

RECEBIDO EM: 19/04/2020

APROVADO EM: 07/07/2020

UMA ANÁLISE DO ESQUEMA SUJEITO- OBJETO NA CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO-PENAL

AN ANALYSIS OF THE ARRANGEMENT SUBJECT-OBJECT IN THE CONSTRUCTION OF THE CONCEPT OF CRIMINAL LEGAL ASSET

Juliana Helena Almeida Medeiros¹

Edson Vieira da Silva Filho²

SUMÁRIO: Introdução. 1. A ascensão da burguesia ao poder e o controle social implementado a partir da constituição de novas relações sociais. 2. As raízes históricas da noção de bem jurídico. 3. A necessária superação do esquema sujeito-objeto e a construção do

¹ Mestranda em Direito, com área de concentração em Constitucionalismo e Democracia, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF. Pós-graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera – Uniderp.

² Pós-Doutor pela UNISINOS. Doutor em Direito pela UNESA (conceito 5 CAPES). Mestre pela Universidade Federal do Paraná (conceito 6 CAPES). Mestre pela Universidade São Francisco. Graduado em Direito pela PUC Belos Horizonte -MG.

bem jurídico-penal no Estado Democrático de Direito.
Conclusão. Referências.

RESUMO: A questão do bem jurídico-penal vem sendo menosprezada na crítica criminológica contemporânea. O resgate de seu papel na construção jurídica, nesse sentido, torna-se imprescindível. Para tanto, busca-se a análise da formação da noção de bem jurídico, partindo-se do Estado Moderno burguês até o atual Estado Democrático de Direito, no qual se constata o desenvolvimento do conceito de bem jurídico-penal constitucional. Na proposta do Estado Moderno, assim, tem-se início a construção de novas relações sociais e de novas dimensões do Direito a partir da eleição de novos valores tidos como essenciais ao Estado que, uma vez reconhecidos como bens jurídicos, tornam-se merecedores de proteção pelo Direito Penal. Dessa forma, a partir de uma leitura histórica do conceito de bem jurídico, resgata-se Feuerbach, Johann Michael Franz Birnbaum, Karl Binding e Frans von Liszt, deixando clara a importância do movimento constitucionalista pós-Segunda Guerra Mundial para a formação do conceito constitucional de bem jurídico. Por fim, o artigo pretende demonstrar a influência do esquema sujeito-objeto, racionalidade própria da modernidade, na construção do bem jurídico-penal e a sua necessária superação pelo esquema sujeito-sujeito para, finalmente, chegar-se a um modelo de bem jurídico constitucionalmente adequado ao Brasil contemporâneo. Trata-se de uma pesquisa de natureza qualitativa, com objetivo exploratório, pautada em levantamento bibliográfico, no qual buscou-se estabelecer a visão doutrinária acerca das noções relevantes para a construção do conceito contemporâneo de bem jurídico-penal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Bem Jurídico-Penal. Relações Sociais. Esquema Sujeito-Objeto. Esquema Sujeito-Sujeito.

ABSTRACT: The matter of the criminal legal asset, has been downsized upon the current criminological assessment. The disclose of its juridical construction role, along those lines, becomes vital. For this purpose, it seeks an analysis of knowledge development of legal asset, setting off from the bourgeois Modern State to the current Democratic State of Law, whereupon ascertain the development of the concept of constitutional criminal legal asset. In the understanding of the Modern State, thereby, begins the construction of new social relationships and new aspects of Law from the arise of new values taken as essential to the State which once recognized as legal assets, become worth of protection by the Criminal Law. Therefore, as of a historical reading of the concept of legal asset, bringing to light Feuerbach, Johann Michael Franz Birnbaum, Karl Binding and Frans von

Liszt, highlighting the importance of the constitutionalist movement after World War II to the development of constitutional concept of legal asset. At last, the article intends to demonstrate the influence of the arrangement subject-object, its own modernity rationality, in the construction of criminal legal asset and its own surpassing necessity by the subject-subject arrangement, finally, spotting a pattern of criminal legal asset constitutionally suitable to contemporary Brazil. That is a qualitative research, with an exploratory goal, which sought to establish a doctrine vision regarding the relevant notions to the construction of a contemporaneous concept of criminal legal asset.

KEYWORDS: Criminal Law. Legal-Criminal Asset. Social Relationships. Arrangement Subject-Object. Arrangement Subject-Subject.

INTRODUÇÃO

A definição do conceito de bem jurídico-penal é de suma importância para a compreensão do Direito Penal e do limite do *jus puniendi* estatal, que se encontra vinculado à necessária proteção de determinados bens essenciais para uma pacífica convivência social, sendo determinante para a formulação de uma norma penal eficaz e legítima, perpassando pelo necessário entendimento dos valores fundamentais ao indivíduo e a uma determinada sociedade.

O poder punitivo estatal, adotando-se a modernidade como marco temporal, somente se legitima quando não houver outros meios de controle social aptos a tutelarem os bens relevantes à sociedade e à vida do indivíduo. O Direito Penal, assim, representa a *ultima ratio*, somente sendo necessário recorrer a ele quando inevitável, ou seja, quando todos os outros ramos do direito se mostrarem insuficientes para a proteção do bem jurídico.

Trata-se, pois, do princípio da intervenção mínima, que orienta e limita o *jus puniendi* do Estado, ao conceber que a criminalização de uma conduta somente é legítima se necessária para a proteção de determinado bem jurídico. Se outros ramos do direito forem hábeis para o controle social, o Direito Penal não pode atuar, já que, como *ultima ratio*, somente deve intervir na defesa daqueles bens “imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa” (LOPES, 1999, p.92).

Dessa forma, percebe-se a intrínseca relação existente entre a identificação do bem jurídico digno da tutela penal e o poder punitivo do Estado, uma vez que o Direito Penal, como *ultima ratio*, apenas se torna legítimo e eficaz quando apto a proteger aqueles bens essenciais ao homem e às suas relações sociais.

Tendo em vista que a noção de bem jurídico norteia o sentido do Direito Penal, suas necessidades e seus limites, faz-se necessário conhecer e definir quais são esses bens jurídicos, a fim de que se torne possível formular normas penais incriminadoras capazes, a priori, de protegê-los, sendo a Constituição Federal, documento de relevância ímpar, superior a todas as demais normas do ordenamento jurídico, utilizada como parâmetro de observação obrigatória na seleção dos valores essenciais mercedores da intervenção penal.

Ocorre que, não raras vezes, o Direito Penal intervém na sociedade de forma desmedida, sob o pretexto de assegurar o mito da segurança jurídica e social, ao criminalizar condutas e elevar ao status de bens jurídicos valores que poderiam ser tutelados por outros ramos do Direito. Tem-se, assim, uma ação assujeitadora dos bens jurídicos pelo legislador, que confere ao valor constitucionalmente protegido um sentido maior do que realmente teria, de forma a permitir a tutela penal. Nesse sentido, constata-se a ação do homem sobre o objeto para assujeitá-lo à sua vontade, sem permitir que, dentro de determinado contexto histórico-cultural, esse objeto lhe diga o seu verdadeiro valor, o seu verdadeiro sentido, a partir do desenvolvimento de uma relação intersubjetiva na qual, homem e objeto, interagem sem que um se sobreponha ao outro.

Feitas tais considerações, a presente pesquisa, que possui natureza qualitativa e objetivo exploratório, estando pautada em levantamento bibliográfico e na análise das construções doutrinárias sobre o tema, tratará sobre a ascensão da burguesia ao poder e como esse fato moldou as relações sociais e elevou ao status de bens jurídicos, passíveis de prioridade de proteção pelo Estado a partir da tutela penal, valores essenciais para a manutenção do sistema capitalista, como por exemplo, o patrimônio que alçou um status de relevância fundamental nesse Estado burguês, fundado no liberalismo, no individualismo e em um sistema que garanta a sua perpetuação e a acumulação de capital.

Após, serão abordadas as raízes históricas do conceito de bem jurídico trazendo as noções construídas por Feuerbach, Johann Michael Franz Birnbaum, considerado o “pai” da noção moderna sobre bem jurídico, Karl Binding, Frans von Liszt e, por último, a importância do movimento constitucionalista, pós Segunda Guerra Mundial, para a construção do conceito constitucional de bem jurídico-penal, considerando que os valores fundamentais dignos de proteção pelo Direito Penal serão retirados daqueles consagrados pela Constituição Federal.

Por fim, será demonstrada a influência do esquema sujeito-objeto na construção da noção de bem jurídico-penal durante a modernidade e como o mito da segurança jurídica e social, promessas próprias do Estado Moderno, tornou propícia a atuação de um legislador penal de forma desmedida que,

por meio da edição de inúmeras normas penais que pretendem garantir o bem-estar social no Estado Democrático de Direito, entende como essencial e dignos de tutela pelo Direito Penal, valores que poderiam ser tutelados de forma eficaz por outros ramos de Direito.

1. A ASCENSÃO DA BURGUESIA AO PODER E O CONTROLE SOCIAL IMPLEMENTADO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DE NOVAS RELAÇÕES SOCIAIS

O bem jurídico é aquele bem de relevante valor para o indivíduo e para o convívio social, sendo efetivamente reconhecido pela ordem jurídica como digno de proteção especial. Segundo Silva Filho, o conceito de bem jurídico origina-se a partir do conceito de bem, indo além daquilo que é considerado bom, valioso e desejável individualmente, invadindo a esfera pública, se tornando digno de tutela estatal (SILVA FILHO, 2012, p.79).

O bem jurídico-penal, assim, é aquele que, dentre os mais variados valores fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico, merece uma proteção especial por parte do Estado, restringindo o seu poder punitivo a uma intervenção jurídica estritamente necessária para o restabelecimento da paz e do convívio social.

A noção do que seria bem jurídico é determinante para a formulação de uma norma penal eficaz e legítima, perpassando pela necessária compreensão dos valores essenciais ao indivíduo e a uma determinada sociedade. Entretanto, a sua definição, a partir da seleção de bens e valores sociais fundamentais à sociedade, se torna uma tarefa árdua, tendo em vista a existência do fator temporal e espacial – o que é relevante em um determinado momento pode não o ser posteriormente, assim como pode variar de um lugar para outro.

Como já abordado, a escolha dos valores dignos de tutela penal tem o condão de limitar o *jus puniendi* do Estado sendo, por isso, interessante para a compreensão da noção de bem jurídico, a realização de uma análise histórica acerca da evolução do seu conceito, já que, segundo Alice Bianchini, o bem jurídico é definido a partir da concretização de um sistema de relações sociais em determinada época (BIANCHINI, 2002, p.39).

As relações sociais são desenvolvidas a partir de uma relação de poder, ou seja, a partir da imposição de vontade de um ou uns sobre os outros. Segundo Max Weber, poder consiste na capacidade de um indivíduo impor, no desenvolvimento de uma relação social, a sua vontade sobre os demais (WEBER, 1999, p.33). O Direito, dessa forma, surge como o instrumento utilizado para reduzir ou controlar os conflitos que poderão advir com o desenvolvimento dessas relações sociais – relações de poder que devem ser mediadas para que vontades diferentes sobre um mesmo assunto não entrem em conflito.

Nessa senda, com o intuito de aplacar eventuais conflitos que poderiam surgir no desenvolvimento das relações sociais, passa-se a definir e escolher quais valores são passíveis de prioridade de proteção pelo Estado que, no exercício do seu poder punitivo, pode punir aquele que ofender o bem jurídico digno de tutela penal.

No medievo, sob o império da estrutura de conhecimento baseada na relação objeto-sujeito, na qual o sujeito encontrava-se suscetível aos desígnios do objeto, os valores considerados essenciais eram determinados pela entidade divina – qualquer ofensa era considerada uma ofensa contra Deus e, por isso, passível de punição. Com o Estado absolutista, o Monarca era o detentor do poder de punir e, qualquer ato contrário à sua vontade seria tido como contrário a Deus, já que seu poder encontrava-se fundamentado metafisicamente em um poder divino superior – atentar contra os valores que o rei tinha como absolutos era atentar contra o próprio rei e contra Deus.

Percebe-se que a definição de crime está intrinsecamente relacionada à noção que temos hoje de bem jurídico, sendo essencial para o exercício do *jus puniendi* estatal, uma vez que se trata de uma construção que se relaciona ao exercício do poder – aquela classe ou grupo dominante que assume o poder é quem define quais valores são essenciais para a manutenção do poder e o convívio social. Trata-se de uma construção daquele que detém o poder com o fim de firmá-lo perante os demais ao incutir na sociedade a ideia de uma necessária obediência cega, sob pena daquele que se desviar dos padrões aceitáveis de comportamento sofrer uma violenta punição (FOCAULT, 2014, p.133 e ss).

A relação de poder, contudo, se transforma com o decorrer do tempo. Com a queda do regime absolutista e a ascensão da burguesia ao poder, há o lançamento de um projeto de uma nova sociedade ancorada em uma nova base econômica – o capitalismo, no qual, o recém-constituído sujeito da modernidade encontra-se submetido a um novo modo de controle das relações sociais impostos pelo Estado Moderno, priorizando-se uma maior proteção ao patrimônio do que ao próprio indivíduo – novas relações de poder abrem novas possibilidades ao sujeito e viabilizam novas estratégias de controle social.

Dessa forma, a partir do uso do metadiscurso (discurso aparente, superficial, que não demonstra o seu verdadeiro sentido com o fim de manter a ordem e o poder – trata-se do não dito e que é velado pelo(s) discursos oficiais), a burguesia, nova classe dominante, elenca os valores sociais dignos da tutela penal e, portanto, necessários para a manutenção do Estado capitalista nos moldes necessários à sua permanência como classe detentora do poder, moldando as relações sociais para sustentar essa posição ao subjugar a sociedade àquilo que entende como essencial ao bom convívio social.

Conforme Silva Filho (2012, p.81), o bem jurídico, enquanto valor fundamental definido pela classe dominante, “assume uma função de defesa do modelo de Estado (e sociedade) fundado no liberalismo, no individualismo e no sistema de produção burguês, de seus valores e destinado à sua perpetuação e reprodução”.

O ilegalismo popular outrora praticado e tolerado pela burguesia, pois condizente com seus interesses na sua busca pelo poder, passou a ser repellido por essa classe, pois, agora, ela era a vítima. Assim, uma vez que essa classe se vê atacada em seus interesses e em sua riqueza, passa a implantar a ideia do delinquente como inimigo social, aquele que foge à normalidade de um Estado por ela sustentado, devendo ser docilizado para ser reinserido à sociedade. Nesse sentido, segundo Michel Foucault,

Ao se proletarizar, a plebe transferiu para a propriedade burguesa as técnicas e as formas de ilegalismo por ela criadas, em cumplicidade com a burguesia, durante todo o século XVIII. Por conseguinte, quando a burguesia constatou a transferência desse ilegalismo para a sua propriedade e temeu seus efeitos, foi preciso reprimi-lo (FOUCAULT, 2015, p. 137).

É preciso observar que, uma vez consolidado o capitalismo e, por sua vez, o poder estatal nas mãos da burguesia, passou-se a criar mecanismos para assegurar a sua manutenção, a sua perpetuação, impedindo a dilapidação da riqueza, dos bens e lucro, fundamentais ao sistema capitalista. Para tanto, implementou-se um método de dominação estruturada em, por e para uma sociedade dentro de uma escala de valores que segue uma ordem estratégica e instrumental, acobertado por um discurso de sustentação com aparência legítima (metadiscurso). Segundo Nilo Batista,

A missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena. Numa sociedade dividida em classes, o Direito Penal estará protegendo relações sociais escolhidas pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações (BATISTA, 2007, p.116).

A burguesia, assim, consoante lição de Silva Filho:

(...) trata de proteger a estrutura gerada (e geradora) de sua matriz fundamental, fazendo surgir um movimento circular (no sentido de retroalimentação) um Direito Penal patrimonialista, destinado a manter os ideais da sociedade individual liberal burguesa, sacrificando todos e tudo aquilo que se lhe impusessem no caminho (SILVA FILHO, 2012, p.83).

Portanto, levando-se em consideração essa nova realidade social, na qual prevalecem os ideais de uma nova classe dominante que quer se firmar no poder – a burguesia, para a manutenção dessa estrutura de domínio faz-se imprescindível que os indivíduos sejam subjugados pelo Estado, tornando-se corpos dóceis, fáceis de manipular, segundo terminologia adotada por Foucault (2014, p.134). Nessa senda, o Direito Penal, ramo que tutela os valores essenciais desse Estado, passa a falsa noção de uma proteção universal, que alcança todos os indivíduos da sociedade quando, na verdade, apenas atende aos interesses daqueles que detêm o poder. Para Foucault:

O crime não é uma virtualidade que o interesse ou as paixões introduziram no coração de todos os homens, (...) é coisa quase exclusiva de uma certa classe social; (...) seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; (...) é mais prudente reconhecer que ela é feita para alguns e se aplica a outros; (...) em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas (FOUCAULT, 2014, p.270).

Percebe-se, pois, que o Direito Penal, enquanto instância repressora do Estado, protegia apenas os interesses daqueles que detinham o poder, se aplicando apenas a eles e não a todos indistintamente, como o deveria ser.

2. AS RAÍZES HISTÓRICAS DA NOÇÃO DE BEM JURÍDICO

O Direito Penal, *ultima ratio legis*, é o ramo do Direito fundamental para a concretização dos valores passíveis de proteção pela intervenção estatal. Conforme já abordado, em um primeiro momento, o Direito Penal estava intrinsecamente ligado à divindade – a noção de crime estava relacionada à vontade de Deus. Posteriormente, o soberano, investido de um poder divino, era capaz de impor sua vontade, subjugando a todos, em razão de um poder metafísico, concedido por Deus. Nessa senda, o crime era aquilo que o soberano queria que fosse.

Com a ascensão da burguesia ao poder, o crime passou a ser toda conduta que atentasse contra o Estado liberal atingindo, direta ou indiretamente, o patrimônio, bens e lucros tão visados pela classe dominante. O criminoso era aquele corpo indócil, que se desviava dos padrões comportamentais esperados por esse modelo estatal, frustrando as expectativas da sociedade industrial por rebelar-se, devendo ser punido para retornar à normalidade pretendida, consubstanciada em um corpo dócil, pouco ou não resistente, submisso, fácil de manipular e temente às normas que regem a moral e os costumes (SILVA FILHO, 2010, p.85).

A docilização dos corpos é retratada por Foucault como a maneira com que aqueles que detêm o poder se utilizam dele para produzir corpos submissos, manipulados e aperfeiçoados de forma a garantir que o indivíduo aja em conformidade com as regras estabelecidas, segundo os interesses daqueles. Para o autor, o exercício do poder disciplinar pelo ente estatal é o responsável pela produção desses corpos dóceis - “a disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos dóceis.” (FOUCAULT, 2014, p.135). Dessa forma, os corpos indóceis, que deixam de agir segundo a normalidade esperada pelo ente estatal, devem ser subjugados a partir da imposição de alguma sanção para que deixem de ser anormais, voltando a ser docilizados e, assim, mais facilmente controlados.

A real intenção da classe burguesa era implementar meios que garantissem o exercício do livre mercado e a acumulação de riquezas, o que somente seria possível a partir da subjugação dos indivíduos que não tinham patrimônio (e, por isso, eram considerados apenas força de trabalho), através de um ideal materializado no homem médio, facilmente contido e assujeitado por meio do controle penal. Assim, era preciso conter essa mão de obra constantemente explorada, era preciso docilizar seus corpos (corpo dócil é um corpo útil), inculcando neles a ideia de que todos teriam os mesmos direitos de liberdade e igualdade, considerados abstratamente, mas desiguais em poder social face à concreta desigualdade em recursos materiais (SANTOS, 1979, p.37).

Desse modo, o controle social exercido pelo Direito Penal era feito a partir da criminalização excessiva dos atos que atentassem contra os valores burgueses, próprios do projeto moderno que se apresentava como modelo ideal, funcionando a pena sofrida por aqueles que desviassem suas condutas do comportamento esperado (corpos dóceis) como estigma social – o poder se constituiu em proveito dos vencedores e em prejuízo dos vencidos. O Direito Penal, assim, não defende os interesses de toda sociedade, mas, preferencialmente, “os direitos e interesses daqueles a favor dos quais o poder político se constituiu.” (SILVA FILHO, 2012, p.91).

No final do século XVIII, Feuerbach, filósofo de matriz kantiana, trouxe uma das primeiras noções sobre bem jurídico, segundo o qual seriam direitos subjetivos que visavam impedir a aplicação da lei de modo arbitrário, independentemente de qualquer lesão, consistindo em uma reação do Iluminismo ao período anterior, cujo Direito Penal se encontrava ao alvedrio daqueles que detinham o poder (SILVEIRA, 2003, p.38). Assim, o Estado somente poderia intervir nas relações sociais quando algum direito subjetivo do cidadão fosse lesionado – sem lesão a esses direitos não haveria crime a ser punido. A noção de bem jurídico, portanto, trabalhada por Feuerbach, relacionava-se aos direitos subjetivos dos cidadãos. Dessa forma, para o autor, “crimen es, en el más amplio sentido, una injuria contenida

en una ley penal, o una acción contraria al derecho de otro, conminada en una ley penal.” (FEUERBACH, 2007, p.55).

Atribui-se, porém, a Johann Michael Franz Birnbaum, em 1834, a noção moderna do conceito de bem jurídico como objeto de proteção penal, substituindo o conceito anterior, desenvolvido por Feuerbach, cuja ofensa a um direito subjetivo consistia no fundamento da sanção penal. Segundo Birnbaum, o Direito Penal visa à proteção de bens e não de direitos subjetivos, já que esses não podem ser lesionados – o que se lesiona é o objeto sobre o qual recai o direito subjetivo. (BRANDÃO, 2002, p.108) Nesse sentido, o delito é definido como “toda lesión o puesta en peligro, imputable a la voluntad humana, de un bien que el poder público ha de garantizar parejamente a cada cual [...]”. (BIRNBAUM, 2010, p.59). Assim, “si se quiere considerar al delito como una lesión, este concepto debe referirse naturalmente a una lesión de un bien, y no a la de un derecho.” (VARELA VENTURA, 2011, p.211).

A partir das lições de Birnbaum, Karl Binding, influenciado pelos ideais positivistas, desenvolveu a noção de bem jurídico em sentido formal, ou seja, seria bem jurídico tudo aquilo que o legislador elegeu como tal, dada a sua relevância. Caberia ao legislador definir o bem jurídico a ser protegido, dando ensejo ao conceito formal de delito (PRADO, 2019, p.24). Desse modo, o delito consiste na lesão de um direito subjetivo do Estado, devendo haver congruência entre a norma e o bem jurídico por ela revelado. Isso porque para ele, independente da lesão a qualquer elemento material, o delito caracteriza uma infração ao dever de obediência estatal imposto pela norma e, por consequência, ao bem jurídico que se encontrasse vinculado a ela. Em síntese:

Para Binding, la norma, es el producto de la soberanía del Estado y expresa la valoración del legislador. El bien jurídico está establecido dentro de cada norma jurídico-penal; lo lleva em sí, em su ser. Corolario: si cada norma es portadora de un bien jurídico, el Estado, puede exigir su cumplimiento; además, su lesión, es una infracción al derecho subjetivo estatal (ROXIN, 2016, p.178).

Frans von Liszt, por sua vez, defendia que o Direito deve se voltar à proteção de situações reais, existindo por vontade do homem, ou seja, o Direito tem como fim a tutela de interesses fundamentais da vida humana, que surgem a partir do desenvolvimento de relações individuais e sociais perante o Estado. Assim, são esses interesses humanos, dignos de reconhecimento e proteção jurídica pelo Direito, os denominados bens jurídicos. Nesse sentido, consoante Liszt:

Chamamos bens jurídicos os interesses que o direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são

interesses humanos ou do indivíduo ou da coletividade. É a vida, e não o direito que produz o interesse, mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico (LISZT, 2003, p.139).

Assim, tem-se que para Liszt, o bem jurídico não é resultado da atuação discricionária do legislador, que decide quais interesses são dignos de proteção pela norma (bem jurídico em sentido formal, segundo Binding), mas sim, interesses vitais do ser humano, resultantes do desenvolvimento de suas relações sociais, sendo, portanto, anteriores à própria norma - “el orden jurídico – dijo – no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico.” (ROXIN, 2016, p.190).

No século XX, a compreensão do bem jurídico sofre uma mudança significativa, deixando de lado a concepção formal, segundo a qual o bem jurídico seria aquilo que está expresso na lei, adotando-se pressupostos neokantianos, sendo considerado um valor com cunho ético-social, juridicamente protegido pela norma penal. Assim, em síntese, pode-se entender que o bem jurídico é a expressão do valor que se identifica como condição de existência da própria norma penal.

Após a Segunda Guerra Mundial, o movimento constitucionalista ganha força devido ao fracasso da racionalidade moderna, estruturada a partir do positivismo, que permitiu que governos totalitários (como o nazismo, por exemplo), sob o manto da legalidade, cometessem atrocidades contra minorias que não se enquadravam no estereótipo pretendido. Dessa forma, consoante Maurício Antonio Ribeiro Lopes:

O constitucionalismo (...) deixou como resultado a indispensabilidade da Constituição no Estado contemporâneo e uma liberdade relativa de criação do sistema e estrutura de governo e poder, em função de uma determinada rigidez de conteúdo, demarcada historicamente, a ser observado pelas Constituições (LOPES, 1999, p.50).

Assim, as normas constitucionais passam a ocupar um lugar hierarquicamente superior às demais normas do ordenamento jurídico, sendo a Constituição o documento normativo que expressa os valores essenciais de uma sociedade, limitando a atuação dos detentores do poder aos seus preceitos – qualquer lei ou ato contrário aos seus mandamentos é inconstitucional e, portanto, não pode ter legitimidade e eficácia. Por conseguinte, entende-se, pois, que o bem jurídico-penal é aquele situado dentre os valores fundamentais à sociedade, ou seja, o bem jurídico deve ter respaldo na ordem constitucional, encontrando-se o legislador penal vinculado aos valores constitucionais consagrados pelo constituinte e, portanto, pela própria sociedade.

Considerando-se que o bem jurídico-penal tem como fundamento os valores consagrados pela Lei Maior, desenvolveu-se dois grupos de teorias constitucionais sobre o bem jurídico, segundo o método de vinculação com a norma constitucional: de caráter geral ou amplo e de caráter estrito ou restrito. De acordo com a primeira corrente, a Constituição é o parâmetro adotado para se encontrar os bens jurídicos dignos de tutela penal, sem contudo, ser taxativa, ou seja, outros bens, ainda que não mencionados diretamente pela norma constitucional, podem ser criminalizados pelo legislador, desde que com ela compatível (BIANCHINI, 2002, P.44).

Já para a teoria constitucional restrita, os bens jurídicos penais só podem ser extraídos da Constituição, não podendo o legislador ir além do texto constitucional, encontrando-se taxativamente vinculado a ele. Uma vez que o Direito Penal tem o condão de restringir os direitos fundamentais daquele que venha a ser alvo de alguma sanção criminal, o bem jurídico violado deve refletir os valores essenciais consagrados na ordem constitucional, ou seja, é na Constituição Federal que se encontram os valores socialmente relevantes dignos de proteção pelo Direito Penal (PRADO, 2019, p.65).

Portanto, pode-se concluir que é a Constituição da República o documento supremo a ser utilizado como parâmetro a ser adotado na seleção daqueles valores fundamentais, dignos da proteção estatal, a partir da criminalização das condutas que possam lesioná-los, ou seja, apenas quando o bem jurídico revelar um caráter de essencialidade à sociedade, tendo como fundamento os direitos e valores consagrados pela norma constitucional, poderá o Direito Penal, *ultima ratio* do sistema, atuar em sua proteção.

3. A NECESSÁRIA SUPERAÇÃO DO ESQUEMA SUJEITO-OBJETO E A CONSTRUÇÃO DO BEM JURÍDICO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Apresentada a evolução histórica sobre a noção de bem jurídico, percebe-se que ainda não há um conteúdo seguro que permita a identificação do que se pode ou não criminalizar. Sabe-se que o Direito Penal, enquanto ramo do Direito mais gravoso por implicar na imposição de sanções privativas da liberdade, somente poderá atuar quando as demais áreas do ordenamento jurídico se mostrarem insuficientes para a proteção dos valores essenciais à sociedade. Trata-se do princípio da subsidiariedade, que prevê a atuação do Direito Penal somente quando outros ramos do Direito não puderem tutelar de forma adequada e suficiente o bem jurídico (ROXIN, 2016, p.866).

Consoante lição de Régis Prado (2019, p.78), a ideia de bem jurídico requer a realização de um “juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser

humano”. Esses bens, enquanto valores sociais relevantes, devem ser retirados daqueles previstos na Constituição Federal e refletir a realidade social em um determinado contexto histórico-cultural, estando em harmonia com a ideia de Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a identificação e seleção dos valores essenciais à sociedade passa, necessariamente, por dois juízos de valor: o primeiro, pelo constituinte, que elenca os bens fundamentais dignos de proteção pela Constituição Federal; o segundo, pelo legislador ordinário, que escolhe, dentre os bens fundamentais constitucionais, quais merecem ser resguardados a partir da intervenção do Direito Penal, instância mais grave do Direito.

A tutela penal dos valores essenciais do Estado depende da atuação dos representantes eleitos pelo povo que, por intermédio de razões discricionárias, determinam o objeto da matéria penal, caracterizando o chamado esquema sujeito–objeto, construção própria da modernidade que confere ao sujeito cognoscente o poder de atribuir sentido às coisas. Trata-se de uma subjetividade assujeitadora do objeto – é o sujeito quem atribui o sentido das coisas, quem objetifica o objeto, atribuindo-lhe o entendimento que melhor lhe convier segundo razões solipsistas (STRECK, 2017, p.255).

O bem jurídico-penal, adotando-se a modernidade como ponto de referência, pode ser entendido como uma construção do homem que, a partir da seleção dos valores essenciais à comunidade, escolhe quais, dentre eles, seriam dignos da tutela penal. Ocorre que essa seleção se dá a partir de razões subjetivas, discricionárias – “los bienes jurídicos penalmente protegidos son una creación del legislador” (ROXIN, 2016, p.1058), ou seja, é o legislador penal, representante dos interesses da sociedade, quem define o que merece a proteção do Direito Penal, a partir da adoção de fundamentações solipsistas.

Quando se aborda o solipsismo pretende-se trazer à tona a questão de como o sujeito submete o conhecimento e o mundo à sua consciência. Trata-se da relevância dada ao homem enquanto ser dotado de conhecimento – o sujeito basta a si mesmo. A subjetividade presente no solipsismo é própria da modernidade, na qual o mundo divide-se entre sujeito e objeto, sendo aquele o responsável pelo assujeitamento do sentido das coisas, a partir de “uma vontade individual, de um idealismo, ou de um subjetivismo” (STRECK, 2017, p.273). Para Lênio Streck,

O solipsismo é um engodo teórico; ele existe difusamente num imaginário que se constituiu a partir da modernidade. Aliás, foi a modernidade que ‘inventou’ o solipsismo. Ele é condição de possibilidade da modernidade! E essa invenção ainda produz efeitos (e drásticos). (STRECK, 2013, p.711).

Entretanto, a exaustão do Estado moderno e, conseqüentemente, do constitucionalismo moderno, no qual, inúmeras promessas foram feitas, mas

não realizadas pelo ente estatal, nos revela a necessidade de um novo modelo constitucional, promotor de liberdades e garantias por meio de um modelo social democraticamente organizado como plural, tolerante e incluyente, pautado pela não violência, estruturado a partir de um núcleo duro de direitos e garantias fundamentais como horizonte de compreensão daquilo que se torna a nova proposta do Estado, como uma releitura e resgate daquilo que se prometeu (mas não se cumpriu) na modernidade.

Tal perspectiva, destinada a suplantar as estruturas positivistas modernas, demanda uma alteração do paradigma de compreensão. Assim, o ganho qualitativo do novo paradigma passa necessariamente pela superação do esquema sujeito-objeto, que dá lugar a uma compreensão baseada na intersubjetividade como condição de possibilidade das transformações pedidas e do resgate do mundo concreto, necessário para a percepção de toda extensão da nova e complexa proposta de como deve ser o arranjo social gerenciado pelo Estado no mundo contemporâneo.

No Estado Democrático de Direito, estruturado a partir dos modelos neoconstitucionalistas, a garantia, a proteção e o respeito dos direitos humanos e fundamentais são essenciais, sendo a Constituição da República o documento supremo, de observação obrigatória para o ideal funcionamento estatal. Assim, como já abordado anteriormente, é na Carta Magna que se encontram os valores primordiais à sociedade, funcionando como uma obrigação positiva ao Estado – que tem o dever de assegurar e concretizá-los, mas também, como limite à atuação dos Poderes da República, que, no exercício da sua competência constitucional, não poderão violá-los.

Dessa forma, o legislador, por exemplo, não poderá editar uma norma contrária aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal ou para satisfazer anseios populares, pois implicaria na atuação desmedida do Direito Penal, violando o princípio da subsidiariedade, que prevê que a tutela penal somente será necessária quando os demais ramos do Direito se mostrarem insuficientes.

É preciso entender que a construção social a respeito da reprovabilidade de certas condutas na esfera penal não implica no seu reconhecimento como bem jurídico digno de tutela pelo Direito Penal. Isso somente ocorrerá por meio da atuação do legislativo, que deve levar em consideração a temporalidade e a historicidade dos fenômenos reprováveis em cada momento histórico.

Entretanto, o mito da segurança jurídica e social, promessas do Estado moderno, torna propícia a ação de um legislativo movido pelo clamor social, tornando o Direito Penal um Direito excessivamente intervencionista e moralista, pois criminaliza, de forma desmedida, condutas que poderiam ser solucionadas por outros ramos do Direito, sob o pretenso argumento de proteção estatal abstrata.

O Direito Penal, assim, em vez de atuar como mecanismo estatal de controle social, com o fim de sancionar aquelas condutas que lesionem os bens jurídicos de maior relevância para a sociedade, observando o princípio da subsidiariedade, segundo o qual a intervenção penal somente é legítima e necessária quando todos os outros ramos do Direito fracassarem na tutela do bem jurídico, passa a ser utilizado como garantia de ordem e segurança pública, sancionando, por exemplo, crimes de perigo abstrato e crimes contra o patrimônio – esses últimos podem ser entendidos como decorrência lógica do sistema capitalista, que garante aos bens patrimoniais um caráter fundamental, com o fim de assegurar a acumulação de capital, sendo que poderiam ser eficazmente tutelados por outras instâncias do Direito.

Ademais, os crimes de perigo abstrato demonstram a desmedida ingerência do legislador e, por conseguinte, do próprio Estado no âmbito individual sob a fundamentação de uma pretensa proteção social e da garantia do bem-estar social, uma vez que se tratam de crimes em que não se exige a lesão de um bem jurídico ou a sua colocação em risco real e concreto. Isso não se coaduna com a noção de intervenção mínima do Direito Penal e, por sua vez, com a própria noção de bem jurídico-constitucional e da necessidade de sua violação – a questão do Direito Penal do risco e do dano.

Segundo Régis Prado, a concepção adequada de bem jurídico-penal mostra-se essencial para o Direito Penal, instrumento do próprio Estado Democrático de Direito, uma vez que:

O bem jurídico tem uma transcendência ontoaxiológica, dogmática e prática que em certo sentido é basilar e, por isso, indeclinável. De sua essência, entidade e conteúdo depende, não já a estruturação técnica, senão a própria existência do ordenamento punitivo de qualquer Estado de cultura democrática (PRADO, 2019, 17).

A necessária proteção dos bens jurídicos, portanto, advém das próprias funções essenciais do Estado Democrático de Direito e da indispensável proteção garantida pelo Direito Penal aos bens jurídicos consagrados pela sociedade como valores estatais fundamentais à convivência social pacífica. Há, nessa senda, o desenvolvimento de uma necessária relação entre o sujeito e o Estado, em se tratando de matéria penal, consoante lição trazida por Silva Filho:

Se de um lado o Estado deve garantir a proteção dos indivíduos, evitando lesões a bens jurídicos e, casos estas ocorram, agir no sentido de minimizar seus efeitos e em última análise, sancionar quem promove tais lesões; por outro lado, deve conter-se no ímpeto retributivo, abstando-se de sancionar condutas que não tragam em si lesões concretas a bens jurídicos

ou que não tenham sentido além da expiação pura e simples (SILVA FILHO, 2012, p.110).

Assim, a criminalização de condutas pela norma penal somente é legítima quando expor a perigo concreto bens imprescindíveis à existência do indivíduo em sociedade, não devendo o Direito Penal ser objeto de manobras ideológicas que, a partir de um discurso do temor pela segurança social e jurídica, implica na criminalização excessiva e na seleção de bens jurídicos que poderiam ser eficazmente tutelados por outros ramos do direito, desencadeando uma supremacia do Estado sobre o homem, o que se revela incompatível com o modelo de Estado Democrático de Direito.

É preciso, pois, superar o esquema sujeito-objeto, próprio da modernidade, no qual o legislador e o bem passam a ser encarados não como sujeito e objeto, onde o primeiro determina o sentido do último, sendo imprescindível, assim, a evolução do conceito de bem jurídico com o ganho qualitativo da compreensão por meio do esquema sujeito-sujeito, no qual se permita que o sujeito, no caso o legislador, deixe que o bem lhe diga algo, que revele a sua essencialidade e, portanto, a necessidade de tutela pelo Direito Penal, levando-se em conta o contexto histórico-social da sociedade, sempre visando a promoção do bem-estar social.

CONCLUSÃO

A teoria dos bens jurídicos penais visa identificar os valores essenciais à sociedade e ao indivíduo, particularmente considerado, que são dignos de proteção pelo Direito Penal, sendo a intervenção estatal legítima apenas na medida em que estritamente necessária à proteção do bem-estar social e do sujeito, individualmente considerado. Nessa senda, o bem jurídico é condição legitimante da tutela penal, restando o Direito Penal autorizado a intervir apenas quando indispensável a tutela de um valor fundamental.

A noção de bem jurídico está em constante evolução para atender aos anseios sociais de acordo com o contexto histórico e cultural de cada sociedade. Assim, considerando-se a ascensão da burguesia ao poder, percebemos que o conceito de bem jurídico passou a considerar relevante e a tutelar, principalmente, os interesses patrimonialistas dessa nova classe social, aplicando sanções graves contra aqueles que cometessem crimes contra o patrimônio, retirando, dos outros ramos do Direito, a tutela desse bem, que poderia acontecer de forma menos interventiva e violenta.

No Estado Democrático de Direito, temos a superação do Estado Liberal individual e dos valores impostos como absolutos pela classe detentora do poder – a burguesia. Agora, o individualismo perde espaço para o social,

sendo os valores fundamentais da sociedade inseridos na Constituição Federal, documento supremo legitimante para a atuação de todos os poderes, inclusive do legislador ordinário, que somente pode tutelar os bens jurídicos mais relevantes dentre os previstos constitucionalmente, não podendo selecionar bens ou criminalizar condutas que poderiam ser objeto de proteção por outros ramos do Direito. Por conseguinte, a seleção de bens jurídicos não essenciais ao Direito Penal e a consequente criminalização de condutas, a partir da ação de um legislador que procura satisfazer os anseios populares, é inaceitável no modelo democrático.

Contudo, é comum que o legislativo atue impulsionado pela construção social acerca da reprovabilidade de determinadas condutas, com o fim de alcançar a promessa do Estado moderno sobre a essencialidade da segurança jurídica e social a ser promovida pelo ente estatal. Dessa forma, o legislador, para atender o clamor social ou para garantir a aparência de segurança, garante a alguns bens o status de fundamental, tornando propícia a criminalização de condutas lesivas a esses bens que poderiam ser tutelados por outros ramos que não o Direito Penal. E isso somente ocorre em razão da racionalidade ancorada na modernidade, ou seja, no esquema sujeito-objeto, no qual o legislador atribui o sentido às coisas, assujeitando o objeto, sendo esse um dos maiores obstáculos para a efetivação da racionalidade intersubjetiva, própria do esquema sujeito-sujeito, essencial para a nova proposta de arranjo social gerenciado pelo Estado contemporâneo.

Assim, o legislador penal passa a assujeitar o bem jurídico para se adequar à promessa de segurança jurídica, própria da modernidade, valendo-se do esquema sujeito-objeto, que deve ser superado no atual momento histórico-cultural, no qual requer-se um Direito Penal mínimo, cuja intervenção se dê apenas quando estritamente necessária para a garantia do bem-estar social. É preciso permitir que os bens jurídicos demonstrem a sua fundamentalidade e, portanto, a indispensabilidade da norma penal para a sua proteção, tendo o legislador penal o dever de observar a Constituição Federal ao delimitar o objeto de tutela do Direito Penal.

Portanto, a concepção e definição de bem jurídico assumiu uma dimensão fundante da intervenção penal, já que funciona como fundamento e limite da legitimidade do Direito Penal. Qualquer atuação legislativa além ou aquém da estritamente necessária para a identificação, seleção e proteção dos valores constitucionais realmente fundamentais para a sociedade, que torna indispensável a tutela do Direito Penal, implica em uma intervenção estatal desmedida e, portanto, ilegítima, devendo ser repelida pelo Estado Democrático de Direito. O necessário resgate do papel do bem jurídico no novo modelo de Estado proposto pelo constitucionalismo contemporâneo é, assim, condição de legitimidade da intervenção estatal por intermédio do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revann, 2007.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore. S. O rendimento da teoria do bem jurídico no Direito Penal atual. *Revista Liberdades*, São Paulo, nº1, p.16-29, maio/ago. 2009. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/1/artigo1.pdf. Acesso em: 24 de fev. 2020.

BIANCHINI, Alice. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2002.

BIRNBAUM, Franz, *Sobre la necesidad de una lesión de derecho para el concepto de delito*. Trad.: GUZMÁN DALBORA, José; Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2010.

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

FOCAULT. Michel. A sociedade punitiva: Curso no Collège de France (1972-1973). Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

FOCAULT. Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 42. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2014.

GILBERT, Martin. *A Segunda Guerra Mundial: os 2.174 dias que mudaram o mundo*. Trad. Ana Luísa Faria, Miguel Serras Pereira. Rio de Janeiro, Casa da Palavra, 2014.

HERB, Karlfriedrich. Além do bem e do mal: o poder em Maquiavel, Hobbes, Arendt e Foucault. *Rev. Bras. Ciênc. Polít.*, Brasília, n.10, p.267-284, Abr. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522013000100008&lng=en&nrm=iso. Acesso em 15 de fev. 2020.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tradução de José Higinio Duarte Pereira. Tomo I. Campinas: Russell, 2003.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Princípios políticos do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Juliana Helena Almeida Medeiros
Edson Vieira da Silva Filho

ROXIN, Claus. *El Concepto de Bien Jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen – acerca de la ratio del privilegio del desistimiento em Derecho Penal*. Ediciones Cueva Carrión, 2016.

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

SILVA FILHO, Edson Vieira da. *O direito penal no Brasil contemporâneo: uma (re)construção necessária presa a muitas amarras*. Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 22, p. 337-362. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/575>. Acesso em: 15 de fev. de 2020.

SILVA FILHO, Edson Vieira da. *A (des)construção hermenêutica do direito penal em terrae brasilis: o bem jurídico à luz da Constituição*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estácio de Sá (UNESA). Rio de Janeiro, 2012.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

STRECK, Lênio Luis. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito À luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK. Lênio Luis. *Verdade e consenso*. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6. ed. rev. E ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Vol. I. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial, 1999.

