

ReCrim

Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV
Revista del Instituto Universit. de investigación en Criminología y Ciencias Penales de la UV
ISSN 1989-6352
<http://www.uv.es/recrim>

..ReCrim2013..

APONTAMENTOS HISTÓRICOS SOBRE O DIREITO PENAL E SUAS FUNÇÕES

Edihermes Marques Coelho

Advogado e Professor universitário

Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina

derecho penal – funciones del derecho penal – bienes jurídicos – control social -
criminología

criminal law – functions of criminal law – legal rights – social control – criminology

direito penal – funções do direito penal – bens jurídicos – controle social –
criminologia

El Derecho penal contemporáneo se encuentra en el centro de una tensión dialéctica entre intereses punitivistas e intereses minimalistas. Sus funciones, en consecuencia, se delimitan como mecanismo de control social y como garantía individual contra abusos. La intervención penal debe verse desde dos criterios: es un recurso último para situaciones no solucionables de otra forma, y debe significar socialmente un mal menor que el recurso a formas no estatales de conflicto.

The modern criminal law is at the heart of a dialectical tension between punitive interests and minimalist interests. Its duties as a consequence, are outlined as a mechanism of social control and as security against individual abuses. The criminal action must be viewed from two criteria: it is a last resort for situations not solved otherwise, and should mean a socially lesser evil than the use of non-state forms of conflict.

O Direito Penal contemporâneo encontra-se no âmago de uma tensão dialética entre interesses punitivistas e interesses minimalistas. Suas funções, como decorrência, se delineiam como mecanismo de controle social e como garantia individual contra abusos. A intervenção penal deve ser vista sob dois critérios: é um recurso último para situações não solucionáveis de outra forma; e deve significar socialmente um mal menor do que o recurso a formas não estatais de conflito.

Recibido: 28/04/12

Publicado: 10/05/13

© 2013 Los derechos de la presente contribución corresponden a sus autores; los signos distintivos y la edición son propiedad del Instituto U. de Investigación en Criminología y CC.PP. La cita está permitida en los términos legalmente previstos, haciendo siempre expresa mención de autoría y de la disponibilidad *en línea* en <http://www.uv.es/recrim>

I. Introdução - II. Fase Antiga - III. Fase Moderna - IV. Fase Contemporânea
V. O papel do Direito Penal: a proteção dos bens jurídicos - VI. Considerações Finais

I. Introdução

O Direito Penal, enquanto conjunto de normas estatais que estabelecem de forma sistematizada o que é crime e quais são as penas possíveis, é algo muito recente na história jurídica. Isso porque o pressuposto da estrita legalidade somente tornou-se uma imposição nos últimos três séculos. Entretanto, de forma mais ampla são encontradas

marcas históricas rudimentares do Direito Penal desde os primórdios da sociedade humana organizada¹.

Primitivamente, não era possível se falar em Direito, ao menos não dentro da concepção que se tem contemporaneamente do que seja o Direito. Estudos sobre sociedades primitivas (de organização social primitiva) remanescentes até o século passado indicaram que eram construídos padrões de interdições e tabus, limitando o permitido e o proibido.

A partir de variadas crenças em fenômenos naturais como eventos divinais, construía-se regras de interdições de comportamento, as quais poderiam sofrer reações da comunidade para evitar ou aplacar a ira dos deuses. Nesse quadro, o banimento era a medida mais radical, pois o indivíduo era levado a uma situação em que, com o viver isolado, estava praticamente condenado à morte.

Uma marca bastante comum das sociedades primitivas, entretanto, era o igualitarismo primário, em que o poder não se deslocava dos indivíduos que compunham o grupo. Com isso, o proibido e o permitido eram concebidos a partir do viver da tribo². Tais agrupamentos sociais ganhavam força nas interdições exatamente quando o igualitarismo primário era substituído pela alienação do trabalho, pela quebra da relação direta e total do indivíduo com o produto de seu trabalho. Isso gerava o surgimento do poder, enquanto concentração de força, necessitando das interdições não mais como mecanismo de coesão do grupo, mas sim como forma de controle social.

Das sociedades humanas primitivas, passando por organizações humanas complexas da antiguidade, mergulhando no período medieval e, após, no renascimento, chegou-se ao direito contemporâneo, codificado e normatizado. A pergunta que se faz é: é possível o direito penal servir a uma visão humanista do direito?

II. Fase Antiga

Os primeiros conjuntos normativos institucionais de destaque surgiram há cerca de 4 (quatro) mil anos atrás. Foi nessa época que veio à tona o Código de Hammurabi.

O rei Hammurabi, capitaneando o Império Babilônico, estabeleceu (ou reuniu, segundo algumas versões) um conjunto de regras de conduta, contando 282 artigos, nem todos de conteúdo criminal. Um significativo aspecto do Código de Hammurabi foi a criação de um sistema de limites para as reações privadas aos crimes, baseado na proporcionalidade do mal, naquilo que ficou conhecido como a Pena de Talião (olho por olho, dente por dente). Na realidade, não significava que o mesmo mal causado seria retribuído ao infrator, mas sim que um mal proporcional ao que ele causou lhe seria impingido³.

¹ Para um estudo mais específico dos contornos históricos, sugere-se o recurso às seguintes obras: GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989; FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **História do direito penal: crime natural e crime de plástico**. São Paulo: Malheiros, 2005; ROBERTS, J. M. **O livro de ouro da história do mundo: da pré-história à idade contemporânea**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

² Conforme CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1988.

³ Assim, por exemplo, para a punição do roubo de sementes ou alimentos, previa-se o corte das mãos. Além disso, o Código de Hammurabi “dispunha que pobres e ricos fossem julgados de modos distintos,

Para o mundo ocidental, rumos relevantes quanto ao direito criminal viriam a ser registrados na Roma Antiga. Num largo período histórico que iniciou cerca de 700 anos a.C., Roma significou a referência política do ocidente (com incursões importantes na face oriental do mundo).

Ao longo dos séculos romanos⁴ as principais características que foram sendo moldadas para o direito criminal foram consagradas na Lei das XII Tábuas (século V a.C.), resgatando parâmetros semelhantes à pena de Talião do Código de Hammurabi. Introduzindo procedimentos criminais baseados na interferência do Estado nas questões privadas, as punições criminais foram gradativamente sendo tratadas como algo a ser dosado, racionalizado. Destaque-se, ainda, no século I a.C., as *leges Corneliae e lege Juliae*, catalogando as condutas que deveriam ser consideradas crimes (um considerável avanço para a época). No entanto, na fase final do Império Romano (século V) houve uma mistificação dos parâmetros punitivos, com a emergência de crimes religiosos e um período de obscurantismo jurídico.

Já no período transcorrido entre o século V e o século XI viu-se o predomínio do Direito Bárbaro (Germânico), baseado na tradição oral, com debates e testemunhos como base dos julgamentos. Na insuficiência de elementos probatórios, recorria-se às ordálias – provas de Deus – submetendo os indivíduos a situações extremas que somente poderiam ser revertidas pela intervenção divina. Em esta não ocorrendo, estaria provada a culpa. Entretanto, o direito germânico, também como o direito romano, passou do caráter penal privado para uma gradual publicização.

Após, merece destaque o Direito Canônico, baseado na intervenção da Igreja Católica sobre a esfera jurídica. Partindo do século IV, com o favorecimento da jurisdição episcopal, passando por seu apogeu na idade média (séculos X a XV) e chegando à sua gradual decadência (a partir do século XVI), o direito canônico teve grande influência na formação da cultura jurídica do ocidente⁵.

Com tipos penais abertos, era a Igreja que delimitava o ilícito criminal, recorrendo a um procedimento inquisitivo e não contraditório de apuração das provas. Entretanto, uma novidade significativa começou a surgir com o direito criminal canônico: a preocupação com a recuperação do delinqüente. É peculiar que ainda nos casos extremos da Inquisição, com a aplicação da morte, esta se dava declaradamente não apenas como punição, mas também como purificação.

Como resultado de uma junção de influências do Direito Romano, do Direito Germânico e do Direito Canônico, foi surgindo o Direito Penal Comum, especialmente a partir do século XII, também conhecido como direitos dos glosadores. Tratava-se de tribunais que diziam o direito segundo uma suposta convicção popular.

correspondendo aos últimos a maior severidade, em razão das maiores oportunidades que tiveram de aceder a melhores bens materiais e culturais.” (SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 77).

⁴ Conforme FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **História do direito penal**, p. 36-40.

⁵ A respeito, ver GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 133-150.

III. Fase Moderna

O Direito Penal moderno começa a surgir no século XVII e perdura até o século XIX, com a emergência de dois aspectos decisivos: a ascensão política definitiva da burguesia, o que exigiu novos parâmetros jurídicos de controle social; o surgimento de escritos filosóficos que preconizavam a igualdade jurídica dos cidadãos e a prevalência do princípio da legalidade.

Merece destaque especial o pensador Cesare Bonessana (Marquês de Beccaria), com a obra **Dos delitos e das penas**, publicada originalmente em 1764⁶, o qual propugnava que as penas deveriam servir como retribuição ao mal causado, segundo aquilo que fosse previsto pelo Estado através de leis – e não segundo o mero arbítrio judicial.

O ponto nevrálgico, pois, dessa fase é a consagração teórica e normativa do princípio da legalidade. Todas as definições penais vão, pouco a pouco, guiando-se pelas previsões legislativas, que passam a ser definidoras de conteúdos máximos, indicando até que ponto podia ir o Estado na esfera criminal, e das formas de atuação do Estado, da maneira como as punições podiam ser aplicadas.

IV. Fase Contemporânea

Não existe um marco histórico que indique taxativamente o início da fase contemporânea do Direito Penal. Seus primórdios remontam ao final do século XX e início do século XIX, com a emergência das codificações, das Constituições e do conceito causalista de infração penal, dividindo-se o delito em tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Pode-se indicar, entretanto, que a fase contemporânea realmente se efetiva a partir dos debates entre o pensamento finalista e o pensamento causalista, e com a emergência da Criminologia – o que somente vem a ocorrer na primeira metade do século XX.

As discussões entre causalistas e finalistas estiveram sediadas, sobretudo, na concepção de crime e na posição da conduta humana na idéia de crime. Os causalistas entendiam a conduta como movimento físico-mecânico, enquanto os finalistas entendiam a conduta como ação ou omissão dirigida a uma finalidade. Predominou a teoria finalista do delito, o que alterou as bases do conceito analítico de crime. Mais recentemente, nas últimas quatro décadas, ganhou espaço a teoria funcionalista do delito, indicando críticas à concepção finalista de conduta e propondo se agregar aspectos objetivos de imputação objetiva, com base no risco não permitido das condutas.

Paralelamente, no século XX emergiu o pensamento criminológico, começando pelo positivismo científico, que buscou explicações etiológicas para o delito e o delinqüente. Posteriormente, em meados do século, ganhou força o sociologismo penal e a filosofia política penal, dando ênfase à reflexão sobre a criminalidade. Hodiernamente os pensamentos criminológicos podem ser divididos em criminologia tradicional ou punitivista, criminologia crítica ou minimalista e criminologia crítica abolicionista.

⁶ BECCARIA, Cesare de. **Dos delitos e das penas**. 14. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

V. O papel do Direito Penal: a proteção dos bens jurídicos

O fenômeno criminal é visto aqui como fruto da realidade social e desafio ao Estado constituído. É interessante perceber que a eficácia da intervenção penal está enfraquecida, pois especialmente nas últimas décadas se desnuda a inflação legislativa penal – exagero de figuras previstas como crimes – e a inoperância do sistema penal para responder às condutas criminosas.

Essa percepção do Direito Penal enquanto instância político-social não deve, entretanto, ser limitada a visualizá-lo como mero instrumento de controle da sociedade. Paradoxalmente, funciona também como garantia de direitos que são cada vez mais estendidos (mesmo que plano meramente normativo) a todas as pessoas. O Direito é palco de contradições dialéticas de funções – controle e garantia –, contradições essas que devem ser solucionadas na conjunção de sua análise externa – filosofia política do Direito – com sua análise interna – dogmática jurídico-penal –. Com a análise externa se estaria priorizando o ideal de um Estado Democrático-Social de Direito e a proteção de bens jurídicos. Já a análise externa estaria relacionada à preservação dos direitos humanos, tanto no plano de proteção individual quanto instrumentalizando a ação estatal de garantia da segurança pública.

Vale se pensar, então, com Jay Gould⁷:

“As populações humanas apresentam uma grande variedade de comportamentos; o simples fato de alguns manifestarem certa conduta e outros não, não constitui prova alguma de que o cérebro dos primeiros padeça de alguma patologia específica. Devemos concentrar-nos no desenvolvimento de uma hipótese infundada quanto à violência de alguns – hipótese que segue a filosofia determinista de culpar a vítima – ou devemos tentar eliminar, antes de mais nada, a opressão que ergue guetos e mina o espírito de seus habitantes desempregados?”

Ora, os seres humanos, agrupados em sociedade, vivem em condições propícias a gerar conflitos de interesses. Os interesses, individuais, difusos ou coletivos, ancoram-se, no universo jurídico, em bens que devem ser protegidos de possíveis incursões privadas, egoísticas e ofensivas a interesses alheios.

Pois, bem: o Direito é, enquanto regulador das relações sociais, âmbito de tutela de bens jurídicos. Ou seja, cada norma protetiva e/ou reguladora de direitos, ou impositiva de proibições, vai ter um bem jurídico no seu âmago, na sua essência. Há algo que está sendo protegido e garantido por tal norma, buscando resguardar o equilíbrio social no conflito de interesses. Nesse sentido, ensina Roxin que

“em cada situação histórica e social de um grupo humano os pressupostos imprescindíveis para uma existência em comum se concretizam numa série de condições valiosas como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação ou a propriedade, as quais todo o mundo conhece; numa palavra os chamados bens jurídicos; e o direito penal tem que assegurar esses bens jurídicos, punindo sua violação em determinadas condições.”⁸

Mas, no que consistiriam os bens jurídicos? Seriam meros conceitos abstratos, ou enunciariam aspectos concretos da vida social? Partindo da idéia de que eles não são meros elementos portadores de sentido abstrato, Roxin entende

⁷ GOULD, Stephen Jay. **A falsa medida do homem**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 146.

⁸ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998. p. 27-28.

“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.”⁹

Tendo como base a idéia de proteção a bens jurídicos como aspectos reais da vida em sociedade, a própria existência do Direito Penal pode ser definida sob dois ângulos: por um lado, existe como um instrumento de poder; por outro lado, existe como um instrumento de garantia de bens jurídicos. Na idéia de instrumento de poder sobressai o foco na força de intervenção estatal sobre a sociedade civil, propiciada pelo Direito Penal. Na idéia de proteção de bens jurídicos sobressai o foco nos papéis de garantia propiciado pelo Direito Penal à sociedade civil frente ao Estado e de proteção de um indivíduo frente ao outro.

Se por um lado o Direito Penal serve ao Estado frente à sociedade civil, por outro lado serve à própria sociedade civil frente ao Estado. Possibilita ao Estado intervir legitimamente sobre a liberdade individual dos cidadãos, quando estes violem a proteção que as normas penais dão aos bens jurídicos. Mas também limita as possibilidades da intervenção estatal, ao vincular e condicionar a legitimidade de tal intervenção a parâmetros restritivos de legalidade.

O desejável papel do Direito Penal não está sediado nem em um nem em outro foco, mas sim na conjunção das duas óticas. Afinal, o Estado como interventor na sociedade exerce um papel de dominação que é necessário em um estado democrático de direito – modelo pretensamente adequado à realidade político-social contemporânea – em virtude da circunstância de que os interesses individuais são conflitantes de um indivíduo para outro, assim como os interesses coletivos o são de um grupo humano para outro. Entende-se que o Estado funciona, idealística e potencialmente, como um ponto de referência das relações sociais e possível fomento da justiça social. Não se deve olvidar, no entanto, que o Estado é o palco institucional das relações de poder, as quais são marcadas por conflitos de interesses. Os grupos que predominarem em tais relações de poder é que farão com que o Estado esteja mais próximo ou mais distante de cumprir seu papel ideal. O Direito Penal, nesse sentido, fornece importantes instrumentos de intervenção estatal.

Por outro lado, tal intervenção, embora necessária, não pode ser arbitrária e ilimitada. Neste sentido, é imprescindível que haja restrições à atuação estatal, de maneira que o Estado deva pautar sua atuação sobre a liberdade dos indivíduos em critérios de atuação que assegurem os direitos básicos de cada sujeito quando submetido à ação punitiva estatal – e, potencialmente, assegure os direitos de todos os indivíduos, como possíveis vítimas de qualquer arbitrariedade futura.

A esmagadora maioria dos cidadãos passa sua vida inteira sem ter contra si a atuação punitiva estatal, pois não cometem atos que despertem o interesse da intervenção penal. Isso não significa que a maioria das pessoas não cometa atos previstos em lei como crimes – típicos. Ocorre que boa parte desses atos é de baixa magnitude, de escassa relevância social, sendo desprezados pelos demais indivíduos e pelo próprio Estado. Além disso, há também muitos atos típicos que são cometidos sem que o Estado, por diversas razões, tome conhecimento de sua ocorrência ou de sua autoria.

⁹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 18-19.

Porém, todos e cada um estamos constantemente sob o risco de que cometamos algum fato previsto como crime, pois na convivência com os demais indivíduos nossos interesses e vontades estão cotidianamente em possível choque. Por consequência, as garantias contra a intervenção punitiva estatal devem estar sempre a beneficiar a todos e a cada um. As normas que as prevêm não são, portanto, meras normas para proteger criminosos, como se apregoa no senso comum, mas sim normas que beneficiam silenciosamente a todos os cidadãos.

A alegação de que as normas garantidoras frente ao Estado são benefícios aos criminosos é corrente nos discursos sensacionalistas e punitivistas. Trata-se, porém, de uma inversão de critérios. Na realidade, o problema não está necessariamente nas normas protetivas como tal, mas no descompasso de atualização e adequação de alguns dispositivos diante da realidade social hoje vivida. De mais a mais, muito mais do que um problema de normas garantidoras, a criminalidade é um problema de estrutura sócio-cultural (quanto às origens) e de ineficácia do sistema penal – de todo o aparato normativo-punitivo e da estrutura operacional – nas respostas às atuações criminosas habituais e esporádicas. Assim, o que se deve é organizar o sistema punitivo a partir de objetivos claros e específicos; diferenciar tratamentos jurídicos punitivos de acordo com a gravidade dos bens jurídicos atingidos; racionalizar e diminuir a abrangência do Direito Penal.

Numa ótica garantista, deve-se ressaltar, ainda, que a proteção concedida pelo Direito Penal aos bens jurídicos valiosos dirige-se à sociedade como um todo. Entretanto, deve-se alertar que razoável parte das seleções estatais de bens jurídicos a serem tutelados criminalmente, ou da gradação das penas atribuídas às ofensas a ele dirigidas, tem um caráter ideológico que satisfaz a interesses de grupos econômicos detentores do poder estatal, ou que ao menos sobre ele exercem um controle silencioso¹⁰.

Mesmo assim, a maioria das normas penais traduz, de alguma forma e em algum grau, interesses comuns à sociedade como um todo – partindo-se do pressuposto de que evitar o choque direto de interesses é do interesse geral. O marco histórico-jurídico garantidor de que as regulações penais estejam potencialmente voltadas à sociedade toda situa-se na consagração constitucional dos direitos humanos – com sua constitucionalização ‘direitos fundamentais’ –, que servem como referência da validade normativa. Em sentido semelhante ensina Juarez Tavares, quanto às normas penais, que

“sua validade não depende, pois, do fim a que se destine, senão da necessidade de sua promulgação e das garantias que ofereça. Se, por exemplo, houver necessidade de se impor a obrigação de prestar auxílio, como condição de sobrevivência de outros, esta norma será, em princípio, válida, mas se, apesar dessa necessidade, deixar de indicar com nitidez quem deva prestar a obrigação e não referir, ademais, os casos em que ela se dá, deixa de ser válida, porque incompatível com os direitos fundamentais.”¹¹

Portanto, cada previsão legal de um fato como crime está a proteger bens jurídicos, os quais deveriam ser importantes para todo e cada indivíduo. E a justificativa para a aplicação de uma pena radica exatamente na idéia de que a ofensa relevante ao bem jurídico protegido penalmente justifica a sanção penal. Sobretudo em virtude deste

¹⁰ Nesse sentido, COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 91-105.

¹¹ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 161.

último aspecto é que se legitima a idéia de crimes a serem punidos pelo Estado, justificando-se a própria existência de um Direito Penal.

Pode-se indicar que a regulação da vida em sociedade, pano de fundo de qualquer definição do Direito e de suas áreas específicas, de acordo com a postura ideológica adotada teria como funções principais possíveis:

a) possibilitar a dominação de uma classe por outra – as regras e os princípios jurídicos serviriam apenas como instrumentos de dominação de uma classe sobre outra (visão marxista ortodoxa). Esta é uma visão que não deixa de ter razão quanto à circunstância de que o Direito é instrumento de dominação de classe. Reduzir, entretanto, a função do Direito a isso é dizer que a sociedade só pode ser livre sem o Direito e, portanto, anárquica, o que, realisticamente, levaria à sobrepujança de uns em relação a outros pela força.

b) promover a paz social – ao regular a vida em sociedade as regras e princípios jurídicos levariam à harmonia social (liberalismo). Trata-se de um discurso ideal, fantasioso, imaginando que todos os interesses da sociedade têm o mesmo sentido, esquecendo que a sociedade é dividida em classes e que o interesse de uma classe dominante não é o da classe dominada.

c) possibilitar a dominação estatal sobre a sociedade e, como contraponto, à limitação estatal pela sociedade – o Direito é, sim, dominação estatal da sociedade (modo do Estado controlar e coordenar a sociedade), mas no outro lado da balança está a limitação do Estado pela sociedade (face e contraface). Por um lado, há interesses conflitantes na sociedade, que é eminentemente política, e o Direito serve para que o Estado controle e coordene a sociedade. Por outro lado, para que a sociedade não fique jogada à possibilidade do arbítrio estatal, o Direito serviria para definir a limitação do poder do Estado sobre a sociedade. É uma posição afinada ao garantismo jurídico constitucionalista, por isso adotada aqui.

Destaque-se que a posição dos princípios é fundamental dentro de tal idéia. Eles abrem espaço para que se possa tentar construir uma racionalidade prática do Direito Penal voltada para o homem como centro das ações sociais, buscando equilibrar o contraponto entre o interesse punitivo e o interesse de preservação da liberdade.

Com inspiração em Luigi Ferrajoli¹², trata-se de entender que a forma de se evitar que o Direito Penal seja apenas um instrumento de controle social – ou ao menos um mero instrumento de controle social dos mais fortes sobre os mais débeis – está em se garantir que a dignidade de todos e de cada um seja normativamente consagrada como indispensável para qualquer atuação jurídico-penal.

Isso implica a necessidade de que cada um e todos que atuam no Direito Penal repensem seu papel: em vez de favores pessoais, a dignidade da conduta; em vez de estoques de presos, prisões racionalizadas (inclusive quantitativamente) e adoção maior de penas alternativas; em vez de uso das penas alternativas como válvula de escape, a opção por mecanismos eficazes de implementação, cumprimento e fiscalização de tais penas; em vez do fácil discurso demagógico do punitivismo, uma opção racionalizadora do sistema penal, resguardando-o para questões que relevantemente atinjam mais contundentemente os direitos fundamentais. Perceba-se que isso não obstaculiza a

¹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

inserção de novos tipos penais, especialmente quando decorrentes de regulações inovadoras, sobre temas que historicamente surgiram ou ganharam importância.

É importante, nesse sentido, que se diferenciem claramente as respostas do Direito Penal aos crimes de baixo e médio potencial ofensivo daquelas dadas aos crimes de alto potencial ofensivo. Tal distinção hoje não é clara na legislação, e isso leva à sensação social de que nem mesmo normativamente há respostas adequadas aos crimes.

Tudo isso não afastaria o papel de controle social a ser exercido pelo Estado – o que, aliás, nem seria exatamente desejável –, mas ajudaria a torná-lo racionalmente balizado por parâmetros centrados num caráter democrático e humanitário.

Em síntese, as funções do Direito Penal configuram-se, por um lado, na busca de controle social, através de mecanismos simbólicos¹³ de prevenção. Importa frisar, na referência a tais mecanismos simbólicos, que não se trata de o direito penal simplesmente agir sobre a consciência da população impondo determinadas valorações e exercendo um controle social meramente ideológico. Para além disso, o direito penal exerce funções simbólicas de prevenção geral, as quais serão mais ou menos eficientes à medida que a intervenção penal seja mais ou menos real e efetiva.

Por outro lado, as funções penais voltam-se para a garantia do indivíduo frente ao Estado e suas pretensões de intervir sobre a liberdade. É no contraponto entre essas duas faces da esfera penal que se pode defender que o Direito Penal contemporâneo caminhe para ser uma esfera jurídica centrada no enaltecimento do ser humano como referência e razão principal das relações sociais.

VI. Considerações Finais

A vida em sociedade é uma marca da civilização. O existir humano no mundo desenvolveu-se ao longo da história através de mecanismos de convivência social, organizada sob diversos símbolos e códigos. A vida social, com o passar dos séculos, mais e mais foi se mostrando encadeada em torno de símbolos e de códigos de convivência (religiosos, de etnia, geográfico-culturais), e isso de uma maneira tal que se pode falar na existência de um sistema de vida em sociedade – de um sistema social.

Nesse contexto, o traçado histórico do direito criminal não é linear, constante – existem diversos avanços e retrocessos superpostos ao longo dos séculos. Isso está ligado à circunstância de que o direito penal sempre e muito é reflexo das relações econômicas e sociais que subjazem à definição das regras punitivas e de sua aplicação. Primeiramente, a força simbólica penal sobre a sociedade como um todo serviu e serve como poderoso meio de controle social, pelo potencial coercitivo no imaginário popular. Além disso, a aplicação dura de penas funcionou, em momentos históricos conturbados, como mecanismo objetivo (não apenas simbólico, portanto) de manutenção da ordem social.

Os avanços na política criminal, no sentido de garantia individual contra o arbítrio do Estado, em muitos momentos históricos representaram um sintoma de que a civilização estava em uma fase de evolução cultural e política, mas também de razoável calma ou acomodação nas relações econômico-sociais.

¹³ O que é devidamente criticado em ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 47-50.

Isso conduz à observação de que o Direito contemporâneo compõe o sistema social, e dentro dele é um subsistema – faz parte das relações sociais, mas possui uma matriz própria, com símbolos e códigos próprios, decorrentes de sua estruturação normativa, que o caracteriza como subsistema social. A teoria e a prática jurídicas são definidas e organizadas em torno do paradigma da normatividade – ou seja, o objeto básico do Direito são as normas jurídicas. É a partir das normas que o Direito interage com outras áreas do sistema social.

Politicamente pensado, é inegável o papel de controle social exercido pelo Direito – também, em específico, pelo Direito Penal. Na história da humanidade, o Direito funcionou, e funciona ainda hoje em alguma medida, como um modo de relativizar as tensões sociais que nascem ou poderiam nascer dos conflitos interindividuais ou intergrupais, apresentando-se a solução jurídica como um mecanismo interventivo pretensamente racional e evoluído para a solução ou prevenção de conflitos.

Entretanto, tal intervenção não possui um conteúdo próprio, que se sobreponha às demais áreas do Direito. Na realidade, o conteúdo das regulações penais é definido de forma subsidiária e residual.

A subsidiariedade decorre do fato de que o Direito Penal destina-se à proteção de bens cuja regulação jurídica em outras áreas mostra-se insuficiente em relação às possibilidades de danos e à repercussão pessoal ou social. Com tal insuficiência, os dispositivos penais significariam uma instância última, uma *ultima ratio*, uma perspectiva extrema de intervenção protetiva.

Como decorrência, a intervenção punitiva deve ter caráter residual. As condutas serão objeto das leis penais subsidiariamente, e isso significa que deve ocorrer de fato a atuação punitiva se não houve satisfatória intervenção jurídica de outra esfera do Direito.

O caráter residual, entretanto, é relativo. Existem situações nas quais mesmo ocorrendo uma atuação de outras esferas do Direito haverá intervenção penal punitiva, especialmente com a aplicação de penas privativas de liberdade. É o caso nomeadamente dos crimes de médio ou alto potencial ofensivo cuja ação penal seja pública incondicionada.

O papel exercido pelo Direito Penal é singular no âmbito do estado democrático de direito: ele lida com aquelas situações em que as pessoas extrapolam os limites do razoável, agindo no exercício de sua liberdade com tal demasia que os danos a direitos de terceiros teriam uma magnitude maior. Por decorrência, a resposta jurídico-criminal não pode ser de mera mediação de interesses, mas também de punição dos desvios nos casos de ofensas mais graves a bens jurídicos mais relevantes.

A intervenção penal deve ser vista sob dois critérios: é um recurso último para situações não solucionáveis de outra forma; e deve significar socialmente um mal menor do que o recurso a formas não estatais de conflito. Enfim, os mecanismos penais de intervenção penal sobre a sociedade não se justificam por si só, mas sim como meios para que o Direito Penal cumpra suas funções de controle social e de garantia individual e proteção de bens jurídicos, respeitando o ser humano não como objeto, mas sim como razão das regulações jurídicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BECCARIA, Cesare de. **Dos delitos e das penas**. 14. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.
- CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal**: orientado para a vítima do crime. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- COELHO, Edihermes Marques. **Manual de Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2008.
- COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1988.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 17. ed. Petrópolis: Vozes, 1998..
- FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **História do direito penal**: crime natural e crime de plástico. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- GOULD, Stephen Jay. **A falsa medida do homem**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 5. ed. Soa Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- ROBERTS, J. M. **O livro de ouro da história do mundo**: da pré-história à idade contemporânea. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.
- ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.