



A crise da crise do conceito de bem jurídico

The crisis within the crisis of the concept of legal good.

La crisis dentro de la crisis del concepto de bien jurídico.

 DOI: <https://doi.org/10.17655/rdct.2025.e0003>



Erick Maia ¹

 Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

 <http://lattes.cnpq.br/4619904910293890>

 <https://orcid.org/0009-0000-6656-056X>

¹ Mestrando em Direito Penal, pela Uerj, Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro, Ex-Defensor Público do Estado de São Paulo. Graduado em Direito, pela Uerj | E-mail: erick.maia@defensoria.rj.def.br

RESUMO:

Este artigo analisa o desenvolvimento histórico da teoria do bem jurídico para a partir daí verificar se há – de fato – uma crise de tal conceito ou se ele ainda possui alguma utilidade. A partir da constatação da atualidade e da intensidade da expansão do poder de punir, conclui-se que o abandono de tal conceito se mostra equivocado. A alternativa proposta é a reformulação do conceito ancorada no constitucionalismo e na criminologia crítica, adotando uma perspectiva personalista compatível com a dignidade da pessoa humana, que permita ao bem jurídico se coordenar com outros princípios (lesividade, fragmentariedade, intervenção mínima) com o objetivo claro de contenção do poder punitivo, em uma vertente funcional teleológica redutora.

PALAVRAS-CHAVE:

Bem jurídico. Constitucionalismo. Perspectiva Personalista. Vertente Funcional Teleológica Redutora

ABSTRACT:

This article analyzes the historical development of the legal good (interest) theory of legal law to ascertain if a genuine crisis of the concept exists or if it still holds any utility. Observing the current reality and the intense expansion of punitive power, the conclusion is that abandoning the concept is mistaken. The proposed alternative is the reformulation of the concept anchored in constitutionalism and critical criminology, adopting a personalist perspective compatible with the dignity of the human person. This approach allows the legal good to coordinate with other principles (harmfulness, fragmentariness, minimum intervention) with the clear objective of containing punitive power, within a reducing teleological functional aspect.

KEYWORDS:

Legal good/interest (theory of good law). Constitutionalism. Personalist Perspective. Reducing Teleological Functional Aspect

RESUMEN:

Este artículo analiza el desarrollo histórico de la teoría del bien jurídico para determinar si existe una verdadera crisis del concepto o si aún conserva alguna utilidad. Observando la realidad actual y la intensa expansión del poder punitivo, se concluye que abandonar el concepto es un error. La alternativa propuesta es la reformulación del concepto, anclada en el constitucionalismo y la criminología crítica, adoptando una perspectiva personalista compatible con la dignidad de la persona humana. Este enfoque permite que el bien jurídico se coordine con otros principios (lesividad, fragmentariedad, mínima intervención) con el claro objetivo de contener el poder punitivo, dentro de un aspecto teleológico funcional reductor.

PALABRAS CLAVE:

Bien jurídico/interés (bien jurídico). Constitucionalismo. Perspectiva personalista. Aspecto teleológico funcional reductor.



1. Introdução

Atualmente, muitos autores têm questionado a utilidade do conceito de bem jurídico, não sendo incomum nos depararmos com afirmações de que há uma “crise do bem jurídico” ou de que o conceito está em seu leito de morte.

No entanto, o que na verdade se tenta colocar em xeque não é propriamente o conceito de bem jurídico, mas sim sua função político-criminal, ou seja, a capacidade dessa categoria de impor limites ao poder estatal de incriminar.

Sobre essa função em específico, é importante ressaltar que nem sempre esteve presente e, ao longo da história, foi possível notar, pelo menos, quatro posturas diferentes acerca de tal conceito. Sendo certo, ainda, que o desenvolvimento histórico do conceito não foi linear, tendo se amoldado às características políticas e sociais de cada época.

Com efeito, foi apenas na segunda metade do século XX que ganhou força a concepção de bem jurídico cuja a pretensão é de ser explicitamente um conceito limitador (o que numeraremos de 1ª postura, embora não necessariamente a primeira em ordem cronológica, até porque, como será visto, há controvérsias se a origem de tal conceito tinha um viés limitador).

Essa primeira postura decorreu da tentativa de contrapor toda argumentação produzida por parcela da doutrina nazista, que buscava a superação e aniquilação do conceito de bem jurídico, mais especificamente doutrinadores da “Escola de Kiel”, que o enxergavam como um obstáculo ao seu objetivo de expandir o poder punitivo (2ª postura).

Por outro lado, mais recentemente, o que se tem notado é uma abstração do conceito, movimento que não é inédito no percurso do conceito, mas que ganha uma intensidade talvez jamais vista, em um malabarismo argumentativo e linguístico que converte o conceito limitador de bem jurídico lesado ou posto em perigo concreto, no confuso bem jurídico tutelado. Essa deturpação do conceito, sem negá-lo como fez a segunda postura, habilita e robustece o exercício do poder punitivo estatal (3ª postura), dentro de um contexto do movimento de expansão do direito penal.

Segundo Ferrajoli (2013), na jornada do bem jurídico houve uma espécie de investida “anti-iluminista” e “antigarantista”, a partir do século XIX, que obteve como resultado o esvaziamento da função limitadora do bem jurídico e que se converte em um recurso retórico apto a legitimar o poder punitivo. A partir daí desaparecem progressivamente do horizonte das teorias do bem jurídico os interesses materiais dos indivíduos de carne e osso, para deixarem em seu lugar principalmente os interesses e a vontade do Estado.

Em reação a essa terceira postura, partindo da constatação de que o conceito é utilizado muito mais para legitimar do que para limitar o poder, alguns autores têm buscado a superação da noção de bem jurídico, propondo a construção de novos critérios limitadores (4ª postura). Assim, diferentemente da 2ª postura, adotada por parte da doutrina nazista, essa corrente – apesar de buscar a superação do conceito de bem jurídico – não o faz com o intuito de incrementar o poder punitivo estatal, mas de reduzi-lo. Enquanto a Escola de Kiel entendia o conceito como um incômodo ao poder, essa nova postura entende o conceito como um catalisador do poder.

No entanto, parafraseando o professor Salo de Carvalho (2023), quando trabalha a crise da criminologia crítica, podemos afirmar que a dita crise do conceito (político-criminal) de bem jurídico serve mais como um standard retórico que enfraquece sua potência prático-teórica.

Assim, partindo de uma perspectiva funcional teleológica redutora e ancorados nos dados empíricos da nossa realidade marginal, seria lícito sustentar que, na verdade, se assiste à crise da crise do conceito de bem jurídico, mais necessário do que nunca, pois, como observa Zaffaroni (2014): “o bem jurídico é um conceito logicamente necessário, não se podendo prescindir, pois com sua renúncia desaparece todo sentido na proibição: proíbe-se porque proíbe”.

Ao invés de renunciarmos um possível filtro limitador, devemos apostar na atuação de diversos filtros para que o direito penal exerça o papel dique de contenção do poder punitivo.



2. Feuerbach – Primeiro antecedente histórico: a teoria da lesão de direito subjetivo

Antes de adentrarmos na urgência do fortalecimento do conceito de bem jurídico, entendemos interessante fazer um breve panorama histórico do conceito, com o objetivo de identificar os vícios e as virtudes de cada um dos principais autores sobre o tema, para que possamos propor uma alternativa resistente ao poder punitivo.

Juarez Tavares (2019) já ensinava que a análise da evolução histórica desse conceito pode, em certa medida, contribuir para sua reformulação, ao demonstrar como ele se amolda aos vários segmentos da evolução da política criminal e do pensamento jurídico em geral.

No final do século XVIII, Paul Johann Anselm Ritter Von FEUERBACH, autor do Código Penal de 1813 da Baviera, desenvolveu o que se considera o primeiro conceito material de crime, ele tinha o objetivo de construir uma noção de crime transcendente e crítica em relação ao direito penal vigente.

Para ele, a lei penal somente poderia punir agressões a direitos subjetivos alheios. Assim, o autor rechaçava a noção autoritária de delito como simples desobediência ao dever perante o Estado.

Interessantes, ainda, os esclarecimentos que Zaffaroni e Pierangeli (2007) fazem sobre o pensamento desse autor que, apesar de seguir o caminho da filosofia criticista, divergiu de Kant em alguns aspectos: Kant considerava o Estado como criador da condição jurídica, enquanto Feuerbach considerava o Estado como um instrumento de tutela de direitos que preexistiam a ele. Além disso, Kant buscava os direitos a partir dos deveres, enquanto Feuerbach buscava os deveres a partir dos direitos. E talvez sejam premissas teóricas importantes de ser resgatadas na reformulação do conceito.

Contudo, como explicam Juarez Tavares e Antônio Martins (2025), por várias razões o direito subjetivo não se firmou como fundamento ou pressuposto da teoria do delito. Os autores elencam cinco principais razões. As principais dentre elas são a grande influência do positivismo na ciência do direito, cujo signo era a consideração de que tudo deveria ser explicado e fundamentado por meio de uma causalidade, o que contrastava com os fundamentos do direito subjetivo, que prescindia dessa relação de causalidade. E também a maior proximidade do conceito de direito subjetivo com os ramos privados do direito.

Ademais, para analisarmos adequadamente a substituição da teoria da lesão de direitos subjetivos (por sua sucessora, a teoria do bem jurídico), não podemos nos esquecer das lições da professora Vera Malaguti Batista (2011), amparada nas lições de Pavarini, de que é fundamental entendermos qual a demanda por ordem de determinada formação econômica e social para entendermos melhor o direito penal (e a criminologia).

Nesse sentido, a teoria de Feuerbach foi útil à burguesia no momento de ruptura histórica em relação ao Estado Absolutista. Porém, com a ascensão e consolidação da burguesia no poder, principalmente após a revolução industrial, o método racional e abstrato e a aceitação da existência de um direito natural e imutável, característicos do Iluminismo, tinham o condão de limitar, demasiadamente, o poder punitivo. E, por conseguinte, ser visto como incômodo à nova classe dominante, que necessitava de um conceito mais flexível e apto ao controle. É nessa linha que Juarez Tavares (2019) afirma que a introdução do conceito de bem e sua identificação com a de bem material, sucedâneo da noção de mercadoria, relaciona-se com o contexto de desenvolvimento do capitalismo industrial, crescimento da produção e incremento do consumo.

Outro grande problema enfrentado pela teoria de lesão a direitos subjetivos foi que Feuerbach passou a incluir as meras infrações de polícia entre os “delitos em sentido amplo”. Esse alargamento possibilitou a inclusão de ações imorais ou apenas formalmente antijurídicas – sem afetação concreta de direitos subjetivos – ao grupo das lesões ao direito e fez com que sua teoria perdesse força delimitadora, o que era sua principal virtude.

Nesse contexto, no século XIX, surgiu o conceito de bem jurídico, como proposta de superação da teoria da lesão de direitos subjetivos, sustentada por Feuerbach.



3. O conceito de bem jurídico

3.1 - Birnbaum

Em 1834, Birnbaum defende, pioneiramente, o crime como ofensa a bens e não a direitos. Para ele, os direitos não seriam realidades do mundo exterior e, portanto, não seriam passíveis de lesão ou ameaça de lesão. Por sua vez, os bens que seriam objetos do direito poderiam sofrer lesão ou ameaça de lesão. O crime afetaria o bem, mas manteria inalterável o direito.

Por exemplo, se determinado sujeito subtrai indevidamente algum objeto de outrem, a lesão se daria no objeto (bem), mas o direito de propriedade (abstrato) não se perderia. Em outras palavras, o proprietário continuaria proprietário.

Essa construção teórica se deu a partir de diversas influências, situando-se em um período de transição, no qual se entrecruzavam o jusnaturalismo, o iluminismo, o hegelianismo, o historicismo e o positivismo. Havia no período, contudo, uma tendência de espiritualização, tendência essa que se intensificou nos últimos anos como veremos a seguir (Badaró, 2017).

Nesse contexto, Birnbaum, adotando a classificação de bens inatos e adquiridos, distinguiu os delitos contra bens individuais dos delitos contra bens coletivos. Passando a admitir a punição por delitos religiosos e contra a moral, a partir da ideia de um bem coletivo do povo.

Por tais razões, alguns autores como Knut Amelung, Santiago Mir Puig e Hernán Hormazábal Malarée afirmam que a concepção de bem jurídico desenvolvida por Birnbaum não tinha como objetivo impor limites ao Direito

Penal, mas sim incluir no âmbito da punição os delitos contra a religião e a moral.

Afirmando, ainda, que o conteúdo vago do bem exposto por Birnbaum revelava sua estratégia pragmática com o fim de ampliar o objeto das normas, desnaturando qualquer missão de delimitação da intervenção penal.

Por outro lado, por recusar a suposta existência de um direito estatal à obediência, Birnbaum criticava a categoria de infrações de polícia do sistema “feuerbachiano”. E, por tal razão, autores como Juan Bustos Ramírez e Bernd Schünemann afirmam que ele teria de fato se preocupado com o caráter liberal da intervenção penal (Bechara, 2014).

A principal consequência da teoria de Birnbaum foi a emancipação da doutrina penal face à teoria social do iluminismo, que representou o primeiro passo na direção dos positivismos de Binding e Liszt (Prado, 2019).

Isso se deu principalmente porque, no século XIX, o processo de acumulação capitalista demandou maior previsibilidade jurídica. Dessa forma, a justificação filosófica das ciências experimentais serviu perfeitamente às ambições políticas da nova classe dominante. O método, assim, passa do dedutivo ao indutivo, aceitando-se acriticamente os fenômenos como realidades inquestionáveis. Ademais, sob o enfoque político, se observou o crescente fortalecimento do Estado, o qual se converteu em um fim em si mesmo. O positivismo, nessa toada, implicou na separação entre o ser e o dever-ser, o que resultou na consideração do direito como conjunto de normas positivadas, independente da valoração de seu conteúdo.

3.2 – *Binding* – Positivismo Legal

É nesse contexto que se insere a concepção de Karl Binding, filho de jurista da alta burguesia, influenciado por um racionalismo focado exclusivamente no Direito positivo, livre de qualquer consideração filosófica ou metajurídica.

Para Binding, bem jurídico é tudo aquilo que, não sendo em si um direito, aparece aos olhos do legislador como condição de vida saudável da comunidade, merecendo, assim, a garantia jurídica frente à lesão ou colocação em perigo não desejada. Não importando o real interesse social

em sua proteção, e sim a mera escolha do legislador, que pode ser, inclusive, aleatória e arbitrária.

Apesar desse conceito puramente formal, cuja função é tão somente sistemática, servindo apenas como potencial interpretativo, sem qualquer função limitadora da atividade legislativa, Binding defendia que nem todo bem é suscetível de proteção penal, mas apenas aqueles dotados de relevância jurídica (Bechara, 2014, p. 99-101).

Isso faz com que ele traga de maneira inédita a defesa do caráter fragmentário do direito penal (Batista, 2011).

Além disso, Binding dividia as normas penais em (i) proibições de ofensa (próximo ao conceito de crimes de dano); (ii) proibições de risco (próximo ao conceito de crimes de perigo concreto) e (iii) proibições puras e simples (próximo ao conceito de crimes de perigo abstrato).

Para o autor, um bem é protegido em razão do valor social que assume para a vida comunitária e que por isso não se deve encarar os bens jurídicos sob o ângulo individualista, sendo que a titularidade de todos os bens seria da coletividade, negando autonomia aos bens jurídicos individuais, e sendo inegável o caráter autoritário de seu pensamento (Badaró, 2017, p.40-41).

É inegável também que sua construção teórica serviu e serve à terceira postura citada acima, pois esvazia qualquer possibilidade de limitação por meio do conceito de bem jurídico, servindo como fundamento teórico legitimador do poder de punir.

3.3 - Von Liszt – Positivismo Sociológico/Naturalista

Em 1882, Franz Von Liszt, em oposição à Binding, tentou atribuir ao conceito de bem jurídico uma função limitadora do legislador, ao assinalar que é a realidade social, e não o legislador, quem impõe os objetos merecedores de proteção pelo direito penal. Servindo o bem jurídico como ponto de união entre a dogmática e a política criminal (Bechara, 2014, p.102-104).

Para Von Liszt, o direito tem como fonte não apenas a lei, mas também o costume como expressão da vontade geral (Tavares, 2019, p. 205). E tentou, assim, resgatar o potencial crítico e transistemático do conceito de bem jurídico (Sales, 2006, p.425).

Para ele, o Direito Penal possui a finalidade de proteção de interesses, e o bem jurídico seria o interesse juridicamente protegido. Assim, a partir da interpretação dessa finalidade, o autor tentou delimitar as ações que devem ser declaradas puníveis pelo Estado, superando a ideia de bem jurídico como mera *ratio legis*. Conceituando o injusto penal como conduta imputável e ilícita sob as perspectivas formal e também material, essa como lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico, trazendo ao seu pensamento a ideia hoje contida no importantíssimo princípio da lesividade (Bechara, 2014, p.106).

Cabe ressaltar que a noção de bem jurídico do autor é mais ampla do que a de direito subjetivo, já que – para ele – a ordem jurídica poderia proteger interesses sem conferir direitos a indivíduos ou à coletividade. E, apesar desse ponto negativo, o problema principal da construção teórica de Liszt foi de não ter apresentado critérios precisos que permitissem identificar quais seriam os interesses vitais do homem, isso porque afirmava que os interesses emergem naturalmente da “realidade social”, termo vago e impreciso, figura metafísica de fácil manipulação político-ideológica, o que esvaziou seu potencial limitador (Badaró, 2017, p.47-48).

Além disso, apesar de apresentar divergências com o pensamento de Binding, ambas as construções teóricas acabam por legitimar o poder de punir estatal, já que para Binding o poder é legitimado por meio da autoridade da norma, enquanto para Liszt o poder é legitimado por meio de um interesse social que se identifica com o interesse do Estado. Assim, o conceito de bem jurídico dependeria do mesmo modo da vontade estatal (Bechara, 2014, p.105).

3.4 – Neokantismo e a concepção metodológica-teleológica de bem jurídico

A filosofia neokantiana, elaborada no início do século XX, deu continuidade ao processo de normatização do bem jurídico iniciado por Binding, mas agregando uma espiritualização do conceito, afastando-o de referenciais empíricos (Badaró, 2017, p.49).

Humberto Souza Santos (2020, p.39-40) explica que os neokantistas defendiam que o direito não era uma ciência naturalista do mundo do “ser”, como afirmavam os positivistas, mas sim uma “ciência do espírito”, em uma zona intermediária entre o “ser” e o “dever ser”.

Em 1919, Richard Honig, um dos principais defensores dessa concepção, transformou a utilidade do bem jurídico tão somente em busca da *ratio legis*, ou seja, uma fórmula interpretativa dos tipos legais (Bechara, 2014, p.106). Para ele, bem jurídico seria o fim reconhecido pelo legislador em cada tipo penal.

Ainda nesse contexto a escola de Baden, na década de 1920, sustentou o conceito metodológico de bem jurídico, preocupado mais na organização sistemática da parte especial do código penal.

Ou seja, renunciando à busca de uma função garantista liberal, e substituindo a definição material do bem jurídico pela ideia de um valor, que não era tomada no sentido do indivíduo, mas sim de um hipotético valor cultural, que nasce e vive nos imperativos e proibições da norma.

Por essa razão, Juarez Tavares alerta que a principal consequência prática é que essa concepção de bem jurídico garante a aplicação da norma incriminadora sem qualquer questionamento acerca de sua legitimidade, valendo o bem jurídico como mero exercício retórico (Tavares, 2019, p.206).

Essa corrente de pensamento também foi responsável pela distinção entre objeto da ação e objeto de proteção (Fragoso, 2015, p.223-224). O objeto da ação é um conceito de consideração naturalística do ser, enquanto o objeto de proteção é um conceito de consideração sintética de valor. E, a partir dessa distinção, foi possível intensificar a espiritualização do conceito de bem jurídico, não necessitando mais estar conectado à realidade empírico-naturalística e abrindo caminho de vez para que regimes autoritários pudessem impor seus “valores”.

3.5 – Direito Penal Nazista

Christiano Fragoso (Fragoso, 2015, p.223) afirma que, em sua cruzada contra os princípios liberais do direito penal, boa parte dos penalistas nazistas se voltaria contra a teoria de que o direito penal serve à proteção de bens jurídicos. Porém tal pensamento não foi unânime na teoria jurídica nazista.

Por vezes os penalistas nazistas falariam em uma reinterpretação dos bens jurídicos em função dos interesses da comunidade do povo (na verdade, dos próprios interesses autoritários do Partido) posição da Escola de

Marburgo. Por vezes eles fariam que o conteúdo essencial do crime não poderia ser a periclitção ou o dano a bens jurídicos, mas sim a violação de dever para com a comunidade do povo, posição da Escola de Kiel.

Assim, certo é que boa parte da doutrina penal nazista considerava o delito como mera violação de um dever, posição, conforme ensina Zaffaroni (2019, p.181), que deriva de um conceito orgânico de sociedade (considerada real ou imaginária) e que leva inevitavelmente a uma subestimação da pessoa, que fica imersa como parte de um todo orgânico (ou reduzida a um elemento do sistema). Não por acaso regimes autoritários e totalitários de todos os tempos sempre tiveram como base conceitos organicistas ou sistêmicos de sociedade, tanto pós-modernos como pré-modernos.

Mas, por outro lado, como vimos acima, a história também demonstra que o simples fato de se adotar uma teoria do bem jurídico não é garantia de um direito penal democrático, como a própria Escola de Marburgo demonstraria. E como ocorreu no regime fascista italiano, com a estatização de bens jurídicos realizada pelo Código *Rocco*, fenômeno no qual o conceito de bem jurídico se torna tão abstrato, até desaparecer o concreto bem jurídico de que é titular o sujeito passivo do delito. Nele, a tutela do Estado é alavancada como a única missão do Direito Penal. Assim, o bem jurídico “vida”, por exemplo, se transforma no bem jurídico “interesse do Estado/social na proteção da vida ou na segurança das pessoas”.

3.6 – A dita terceira postura: a expansão do direito penal e os reflexos no conceito de bem jurídico

Recentemente, ganhou força a tese de que viveríamos em uma “sociedade de risco”, expressão consagrada por Ulrich Beck. Nessa conjuntura, a sociedade, em vez de ter que lidar com os ditos riscos “naturais”, teria que lidar com os riscos criados pela própria ação humana, gerados pela indústria, ciência e tecnologia. Por exemplo: desastres nucleares (Chernobil), ambientais (Brumadinho), econômicos (falências de grandes empresas) ou outros (vide a contaminação por metanol).

Por essa razão, Silva Sánchez (2002, p.42) afirma que a grande mudança de paradigma do direito penal residiria na transição da tolerabilidade social ao risco.

Na sociedade do desenvolvimento industrial, vigeria o conceito de risco permitido como limite doutrinário (interpretativo) a incriminação de condutas. Em linhas gerais a ideia era a seguinte: a coletividade haveria de pagar o preço do desenvolvimento, admitindo que as empresas não adotassem as máximas medidas de segurança nem empregassem materiais de máxima qualidade. Já na sociedade pós-industrial, notar-se-ia uma tendência de retrocesso quanto ao risco permitido, exigindo que todas as medidas de prevenção e de precaução sejam tomadas.

Aqui, cabe nos perguntar se a nossa realidade seria de uma sociedade ainda em desenvolvimento ou se seria de uma sociedade pós-industrial. Pois essa premissa sustenta todas as conclusões posteriores.

Caberia nos perguntar também a legitimidade da transposição desse pensamento para o tratamento penal dos ditos delitos clássicos, que nada tem a ver com esses “novos riscos”.

Isso porque, como observado por Tatiana Badaró (2017, p.100-101), a transposição para a racionalidade penal do paradigma sociológico do risco tem levado à “modernização” (não necessariamente positiva) do aparato penal, sobretudo a partir da assimilação das seguintes tendências político-criminais:

- 1 - A criação de novos tipos penais sob a justificativa de tutelar bens jurídicos supraindividuais amplos e abstratos;
- 2 - O alargamento da antecipação da intervenção penal, mediante o uso habitual de crimes de perigo abstrato;
- 3 - A responsabilização penal da pessoa jurídica e a consequente revisão do conceito de culpabilidade;
- 4 - A intensificação do emprego das normas penais em branco;
- 5 - A ampliação do recurso aos crimes omissivos e culposos e a flexibilização da compreensão de dolo eventual

Prossegue a autora afirmando que, quanto aos mecanismos processuais, as codificações são mais dramáticas:

1. a adoção de métodos técnicos audiovisuais de investigação;
2. a utilização de dados pessoais informatizados, violando a privacidade dos cidadãos;

3. a introdução de investigadores infiltrados e disfarçados;
4. a iniciação de investigações antes mesmo de existir qualquer suspeita;
5. a privatização da segurança
6. a massificação das soluções negociadas (barganha)

Além disso, essa menor tolerabilidade social ao risco levaria a uma reformulação do direito penal para responder às necessidades dessa nova sociedade, fazendo surgir o que Baratta (1994, p.13) denominou de “Estado de Segurança”, onde a produção normativa e os mecanismos de decisão tendem a reorganizar-se permanentemente como resposta a uma situação de emergência estrutural.

A partir das lições de Baratta e de Silva-Sánchez, o professor Davi Tangerino (2011, p.161) ensina que esse contexto explicaria o fenômeno da dinamização de bens jurídicos, abrangedor de dois significados.

O primeiro "se refere a um deslocamento na relação Estado-sociedade no que tange à produção e à proteção de bens jurídicos". No Estado liberal clássico, chamado, por oposição ao Estado de segurança, de Estado de certeza do direito, "os substratos reais dos bens jurídicos são produzidos na sociedade civil e estão pré-constituídos nas relações das funções públicas".

Já no de segurança, "os bens jurídicos a serem protegidos são, cada vez mais, 'bens' produzidos pelo Estado, no que se refere às infraestruturas, complexos organizacionais e funções relacionadas à atividade do Estado e das instituições públicas".

Em segundo lugar, designa também "o desenvolvimento de técnicas de imputação de responsabilidade penal que antecipam a esfera da punibilidade a fases anteriores da conduta e nas quais ainda não se realizou uma lesão efetiva do bem tutelado", a exemplo dos delitos de associação e das figuras de responsabilidade penal 'por suspeita', fora os já citados acima.

Nesse mesmo contexto, e de maneira bem semelhante, surge a ideia de bem jurídico como algo a ser promovido pelo Estado, fenômeno a que Alessandro Baratta (1994, p.11-12) denomina de "administrativização" do Direito Penal e que também reúne dois fatos distintos.

O primeiro, "de que a maior parte das normas penais produzidas pelos legisladores em número cada vez maior, (...), sejam normas penais acessórias às normas e à atividade administrativa do Estado e das instituições públicas; ou seja, normas que sustentam as funções, interferindo de modo sub-rogatório".

O Estado interfere, assim, quando a administração não dá conta de regular a relação que lhe é normal e típica: aquela que ela trava com sujeitos particulares. "Neste caso de "acessoriedade" administrativa não existe uma norma social que sirva de base à norma penal, como era sustentado pela teoria clássica de Binding, senão uma função administrativa pública". Seriam exemplos a atuação em determinada atividade econômica sem permissão e a obstrução de procedimento de inspeção estatal (Silva Sánchez, 2002, p.125-129).

Em segundo lugar, o termo "indica que os tipos penais novos tendem a se parecer, na sua forma, cada vez mais, com as normas de intervenção na administração pública, distanciando-se assim dos requisitos "clássicos" da lei (abstração e generalidade)".

Prossegue o professor Tangerino (2011) afirmando que, no Direito Penal clássico, o Direito Penal tinha por função declarada a proteção de bens jurídicos, sendo a lesão – ou o perigo concreto de lesão – a eles essencial para a caracterização do tipo penal.

Por sua vez, a expansão do Direito Penal fez com que, entre outras coisas, o princípio da lesividade fosse esvaziado, ao permitir tipos de perigo abstrato.

Assim como os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima, ao passo que transformou o Direito Penal, como visto acima, em ramo acessório dos demais ramos jurídicos, realçando a natureza do crime como um reforço estatal ao descumprimento de um dever administrativo.

Badaró (2017, p.110-111) sistematiza os três principais problemas nessa criação de bens despersonalizados e abstratos, cujos contornos têm por base menos o real e mais o normativo:

1) A tendência a confundir os conceitos de bem jurídico e de função estatal.

2) O resgate das teorias metodológicas que equiparam bem jurídico a *ratio legis*.

3) O risco de a própria norma, ou a sua vigência, substituir a noção de bem jurídico, na linha do pensamento funcionalista-sistêmico de Jakobs.

E a principal consequência é a de que, por todas as razões indicadas acima, o bem jurídico deixa de cumprir sua função político-criminal de limitação do poder punitivo estatal, servindo muito mais como um conceito legitimador de tal poder.

Para finalizar esse tópico, importante ressaltar a gestão diferencial dos ilegalismos, que escancara a seletividade penal. Para os ilegalismos próprios das classes populares, a administrativização do direito penal. Para as classes dominantes, uma privatização do direito público (administrativo), como podemos observar na Lei nº 13.655 de 2018, que alterou a LINDB, em especial o art. 26 da LINDB, que permite ao particular celebre um compromisso, após praticar um ato irregular.



4. Proposta de construção teórica

4.1 – A Premissa constitucional e consideração do conceito de bem jurídico como apenas um entre os vários filtros e obstáculos ao poder de punir

Feita essa breve retrospectiva sobre o conceito de bem jurídico e sobre seus atuais desafios, o principal questionamento, como bem observado pelo professor Salah H. Khaled Jr. (2023, p.266) reside em saber se é viável a formulação de uma estratégia teórica que confronte um dos principais fetiches da teoria jurídico-penal (a suposta proteção de bens jurídicos) e que, no lugar dela, redirecione a questão do bem jurídico para uma postura condizente com um Estado Democrático de Direito.

Entendemos que é um trabalho hercúleo, mas possível, desde que superados os três principais obstáculos apontados por Baratta (1994, p.16-17):

O primeiro de caráter histórico, já que, como visto acima, o conceito de bem jurídico tem sido usado principalmente num sentido extensivo e não num sentido restritivo. Desde Birnbaum com sua crítica à construção individualista do bem jurídico formulada por Feuerbach, a história do conceito é de progressiva extensão da tutela penal da esfera dos direitos das pessoas aos interesses difusos e às funções. O autor afirmava que é muito improvável que se produza uma inversão da tendência dos sistemas punitivos através de redefinições do conceito de bem jurídico.

O segundo seria de caráter normativo, pois sustentava que é fácil verificar o vício das argumentações que pretendem que se derive do reconhecimento de valores e interesses na constituição a obrigação do legislador de prover-lhes uma tutela penal. Mas também não seria fácil, segundo o autor, deduzir igualmente uma inconstitucionalidade ao criminalizar condutas que ofendam valores presentes na constituição. Assim uma possível construção de tal conceito por parte da via constitucional também apresentaria dificuldades.

O terceiro obstáculo seria de caráter epistemológico, já que o autor apontava que até mesmo algumas teorias extra sistemáticas dos bens jurídicos não conseguiriam escapar completamente de cumprir uma função de legitimação. Por exemplo, a teoria pessoal do bem jurídico elaborada por Hassemer, cuja intenção é rigorosamente limitativa, apesar de afastar a criminalização de determinadas condutas, legitimava a criminalização de outras. Assim, a exclusão por princípio dos bens jurídicos difusos e indeterminados seria compensada por uma aceitação dos bens jurídicos pessoais e determinados. E haveria uma limitação tão somente quantitativa (conter a expansão do sistema punitivo em relação a determinadas criminalizações) e não qualitativa (ou seja, questionamento da própria função instrumental do direito penal).

Para superarmos tais obstáculos, acreditamos que a primeira tarefa é afastar a confusão entre as noções de bem jurídico lesado e bem jurídico tutelado que, para Zaffaroni, remonta às formulações do garantismo liberal ilustrado, uma vez que esses autores não dispunham de constituições ou

mecanismos como o controle de constitucionalidade em seu arsenal discursivo limitativo do poder de punir (Zaffaroni, 2014, p.16).

Assim, por não poderem apelar ao constitucionalismo, esses penalistas fizeram uso do jusnaturalismo liberal que permitia circunscrever o campo de atuação do poder punitivo à presumida “tutela” de certo conjunto de direitos (ou, simplesmente, de bens jurídicos), afastando ingerências excessivas, próprias do fantasma do Estado Absolutista. No entanto, o preço a se pagar estava na adoção de alguma teoria preventiva como função justificadora da pena (Khaled Jr, 2023, p.282).

Logo, hoje, em nosso ordenamento jurídico, entendo que não é possível conceber um conceito político criminal de bem jurídico sem nos valermos da ideia de constitucionalismo e da força normativa reconhecida à Constituição. O que viabiliza que não paguemos o preço de termos que adotar qualquer teoria justificadora da pena.

E, se a finalidade é construir um arsenal teórico objetivando limitar os abusos do legislador, a única alternativa legítima e potencialmente efetiva são as normas constitucionais, com a consequente possibilidade de exercício de um controle de constitucionalidade da atividade legislativa.

Barroso (2010, p.83) ensina que o constitucionalismo surge como uma doutrina de limitação do poder do Estado. E é justamente esse o objetivo almejado pela construção de um conceito crítico de bem jurídico: limitar o poder (punitivo) estatal. Mas com a difícil tarefa de não nos apegarmos a uma visão liberal e consensual de sociedade, a partir dos ensinamentos da criminologia crítica.

Apesar de relativamente recente, o constitucionalismo ganhou força e se espalhou pelo mundo, como ensinam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2014, p.86-88), já que, até poucas décadas, prevalecia no cenário mundial a visão inspirada na matriz francesa do constitucionalismo, que concebia a Constituição como mera proclamação política, que deveria inspirar o Legislativo, mas não como uma autêntica norma jurídica, geradora de direitos para o cidadão. A premissa era de que o Poder Legislativo encarnava a “vontade da Nação” e tinha legitimidade para criar o Direito, enquanto caberia ao Poder Judiciário tão somente aplicá-lo ao caso concreto.

Mecanismos de controle de constitucionalidade por meio do Judiciário eram vistos como antidemocráticos. A principal exceção era representada pelos Estados Unidos desde o Caso *Marbury vs. Madison* (1803).

Ocorre que tal quadro começou a se alterar ao final da II Guerra Mundial na Europa e depois no restante do mundo. As gravíssimas violações de direitos humanos perpetradas pelo nazismo demonstraram a importância da criação de mecanismos de garantia de direitos que fossem subtraídos do alcance das maiorias de ocasião, para limitar seus abusos. Em suma, começou-se a construir uma noção de democracia que não se limitava mais tão somente à vontade das maiorias, mas também – e principalmente – ao respeito aos direitos fundamentais das minorias.

Na Alemanha, isso se deu a partir da Lei Fundamental de 1949 e do Tribunal Constitucional Federal de 1951. Na Itália, a partir da Constituição de 1947 e de sua Corte Constitucional em 1956. Na França, a partir da Constituição de 1958. Em Portugal e na Espanha, após a redemocratização na década de 1970. E, no Brasil, esse fenômeno foi construído a partir de nossa Constituição de 1988.

Uma vez estabelecida a premissa de que a limitação à criminalização primária e à criminalização secundária (Zaffaroni et al, 2011, p.43)² tem como parâmetro os valores constitucionais, é importantíssimo que não se caia na armadilha de legitimar qualquer incriminação sob o pretexto de tutelar direitos fundamentais (ou humanos) (Ramos, 2020)³, como já mencionado

2 Como ensinam os professores Nilo Batista e Zaffaroni, todas as sociedades contemporâneas que institucionalizam ou formalizam o poder (estado) selecionam um reduzido número de pessoas que submetem à sua coação com o fim de impor-lhes uma pena. Esta seleção penalizante se chama criminalização e não se leva a cabo por acaso, mas como resultado da gestão de um conjunto de agências que forma o chamado sistema penal. **Criminalização primária** é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. A **criminalização secundária** é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas.

3 O professor André de Carvalho Ramos ensina que os direitos essenciais do indivíduo contam com ampla diversidade de termos e designações: direitos humanos, direitos fundamentais, direitos naturais, liberdades públicas, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais. A doutrina tende a reconhecer que os “direitos

anteriormente, e que é fundamental para que superemos os obstáculos apontados por Baratta.

A ideia é a oposta, usar tais valores como forma de limitação do poder de punir, e não como forma de expandir tal poder, assim como já alertava Baratta (2019, p.27-28) ao defender uma teoria dos direitos humanos (e porque não dos direitos fundamentais) como objeto e limite da lei penal.

Para o autor, o conceito de direitos humanos realiza uma dupla função. Em primeiro lugar, uma função negativa concernente aos limites da intervenção penal. Em segundo lugar, uma função positiva a respeito da definição do objeto possível, porém não necessário, da tutela por meio do direito penal. E prossegue afirmando que, em ambas as funções, um conceito histórico-social dos direitos humanos oferece o instrumento teórico mais adequado para a estratégia da máxima contenção da violência punitiva.

Na mesma linha, Hassemer ressalta que a ameaça ou lesão a um bem jurídico não pode ser vista como fundamento para criminalização, mas como um limite. Além disso, deve-se sempre lembrar que se trata de uma condição necessária, porém não suficiente: deve ser somada ao atendimento de outros princípios, tais como o da subsidiariedade, da ofensividade, da dignidade da pessoa humana, do direito penal do fato e da legalidade. O autor também recorda que uma descrição tangível dos bens jurídicos é também fundamental para que possa limitar a política criminal (Costa, 2012, p.139).

Ademais, fundamentais as observações de Juarez Tavares e Antônio Martins (2025, p.262-270), que robustecem as teses de Baratta e Hassemer: o bem jurídico não é um objeto de proteção, mas um pressuposto da incriminação e sua afetação não é mera especulação abstrata. Pelo contrário,

humanos” servem para definir os direitos estabelecidos pelo Direito Internacional, enquanto a expressão “direitos fundamentais” delimitaria aqueles direitos reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional de um Estado específico. Muitos já utilizam uma união entre as duas expressões vistas acima, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, criando-se uma nova terminologia: “direitos humanos fundamentais”. Essa “união de termos” mostra que a diferenciação entre “direitos humanos, e os “direitos fundamentais” perde a importância, ainda mais na ocorrência de um processo de aproximação e mútua relação entre o Direito Internacional e o Direito interno na temática dos direitos humanos. **Aqui, usaremos tais expressões como sinônimas.**

ela só ocorre quando a conduta provocar a alteração do mundo, real ou provável. E prosseguem os autores recordando que a chamada proteção de bem jurídico é uma falácia.

Afirmção com a qual concordamos plenamente. Já restou provado pela criminologia crítica que o direito penal não tutela quaisquer bens jurídicos. Ele não é capaz de exercer essa função. Assim, em vez da expressão “bem jurídico tutelado”, muito usada para legitimar incriminações, é preferível o uso da expressão “bem jurídico violado”, isto é, um pressuposto - como afirmado acima - necessário, mas não suficiente para a incriminação.

Até porque, como sempre bem observado pelo professor Nilo Batista, ao ouvirmos dizer que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena, podemos retrucar que numa sociedade dividida em classes o direito penal protegerá relações sociais (ou “interesses”, ou “estados gerais”, ou “valores”) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução daquelas relações. Questionar uma função tutelar ou protetiva de bens jurídicos (não só pelo proverbial “atraso” com o qual o direito penal chega aos conflitos, mas também porque numa sociedade de classes tais bens jurídicos são concebidos para reprodução de relações de dominação) não significa transigir com a exigência central do princípio da lesividade (Batista, 2011, p.113).

Em suma, sustentamos que, sem lesão ou ameaça de lesão a um bem jurídico, não é possível se incriminar determinada conduta, em homenagem ao princípio da lesividade. E também que o conceito material de crime e o conceito de bem jurídico devem ser extraídos dos direitos fundamentais/humanos, mas a mera violação deles não é condição suficiente para a incriminação de uma conduta, em homenagem, entre outros, ao princípio da intervenção mínima.

4.2 – Dignidade da pessoa humana como epicentro do ordenamento jurídico **– Necessária adoção de um conceito personalista de bem jurídico**

Além disso, uma das principais consequências da adoção de um modelo neoconstitucional é a irradiação das normas e valores constitucionais,

sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento (Souza Neto; Sarmento, 2014, p.202).

Ou seja, assim como ocorreu na dita constitucionalização do direito civil, processo de aplicação e interpretação do direito civil à luz da Constituição Federal, é fundamental que nossa dogmática parta também da premissa da constitucionalização do direito penal. E mais: que a legislação infraconstitucional seja interpretada à luz da Constituição e não o contrário, isto é, com a indevida interpretação da Constituição à luz da legislação, da doutrina e da jurisprudência anteriores a ela, com o fim de manter inalterado o estado de coisas.

Nosso Código Penal data de 1940, nosso Código de Processo Penal data de 1941, ambos gestados em um período autoritário e influenciados pelo modelo fascista italiano. Não se desconhecem as inúmeras reformas nesses diplomas, bem como a edição de legislações penais extravagantes ao longo dos anos, mas poucas delas foram de encontro ao modelo punitivista e inquisitivo que ainda prevalece, mesmo que ao arrepio das normas constitucionais. É urgente que se façam controles de (não) recepção, de constitucionalidade e de convencionalidade de determinadas normas, para que nosso direito penal se adeque aos valores constitucionais e convencionais.

E a elaboração do conceito de bem jurídico, categoria central de nossa dogmática, também deve ser realizada a partir de uma “interpretação conforme à Constituição”.

Daniel Sarmento ([s.d]) nos ensina que o *leitmotiv* do Estado Democrático de Direito é de que as pessoas não existem para servir aos poderes públicos ou à sociedade política, mas, ao contrário, estes é que se justificam como meios para a proteção e promoção dos direitos humanos.

Não à toa, nossa Constituição adotou como epicentro de nosso ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88), totalmente incompatível com concepções organicistas, utilitaristas e também individualistas. Sendo que apenas uma concepção personalista se coaduna com a dignidade da pessoa humana. Aqui, parece-nos oportuno nos amparar nas lições do professor Sarmento sobre cada uma dessas concepções.

Para o autor, “a afirmação da supremacia do interesse da coletividade sobre aqueles pertencentes a cada um dos seus componentes pode, do ponto de vista de uma teoria moral, ser justificada a partir de duas perspectivas diferentes, que, no entanto, mantêm alguns denominadores comuns: o organicismo e o utilitarismo.

Para o organicismo, o interesse público seria algo superior e diferente ao somatório dos interesses particulares dos membros de uma comunidade política, enquanto, para o utilitarismo, ele confundir-se-ia com tais interesses, correspondendo a uma fórmula para a sua maximização. Já a tese da supremacia incondicionada dos direitos individuais sobre os interesses da coletividade assenta-se sobre o individualismo.

Por sua vez, Sarmento defende que a prevalência há de ser aferida mediante uma ponderação equilibrada dos interesses públicos e privados, pautada pelo princípio da proporcionalidade, que ele denomina como concepção personalista.

O organicismo deve ser combatido pelo perigo que representa para a liberdade. Já que nele a prioridade absoluta do coletivo sobre o individual acaba asfixiando a individualidade, que passa a ser instrumentalizada em proveito de um suposto "organismo superior". A grande vítima é sempre a liberdade humana, imolada em nome de ideais coletivos, tantas vezes vagos e incorpóreos, quando não meras fachadas para o arbítrio dos governantes. Sob o prisma jurídico, o organicismo se revela absolutamente incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, que impõe sejam as pessoas sempre tratadas como fim, e nunca como meios - consoante o célebre imperativo categórico kantiano -, confrontando-se também com todo o ideário do Estado Democrático de Direito, que se baseia no reconhecimento do valor fundamental da autonomia pública e privada do cidadão.

De outro lado, o utilitarismo também não trata adequadamente os direitos fundamentais como direitos situados acima dos interesses das maiorias. Para o utilitarismo, os direitos fundamentais devem ser respeitados se isto convier à promoção do bem-estar geral - identificando-se este como os interesses individuais prevaletentes em cada sociedade. Só que a ideia de estabelecer constitucionalmente direitos fundamentais - e, mais do que isso,

de protegê-los, como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, inciso IV, CF), diante do próprio poder constituinte derivado – desvela o firme propósito do constituinte de colocá-los fora do comércio político, acima dos desígnios e interesses das maiorias de cada momento. Os direitos fundamentais são protegidos, portanto, mesmo quando contrariem os interesses da maioria dos membros da coletividade.

Em contrapartida, no individualismo, os direitos fundamentais eram vistos essencialmente como direitos de defesa em face dos governantes. Não se cogitava da necessidade de intervenção do Estado para asseguramento destes direitos, já que eles configuravam direitos negativos, que envolviam abstenções e não prestações. Por isso, fazia sentido proclamar que os direitos do indivíduo deviam ser sempre postos acima do alcance da ação do Estado.

Porém, mais recentemente, percebeu-se a indivisibilidade e a interdependência de todos os direitos humanos/fundamentais. Portanto, como já reconhecido em diversos tratados, a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta impossível. A Declaração de Viena, nesse sentido, afirma que “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”.

Em síntese, na leitura estritamente individualista, a igualdade jurídica é a mera igualdade formal, com a recusa a qualquer pretensão de utilização do Direito para fins redistributivos. A solidariedade não é um princípio normativo, mas apenas uma virtude humana, que escapa às considerações da ordem jurídica. E a liberdade é a não intervenção; a simples ausência de impedimentos externos para o comportamento individual, afigurando-se irrelevante a existência ou não da possibilidade real do agente de fazer suas escolhas e de agir em conformidade com elas. Contudo, tal visão não se compatibiliza com a Constituição de 1988, que proclama, logo no seu art. 3º, que a República brasileira tem, dentre os seus objetivos, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (inciso I) e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inciso II). Consagra um generoso elenco de direitos sociais (artigos. 6º a 11) e condiciona a tutela da propriedade ao cumprimento da sua função social (artigos. 5º, XXIII, e 170, II).

Na Constituição brasileira, a igualdade não é só um limite, mas antes uma meta a ser perseguida pelo Estado, justificadora de enérgicas políticas públicas de cunho redistributivo. A solidariedade também deixa de ser apenas uma virtude altruística, promovida por pontuais ações filantrópicas, convertendo-se em princípio constitucional, capaz de gerar direitos e obrigações inclusive para o Estado. E a própria liberdade não é relegada a um segundo plano, mas, ao contrário, vê-se enriquecida por preocupações mais realistas e menos metafísicas. Ela deixa de ser vista como um dado a priori, convertendo-se num objetivo, cuja prossecução depende, na prática, da garantia para os excluídos das condições materiais de liberdade; que podem ser identificadas com o que a doutrina vem chamando de "mínimo existencial". E o seu foco se amplia, diante do reconhecimento de que a pessoa humana deve ser livre não apenas da opressão exercida pelo Estado, mas também daquela presente nas múltiplas instâncias da própria sociedade, e que a intervenção estatal nestas instâncias se faz muitas vezes em favor da liberdade, e não contra ela.

Por fim, o personalismo parte de uma visão mais realista da autonomia do que o individualismo clássico, pois reconhece os múltiplos obstáculos materiais para o seu exercício, que devem ser removidos, com o auxílio do Estado, para que a liberdade saia do plano metafísico e ganhe concretude na vida de seres humanos de carne e osso. Mas, diferentemente do organicismo, ele se norteia pelo profundo respeito a esta autonomia individual, recusando-se a instrumentalizá-la em proveito de objetivos coletivos" (Sarmiento, [s.d]. p. 52-74).

A partir dessas lições, parece-nos que o único conceito válido de bem jurídico deve derivar da adoção de uma postura personalista, a única congruente com a dignidade da pessoa humana. Principalmente se notarmos que, no direito penal e no processo penal, estamos diante de uma relação extremamente desigual entre o indivíduo e o Estado, e o que está em jogo nessa relação é justamente o direito fundamental à liberdade em franco embate com outros "interesses públicos".

Assentadas tais premissas, podemos chegar a algumas conclusões. A primeira é a de que qualquer função preventiva da pena, ancorada em uma

perspectiva utilitarista, seria inconstitucional, por violação da dignidade humana. Assim como um direito penal de viés organicista e autoritário, como foi o direito penal nazista, em que o indivíduo era entendido como parte de um todo e a ele deveria fidelidade seria incompatível com nossa ordem jurídica (Muños Conde, 2005).

A segunda é a de que o “bem jurídico violado” (como dito, pressuposto necessário, mas não suficiente para a incriminação), em razão do exame de ponderação, por meio da proporcionalidade, a ser exercido entre os valores de eventual conflito, deve ser logicamente mais valioso do que o direito fundamental à liberdade. O que nos faria concluir pela inconstitucionalidade, por exemplo, de crimes contra o patrimônio praticados sem violência ou grave ameaça, ou de crimes contra a honra.

E, de maneira alguma, isso seria ofensivo à própria constituição. Pois o direito penal não é a única forma de se “tutelar” determinado valor. Baratta já alertava que “bens constitucionalmente relevantes, tais como a liberdade, a integridade pessoal, a honra, a saúde, ou o funcionamento dos órgãos do Estado e das instituições públicas, são objetos de tutela de praticamente todos os ramos do direito. No entanto deve-se destacar que a fragmentação das áreas de tutela em cada ramo do direito depende não tanto da natureza dos bens, mas principalmente da estrutura das diversas situações que lhe são prejudiciais e da qual se incumbem os diversos ramos do direito, concorrendo, e ora sendo preferido um ou outro ramo do direito, com as técnicas próprias e específicas de tutela” (Baratta, 1994, p.10).

Encarar o direito penal de maneira séria como a última ratio, a partir dos princípios da intervenção mínima, da subsidiariedade e da fragmentariedade, é perceber que esse ramo só deve ser convocado quando os demais ramos falharem, o que não se justifica nos exemplos citados.

A terceira conclusão é a de que o Estado não deve se abster apenas de violar direitos fundamentais e humanos, mas também de promovê-los, sendo certo que sua omissão no combate à desigualdade pode gerar consequências na dogmática penal.

Mas, também como consequência da conclusão anterior e da exposição defendida até aqui, os direitos sociais não devem ser vistos como

fontes de novas incriminações (e de bens jurídicos), mas como escudos do indivíduo selecionado contra o aumento de sua marginalização, isso porque o próprio encarceramento aumenta a desigualdade social e a marginalização. Escudos que poderiam obstar a própria condenação ou gerar a atenuação da pena, uma vez adotada uma dogmática crítica.

A quarta é a de que, a partir da constatação de que a sanção penal causa mais danos do que seus eventuais benefícios (se é que existem), toda dogmática penal deve se pautar por uma perspectiva funcional teleológica redutora de danos, com a interpretação e (re)formulação de todos os institutos objetivando a máxima contenção do poder punitivo.

Na mesma linha do projeto de um “direito penal negativo” proposto por Naucke (2012, p.473). E que Antônio Martins (2024, p.47-48) trabalha como um “conjunto de princípios negativos”, explicando que

o direito penal é fruto de relações sociais de dominação, espelha relações econômicas, e a luta por sua legitimidade pressupõe o bloqueio progressivo de seus efeitos mais drásticos, assim como a denúncia progressiva de sua irracionalidade estrutural. Esse bloqueio de efeitos consiste, para a dogmática penal atuante, num sistema interpretativo que defina os princípios negativos que se voltam contra os elementos de irracionalidade presentes na sistematização legal; por assim dizer, um antissistema que freie a irracionalidade do direito, tendo por base a atividade que se solidificou ao longo do tempo como denúncia e crítica de um estado de coisas.

Não por acaso, a partir das duas últimas conclusões, o professor Salah (Khaled Ju, 2023, p.288-291) defende que “para construir uma teoria do bem jurídico que seja de fato material, que leve em conta a materialidade das relações sociais produzidas pelo controle penal, há que se considerar de forma conjugada a exigência de referencial empírico vinculado à pessoa humana e a própria materialidade da criminalização como ponto de partida.

Fazendo isso estarão postas as condições que podem alicerçar uma outra edificação teórica de modo a contribuir para (a) confrontar os argumentos sobre o bem jurídico baseados em presunções, que visam ampliar a incidência do poder punitivo e legitimá-lo ao renunciar à exigência de uma alteração sensível e verificável na realidade empírica,

necessariamente ligada a pessoa humana e (b) confrontar o traço mais característico da realidade efetiva do controle penal, visto a partir de um viés materialista, isto é, sua seletividade estrutural, já devidamente denunciada por Zaffaroni.

E, sendo a seletividade extrema um dado estrutural e não mera falha conjuntural, não há como se projetar qualquer teoria que tenha a "tutela" de bens jurídicos do indivíduo ou da sociedade como norte. Isso porque os mecanismos penais que buscarão essa tutela terão de lidar com uma infinidade de filtros indicados pela materialidade das relações sociais no modo de produção capitalista, isto é, coordenadas de criminalização ou metarregras tais como classe, gênero, idade, etnia etc. Um controle penal que tutele bens jurídicos em um sentido minimamente democrático só poderia existir enquanto abstração, já que o que de fato se tem é um sistema punitivo que tutela apenas a estratificação social.

No entanto, reconectar o Direito Penal com a materialidade do poder punitivo não equivale a uma reinvenção total da teoria do bem jurídico. O realismo marginal de Raúl Zaffaroni e sua abordagem agnóstica, conjugada com uma teoria crítica do delito como a defendida por Tavares, possuem condições de pavimentar o caminho para uma revisão profunda do significado e funções que se pode crivelmente esperar que o bem jurídico-penal cumpra.

Assim, Salah defende que o único objeto de tutela plausível pelo poder jurídico será os direitos fundamentais do próprio criminalizado e potencial criminalizável. Dito de outra forma: os únicos bens jurídicos que o poder jurídico poderá de fato proteger são as garantias materiais e processuais dos eventuais ou potenciais hipossuficientes diante do arbítrio punitivo. É unicamente neste sentido que o Direito Penal protege os bens jurídicos de todos os cidadãos: neutralizando a ameaça constante que o poder punitivo representa para a sua liberdade.

E, portanto, a lesão de bem jurídico não pode ser substituída por uma suposta criminalização de comportamento; a simples descrição de uma conduta proibida, sem ter relação com uma alteração sensível da realidade, pela qual se poderia configurar a lesão ou perigo concreto de lesão a bem jurídico, não atende o princípio da lesividade e é incompatível com a ordem

jurídica democrática, uma vez que as condutas se situam na ordem do lícito e somente entram na zona do ilícito quando implicam uma alteração relevante da realidade empírica.

Essa programação também é capaz de impor freios à política criminal e obstaculizar as criminalizações meramente políticas, já que o poder jurídico tem condições de conter os excessos punitivos no caso penal sempre que estes se deem no sentido de aviltar princípios como a lesividade, a fragmentariedade ou a intervenção mínima. E, para isso, os juristas dispõem do controle de constitucionalidade, seja difuso ou concentrado”.



5. Conclusão

Por tudo que foi exposto até o momento, acreditamos na teoria do bem jurídico como um paradigma de argumentação no que se refere à criminalização de condutas. Tal argumentação ocorre em uma arena delimitada por fatores sociais, históricos, econômicos e culturais. E, evidentemente, nem a mais perfeita teoria de limitação do poder estatal poderia dar frutos em um contexto de absoluto autoritarismo estatal (Costa, 2012, p.147). Seria injusto exigir isso do conceito de bem jurídico.

Nesse ponto, é preciso ressaltar a difícil (porém não impossível) tarefa de construir uma dogmática crítica que se contraponha ao pensamento majoritário até superá-lo, já que o axioma marxiano ainda se mostra verdadeiro: as ideias da classe dominante são, em cada época, as ideias dominantes (Engels; Marx, 2007, p.72).

E, por tais razões, na verdade, a crise da teoria do bem jurídico não se revela como uma crise da estrutura ou da função do próprio conceito, sendo muito mais uma consequência das características da sociedade contemporânea. Assim, a resposta para a denominada crise do bem jurídico não é o abandono do conceito, mas seu fortalecimento, para que possa continuar a atuar como forte aliado de um direito penal limitador.

Nessa linha, é fundamental que a teoria do bem jurídico não seja tomada como argumento isolado, mas operada em conjunto com outros princípios, tendo ele importante papel em coordenar e aglutinar os diversos filtros ao poder. E exercendo, ainda, no mínimo, um papel de constrangimento epistemológico.

Portanto, como sustentado anteriormente, podemos afirmar que, na verdade, se assiste à crise da crise do conceito de bem jurídico, cuja reformulação, a partir da constituição e dos ensinamentos da criminologia crítica, é mais imprescindível do que nunca.



CONFLITO DE INTERESSE

Nenhum declarado



REFERÊNCIAS

BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico-penal supraindividual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BARATTA, Alessandro. Funções Instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, a. 2, n. 5, jan.–mar., 1994.

BARATTA, Alessandro. **Princípios do direito penal mínimo**: por uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal. Florianópolis: Habitus, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BATISTA, Vera Malaguti, **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem Jurídico-Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

CARVALHO, Salo de. **Curso de Criminologia Crítica Brasileira**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2023.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Considerações sobre o estado atual da teoria do bem jurídico à luz do *harm principle*. In: GRECO, Luís; MARTINS, Antônio (orgs.). **Direito Penal como crítica da pena**. Estudo em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º Aniversário. Marcial Pons, 2012. P.133-150.

ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

FRAGOSO, Christiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

KHALED JR., Salah H. **Direito penal e liberdade**: ensaios sobre castigo, culpabilidade e poder punitivo. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023.

MARTINS, Antonio Reestruturação da culpabilidade. São Paulo : Tirant lo Blanch, 2024.

MUÑOS CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o Direito Penal de Seu Tempo**: Estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NAUCKE, Wolfgang, Direito penal negativo. In: GRECO, Luis; MARTINS, Antonio. **Direito Penal como crítica da pena**. Estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70. aniversário, Madri: Marcial Pons, 2012.

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

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SALES, Sheila Jorge Selim de. Princípio da efetividade no direito penal e a importância de um conceito garantista do bem jurídico-penal. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 95, n. 848, p. 416-437, jun. 2006.

SANTOS, Humberto Souza. **Ainda vive a teoria do bem jurídico?** Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

SARMENTO, Daniel. Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, [s.d].

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do Direito penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. **Culpabilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TAVARES, Juarez. MARTINS, Antônio. **Fundamentos de teoria do delito**. 4 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2025.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**, 4 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Anotações sobre o Bem Jurídico: Fusões e (Con)Fusões. In: PINHO, Aná Cláudia Bastos de; DELUCHEY, Jean-François Y; GOMES, Marcus Alan de Melo. **Tensões Contemporâneas da Repressão Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Doutrina penal nazista**: a dogmática penal alemã entre 1943 a 1945. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**, volume 1: parte teral. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.



Correspondence address: Erick Maia Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - Sede Administrativa Avenida Marechal Câmara, 314 - CEP 20020-080 - Centro, RJ E-mail: erick.maia@defensoria.rj.def.br	Enviado para submissão: 02/12/2025
	Aceito após revisão: 09/12/2025
	Publicado no Fluxo Contínuo 13/12/2025