TEORIA CONSTITUCIONAL DO BEM JURÍDICO: UM PARÂMETRO SEGURO PARA A INTERVENÇÃO JURÍDICO-PENAL?

Isadora Prado Pinheiro (PIC/CNPq/Uem), Professora Doutora Érika Mendes de Carvalho (Orientadora), e-mail: isaprado97@hotmail.com.

Universidade Estadual de Maringá / Centro de Ciências Sociais Aplicadas/Maringá, PR.

Ciências Sociais Aplicadas/Direito.

Palavras-chave: bem jurídico; função limitativa; princípio da intervenção mínima.

Resumo: Analisa-se a teoria constitucional do bem jurídico, ocupando-se dos critérios de seleção de bens imprescindíveis à convivência pacífica em sociedade. Para tanto, examinam-se os critérios utilizados pelo legislador penal ao incriminar condutas. Questiona-se, assim, se a teoria do bem jurídico-penal é apta a assegurar um Direito Penal em seu caráter minimalista. Em razão disso, recorre-se à história do bem jurídico e às diversas críticas sofridas pelo conceito, mergulhando nessa discussão dogmática. Diante de uma inovadora perspectiva, examina-se o bem jurídico à luz da Constituição, haja vista a oportuna conexão entre dogmática penal e constitucional. Ao considerar que a margem de atuação do poder legislativo é ampla e complexa, cabe ao bem jurídico facilitar o controle democrático do legislador. Assim, refutando-se a concepção de um Direito Penal protetor de convicções políticas, religiosas e simples sentimentos, busca-se uma punição que incida somente sobre condutas ofensoras de bens indispensáveis à sociedade. De tal forma que o agir legislativo deve ser orientado pelos preceitos constitucionais, uma vez que os bens primordiais estão dispostos no texto constitucional. Portanto, a pesquisa busca indagar sobre a subsistência da função limitativa da categoria em pauta, evidenciando, em todo o seu conteúdo, a importância do princípio da intervenção mínima.

Introdução

Embora a teoria do bem jurídico seja amplamente aceita entre os penalistas, o seu conceito é alvo de discussões e acirramentos dentro da dogmática penal. Em razão disso, é possível encontrar-se defensores da reformulação da categoria em pauta, havendo vertentes que, inclusive, posicionam-se pelo total distanciamento do bem jurídico como justificativa da tipificação penal, tendo como principal representante dessa acepção, Günther Jakobs.

O destaque dessa pesquisa encontra-se na função limitativa do *jus puniendi* estatal que o bem jurídico supostamente deve exercer. Isso, porque, se diante de um Estado Democrático de Direito, a punição deve incidir tão somente quando verificada a lesão a um bem caro à sociedade, tal como evidencia Claus Roxin, “bens jurídicos

são circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre" (ROXIN, 2009, p.18).

No que se refere a história do conceito em pauta, seu surgimento se dá em virtude da ascensão do movimento iluminista, atribuindo-se a Feuerbach o ponto inicial da construção dogmática do bem jurídico. Assim, o núcleo material do delito passou a ser visto como a lesão de direitos subjetivos, representando um avanço à limitação do poder punitivo estatal. Adiante, é Birnbaum quem leva o título de precursor da categoria em pauta, já que é o responsável pelo que hoje se denomina "bem jurídico-penal". Nesse período, somente bens corpóreos e materiais se encaixavam no conceito de bem jurídico.

Na sequência, Binding e Lizst passaram a reconhecer tais bens pela sua importância à comunidade e também ao indivíduo. A princípio, Binding define bem jurídico como sendo tudo aquilo que o legislador entende como tal, refletindo o positivismo e o cientificismo jurídico de sua época. Dessa feita, o bem jurídico vinculado ao seu aspecto lógico-formal, concepção que constitui o legislador de certa onipotência, parece contrapor-se ao que se espera de um Direito Penal mínimo.

Por outro lado, Liszt compreende os bens jurídicos como dados empíricos, preexistentes ao poder legislativo. Em outras palavras, os bens jurídicos não seriam produto do ordenamento jurídico, mas sim, da vida e da convivência em sociedade, revelando-se nos bens primordiais a esta.

Após a 1ª Guerra Mundial, surgem as concepções que ficaram conhecidas como metodológicas-teleológicas, de matriz neokantiana, nas quais o bem jurídico se constituía num valor abstrato. Essa concepção passou a definir o bem jurídico como a finalidade da norma incriminadora, ou seja, o bem jurídico-penal seria a *ratio legis* da norma, tornando-se um mero processo de interpretação dos tipos penais. E, ainda, após a 2ª Guerra Mundial, período em que o conceito de bem jurídico foi visivelmente negligenciado, surgiram outras concepções, como as sociológicas, as sistêmicas e as constitucionais, foco dessa pesquisa.

Esclarece-se que a conexão entre as dogmáticas penal e constitucional é plausível nos dias atuais, já que o bem jurídico se encaixa perfeitamente nesse contexto, haja vista representa um critério negativo e limitador do Direito Penal, assim como o faz o texto constitucional em relação ao poder do Estado.

Diante de um Estado Democrático de Direito, em que há limites legalmente impostos aos poderes públicos, é possível verificar um sistema de garantias dos direitos individuais. Para tanto, um Direito Penal legítimo deve estar aliado à proteção dos direitos e liberdades fundamentais do cidadão.

É aqui que se depara com o princípio da intervenção mínima e, muito embora não esteja expressamente positivado na Constituição Federal de 1988, mostra-se um princípio político norteador do direito punitivo.

Em análise a Teoria Constitucional do bem jurídico, o texto constitucional passa a servir como uma diretriz política criminal (PRADO, 2015, p.62). Do entendimento que o bem jurídico deve ser retirado do contexto social, passa-se a argumentar que os bens mais caros à sociedade são os dispostos constitucionalmente.

Claus Roxin observa o bem jurídico a partir dos direitos e garantias constitucionais, revigorando o conceito a partir de uma política criminal amparada na Constituição Democrática. No cenário brasileiro, as contribuições são de Luiz Regis Prado, que aponta que os bens jurídicos devem ser inferidos da Constituição. Acrescenta-se,

ainda, que essa teoria se subdivide-se em duas vertentes, a de caráter amplo e estrito, sendo a divergência unicamente o modo como se vincula o bem jurídico ao texto constitucional.

Em busca de se orientar o poder legislativo, possível encontrar ainda duas formas do legislador agir, quais sejam, negativa ou positivamente. Um legislativo orientado negativamente, sustenta que toda criminalização não pode desrespeitar o texto constitucional, o que não difere dos demais ramos do Direito quanto ao quesito da inconstitucionalidade de uma norma. Agora, ao guiar-se o legislador positivamente, significa que não basta estar de acordo com os preceitos constitucionais, mas a tutela penal deve proteger bens reconhecidos pela Constituição.

Por fim, busca-se pautar a atuação legislativa de modo que criminalize somente condutas que atentem contra a convivência pacífica e segura em sociedade. É necessário, portanto, analisar o bem jurídico em observância aos princípios basilares do Direito Penal, especialmente o princípio da intervenção mínima. No mais, é preciso pensar o conceito pelo seu viés crítico e, então, somente os bens mais caros aos indivíduos deverão ser objeto do direito punitivo.

Materiais e métodos

O presente estudo pauta-se pelo método lógico-abstrato e objetiva abordar de modo significativo o tema. Com o fim de se obter maior profundidade, faz-se um exame das obras doutrinárias de referência sobre o bem jurídico-penal. Utiliza-se, também, obras e artigos doutrinários associados à dogmática constitucional, fomentando uma análise crítica acerca do bem jurídico.

Resultados e Discussão

Primeiramente, tem-se que um Direito Penal alheio à proteção de bens jurídicos, acarretaria um quadro de terror estatal. Nesse contexto, o entendimento alcançado é que o bem jurídico deve ser parte integrante da realidade empírica, mostrando-se relevante a convivência pacífica em sociedade. Muito embora as críticas sofridas pela categoria, tanto pelo seu conteúdo demasiadamente abstrato, como pela falta de unanimidade em suas concepções, o bem jurídico-penal constitui-se em um produto histórico, refletindo as ocorrências de seu tempo.

Desse modo, é válido o argumento de que a categoria do bem jurídico surge com o fito de se restringir o *ius puniendi* do Estado e, desde o início da construção dessa categoria, já é possível notar os avanços frente ao arbítrio estatal. No entanto, grifa-se que o conceito deve ser pensado a partir de uma análise crítica, razão pela qual se afasta daquelas concepções que o compreendem pelo seu viés meramente formal.

Quanto ao poder legislativo, coaduna-se com o posicionamento de um legislativo guiado pelos princípios basilares do Direito Penal (intervenção mínima, subsidiariedade, e, por óbvio, a exclusiva proteção de bens jurídicos), utilizando-se de institutos constitucionais, como a “proibição do excesso” e a “proibição da insuficiência” como conceitos críticos ao agir legislativo na esfera penal.

Por fim, ressalta-se que certezas sobre a aptidão da teoria constitucional do bem jurídico como a maneira correta de orientação do legislador penal, num primeiro momento, parecem distantes. Porém, é a partir de uma reflexão profunda dos preceitos constitucionais, numa perspectiva crítica ao sistema e, priorizando-se a escolha dos bens jurídicos caros à sociedade, à luz do princípio da intervenção mínima, que se pode (ao menos) aproximar-se de um Estado Democrático de Direito.

Conclusões

O bem jurídico é categoria primordial a existência de um Direito Penal de viés democrático e deve compreender bens caros à convivência pacífica em sociedade. Assim, deve ser analisado por seu viés crítico, observando os princípios norteadores do direito punitivo. Uma vez que incumbe ao poder legislativo a criminalização de condutas, é preciso amparar-se no texto constitucional para fazê-lo, observando o princípio da intervenção mínima. Dessa forma, o Direito Penal deve incidir somente quando for extremamente necessário e o bem jurídico, por sua vez, deve ser inferido da Constituição, texto que reflete os bens mais caros à sociedade. Portanto, o bem jurídico-penal cumpre com sua função de restrição do *ius puniendi* do Estado, desde que observado em conjunto com os preceitos constitucionais e analisado de modo crítico e profundo.

Agradecimentos

À minha orientadora, por seus ensinamentos e amor ao Direito Penal.

Referências

BECHARA, Ana Elisa Liberatore da Silva. **Bem jurídico - penal**. São Paulo: Quartier Latim, 2014.

HEFENDEHL, Roland. **La teoría del bien jurídico ¿ fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?**. Madrid: Marcial, 2007.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.