeiro foi visitar a Colônia para inteirar-se dos detalhes e apontá-la como pré-histórica e bárbara.

A teoria dos bens jurídico-penais também representou um grande avanço moderno no sentido da racionalização do poder punitivo e certamente precisa ser constantemente revisitada.

Idealizada por Feuerbach, que, formado na filosofia kantiana, criticava a exacerbação do *jus* racionalismo e, na premissa do imperativo categórico Kantiano de que o homem é fim em si mesmo, pontuava que “existem direitos subjectivos do homem que são indisponíveis,

por decorrerem da sua autonomia moral, e a característica essencial e indispensável de todo o direito objectivo é a sua positividade” (*Apud* KAUFAMANN, 2002, p. 116).

Compreendia, o autor do Código penal da Baviera, que o homem possui direitos preexistentes a qualquer contrato e sua própria razão viabiliza a percepção deles como condições naturais de vida, de modo que o homem é submetido à razão prático-moral, em que deve conhecer o dever moral e a razão prático-jurídica que pretende conhecer seus direitos.

Nesse sentido, sua contribuição para o Direito Penal liberal foi no sentido de aperfeiçoar a distinção entre direito e moral, concebendo que à esfera do Direito impõe-se, quando se conhece os direitos para serem protegidos. Isto é, sua pretensão foi limitar o raio de atuação do *ius puniendi* ao colocar os interesses humanos em primeiro plano para a tutela, e não interesses religiosos ou estatais.

É neste contexto que ele define as primeiras noções de bem jurídico, referindo-se a direitos subjetivos, com a pretensão de impedir que a aplicação da lei “ocorra de forma arbitrária, independentemente de qualquer lesão, tendo constituído à época, uma reação do Iluminismo ao arbítrio anterior” (*Apud* PASCHOAL, 2003, p. 28).

Então este esforço nasce no Iluminismo, berço da construção da modernidade, momento no qual o objetivo foi desenvolver a ciência objetiva, a moralidade e leis universais, em que o acúmulo de conhecimento, gerado na busca da emancipação humana, prometia a liberdade da escassez de todas as ordens, da liberdade da arbitrariedade e das calamidades naturais. Além disso, o desenvolvimento das formas racionais de organização social e de modos racionais de pensamento permitia a liberdade da irracionalidade dos mitos e da religião e do uso arbitrário de poder (HARVEY, 1996).

O mundo perfeito seria o que permanecesse sempre idêntico, dado que a potencialidade da razão seria suficiente para afastar quaisquer imprevistos. Daí o homem produzir conhecimento, memorizar, classificar o mundo em entidades, formando estruturas aptas a manipular os acontecimentos em probabilidades, afastando as causalidades (BAUMAN, 1999).

Neste sentido, as pretensões modernas visam o futuro linearmente. Trata-se de uma crença nas verdades absolutas, no planejamento racional de ordens sociais ideais, e com a padronização do conhecimento e da produção (HARVEY, 1996), tudo construído a partir de uma tentativa de capturar as descontinuidades da natureza e da história humana.

É um raciocínio do tempo humano, instrumentalizado pela burocracia, favorecedora da técnica, protegido pelo modelo global de racionalidade. Confiança *versus* risco e segurança

versus perigo são os sentimentos que se pretende superar, de modo que as instituições sociais são construídas no sentido de favorecer os primeiros em detrimento dos segundos.

Assim é que a formação da ideia de civilização, fruto dos engenhos do contrato social, demandou a imposição de uma ordem, um compromisso que se traduzia na promessa de segurança. A ideia de “ordem” implica regularidade e estabilidade, onde os atos são regradados, favorecendo a previsibilidade dos acontecimentos: era necessário afastar toda a instabilidade do passado - “de fato, pode-se definir a modernidade como a época, ou o estilo de vida, em que a colocação em ordem depende do dismantelamento da ordem tradicional, herdada e recebida” (BAUMAN, 1998, p. 20).

Para isto, a ciência foi a ferramenta capaz da contenção da natureza, justificada pela vontade de humanidade (oposto da natureza), onde os objetos (seja a planta que nasce no local desarmonioso, sejam os “débeis mentais” que não têm utilidade) devem ser meticulosamente analisados, devendo ser excluídos caso comprometam a ordem.

É neste sentido que se dá o esforço da racionalização do poder punitivo. Operado pela dogmática penal, por conceder a característica de decisibilidade, o poder punitivo foi capaz de ao mesmo tempo “tanto pela interrupção da crítica e pela vinculação a dogmas, quanto pela determinação de seus próprios princípios constitutivos” (FERRAZ, 1998, p. 96), imunizar-se de especulações que não sejam de ordem lógica.

O método é abstrato; e o é justificativamente, com “o intuito de lograr um alto grau de previsibilidade em relação com as decisões judiciais e a diminuir elementos pessoais (arbitrários)” (ANDRADE, 2003, p. 122). A segurança jurídica, garantida pela dogmática, é subsidiada pela racionalidade a qual se mantém intacta pela filosofia política que se desenvolve na fundamentação do contrato social.

O paradigma de conhecimento da modernidade concede um movimento de progressão geométrica no sentido da universalização ou abstração temporal de todas as experiências que pululam no âmbito do conhecimento, e no âmbito penal a coerção funciona como um instrumento de controle social e de segurança interior, legitimado pelos próprios objetivos de resolver os problemas sociais (HASSEMER, 2005).

É que

Opondo, dicotomicamente irracionalidade (arbitrariedade, acaso, azar, subjetividade, improvisação) e racionalidade (igualdade, uniformização, previsibilidade, calculabilidade, certeza, segurança) no exercício do poder punitivo do Estado que se materializa na aplicação judicial do Direito Penal e identificando racionalidade e justiça, o discurso dogmático aspira exorcizar a primeira pela mesma via sistemática que promete realizar a segunda (ANDRADE, 2003, p. 123).

Por outro lado, essa percepção da neutralidade e de abstenção, cuja autoridade é da lei, sendo qualquer ameaça ao monopólio estatal vista com desconfiança, constrói o homem individual, isolado, abstrato, portador de direitos subjetivos, isolado da sua complexidade histórica, despido de consciência crítica, isto é “o homem abstrato, que não existia em lugar nenhum” (ARENDR, 2004, p. 404), de pouca humanidade, uma espécie de “robô que existe somente naquele paraíso artificial jusnaturalista – nem céu, nem terra, mas nuvem flutuante – um indivíduo – em suma – sem terra e sem céu” (GROSSI, 2007, p. 141).

Nesse ensejo o Direito Penal exerce importantíssimo papel, posto ser a pena o mecanismo mais drástico de controle social, voltada à proteção dos valores eleitos como “essenciais para a sociedade”.

É aqui que se estabelece a necessidade de investigar as funções atribuídas ao Direito Penal que em si é dependente da orientação política de cada Estado em determinado tempo e espaço. Para fins deste estudo, o marco de investigação se estriba nos liames do Estado Democrático de Direito, o que exclui, por isso mesmo, incursões em outros modelos políticos.

Existem outras missões atribuídas ao Direito Penal, como o finalismo alemão (WELZEL, 1997), as perspectivas funcionalistas (ROXIN, 2008 E JAKOBS, 1995) ou a função promocional, a função de controle social (NAVARRETE, 2003)... e a de proteção de bens jurídicos, porém, é esta que se pretende discutir, na medida em que é a abarcada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Após a Segunda Guerra Mundial, quando se resgatou que caberia ao Direito “velar pela esfera de liberdade e segurança jurídica do cidadão, em particular, frente ao poder do Estado” (ZIPF, 1979, p. 25), voltou-se *o jus puniendi* à missão de proteger os reais interesses do homem, vinculados à sua capacidade de viver individual e coletivamente, de modo que sua intervenção fosse capaz de oferecer segurança jurídica. Nesse sentido o fim do Direito Penal passou a ser a proteção dos bens jurídicos e assim “A proibição de um comportamento sob ameaça punitiva que não pode apoiar-se num bem jurídico seria terror estatal [...] A intervenção na liberdade de atuação não teria algo que a legitime, algo desde o qual pudesse surgir seu sentido” (ROXIN, 2006, p. 16).

O conceito de bem relaciona-se com o interesse transformado pela norma jurídica em interesse jurídico. Todavia, apesar de formalmente fácil de apreender seu conceito formal, não se dá o mesmo com sua definição material, pois, como todos os conceitos normativos, é uma criação artificial, produto de um consenso que, por sua vez, reflete as forças valorativas de cada época (BUSTOS RAMÍREZ, 1987), como uma espécie de funcionalidade explicativa da hegemonia política de cada momento. Não é por outra razão que “estas teorias não fazem

mais do que *explicar ou legitimar ideologicamente* a lei penal, mas estão muito distantes de dar uma concepção material de bem jurídico” (HORMAZÁBAL MALARÉE, 1984, p. 343).

Segundo uma concepção quase dominante na ciência penalista, o Direito penal contribui tendencialmente a assegurar a condição essencial da convivência, prevendo sanções drásticas a defesa de bens jurídicos: a determinação dos bens jurídicos a serem protegidos depende de uma valoração que como tal, historicamente está condicionada aos valores de cada época, de modo que a tutela penal não depende somente das necessidades sociais concretas, mas também, senão mesmo em primeiro momento das concepções morais dominantes na sociedade (FIANDACA; MUSCO, 1995, p. 4).

Isto é, cada teoria explicativa do conteúdo do bem jurídico é correspondente à necessidade legitimante da intervenção estatal na vida privada, a qual por outro lado é condicionada a à aceitação coletiva- construída ainda que artificialmente no consenso.

A missão do Direito penal resulta, como é logicamente, como função parcial da missão geral do Estado. Se o estado tem, em conjunto, a missão de garantir a convivência das pessoas em uma área restrita e com meios limitados, disto deriva, para o âmbito parcial da justiça criminal, que o Estado sanciona a infração de normas positivas com uma penal a fim de manter a ordem (ZIPF, 1979, p. 35).

Desse modo, apesar de afirmar que o Direito Penal protege bens jurídicos, a doutrina não é assente quanto à determinação de seu conteúdo, onde reina grande controvérsia (PRADO, 2003, p. 44).

MUÑOZ CONDE (2002, p. 79) defende um conceito individualista, ao que denomina de teoria personalista, segundo a qual, o bem jurídico é “tão importante como o interesse humano carente de proteção penal é ele mesmo um processo – social e político - através do qual se constitui” .

Também numa perspectiva individualista, CUELLO CALON (1945, p. 251) defende que o conceito “se entende tudo aquilo de natureza material ou incorpórea que serve para a satisfação das necessidades humanas individuais ou coletivas”.

ZAFFARONI (2004, p. 238) emprestou a definição de que é “a relação de disponibilidade de uma pessoa com um objeto, protegido pelo Estado, que revela seu interesse mediante normas que proíbem determinadas condutas que as afetam, aquelas que são expressas com a tipificação dessas condutas”.

No Brasil, LUNA (1970, p. 37) há mais de três décadas já se referia às duras provas e vicissitudes pelas quais passaria o bem jurídico, posto que nem sempre se quer ver nele o objeto de proteção jurídico-penal, referindo-se ao debate alemão do direito penal da vontade no regime nazista e do crime sem ofensa na Itália que teve espaço com o fascismo.

Para BRUNO (1984, p. 29), bens jurídicos são interesses fundamentais do indivíduo ou da sociedade que são elevados “à categoria de bens jurídicos, julgando-os merecedores de tutela do Direito [...]”, assim como a de TOLEDO (1994, p. 6), são “valores ético-sociais que o direito

seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”. E por fim, entre vários outros, coleciona-se o magistério de NORONHA (1977, p. 112) que define o bem jurídico como “o bem-interesse protegido pela norma penal”.

BRANDÃO (2002, p. 112): “Bem jurídico deve ser definido, pois, como valor tutelado pela norma penal, funcionando como um pressuposto imprescindível para a existência da sociedade”.

Compreendendo a dimensão do conceito do que seja bem jurídico, Roxin apresenta a problemática:

O bem jurídico já foi identificado como bem vital reconhecido socialmente como valioso, como valor jurídico ou interesse jurídico, como interesse juridicamente reconhecido em um determinado bem como tal em sua manifestação geral... como unidade funcional valioso ou como valores institucionais e estados jurídico-penalmente protegidos, que são imprescindíveis para a ordenada convivência humana e que devido a estas divergências, que frequentemente são pouco precisas quanto ao seu alcance, o relativo consenso sobre o conteúdo jurídico penal da proteção de bens jurídicos repousa sobre fundamentos inseguros. Por isso, o conceito material de delito e a teoria do bem jurídico seguem contando ainda hoje entre os problemas básicos menos clarificados com precisão do Direito penal (1997, p. 70-71).

Como se percebe, variando ao sabor das vicissitudes históricas, muitos conteúdos foram e são atribuídos ao bem jurídico. Todavia, dois pressupostos são elencados pela doutrina como essenciais: a relação com os direitos fundamentais, previstos normativamente, carentes da tutela estatal e a necessidade do punir quem ofende esses valores ilegalmente (SABADELL, DIMOULIS; MINHOTO, 2006).

Com isso a teoria parece qualificar-se com uma característica teológico-funcional, pois indica que o conceito de crime não pode ser deduzido de ideias sem conteúdo determinado, ao revés deve pautar-se num fim, isto é na proteção de valores; e também com uma racionalidade, porque fundamenta a necessidade de intervenção penal (DIAS, 1999), justificando-a como *ultima ratio*.

Não é sem razão a afirmativa: “a tutela de bens jurídicos que define simultaneamente a função do direito penal e marca os limites de legitimidade de sua intervenção” (COSTA ANDRADE, 1998, p. 389).

Neste contexto importa compreender que a legitimidade do Direito Penal está condicionada à realização da função que declara cumprir e que o uso do jus puniendi somente pode ser manejado para tal fim.

Trata-se, pois, do problema da legitimidade do poder, que é uma tentativa de justificação, como uma ponte entre a expectativa dos destinatários e a orientação que se tenta imprimir por meio do conhecimento que pretende legitimar-se. Se aqueles não forem convencidos, será necessário o uso da força para manter a convivência, o que não é nada salutar, democraticamente falando.

Nesse ensejo, insta questionar até que ponto a intervenção penal se dá de forma legítima e a partir de que medida torna-se uma arbitrariedade.

Na concepção de um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal deve “funcionar como um mal menor que somente é admissível na medida em que resulte de todo *necessário*” (MIR PUIG, 2006, p. 85), sendo essa necessidade condicionada não a “quando ‘lhe interesse’ (o poder punitivo), ou lhe pareça útil para proteger interesses de grupos de poder, mas somente em caso de lesão ou ameaça de lesão de um bem jurídico previamente identificado” (SABADELL, DIMOULIS, MINHOTO, 2006, p. 51).

Eis a razão pela qual é a teoria dos bens jurídico-penais o fundamento e o limite da intervenção penal, de modo que o manejo do *jus puniendi* apenas se justifica para proteger valores, que devem comportar, no âmbito do Estado Democrático de Direito, duas características: não utilização do poder punitivo para realização de uma moral absoluta, e sim tarefas práticas de defesa da sociedade e do Direito; e servir ao bem comum de forma justa (COSTA ANDRADE, 1992, p. 200).

Ocorre que, tratar do conteúdo dos bens jurídicos, sem aferir sua operacionalização, descamba para a auto-imagem³ da dogmática, que, concebida pelos membros da comunidade científica como o estudo da lei penal (de forma acrítica, afinal são dogmas), o que pretende é estabilizar a sociedade, impedindo a continuidade de conflitos (FREITAS, 2006). Isto é, é acrítico.

Afinal, ao negar qualquer tipo de problema relacionado ao controle social, aquele recai no comportamento desviante que é irracional, devendo ser valorado abstrato e formalmente, independentemente de necessidades existenciais do homem, uma identidade lógica com a dedução da propriedade a partir do modelo consensual comum (SANTOS, 1979, p. 41).

Contudo, estas propostas devem submeter-se ao controle de funcionalidade para compreender em que medida estas pretensões se concretizam na prática. Para isto, é necessário compreender as funções da teoria dos bens jurídicos. Aliás, o papel do conceito de bem jurídico deve ser analisado, primeiramente, sobre a perspectiva intra-sistemática, responsável pela função exegética e dogmática, como interpretação teleológica das normas e, posteriormente, do ponto de vista extra-sistemático, verificador da legitimação à nível ideológico e político, demonstrando as condições necessárias ou suficientes da produção

³ A auto-imagem (transnacionalizada) da Dogmática Penal é, assim, a de uma Ciência do dever ser que tem por objeto o Direito Penal positivo vigente em dado tempo e espaço e por tarefa metódica (técnico-jurídica, de natureza lógico-abstrata) a construção de um sistema de conceitos elaborados a partir de interpretação do material normativo, segundo procedimentos intelectuais de coerência interna, tendo por finalidade ser útil à vida, isto é, à aplicação do Direito. (ANDRADE, 2003, P. 117)

normativa. Ou seja, são diferenças de pressupostos, que cabe à análise das funções em que a intra-sistemática é ontológica e a extra-sistemática sociológica (BARATTA, 1994).

3. Funcionamento da máquina: princípios limitadores e funções garantidoras

Como se vê, (a máquina) é composta por três partes – cama [...] desenhador [...] e a do meio que oscila entre as duas, o rastelo [...] as agulhas estão dispostas com as grades do rastelo [...]. Sobre a cama se coloca o condenado, [...] o rastelo no formato do corpo tem duas agulhas, a cumprida é a que escreve e a curta esguicha a água para lavar o sangue e manter a escrita (da sentença) sempre clara. O rastelo começa a escrever, quando o primeiro esboço de inscrição nas costas está pronto, a camada de algodão rola, fazendo o corpo entrar de lado lentamente, a fim de dar mais espaço para o rastelo... (KAFKA, 1996, p. 21)

O objetivo, seja da máquina de tortura, seja da racionalização do sistema punitivo como pretensão da teoria dos bens jurídicos, se concretiza com uma série de etapas previamente planejadas.

Do ponto de vista intra-sistemático, as ferramentas da teoria dos bens jurídicos penais podem ser identificadas em duas grandes classificações que comportam outras subclassificações: a) de fundamento do injusto, subdividida em a.1) teleológica ou interpretativa e a.2) sistemática e b) de garantia, elementos sem os quais “não poderíamos falar de bem jurídico, senão como algo do tipo sexo dos anjos. Que, como é sabido, ainda que exista – se é que existe – não cumpre função alguma” (TOLEDO Y UBIETO, MCMXC, p. 10).

O recorte deste trabalho debruça-se somente na função de garantia, a qual tem por missão analisar a necessidade de intervenção penal, limitando a atividade legiferante estatal, posto que não se pode criminalizar uma conduta se não for ofensiva a um bem jurídico.

Antes, porém, é preciso ficar atento à característica sistematizadora do bem jurídico, enquanto elemento central do tipo penal (JESCHECK, HIRSCH 1998); a ideia reitora da formação do tipo, como também a base e a estrutura da interpretação, não se podendo valorar a aplicação da norma penal que não se pautar no mesmo (FERNANDÉZ, 2004), isto é, não se pode admitir a intervenção penal que não seja para proteger um valor, consensualmente, avaliado como digno de tutela penal.

A característica da garantia informada pelo bem jurídico, guarda uma vertente política, na medida em que é responsável por indicar os critérios para a definição dos valores protegidos pela norma. Esta função imprime a característica racionalizadora do discurso

penal. Neste diapasão é fácil perceber o caráter transcendental do bem jurídico, haja vista que o mesmo permite avançar além da mera compreensão exegética e literal da lei, avaliando a própria necessidade de intervenção deste Direito.

Cabe à função garantista reconhecer uma dinâmica própria da sociedade, indicando críticas ao sistema penal, submetendo-o rotineiramente ao processo de revisão, ensejando os movimentos de criminalização e descriminalização, cabendo ao intérprete investigar o legítimo bem jurídico tutelado pela norma, uma face negativa de limitação do avanço do controle social via poder punitivo.

Com isto, “o bem jurídico é erigido como conceito limite na dimensão material da norma penal” (PRADO, 2003, p. 60). Isto significa que não se pode perder de vista o sentido informador do bem jurídico na elaboração do tipo penal, informando ao legislador o que deve ou não ser criminalizado, limitando-o com seu poder legiferante.

O fundamento da garantia reside na condição democrática do Estado no qual o sistema penal está inserido, pois o conceito guarda estreita relação com o Poder Legislativo indicando as barreiras intransponíveis que o poder punitivo estatal esbarra, concretizando o limite axiológico expresso pela Constituição que revelam sob três aspectos: a) apenas os ataques de especial gravidade contra os bens jurídicos penalmente tutelados merecem reprovação criminal, b) somente algumas condutas tidas como antijurídicas pelos demais ramos do Direito são tipificadas penalmente, c) em geral, as ações meramente imorais não merecem reprimenda criminal. As três questões desdobram-se nos princípios da ofensividade, da intervenção mínima, da lesividade, respectivamente

A intervenção mínima, que apesar de não ser positivamente constitucional decorre do Estado Democrático de Direito, aponta que a função atribuída ao Direito Penal de tutela dos bens jurídicos não é absoluta, mas ao revés, deve atuar apenas quando os comportamentos forem intoleráveis, uma vez que as intervenções penais são drásticas e o custo/benefício só se equilibra nestas condições.

É necessário pontuar que, conquanto a legalidade seja a viga mestra do Direito Penal moderno, seu funcionamento não se encerra nos seus postulados, uma vez que, para que ele seja adequado ao Estado Democrático de Direito, é imprescindível ponderar sobre o conteúdo da proteção penal.

À fragmentariedade cumpre identificar o grau de danosidade social de certas condutas, avaliando a necessidade de intervenção penal, tendo em vista que se trata de um instrumento de controle social cujo emprego destina-se a prevenir condutas gravemente prejudiciais. “Se o fim da pena é fazer justiça, toda e qualquer ofensa ao bem jurídico deve ser castigada; se o

fim da pena é evitar o crime, cabe indagar da necessidade da eficiência e oportunidade de cominá-la para tal ou qual ofensa” (BATISTA, 1996, p. 86).

Enquanto característica, a fragmentariedade apresenta o Direito Penal como um sistema descontínuo de ilicitudes, evitando “uma visão onicompreensiva da tutela penal, e impõe uma seleção seja de bens jurídicos ofendidos a proteger-se, seja das formas de ofensa” (TOLEDO, 1994, p. 14). Como face da mesma moeda, a subsidiariedade garante a autonomia do Direito Penal, enquanto instrumento sancionador - “a fragmentariedade e a subsidiariedade do direito penal são, assim, traços de um só e mesma realidade – a relatividade dessa proteção extrema” (QUEIROZ, 1998, p. 120)

Essa convicção é plasmada em duas ideias: sua especialização na tutela dos pressupostos essenciais para a convivência externa e a limitação de suas intervenções aos ataques mais intoleráveis a tais pressupostos imprescindíveis (RIPOLLÉS, 1998).

Entretanto, a análise destas funções que são de ordem intra-sistemática, deve ser apreciada na sua operacionalização, o que Baratta denominou de extra-sistemática, pois é importante questionar até que ponto é válida a intervenção para tutela de elementos mínimos para a convivência coletiva? Ou se a intervenção é realmente eficaz? E conseqüentemente, prestam os bens jurídicos à fundamentação do Direito penal, legitimando-o? Perguntas afetas à uma investigação externa à Dogmática jurídica.

Já não se pode mais seguir identificando o Direito penal com a dogmática, posto que essa é incapaz de resolver problemas comuns, dotados de elementos valorativos, inalcançáveis pela sistematização, entrando em crise com a potencialidade que lhe foi concedida durante séculos. Na verdade, são os pontos-chaves do paradigma moderno – potencial da razão, progresso da razão e potencial da técnica e da cultura como libertadoras do homem que entram em falência pela própria ineficiência.

Neste sentido, o critério de demarcação científica começa a ser questionado e não pode mais ser o inerente à indução, cujas conclusões são julgadas em sua verdade ou falsidade, uma metodologia própria do naturalista que defendia: “Se não houver meio possível de determinar se um enunciado é verdadeiro, esse enunciado não terá significado algum, pois o significado de um enunciado confunde-se com o método de sua verificação” (POPPER, 2002, p. 41).

Esta perspectiva nasce da necessidade de consideração dos reais efeitos do sistema punitivo – uma incursão que soma à análise quantitativa e qualitativa da seleção de bens jurídicos. Afinal, a decisão penal é política, mas não a substitui, devendo, portanto, toda a

premissa dogmática está ambientada com as reais consequências e efeitos da escolha de bens a serem tutelados penalmente.

Neste sentido, a crise da dogmática auto-referente decorre da incapacidade de realizar de forma racional a segurança esperada, pois não pode mais dar conta de uma multiplicidade de vontades que não se enfeixam no contrato social, de modo que o pressuposto da vontade geral não resiste mais à “fragmentação da sociedade, dividida em múltiplos *apartheids*, indicados por eixos econômicos, sociais, culturais, políticos e religiosos, indicando que a vontade geral parece ter-se transformado numa proposição absurda” (SANTOS, 2006, p. 324).

Assim, do ponto de vista jurídico, as contingências da lei são questionadas face à justiça, de modo que não pode ser admitido o conceito de justiça como algo cego, decorrente de uma geometria de regras e substituto do consenso, sem a sensibilidade da proporção e da ética.

Tudo é necessário ser reanalisado, inclusive a teoria dos bens jurídico-penais que em si é uma ferramenta que opera dor, escrevendo nas peles daqueles que se submetem ao poder punitivo, as marcas de sangue, tal qual a máquina de tortura da Colônia Penal. Assim como o estrangeiro que foi conhecê-la no seu funcionamento, talvez, para denunciá-la, é preciso conhecer o funcionamento da capacidade de garantia, para proceder da mesma forma, não obstante ser extremamente difícil, na medida em que a máquina (o sistema punitivo) tende a se perpetuar, afinal seus efeitos parecem ser sedutores:

Quando colocado na máquina, “como o condenado fica tranquilo na sexta hora! O entendimento ilumina até o mais estúpido” e a escrita da sentença que não pode ser decifrada com os olhos “o nosso homem decifra com os seus ferimentos” (KAFKA, 1996, p. 22).

Quem são estes homens que se submetem ao rastelo e quem são os que assistem ao espetáculo do funcionamento da máquina (sistema punitivo)?

4. Autoimolação do operador e a expansão legitimada – o caminho autofágico do simbolismo penal

[...] a máquina estava se destruindo, seu andamento tranquilo era um engano [...] o explorador queria intervir, se possível, fazer o conjunto parar, já não era mais uma tortura, como pretendia o oficial, e sim um assassinato direto [...] neste ato viu quase contra a vontade o rosto do cadáver. Estava como tinha sido em vida; não se descobria nele nenhuma sina da prometida redenção; o que todos haviam encontrado na máquina o oficial não encontrou, os lábios se comprimiam com força, os olhos

abertos tinham uma expressão de vida, o olhar era calmo e convicto, pela testa atravessada a ponta do estilete de ferro. (KAFKA, 1996, p. 47-48)

As considerações apresentadas acerca das funções do bem jurídico-penal são eminentemente dogmáticas, desconsiderando qualquer avaliação no plano da eficácia, da adequação e mesmo da validade.

Porém para a pesquisa da legitimidade, é imprescindível a verificação da funcionalidade do instituto, o que implica a adaptação metodológica das ciências criminais a um novo paradigmas, uma espécie de revolução que consiste numa “episódio de desenvolvimento não cumulativo, nos quais um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior” (KUHN, 2000, p. 125).

Assim, a dogmática isolada na abstração do dever-ser, autista, deve ceder espaço à criminologia e à política criminal na análise conjunta de seus elementos, desconstruindo a pretensão de certeza, de identidades ou definição as quais são necessariamente repressivas, dado que definir é excluir.

Esta é a proposta no modelo integrado saberes, desenvolvido por Alessandro Baratta (2000), cuja característica peculiar é a interdisciplinaridade, pois evita o risco de produzir uma espécie de “esquizofrenia jurídica”. O caráter do estudo das Ciências Criminais deve ser complementar, através da interação entre a dogmática, a política criminal e a criminologia, de modo que o penalista deixe de ser “um mero instrumento a serviço do poder absoluto do Estado e se converte em um vigilante desse poder e do seu exercício” (MUÑOZ CONDE, 1978, p. 10), porquanto acaso esta relação não se estabeleça, corre-se o risco de acontecer um dos dois fenômenos: alienação técnica do político ou a alienação política do técnico, um desligamento que pode trazer resultados negativos (ZAFFARONI, 2005).

Este modelo suscita a consciência de uma nova dignidade científica da atividade do jurista que deixa de ser mero técnico (BARATTA, 1999). Com isso diante das fundamentações da teoria do bens jurídico-penal, deve-se questionar do que está se falando realmente.

A primeira questão que avulta é o pressuposto do bem jurídico – o consenso. O fundamento da concepção é que a sociedade escolhe os principais valores a serem protegidos. Como? Diante de uma sociedade complexa, multifacetada, como consagrar a hipótese de que existe uma solidariedade social imanente?

O pressuposto do consenso não pode ser admitido numa modernidade que já apresenta seus efeitos cruéis, como já foi discutido no item antecedente, ou seja, um

suposto monolitismo (unilateralidade) da ordem social baseado em um hipotético consenso entrou em crise, diante da evidência de que a moderna sociedade democrática é uma sociedade pluralista antagônica e estratificada, onde coexistem numerosos grupos e subgrupos, com seus respectivos códigos de valores que tratam de conquistar o espaço social e, sendo possível, o próprio poder político que permita definir, de acordo com seus interesses particulares, a hierarquia oficial dos valores (MOLINA, 2006, p. 266).

Por consequência, a certeza que sobrepuja é a de que a formação de vontades gerais, é ideológica, em que se visa consolidar a imagem tradicional de uma lado, existem de pessoas de bem, e de outro, pessoas criminosas.

Nesse caso, sendo a seleção de bens jurídicos derivada da vontade geral, representada pelos membros do poder legislativo, eleitos conforme as regras constitucionais, como não compreender esta teoria como falaciosa, quando se percebe que esse consenso não passa de um processo ideológico de imposição de vontades de alguns sob a vontade de outros?

Então, tem-se que a elaboração do consenso é uma forma de realização de poder, apesar de irreal; e nesta esteira, a resposta à pergunta sobre o por que os bens jurídico-penais têm se expandido cada vez mais, está exatamente na constatação de que se trata de manifestação de poder, o qual, por essência, tende sempre à expansão.

Então, ao sopesar que os bens jurídicos são expressão de poder, intui-se que este critério legitimante funciona “como *ideologia disfarçada de ciência*, não apenas como resultado legitimador, mas como fundamento reprodutor da opressão política e da exploração econômica das classes dominadas” (SANTOS, 1984, p. 4) .

Considerando que a aceitação social que adere e apóia a intervenção penal é o fator de legitimação do Direito Penal e percebendo que essa aceitação é meramente ilusória, conclui-se que o poder punitivo é eminentemente arbitrário, ofensivo à liberdade individual que inocentemente lhe legitimara.

Enfim, a pretensão de consenso – elemento inicial da racionalização da teoria dos bens jurídicos - “testado” pela realidade, especialmente, pela criminologia, apresenta suas falácias, deixado evidente que não é nada mais do que uma estratégia retórica de manutenção da legitimidade do *jus puniendi*.

Aplicando essa conclusão à teoria dos bens jurídico-penais, que racionaliza e fundamenta a aplicação do Direito Penal, conclui-se que a mesma também se vicia de ideologizações, sendo incapaz de garantir a aplicação dos seus princípios declarados. E assim, apesar do grau de racionalização e de certeza que imprime à realização da dogmática penal, submete-se à dialética das “verdades e mentiras” (PINTO, 2002).

Enfim, o papel do discurso crítico, fundado na moderna teoria criminológica atribui “o fracasso histórico do sistema penal **aos objetivos ideológicos** (funções aparentes) e identifica no **objetivos reais** (funções ocultas) o êxito histórico do sistema punitivo, como aparelho de garantia e de reprodução do poder social” (SANTOS, 2008, p. 88).

É neste sentido que se busca compreender como se tem operado a função de garantia e perquirir os reais objetivos da sua atuação.

Foi dito que a característica da subsidiariedade garante a descontinuidade da tutela penal, cabendo-lhe a intervenção somente quando outros ramos do Direito não forem capazes de exercer o controle social. Por outro lado, ante esta característica o Direito Penal convive com o surgimento de novos valores transindividuais, para alguns, inconciliáveis com a tutela penal liberal.

É um movimento derivado da formação das constituições democráticas posteriores à Segunda Guerra mundial, em que os novos regramentos constitucionais partiram da premissa de um Estado Democrático Social de Direito, cujo fundamento material não poderia ser mais restrito aos elementos do Estado Liberal tradicional.

São novos processos econômicos oriundos de uma globalização crescente e constante, inclusive de valores⁴ de ordem supra-individual - o meio ambiente, a fazenda pública, os delitos contra consumidores, a economia, riscos atômicos, biotecnológicos, químicos etc, os quais não seriam suportados pelo conceito individualista do bem jurídico.

Dessa forma, o movimento político-crimeal vem demandando uma revisão crítica do conceito de bem jurídico, que dado se “considerar o Estado com a simples função de guardião, não se visualizava a necessidade de intervenção nas disfunções dos processos sociais e econômicos” (BUSTOS RAMÍREZ, 1986, p. 150).

Isto significa que mesmo inicialmente a pretensão da elaboração do conceito de bem jurídico não era o limite do *jus puniendi*, porque como já referido, a intenção de FEURBACH foi para afastar a aplicação da lei penal aos pecados e aos costumes, afastando assim a metafísica do Iluminismo a partir do direito subjetivo, e não a redução do poder de punir (MIR PUIG, 2007, p. 13).

O fato é que o Direito Penal moderno diligencia questões marcadamente político-crimeais cujo eixo reitor é o risco numa sociedade complexa e plural como a dos dias atuais.

⁴ Sobre a pretensão de universalização de valores, basta a observação da construção de um Tribunal Penal Internacional, o qual “ não é dogmaticamente um modelo internacional de código de direito e processo penal. E nem poderia ser. Mas é uma tentativa de erigir um sistema de justiça criminal a partir da junção de mais de cento e cinquenta países num documento que fosse mais ou menos aceitável para cada delegação presente em Roma. Esta consideração é aplicável a todo estatuto mas, em particular, ‘a parte 3, a qual é intitulada ‘ Princípios Gerais’”. AMBOS, (2006, p. 26).

Temas que repercutem na dogmática a ponto de se indagar se o Direito Penal é capaz de se adaptar, de modo que uma variação do Direito Penal mais eficaz seja concebida.

Ante o anseio de eliminação e controle dos riscos, dá-se a demanda da atuação penal. Os discursos emergenciais, no âmbito da “sociedade do risco” – conceito desenhado por Ulrich Beck, justificam a necessidade de atender às expectativas sociais de abolição e controle destes elementos apontados como “causadores das situações de perigo” (SILVA, 2010, p. 05).

Nesse desiderato, a prática repressiva é antecipada ao fato, em que ainda não houve ofensa ao bem jurídico protegido; uma forma de personalização da antijuridicidade, numa tendência em controlar não só a conduta do sujeito, mas também a sua fidelidade ao ordenamento e ao Estado (BARATTA, 1994). Não é por outra razão o desenvolvimento expansivo de tipos penais de perigo, e especificamente, de perigo abstrato como instrumento técnico por excelência, de crimes formais e de mera conduta, a redução dos espectros da tentativa em detrimento da consumação, o uso de elementos normativos (GRACIA MARTÍN, 2003).

Este “sopro da modernidade” implica uma inflação legislativa, sob a crença (falsa) de uma proteção dos valores, agora reconhecidos como importantes, e conseqüentemente uma aparência de segurança e tranquilidade. No entanto, se todos os valores objeto de tutela fossem objeto de persecução criminal, praticamente não haveria habitante que não fosse criminalizado.

Na verdade “comumente não se almeja mais do que acalmar eleitores, dando-se através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas” (ROXIN, 2006, p. 47).

É como uma nova retórica da “tolerância zero”. Isto é, as pequenas infrações controladas através da pena expressas nas grafitagens, micção pública, transporte público sem passagem, concedendo a sensação de segurança pública, foram substituídas pela cultura da emergência, controladas pela crescente globalização armada (BRANDARIZ GARCÍA, 2004).

Enfim, agora a gestão do controle social passa a ter o fundamento no risco e o cárcere se converte numa importante arma repressiva nas mãos de um estado poderoso. Neste sentido, BUSTOS RAMÍREZ indica que esse pode ser mais um mecanismo de restrição de garantias e ampliação do panóptico estatal como forma de controle:

Neste último tempo tem se acrescentado as chamadas leis especiais e os procedimentos especiais. Em todos estes casos se trata de desfavorecer as garantias, de restringir o reconhecimento dos direitos à pessoa e aumentar o poder penal do Estado. Para ele se há

utilizado o conceito de seguridade que não se utiliza como nas origens do Estado Moderno, como conjunto de circunstâncias e condições que possibilitam o desenvolvimento dos direitos da pessoa e de aqui para sempre se considerou como um conceito inevitavelmente unido ao de liberdade, isto é, seguridade para a liberdade das pessoas, são como um conceito que tem relação com a manutenção do estado das coisas e que interessa para fortalecer o poder do Estado (2004, p. 56).

Neste sentido instrumentaliza-se a funcionalização do Direito Penal, a fim de que o Estado ofereça a tão demandada proteção, especialmente, pelo viés normativo-penal. Logo, concebido originalmente como limitação do poder punitivo do Estado, o bem jurídico se converte como legitimação da ampliação do Direito Penal e da prevenção de riscos, desfalecendo o postulado de ultima ratio (MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN, 2002).

Desse modo, percebe-se que o uso acalorado de leis penais inicia um processo que vai da descodificação à banalização, representando um avanço do Estado policial sobre o Estado de Direito (ZAFFARONI, 1998), o que não é estranho concluir que o Direito Penal atual tem um caráter *antigarantista* (GRACÍA MARTÍN, 2003) e o pior, desmaterializa o conceito de bem jurídico, admitindo qualquer substrato social justificante da intervenção penal, basta à atribuição de valor.

Esta tendência expansionista, ao dissolver a própria função do bem jurídico (já que os ilícitos não são ligados à responsabilidade pelo fato, nem pela lesividade, mas sim, pela incumbência de proteger entidades supra-individuais), denuncia a própria incapacidade daquele em limitar o Direito Penal. Isto é, recorrendo ao conceito de bem jurídico, dá-se a expansão penal, o que Padovani denominou de “metáfora conceitual”, pois

Uma sociedade pluralista supõe a concorrência de distintos sistemas de valores. O que para uns é justo, para outros não é. Cada subcultura tem seus pontos de vista acerca da justiça, porque cada uma delas tem sua ética. O único modo de tornar possível a coexistência democrática de todos os grupos sociais é renunciar a imposição coercitiva de exigências meramente éticas como a justiça, e limitar-se a evitar a lesão dos bens sociais (MIR PUIG, 2006, p. 39).

Portanto, o ônus da proteção de uma sociedade de riscos e perigo é o delibitamento dos valores liberdade e autonomia. Agora, a intervenção se dá “em nome da proteção da paz social e da ordem pública, sem qualquer parâmetro jurídico que o justifique” (LOPES, MINAGÉ, 2014).

Entretanto funcionalizar o Direito Penal à segurança, como pretende a prevenção geral, por amor às exigências pós-modernas é perder a herança do homem material, digno, e ceder ao avanço daqueles que pretendem a tudo controlar, “é simplesmente perder a liberdade

de ser em segurança ou alienar a segurança de ser em liberdade” (FARIAS DA COSTA, 2006, p.300).

E assim, a função de garantia (no espectro da realização da subsidiariedade) cai por terra, pois os princípios da ofensividade e da lesividade como critério de limitação do legislador não são levados em consideração. E com a programação criminalizante estendida, o sistema penal não consegue reprimir todas as condutas que define como criminosas, restando na própria falácia –“sempre se soube que o discurso jurídico-penal latino-americano é falso” (ZAFFARONI, 2001, p. 14).

Observadas todas as questões, chega-se à consideração de que os fins manifestos do Direito Penal no que tange à criminalização primária, na realização das funções declaradas pela teoria dos Bens Jurídicos Penais, especificamente, a ofensividade e subsidiariedade, não se realizam. Pelo contrário, a expansão punitiva se realiza pelo uso do Direito Penal simbólico, o qual termina por resultar numa atuação seletiva do Direito Penal, já que não dispõe de mecanismos repressivos suficientes.

É bem verdade que o conceito de Direito Penal simbólico não guarda nenhuma sistematicidade e significado preciso (ANDRADE, 2003, p. 292), mas não se pode olvidar que representa, pelo menos do ponto de vista crítico, a oposição entre o explícito e o implícito, entre realidade e aparência, entre manifesto e latente, entre o verdadeiramente querido e o que de outra forma é aplicado etc. (HASSEMER, 1991).

Logo, não se trata do simbolismo manejado pelo Direito Penal para reforçar a função instrumental de controle de condutas desviadas, protegendo valores, como opera a própria teoria dos bens jurídicos (sentido positivo do termo), mas do símbolo enquanto instrumento que tem a capacidade de produzir representações individuais e coletivas no sentido de valorizar (ou não) aquilo que está sendo simbolizado e neste sentido (negativo do termo).

Simbólico no sentido de transmitir mensagens ou conteúdos valorativos e poder influenciar as consciências com representações mentais para a conformidade com a norma (DÍEZ RIPOLLÉS, 2013) e que o faz através da criminalização.

Trata-se, desse modo do uso do Direito Penal em desacordo com o próprio discurso legitimador do *jus puniendi* estatal, sendo a adjetivação “simbólico” sinalizadora de um Direito Penal cuja função de proteger bens jurídicos é corrompida. Logo, sob esse viés, é Direito Penal simbólico aquele no qual a função de prevenção geral positiva, ou seja, a função de formação de convicções jurídicas, é exacerbada, visando à imposição de valores morais através do progressivo agravamento da ameaça penal. A caracterização de um Direito Penal

simbólico é, pois, decorrente da predominância, ou mesmo, da exclusividade dessas pretensões ideológicas.

O manejo das manifestações simbólicas pode ser observado, por exemplo, na tutela do adultério, até a pouco tempo inserida no Código Penal brasileiro, delito revogado em 2005, o qual aparentemente protegia a identidade da família, mas que na verdade voltava-se à proteção de uma intolerável discriminação a favor do homem (MELLO, 2009).

Neste mesmo contexto, pesquisa do ILANUD (2005) com escopo de avaliar dos impactos gerados pela Lei nº 8.072/90 nos índices oficiais de criminalidade e no sistema prisional e, conseqüentemente, na sua eficácia enquanto instrumento de política criminal, concluiu que a Lei de Crimes Hediondos é meramente simbólica, sem de fato impactar na prevenção geral. Alguns relatos de presos corroboram a ideia de que o enrijecimento no tratamento dos crimes hediondos não inibiu suas decisões pessoais na realização do ato delitivo.

[...] a lei vai acabar com estupro, com o seqüestro? com o tráfico também é mentira que vão acabar... o tráfico é que, assim, a sociedade fala que gera tudo isso. Então vão tirar do que? È mentira que vão tirar, eu não acredito nisso não [...]”. Homem, 38 anos, reincidente no crime de tráfico de entorpecentes.

[...] na hora do crime é uma cegueira tão terrível [...] que agente não se importa com sua vida... e nem se importa com minha vida. É igual quando agente usa droga, agente vai ter uma viagem tão terrível que agente só vai tomar conta do que aconteceu depois que ela passa. Aí vem o arrependimento. Aí vem a angústia. Aí vem a vontade de parar. Aí vem a vontade de não praticar nunca mais... e é aí que a gente vai aprendendo a dar valor na vida da gente e na vida do próximo (...).Homem, 38 anos, reincidente na prática de crimes não hediondos.

[...] Pra quem vive nessa vida, pode ser hediondo aí 10 vezes mais perigoso, mais forte, mais cadeia, mais severo [...] pela convivência que eu tive com esse povo, com essas pessoas, elas não param. Qualquer lei que colocar o crime não para [...].Homem, 38 anos, primário no crime de homicídio.

Eu acho não beneficia nada. [...] talvez se você olhar há uns anos atrás, quando não tinha essa lei de crimes hediondos, parece que não, mas se analisar bem a quantidade de crimes era bem menos. Parece que quanto mais difícil o pessoal gosta mais de tomar posse [...]. Parece que quanto mais perigoso, mais... a adrenalina, parece que chama mais. Porque se você analisar, antigamente parece que não tinha tanto crime assim, crime bárbaro. Lógico, tem que separar. Tem que ter o hediondo para crimes do assassinato, aí sim, acho que pra outros crimes. To até falando por mim, mas acho que você comparar um tráfico ou algo desse tipo a ser hedionda, pesa muito [...]. Homem, 43 anos, primário no crime de tráfico de entorpecentes.

Este mesmo simbolismo também alcança a criminalização das drogas, que com a perspectiva proibicionista da “guerra contra as drogas” alarga cada vez mais o sistema penal.

Todavia, a pregação de mistérios como narcotráfico ou crime organizado torna o Estado máximo, vigilante, e atende com as drogas a necessidade da elaboração do inimigo que a pós-modernidade precisava para justificar a intervenção punitiva (ZAFFARONI, 2007).

A atuação maximizada do Estado repressor é exemplificada, no Brasil com a inclusão das Forças Armadas nas favelas, contrariando suas funções constitucionais, e o pior, estigmatizando toda uma classe social (BATISTA, 2012), tudo sob o pretexto de um controle mais eficaz da criminalidade realizada por “organizações criminosas”⁵.

Entretanto, trata-se de mais uma lei simbólica que retoricamente justifica a intervenção sobre a intimidade e a liberdade de todos os cidadãos, isto é,

o Estado máximo, vigilante e onipresente se vale destas mesma criminalidade e violência para, manipulando o medo e a insegurança provocados por ações reais ou imaginárias daí decorrentes ampliar o poder punitivo e intensificar o controle sobre a generalidade dos indivíduos (KARAM, 2003, p. 143).

Pesquisa conduzida pela UERJ (2009) demonstrou que, em processos criminais relacionados a tráfico de entorpecentes das comarcas do Rio de Janeiro e Brasília e no âmbito dos Tribunais Superiores no período entre 7 de outubro de 2006 e 31 de maio de 2008, em 67% dos casos envolviam réus primários, com bons antecedentes e sem ligações com grupos criminosos.

Vistas estas considerações, percebe-se que a seleção dos valores a serem protegidos pelo ordenamento penal sofre diversas influências ideológicas e carregam uma pecha simbólica, pois o que se dá é a

criminalização daquelas áreas definidas como situações sociais problemáticas (a economia, a ecologia, a genética etc.), em que o Estado não parece interessado em soluções sociais reais, mas em soluções penais simbólicas: protege complexos funcionais – a economia, a ecologia etc. –, nos quais o homem não é o centro de gravidade do direito, mas simples portador de funções jurídico-penais (BARATTA, 1999, p. 59).

O simbolismo mascara a “limpeza da sujeira” social e estimula a todos manterem-se imbuídos da obrigação de limpar, na verdade, de selecionar e estigmatizar, naturalizando a criminalização (SOLAZZI, 1997).

É ilustrativo como durante a reforma da pena de morte nos Estados Unidos o fator simbólico foi intenso, pois não somente o sofrimento era útil à classe dos bons, mas também o sangue. É que na Prisão de Angola, na Indiana, coletavam-se doações de sangue por apenas

⁵ há uma carga emocional estimulante nestas expressões, tal qual outrora tinham os termos bruxaria e heresia..

U\$ 4,00 (quatro) dólares, em 1994, além da inclusão de doações compulsória daqueles destinados à pena de morte. Isto é, a classe marginalizada, seletivamente colocada na prisão, cumpre mais um papel simbólico “não é mais o exército de mão de obra, mas verdadeiramente a população redundante. Para que serve? Para o fornecimento de peças sobressalentes para consertar outros corpos humanos” (BAUMAN, 1998, p. 59).

Mas esse sofrimento não é relevante já que os degenerados, marginalizados não são conhecidos dos que estigmatizam e selecionam, pois a individualidade exacerbada da ideologia consumerista de um mundo globalizado, faz desconhecer o outro. O que importa é que a repressão viabiliza mais vidas através das doações de sangue e do transplante de órgãos, afinal, para que servem os marginais?

Na perspectiva das funções não declaradas identifica-se que a selvageria dos pobres, o caráter da miséria etc. causam balbúrdia e precisam ser contidos para a realização das leis que consagram a vontade geral, pois

Imagens de fome e miséria despertam alarme e ira universais – todavia, a destruição da auto-suficiência econômica dos povos afligidos em nome do livre comércio, mercados abertos e balanças comerciais favoráveis, podem contar com amplo apoio do eleitorado democrático. O progressivo esgotamento de recursos mundiais e a associada hipoteca das condições de vida de futuras gerações são unanimemente lamentados e alvo de protestos – no entanto políticos que prometem crescimento econômico ampliado, ou seja, um ainda maior consumo de recursos não-renováveis, podem invariavelmente contar com êxito eleitoral (BAUMAN, 1998, p. 83).

Na Colônia Penal, KAKFA (1996, p. 29) retrata como a sociedade se deleita com o extermínio de alguns: “Como captávamos todos a expressão de transfiguração no rosto martirizado, como banhávamos as nossas faces no brilho dessa justiça finalmente alcançada e que logo se desvanecia! Que tempos aqueles, meu camarada!”

Toda esta perspectiva fere o respeito à autonomia moral da pessoa porque se submete a uma identificação forçosa entre a moral individual e a coletiva através do Direito. Além disso, ataca a autonomia política do cidadão que exige a existência de normas submetidas ao reconhecimento de todos, e não de poucos, afastando-se de um Direito Penal democrático, através de um processo irracional de moralização.

Foi isto que se deu com a Lei nº. 12.978/14, sancionada às vésperas da Copa do mundo, visando à inibição da imagem da exploração sexual propagandeada pelo Brasil mundo afora, e antes dela, a Lei 12.663/12 – “um programa criminalizante absolutamente inusitado: exigido por uma entidade alienígena – a FIFA – o programa é concebido como lei temporária, destinada a assegurar, garantir ou quem sabe, tutelar – para usar uma expressão

muito popular nas ciências criminais – questões notadamente patrimoniais” (DA ROSA, KHALED JR., 2014).

Talvez seja melhor parar por aqui, porque a lista de exemplos é longa, sobretudo em ano eleitoral, quando os discursos punitivistas ressurgem como salvadores, usando-se, inclusive de estratégias apelativas de conquista da vítima ao tentar identificar a sociedade com a figura de quem sofreu um dano, como o uso do nome de vítima para denominar leis, como foi inaugurado com Maria da Penha em 2006 – Lei 11.340 (MELLO, 2010), depois Carolina Dieckmann, Lei Bernardo...

O que se vê – por própria incoerência do conceito, porque assentado na falácia do consenso ou pela própria ampliação do que é abarcado no consenso - há a extinção do conceito de bem jurídico. Trata-se, pois, de uma carência de sentido do Direito Penal, e um paradoxo – é “a suposição de que o direito penal ‘protege bens jurídicos’ apenas justifica discursivamente a sua continuada e irrefreável expansão” (DA ROSA e KHALED JR., 2014).

Assim, diante de todo este conflito percebe-se que o problema não é mais tanto o conteúdo material do bem jurídico, mas sim a sua capacidade de funcionar como elemento limitador e crítico do poder estatal de punir.

Salutar, dessa forma, as conclusões de Baratta:

Na realidade, já a partir da célebre crítica feita por Birnbaum à construção ‘individualista’ do bem jurídico realizada por Feuerbach, a história deste conceito tem sido a história da progressiva extensão da tutela penal da esfera dos direitos das pessoas aos interesses difusos e às funções. É a ela que tem correspondido exatamente à história das técnicas de imputação com a tendência a antecipar a esfera de punibilidade (BARATTA, 1994, p. 20).

Portanto, é cristalino observar que latente à função de garantia, pretendente a limitar o *jus puniendi*, está a atuação seletiva do Direito Penal, ofuscada pelo simbolismo, o qual consagra a expansão do sistema, funcionalizando o Direito Penal. Assim, como assinala ZAFFARONI, ALAGIA, SLOKAR (2002), “nada produziu mais danos a bens jurídicos nos últimos séculos que direito penal agenciado pelo poder punitivo estatal”.

Neste sentido, percebe-se que não cabe ao Direito Penal conter a criminalidade (até por que será esse o interesse político e governamental? - LOPES, MINAGÉ, 2014 – deixemos isto para trabalhar seletividade em outro momento).

Além disso, a Teoria dos Bens Jurídicos Penais pode operar tal qual a máquina de tortura da Colônia Penal. Na metáfora, o oficial põe à prova a eficiência da máquina de tortura a submeter-se pessoalmente a seu funcionamento. A autoimolação, porém, de tortura, para que tinha sido programada à máquina, leva à morte seu maior admirador.

Do mesmo modo pode dar-se à o sistema punitivo, pois, coloca o bem jurídico para ser testado, porém, por conter elementos do Estado de Polícia, pode, na mesma autoimolação, tornar servo o Estado de Direito (ZAFFARONI, 2007).

Fiquemos atentos, pois a expansão punitiva é fundamentada por bens jurídicos e se concretiza no surgimento de novas emergências, descumprindo, a teoria, o que lhe cabe quanto à limitação, por sua função de garantia. Aí está o risco, pois esta expansão traça um caminho autofágico para o Estado de Democrático de Direito.

Referências

AMBOS, Kai. Os Princípios Gerais de Direito Penal no Estatuto de Roma. *In*: CHOUKR, Fauzi Hassan, AMBOS, Kai (org.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 26

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão da Segurança Jurídica**. Do controle da violência à violência do controle. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARENDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Cia das Letras, 2004.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução à sociologia do Direito Penal. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

_____. Funções instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamento de uma Teoria do Bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 5, p. 6-23, jan. – mar, 1994.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BATISTA, Vera Malaguti. **O Alemão é muito mais complexo**. São Paulo: IBCCRIM, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999

_____. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BRANDÃO, Cláudio. Significado Político-Constitucional do Direito Penal. **Revista de Estudos Criminais**. Recife, n. 19, v. 01, p. 25 - 25, Mar. 2005.

_____. **Introdução ao Direito Penal**. Análise do sistema penal à luz do Princípio da Legalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas. *In*: FARALDO CABANA, Patricia (Dir.). **Nuevos Retos del Derecho penal en la era de la globalización**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Sentido y Función del Sistema de Derecho Penal. **Revista Peruana de Ciencias Penales**, Lima, n. 14, p. 53-61, 2004.

_____. **Control Social y Sistema Penal**. Barcelona: PPU, 1987.

_____. Los bienes jurídicos colectivos. **Revista de la Facultade de Derecho Universidad Complutense**. Estudios de Derecho Penal en homenaje al Profesor Luis Jimenez de Asua, Madrid, p. 147-163, junho, 1986.

CEREZO MIR, José. **Curso de Derecho penal español**. Parte Geral. I. Introducción. Madrid: Tecnos, 1996.

COSTA ANDRADE, Manuel da. A nova lei dos crimes contra a economia. Dec.–Lei 28/84, de 20 de janeiro. **Direito Penal Económico e Europeu: textos Doutrinários**. Vol I. Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

CUELLO CALÓN, Eugenio. **Derecho Penal**. Parte Geral. Tomo I. Barcelona: Bosch casa editorial, 1945.

DA ROSA, Alexandre de Moraes; KHALED JR. Salah. Somos todos um: fair play democrático como estratégias de contenção contra o programa criminalizante padrão FIFA de exceção. Disponível em <<http://justificando.com/2014/06/17/somos-todos-um-fair-play-democratico-como-estrategia-de-contencao-contra-o-programa-criminalizante-padrao-fifa-de-excecao/>> Acesso em 23 de julho de 2014.

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

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena. In: ZAPPOTERO, Luis A.; NEUMANN Ulfrid, MARTIN, Adan (Coord.). **Crítica y justificación de derecho penal en el cambio de siglo**. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.

FARIAS DA COSTA, José. Poder e Direito Penal: Atribuições em torno da liberdade e da segurança, **Reflexões**. **Revista Científica da Universidade Lusófana do Porto**, Porto, fasc. 1, p. 291-305, 2006.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**. Parte generale. Terza edizione. Bolonha: zanichelli editore, 1995.

FERNANDÉZ, Gonzalo. **Bien Jurídico y Sistema del Delito**. Un ensayo de fundamentación dogmática. Montevideo: IBdeF, 2004.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Função Social da Dogmática Jurídica**. São Paulo: Max Liminad, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: na história da violência das prisões**. 24 ed. Petrópolis, Vozes, 2001.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. Ciências criminais e filosofia política : as possibilidades de diálogo interdisciplinar. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 14, fasc.. 63, p. 188-230, Nov/dez, 2006.

GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistência**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

GARLAND, David. **A cultura do controle**. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico penal? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 *Strafgesetzbuch*), **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 82, p. 165-185, 2010.

GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2 ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural**. 6 ed. São Paulo: Edições Loyola, 1996.

HASSEMER, Winfried. Bienes Jurídicos en el derecho penal. *In*: BAIGÚN, David et al. **Estudios sobre justicia penal**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

_____. Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos, **Pena y Estado**. Función simbólica de la pena, Barcelona, n. 1, p. 9-22, set-dic, 1991.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernan. Política penal en el Estado democrático, **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, n. 3, fasc. II, p. 333-346, mayo-agosto, 1984.

ILANUD, Nações Unidas. Relatório Final de Pesquisa: **A Lei De Crimes Hediondos como Instrumento de Política Criminal**. São Paulo, julho de 2005. Disponível em< <http://www.ilanud.org.br/relatorios/relatorios-de-pesquisa/>>. Acesso em 17.02.2009.

JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal**. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JESCHECK, Hans- HIRSCH, Joachim. **Derecho Penal**: obras completas. Buenos Aires: Rubinzal - Culzoni, 1998.

KAFKA, Franz. Na colônia Penal. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

KAUFAMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFAMANN, Arthur; WINFRIED, Hassemer. **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KARAM, Maria Lúcia. Revisitando a sociologia das drogas. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Org.). **Verso e Reverso do controle penal**. Vol. I. Porto Alegre: Boiteux, 2003.

KUHN, Thomas S. **A estrutura da das revoluções científicas**. São Paulo: editora perspectiva, 2000

LOPES, Karina C.B ; MINAGÉ, Thiago M. Populismo penal. Surfistinha e o doce veneno do expansionismo penal. Funciona? Disponível em <<http://justificando.com/2014/06/27/populismo-penal-surfistinha-e-o-doce-veneno-expansionismo-funciona/>> Acesso em 24 de julho de 2014.

LUNA, Everardo da Cunha. **Estrutura jurídica do crime e outros estudos**. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1970.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Da mulher honesta à lei com nome de mulher: o lugar do feminismo na legislação penal brasileira. **VIDERE, Videre**, Dourados, MS, ano 2, n. 3, jan./jun. 2010.

_____. Do Juizado Especial Criminal à Lei Maria da Penha: Teoria e prática da vitimização feminina no sistema penal brasileiro. 2009. 247f. Tese (**Doutorado**) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las Bases de Derecho Penal**. Coleção Maestros del Derecho Penal. 2 ed. Buenos Aires: IBdef, 2007.

_____. **Estado, Pena y Delito**. Colección: Maestros del Derecho Penal. n. 21. Buenos Aires: IBdeF, 2006.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Criminologia**. Tradução de Luíz Flávio Gomes. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006

MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal**. Parte General. Valencia: Tirant lo blanch, 2002.

_____. Para uma ciência crítica do Direito Penal, **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, v. 25, p. 7-12, jan./jun., 1978.

NAVARRETE, Polaino Miguel. Naturaleza del deber jurídico y función ético-social em el Derecho Penal. In: **La Ciencia del Derecho Penal Ante el Nuevo Siglo**. Madrid: Editorial Tecnos, 2003.

NORONHA, Magalhães, E. **Direito Penal**. v.1. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e Direito Penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PINTO, Alessandro Nepomuceno. O sistema penal: suas verdades e mentiras. *In*: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (org.). **Verso e Reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. São Paulo: Cultrix, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do Direito Penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RIO DE JANEIRO, Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do; Brasília, Faculdade de Direito da Universidade de. **Relatório de pesquisa**. Tráfico de drogas e Constituição. Um estudo jurídico-social do tipo do art. 33 da Lei de Drogas diante dos princípios constitucionais-penais. Projeto Pensando o Direito. Rio de Janeiro/Brasília, Março de 2009. Disponível em: <www.mj.gov.br/services/.../FileDownload.EZTsvc.asp.htm>. Acesso em 30.10.2009.

RIPOLLÉS, J. L. . La contextualización del bien jurídico protegido en un Derecho Penal Garantista. **Ciencias Penales**. Revista de la Asociación de ciencias penales de Costa Rica, ano 10, n. 15, p. 15 – 27, diciembre, 1998.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. São Paulo: Renovar, 2008.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

_____. **Derecho Penal**. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Problemas Fundamentais de Direito Penal**. 2 ed. Lisboa: Veja, 1993.

_____. **Iniciación al derecho penal de hoy**. Servilha: ed. Universidade de Sevilha, 1981.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de Sociologia Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____., DIMOULIS, Dimitri, MINHOTO, Laurindo Dias. **Direito social, regulação econômica e crise de Estado**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

SANTOS, Boaventura Sousa. **A gramática do Tempo**. Para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino. **A Criminologia Radical**. Curitiba: ICPC: Lúmen Júris, 2008.

_____. **As Raízes do Crime**. Um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984.

_____. **A Criminologia da Repressão**. Uma crítica ao positivismo em criminologia. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SOLAZZI, José Luis. A “politização da normalidade”: um diagnóstico do sistema penal de suspeição. *In*: PASSETI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias Da (Org.). **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCCrim, 1997.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. Función Simbólica y objeto de protección del Derecho penal, **Pena y Estado**. Función simbólica de la pena, Barcelona, n. 1, p. 9-22, set-dic, 1991.

TOLEDO, Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva 1994.

TOLEDO Y UBIETO, Emilio Octavio de. Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, **Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, fasc. I, tomo XLIII, p. 5-27, enero-abril, MCMXC.

WELZEL, Hans. **Derecho penal Alemán**. Parte General. Santiago: editorial jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: Júlio César Faira, 2005.

_____. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____.; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 200

_____. La creciente legislación penal y los discursos de emergencia. *In*: Vários autores. **Teorías Actuales en el Derecho Penal**. Argentina: Editorial Ad-Hoc, 1998.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro, 1991.

ZIPF, Heinz. **Introducción a la Política Criminal**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1979.