

Integrada; analisar as missões atribuídas à Ciência Penal. Para a concretização dos objetivos mencionados foi utilizada a pesquisa bibliográfica. Foram coletados materiais com doutrina nacional e estrangeira, jurisprudência para desenvolver o tema.

1 POLÍTICA CRIMINAL GARANTISTA: A LEGALIDADE E AS MISSÕES DA CIÊNCIA PENAL

1.1 Missões da ciência penal

Primeiramente, é importante iniciar os estudos abordando as missões do Direito Penal, ou seja, quais os fins buscados por essa ciência. Para tanto, ainda é oportuno que seja dissertado sobre o conceito do Direito Penal.

De forma simplista o Direito Penal é comumente conceituado como um conjunto de normas estabelecidas por lei que possuem a descrição dos comportamentos considerados graves ou intoleráveis. (BUSATO, 2007, p. 3)

Todavia esta definição nos apresenta, tão somente, o aspecto formal, pois que, para que haja tais normas descritivas de comportamentos intoleráveis, ainda é necessário que tais comportamentos sejam selecionados para receberem castigo, devendo-se analisar o modo de classificação das condutas em boas ou más e ainda como e quanto se deve reprimi-las. (BUSATO, 2007, p.3)

Dentro desta concepção também fala Fernando Capez:

O Direito Penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, de descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessárias à sua correta e justa aplicação. (2010, p.19)

Nesse sentido corrobora Guilherme de Souza Nucci (2005, p.59), que o Direito Penal é “[...] o conjunto de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação.”



Assim, tem-se que o Direito Penal, em uma perspectiva formal é um conjunto de normas jurídicas descritivas de comportamentos que constituem infrações e para tanto devem ser punidas.

Quanto à necessidade sancionadora assevera Paulo César Busato que:

[...] Estamos de acordo com que existe a necessidade de reagir empregando o castigo, se é que queremos sobreviver como grupo dentro de uma ordem social. O caos e a própria destruição do sistema seriam as consequências inevitáveis de não recorrer a esta medida. Num sentido mais amplo, o Direito Penal assim observado se traduz em um mecanismo de **preservação da ordem social**. (grifo do autor) (2007, p.3)

Portanto, o Direito Penal como um todo, constitui um sistema, ou melhor, um mecanismo voltado à preservação da ordem social.

A legitimidade na aplicação da sanção pertence ao Estado, que através do *jus puniendi* tem o papel de preservar a ordem social e, em *ultima ratio*, empregar o instrumento coativo mais forte, qual seja, a pena. Entretanto, o Estado não é livre ao usar de seu poder para empregar o castigo através da aplicação da lei. Sua função legislativa (criminalização primária) e aplicadora da lei (criminalização secundária) encontra-se limitada por uma série de princípios, dentre eles o da legalidade. (BUSATO, 2007, p.4)

Segundo BUSATO, o que permite colocar o Direito Penal como instrumento de controle social é considerá-lo como ciência social. Deve haver na elaboração do sistema Penal uma preocupação pelas consequências sociais que derivarão deste sistema, nesse sentido explica que, surge o desejo de aproximar o Direito Penal da realidade social a qual se insere. (BUSATO, 2007, p.5-6)

Sobre o tema, o autor disserta:

[...] O Direito Penal, então, deve ser estudado situado dentro do marco de todo processo de controle social, do qual o conteúdo do concreto das normas é só uma parte. Caso contrário, é possível que nos encontremos com diferentes conceitos sobre o que é verdadeiro, adequado ou justo juridicamente e o que é verdadeiro adequado ou justo socialmente. (BUSATO, 2007, p.6)

Para tanto, a dogmática juntamente com a política criminal e a criminologia pretendem unir vínculos entre os diferentes aspectos que as integram com a finalidade de aproximar a Ciência Penal à realidade social a qual se dirige. (BUSATO, 2007, p.6)



O estudo do Direito Penal como ciência implora por uma inclusão analítica das normas na qual ele se insere, de modo que a análise de fatores determinantes da criminalidade, bem como a análise das razões histórico-sociais existentes por detrás das formulações penais, remetem o estudo à criminologia e à política criminal. (BUSATO, 2007, p.6)

Abordado brevemente os conceitos atribuídos ao Direito Penal, adentra-se ao estudo inicial e introdutório de suas missões, as quais destina-se o estudo deste item.

Ressalte-se que, doutrinariamente, as *missões* diferenciam-se das *funções* atribuídas ao Direito Penal.

Muito embora a doutrina majoritária tenha usado o termo *funções* para explicitar o que o Direito Penal deve refletir no plano do dever ser, tal expressão encontra-se sociologicamente inadequada, vez que, a palavra *função* expressa a soma das consequências objetivas de algo, o que se produz independente do que se deve, ou quer produzir. No campo do Direito Penal, tal expressão corresponde aos efeitos objetivos reais obtidos na aplicação concreta do sistema jurídico-penal. Entende-se que as *funções* correspondem aos efeitos inevitavelmente produzidos pela aplicação do sistema penal, enquanto que, as *missões* são os efeitos que o Direito Penal propõe produzir. Portanto, o emprego da palavra *missões* para denominar as consequências que este ramo do Direito busca na aplicação de seu sistema, parece ser mais adequado. (BUSATO, 2007, p.25)

Todavia, pode-se entender que a distinção entre o uso da palavra *função* e *missão* acaba se esgotando no campo doutrinário de modo a não se fazer relevante no uso prático do tema.

A doutrina majoritária entende que a missão do Direito Penal é a de proteger os bens jurídicos de possíveis lesões ou perigo de lesão. (BUSATO, 2007, p.29)

PRADO por exemplo, apresenta como sendo a função primordial do ramo penal a proteção aos bens jurídicos, sendo estes, bens do Direito que lhes são considerados essenciais ao indivíduo e à comunidade. (2008, p.55)

Nesse mesmo sentido, HASSEMER disserta sobre a tutela dos bens jurídicos na Política criminal moderna:

A resposta mais à mão, mais simples e mais antiga à pergunta sobre quando o Direito penal cumpre satisfatoriamente sua tarefa preventiva seria



a seguinte: quando ele realmente protege os bens jurídicos cuja proteção lhe é confiada. Esta resposta seria suficiente, se ainda fosse possível trabalhar com a ideia de bem jurídico e se fosse possível saber em que consiste uma “real” proteção de bens jurídicos. Como tal não é possível, surge o Direito penal simbólico. (2008, p. 223)

Nesse sentido, verifica-se que o autor ao mesmo tempo em que atribui a função do bem jurídico como sendo o fim do Direito Penal, entende que tal função não pode na prática ser concebida uma vez que não se tem precisão quanto a definição de bem jurídico em si, para tanto, trabalha com a função simbólica do Direito Penal a qual será abordada em outro item que se seguirá.

Ainda, tal concepção fica demonstrada pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal:

³E M E N T A: PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE FURTO - "RES FURTIVA" NO VALOR (ÍNFIMO) DE R\$ 87,00 (EQUIVALENTE A 18,7% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) - DOCTRINA - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - PEDIDO DEFERIDO. O FATO INSIGNIFICANTE, PORQUE DESTITUÍDO DE TIPICIDADE PENAL, NÃO LEGITIMA A ADOÇÃO, CONTRA O AGENTE, DE MEDIDAS DE PERSECUÇÃO PENAL. - O fato insignificante, por constituir evento destituído de tipicidade material, não assume relevo de natureza jurídico-penal, mostrando-se insuscetível, por isso mesmo, de medidas de persecução penal por parte do Estado. Precedentes. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: "DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR". - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano impregnado de significativa lesividade. - O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de decisão que deferiu o pedido de habeas corpus**. Habeas Corpus n. 97048. Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Celso de Mello. 14 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28fun%27%2E30+d+o+direito+penal+de+prote%27%2E30+de+bens+juridicos%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c2sd6ld.>>



ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. - Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. - A aplicação do princípio da insignificância, por excluir a própria tipicidade material da conduta atribuída ao agente, importa, necessariamente, na absolvição penal do réu (CPP, art. 386, III), eis que o fato insignificante, por ser atípico, não se reveste de relevo jurídico-penal. Precedentes.

(HC 97048, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 14/04/2009, DJe-118 DIVULG 25-06-2009 PUBLIC 26-06-2009 EMENT VOL-02366-03 PP-00520)

Para Fernando Capez (2010, p.19) a missão atribuída ao Direito Penal é a de proteger os valores considerados fundamentais para o meio social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade, dentre outros. Essa proteção é exercida tanto pela chamada prevenção geral, que representa a intimidação coletiva que o sistema penal exerce, quanto pela celebração de compromissos éticos entre o Estado e o indivíduo, pelos quais se consiga o respeito às normas, não pelo receio da punição e sim pela convicção de sua necessidade e justiça.

Tem-se que, no Direito Penal, toda ação humana pode ser vista em face da lesividade do resultado que provocou (desvalor do resultado) e da reprovabilidade da ação em si mesma (desvalor da ação). De fato, toda lesão a um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal acaba por gerar um resultado indesejado, sendo valorado como negativo, vez que houve ofensa a um interesse coletivo. Todavia, é importante lembrar que nem toda ação que cause ofensa à bem jurídico relevante, é em si reprovável, haja vista que a reprovação depende não somente do desvalor do evento, mas também, e acima de tudo, do comportamento consciente ou negligente de quem a realiza. (CAPEZ, 2010, p. 19-20)

1.1.1 Conceito de Ciência Penal: por um modelo de integração.

Enquanto o Direito Penal tem como objetivo a seleção de comportamentos prejudiciais à coletividade, capazes de colocar em risco os valores mais importantes



à convivência social, descrevendo-os como infrações penais e cominando-lhes sanções, a Ciência Penal tem por escopo explicar a razão, essência e o alcance das normas jurídicas de forma sistemática de modo a impor critérios para sua aplicação e impedir o arbítrio e a subjetividade ilimitada para sua aplicação. (CAPEZ, 2010, p.19)

Segundo Luiz Regis Prado, a Ciência Penal objetiva elaborar e desenvolver um sistema de interpretação e aplicação lógica e racional do Direito Penal. (2008, p.57)

É importante ressaltar que a Ciência Penal, tal como se busca hoje como uma ciência integrada, não foi assim em seus primórdios tendo passado por significativas modificações.

Inicialmente o objeto de análise do Direito Penal era o direito positivo de modo que os preceitos penais constituíam dogmas inamovíveis e passíveis de estudos científicos. Assim, tem-se que o positivismo jurídico marca o início da dogmática penal que tem como primeira tarefa a de conhecer o sentido dos preceitos penais. Em princípio, a dogmática jurídico-penal juntamente com o positivismo eram tidos como um sistema de interpretação do Direito Penal, do qual se podia extrair categorias e conceitos gerais que permitiam a formação de um sistema objetivado à absorção e qualificação dos fatos, subsumindo-os às normas. No aprofundamento do estudo desses sistemas a dogmática acabou impondo-se como principal, e muitas vezes único ponto de estudo da Ciência Penal, acabando por distanciar o Direito Penal da realidade social a que serve. (BUSATO, 2007, p.7)

Na América do Sul, esse isolamento também acabou sendo vivenciado, isso por que, ante a preocupação com a construção de uma dogmática própria que pudesse se adequar à realidade social, foi preferida a importação dogmática, tendo produzido décadas de atraso na análise crítica da dogmática. (BUSATO, 2007, p.8)

Nesse sentido advertiu Quinteiro Olivares *apud* Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya:

Que a ciência do Direito Penal tenha por objeto fundamentalmente o normativo não pode significar que esta se reduza a uma mera técnica jurídica, integrada exclusivamente por elementos jurídico-positivos. Uma mera dogmática positiva, por importante que seja, não pode ter a pretensão de ser considerada ciência, fenômeno que se produziu com especial ênfase entre os seguidores do tecnicismo jurídico italiano. Se a ciência do Direito Penal sofre uma tal limitação, de pouco vale que, em seguida, se



demonstrem as virtudes do tecnicismo, da dogmática valorativa ou dos métodos neo-jusnaturalistas (natureza das coisas, estruturas lógico-objetivas, etc.), pois o mal de raiz será irremediável nas fases posteriores do estudo; a validade dos resultados ficará condicionada aprioristicamente por uma sediciosa limitação do objeto de interesse do penalista. (2007, p.8-9).

Para tanto, é importante que a dogmática jurídico-penal possua seus objetos de estudo de modo delimitado reduzindo assim a confusão existente entre o estudo do Direito Penal e o estudo da dogmática jurídico-penal. É evidente que o estudo dogmático é importante e relevante, porém, não pode ser restrito sob pena de distanciar-se da realidade social. Nesse sentido é que se entende que esta forma de entender a dogmática, como sendo apenas uma reprodução legislativa, submete o Direito Penal a uma neutralidade valorativa e acaba por isolar aquele da realidade e necessidades que o cercam. Portanto, a dogmática, por mais importante que seja, não pode constituir um sistema isolado e fechado. (BUSATO, 2007, p.9)

Na tentativa de aproximação entre valor e norma surgiram as polêmicas para aproximação do Direito Penal da realidade social e então, nesse contexto, surge também a política criminal que por sua vez é tida como uma tentativa de retirar o conteúdo valorativamente neutro da Ciência Penal aproximando-se da dogmática penal. (BUSATO, 2007, p.10)

Essa nova perspectiva político-criminal traz oposição à ideia de Von Litszt que contrapunha o Direito Penal à Política Criminal, pois, partia do entendimento de que o Direito Penal não serve como mecanismo de configuração social, mas tão somente como veículo de elaboração de normas. No entanto, hodiernamente não se pode compartilhar desse entendimento pois se faz necessário que qualquer barreira existente entre o Direito Penal e a política criminal seja destruída de modo a converter a dogmática em uma estrutura mais próxima da realidade social. (BUSATO, 2007, p.11)

Por influência do positivismo, o Direito Penal começa modificar-se no sentido de trazer o delinquente para o centro do estudo do delito tornando o homem criminoso o centro de atenção da Ciência Penal. Os estudos dos fatores associados à criminalidade começam a ter tal relevância que passam a receber maior atenção dos juristas, surgindo então a criminologia como ciência que se ocupa do estudo do fato delitivo, do delinquente e também da vítima. (BUSATO, 2007, p.12)



Anteriormente à concepção positivista, a Escola Clássica tinha como base de sua filosofia a ação do indivíduo, ou seja, o delito como um ente juridicamente qualificado. A filosofia positivista levava a uma nova forma de se analisar o delito fazendo com que a filosofia Clássica perdesse força e desse lugar ao pensamento positivista baseado no conceito naturalista de totalidade e, não isolando a ação do indivíduo da totalidade natural e social. (BARATTA, 2002, p.38)

Na visão de BARATTA:

A reação ao conceito abstrato de indivíduo leva a Escola positiva a afirmar a exigência de uma compreensão do delito que não se prenda à tese indemonstrável de uma causação espontânea mediante um ato de livre vontade, mas procure encontrar todo o complexo das causas na totalidade biológica e psicológica do indivíduo, e na totalidade social que determina a vida do indivíduo. [...] (2002, p. 38)

Para BUSATO e HUAPAYA, a criminologia tal como se configura hoje é diferente da concepção positivista do século XIX, haja vista a ampliação do rol de objetos de estudo, tendo todos eles como núcleo central a criminalidade. Todavia, entendem que até os dias atuais a criminologia, devido ao seu caráter interdisciplinar, não possui uma definição exata. (2007, p. 12)

Hoje de uma forma sucinta, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci a criminologia:

É a ciência que se volta ao estudo do crime, como fenômeno social, bem como do criminoso, como agente do ato ilícito, em visão ampla e aberta, não se cingindo à análise da norma penal e seus efeitos, mas sobretudo às causas que levam à delinquência, possibilitando, pois, o aperfeiçoamento dogmático do sistema penal. (2009, p.60)

Quanto à política criminal, ela pode ser entendida como uma atividade do Estado e ainda como atividade científica, tendo como objeto o estudo da postura política que o Estado assume em sua atuação com o crime. Entendendo-a como atividade do Estado tem-se que a política criminal é parte da política geral do Estado, ou seja, cabe ao ente estatal dentro de um estado democrático de direito, oferecer meios para uma convivência pacífica no meio social. Para tanto, o Estado estabelece os fins que deve perseguir a fim de neutralizar os comportamentos delitivos e em seguida, utiliza de meios adequados para a persecução de tais fins, sendo um dos seus meios o Direito Penal. Todavia, sendo o Direito Penal o meio



mais drástico que o Estado pode se utilizar, muitas vezes ele acaba por aplicar medidas de política social extrapenais, a chamada política criminal em sentido estrito. (BUSATO, 2007, p.16)

Por outro lado, entendendo a política criminal como atividade científica ela passa a ter como objeto o modo como o Estado coloca em prática a política criminal em sentido amplo, ou seja, a determinação de seus fins e a forma de aplicação do instituto do Direito Penal.

A política criminal impõe princípios limitadores ao Direito Penal, assim, qualquer que seja o Estado Social e Democrático de Direito que pretenda lançar mão de um sistema garantista, deve de ter princípios limitadores acolhidos pela Política Criminal, caso oposto torna-se um sistema arbitrário. (BUSATO, 2007, p.17)

A antinomia entre Política Criminal e a dogmática que perdurou por muito tempo, passou a dar lugar à moderna aproximação e contaminação da Dogmática pela Política Criminal de modo que a definição da política criminal e a orientação político-criminal do sistema penal acabam por definir o perfil do Estado. (BUSATO, 2007, p.17)

Atualmente, como disserta Luiz Regis Prado, a política criminal tem por objetivo a análise crítica do direito para bem ajustá-lo aos ideais jurídico-penais, bem como os de justiça. Ainda, está intimamente ligada à dogmática vez que os critérios de política-criminal acabam por interferirem na aplicação e interpretação da lei penal. (2008, p. 57)

Por fim, percebe-se que a Dogmática jurídico-penal, a Criminologia, a Política Criminal apresentam-se e desenvolvem-se como ciências independentes, cada qual com seu objeto de estudo e métodos independentes. Todavia, hoje, o que se busca é um modelo de Ciência Penal integrada, ou seja, marcada pela união de todos os conhecimentos normativos, criminológicos e político-criminais perseguindo um mesmo fim, qual seja, a luta contra a criminalidade. Isso porque, atualmente o Direito Penal e a Política Criminal atuam como vasos comunicantes da realidade social e para que o ente estatal exerça uma Política Criminal, estabelecendo as condutas a serem tipificadas e como se devem aplicar as sanções para que o fim preventivo seja atingido, ele deve conhecer da Dogmática jurídico-penal, bem como, submeter-se aos princípios garantistas de um Estado Social e Democrático de Direito. Do mesmo modo, deve ainda lançar mãos da Criminologia a fim de que



tenha acesso científico à realidade humana e social e para que possa apreender técnicas mais adequadas de controle social e prevenção de delitos. (BUSATO, 2007, p.22)

Nesse sentido Luiz Regis Prado também afirma que “Em realidade, a ciência do Direito Penal ou dogmática penal, a política criminal e a criminologia, são ciências que se distinguem, mas que não se separam; antes se completam”. (2008, p.58)

Segundo BUSATO e HUAPAYA (2007, p.23), os aportes científicos da Criminologia necessitam ser filtrados pela Política Criminal a fim de passar por certa análise valorativa, em seguida, sendo necessário ou oportuno, devem recorrer ao Direito Penal ocupando-se do estudo da dogmática jurídico-penal. Para o autor somente diante de uma Ciência Penal integrada, tendo cada parte que a integra a participação na proporção de sua especialidade, é que será possível uma visão mais completa do fenômeno criminal e conseqüentemente de uma proposta para sua prevenção.

1.1.2 A missão de reforço dos valores ético-sociais da atitude interna

Para Welzel, o Direito Penal possui dupla missão, ou seja, além da missão de proteção de bens jurídicos à ele atribuída, ainda há a missão de proteção dos valores elementares da consciência, de caráter ético-social. Na visão do autor tal missão antecede a missão de proteção dos bens jurídicos, pois considera mais essencial assegurar a observância dos valores da consciência jurídica. Basicamente, significa que cabe ao Direito Penal influenciar a consciência dos indivíduos de modo a orientá-los na proteção dos bens jurídicos. (BUSATO, 2007, p.30)

Diante desta ideia de que o Direito Penal tem como missão principal e primeira, a de formar consciências dirigidas à proteção de bens jurídicos, BUSATO e HUPAYA entendem que não cabe ao Direito Penal revestir-se de funções pedagógicas pois que tal função pertence na verdade a outras esferas do controle social. Do mesmo modo, não se pode usar da sanção como ameaça e com isso pretender formar consciências, haja vista que para essa finalidade existem outros



meios menos agressivos aos indivíduos. Ademais, se se pretende considerar o Direito Penal como *ultima ratio* não se pode atribuí-lo tal função. (2007, p.31)

Todavia, CAPEZ comunga do mesmo entendimento de Welzel abordando como principal função do Direito Penal a função ético-social. O autor explica que ao se ter uma visão pragmática, privilegiadora do resultado, sem que se preocupe em buscar a justa reprovação da conduta, o Direito Penal assume o papel de mero difusor de coerção. Nessa visão os compromissos éticos entre o Estado e os cidadãos acabam por serem rompidos, os tornando rivais e gerando ineficácia no combate ao crime. Dessa forma é que se entende que o desvalor material do resultado somente pode ser coibido quando evidenciado o desvalor da ação, assim, o compromisso entre o Estado e os cidadãos continuam mantidos e as regras são cumpridas não por coerção, mas sim, pelo compromisso ético-social estabelecido mediante a vigência de valores. (2010, p.20-21)

Nesse sentido disserta que: “Ao prescrever e castigar qualquer lesão aos deveres ético-sociais, o Direito Penal acaba por exercer uma função de formação do juízo ético dos valores essenciais para o convívio do homem em sociedade.” (CAPEZ, 2010, p. 20)

Portanto, nesta perspectiva, a função, isto é, o que o Direito Penal propõe alcançar, é inculcar a consciência ético-social como forma de compromisso entre o Estado e os indivíduos como modo de prevenção as condutas penalmente relevantes.

Assim, ao tutelar o direito à vida, por exemplo, o ordenamento jurídico por meio do dever ético social não matar proibi qualquer lesão a esse direito e quando esse mandamento é infringido o Estado deve impor a devida sanção penal revelando seu interesse ao bem violado. No entanto, quando o Estado torna-se vagaroso ou omissivo, revela a pouca importância que dedica aos valores ético-sociais, propiciando a descrença da sociedade na justiça penal, bem como, permite que a sociedade deixe de respeitar tais valores. (CAPEZ, 2010, p.20)

Nessa mesma linha o tema é abordado por ZAFFARONI e PIERANGELI. Entendem que o Direito Penal, em seu dever de efetivação da segurança jurídica, pode ser cumprido pela tutela de bens jurídicos ou valores ético-sociais e ao entrar nesta seara de discussão, sustentam tratar-se de um falso contracenso, pois que



pode ser claramente elucidado quando se pensa sobre a função que o Direito Penal deve cumprir no Estado de Direito. (2007, p.89)

Assim, sustentam que o Direito Penal pretende um dever ético de evitar o cometimento de ações, bem como a repetição destas ações, que venham a afetar os bens jurídicos penalmente tutelados. Todavia, alertam que:

A coerção penal (basicamente a pena) deve procurar materializar esta aspiração ética, mas a aspiração ética não é um fim em si mesma, e sim que sua razão (seu “porquê” e seu “para quê”) sempre deverá ser a prevenção de futuras afetações de bens jurídicos. (ZAFFARONI; PIERANGELI 2007, p.90)

Desse modo, verifica-se o ideal de cumprimento do dever ético aliado à proteção de bens jurídicos para a configuração da segurança, tendo a proteção de bens jurídicos a função de limitação da aspiração ética do Direito Penal. (ZAFFARONI; PIERANGELI 2007, p. 90)

1.1.3 A missão de configuração do reconhecimento normativo

Para Günther Jakobs a missão da pena estatal é a de prevenção geral, ou seja, o Direito Penal tem a missão de reconhecimento e confirmação da norma de modo a preservar a confiança geral da comunidade na vigência da norma atacada pelo autor da ação delituosa. Nessa visão, Jakobs entende não ser possível atribuir à pena a missão de evitar lesões aos bens jurídicos pois sua real missão é a de reafirmar a norma. (BUSATO, 2007, p.32)

Todavia, entender como missão do Direito Penal a confirmação normativa, também não pode ser vista como uma atribuição satisfatória. O que se pode dizer é que a proteção dos bens jurídicos tem como consequência a estabilização das normas, mas isso não pode ser atribuído como efeito primário pois é alcançado quando da aplicação da norma não podendo considerá-lo como sua razão de existir. (BUSATO, 2007, p.32)

Essa visão, acaba por colocar a norma como centro do Direito Penal deixando o indivíduo, destinatário da norma, em posição periférica. Jakobs pretende identificar a missão do Direito Penal através da reafirmação da norma atacada pelo



comportamento delituoso, que se faz com a aplicação da pena. (BUSATO, 2007, p.32)

Tal pensamento sofre grandes críticas, pois, considerando um Direito Penal que tenha como missão a confirmação da norma a proteção de bens jurídicos acaba não se realizando. Outra crítica que tal concepção sofre, é a de que sendo a estabilidade da norma o principal objetivo do Direito Penal, independente da valoração de seu conteúdo, qualquer norma, ainda que antidemocrática será sustentada. (BUSATO, 2007, p. 33)

1.1.4 A missão de proteção aos bens jurídicos

O Princípio da proteção de bens jurídicos por si só já enuncia a missão do Direito Penal como sendo de proteção a tais bens, ou seja, toda norma penal existe para proibir uma conduta em razão da lesividade que ela trará à algo que o direito considera ser um bem, assim, toda norma penal existe para proteção de um bem. (SCHMIDT, 2006, p.401)

A terminologia proteção ao bem jurídico é utilizada na doutrina alemã, enquanto que na doutrina anglo-saxã fala-se em princípio da lesão ou lesividade. Já a doutrina italiana costuma falar princípio da ofensividade ou lesividade e a doutrina espanhola, além de todas essas terminologias ainda refere-se ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos. (SCHMIDT, 2006, p.401-402).

A referência de proteção de bens jurídicos como missão do Direito Penal surge pela primeira vez por BIRNBAUM, em sua crítica à teoria do crime de Feuerbach. Porém, tem-se que BINDING é quem foi o primeiro a falar de bem jurídico com conteúdo semelhante ao que se tem atualmente e foi também ele o responsável por introduzi-lo na Ciência Penal. (SCHMIDT, 2006, p.402)

É importante ressaltar que o conceito de bem jurídico pode ser delineado tanto sob a concepção dogmática quanto pela concepção da política criminal. Sob a ótica dogmática o bem jurídico é considerado como uma criação legislativa, implícito da norma e objeto de proteção dessa. Por outro lado, o conceito político-criminal de bem jurídico lhe confere caráter autônomo pois que transcende ao direito positivo, sendo esse o conceito motivador de interesse pela doutrina. Entendê-lo no âmbito



da política criminal significa conceituá-lo e determiná-lo, o que nem sempre se dá com facilidade. Para tanto, muitos autores preferem nem mesmo tratá-lo por esse viés e outros recorrem à filosofia para conceituá-lo. (SCHMIDT, 2006, p.404-405)

Nesse sentido disserta SCHMIDT

Atribuir ao direito penal uma função de proteção de bens jurídicos implica assumir o ônus de dizer com clareza o que é um bem jurídico. Afinal, o que se busca é uma concepção de bem jurídico capaz de servir de diretriz político-criminal para o legislador, e não só de instrumento de melhor compreensão do direito vigente. A dificuldade está no fato de não se poder recorrer à lei penal para formular esse conceito, uma vez que o conceito tem de servir de parâmetro para criticá-la; tem-se, por isso, de procurar outro ponto de apoio, superior à lei, ou ao menos externo a ela. (2006, p.404)

A primeira dificuldade encontrada pelos doutrinadores na busca pelo conceito político-criminal de bem jurídico, é o chamado *problema de fundamento*, ou seja, onde se pode fundamentar o conceito de bem jurídico. Dentre várias alternativas há a mais promissora que é a Constituição. Todavia, entender a Constituição como fundamento para tal conceito acaba por gerar uma série de outros problemas, como por exemplo, selecionar dentre os valores constitucionalmente protegidos quais poderão ser considerados bens jurídicos penais. (SCHMIDT, 2006, p.406)

Outro problema encontrado é o do sujeito ao qual ele beneficiará. Nesse viés, tem-se que para os defensores da teoria monista-pessoal do bem jurídico todos os bens jurídicos, sejam eles individuais ou coletivos, servem ao indivíduo e assim, somente interesses individuais seriam objeto de proteção do Direito Penal. Por outro lado, os defensores da teoria dualista do bem jurídico consideram que o bem jurídico individual e coletivo são entidades autônomas sendo que nem sempre se pode referir o interesse coletivo ao individual e vice-versa. (SCHMIDT, 2006, p.406-407)

Há ainda problemas quanto à natureza do bem jurídico e o problema da distinção entre bens jurídicos reais e bens jurídicos meramente aparentes que de fato, merecem maior atenção por parte da Ciência Penal. Mas tendo em vista toda a problemática que envolve a conceituação de bem jurídico pode-se entendê-lo como dados fundamentais para a realização pessoal do indivíduo e da subsistência da sociedade e que são compatíveis com a ordem constitucional.(SCHMIDT, 2006, p.409)



Ao referir-se a dados reponde-se ao problema da natureza ou essência. Esses dados devem ser fundamentais, pois assim estarão selecionados os bens constitucionais resolvendo a problemática da demarcação e da fundamentação. Ainda, ao abordar o conceito de indivíduo ou o sistema social, responde-se ao problema da concepção dualista. Todavia, o problema da distinção entre bens jurídicos coletivos reais e aparentes ainda merece maiores estudos além da conceituação de bens jurídicos. (SCHMIDT, 2006, p.409)

ROXIN ao trabalhar o tema encontra como fundamento o limite de atuação do Direito Penal, isto é, o Direito Penal deve encontrar limites na sua intervenção e tais limites são expressos pela própria função que este ramo exerce, de modo que, tudo o que se tem além dessa função não deve ser objeto do Direito Penal. Nesse contexto, entende o autor que, a função do Direito Penal está na garantia de uma existência pacífica aos seus cidadãos, livre e segura. (2006, p. 16)

Conclui que, em um Estado Democrático de Direito, as normas penais devem objetivar assegurar aos indivíduos uma coexistência pacífica e livre, assentada na garantia dos direitos humanos. Todos estes objetos de proteção das normas, segundo ROXIN, são bens jurídicos. Para ele, os bens jurídicos não necessitam possuir realidade material podendo integrar a realidade empírica, considerando bens jurídicos os bens corpóreos e incorpóreos e ainda ressaltando a qualidade de bem jurídico que os direitos fundamentais e humanos possuem, tais como a liberdade de opinião ou religiosa e o livre desenvolvimento da personalidade. (ROXIN, 2006, p. 18)

Em uma visão transcendentalista, ROXIN sustenta:

Sobre a base das reflexões anteriores, 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 eles, como é o caso das pretensões no âmbito do Direito Tributário. (2006, p. 18-19)

Porquanto, ainda que as discussões a cerca da delimitação conceitual de bem jurídico tenha ampla discussão, a ideia de que a proteção de tais bens é a função precípua do Direito Penal, não foge à grande maioria dos doutrinadores.



Ademais, HASSEMER, também entende que o direito penal cumpre satisfatoriamente com sua função preventiva quando protege os bens jurídicos à ele confiado. Todavia, na sua visão, aqui nasce o Direito Penal Simbólico, haja vista não ser possível alcançar concretamente tal função em razão dessa própria imprecisão em saber em que consiste o bem jurídico e sua real proteção. (2008, p.223)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo exposto é possível concluir que o Direito Penal é um ramo que se preocupa em punir as condutas desviantes na sociedade, todavia, para que o Estado exerça seu *jus puniendi* as condutas devem ser selecionadas, em respeito ao princípio da legalidade, basilar em um Estado Democrático de Direito.

Para tanto, ao selecionar as condutas que o Estado deve empregar sua coerção, esbarra-se nas missões do Direito Penal, ou seja, o que o Estado pretende punir, porquê e como. Assim, importante se faz o desenvolvimento a cerca das missões atribuídas à Ciência Penal, pois, a relevância pertinente à matéria se encontra no fato de se ter tal definição como o cerne e base de toda Ciência Penal.

Desse modo, conforme pode se depreender de toda pesquisa, as missões atribuídas ao Direito Penal são variadas e passaram por grandes mudanças em toda a evolução do tema, todavia, majoritariamente a doutrina, bem como nossos tribunais, têm atribuído como missão precípua desta esfera jurídica a proteção dos bens jurídicos, sendo portanto, de relevante importância para o estudo da Ciência Penal como um todo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão de decisão que deferiu o pedido de habeas corpus.** Habeas Corpus n. 97048. Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Celso de Mello. 14 de abril de 2009. Disponível em:
<[The logo of UNIOESTE CCSA Beltrão is circular, featuring a globe in the center. Surrounding the globe are several icons: a book, a person, a gear, and a leaf. The text 'UNIOESTE' and 'CCSA Beltrão' is visible at the bottom of the logo.](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28fun%27%20+do+direito+penal+de+prote%27%20+de+bens+juridicos%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c2sd6ld.></p></div><div data-bbox=)

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal:** fundamentos para um sistema penal democrático. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume I, parte geral:** arts 1º a 120. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal:** parte geral e parte especial. 5ª ed., atual., amp. São Paulo: Afiliada, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal:** parte geral e parte especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal:** fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** 8ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROXIN, Claus. **A proteção de Bens Jurídicos como Função do Direito Penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo:** Livro em homenagem ao Prof.Dr. Cezar Roberto Bitencourt (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro:** volume 1- parte geral. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

