



Ofensividade em Direito Penal: revisitando o conceito de bem jurídico a partir da Teoria do Reconhecimento¹

Offensiveness in Criminal Law: a review of the legal good concept based in the Recognition Theory

GIOVANI AGOSTINI SAAVEDRA²

Doutor em Direito e em Filosofia pela Johann Wolfgang Goethe – Universität Frankfurt am Main (Alemanha)

VINICIUS GOMES DE VASCONCELLOS³

Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo a realização de uma aproximação entre a Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth, representante da Escola de Frankfurt, com a teoria do Bem Jurídico penal. Acredita-se que, desse modo, possa ser feito contributo para melhor elucidar as aporias do conceito de bem jurídico penal. Portanto, pretende-se explicitar que a Teoria do Reconhecimento oferece um arcabouço teórico que permite o desenvolvimento e fundamentação de um Direito Penal voltado à proteção de bens jurídicos, no contexto de um Estado Democrático do Direito, que, ao mesmo tempo, não ignora e, pelo contrário, permite a compreensão da lógica moral dos conflitos sociais.

Palavras-chaves: Direito Penal; Bem jurídico; Teoria do Reconhecimento.

ABSTRACT: This article aims to establish an approximation between Honneth's Recognition Theory and the criminal legal good theory. It is believed that it might contribute to better clarify this concept and its critiques. Therefore, this paper intend to outline the potential fundaments produced by the Recognition Theory in terms of a Criminal Law pointed to protect legal goods, in the context of a democratic state of law concerned about the understanding of the social conflict moral logic.

Keywords: Criminal Law; Legal good; Recognition Theory.

Analisando a evolução das relações pessoais e econômicas na sociedade e o desenvolvimento dos conhecimentos científicos, pode-se identificar um processo de crescente complexificação social, permeado por diversos fenômenos que influenciam diretamente diversas áreas de interesse coletivo. Tais acontecimentos, somados à crescente globalização de tecnologias e conhecimentos – sejam eles um avanço ou um retrocesso para a humanidade – estão trazendo à tona problemas e questionamentos fundamentais acerca do Direito, da Política e, primordialmente, da liberdade individual.

Já é lugar-comum afirmar que vivemos em um mundo cada vez mais complexo, praticamente sem fronteiras internacionais e restrições para a disseminação de ideias – ou ideologias.⁴ A sociedade percebe-se confrontada com ações que geram consequências imprevisíveis e desconhecidas, com uma capacidade

de alastramento indescritível, ou seja, *riscos* – como, por exemplo, mutações genéticas, transgênicos e o uso de tecnologia nuclear. Muitos autores afirmam, portanto, que vivemos em uma sociedade do risco.⁵ Há, então, uma pressão por um controle que não se sabe ao certo o quanto deve ser rígido ou permissivo, mas que apresenta-se, certamente, com tendências ao controle excessivo. Essa “sociedade do risco” pode ser compreendida como uma sociedade, cujos desafios são perigos produzidos, que não podem ser delimitados socialmente nem no espaço nem no tempo⁶. Em consequência de tal fato, surge uma crescente produção normativa baseada não em uma política preventiva, que vise a evitar o aumento de tais riscos, mas, sim, em pressupostos simbólicos que almejam um ideal de segurança enraizado em incertezas, “pois quanto menos riscos se reconheçam publicamente, mais riscos se produzem”⁷.

Em paralelo, podemos ressaltar outro fenômeno que estava latente na sociedade, mas que, com os atentados terroristas aos Estados Unidos em 2001 sobrepuja-se às observações científicas. O constante estado de pânico e medo gerado por esse incompreensível ataque a uma nação tem fundamentado políticas invasivas e inconcebíveis a um Estado Democrático de Direito. Com base em Saavedra, podemos afirmar que:

Aos poucos está ficando cada vez mais claro que o 11 de Setembro tornou-se o marco inicial de um processo mundial de passagem da *sociedade democrática (demokratische Gesellschaft)* para a *sociedade da segurança (Sicherheitsgesellschaft)*, de um processo de transformação cultural caracterizado pelo abandono da *cultura da liberdade (Kultur der Freiheit)* e pela sedimentação gradativa de uma *cultura do medo (Angstkultur)*. Por fim, pode-se dizer também que o 11 de Setembro já tornou-se o marco do retorno da *concepção do inimigo (Wiederkehr des Feindes)*, do *Direito Penal do Inimigo (Feindstrafrecht)* e do *retorno da tortura (Wiederkehr der Folter)*.⁸

Defendida por Günther Jakobs, essa qualificação de indivíduos como não-pessoas, *inimigos*, fundamenta-se no dogma de que “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa”.⁹ Tal fato proporcionaria a possibilidade de uma divisão do Direito penal: deveria existir um para ser aplicado para as *pessoas* e outro para as *não-pessoas*.

Essa concepção do inimigo pode ser notada em diversos momentos históricos da humanidade como, por exemplo, na caçada por pecadores durante a Inquisição e na batalha contra o perigo comunista no período da Guerra Fria. Atualmente, em âmbito nacional, podemos citar a “guerra contra o tráfico de drogas”, que, com o discurso de indiscutível sensacionalismo midiático¹⁰, assenta a cultura do medo e a concepção do inimigo na perspectiva política e judiciária brasileira. Saavedra mostra as consequências dessa perspectiva para a compreensão da relação entre esse fenômeno e o Direito Penal:

As consequências de tal compreensão do direito penal para o debate sobre a dignidade da pessoa humana são óbvias: dado que o inimigo passa a ser visto como não-pessoa, ele também passa a não estar coberto pela garantia constitucional da dignidade da pessoa humana. O problema aqui é que, uma vez permitida a utilização pela política criminal e pelo Estado da diferença “entre humano” e “não-humano” como formas de definição de “seres humanos”, não se pode mais determinar limites

normativos à ação do Estado, à ação da polícia e ao alcance da política criminal. Além disso, essa compreensão do direito penal amputa com um só golpe a garantia da dignidade da pessoa humana, pois a separa de sua origem histórica, a partir da qual ela adquire seu perfil normativo.¹¹

O conjunto de mudanças provocadas pela “*sociedade do risco*” e pela difusão da “*concepção do inimigo*”, colocam em risco o Estado Democrático de Direito e o transforma aos poucos em um “Estado de Segurança ou Estado de Prevenção”,¹² que é aquele onde a produção normativa e os mecanismos de decisão tendem a reorganizar-se permanentemente como reposta a uma situação de emergência estrutural”. Configura-se, então, uma expansão sem limites de um Direito Penal preventivo de riscos demasiadamente incertos, que apresenta uma efetividade fictícia, simbólica,¹³ baseada em um clamor punitivista de uma sociedade aterrorizada e manipulada, que busca uma guerra contra certos “inimigos” por meio do desmedido poder estatal.

Nesse cenário, os ideais de um direito penal mínimo, fundado no princípio da *ultima ratio*, tornam-se obstáculos a serem denegados em prol do expansionismo penal. Esta pesquisa se faz relevante diante da essencialidade de uma limitação do poder punitivo do Estado para que sejam evitadas violações de direitos individuais. Conforme apontamento de Gerhard Seher,¹⁴ pode-se dizer, portanto, que o presente debate gira em torno do conceito de bem jurídico, mas que, na verdade, aborda divergências de conteúdo acerca de qual deve ser o alcance legítimo do Direito Penal. O desenvolvimento desta fundamentação será apresentado em três etapas: (1) breve evolução histórica do conceito de Bem Jurídico; (2) apresentação das definições atuais de Bem Jurídico e suas aporias; e (3) essencialidade da função crítica do conceito de Bem Jurídico e sua legitimação social.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO

Analisaremos, a seguir, breves aspectos históricos da concepção de bem jurídico, sem ter como objetivo realizar uma verificação exaustiva dos autores que abordam tal tema, mas, sim, citando, exemplificativamente, certas perspectivas relevantes, destacando o surgimento e a importância da função crítica da noção em tela.

O conceito de bem jurídico está intimamente relacionado com a própria noção de crime e, portanto, também com a legitimação do Direito penal como

um todo. Diante disso, iniciemos a presente análise histórica do momento em que a conduta delitiva era percebida como pecado. Crime e pecado confundiam-se e, portanto, eram considerados, ao mesmo tempo, decisão judicial e palavra divina.

A partir da separação entre Igreja e Estado, surge o princípio da secularização, o qual sustenta, dentre outras importantes diretrizes, um Direito laico. A necessidade de uma nova legitimação ao poder punitivo estatal faz-se necessária, juntamente com o incipiente aparecimento de doutrinadores em âmbito de Direito penal.

Segundo D'Ávila, é, principalmente, com o jusnaturalismo de Thomasius e o pensamento introduzido em *Dos Delitos e Das Penas* que o crime ganha autonomia em relação ao pecado: “Para Beccaria, não haveria legitimidade em criminalizar condutas que prejuízo algum causassem à comunidade. O dano como medida do crime assumia-se, assim, como elemento central do fenômeno criminoso, mas também como elemento crítico da criminalização (...)”.¹⁵ A possibilidade de tornar ilícita uma conduta seria existente somente nos casos de lesão à sociedade.

No período iluminista, entretanto, ainda não se podia falar em dano a bem jurídico, pois o ilícito penal baseava-se na violação de um *direito subjetivo*. D'Ávila aponta Feuerbach como um dos expoentes da visão de crime como ofensa ao direito de outrem, que sustenta, mesmo que indiretamente, a dimensão social do dano: para ele, “(...) socialmente danosa é a conduta que desorganiza a ordem posta pelo contrato, violando direitos individuais ou do Estado como pessoa moral, erigidos a partir de uma orientação individualista.”, portanto, “ (...) o direito subjetivo torna-se o objeto jurídico da proteção normativa, implicando uma consequente leitura da ofensividade a partir da sua violação”.¹⁶

A concepção de crime como violação a direito subjetivo apresenta duas aporias fundamentais: a questão referente a direitos coletivos ou sociais e a diferenciação entre lesão ao direito ou ao seu objeto. A primeira se fundamenta na impossibilidade de identificação de um titular determinado do direito em violações causadas por crimes contra a ordem pública, por exemplo; seria “um direito subjetivo sem sujeito”.¹⁷ Quanto ao segundo problema, devemos perceber que em um furto, por exemplo, não ocorre a supressão ou a lesão do direito subjetivo, mas, na verdade, de seu objeto, a coisa furtada.

Em face de tais questionamentos acerca das aporias da visão de crime como violação a um direito subjetivo, surge a Teoria do Bem Jurídico. A parcela majoritária da doutrina atribui tal feito a Birnbaum que, em 1834,

delineou os primeiros traços do conceito objeto deste trabalho, criticando a abstração teórica da caracterização de crime como violação a direito subjetivo. Conforme Sporleder de Souza,¹⁸ afirma Birnbaum que condutas delitivas não afetam direitos subjetivos, mas, sim, são uma ofensa a bens, ou seja, de ofensas pessoais-subjetivas, passou-se a perceber o crime como afrontas de coisas exteriores. Complementa D'Ávila ao dizer que para tal autor “o crime deveria ser reconhecido na lesão ou pôr-em-perigo, atribuível à vontade humana, de um bem a todos garantido igualmente pelo poder do Estado”.¹⁹ Todavia, nesse momento ainda não era possível uma definição precisa desse *bem* passível de ofensas.

Após essa inauguração no âmbito acadêmico do Direito penal, as bases de uma Teoria do Bem Jurídico firmaram-se de modo mais contundente com Binding em 1872. Com base em uma perspectiva positivista extremada, ele sustentou que o bem jurídico-penal seria definido pela perspectiva do legislador, ou seja, o que fosse caracterizado por ele como sendo condição para a vida saudável da comunidade jurídica, poderia ser protegido penalmente de toda lesão ou perigo indesejado. Conclui Sporleder de Souza que “para Binding, há uma congruência absoluta entre a norma e o objeto de tutela penal, sendo a norma a única e definitiva fonte de revelação do bem jurídico, ou seja, é o próprio legislador quem cria o bem jurídico”.²⁰

Essa corrente, porém, apresenta um conceito de bem jurídico acrítico, inconsistente e inoperante, que não visa a uma limitação do Direito penal, dado que, para Binding, “os limites à criação de bens jurídico-penais por parte do legislador estão condicionados unicamente pelas exigências lógicas e pelas suas próprias considerações valorativo-objetivas”.²¹ É necessário, portanto, que se faça uma análise crítica desse ponto: ao afirmar, com fundamento em uma postura positivista-legalista, formalista, que passível de tutela penal é tudo o que for assim previsto normativamente, impossibilita-se o questionamento acerca da legitimidade ou não da criminalização de qualquer conduta. Em nosso ver, o conceito aqui estudado tem exatamente como principal objetivo a limitação da lei penal, especialmente para conter o já comentado expansionismo do sistema criminal. Listz, defensor dessa função crítica em torno da noção de bem jurídico afirma, em oposição a Binding, que o bem jurídico é pré-positivo, ou seja, não cria-se concomitantemente a sua previsão legal, mas sim é descoberto pelo legislador ao analisar o convívio humano. Resume Sporleder de Souza, que tal instituto “não é um bem do direito (como Binding e outros supõem) senão um bem do homem reconhecido e protegido pelo direito”.²² Com isso, há

uma problematização da própria legitimação da norma, qual seja, o motivo de ser ou não ser da mesma, e a resposta só poderá ser encontrada a partir da dimensão teleológica (finalidade) do dispositivo legal. Liszt afirma que “deve-se recorrer com a pena naqueles casos em que certos bens jurídicos necessitam proteção contra determinadas perturbações, e recorre-se a ela na forma e grau necessários para a proteção destes bens jurídicos contra estes delitos”.²³

Merecem destaque, no período dos anos setenta do século passado, as teorias de Rudolphi, de Hassemer e de Lampe. Aquele, citado por Sporleder de Souza como o primeiro a “dar ênfase, de forma clara, ao aspecto crítico do objeto de tutela penal no plano político-criminal legislativo-dogmático”,²⁴ atribui ao conceito de bem jurídico dois desígnios: (1) ser um critério de interpretação teleológica – com base na finalidade – do núcleo material do injusto, e (2) ser uma condição legitimante do Direito penal e da criminalização. Hassemer, por sua vez, busca identificar o que influencia o legislador na escolha dos bens jurídico-penais, com isso ele “eleva e vincula definitivamente o objeto de tutela penal a um *status* de ‘categoria material’ da *praxis* (política criminal legislativo-dogmática) no intuito de limitar o *ius puniendi* e estabelecer critérios racionais de seleção e legitimação de bens jurídicos a proteger penalmente”²⁵. Para esse autor, os interesses tutelados pela lei penal não são produto de processos naturais, mas sim de um acordo social baseado na experiência, que são configurados pelo legislador e não somente sacados da realidade social.

Por fim, Lampe sustenta seu estudo em quatro pontos centrais, resumidos por Sporleder de Souza em: “a) que os bens jurídicos têm valores culturais como fundamento; b) que estes valores culturais possuem necessidades individuais como fundamento; c) que as necessidades individuais tornam-se valores culturais quando se configuram em *dominantes sociais* (*sozial dominant*); e d) que os valores culturais tornam-se bens jurídicos somente quando haja confiança na sua existência e quando estes demonstrem carência ou necessidade de proteção jurídico-penal”.²⁶

2 DEFINIÇÕES ATUAIS DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO E SUAS APORIAS

Atualmente, uma conceituação de Bem Jurídico apresenta difícil precisão diante das diversas correntes e perspectivas. Michael Kahlo²⁷ procura delimitar o conceito, a partir da proposição de que a categoria de bem jurídico é descritível como um conceito relacional, pois compreende uma relação considerada como positiva, valiosa – como um bem – entre algo,

uma realidade, e um sujeito. Tal relação seria orientada à realização da liberdade externa da pessoa enquanto sujeito de direito, ou seja, sua autonomia individual. Por outro ângulo, baseando-nos em uma análise calcada no *princípio do dano*,²⁸ podemos dizer que bem jurídico é um interesse, um recurso sobre cuja integridade uma pessoa tem pretensão, ou seja, alguém percebe importância em sua proteção, pois tem direito a sua existência. Recurso, nessa visão, seria um meio ou uma capacidade que, normalmente, possui certo valor para a manutenção de um padrão de qualidade de vida.

Nem tudo o que é protegido juridicamente se dá por meio de penalização, visto que o Direito penal deve ser a última alternativa legal, conforme o princípio da *ultima ratio* e da subsidiariedade. Portanto, nem todo bem jurídico é penal. O que é resguardado pelo Direito administrativo sancionador, por exemplo, também possui grande importância para o ordenamento jurídico e para a sociedade em geral. Mas, de fato, é a proteção por meio da ameaça e da efetiva aplicação de penas que caracteriza um bem jurídico-penal. Para Michael Kahlo, bens jurídicos-penais seriam, portanto: “elementos objetivos constitutivos da liberdade externa dos sujeitos de Direito, entendida como meio para a autonomia, determinados materialmente e reconhecidos penalmente (quer dizer, garantidos por meio da ameaça penal); liberdade que de modo permanente e ativo co-constituem através da *praxis* do mutuo reconhecimento”.²⁹

Claus Roxin define os bens jurídicos como “realidades ou fins que são necessários para (1) uma vida social livre e segura que garanta os direitos humanos e fundamentais do indivíduo, (2) ou para o funcionamento do sistema estatal estruturado para a obtenção de tal fim”.³⁰ Com tal afirmação, Roxin possibilita, especialmente no que diz respeito à dimensão teleológica do fenômeno, a legitimação de bens jurídicos criados pelo legislador. Porém, exatamente, nesse ponto de sua teoria, parece que o autor incorre em uma aporia, dado a legitimação de um bem jurídico não se dá somente no formalismo da previsão legal legislada, mas, sim, em uma real relevância social. Como já exposto com as lições de Lizt e diversos autores posteriores, uma concepção de bem jurídico *criado* pelo legislador inutilizaria por completo a função crítica, a mais essencial do conceito tratado neste trabalho. Ademais, essa ideia parece não ser compatível com outra defendida pelo próprio autor, a saber: a de que “o direito penal tem como finalidade assegurar aos cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, na medida em que tais objetivos não possam ser conseguidos por meio de outras

medidas político-sociais menos intrusivas na esfera da liberdade individual”.³¹

Exatamente, por superar esses problema, a conceituação que se apresenta como mais adequada, ao nosso ver, é a de Figueiredo Dias, dado o autor afirmar que o bem jurídico, em seu núcleo essencial, é “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e, por isso, juridicamente reconhecido como valioso”.³² Aqui podemos perceber a atenção dada à necessidade de uma legitimação anterior à positivação feita pelo legislador, ou seja, o que é bem jurídico precisa ter importância social e, por isso, ser protegido juridicamente. Ilegítimo seria, então, o que se dá relevância somente por ser protegido pelo Direito. Tal conceito, entretanto, não é preciso em sua completude, posto que dá base para um novo questionamento, qual seja: de como definir quando um certo estado, objeto ou bem é socialmente relevante em si mesmo. Para explicitar melhor o problema, valemo-nos da exposição precisa de D’Avila acerca das críticas normalmente sofridas pelo conceito de bem jurídico:

Entre velhos e novos argumentos alega-se, principalmente, (a) a sua incapacidade em contribuir para a definição da tutela obrigatória – estaria restrita à tutela possível, nada dizendo sobre a obrigatória – e (b) insuficiência enquanto argumento crítico, mesmo que restrito à definição da tutela possível; (c) a impossibilidade de obter-se uma definição material de bem jurídico ou mesmo a sua não preexistência ao legislador; (d) a sua inadequação a técnicas de tutela em expansão, nomeadamente no direito penal secundário; (e) a falácia do seu contributo na superação de delitos de cunho meramente moral, uma vez que, para a proibição de uma conduta, bastaria ser ela indesejada e, em razão disso, objeto de um acordo de base social e legislativamente reconhecido. Razões, enfim, de cunho histórico, prático, ideológico e dogmático-penal que unem-se na tentativa de demonstrar a inaptidão do bem jurídico, enquanto argumento crítico de legitimidade do processo contemporâneo de criminalização.³³

Portanto, somente uma adequada definição do conceito material de bem jurídico, que contivesse elementos para uma delimitação de qual é a sua fundamentação pré-legislativa, ou seja, a legitimação social do que deve ser positivado como bem jurídico, poderia resolver, em nossa opinião, boa parte, se não todas, as aporias do conceito em tela. Pensamos que, mesmo diante da difícil conceituação, tal

sentido sociológico não pode ser abandonado, pois é cristalino que existe, ou deveria existir, um sentimento compartilhado entre os indivíduos que sirva como base para a criminalização. Do mesmo modo, ressalta Luiz Regis Prado:

Em face da dimensão sociocultural do bem jurídico, a orientação do processo criminalização/descriminalização subordina-se às regras axiológicas imperantes em cada momento histórico. A idoneidade do bem jurídico está diretamente relacionada com o seu valor social. Não pode estar desvinculado da realidade existencial e indiferente ao mundo externo do ser. Ao contrário, há um ponto de vista objetivo, de natureza empírico-jurídica, em virtude do qual o legislador tem como fundamento a existência de um momento categorial-axiológico que, enquanto digno de garantia penal, exige uma valoração positiva.³⁴

3 CONCLUSÃO: ESSENCIALIDADE DA FUNÇÃO CRÍTICA DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO E SUA LEGITIMAÇÃO SOCIAL

Ponto chave na análise crítica do tipo penal face à Teoria do Bem Jurídico é a análise tridimensional de seu conteúdo. Propomos aqui uma escala de verificação fundada em três níveis, quais sejam, a dignidade, a necessidade e a ofensividade. Tal inquirição precisa ser realizada tanto em âmbito abstrato, pelo legislador, quanto em concreto, pelo juiz – embora esse venha a focar-se mais especificamente no último quesito, a ofensividade. Inicialmente, deve-se focar na dignidade do bem jurídico tutelado pelo tipo em questão. Entendemos residir aqui, de modo mais direto, a contribuição da Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth para a compreensão dos conceitos de Bem Jurídico e Ofensividade. Para explicitar melhor essa contribuição, no que segue, vamos apresentá-la num diálogo com a teoria de Luciano Feldens.

Luciano Feldens defende uma íntima relação entre a Constituição e o Direito Penal, mais especificamente, o poder de criminalização garantido ao legislador ordinário. Sustenta ele que “a Constituição figura como um quadro referencial obrigatório da atividade punitiva, contendo as decisões valorativas fundamentais para a elaboração de um conceito de bem jurídico prévio à legislação penal e ao mesmo tempo obrigatório para ela”.³⁵ Desse modo, os mandamentos constitucionais seriam a *síntese a priori* da possibilidade de criminalização de condutas, um vínculo limitador do poder de punir. Existiria, portanto, uma relação axiológica-normativa

compartilhada pela Lei Fundamental e o Direito Penal, “por meio da qual a Constituição funciona como: (a) limite material do Direito Penal (erigindo barreiras ao processo criminalizador); (b) fonte valorativa do Direito Penal (funcionando como paradigma na escolha de bens jurídicos suscetíveis de proteção jurídico-penal), e (c) fundamento normativo do Direito Penal (apontando zonas de obrigatoria intervenção do legislador penal)”.³⁶

Tal teorização, a nosso ver, carece de uma maior atenção ao aspecto social da legitimação da criminalização de condutas. Não queremos aqui sustentar uma inutilidade da Constituição, longe disso. A Lei Maior deve sim ser uma base limitadora do direito penal, porém, para, além disso, é necessária uma análise externa ao texto legal por três motivos marcantes: primeiro, porque, mesmo estando no topo da pirâmide normativa, a própria Constituição necessita de um amparo legitimador. Ela precisa ser baseada em valores compartilhados na sociedade para, desse modo, possuir uma certa identificação com os indivíduos que serão por ela regidos. Segundo, porque os dispositivos constitucionais também são passíveis da pressão social, ou seja, uma mudança cultural, por exemplo, pode acarretar transformações no texto supremo e, com isso, na escala de limitação punitiva. E, por último, assim como Feldens admite, existem “hipóteses (...), e não podemos simplesmente ignorá-las, em que a tutela penal, conquanto voltada à proteção de um bem jurídico de inequívoca relevância social, não oferece, de imediato, uma correlação constitucional”,³⁷ ou seja, há bens protegidos pela tutela penal com base em sua *relevância social*, independentemente de mandamento constitucional, devido ao fato de que tal legitimação social é o quesito fundamental em tal discussão.

Como sustenta Paulo Vinicius Sporleder de Souza, embora sendo imprescindível uma filtragem dos bens jurídicos tendo-se em tela os ditames constitucionais, ela não basta nem é suficiente para fundamentar o princípio da dignidade penal ou merecimento da pena.³⁸ Defendemos, portanto, a posição de que há sempre uma necessidade de legitimação social do Bem Jurídico a ser tutelado pela lei penal, ainda que continuemos a garantir a preponderância dos mandamentos constitucionais. É cristalino que há algo pré-normativo, uma noção compartilhada em nível das relações individuais.

Nesse sentido, o conceito de *Cultura Penal* de David Garland, pode contribuir para lançar luzes sobre alguns aspectos do problema, dado que o conceito é um dos determinantes da conduta punitiva: “This penal culture is the loose amalgam of penological theory, stored-up experience, institutional wisdom, and professional common sense which frames the action

of penal agents and which lends meaning to what they do”.³⁹ Diversos são, portanto, os fatores culturais e sociais que influenciam a ação dos agentes punitivos, juízes e legisladores, por exemplo, na elaboração e definição das características da punição em uma sociedade. As condutas a serem punidas, o modo de execução da punição, o que deve ser protegido – bens jurídicos – são pontos de tensão causada pela pressão social sempre constante, embora vagarosa.

Axel Honneth divide as relações de reconhecimento em três esferas: do amor, do direito e da estima social; passemos a analisar em detalhe a segunda delas. Com base em Thomas H. Marshall, ele defende que “um sujeito é capaz de se considerar, na experiência do reconhecimento jurídico, como uma pessoa que partilha com todos os outros membros da coletividade as propriedades que capacitam para a participação numa forma discursiva da vontade; e a possibilidade de se referir positivamente de si mesmo desse modo é o que podemos chamar de *autorrespeito*”.⁴⁰

Marshall sustenta que a busca por igualdade social, ou seja, “o nivelamento histórico das diferenças sociais de classe”,⁴¹ é realizada por uma constante luta por uma ampliação de direitos fundamentais, tanto em seu aspecto objetivo – ou seja, a quantidade de garantias – quanto em seu âmbito de disseminação social – a quantidade de pessoas e grupos que efetivamente possuem tais direitos reconhecidos. Os cidadãos se percebem a partir de um *status*, um reconhecimento mútuo de que a eles são garantidos direitos iguais e que, por isso, percebem uma igualdade em nível social, um ver-se como “membro *com igual valor* de uma coletividade política”.⁴²

Portanto, nós poderíamos sustentar a ideia de que os bens jurídicos devem ser percebidos de modo semelhante, ou seja, a partir de uma análise histórica, uma perspectiva de construção social por meio de uma pressão evolutiva em busca de direitos e garantias essenciais ao convívio em sociedade e ao reconhecimento mútuo entre os indivíduos, ou seja, uma luta por igualdade. Vale aqui destacar as palavras de Honneth: “é importante para os nossos fins somente a demonstração de que a imposição de cada nova classe de direitos fundamentais foi sempre forçada historicamente com argumentos referidos de maneira implícita à exigência de ser membro de igual valor da coletividade política”.⁴³ O direito penal, em última análise, tem por objetivo limitar, mas, desse modo, garantir a liberdade das pessoas face aos outros cidadãos da sociedade. Ao restringir as condutas de cada pessoa igualmente, sem privilégios ou exceções, o poder punitivo garante a todos o reconhecimento de seu igual valor, assegurando assim o autorrespeito

individual. Os bens jurídicos, ao seguirmos nesse raciocínio, são os interesses fundamentais que devem ser protegidos para garantir tal reconhecimento, ou seja, a esfera que deve ser assegurada visando a manter o *status* de igualdade entre os indivíduos.

REFERÊNCIAS

- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BECK, Ulrich. *Weltrisikogesellschaft. Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2007.
- _____. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.
- D'AVILA, Fabio R.. *Ofensividade em Direito Penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. O inimigo em direito penal contemporâneo. Algumas reflexões sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: GAUER, Ruth Maria Chitto (Org.). *Sistema penal e violência*. Rio de Janeiro: Lúmen, 2006. p. 95-108.
- _____. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- _____. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, ano 17, n. 80, p. 9-10.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*, parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.
- _____. *A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.
- GARLAND, David. *Punishment and Modern Society: a study in social theory*. Oxford: Oxford University Press, 1990.
- _____. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- HEFENDEHL, Roland (ed.). *La Teoría del Bien Jurídico*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2007.
- HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento*. A gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003.
- _____. Redistribución como reconocimiento. Respuesta a Nancy Fraser. In: FRASER, Nancy. *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico*. Madrid, 2006. p. 89-148.
- _____. *Reificación: un estudio en la teoría del reconocimiento*. Buenos Aires: Katz, 2007.
- JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.
- MARSHALL, T. H.. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1993.
- ROTSCH, Thomas. *Individuelle Haftung im Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*. Baden-Baden: Nomos, 1998.
- ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Jurisdição e Democracia. Uma análise a partir das teorias de Luhmann, Dworkin, Alexy e Habermas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SAAVEDRA, Giovanni Agostini; SOBOTKA, Emil. Introdução à teoria do reconhecimento de Axel Honnet. *Civitas*, v. 8, n. 1, p. 9-18, 2008.
- _____. Reificação vs. Dignidade: revisitando os fundamentos do direito penal a partir da teoria do reconhecimento de Axel Honneth. In: TEIXEIRA; OLIVEIRA (Org.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri: Manole, 2009.
- _____. Criminologia do Reconhecimento: linhas fundamentais de um novo paradigma criminológico. In: GAUER, Ruth Maria Chitto (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. p. 91-106.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem Jurídico-penal e Engenharia Genética Humana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOTAS

- ¹ Este trabalho surge como consequência de pesquisa realizada no período de agosto de 2009 a julho de 2010 com apoio financeiro do CNPq. Aqui serão apresentados alguns dos seus resultados diretos, bem como debates que ocorreram no Grupo de Estudos e Pesquisa em Criminologia da PUCRS, o qual é vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminas dessa mesma universidade. Os autores aproveitam o espaço deste artigo para agradecer ao CNPq pelo suporte oferecido ao desenvolvimento de sua pesquisa através do financiamento do programa PIBIC.
- ² Doutor em Direito e em Filosofia pela Johann Wolfgang Goethe – Universität Frankfurt am Main (Alemanha), mestre em direito e graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. É professor de Direito Penal, Criminologia e de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito PUCRS, professor e coordenador das Especializações em Ciências Penais, Direito Ambiental e Direito, Mercado e Economia da PUCRS, professor do quadro permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminas da PUCRS (Mestrado e Doutorado), professor

convocado em diversos cursos de pós-graduação lato sensu, pesquisador do Institut für Sozialforschung (Alemanha, Frankfurt am Main) no período de 2005 a 2008, Secretário-Geral do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminas (ITEC), Coordenador do Núcleo de Pesquisa em Ciências Criminas (PUCRS) e Coordenador da Comissão Científica da Faculdade de Direito da PUCRS.

- ³ Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS, bolsista de iniciação científica PIBIC/CNPq desde 2009, integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Criminologia da PUCRS (*espacocriminologico.blogspot.com*).
- ⁴ Entende-se *ideologia* como uma ideia que se apresenta como sendo a vontade de todos, mas, na sua concretização, somente alguns resultam favorecidos.
- ⁵ O autor clássico, que popularizou a expressão “Risikogesellschaft” (“Sociedade do Risco”) é Ulrich Beck. Ver, a esse respeito, principalmente: BECK, Ulrich. *Weltrisikogesellschaft. Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2007 e BECK, Ulrich. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986. Quem compilou, pela primeira vez,

- as contribuições desse conceito para a compreensão do Direito Penal foi Cornelius Prittwitz. Ver, a esse respeito, a obra clássica: PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*. Frankfurt am Main: Klostermann, 1993. Para um panorama sobre a discussão na Alemanha, ver: ROTSCH, Thomas. *Individuelle Haftung im Großunternehmen. Plädoyer für den Rückzug des Umweltstrafrechts*. Baden-Baden: Nomos, 1998. p. 41-70. Sobre o tema, na literatura pátrida, ver: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios (Contributo à Compreensão do Crime como Ofensa ao Bem Jurídico)*. Coimbra: Coimbra Ed., 2005. p. 21-36.
- ⁶ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de, *Bem Jurídico-penal e Engenharia Genética Humana*, p. 115.
- ⁷ *Ibidem*, p. 118.
- ⁸ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Reificação vs. Dignidade*. p. 134.
- ⁹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo*. p. 36.
- ¹⁰ Ver a respeito: BATISTA, Nilo, Mídia e sistema penal no Capitalismo tardio.
- ¹¹ SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Reificação vs. Dignidade*. p. 137.
- ¹² Ver a respeito desse conceito: SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem Jurídico-penal e Engenharia Genética Humana*. p. 118.
- ¹³ Conforme Manuel Cancio Meliá, “Quando se usa em sentido crítico o conceito de Direito penal simbólico, quer-se, então, fazer referência a que determinados agentes políticos tão-só perseguem o objetivo de dar a impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido, isto é, predomina uma função latente sobre a manifesta.” (JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo*. p.59).
- ¹⁴ SEHER, Gerhard. La legitimación de normas penales basadas en principios y el concepto de bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico*. p. 77.
- ¹⁵ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. p. 61.
- ¹⁶ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. p. 63.
- ¹⁷ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. p. 64.
- ¹⁸ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem Jurídico-penal e Engenharia Genética Humana*. p. 49.
- ¹⁹ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*. p. 64.
- ²⁰ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem Jurídico-penal e Engenharia Genética Humana*. p. 57.
- ²¹ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem Jurídico-penal e Engenharia Genética Humana*. nota 37, p. 57.
- ²² SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem Jurídico-penal e Engenharia Genética Humana*. p. 63.
- ²³ LISZR, La idea de fin, p. 89 *apud* SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem Jurídico-penal e Engenharia Genética Humana*. p. 64.
- ²⁴ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem Jurídico-penal e Engenharia Genética Humana*. p. 71.
- ²⁵ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem Jurídico-penal e Engenharia Genética Humana*. p. 77.
- ²⁶ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem Jurídico-penal e Engenharia Genética Humana*. p. 78.
- ²⁷ KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho Penal. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico*. p. 55.
- ²⁸ HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el principio del daño. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico*. p. 37 e seguintes.
- ²⁹ HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el principio del daño. In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico*. p. 58 (tradução livre).
- ³⁰ ROXIN, Claus. Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico*. p. 448 (tradução livre).
- ³¹ ROXIN, Claus. Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland (Ed.). *La Teoría del bien jurídico*. p. 446 (tradução livre).
- ³² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. p. 114.
- ³³ D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, ano 17, n. 80. p. 9 e 10.
- ³⁴ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. p. 79-80.
- ³⁵ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. p. 30.
- ³⁶ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. p. 34.
- ³⁷ FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal*. p. 41.
- ³⁸ SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem Jurídico-penal e Engenharia Genética Humana*. pp. 142-145.
- ³⁹ GARLAND, David. *Punishment and Modern Society*. p. 208.
- ⁴⁰ HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento*. p. 197.
- ⁴¹ HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento*. p. 190.
- ⁴² HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento*. p. 190.
- ⁴³ HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento*. p. 191.