

Crítica e reformulação da teoria do bem jurídico

Proposta de um referente circunstancial

BRYAN ALVES DEVOS
SALAH HASSAN KHALED JUNIOR
GABRIEL ANTINOLFI DIVAN

Resumo: O texto objetiva delinear e criticar a noção de bem jurídico no paradigma garantista, visando superar algumas de suas insuficiências. Como problema, questiona a necessidade e viabilidade de se preservar a busca por um referente material que dê conta de guiar a criminalização. A hipótese é de que tal busca não consegue superar suas aporias, por não escapar de sua própria circularidade e adotar o critério idealista de justificação do poder punitivo. Quanto ao referencial teórico, o artigo propõe a abordagem realista marginal e um olhar agnóstico para a questão da pena, acompanhados da proposta de um referente circunstancial para que sejam identificados os bens jurídicos factualmente passíveis de proteção por meio do Direito Penal: os direitos fundamentais do criminalizado. A investigação faz uso do método dedutivo e adota como procedimento a revisão bibliográfica pertinente.

Palavras-chave: Bem jurídico. Garantismo. Realismo marginal. Tutela.

A critique and reformulation of the legal interest theory: the proposal of a circumstantial reference

Abstract: This paper aims to critique the notion of legal interests within the paradigm of guarantee theory, aiming to overcome some of its insufficiencies; in this process questioning the need for and the feasibility of preserving the search for a material reference that can guide criminalization. The hypothesis is that such a search cannot overcome its own impasse, since such a commitment cannot escape its own circularity and instead acts as an idealistic justification for the punitive power. As for the theoretical framework, it relies on the marginal realistic approach, conducting an agnostic look at the issue of punishment, which is accompanied by the proposal of a circumstantial reference for the

Recebido em 25/2/21
Aprovado em 22/4/21

identification of legal interests that are actually subject to protection in Criminal Law: the fundamental rights of the defendant. The investigation here is conducted in a deductive way, while the research procedure focuses on a comprehensive and careful bibliographic review.

Keywords: Custody. Guarantees Theory. Legal interests. Marginal realism.

1 Introdução: bem jurídico-penal e justificação punitiva

A presente contribuição enfrenta um aspecto específico da narrativa hegemônica de justificação do poder punitivo e da expansão do Direito Penal: a suposta proteção de bens jurídicos. Não se trata de uma análise dogmática do bem jurídico, mas de uma ponderação sobre os reflexos político-criminais que decorrem das funções atribuídas ao Direito Penal com base na crença de que ele seria capaz de tal tutela de bens jurídicos e, portanto, da necessidade de desconstrução dessas premissas e de um reajuste teórico. Trata-se de proposta que visa contemplar a realidade das práticas punitivas contemporâneas e privar o discurso punitivista de um de seus artificios retóricos de justificação.

Com base nessa proposta inicial, a problemática terá como ponto de partida o justificacionismo de Ferrajoli (2014) e algumas das críticas mais contundentes às narrativas de legitimação do sistema penal. A escolha desse referencial fundamenta-se no fato de a obra *Direito e razão: teoria do garantismo penal* sistematizar de modo satisfatório – e passível de análise – os principais postulados político-criminais do Direito Penal moderno e articular a proteção de bens jurídicos com a contenção do arbítrio no âmbito de uma argumentação justificacionista do poder punitivo que tem gerado, nas últimas décadas, muitos debates no Brasil (DEVOS; KHALED JUNIOR, 2019).

É Ferrajoli quem recorda que o problema do bem jurídico lesionado em uma conduta delituosa não difere muito da questão maior dos fins atribuíveis ao controle penal em geral. Conforme o autor, “trata-se da essência mesma do problema da justificação do direito penal, considerada já não desde os custos da pena, senão de acordo com os benefícios que com ela se pretende alcançar” (FERRAJOLI, 2014, p. 428-429). Fato é que a justificação da pena (funções positivas) e o Direito Penal (missão de exclusiva proteção de bens jurídicos) têm andado de mãos dadas, como polos simétricos. Conforme pontuado inicialmente, este estudo

explorará essa premissa e tratará da missão discursivamente designada ao poder de punir com fundamento na narrativa jurídico-penal utilitário-garantista. O objetivo é apontar a necessidade do que será definido como um referente circunstancial verdadeiramente apto a conter o arbítrio punitivo, esforço não contemplado nas narrativas justificacionistas.

Não faz parte do recorte proposto discorrer sobre a trajetória conceitual do bem jurídico-penal (sobre isso, ver Hormazábal Malarée (1992) e Prado (2014)). O propósito aqui se restringe a problematizar a perspectiva do modelo de Direito Penal mínimo trazido pelo garantismo penal, com o fito de construir as bases para a revisão crítica do papel cabível ao bem jurídico segundo outros marcos teóricos, como o realismo marginal e a criminologia crítica. O problema que guia este estudo pode ser sintetizado na seguinte inquirição: 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 redimensione a questão do bem jurídico segundo um norte mais condizente com o Estado democrático de Direito do ponto de vista criminológico e político-criminal?

Nas seções que se seguem será ensaiada uma resposta afirmativa, porém condicional. Primeiramente será demonstrado que a formulação garantista da teoria do bem jurídico-penal congrega objetivos conflitantes: o de conter o poder de punir sem abrir mão de justificá-lo. Em seguida serão esboçados os termos da crítica criminológica da teoria do bem jurídico-penal, recolocando a problemática fundamental negligenciada pelo utilitarismo reformado de Ferrajoli: a ineficácia da pena para os fins que lhe são atribuídos. A seguir, será explorada uma via alternativa para se pensar o papel do bem jurídico-penal com fundamento numa plataforma teórica mais condizente com a realidade

das práticas punitivas latino-americanas, com claros ares de inspiração no realismo marginal de Zaffaroni.

Por fim, apresenta-se a proposta de um marco referencial alternativo capaz tanto de (a) enfatizar a exigência de uma lesão ou perigo concreto de lesão empiricamente verificável como requisito da intervenção jurídico-penal quanto de (b) conectar o bem jurídico-penal à materialidade seletiva da criminalização. Essas duas dimensões correspondem neste estudo ao que será chamado de *referente circunstancial*. Trata-se de formular uma nova abordagem conjugada e concretamente orientada para a teoria do bem jurídico, capaz de articular uma práxis de hostilidade ao poder de punir e seus efeitos concretos no contexto neoliberal.

2 O uso garantista da teoria do bem jurídico-penal: projeto de contenção e fé no poder punitivo

Em sentido amplo, o garantismo penal pode ser entendido como uma vertente teórica e político-criminal cujas matrizes se encontram no Iluminismo europeu – tanto que definida por muitos como um arcabouço neoiluminista (IPPOLITO, 2011, p. 37; DIVAN, 2020, p. 38-39). Esse conjunto discursivo costumeiramente é associado à obra do pensador que mais o fez resplandecer e legou-lhe popularidade em finais do século XX – o penalista italiano Luigi Ferrajoli, em especial a partir da publicação de seu tratado intitulado *Direito e razão: teoria do garantismo penal* (FERRAJOLI, 2014).

Para que seja possível compreender o uso garantista da teoria dos bens jurídicos, há que se apontar dois dos eixos que compõem seu atual significado:

a) o *Sistema Garantista* (SG): uma abordagem dos direitos e garantias fundamentais

como limites normativos ao exercício do poder de punir, com base nos dez axiomas/princípios que os sistematizam (FERRAJOLI, 2014, p. 91);

b) o *utilitarismo reformado*: doutrina de justificação da pena que reúne uma variante da função preventivista geral negativa e a função de prevenção de penas arbitrárias, objetivos que o autor considera viáveis (FERRAJOLI, 2014, p. 310-311).

O fundamental é ter em mente que o modelo de Direito Penal mínimo que se extrai das proposições de Ferrajoli procura congrega essas duas dimensões como limites máximo e mínimo para a imposição da pena. Sem pretender explicar em pormenores o significado e os problemas que decorrem da interação entre ambos os eixos (sobre isso, ver Devos (2019)), é importante ressaltar que esse desenho teórico tem implicações profundas na forma como o garantismo penal lida com o significado e os encargos do bem jurídico-penal, já que ambos os eixos desempenham funções antagônicas: o primeiro (SG) dedica-se a limitar os espaços de incidência punitiva (*função restritiva*); e o segundo (*utilitarismo reformado*) concentra-se em habilitar o poder de punir estatal, ainda que estipule critérios para isso (*função legitimante*).

Ferrajoli (2014, p. 421-422) é ciente de que para julgar axiologicamente o conteúdo das proibições penais será necessário recorrer a critérios valorativos externos à lei. É nesse sentido que o penalista italiano se esforça em caracterizar uma “ética da legislação” capaz de apreciar, de um ponto de vista externo ao próprio ordenamento positivo e à norma penal, as proibições jurídicas que recebem o rótulo criminal. Como lembra Baratta (2004, p. 58-59), é inevitável que, além do nível exegético-dogmático (ou, simplesmente, “interno”), o discurso sobre as proibições penais (os critérios de eleição dos bens jurídico-penais) necessite de uma apreciação “externa” ao ordenamento jurídico, manifesta por meio de

uma valoração dos objetos de criminalização da norma penal sob um viés político. O problema um tanto óbvio que daí decorre diz respeito à mutabilidade histórica e à diversidade dos próprios valores éticos eleitos. Para Hormazábal Malarée (1992, p. 151), sendo o Direito Penal um âmbito da superestrutura político-ideológica, o bem jurídico-penal deve ser considerado um produto histórico que não pertence à “sociedade” em um sentido abstrato, mas que surge em um sistema concreto de relações sociais assimétricas e conflitantes em dado período. Talvez por esse motivo todas as tentativas de identificação taxativa dos comportamentos objeto de criminalização legítima tenham falhado.

O garantismo de Ferrajoli não desconhece inteiramente esse fato. Em face da variabilidade das respostas conferidas à questão em apreço, o autor admite a impossibilidade de se construir um sistema de proibições perfeito, enxergando até mesmo um risco totalitário inerente a essa empreitada (FERRAJOLI, 2014, p. 423). Ciente de que “não existe conduta delituosa que não tenha sido permitida em outros tempos, nem conduta lícita que não tenha sido, outrora, proibida” (FERRAJOLI, 2014, p. 424), Ferrajoli (2014, p. 425) apela a critérios negativos limitadores dos âmbitos de habilitação do poder punitivo, os quais assegurem a consonância das proibições com o marco teórico garantista, na perspectiva de ambos os eixos já mencionados (de um utilitarismo penal de tipo reformado e do seu Sistema Garantista) e que seriam necessários – mas não suficientes – para assegurar a legitimidade das proibições e das penas.

A fragilidade do uso garantista da teoria do bem jurídico-penal torna-se mais evidente quando Ferrajoli chama atenção para o caráter utilitário que, a seu juízo, necessariamente deveria orientar a eleição dos objetos de tutela pela lei penal de acordo com o seu modelo minimalista, inviabilizando a eleição de condutas não

lesivas a interesses legítimos. Em outras palavras, ele considera que “a lei penal tem o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais representados por estes *efeitos lesivos* e somente eles podem justificar o custo das penas e proibições” (FERRAJOLI, 2014, p. 426, grifo do autor). É certo que essa perspectiva serve para exercer uma crítica ao avanço de concepções hipertrofiantes do bem jurídico, já que a trajetória histórica do bem jurídico-penal evidencia a “expansão do seu significado, simultânea ao progressivo desvanecimento tanto de seus referentes empíricos como de sua função garantidora dos limites ou condições que podem justificar a proibição penal” (FERRAJOLI, 2014, p. 429). Trata-se de patologia que representa um risco para um modelo de Direito Penal mínimo e garantista, e o autor tem consciência disso. Contudo, é também certo que o recurso à concepção utilitária da pena permite que a função legitimante oblitere a função restritiva, ao fazer com que ambos os eixos colidam.

Segundo Ferrajoli (2014), na jornada do bem jurídico no interior da narrativa jurídico-penal, houve a partir do século XIX uma espécie de investida “anti-iluminista” e “antigarantista” que resultou no esvaziamento da função limitadora do bem jurídico, o qual se converte em um recurso retórico apto a legitimar a mais pura razão de Estado. Como Ferrajoli (2014, p. 430) constata, a partir daí, “desaparecem progressivamente do horizonte das teorias do bem jurídico os interesses materiais dos indivíduos de carne e osso, para deixarem seu lugar, primeiramente, aos interesses e à vontade do Estado e, depois, à simples ideia do direito e do Estado”. No limite, esse desvirtuamento da noção e das funções do bem jurídico-penal serviu, inclusive, para legitimar as aspirações políticas de regimes autoritários¹ que precisavam exercer a repressão de condutas não lesivas, como a mera desobediência (FERRAJOLI, 2014, p. 430-431).

Diferentemente, para Tavares (2018) a ordem jurídica democrática não pode ser uma entidade abstrata. O Estado democrático deve ter como fundamento a ideia de que a pessoa individual é o centro da ordem jurídica e o parâmetro essencial da interpretação de suas normas. Por essa razão, o conceito de bem jurídico deveria ser extraído da pessoa humana, e não de uma coletividade idealizada ou do Estado. Tavares igualmente se preocupa com o fato de que a criminalização deve referir-se a uma alteração sensível da realidade empírica, o que para ele não significa uma submissão do Direito ao empirismo, e sim que não se poderia reconhecer a afetação de um bem jurídico sem uma demonstração concreta. Desse

¹ Na Alemanha nazista, por exemplo, essa tendência teve um desenvolvimento monstruoso com base nos trabalhos da Escola de Kiel, que – apesar de inicialmente ter rejeitado a noção de bem jurídico-penal como objetivo de tutela do controle punitivo, dada sua aparente incompatibilidade com as diretrizes do Terceiro Reich (PRADO, 2014, p. 41) – procurou simplificar o conteúdo da intervenção penal de acordo com as necessidades do Estado, visto como o porta-voz do “povo” (HORMAZÁBAL MALARÉE, 1992, p. 69).

modo, para que se considere que houve uma alteração da realidade na forma de lesão ou perigo de lesão, é indispensável que a avaliação se processe por juízos globais, *ex ante*, pelo critério objetivo da probabilidade e, *ex post*, mediante uma observação acerca de como se desenrolou concretamente a relação de causalidade entre a conduta e o resultado. Segundo Tavares, a exigência de um dado mínimo de alteração da realidade atende ao princípio da lesividade em seus ditames constitucionais, sendo inaceitável a simples substituição da lesão de bem jurídico por uma suposta criminalização de comportamento, típica de modelos de Direito Penal autoritário. O autor igualmente rechaça os crimes de perigo abstrato, que prescindem da análise da conduta em face de seus efeitos concretos. Tavares (2018) não se preocupa com a legitimação da intervenção jurídico-penal, e sim com o estabelecimento de limites rigorosos a sua execução, o que para ele é o alicerce de uma teoria crítica do delito.

É verdade que Ferrajoli igualmente dialoga com o princípio da lesividade e demonstra preocupação com a expansão do Direito Penal e, logo, com a necessidade de adoção de um programa de Direito Penal mínimo, capaz de apontar para uma massiva deflação dos bens penais e proibições legais. Todavia, diferentemente de Tavares, seu constructo não consegue se desvincular de argumentos de legitimação direta. Para ele, o Direito Penal é um remédio extremo – mas justificado – para a tutela de direitos fundamentais, capaz de exercer a proteção penal de determinados bens (FERRAJOLI, 2014).

Ferrajoli parece desconsiderar o fato de que sua narrativa apenas reconhece uma parte do problema inerente ao Direito Penal moderno. Embora ele também defenda a necessidade de uma lesão ou perigo concreto de lesão verificável como critério limitador da intervenção jurídico-penal – como faz Tavares –, fracassa completamente em renunciar aos eventuais e não

comprováveis efeitos positivos de tutela que decorreriam da ameaça de que essa intervenção venha a ocorrer ou da sua concretização. Ferrajoli não consegue desvencilhar-se dos problemas que são próprios das teorias de legitimação, já que, logicamente, como observado por Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2003), não se tratará mais de proteger bens jurídicos das vítimas, e sim de exercer um efeito preventivo futuro em relação a potenciais vítimas equivalentes, o que faz com que o Direito Penal seja lançado em um atoleiro de abstração teórica intransponível e alicerçado em falsos dados sociais.

Além disso, o desenho teórico de Ferrajoli não só contorna insatisfatoriamente o fato de que a proteção em si mesma pode ser questionada por não ser verificável como parece ignorar que, conforme recorda Hormazábal Malarée (1992, p. 153-154), o Estado, no instante da seleção dos objetos que a seu juízo seriam merecedores de tutela por meio do poder punitivo, é tudo menos neutro. Na verdade, em decorrência desse sintomático esvaziamento da noção de bem jurídico, o próprio ato de seleção tem correspondido a critérios que, de modo hegemônico, representam interesses da sociedade capitalista neoliberal inerentemente excludente. Santos (2012), por sua vez, considera que o argumento da igualdade de tutela penal – um elemento ideológico intrínseco à teoria do bem jurídico-penal – não passa de mero simulacro, pois algumas criminalizações que aparentam proteger bens jurídicos gerais, comuns a todos, independentemente de fatores como a posição do titular na hierarquia das classes sociais, mascaram o fato de que a proteção concreta desses valores “gerais” é desigual, servindo muito mais à reprodução das relações sociais de dominação que ao ideal de segurança igualitária. Tudo isso sem mencionar que os titulares de bens jurídicos pertencentes aos contingentes marginalizados do mercado de trabalho estão fora do escopo de proteção de

direitos, mas seguem no centro do perímetro da violência exercida pelo próprio sistema penal (SANTOS, 2012, p. 11-12).

Fica claro que a funcionalidade concreta do sistema penal põe em xeque a idealização das funções que se podem esperar crivelmente do bem jurídico-penal visto pelo prisma utilitário da pena. Mas não é só a disparidade entre a programação criminalizante e a concretude da intervenção do sistema penal que prejudica a potencial função protetiva costumeiramente atribuída ao bem jurídico-penal. Mesmo em nível abstrato, ou seja, considerando apenas a criminalização primária, o caráter classista da deformação do conceito é evidenciado pela completa assimetria entre o valor ou interesse supostamente protegido/tutelado (referente às proibições penais do preceito primário) e a cominação da pena (preceito secundário), como já constatado (STRECK, 2012). Segundo Becker (2008, p. 30), o processo de rotulação criminal não cristaliza um conjunto de proibições universal e homoganeamente aceitas, mas demandas que “constituem objeto de conflito e divergência, parte do processo político da sociedade”. Assim, parece que a crítica sobre o desempenho do conceito de bem jurídico-penal no quadro da realidade punitiva contemporânea não pode ser simplesmente desprezada, sob pena de se recair no falso conforto oferecido por um idealismo estéril. É preciso levá-la em conta, de modo a readequar as expectativas acerca do papel cabível ao bem jurídico, se preciso for.

A função precípua do bem jurídico-penal em um Estado social e democrático de Direito, com predomínio da teleologia constitucional – que intenta a realização dos altos objetivos do modelo republicano, como lembra Streck (2012, p. 8) –, deverá estar vinculada à observância da posição concreta das pessoas no quadro de relações sociais, tendo em conta os indivíduos e suas necessidades acima da conservação do fun-

cionamento do sistema social tal como está dado (HORMAZÁBAL MALARÉE, 1992, p. 154). Essa exigência não torna fácil a tarefa dos penalistas, que normalmente se contentam em racionalizar e sistematizar as decisões políticas do poder legiferante, mas é uma empreitada possível, desde que o norte teórico que alicerça o próprio conceito de bem jurídico-penal passe por uma profunda revisão.

O problema específico da teoria do bem jurídico – especialmente em relação ao marco do garantismo de Ferrajoli – reflete a tensão matricial do discurso penal liberal moderno: de um lado, a necessidade de preservar e legitimar a estrutura social desigual condizente com a reprodução de uma sociedade capitalista estratificada e, de outro, o imperativo social e democrático de proteger os indivíduos e o exercício de seus direitos frente à potencial ingerência estatal arbitrária (via formulação de princípios como a lesividade e a intervenção mínima e fragmentária). Infelizmente, em tal cenário, as lentes do garantismo penal pouco agregam para superar essa dicotomia. Quando muito, buscam reequilibrá-la sem dar-se conta do caráter inconciliável de tais objetivos, especialmente nesta quadra histórica em que a governança neoliberal não hesita em sacrificar os direitos de cidadania em prol da manutenção da estratificação social (BROWN, 2018).

Ao buscar salvar a teoria do bem jurídico dando-lhe um verniz democrático e social condizente com a utopia garantista, Ferrajoli (2014) esforça-se em traçar alguns critérios para uma política criminal dirigida ao objetivo de equilibrar a máxima tutela dos bens jurídicos eleitos pela norma penal e as liberdades dos cidadãos. Para ele, é fundamental atentar para a idoneidade potencial de uma proibição, ou seja, a capacidade dissuasória que a habilitação do poder punitivo poderia apresentar ao se selecionar um bem jurídico como objeto de

tutela penal. Trata-se de uma decorrência da própria ética utilitária, na medida em que permite valorar como ilegítimas as proibições cuja prática não pode ser impedida pelo Estado, a despeito de qualquer juízo que se faça acerca do conteúdo da própria proibição (FERRAJOLI, 2014, p. 434). Contudo, é importante que se diga que o crivo utilitário pouco se preocupa em traçar as condições políticas de aferição da eficácia da pena, e a fórmula que Ferrajoli apresenta não resolve essa equação, dada sua excessiva vagueza (sobre o tema, ver Larrauri (2005)).

Sob outro viés, a narrativa penal e o problema específico do significado e das funções do bem jurídico em Ferrajoli, como em outros penalistas contemporâneos, buscam o desenvolvimento de “um *referente material* de definição de crime, capaz de exprimir a *negatividade social* das situações conflituais da vida coletiva nas sociedades modernas” (SANTOS, 2012, p. 14, grifos do autor). Nesse quadro, fala-se em funções exercidas pelo bem jurídico-penal num Estado democrático e social de Direito. Grosso modo, é possível atribuir duas funções principais ao bem jurídico-penal na linha do garantismo ferrajoliano: em primeiro lugar, o conceito irá servir como *critério de criminalização* e, em segundo, tornar-se-á *objeto de proteção ou tutela* por parte do poder punitivo (SANTOS, 2012, p. 15). No primeiro caso, o bem jurídico-penal associa-se ao limite imposto à própria política criminal, vedando criminalizações que não se justifiquem em certa ordem política e de direitos humanos ou mesmo em determinado sistema de valoração ética. No segundo, a lógica utilitária torna-se mais evidente: trata-se precisamente da atribuição de uma finalidade preventiva somente realizável se há acordo quanto à eficácia dos fins conferidos ao poder punitivo pelas doutrinas de justificação da pena – que, no caso do utilitarismo reformado defendido por Ferrajoli, seriam os fins de prevenção geral negativa e de prevenção de punições arbitrárias (para uma crítica dessas funções, ver Devos (2019, p. 260)).

Ainda que não se resuma a isso, a assunção apressada da eficácia das condições de tutela de bens jurídicos via controle penal é um fator correlato do fenômeno da expansão do Direito Penal, conforme a acepção que Silva Sánchez (2013) dá ao termo. Isso porque tal questão jamais foi encarada seriamente pela narrativa jurídico-penal dominante, que pressupõe a eficácia da pena como um dogma, recusando-se a confrontar os argumentos oriundos do arcabouço criminológico crítico². Embora a orientação ferrajoliana acerca do significado e do papel cabível ao bem

² Ferrajoli poderia ser listado como uma exceção nesse caso, não fosse o fato de que jamais se permita radicalizar essa postura dialógica, em razão de um inabalável apego à Lei de Hume, isto é, o princípio metodológico que o impede de derivar teses prescritivas de teorias descritivas e vice-versa (para uma crítica desse postulado e seu uso pelo penalista italiano, ver Larrauri (2005)).

jurídico-penal tenda a converter-se – na expressão do próprio autor – em uma “navalha descriminalizadora”, a porta para novas criminalizações segue aberta, porque a revisão da pauta político-criminal pelo garantismo penal admite – ou ao menos não coíbe com maior ênfase – a utilização do controle penal para que se atinjam novos objetivos de tutela (FERRAJOLI, 2014, p. 438).

A questão verdadeiramente pertinente tem relação com as condições concretas de o garantismo penal de fato reduzir os espaços de incidência do controle penal. Parece fora de questão que o intento de Ferrajoli seja uma radical redução dos âmbitos de tutela punitiva – redução proporcional ao grau de racionalidade que a lei penal atingiria se obedecidos os parâmetros de seu programa garantista. No entanto, cabe indagar se a concomitante relegitimação do poder de punir que acompanha seu modelo não se mostra contraproducente quanto ao objetivo de diminuição da incidência desse poder, já que permite apor uma missão de tutela tanto dos velhos bens, historicamente associados ao núcleo de condutas consideradas lesivas na atmosfera do Estado liberal de Direito, quanto dos novos objetos, agora associados ao Estado social e democrático de Direito.

De todo modo, ainda mais importante que indagar acerca das funções que o paradigma garantista atribui ao bem jurídico-penal e das novas criminalizações que decorrem desse juízo, é problematizar criticamente as próprias condições de possibilidade de “tutela” ou “proteção” de quaisquer valores ou interesses que não os de manutenção das hierarquias sociais. Ao presumir a possibilidade de tutelar direitos por meio do controle penal, o garantismo abre as portas para que se discutam os graus de “suficiência” e “deficiência” dessa tutela, maximizando o risco de captura do modelo por diretrizes expansionistas – como é o caso de Fischer (2015). É preciso escapar desse círculo vicioso e retroceder à questão mais elementar: há, de fato, tutela empiricamente verificável de bens jurídicos pelo controle penal?

3 Crítica criminológica ao uso garantista da teoria do bem jurídico-penal: recolocando a questão da eficácia

Levando em conta os pressupostos discutidos anteriormente, o primeiro passo para a superação das aporias garantistas e a requalificação do papel que cabe ao bem jurídico-penal consiste em não ignorar o vaticínio de Baratta (2004, p. 297): a busca centrada nos bens jurídicos que mereceriam uma tutela por via do poder punitivo não só acaba naturalizando o controle penal como instrumento apto para esse desempenho mas também demonstra o inconveniente de inverter a lógica das coisas:

em vez de procurar por soluções adequadas aos problemas, buscam-se problemas correspondentes a um padrão de soluções preconcebido, nesse caso a resposta penal. A pertinência da provocação está em alçar a primeiro plano o debate sobre as potencialidades da tutela penal, tida como canônica, inquestionável e inatacável nos moldes da narrativa jurídico-penal em geral e do garantismo penal em particular.

Desde sua gênese em Birnbaum e Feuerbach até o garantismo-utilitarismo reformado, o tratamento teórico do bem jurídico-penal foi capaz de blindar o poder punitivo da crítica criminológica que logrou demonstrar o seu potencial de eficácia diminuto ou inexistente para a solução concreta dos conflitos (e mesmo as distorções ocasionadas, em outro nível, pela própria falibilidade do projeto utilitarista e sua reforma (DIVAN, 2020, p. 41-42)). Ao cabo, a tutela efetiva dos bens jurídicos que inspiram a tipificação de condutas com base na habilitação do poder punitivo – ou seja, a sua “proteção” por meio de pena – é simplesmente inverificável em escala socialmente relevante. O argumento de que o Direito Penal protege bens individuais, transindividuais, coletivos etc. por meio de penas é ideológico, e não empírico.

Desse modo, propõe-se que a busca de um referente material para o bem jurídico-penal (em que pese pareça ser um momento importante para a delimitação dos espaços de ingerência do controle punitivo) não deve esgotar a problemática do bem jurídico-penal ou das missões do Direito Penal. Conforme lembra Baratta (2004), o desenvolvimento em torno da teoria do bem jurídico-penal não fez mais do que garantir político-criminalmente uma relegitimação *circular* do poder punitivo: deduz-se o caráter fragmentário do sistema penal da relevância de certas matérias a serem tuteladas, mas, simultaneamente, deduz-se a relevância penal de certas matérias do fato de que essas (e não

outras) compõem o campo de intervenção do poder punitivo. Essa circularidade constante no discurso jurídico-penal apenas reflete o escasso diálogo transdisciplinar e, quando muito, uma tímida autocrítica desse corpo de pensamento (BARATTA, 2004, p. 64-65). Assim, para escapar dessa circularidade há que se apelar ao saber criminológico crítico.

É possível estruturar uma crítica criminológica voltada para a ideia de tutela punitiva estatal em ao menos três vetores distintos. No primeiro deles, cabe problematizar a própria produção da norma penal, isto é, a criminalização primária. Assim como o restante do saber jurídico-penal, o garantismo penal parte da crença inicial de uma correspondência entre a produção das regras proibitivas e uma performance democrática. Infelizmente essa postura reduz a complexidade desse processo, na medida em que as criminalizações, mormente no cenário contemporâneo, não necessariamente expressam vontades e interesses voltados à satisfação de direitos de cidadania, mas com frequência personificam interesses idiossincráticos de atores ou grupos que obtêm sucesso ao impor determinadas regras, conforme demonstra Becker (2008, p. 27-28). Isso para não mencionar a desconexão cada vez mais evidente entre os legítimos anseios sociais e as agendas políticas dos representantes, uma patologia que atinge a democracia representativa como um todo (nesse sentido, ver Santos e Avritzer (2002)).

Há que se ter em conta que “diferenças na capacidade de fazer regras e aplicá-las a outras pessoas são essencialmente diferenciais de poder legal ou extralegal. Aqueles grupos cuja posição social lhes dá armas e poder são mais capazes de impor suas regras” (BECKER, 2008, p. 29-30), o que sem dúvida abala a presunção de que haja um “bem comum” expresso nas proibições penais, artifício discursivo que costuma contaminar a narrativa jurídico-penal. Note-se que,

embora Ferrajoli busque livrar o ordenamento jurídico de proibições que afrontem a separação entre direito e moral, o garantismo penal pouco contribui para problematizar a esfera política da gênese da norma penal, o que só pode dar-se pela assunção de um quadro conflitual típico da criminologia crítica. É preciso ter em mente que as neocriminalizações, em grande medida, encontram sustentação nos discursos eficientistas próprios do neopunitivismo, muitas vezes empreendidos por atores sociais que não ditam a sua pauta por critérios democráticos, mas sim pela vontade de implemento do Estado mínimo neoliberal (e erosão das nossas precárias políticas de afirmação da cidadania, especialmente em sua dimensão social), conforme aponta Wacquant (2001, p. 20).

Sob outro prisma, deve-se reconhecer que o saber jurídico-penal não costuma requerer evidências mínimas da capacidade de tutela punitiva dos bens jurídicos que recebem relevância penal. De modo geral, os penalistas pouco levam em conta a verdadeira eficácia do poder de punir estatal, ou seja, os efeitos concretos como a gestão diferencial de ilegalidades apontada por Foucault (2009) ou a configuração verticalizada da sociedade, tal como demonstrada por Zaffaroni (2001). Não é incomum que teses desse quilate recebam prontamente rótulos depreciativos de “sociologismo”. O saber penal perde-se nos meandros de uma imagem idealizada do poder punitivo, pois continuamente o habilita para exercer funções das quais não dá conta. Quando confrontado com a realidade operacional da malha penal, o garantismo também se refugia na necessidade de separação entre proposições assertivas e prescritivas (ou, em outros termos, na separação de argumentos criminológicos e jurídicos), talvez sem dar-se conta de que essa postura entrega os rumos da política criminal ao neopunitivismo, cuja leitura da ineficácia do controle penal a reduz invariavelmente ao signo

da “impunidade”, requisitando prontamente o incremento do controle penal, já nitidamente inflacionado.

Por fim, há o problema da apreciação “técnica” dos conflitos. De acordo com Santos (2002), o Direito moderno perde os traços da racionalidade moral-prática para adequar-se aos moldes da racionalidade cognitivo-instrumental, buscando assemelhar-se ao cientificismo moderno. No decorrer desse processo, o preço a ser pago é a despolitização dos conflitos, vistos como problemas de ordem técnica para os quais o saber jurídico (ciência do Direito) deveria projetar soluções. Em relação à problemática da tutela dos bens jurídicos, a presunção de eficácia da pena e de aptidão do Direito Penal para cumprir com missões positivas – marca indelével do garantismo penal – tende a encerrar o debate acerca dos conflitos criminalizados, prejudicando assim a imaginação não punitiva e a busca de outras soluções efetivas.

O reencontro do Direito Penal com seu potencial subversivo, como aponta Khaled Junior (2008), requer que se promova de forma urgente, partindo do interior desse corpo de saber, o banimento de categorias que comprometam sua funcionalidade única no marco de um Estado democrático de Direito. Optar pela contenção do poder punitivo abdicando das doutrinas de justificação da pena e da atribuição de missões positivas ao sistema penal (a proteção de bens jurídicos da sociedade por meio da pena) implica reconhecer a antinomia das funções restritiva e legitimante ou, igualmente, reconhecer a antinomia dos eixos (a) e (b) referidos na seção anterior. Não por acaso, como exemplo desse ideal de expulsão dos veículos genocidas da narrativa jurídico-penal, o autor menciona a “proibição de insuficiência” ou de “tutela deficiente”, mecanismos que acabam atentando contra a potencialidade emancipatória do saber jurídico-penal em nome de uma infundada crença na tutela de

bens jurídicos por meio do poder punitivo (KHALED JUNIOR, 2008, p. 91-92). Entretanto, o questionamento não deve resumir-se à suficiência ou deficiência da dita tutela penal. Cumpre pôr em xeque a própria noção de tutela, por mais incômodo que isso soe. Não há qualquer comprovação sólida de que o controle penal exerça alguma “tutela” – suficiente ou deficiente – de bens jurídicos relevantes. Pelo contrário, as evidências fornecidas pela crítica criminológica o tomam como um instrumento de manutenção da verticalização social, razão pela qual não parece lógico dotá-lo de uma missão de garantia de direitos.

Como já pontuado, o germe da expansão do controle penal no interior da teoria garantista deve-se, em parte, aos constantes apelos de Ferrajoli à Lei de Hume para rejeitar denúncias de caráter criminológico consideradas uma “falácia naturalista”, a não ser que tenham sucesso em demonstrar o indemonstrável, ou seja, que a pena não só deixa de cumprir com suas funções autodeclaradas como jamais poderá fazê-lo. Por essa via, a teoria jurídico-penal seguirá prisioneira daquilo que Carvalho (2010, p. 108-109) denominou *narcisismo jurídico-penal*. O resultado disso já é por demais conhecido.

4 Por um novo marco compreensivo: realismo marginal e bem jurídico-penal

Ainda que tenha adquirido um relativo sucesso entre juristas que agora disputam seu significado, o garantismo penal não é o único modelo teórico para se pensar a questão do bem jurídico-penal e suas implicações dogmáticas ou político-criminais. Uma leitura muito mais adequada para lidar com a questão pode ser a do marco do realismo marginal, desenvolvido pelo penalista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, em especial na sua clássica monografia intitulada *Em Busca das Penas Perdidas*. Nessa obra, Zaffaroni (2001) procura desincumbir o poder jurídico de seu papel histórico de justificação do poder de punir do Estado, deslocando sua artilharia teórica em direção a um objetivo mais factível: a contenção de danos produzidos pelo próprio sistema penal. A proposta claramente mira os indicadores de bem-estar da sociedade contemporânea, mas com base no verdadeiro potencial de intervenção jurídico-penal, depurado dos objetivos de “combate à criminalidade” próprios dos utilitarismos penais e mantidos pelo garantismo de Ferrajoli como ideal a ser perseguido. Por outro lado, ainda que se valha dos dados empíricos (criminologia) e da crítica abolicionista (a homenagem a Louk Hulsman se faz notar já no título da referida obra), o modelo realista marginal de Zaffaroni (2001, p. 186-187) tem uma pretensão tipicamente jurídica: almeja ser uma teoria

racional, não legitimante e pautadora de decisões judiciais, ou seja, disputa a hegemonia no interior do saber acadêmico e das agências judiciais.

Para Zaffaroni (2001), as linhas de fundamentação fornecidas pelas teorias da pena soam metafísicas e falaciosas. Sua desconexão com a realidade operacional do poder punitivo – fator que não parece incomodar Ferrajoli – não permite que possam ser concebidas como legítimas nos quadros de sistemas penais marcadamente genocidas como os latino-americanos. Em seu entender, o poder punitivo encontra-se deslegitimado pelos próprios fatos (ZAFFARONI, 2001, p. 38). É por essas e outras razões que o penalista argentino irá propor uma atitude teórica agnóstica ou negativa: não é tarefa dos penalistas buscar obsessivamente fundamentos para a pena. Até que se comprove algo diferente, a pena carece de fundamentos jurídicos e ostenta fundamentação bélica. Trata-se de imposição de poder, própria de Estados policiais, cabendo à práxis jurídica um papel análogo ao da Cruz Vermelha: sem legitimar as intervenções bélicas, o jurista age para conter violências, nesse caso, as violências que podem efetivamente ser contidas pelo poder jurídico, isto é, aquelas produzidas pelo sistema penal (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 97).

Cabe tratar aqui das ressonâncias que os postulados desse marco teórico poderiam ter para a teoria do bem jurídico-penal. É inevitável que essa análise se inicie pela problemática da *tutela*, absolutamente incompatível com a mirada realista marginal. A confusão entre as noções de bem jurídico lesado e bem jurídico tutelado, para Zaffaroni (2014, p. 16), remonta às formulações do garantismo liberal ilustrado, uma vez que esses autores não dispunham de constituições ou de mecanismos como o controle de constitucionalidade em seu arsenal discursivo limitativo do poder de punir. 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, para o bem da coesão interna do discurso jurídico, o preço a se pagar estava na adoção de alguma teoria preventiva como função justificadora da pena.

Segundo Zaffaroni (2014), do pressuposto de que haja um bem jurídico penalmente relevante lesado não se pode deduzir mais do que uma limitação ao poder punitivo estatal, ponto no qual se aproxima da argumentação de Tavares (2018), conforme visto anteriormente. Não se trata de presumir-se – como o faz o garantismo ferrajoliano – uma tutela do bem jurídico lesado por intermédio do controle penal. Conforme o autor, a expressão *bem jurídico tutelado* consegue ser simultaneamente equivocada e redundante, dado que um valor ou interesse se torna um

bem jurídico precisamente por sua tutela estatal, que só pode ocorrer, com eficácia minimamente verificável, por mecanismos não penais (por exemplo, as tutelas civil, trabalhista, administrativa etc.) (ZAFFARONI, 2014, p. 13). Não pode haver a presunção pura e simples da aptidão do poder punitivo para tutelar qualquer interesse que não os do Estado de Polícia:

a afirmação de que o poder punitivo *tutela ou protege* penalmente o bem jurídico é um juízo fático. O único que se exige no tipo é que este seja ofendido. Não se sabe se o poder punitivo, que é habilitado com essa condição, também o *tutela ou protege*, porque depende de uma verificação no plano da realidade social. Aqui o *salto lógico* é antes uma queda do trapézio de jogos circenses da mais estrita normatividade, pois esconde uma ficção: só se presumirmos *juris et de jure* que a pena cumpre uma função *preventiva* poderemos afirmar a *tutela penal ao bem*. Mas a presunção *juris et de jure* é apenas um recurso que responde a razões pragmáticas e que dá por certo o que não é certo. Sustentar uma tese *preventiva*, em qualquer das suas variantes, e ao mesmo tempo afirmar que o dado social (ôntico) a respeito não interessa, revela um normativismo tão radical que beira o solipsismo jurídico (ZAFFARONI, 2014, p. 13-14, grifos do autor).

Uma das mais irrefutáveis evidências da impossibilidade de se atribuir uma missão de tutela do bem jurídico lesado ao controle penal está na imprecisão acerca da titularidade do bem supostamente protegido. Zaffaroni mostra-se cético quanto à possibilidade de se efetuar qualquer tutela punitiva do bem jurídico lesado cujo titular seja o sujeito passivo da conduta delituosa. Não é por menos: o poder punitivo só se manifesta quando a conduta delituosa já foi perpetrada, de modo que o titular do bem jurídico lesado não poderia, nesse caso, ser a vítima, pois o dano já foi causado. Apenas adentrando o campo da ficção é possível afirmar que o bem jurídico tutelado não seria o concretamente atingido pela conduta criminosa, mas um bem jurídico abstrato pertencente ao corpo social como um todo, e dessa forma a aporia estaria solvida, já que o poder punitivo garantiria – supondo que se crê na eficácia *preventiva* da pena, por óbvio – a sua proteção. Entretanto, Zaffaroni (2014) argumenta que há bens jurídicos que não representam o interesse de todos (muitas vezes apenas de uma ínfima camada da população), mas nem por isso são excluídos do rol da criminalização primária, e seguem habilitando a incidência do poder de punir sempre que as agências responsáveis pela criminalização secundária exercem seu poder. Nesse caso, conforme o autor, “o *titular* não seria o *indivíduo*, mas um *nós* no qual este se funde, isto é, o bem jurídico *espiritualizar-se-ia* num *interesse* presumidamente comum, mas encarnado pelo *Estado*” (ZAFFARONI, 2014, p. 14, grifos do autor), o que supera qualquer grau razoável de abstração.

No entanto, o quadro de análise realista marginal desenvolvido por Zaffaroni fornece outra perspectiva do problema: como programação da práxis dos juristas de contenção do poder punitivo – que ameaça os bens jurídicos demarcados pela cidadania constitucional –, o Direito Penal visa proteger todos os bens jurídicos, pois, se não existisse, a realidade estaria entregue ao Estado de Polícia, e a cidadania não teria condições de se consolidar. Para colocar em termos mais assertivos: “sim, o Direito Penal (discurso programador) protege bens jurídicos. O poder punitivo, por outro lado, fere eles” (ZAFFARONI, 2014, p. 15). Trata-se da única inferência empiricamente possível, tendo em mente a atuação das agências de controle penal e o desempenho constitucionalmente esperado do poder jurídico, dedicado à salvaguarda dos direitos de cidadania constitucionalmente positivados.

5 Um referente circunstancial diante da materialidade da criminalização seletiva

Antes de iniciar o desenho de uma abordagem alternativa, é necessário esclarecer que a busca por um referente material se dá para atender às necessidades históricas de contenção da política criminal, em linha com o liberalismo político. Portanto, as investidas teóricas para delimitar o campo de criminalização (ainda que na prática essa delimitação corresponda a uma habilitação colateral) têm em sua gênese uma razoável e legítima preocupação democrática, traduzida na crítica dos autoritarismos penais. Sendo o garantismo penal um modelo de Direito Penal mínimo que se dedica a deslegitimar Estados do tipo autoritário, é de se supor que os esforços teóricos de Ferrajoli no que concerne à problemática do bem jurídico-penal

também se incluam nesse diagnóstico, e isso não é objeto de discussão neste estudo. Entretanto, argumenta-se que a questão parece mal colocada, havendo claramente um déficit conceitual que prejudica a progressão da teoria do bem jurídico, ainda que sob o manto do garantismo penal. Ao que parece, esse vício genético está contido na própria noção de materialidade com que a teoria tem trabalhado.

O vocábulo *material* faz parte da teoria do Direito Penal e, no enquadramento específico da teoria do bem jurídico-penal, o conceito normalmente está associado à lesão concreta ao bem em questão, por meio de comportamento penalmente relevante – seja comissivo, seja omissivo. Diz-se que há lesividade material quando o resultado de uma ação ou omissão é a agressão notável e substancial a um dado bem jurídico (do contrário, o comportamento será atípico). É possível notar que o adjetivo é utilizado em oposição à noção de *formal*. Essa é a dicotomia que se opera na teoria do delito e é também ela que se encontra quando da análise das missões do Direito Penal como a exclusiva proteção de bens jurídicos. Aliás, longe de ser exclusividade da dogmática do Direito Penal, a dicotomia é verificada até mesmo no âmbito da teoria processual penal, especialmente com base nas noções de devido processo material ou formal. A abordagem ora proposta, por outro lado, pretende passar ao largo dessa dicotomia, ao buscar reconectar os pressupostos teóricos do Direito Penal ao saber filosófico.

No âmbito da trajetória filosófica ocidental, há uma dicotomia similar. Nomes como Platão, Kant e Hegel são comumente associados ao que se convencionou chamar de idealismo, um estilo teórico-filosófico cujo enfoque se situa nas ideias e mentalidades em detrimento da realidade material. Todavia, no âmbito do pensamento filosófico ocidental, o idealismo é antagonizado por teorias que partem de premissas mais ou

menos distintas, isto é, teorias marcadamente materialistas. Desde o materialismo contemplativo de Feuerbach (2007) até o materialismo histórico dialético de Marx e Engels (2001), a tradição materialista sempre buscou partir do concreto em direção às teses filosóficas que dão conta de significá-lo ou de transformá-lo. A materialidade da vida não haveria de ser resumida à ideia que dela se fazia, tal como o idealismo apregoava, mas haveria de ser compreendida por si mesma. Nem por isso a tradição materialista estaria reduzida ao mero empirismo ou a uma espécie de reducionismo físico vulgar, já que toma as próprias relações sociais e históricas em sua materialidade, isto é, como ponto de partida da teoria ou da práxis transformadora (MASCARO, 2018, p. 276). Não por outra razão, Marx (2004) buscará mais tarde esboçar as insuficiências da economia política moderna partindo do funcionamento concreto do modo de produção capitalista e da materialidade da exploração, que é inerente à sua lógica.

É importante recordar que nem mesmo as ideias em seu estado “puro” escaparam do escrutínio da abordagem materialista, pois a ideologia de uma dada formação social também tem um lastro material e representa a relação imaginária que os sujeitos desenvolvem com o modo de produção que organiza suas existências, conforme demonstrou Althusser (1972, p. 77). No âmbito dos saberes penais, pode-se afirmar que a criminologia buscou erguer suas bases em uma plataforma teórica mais ou menos materialista, ao passo que o campo do Direito Penal mergulhou em diferentes níveis de idealismos, dos mais ingênuos aos mais sofisticados, sendo o garantismo liberal de Ferrajoli um exemplo dos últimos.

Nesta etapa, os esforços da presente reflexão consistem precisamente em retroceder e traçar o caminho oposto, reconectando a teoria jurídico-penal a um arcabouço materialista para,

daí em diante, retomar a marcha e repensar a teoria do bem jurídico-penal no limite do que for possível, considerando o recorte e as dimensões limitadas deste artigo. Crê-se que tal tarefa é uma agenda coletiva, e esta provocação serve apenas para convocar os penalistas a fim de que tal debate gere algum engajamento. Espera-se que tenha ficado suficientemente claro o cerne do argumento: embora a noção de referente material (o grande objetivo de qualquer teoria do bem jurídico-penal) satisfaça à oposição própria da teoria jurídica e pareça fornecer um significado que supera a mera formalidade de uma política criminal inteiramente entregue ao alvedrio do legislador – patologia que atinge a teoria do bem jurídico desde o positivismo de Karl Binding (SILVA, 2013, p. 67-68; BECHARA, 2009, p. 18) –, ela não deixa de ser profundamente idealista. Aliás, o conceito em questão só logra adquirir ares de sofisticação e aparenta superar o referente formal (no limite, a mera eleição arbitrária dos bens penalmente relevantes) porque o próprio debate que produz essa conclusão é também marcadamente idealista.

Portanto, o ponto de partida pode ser resumido na seguinte provocação: de um prisma filosoficamente acurado, praticamente todas as teorias que buscam fornecer um referente material para o bem jurídico-penal nada têm de materialistas. Todas elas partem de concepções ideais (a “vontade” do Poder Legislativo, o espírito do povo, o mínimo ético, os direitos fundamentais constitucionais etc.) e esperam daí a planificação de uma política criminal que corresponda a esses teoremas, ressalvadas as teorias de Zaffaroni e Tavares. Como observado anteriormente, este último reconhece no bem jurídico unicamente uma dimensão de resistência ao arbítrio punitivo e a eventuais criminalizações meramente políticas. Para o autor, o conceito de bem jurídico deve ser extraído da pessoa humana, e não de abstrações coletivistas; logo,

não pode fundamentar-se exclusivamente no normativo, uma vez que tem um substrato empírico no qual estão compreendidos a pessoa humana e seu entorno social. Tavares (2018) considera que a relevância de se exigir a personalização do bem jurídico está em delimitar o poder de punir, o que permite que a criminalização seja confrontada com a idoneidade de servir como elemento protetor da pessoa e limitador do poder de punir.

Na maior parte das teorias, a materialidade da criminalização e o funcionamento concreto do controle penal são variáveis dispensáveis, ruído impertinente, provocado por tendências “sociologizantes”, prontamente condenadas ao ostracismo teórico. O discurso jurídico-penal – e nesse particular o garantismo não é exceção – opta por preservar seus próprios constructos teóricos, ainda que para isso tenha de sacrificar a realidade, expulsando-a da equação.

Trata-se de uma conclusão aguda, mas que precisa ser enfrentada. Nem mesmo as teorias justificacionistas que buscam vincular o bem jurídico penalmente relevante ao arcabouço de direitos arrolados nos textos constitucionais – o que de mais avançado se teorizou até aqui, em termos de justificação – são capazes de explicar por que a realidade material da seletividade profunda e ineficácia evidente é inteiramente ignorada em prol de uma abstração que consiste na falácia da tutela, esse germe idealista que contamina a teoria do bem jurídico desde sua aurora. Diga-se sem meias palavras: não há tutela. Ao se tomar com seriedade a realidade operacional dos sistemas penais contemporâneos, em especial o brasileiro, a única conclusão possível é de que os debates no campo da teoria do bem jurídico raramente ultrapassaram o idealismo confortável, sob o qual geralmente se debruça o penalismo, incluído aí o garantismo de Ferrajoli. Jamais alçaram voos para construir uma teoria do bem jurídico que seja *de fato* material, por deixarem de levar em conta a materialidade das relações sociais produzidas pelo controle penal. Como dar impulso a essa tarefa e abandonar completamente a abstração, o idealismo e o devaneio justificacionista?

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. Ao fazer isso, estarão postas as condições para alicerçar outra edificação teórica que contribua para confrontar:

a) 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 à pessoa humana; e

b) o traço mais característico da realidade efetiva do controle penal de um viés materialista, isto é, sua seletividade estrutural, já devidamente denunciada por Zaffaroni (2001).

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 como abstração, pois o que de fato existe é um sistema punitivo que tutela apenas a estratificação social.

Vale repetir: os gargalos de seletividade guiam a incidência da criminalização e não são meras falhas de funcionamento, ao contrário do que prega o idealismo jurídico até aqui hegemônico. Aliás, teorias que lidam dessa forma com o problema tendem a mascarar-lo em vez de enfrentá-lo, e essas, sim, refugiam-se no conforto da falácia idealista. Se o objetivo é erigir uma teoria material para estabelecer o significado e as funções que o bem jurídico-penal realmente pode desempenhar em uma sociedade intrinsecamente desigual, é preciso começar pela adoção de uma abordagem radicalmente materialista, que deixe de lado as abstrações do liberalismo penal, sem jogar fora suas conquistas em termos de garantias, evidentemente. Entretanto, esse é um passo que Ferrajoli (2008, p. 519) e seu garantismo não estão dispostos a dar, já que o autor considera intimamente conectados os eixos da justificação da pena e das garantias, de modo que um não pode existir sem o outro.

No entanto, reconectar o Direito Penal com a materialidade do poder punitivo não equivale a uma reinvenção total da teoria do bem jurídico. O argumento aqui é de que o realismo marginal de Zaffaroni e sua abordagem agnóstica, conjugada com uma teoria crítica do delito como a defendida por Tavares, têm condições de pavimentar o caminho para uma revisão profunda do significado e das funções que se podem crivelmente esperar que o bem jurídico-penal cumpra. Isso porque, ao contrário do garantismo de Ferrajoli, a mirada realista marginal é suficientemente materialista, algo que fica claro com o significado que o próprio componente *realista*³ adquire na obra de Zaffaroni (2009, p. 108): “un derecho u orden jurídico realista es el que lleva a cabo el máximo esfuerzo de

³ Cumpre esclarecer: não se sugere que exista uma conexão automática, sem mediações, entre o componente “realista” do modelo de Zaffaroni e um materialismo crítico. É certo que existem leituras que se julgam realistas – no sentido de não ignorarem a ineficácia da “tutela” penal – e, no entanto, apresentam-se nitidamente cooptadas pela lógica neopunitivista, como é o caso do chamado “eficientismo” penal (para uma crítica, ver Andrade (2012, p. 288)). Entretanto, entre os modelos de Direito Penal mínimo disponíveis, o realismo marginal é inegavelmente um dos mais abertos à crítica criminológica, nutrindo-se diretamente não só de dados empíricos mas de leituras críticas do sistema punitivo. Daí decorre seu inestimável valor de correção para a teoria do bem jurídico.

captación de la realidad y trata de aportar soluciones racionales”. Sem o postulado de máxima captação da realidade, fundamentado em uma plataforma materialista, tipicamente criminológica, todo esforço conceitual em torno do bem jurídico-penal inevitavelmente se traduzirá em desperdício teórico. Assim tem sido até o momento a trajetória em busca de um referente material na maior parte das teorias. Será possível escapar dessa armadilha?

Julga-se que uma resposta afirmativa pode ser dada a essa indagação, mas há outra condição: além de se eleger um paradigma teórico adequado (materialista), a própria noção de referente material precisa ser ressignificada. Para que se evitem confusões, a nova noção será chamada de *referente circunstancial*, isto é, um ponto cardeal que indica o significado e as funções do bem jurídico-penal com base na exigência de modificação sensível na realidade empírica vinculável a uma pessoa concreta e na exigência da materialidade da criminalização, seja ela potencial ou efetiva. É válido lembrar: não é o poder jurídico que produz sozinho a criminalização, já que o fenômeno depende da atuação de outras agências penais (ZAFFARONI, 2001). Nesse circuito, em que diferentes atores exercem o poder de punir em níveis variados e em que o poder judicial exerce controle exíguo, o único objeto de tutela plausível pelo poder jurídico serão os direitos fundamentais do próprio criminalizado e potencial criminalizável. Dito de outra forma: os únicos bens jurídicos de fato passíveis de proteção pelo poder jurídico 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 (ZAFFARONI, 2001).

Já não se trata de programar o poder judicial para proteger abstrações tais como os direitos e interesses da “sociedade”, pois uma missão desse tipo ignora as limitações dos próprios juristas, cujo trabalho já vem filtrado pela atuação seletiva de outras agências. Para exemplificar: sempre que um indivíduo sofre a criminalização de acordo com o tipo de tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei nº 11.413/2006), por várias razões é bastante discutível afirmar que o Poder Judiciário atua para resguardar a “saúde pública”: a ação do indivíduo não necessariamente resultará em consumo abusivo por terceiros; a saúde coletiva independe da sua atuação individual; os sucessivos filtros que a agência policial produz indicam que o criminalizado em questão foi pego pela malha penal, ao passo que diversos outros dela escaparam. Enfim, tudo indica que não se tutela o bem jurídico *saúde* com a imposição da pena. Mas troque-se a lente: se o mesmo indivíduo, sendo flagrado com quantidade

inexpressiva da droga em questão, é absolvido por força do princípio da insignificância, é possível afirmar que o Direito Penal – como discurso de programação e práxis racional dos juristas – atuou no sentido de proteger bens jurídicos relevantes no caso penal, ou seja, os direitos fundamentais do criminalizado. Não há, no segundo caso, mera ilação idealista, mas uma constatação retirada da materialidade, isto é, do funcionamento concreto (seletivo) do poder jurídico no caso em questão. Da mesma forma, a lesão de bem jurídico não pode ser substituída por uma suposta criminalização de comportamento. A simples descrição de uma conduta proibida que não tenha relação com uma alteração sensível da realidade pela qual se poderia configurar a lesão ou perigo concreto de lesão a bem jurídico não atende ao 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 (TAVARES, 2018).

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 eles se deem no sentido de aviltar princípios como a lesividade, a fragmentariedade ou a intervenção mínima. Para isso os juristas dispõem do controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, mas seu uso terá de se dar com base na circunstância material da criminalização – nesse caso, a criminalização potencial de estratos populacionais vulneráveis e a exigência de uma modificação sensível e constatável da realidade empírica vinculada a uma pessoa humana e concreta –, e não com fundamento em abstrações, já que o Poder Judiciário necessita ser provocado para que atue. Saliente-se que, ironicamente, esse parece ser o único referente *de fato* material para a teoria do bem jurídico, pois surge não como devaneio idealista, mas como componente da atuação concreta da malha punitiva. É quando tem início o processo de rotulação criminal que a criminalização verdadeiramente se expressa em sua materialidade. É somente a partir daí que a teoria do bem jurídico penal terá seu objeto de tutela, cujo referente circunstancial estará fortemente fundado na realidade concreta das práticas punitivas.

6 Conclusão

Este estudo pretendeu oferecer uma resposta viável ao fetiche da busca por um referente material por parte da teoria jurídico-penal, incongruência que também atinge o garantismo penal de Ferrajoli. Procurou-se demonstrar que a formulação garantista do problema do

bem jurídico é ineficaz em superar os vícios de origem que acompanham o conceito, já que busca congrega duas funções conflitantes e terminantemente inconciliáveis: a função restritiva de contenção dos espaços de incidência punitiva e a função legitimante de justificação da pena criminal como solução apta para conflitos sociais tipificados sob o rótulo criminal. Igualmente, o objetivo era trazer luz à evidência do ferramental da crítica criminológica à teoria do bem jurídico, tendo como ponto nodal o problema da ineficácia da pena estatal e a negligência desse fator por parte do garantismo ferrajoliano.

Estabelecidos os termos em que o problema seria enfrentado, foi proposta a construção de uma rota alternativa para se pensar o significado e o papel do bem jurídico-penal, apelando-se a um marco teórico alternativo. Com base no realismo marginal de Zaffaroni fica clara a contradição inerente à missão de tutela de direitos pelo poder de punir estatal, restando repensar em termos materialistas um novo enfoque capaz de escapar do idealismo que contaminou o bem jurídico-penal, mesmo na sua programação garantista. Desse modo, foi ensaiada e exemplificada uma via de escape da busca por um referente material para a criminalização, dando lugar à formulação de um referente circunstancial capaz de orientar o poder jurídico em sua missão de contenção de excessos punitivos.

Assim, os direitos fundamentais do criminalizado tornam-se os únicos bens jurídicos que a práxis jurídico-penal pode comprometer-se a proteger com certa eficácia. Ironicamente, esse referente parece mais adequado à própria noção de materialidade, já que sua formulação parte do que é mais peculiar ao sistema penal concreto, isto é, sua seletividade violenta e (infelizmente) ineficaz.

Sobre os autores

Bryan Alves Devos é mestre em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil.

E-mail: bryandevos.prof@gmail.com

Salah Hassan Khaled Junior é doutor e mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; professor da graduação em Direito e do programa de pós-graduação (mestrado) em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, RS, Brasil.

E-mail: salah.khaledjr@gmail.com

Gabriel Antinolfi Divan é doutor e mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil; professor da graduação e do programa de pós-graduação (mestrado) em Direito da Universidade de Passo Fundo, Passo Fundo, RS, Brasil.

E-mail: divan.gabriel@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

DEVOS, Bryan Alves; KHALED JUNIOR, Salah Hassan; DIVAN, Gabriel Antinolfi. Crítica e reformulação da teoria do bem jurídico: proposta de um referente circunstancial. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 58, n. 232, p. 33-56, out./dez. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p33

(APA)

Devos, B. A., Khaled, S. H., Jr., & Divan, G. A. (2021). Crítica e reformulação da teoria do bem jurídico: proposta de um referente circunstancial. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 58(232), 33-56. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/232/ril_v58_n232_p33

Referências

ALTHUSSER, Louis. *Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado*. Tradução de Joaquim José de Moura Ramos. Lisboa: Presença, 1972. (Biblioteca de Ciências Humanas, 37).

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. (Coleção Pensamento Criminológico, 19).

BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal: (compilación in memoriam)*. Montevideo: B de F, 2004. (Colección Memoria Criminológica, n. 1).

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 1, p. 16-29, maio/ago. 2009. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/441/7214>. Acesso em: 30 ago. 2021.

BECKER, Howard S. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BROWN, Wendy. *Cidadania sacrificial: neoliberalismo, capital humano e políticas de austeridade*. Tradução de Juliane Bianchi Leão. [S. l.]: Zazie Edições, 2018. (Coleção Pequena Biblioteca de Ensaios). Disponível em: https://zazie.com.br/wp-content/uploads/2021/05/Pequena_Biblioteca_de_Ensaios_Wendy_Brown_Zazie2018.pdf. Acesso em: 1º set. 2021.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DEVOS, Bryan Alves; KHALED JUNIOR, Salah Hassan. O garantismo e a academia: esboço de uma crítica ao “garantismo integral” (em nome da superação criativa de cânones teóricos) ou algo sobre crise, compromisso e resistência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 27, n. 153, p. 65-106, mar. 2019.

DEVOS, Bryan Alves. *Poder punitivo e realismo marginal: uma crítica ao utilitarismo penal*. Porto Alegre: Fi, 2019. Disponível em: <https://www.editorafi.org/556bryan>. Acesso em: 1º set. 2021.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Revolução permanente: ensaio crítico sobre o discurso garantista e a racionalidade neoliberal*. Porto Alegre: Elegância Juris, 2020. Disponível em: https://www.academia.edu/44723894/REVOLU%C3%87%C3%83O_PERMANENTE_ensaio_cr%C3%ADtico_sobre_o_discurso_garantista_e_a_racionalidade_neoliberal. Acesso em: 1º set. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Notas críticas y autocríticas en torno a la discusión sobre “derecho y razón”. In: GIANFORMAGGIO, Letizia (ed.). *Las razones del garantismo*: discutiendo con Luigi Ferrajoli. Bogotá: Temis, 2008. p. 475-545.

FEUERBACH, Ludwig. *A essência do cristianismo*. Tradução de José da Silva Brandão. Petrópolis: Vozes, 2007.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral*: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 30-75.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: história da violência nas prisões. Tradução de Raquel Ramalhe. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Bien jurídico y Estado social y democrático de derecho*: (el objeto protegido por la norma penal). 2. ed. Santiago, CL: Jurídica ConoSur, 1992.

IPPOLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, [s. l.], v. 3, n. 1, p. 34-41, jan./jun. 2011. DOI: <https://doi.org/10.4013/733>. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/733>. Acesso em: 30 ago. 2021.

KHALED JUNIOR, Salah Hassan. Por uma nova racionalidade jurídico-penal ou manifesto de insurgência contra o pensamento que anestesia o pensar. *Juris*, Rio Grande, v. 13, p. 75-98, 2008. DOI: <https://doi.org/10.14295/juris.v13i0.3169>. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/view/3169>. Acesso em: 30 ago. 2021.

LARRAURI, Elena. Criminología crítica: abolicionismo y garantismo. *Revista de Estudios Criminales*, Porto Alegre, v. 5, n. 20, p. 11-38, out./dez. 2005.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. Tradução de Luis Claudio de Castro e Costa. São Paulo: Martins Fontes, 2001. (Clássicos).

MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos*. Tradução, apresentação e notas de Jesus Ranieri. São Paulo: Boitempo, 2004.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente*: contra o desperdício da experiência. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002. (Para um Novo Senso Comum: a Ciência, o Direito e a Política na Transição Paradigmática, v. 1).

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (org.). *Democratizar a democracia*: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 39-82. (Reinventar a Emancipação Social para Novos Manifestos, 1).

SANTOS, Juez Cirino dos. *Direito penal*: parte geral. 5. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Conceito, 2012.

SILVA, Ivan Luiz. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. *Revista de Informação Legislativa*: RIL, Brasília, DF, v. 50, n. 197, p. 65-74, jan./mar. 2013. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/197/ril_v50_n197_p65. Acesso em: 30 ago. 2021.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução da 2ª edição espanhola de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. (Coleção Direito e Ciências Afins, v. 6).

STRECK, Lenio Luiz. Crime e sociedade estamental no Brasil: de como la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos. *Cadernos IHU Ideias*, São Leopoldo, ano 10, n. 178,

p. 3-35, 2012. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/images/stories/cadernos/ideias/178cadernosihuideias.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2021.

TAVARES, Juarez. *Fundamentos de teoria do delito*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Anotações sobre o bem jurídico: fusões e (con)fusões. In: PINHO, Ana Cláudia Bastos de; DELUCHEY, Jean-François Y.; GOMES, Marcus Alan de Melo (coord.). *Tensões contemporâneas da repressão criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 11-28.

_____. Consideraciones acerca del reconocimiento del pluralismo cultural en la ley penal. In: ESPINOSA GALLEGOS-ANDA, Carlos; CAICEDO TAPIA, Danilo (ed.). *Derechos ancestrales: justicia en contextos plurinacionales*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009. p. 99-121. (Serie Justicia y Derechos Humanos. Neoconstitucionalismo y Sociedad). Disponível em: <https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/118641-opac>. Acesso em: 1º set. 2021.

_____. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Tradução de Nilo Batista e Helena Ferreira. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.