

A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*Douglas Rocha Paixão*⁸¹

*Eric Linhares Nozawa*⁸²

*Igor Nogueira Lunardelli Cogo*⁸³

*Otávio Goes de Andrade*⁸⁴

*Vinicius Ferreira Ramalho*⁸⁵

*Talita Cristina Fidelis Pereira Biagi*⁸⁶

RESUMO

Neste artigo são tecidas reflexões pautadas na realidade jurídica brasileira a partir de uma literatura que abarca autores nacionais e internacionais, os quais amparam nossa discussão em três grandes frentes: a formação do Estado Moderno, que busca definir as origens do Contratualismo; o Estado Democrático de Direito, parte destinada a discorrer sobre o Constitucionalismo; e, por fim, a função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, item centrado na definição de bem jurídico (penalmente relevante) e de suas interfaces com o Direito Penal.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito. Direito Penal. Bem Jurídico Penalmente Relevante.

ABSTRACT

In this article we make reflections on the Brazilian legal reality based on literature that encompasses national and international authors, who guide our discussion on three major fronts: the formation of the Modern State, which seeks to define the origins of Contractualism; the Democratic State of Law, intended to discuss about Constitutionalism; and, finally, the role of the Criminal Law in the Democratic State of Law, an item focused on defining (criminally relevant) juridical property and its interfaces with the Criminal Law.

KEYWORDS: Democratic State of Law. Criminal Law. Criminally Relevant Juridical Property.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO. 2 A FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO: CONTRATUALISMO. 3 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: CONSTITUCIONALISMO. 4 A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. 4.1 O

⁸¹ Graduação em Direito PUC/PR / Campus Londrina. paixaodouglas@hotmail.com

⁸² Graduação em Direito PUC/PR / Campus Londrina. ericleo@live.com

⁸³ Graduação em Direito PUC/PR / Campus Londrina. lunardelli21@gmail.com

⁸⁴ Graduação em Direito PUC/PR / Campus Londrina. goes@uel.br

⁸⁵ Graduação em Direito PUC/PR / Campus Londrina. vf.ramalho@bol.com.br

⁸⁶ Orientadora / PUC/PR / Campus Londrina. talita@fpereira.com.br

DIREITO PENAL E OUTRAS INSTITUIÇÕES SOCIAIS. 4.2 CONCEITO DE BEM JURÍDICO. 4.3 PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO (PRINCÍPIOS). 4.3.1 FINALIDADE DO DIREITO PENAL. 4.3.2 A SELEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS-PENAIIS. 4.3.3 PRINCÍPIOS RELACIONADOS COM O BEM JURÍDICO-PENAL. **5 CONCLUSÃO.**

1 INTRODUÇÃO

Este artigo é fruto de um trabalho de pesquisa realizado no âmbito da disciplina de Direito Penal (Parte Geral I), do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Londrina, e tem por objetivo tecer algumas considerações acerca da função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito.

2 A FORMAÇÃO DO ESTADO MODERNO: CONTRATUALISMO

Na base da corrente jusnaturalista, está a ideia de que o homem, por natureza, tende a viver em sociedade. Essa ideia já se encontrava na antiguidade clássica nas palavras de Aristóteles em sua obra intitulada **Política**: “[...] o homem por natureza é um animal político.” (ARISTÓTELES apud CHAUI, 1998, p. 380). Isto é, por ser sociável, é intrínseca à essência do homem a necessidade do contato com o outro, do qual depende para garantir a sua sobrevivência. Nessa mesma linha, Chauí (1998, p. 380) explica:

[...] os humanos são por natureza diferentes dos animais, porque são dotados do *logos*, isto é, da palavra como fala e pensamento. Por serem dotados da palavra são naturalmente sociais, ou como diz Aristóteles, são animais políticos. [...] Os humanos, falantes e pensantes são seres de comunicação e é essa a causa da vida em comunidade ou da vida política (CHAUI, 1998, p. 380).

Dallari (2010, p. 11) também discorre sobre a necessidade da vida em sociedade:

[...] a sociedade é um fato natural, determinado pela necessidade que o homem tem da cooperação de seus semelhantes para a consecução dos fins da sua existência. Essa necessidade não é apenas de ordem material, uma vez que, mesmo provido de todos os bens materiais suficientes à sua sobrevivência, o ser humano continua a necessitar do convívio com os semelhantes. Consciente de que necessita da vida social, o homem a deseja e procura favorecer- lá [...] (DALLARI, 2010. p.11).

Na vida em sociedade, na qual o contato e a comunicação são constantes, cada homem busca meios para garantir sua sobrevivência, sua liberdade, fazendo valer sua vontade, tutelando seus interesses em detrimento dos interesses alheios. Dessa autotutela nascem diversos conflitos, os quais não são passíveis de solução de maneira justa, pois há pessoalidade e parcialidade, em virtude de que cada um quer exercer a sua máxima liberdade. Dessa forma, surge a necessidade de uma figura que consiga solucionar tais conflitos com

caráter de impessoalidade, imparcialidade, justiça e pacificação social: o Estado. Nas palavras de Dallari (2010), o termo Estado deriva do latim *status* que tem significado “estar firme”, significando situação permanente de convivência e ligada à sociedade política.

Existem diversas teorias que abordam o surgimento do Estado, assim como suas finalidades. Uma dessas concepções é a de Thomas Hobbes, filósofo inglês que esboçou uma teoria tida como contratualista sobre a formação do Estado no século XVII. Sua teoria está atrelada ao absolutismo, assim, toda sua formulação teórica é embasada na defesa do poder absoluto nas mãos de um soberano (rei), pois Hobbes viveu no período de uma guerra civil na Inglaterra e a guerra dos trinta anos, nas quais observou uma luta de todos contra todos, a disputa pelo poder entre o rei e o povo.

A concepção de Hobbes parte do pressuposto da existência de um estado de natureza, no qual todos estão em uma guerra constante. Não havendo formalmente o Estado, a lei que vigora é a vontade do mais forte, e o homem não consegue a sociabilidade, pois ele é ruim por natureza, assim como Hobbes afirmava, “o homem é o lobo do homem”. Imaginemos um estado natural no qual os homens vivam livremente: não há propriedade, tudo é de todos, mas o homem com este espírito ruim resolve cercar um território, outros não admitem, começando o conflito, a guerra. Dallari (2010a) cita um trecho da obra **Leviatã** de Thomas Hobbes: “[...] os homens são egoístas, luxuriosos, inclinados a agredir os outros e insaciáveis, condenando-se, por isso mesmo, a uma vida solitária, pobre, repulsiva, animalesca e breve.” (HOBBS apud DALLARI, 2010, p. 13).

Sob constante ameaça de ter seus bens roubados, de morrer, de todos terem um fim trágico, os homens acabam por agredir, antes de serem agredidos, e agem como lobos famintos, demonstrando a falta de algo que os proteja. Nesta situação, a razão do homem fala mais alto e é formulado um pacto, um contrato, por meio do qual estes entregam parte de sua liberdade a um soberano para que, em troca disso o soberano possa lhes garantir a ordem, a segurança, a paz. Para Hobbes, seria uma mútua transferência de direitos, de acordo com Zippelius (1997, p. 162-163):

Imaginando, pois, uma comunidade em que falte qualquer poder estatal, deve então nascer no seio dela um profundo anseio de ordem e de paz. A fim de assegurar a proteção contra inimigos externos e internos, e de permitir ao homem gozar em paz do produto do seu esforço e dos frutos da terra é portanto, necessário um poder geral que se coloque acima dos indivíduos (ZIPPELIUS, 1997, p. 162-163).

Portanto, para Hobbes, o Estado surge para ser soberano e absoluto em relação aos indivíduos através de um pacto, e o soberano, em troca do poder, utiliza o Estado para tutelar a ordem e a segurança. Surge, dessa forma, uma noção fundamental para delimitar os

contornos do Estado: a limitação na liberdade dos indivíduos em detrimento da vida em comunidade. Vale ressaltar que Hobbes defende o Estado nas mãos de um soberano, ou seja, de um poder absoluto nas mãos de um rei, seria um pacto entre os súditos e o rei, a transferência de direitos dos súditos para o soberano em troca da tutela do Estado.

O filósofo John Locke, também inglês, desenvolveu posteriormente a Thomas Hobbes outra teoria contratualista sobre o surgimento do Estado. Locke não entende que o homem é ruim por natureza, não é tão rigoroso como Hobbes, além disso, em sua teoria, ele busca a defesa do liberalismo. No estado de natureza os homens são livres, iguais e independentes, todos possuem direito à propriedade, à liberdade e à vida, o único problema no estado de natureza para Locke é a falta de leis, pois cada um é o juiz de sua própria causa, assim, há parcialidade e pessoalidade, e não há tutela para os direitos individuais. Desta forma, é pactuado um contrato por meio do qual os indivíduos entregam parte de sua liberdade na formação do Estado, em troca da tutela do Estado sobre a propriedade, esta é intocável, nem o próprio Estado pode intervir nela, pois a propriedade em Locke é tanto o corpo como o trabalho, e tudo aquilo que é produzido pelo indivíduo.

O Estado sendo esta instituição política dirigida, no caso de Hobbes, por um indivíduo com poder absoluto, não causaria grande desigualdade, injustiças maiores do que numa sociedade primária/natural? Com certeza, grandes problemas surgiriam, pois o Rei postula as leis de ordem social, ele mesmo as coloca em prática e ainda julga os indivíduos que as violam, dessa forma, ainda não estaria resolvido todo o caos. Na esteira dessa ideia, Charles de Montesquieu abraça a teoria já suscitada por Aristóteles na antiguidade e esboça uma divisão de poderes no Estado, colocando em cheque o absolutismo defendido por Hobbes.

Montesquieu viveu no século XVIII na França, período no qual reinava o absolutismo; esse autor sugere uma divisão no poder concedido ao Estado, limitando-o, estabelecendo o poder legislativo, o executivo e o judiciário, independentes, distintos e harmônicos entre si. O legislativo se incumbem em legislar, ou seja, da criação de leis que a sociedade necessita; o executivo se incumbem em executar estas leis e tomar decisões de administração; e o judiciário se incumbem em aplicar as leis e garantir a justiça. Dessa forma, os poderes se fiscalizam e se controlam mutuamente, é o chamado “sistema de freios e contrapesos”.

Se Montesquieu refuta o absolutismo de Hobbes, então, como o Estado pode ser justo e tutelar de forma digna os direitos dos homens? A resposta a tal questão pode ser encontrada em Jean Jacques Rousseau, contemporâneo de Montesquieu, autor que compartilhou

das ideias da Revolução Francesa, e que, como filósofo, também esboçou uma teoria contratualista, postulando um ideal de Estado democrático. Para Rousseau, em estado natural, os homens vivem isolados e livres nas florestas, utilizando de benevolência, sobrevivendo com o que a natureza lhes oferece, a terra é de todos, todos são iguais, a única diferença entre eles é a força física, o homem é bom por natureza, não há maldade nesse estado primário. Entretanto, quando um homem chega em determinado espaço e o cerca criando a propriedade privada, é criada uma desigualdade entre os homens, uns possuem terras e outros não. Com o decorrer do tempo surge a fome, e nota-se que poucos possuem a posse de terras e muitos não possuem nada, assim, os que não possuem, começam a trabalhar para os proprietários em troca de alimentos, esta situação para Rousseau seria um falso contrato, do qual se origina a sociedade civil, pois nele reinaria a desigualdade, a injustiça e a falta de liberdade.

Tendo em vista o falso contrato, surge a necessidade de um verdadeiro pacto, isto é, a necessidade de um Estado, um Estado que seja justo, que tutele a igualdade e a liberdade (anseios de Rousseau e da revolução francesa). Nesse pacto não há espaço para o individualismo, todos juntam suas forças e entram, em coletividade, para formação de um Estado, é a democracia direta. Nas palavras de Rousseau é a “vontade geral”, e esta é soberana. Volta-se a um estado natural no qual a igualdade e a liberdade reinam e as propriedades são divididas. O que governa este Estado agora é a vontade geral, pois trata-se de um Estado democrático, a última palavra é do povo e o cidadão legisla para si. Vejamos o que Rousseau (1973, p. 39-40) postula sobre o pacto:

[...] esse ato de associação produz, em lugar da pessoa particular de cada contratante, um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantos são os votos da assembleia, e que, por esse mesmo ato ganha sua unidade, seu eu comum, sua vida e sua vontade. Essa pessoa pública, que se forma, desse modo, pela união de todas as outras, tomava antigamente o nome de *cidade* e hoje, o de *república* ou de *corpo político*, o qual é chamado por seus membros de *Estado* quando passivo, *soberano* quando ativo, e *potência* quando comparado a seus semelhantes. Quanto aos associados, recebem eles, coletivamente, o nome de povo e se chamam, em particular, *cidadãos*, enquanto partícipes da autoridade soberana e *súditos* enquanto submetidos as leis do Estado.” (ROUSSEAU, 1973, p. 39-40).

Esboçadas algumas formulações teóricas contratualistas sobre a formação do Estado, passamos a outra etapa de amadurecimento da noção de Estado, o constitucionalismo.

3 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: CONSTITUCIONALISMO

Com a Revolução Francesa, Americana e Inglesa, inúmeras áreas do conhecimento sofreram drásticas mudanças devido às novas influências e tendências. A nova ideologia emergente trazia um novo olhar, um comportamento diferente e ousado para a época. O

iluminismo se preocupou em fazer um intercâmbio intelectual – não apenas no âmbito religioso, mas no político, no social, nas tradições filosóficas -, procurando trazer a razão no lugar do dogmatismo e da fé, dando ênfase ao antropocentrismo ao invés do teocentrismo, ou seja, os homens com pensamentos de rebanho davam lugar a um homem crítico.

Com a corrente iluminista, um sentimento e um espírito de liberdade começava a nascer nas concepções da época. As mentes se desvencilharam do controle clerical, os olhos se abriram para um novo mundo que permitia aos homens valorizarem os outros e serem valorizados. O princípio dos direitos e valores humanos nascia e já dava seus primeiros passos. Na esfera política, os iluministas não aceitavam o poder absoluto do Estado e nem suas formas de governo abusivas, pois, para a teoria iluminista isso era inaceitável e havia de mudar. Um dos pensadores mais conhecidos da teoria iluminista, Denis Diderot, com uma frase ofensiva, porém que ilustra exatamente o que almejavam os seguidores da teoria, diz: “Enforcar o último rei, nas tripas do último frade”.

O Estado, agora, deveria dar suporte, ao invés de reprimir; e proteger, assim, todos os direitos e valores que haviam surgido e sido expostos em questão. Como vimos, essa luta contra o absolutismo começou a ser travada por alguns dos pensadores conhecidos como contratualistas (Rousseau e Locke), porém, apesar do objetivo desta luta não ser a construção de um Estado Democrático de direito, foram tais teorias indispensáveis para a evolução de um Estado com características democráticas. A partir desse período, a figura do Estado soberano e absoluto dá lugar ao Estado Democrático.

O conceito de Estado Democrático de Direito surge com as idéias advindas tanto da Revolução Francesa, como da Americana. Tal conceito diz que a partir da criação do Estado, deve haver algo que limite e controle as ações e poderes do Estado: princípios fundamentais e democráticos. Diferentemente das outras tentativas de criação de um Estado (Liberal, Social), o Estado Democrático enraíza suas bases no poder soberano do povo e na legalidade de seus atos, não permitindo, assim, que as garantias constitucionais e fundamentais sejam feridas. O aperfeiçoamento desta idéia se dá até os dias atuais, mesmo que esta tenha seu começo no século XVIII, e suas raízes na Grécia antiga, período no qual o conceito de democracia (*demos* *kratos*) dava sentido ao poder do povo.

Assim, como as raízes da teoria do surgimento do Estado Democrático, é necessário também que se discorra e se respondam outras questões que contribuíram para a criação dele. Alguns movimentos político-sociais foram essenciais desde o pensamento até a sua concretização. Dentre os quais estão a Revolução Inglesa, que teve início com a Revolução Puritana (1640), e que foi marcada pela renúncia de muitas prerrogativas do poder

monárquico e a instalação de um sistema parlamentarista. Parlamento que, futuramente, em 1689, criaria um documento chamando de *Bill of Rights* (Declaração de Direitos). Documento este que versava sobre os direitos naturais do indivíduo, e assegurava defesa sobre da liberdade, da vida e da propriedade privada pelo Estado.

Tais agitações políticas repercutiram nas colônias inglesas situadas na América do Norte, sendo que estas já estavam se precavendo de uma possível tomada do poder por um absolutista. Na Revolução Americana, outro documento foi de suma importância, assim como o *Bill of Rights: a Declaração de Independência das treze colônias inglesas*. Esse documento foi o ponto de partida para a edificação de um Estado pautado no direito e na supremacia do povo, tendo estes, segundo a Declaração, poderes de alteração e abolição da forma de governo, caso essa se torne abusiva.

As consequências das revoluções francesa, inglesa e americana tomaram proporções não imagináveis. Os ideais de liberdade, de direitos e valores da pessoa humana influenciaram tanto nas legislações, quanto na elaboração de constituições. Tais movimentos foram de tamanha importância que formaram as bases de sistemas políticos: a responsabilização do Estado pelo social (*welfare-state*), o Socialismo, o Comunismo, etc.

Tendo em vista os aspectos acima arrolados, o Estado Democrático de Direito seria a junção das teorias de Estado Liberal e Estado Social, adotando, portanto, de certa forma, um sistema de freios e contrapesos para que não haja abuso de poder ou falha na administração pública, e onde se observe a intervenção do Estado nas relações tanto jurídicas quanto privadas. Contudo, apesar de este ser um modelo excelente para a adoção de administração de um Estado, há muitas críticas com relação a este modelo e à maturidade da população brasileira, já que este é o modelo adotado no Brasil. Muitas incongruências são observadas na teoria do sistema e na prática. A defesa da igualdade nas relações prevista no ideal de um Estado Social é totalmente desrespeitada, tendo em vista que, no Brasil, há um certo favorecimento para aqueles que detêm algum tipo de poder, seja político ou econômico.

A Constituição brasileira de 1988 teve sua inspiração e adotou os princípios defendidos pelo Iluminismo (liberdade, igualdade e fraternidade), motivo pelo qual é também conhecida por Constituição Cidadã. Por conseguinte, pelo texto constitucional ser norma geral norteadora do direito brasileiro, este influenciou e influenciará todos os demais textos da lei no ordenamento jurídico. Estas afirmações podem ser observadas claramente no artigo 5º da Constituição Federal: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]”

(BRASIL, Constituição, 1988)”.

Tendo caracterizado a formação do Estado Democrático de Direito, passemos agora ao núcleo deste trabalho, que é a discussão sobre a função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, item centrado na definição de bem jurídico (penalmente relevante) e de suas interfaces com o Direito Penal.

4 A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

4.1 O DIREITO PENAL E OUTRAS INSTITUIÇÕES SOCIAIS

Como é estudado na sociologia, as instituições sociais são um conjunto de regras padronizadas, reconhecidas e aceitas pela sociedade, uma vez que possui grande valor social. As instituições não são independentes, vale dizer, elas devem ter uma interdependência mútua. Juntas, elas são uma forma de manter a coesão social, pacificar a sociedade de algum modo.

Como exemplo de instituições, temos aquelas que estão presentes em quase todo tipo de sociedade, são elas: a igreja, a escola e a família. Elas figuram como meios informais de controle social, uma forma de manter a sociedade coesa e evitar as patologias sociais. Revelando-se insuficientes tais instituições, o Direito surge como uma forma de ajudar neste pacificação social.

O Direito Penal é tido como o ramo mais severo do Direito, justamente por possuir penas como as privativas de liberdade, onde o condenado tem um de seus bens jurídicos mais importantes suspenso. Posto isto, é dito que o Direito Penal só deve interferir quando atendida sua função primordial, sendo esta a de proteger os bens jurídicos mais relevantes, dentro de um quadro axiológico encontrado em cada sociedade.

4.2 CONCEITO DE BEM JURÍDICO

O bem jurídico tem uma grande importância dentro do Direito Penal. Podemos dizer que ele, por si só, pode ser qualquer coisa que tenha um valor atribuído pela sociedade, como um livro, uma caneta, coisas que podem ser comercializadas, fazendo com que sejam classificados como bens jurídicos materiais. Bens também podem ser aqueles que não são comercializados, como a honra, dignidade, propriedade intelectual, que são classificados como bens jurídicos imateriais.

Muitos chegam a pensar e defendem a tese de que a classificação dos bens jurídicos e a forma como estes bens se tornam dignos de uma tutela especial seja feita de forma antropocêntrica, ou seja, o homem e somente ele seria o ponto central de toda a discussão. Não existiria nenhum outro requisito se não as vontades e as necessidades do homem. Mas o que gera grande polêmica é a questão de se todo o indivíduo tem a mesma necessidade, ou precisa da mesma proteção de certo bem. Quem é apto e possui o papel de julgar se o bem deve ou não ser considerado como um bem jurídico penal é o Estado, por meio de seus representantes.

Nem todos os bens serão necessariamente tutelados pelo Direito Penal, apenas aqueles considerados mais relevantes para a sociedade. Eles serão selecionados de forma rigorosa, criteriosa, pois não é possível que a tutela dos bens seja feita da mesma maneira para todos eles, alguns necessitam de uma tutela especial por serem vistos como bens mais importantes para o convívio social. O bem jurídico é sempre algo de grande importância para o ordenamento jurídico, e para a sociedade, situado em um plano de ordenação axiológica baseada na vida social, assim como postula Toledo (1994, p. 6): “Bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona com objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”.

Roxin (2006, 2009), um dos mais influentes doutrinadores do Direito Penal alemão, vê os bens jurídicos penais como imprescindíveis para que possa haver um convívio social, uma convivência em comum. Ele defende a concepção de que o bem jurídico tem capacidade de restringir o poder de punição que o Estado possui, o poder punitivo do Estado deve ser limitado visando o princípio da subsidiariedade, que alega que a intervenção do Direito Penal só se justifica quando fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do Direito. Claus Roxin também defende que dentre as finalidades do bem jurídico deve haver a manutenção do sistema. Ao seu ver, os bens jurídicos poderiam ser definidos como pressupostos necessários para que, além de possível, fosse melhor a vida e a convivência entre os seres humanos. Os bens jurídicos não precisariam ser necessariamente individuais, poderiam ser bens jurídicos se fossem voltados para o cidadão, como podemos ver a seguir:

[...] podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. A diferenciação entre realidades e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso, por exemplo, da vida humana, mas que eles também possam ser criados por ele, como é caso das pretensões no âmbito do Direito Tributário (ROXIN, 2006, p. 19).

Numa via oposta, está o estudioso alemão Günter Jakobs, um dos autores que não admitem a utilidade do conceito de bem jurídico como mecanismo de limitação do poder legislativo Estatal na esfera penal. Para esse teórico do Direito, a legitimidade do Direito Penal se origina da aprovação de suas leis em consonância com o que está constitucionalmente posto: “não existe um conteúdo genuíno das normas penais; os conteúdos possíveis orientam-se segundo o contexto da regulação em questão. Ao contexto da regulação pertencem as realidades da vida social, bem como as normas, em especial as de caráter constitucional (JAKOBS, 2009, p. 61, apud ARÊDES, 2010, p. 116)”. Ainda nesta perspectiva, o Direito Penal não teria a função de proteger o bem jurídico penal, já que a maioria dos bens tutelados penalmente também pode ser afetada por eventos naturais e por processos inevitáveis, sem que por isso haja interferência do Direito Penal:

[...] o direito penal não tem a função de garantir a estabilidade dos bens mencionados em todo e qualquer caso, mas apenas no caso de agressões de determinado tipo. [...] não é toda e qualquer modificação prejudicial de um bem enquanto fato positivamente valorado que interessa ao Direito Penal; pelo contrário, a modificação deve se dirigir contra a própria valoração positiva (JAKOBS, 2009, p. 62-63, apud ARÊDES, 2010, p. 116).

Arêdes (2010, p. 116) ressalta que o autor também critica a doutrina que procura na definição de bem jurídico o critério de legitimação das normas penais por não haver definição no conteúdo de bem jurídico, posto que um determinado bem converte-se em bem jurídico justamente ao gozar de proteção jurídica, sendo o bem jurídico, nessa perspectiva, positivamente determinado, englobando “tudo aquilo que, aos olhos da lei, enquanto condição da vida saudável da sociedade, é valioso para esta última” (JAKOBS, 2008, p. 68, apud ARÊDES, 2010, p. 116). O estudioso, descreve Arêdes, não aceita a tese segundo a qual o bem jurídico “deve constituir um ‘interesse vital’ antes mesmo de seu reconhecimento”, haja vista que, segundo sua concepção, é “a proteção jurídica que eleva o interesse vital à categoria de bem jurídico” (JAKOBS, 2008, p. 69, apud ARÊDES, 2010, p. 116). Some-se a isso o fato de que:

[...] a teoria do bem jurídico pode até conceber o bem em sua relação com o titular, mas não demonstrar a necessidade de assegurar o bem também sob o aspecto penal [...] a teoria do bem jurídico não pode determinar quais unidades funcionais podem ser elevadas à categoria de bens jurídicos em virtude de sua relevância social, como tampouco pode fundamentar que a proteção das normas deve recair sempre sobre esses bens [...] somente o interesse público na preservação de um bem é que o transforma em bem jurídico, e o interesse público nem sempre concerne apenas à preservação de bens (JAKOBS, 2009, p. 75, apud ARÊDES, 2010, p. 116).

Tendo situado algumas noções básicas acerca do bem jurídico e do bem jurídico penalmente relevante em diferentes perspectivas teóricas, na próxima parte nos deteremos em

algumas reflexões sobre a realidade jurídica brasileira acerca da função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito.

4.3 PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO (PRINCÍPIOS)

Como já visto anteriormente, os bens jurídico penais são aqueles bens mais importantes, vale dizer, os bens essenciais para a convivência em sociedade. É sobre a tutela desses bens pelo Direito Penal que discorreremos agora.

4.3.1 FINALIDADE DO DIREITO PENAL

A finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes, ou, nas palavras de Prado (1997, p. 27), “o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade”. Todo bem extremamente valioso deve ser tutelado pelo Direito Penal, tendo em vista que os outros ramos do Direito são insuficientes. Mas a pergunta que vem à mente do leitor é justamente sobre esse valor dado a um determinado bem jurídico. Por que um bem jurídico é considerado mais valioso que um outro qualquer? Quem faz essa distinção? Pois bem, essa distinção é meramente política, vale dizer, o legislador é incumbido de fazer essa distinção e atribui diferentes valores aos bens jurídicos. Diz-se que o critério de seleção é político porque a sociedade, dia após dia, evolui, está em constante transformação.

Bens jurídicos que no passado eram considerados de fundamental importância, hoje, já não possuem esse valor. Temos como exemplo o crime de adultério, antes considerado crime, hoje não mais. Esse fenômeno chama-se “*abolitio criminis*”, e acontece quando um tipo penal é descriminalizado. Em decorrência do advento da Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005, em seu artigo 5º, foi revogado o artigo 240 do Código Penal, no qual encontrava-se tipificado o crime de adultério. Podemos ver com nitidez essa evolução social quando analisamos a mulher que viveu na década de 40 com a mulher que vive hodiernamente. Hoje, a mulher divide funções com o marido, ajuda na manutenção do lar, possui direitos políticos iguais aos dos homens, etc. Olhando deste modo, é possível ver uma evolução gritante em nossa sociedade. Por isso, dizemos que o Direito Penal deve estar em constante atualização, sempre analisando as necessidades sociais. Quando o Direito Penal não vê mais necessidade de tutelar um determinado bem jurídico, em virtude desta mudança social, ele se afasta e permite que os demais ramos do Direito assumam a responsabilidade de protegê-los.

Este pensamento sobre a tutela do bem jurídico como finalidade primordial do Direito Penal veio com Birnbaum, em 1834. Apesar desse raciocínio ser adotado atualmente, há uma parte da doutrina que contesta, a exemplo de Gunther Jakobs, que afirma que “o Direito Penal não atende a essa finalidade de proteção de bens jurídicos, pois, quando é aplicado, o bem jurídico que teria de ser por ele protegido já foi efetivamente atacado”. (GRECO, 2009, p. 5).

Como dito anteriormente, o Direito Penal deve tutelar os bens jurídicos essenciais ao convívio em sociedade, sendo essa sua finalidade. Mas como é feita essa seleção dos bens jurídicos? Essa é a pergunta que pretendemos responder a seguir.

4.3.2 A SELEÇÃO DOS BENS JURÍDICOS-PENAIIS

A seleção dos bens jurídicos a serem tutelados é feita pelo legislador. Embora a escolha dos bens fundamentais seja bastante subjetiva, o legislador deve ter como alicerce e primeira fonte a Constituição Federal. É nela que se encontram os valores supra de nossa sociedade, não podendo o Direito Penal deixar a Lei Maior de lado. Muito pelo contrário, ela deve servir de norte para o legislador no momento de sua seleção. Além disso, a Constituição serve como um limitador para o legislador, impedindo que este viole determinados direitos fundamentais, ou nas palavras de Copetti (2000, p 137-138):

[...] é nos meandros da Constituição Federal, documento onde estão plasmados os princípios fundamentais de nosso Estado, que deve transitar o legislador penal para definir legislativamente os delitos, se não quer violar a coerência de todo o sistema político-jurídico, pois é inconcebível compreender-se o direito penal, manifestação estatal mais violenta e repressora do Estado, distanciado dos pressupostos éticos, sociais, econômicos e políticos constituintes de nossa sociedade” (COPETTI, 2000, p. 137-138).

Apesar de existirem esses princípios constitucionais, que devem servir de norte ao legislador, o Supremo Tribunal Federal (STF), guardião da Constituição Federal, vem fazendo reinterpretções de nossa Carta Magna. Isso ocorre porque a nossa Constituição é dogmática, vale dizer, é baseada em princípios decorrentes da época em que a mesma foi elaborada. Com o passar dos anos, a sociedade vai se transformando, fazendo com o que o STF tenha que interpretar de um modo diferente o que há na Constituição. Temos como um exemplo muito claro disso o julgamento favorável aos casais homossexuais, dando a eles o direito a união estável, antes somente possível a casais heterossexuais. O STF teve que reinterpretar uma norma que não mais condizia com a sociedade atual, visto que a Constituição foi feita em 1988, e nós estamos em 2012. De lá para cá, muita coisa mudou.

4.3.3 PRINCÍPIOS RELACIONADOS COM O BEM JURÍDICO-PENAL

Temos dois princípios no Direito Penal que exemplificam bem tudo que já foi dito, são eles: o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e o princípio da intervenção mínima e fragmentariedade. O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos assevera que a função principal do Direito Penal é a de proteger bens jurídicos essenciais ao indivíduo e a comunidade dentro de um quadro axiológico constitucional, ou decorrente da concepção de um Estado Democrático de Direito. Já o princípio da intervenção mínima e fragmentariedade diz que o Direito Penal deve figurar como “*ultima ratio*”, ou seja, a última razão de ser. Foi criada uma ideia de que o Direito Penal resolve todos os males da vida e, portanto, o mesmo é utilizado para resolver qualquer tipo de problema. Como afirma Robaldo (2012), “o excesso de leis penais é prejudicial basicamente por dois motivos: fere o princípio do direito penal da última ‘*ratio*’ e banaliza o próprio direito penal e com isso, o enfraquece, tirando-lhe a credibilidade”. Sendo assim, o Direito Penal deve ter esse caráter subsidiário, vale dizer, deve servir de apoio quando os outros ramos não derem conta de resolver a situação.

Ressaltando o caráter subsidiário do Direito Penal, Roxin afirma que:

a proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema – como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais, etc. Por isso se denomina a pena como a ‘*ultima ratio*’ da política social e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos (ROXIN apud GRECO, 2009, p. 50).

Como vimos, a lei penal só deve intervir quando for absolutamente necessária para a comunidade, e na medida que for capaz de ter eficácia. É justamente sobre a eficácia que recaem as discussões hoje sobre a intervenção do Direito Penal em situações onde outros ramos do Direito poderiam resolver. É a chamada banalização do Direito Penal, tema candente e ainda carente de debate para a nossa sociedade.

5 CONCLUSÃO

Como procuramos deixar patente ao longo de nossa explanação, existem vários aspectos históricos e sociais que incidem na maneira como do Direito Penal é encarado no Brasil. De forma panorâmica, demonstramos como o contratualismo e o constitucionalismo delinearam o Estado Democrático de Direito no qual vivemos atualmente, assim como

definimos o que se entende por bem jurídico penalmente relevante para o Direito Penal.

O Direito Penal pode ser utilizado como forma de controle social através da imposição de penas privativas de liberdade que, em abstrato, podem intimidar os cidadãos. Contudo, a utilização deste ramo do Direito como meio de controle social não tem mostrado eficácia na realidade, quando outros meios de controle tem se mostrado mais eficazes, como a religião, a família, e até mesmo a educação. E ainda, a utilização do Direito Penal como meio de controle social podem ainda reduzi-lo a instrumento simbólico, sem qualquer amparo constitucional.

Desta forma, no Estado Democrático de Direito, o Direito Penal deve ser utilizado em *ultima ratio*, quando nenhum outro meio de controle for eficaz, e sempre dirigido a tutela de bens jurídicos constitucionalmente consagrados.

REFERÊNCIAS

- ARÊDES, Sirlene Nunes. O conceito material de bem jurídico penal. **PHRONESIS**: Revista do Curso de Direito da FEAD • no 6 • Janeiro/Dezembro de 2010. Disponível em: <revista.fead.br/index.php/dir/article/download/277/215>. Acesso: 12 ago. 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.
- CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. 7. ed. São Paulo: Ática, 1998.
- COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- COSTA, Gisela França da. **Bem jurídico-penal e estado democrático de direito**. Disponível em: <http://www.castelobranco.br/sistema/novoenfoque/files/04/REVISTA_ELETRONICA_DE_DIREITO_DA_UCB-BEM_JURIDICO-PENAL_E_ESTADO_DEMOCRATICO_DE_DIREITO.pdf>. Acesso: 12 ago. 2012.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**. Niterói/RJ: Impetus, 2009.
- MOURA, Gustavo Lamartins de; CURY, Paula Maria Nasser. **Apontamentos teóricos sobre o funcionalismo normativista de Günther Jakobs**. Disponível em: <>. Acesso: 12 ago. 2012
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil e outros escritos. Petrópolis, RJ: Vozes, 1994. (Coleção

Clássicos do Pensamento Político).

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 27.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Banalização do direito penal**. Disponível em: <<http://www.douradosagora.com.br/noticias/opiniaio/banalizacao-do-direito-penal-jose-carlos-de-oliveira-robaldo>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do Contrato Social ou Princípios do Direito Político. In: **Os Pensadores**. Trad. Lourdes Santos Machado. São Paulo: Abril Cultural, 1973. vol. XXIV, p. 21-151.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro; São Paulo; Recife: Renovar, 2006.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.