

**BEM JURÍDICO PENAL E CULTURA EM CARLOS COSSIO:
FUNDAMENTOS TEÓRICOS PARA A REFORMULAÇÃO
TÍPICA DO ART.268 CÓDIGO PENAL**

**CRIMINAL LEGAL WELL AND CULTURE IN CARLOS
COSSIO: THEORETICAL FUNDAMENTALS FOR THE
TYPICAL REFORMULATION OF ART.268 CRIMINAL CODE**

RVD

Recebido em
21.03.2021

Aprovado em.
30.04.2021

Yuri Castro Carneiro¹

RESUMO

Em virtude da inevitabilidade de uma construção dogmática penal teleologicamente destinada a consecução de um Estado Democrático de Direito capaz de coexistir com um Direito Penal compatível com a dignidade da pessoa humana, torna-se salutar a existência do que a academia denomina de Bem Jurídico – Penal, deste modo, foi abordado uma perspectiva evolucionista das noções de Bem Jurídico-Penal, para que se possa teorizar acerca da função do Bem Jurídico e sua influência quanto aos efeitos jurídicos da Covid-19 no Brasil. Após a abordagem histórica, pormenoriza-se a teoria egológica de Carlos Cossio, detalhando sua perspectiva axiológica do direito e os reflexos que a temporalidade, somada com as novas necessidades da sociedade podem/devem influenciar nas normas vigentes, em relação manifesta com a teoria tridimensional do direito. Tal estudo tem o condão de pautar na realidade nacional uma possível modificação do art. 268 do Código Penal tendo em vista a salvaguarda do ordenamento nacional e a compatibilização sistemática que deve haver em nosso sistema jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Bem Jurídico Penal; Estado Democrático De Direito; Axiologia; Covid-19; Código Penal.

ABSTRACT

¹ Doutor em direito público pela faculdade de direito da UFBA. E-mail yccarneiro@yahoo.com.br. Travessa Chácara Mirineu, nº 500, Bairro SIM, Feira de Santana/BA

Due to the inevitability of a telematic dogmatic criminal construction aimed at achieving a Democratic State of Law capable of coexisting with a Criminal Law compatible with the dignity of the human person, the existence of what the academy calls Legal Well-Being becomes salutary. - Criminal, in this way, an evolutionary perspective of the notions of Legal-Criminal Property was approached, so that one can theorize about the function of the Legal Property and its influence regarding the legal effects of Covid-19 in Brazil. After the historical approach, Carlos Cossio's egological theory is detailed, detailing his axiological perspective of law and the reflexes that temporality, added to the new needs of society, can / should influence the current rules, in manifest relation with the three-dimensional theory. of the right. Such a study has the power to guide a possible modification of art. 268 of the Penal Code with a view to safeguarding the national order and the systematic compatibility that must exist in our legal system.

KEYWORDS: Penal Legal Well; Democratic State; Axiology; Covid-19; Criminal Code.

1. INTRODUÇÃO

No que se refere ao estabelecimento de um Estado Democrático de Direito pautado integralmente sobre o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, é de se esperar que conforme a evolução das noções históricas das possibilidades de punição, que passam pelos Estados pré-iluministas e chegam ao momento do pós 2º guerra, a gama de vertentes punitivas fornecidas aos entes estatais torne-se progressivamente mais eficaz e justa, neste sentido torna-se extremamente precioso a identificação de um conceito de dogmática penal que alinhe-se com o pilar de um Estado Democrático de Direito virtuoso, como já dito, a Dignidade da Pessoa Humana.

A delimitação jurídico-penal adequada para o *jus puniendi* estatal é realizada então através da noção de Bem Jurídico, o elo protetivo central do pensamento jurídico-penal hodierno, entendido assim de forma quase unânime pela doutrina, conforme assevera Mir (1993, p.15, apud MELO, 2005, p. 52):

El Derecho penal es un sector del ordenamiento jurídico al que, según la opinión dominante de la dogmática moderna, le incumbe la tarea de la protección de los bienes vitales fundamentales del individuo y la comunidad. Estos bienes son elevados por la protección de las normas del Derecho a la categoría de bienes jurídicos.

Após identificar o instituto aludido como cerne do estabelecimento do Direito Penal pós-moderno, urge como imprescindível a tarefa de detalhar a sua utilização e propensões ao decorrer do tempo – tempo idealizado como adequado para contextualizar a pesquisa atual -.

Preliminarmente destacar-se-á, no âmbito da atual pesquisa, a evidente necessidade de manipulação jurídica destinada a formulação de conceito penal que se funda na clarividente necessidade de proteção, tendo seu pontapé inicial no pensamento iluminista. A determinação de uma nova base estrutural para a concepção do ser do delito encontra-se, neste período, arraigada na tutela de direitos subjetivos, individuais, dando início a uma edificação do conceito de Bem Jurídico - informalmente – em virtude da necessidade oposição em relação ao *modus operandi* dos Estados Absolutistas.

Ou seja, o movimento de desgaste do modelo de organização social até então vigente, atrelado aos fatores político-econômicos que culminaram em tal queda, fazem urgir igualmente uma precisão de adequação do sistema jurídico as pautas emergentes na medida que se consertavam as nítidas falhas presentes nos respectivos ordenamentos.

Em Feuerbach, tal como no pensamento iluminista, não há clara menção ao termo Bem Jurídico, entretanto, já existe o anseio por novas referências para a conceituação do delito, apesar de que, como uma complementação do pensamento iluminista (tendo em vista a dupla influência sofrida por Feuerbach no que tange ao Jusracionalismo e ao Idealismo Kantiano), o Direito Penal dessa época “baseia-se em uma concepção jusprivatista, de natureza individualista, que se reflete na concepção de bem jurídico, como sendo a lesão, ou no perigo de lesão de um direito subjetivo” (COELHO, 2003, p.33).

Nesta toada, é de salutar importância mencionar que grandiosa parte da doutrina atribui a paternidade do conceito de Bem Jurídico a Birnbaum, que se opõem aos pensamentos previamente trazidos e enfaticamente critica a intersubjetividade para referendar sua percepção de que os objetos passíveis de defesa Estatal não são os



que se traduzem como direitos subjetivos, mas como os que podem ser classificados formalmente como bens jurídicos.

Já Binding determina uma nova era na construção do conceito de Bem Jurídico penal, voltando-se ao positivismo e rompendo com a tradição metafísica que se fazia presente nos autores anteriormente demonstrados, deste modo, sendo subserviente ao positivismo como o era, podemos atestar em Binding que, segundo revela Polaino (1974, p.108, apud COELHO, 2003, p. 43):

Não existiam parâmetros limitativos indicados por Binding, em sua teoria, que viessem a orientar a atitude do legislador no âmbito da tutela penal [...] pois, admitir-se a existência de limites apenas com fundamento nas próprias considerações valorativo-objetivas do legislador e por suas existências lógicas.

Ulteriormente a Binding, encontramos na linha temporal definida aqui, sujeito chamado de Franz Von List, que entende pela preexistência de bens jurídicos perante a atividade legiferante, nessa seara, ressalto que eles não se tornam juridicamente protegidos apenas pela vontade do legislador de reconhecê-los; “são os interesses vitais do indivíduo a que o Estado deve outorgar sua tutela através do Direito Penal” (COELHO, 2003, p.49).

Não menos relevante, importa destacar que após a 1ª guerra mundial, “vicejaram as orientações espiritualistas de matriz neokantiana, responsáveis pela concepção teleológico-metodológica do bem jurídico, que identificavam neste um valor abstrato, de cunho ético-social” (MELO, 2005, p.54). A referida noção será extremamente pertinente para o tratamento do tema em tela.

Para a devida intersecção entre as conceituações de bens jurídica até então aqui tratadas e as perseguições realizadas pelo outro objeto de estudo que será aqui abordado, a Teoria Ecológica de Carlos Cossio, é excepcionalmente significativo o entendimento de que, para o indigitado, o Direito pode ser traduzido e delimitado como Cultura. O Direito é a Cultura.

Neste sentido, Cossio (1954, p.46, apud COELHO, 2010, p.75) aduz, ao definir a cultura, que esta é “tudo o que faz o homem atuar segundo valorações”, e, desta forma, investiga o fenômeno jurídico sobre as bases de uma fenomenologia da cultura.

Sendo o Direito, Cultura, e também sendo parte do direito a modelação de normas a partir de parâmetros descritos objetivamente, neste caso sendo o Bem Jurídico o seu parâmetro, é imperioso destacar que:

a norma é estrutura de pensamento, e as referências dogmáticas podem ser entendidas como expressões verbais da conduta, formas sensíveis que a delimitam. A dogmática é uma ciência cultural, tendo em vista que estuda uma experiência valorativa (SANTOS, 2013, p.7)

É precisamente desta experiência valorativa da conduta e da confluência entre Norma, Cultura, Valoração e Direito que trataremos com o intuito de justificar a mutação no texto de lei do art.268º do Código Penal, tendo em vista a clara necessidade e pertinência de mudança quando levado em consideração as atuais necessidades sociais e a valoração negativa de atos pertinentes ao art.268º em nosso atual contexto sociopolítico.

2.BEM JURÍDICO NO PERÍODO ILUMINISTA

Durante a transição político-histórica do período absolutista para o iluminista, tornou-se lugar comum a necessidade de contrapor os preceitos única e exclusivamente religiosos/morais que regiam a identificação dos atos delitivos, ou seja, uma legitimidade adequada do Direito Penal para a imposição da pena.

O Direito Penal iluminista, deste modo, estabeleceu-se justo através da proteção de direitos subjetivos mediante um consenso dogmático quanto a existência legitimadora do contrato social, sendo que, em decorrência da noção privatista do direito subjetivo, os bens jurídicos protegidos em época eram substancialmente individuais.

Nesse paralelo entendimento:

Portanto, através do contrato social, os homens delegavam os poderes ao Estado para garantir sua liberdade e a livre fruição de seus direitos subjetivos, sendo que este mesmo contrato social teria a finalidade de impor garantias aos cidadãos e barreiras ao próprio Estado, neste caso, já em movimento inverso, quanto à sua possibilidade de violar os direitos subjetivos do cidadão (COELHO, 2003, p.32).

Sendo assim, enxerga-se neste recorte histórico a primeira evidência quanto a busca do direito tanto ao racionalismo em Descartes quanto ao Empirismo inglês, “isolando as concepções que fundamentavam o injusto penal em valores religiosos, procurando pautar o conceito de crime em postulados de um direito inato aos indivíduos [...] dentro, portanto, de uma ótica absolutamente individualista” (COELHO, 2003, p.33).

3.BEM JURÍDICO PENAL EM FEUERBACH

A conceituação do termo e do sentido referentes aos bens jurídico penais do indigitado, emerge em meio a influência direta do iluminismo quanto a proteção de direitos subjetivos, mas, “é similarmente influenciado pelo idealismo Kantiano no que está relacionado a separação entre o direito e a moral” (CARNEIRO, 2020, p.12).

Deste modo, cresce e desenvolve-se como ato contínuo mais elaborado e, conseqüentemente, melhor justificado da teoria do crime no período iluminista, assim sendo, o autor indica que “a proteção do Estado ocorrerá quando existir a violação de um direito subjetivo do indivíduo, ou quando se violassem interesses do Estado” (COELHO, 2003, p.37).

Existe em Feuerbach um diálogo e uma correlação impreterivelmente necessários entre os direitos subjetivos estabelecidos pelo Direito Natural com a concepção desses direitos no Direito Positivado, um pontapé extremamente salutar para a consecução de um Estado Democrático de Direito, apesar de ainda não findada. Inclusive, destaco que:

Estas ideias adequam-se aos parâmetros ideológicos da época, estando aí pautados os ditames da razão que deveriam nortear a conduta dos indivíduos e impedi-los de violar direitos subjetivos de outrem, de lesar

direitos subjetivos, registrando-se, dessa forma, o primeiro elemento de garantia da liberdade individual. (COELHO, 2003, p.38)

Enxerga-se de modo mais incisivo uma noção preliminar de ponderação entre direitos subjetivos, individuais e os direitos previstos no tocante aos interesses estatais, um critério de razoabilidade que serve de parâmetro para as construções jurídico-democráticas presentes.

4.BEM JURÍDICO PENAL EM BIRNBAUM

A delimitação dos Bens Jurídicos em Birnbaum perpassa pela incompletude da descrição do termo em Feuerbach, ademais, é mister ressaltar que grandiosíssima parcela da doutrina atribui a formulação original do termo ao supramencionado autor, este que faz severas críticas a uma concepção de bem jurídica baseada na transgressão de direitos subjetivos, portanto, postulava que, ao invés de objetivar a tutela de direitos subjetivos, como entendiam os Iluministas, o Direito Penal “deveria servir para proteger, somente, os bens jurídicos materiais ou corpóreos” (KIST, 2003, p.156).

A construção teórica de Birnbaum, de modo distinto às ideias até então elucidadas, destaca – mesmo que timidamente – certa relevância na busca pela consecução de fins sociais previamente determinados, nessa seara, Birnbaum sustentava, ainda, que “os bens jurídicos estão situados além do próprio direito e do Estado e que seu conteúdo vem da própria realidade factual e do contexto social” (COELHO, 2003, p.40).

Assim, o principal ponto de irrupção entre Birnbaum e Feuerbach é precisamente a expansão do alcance dos bens postos no conceito formal de Bem Jurídico para que se logre uma tutela adequada, na verdade, a bens materiais que possam ser concretamente demonstrados.

5.BEM JURÍDICO PENAL EM BINDING

A referência ao autor deve ser utilizada com o destaque a ruptura por este idealizada quanto aos pressupostos jusnaturalistas e metafísicos que faziam parte do processo de construção dos Bens Jurídicos que a ele precederam. Com o autor, os princípios do positivismo são chamados para resolver as questões penais. [...] Binding entendia que “a norma é a única e definitiva fonte de revelação do Bem Jurídico” (COELHO, 2003, p.43).

Na mesma linha de fundamentação, Binding (1991. P.340, apud BRANDÃO, 2018, p.25), menciona que o autor identifica no Bem Jurídico o “objeto de sistematização do direito penal e, aos olhos do legislador, que é o ente que o constrói, todo bem jurídico possui um valor social”.

Como é de fácil compreensão, nota-se que como consequência das intenções do autor no que se refere a definição do que seja o Bem Jurídico-Penal, temos a total inexistência de parâmetros que possam limitar o *jus puniendi* estatal, deixando a margem do legislador sua margem de atuação, num claro argumento circular que sintaticamente pode ser traduzido através da legitimidade de uma instituição A para punir, fornecida igualmente por essa instituição A, ainda, o mesmo A descreve quais os limites para o seu poder com base na sua própria valoração objetivamente traduzida normativamente. Uma formulação eticamente injustificável.

Assim, conforme o exposto:

Para Binding, a fonte de legitimação do Direito Penal encontra-se em seu próprio seio, no âmbito puramente normativo, que poderia ser tomado pelo Estado, já se vê, para legitimar a si próprio e a toda sua produção legislativa. Buscar-se a legitimação do Direito Penal fora do direito positivo seria regredir, na visão de Binding, a elementos pré-jurídicos, que teriam permeado o pensamento iluminista sobre a estrutura do crime (COELHO, 2003, p.44).

A impossibilidade de atribuir validade a construção teórica do autor encontra-se na falácia argumentativa conhecida como petição de princípio, ou falácia do argumento circular, a atribuição do Estado enquanto fonte de legitimação do Direito Penal e dos

Bens-Jurídicos estatais é evitada de vício desde o princípio, pois, ao ter como intenção a validação da natureza e das particularidades do que seja Bem-Jurídico, para que se possa detalhar a sua natureza, recorre as próprias normas que lhe concederam legitimidade para buscar esse resultado e prescrevem sentido ao instituto em comento, por conseguinte, o objeto que deve ser capaz de validar e formular as concepções de Bem-Jurídico é validado pela própria noção pré-existente de Bem-Jurídico que o permite, em tese, realizar tal ato.

6.BEM JURÍDICO PENAL EM VON LISZT

O autor sobreleva que os bens jurídicos são preexistentes à vontade do legislador, em verdade, podem ser descritos como o interesse juridicamente protegido. Outrossim, de acordo com Liszt (1928, p.2, apud, COELHO, 2003, p.49), “todos os bens jurídicos são interesses vitais do indivíduo ou da comunidade”.

Ainda para Liszt (1927, p.6, apud ALMEIDA, 2009, p.4):

bem jurídico é o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses vitais do indivíduo ou da comunidade. A ordem jurídica não cria o interesse, ele é criado pela vida; mas a proteção do Direito eleva o interesse vital à categoria de bem jurídico (...) os interesses vitais resultam das relações da vida entre os mesmos indivíduos ou entre os particulares e a sociedade organizada em Estado e vice-versa... a ordem jurídica delimita as esferas de ação (*Machtgebiete*) de cada um... faz da situação da vida (*Lebensverhältnis*) uma situação do Direito (*Rechtsverhältnis*) (...) a proteção jurídica que presta a ordem do Direito aos interesses da vida é a proteção pelas normas (*Normenssachtz*). Bem jurídico e norma são os conceitos fundamentais do Direito

Por conseguinte, Von Liszt compreende que o processo de edificação de qualquer Bem Jurídico e, conseqüentemente, da estrutura normativa que este pertence, perpassa pela adequação entre o Bem Jurídico formulado e as necessidades da vida e da estrutura social, o que recai numa postulação de matriz sociológica para a constituição dos Bens Jurídicos.

Tendo em vista o que fora anteriormente apresentado e em extrema consonância a esta apresentação, detalho que, conforme CUNHA (1995, p. 54, apud COELHO, 2003, p.52), “Liszt coloca o Direito em contato direto com a própria vida, sendo que esta irá oferecer os critérios, os limites e a legitimidade para intervir”.

7.BEM JURÍDICO PENAL E A PERSPECTIVA NEOKANTIANA

Meados do século XX, num momento ulterior ao desenvolvimento da perspectiva de Von Liszt, emerge o pensamento de origem/influência Neokantiana, “a concepção neokantiana, com tonalidade espiritualista, concebe o bem jurídico como um valor cultural, de modo que os valores culturais, baseados nas necessidades individuais, são fundamentos para o bem jurídico” (PAIVA, 2014, p.27).

No entanto, apesar de pretender um enquadramento entre a *ratio essendi* da norma penal e as concepções societárias do que culturalmente e, portanto, axiologicamente, possam fazer com que determinadas condutas sejam concebidas como delito, esse resguardo de Bens Jurídicos envoltos pela norma ainda funciona de modo a tornar indeterminado a natureza material dos Bens Jurídicos no sistema jurídico fundado sob os pressupostos Neokantianos, o que a torna ineficaz quanto ao sentido de limitação do poder de punir do Estado.

Em paralelo ao o exposto, Cunha (1995, p.68-69, apud COELHO, 2003, p.58) menciona que:

Com este entendimento de Bem Jurídico, identificando-se com o conteúdo da norma, e, conseqüentemente, perdendo sua autonomia, transforma-se o bem jurídico em um conceito absolutamente supérfluo, dotado de uma absoluta incapacidade dogmática ou crítica.

Conforme a supramencionada elucidação pode ter consequência absolutamente indesejadas quanto a importância da noção de bem jurídico quando contraposta à própria quebra da ordem social, ou seja, da norma. A imposição de um valor maior ao descrito no texto legal em contraponto ao despreendimento do conceito de bem-jurídico como ponto fulcral na criação e proteção do ordenamento torna o sistema

extremamente suscetível de equívocos protetivos, primordialmente no que se refere a possíveis núcleos brutos de proteção.

8. BEM JURÍDICO PENAL E O FUNCIONALISMO SISTÊMICO

O funcionalismo sistêmico presente em Luhmann e Parsons faz parte de uma noção sociológica da construção do conceito de Bem Jurídico, uma das demonstrações modernas que tem como intuito “fundar um substrato para o bem jurídico, que possa dar suporte ao direito penal dentro de um Estado Democrático de Direito, consentâneo com os princípios que o regem” (COELHO, 2003, p.63).

As formulações dos autores supracitados detalham a característica autopoietica do sistema social enquanto estrutura que absorve particularidades com o intuito de renovar-se e moldar-se a si mesmo, “sendo que ocorrendo o fenômeno da disfuncionalidade, surge a necessidade de se corrigir a conduta disfuncional e reorientá-la para uma condição de funcionalidade sistêmica” (COELHO, 2003, p.65).

Nesse sentido, Parsons identificou e definiu o sentido e o propósito da lei como “instrumento de estabilização social e, conseqüentemente, da confiança na legitimidade do poder constituído, através do controle da lealdade à ordem estabelecida, de bem estar, do mercado de trabalho e do consumo” (TAVARES, 2000, p.68)

A referida edificação dogmática proposta por Parsons e mencionada por Juarez Tavares é de excepcional importância para a construção proposta neste artigo, visto que as menções a estabilização social e a confiança na legitimidade do poder constituído são ramificações fundamentais da consolidação e da adequação de um Estado Democrático de Direito aos princípios constitucionais nele presentes, princípios estes apenas existentes porquê valorados, uma conjunção entre valor/cultura, fato e norma que, apenas se adequadamente conexos, podem sustentar justificadamente as pretensões democráticas do Estado.

9. O EGOLOGISMO JURÍDICO EM CARLOS COSSIO

A partir das enunciações feitas sobre as definições do que seria um Bem Jurídico Penal ao decorrer da história, entendo que para o fim colimado no trabalho em comento, deve ser idealizada uma aglutinação teórica que seja capaz de conectar apropriadamente a teoria funcionalista sistêmica com as teorias constitucionais voltadas a definição do Bem Jurídico Penal, para tanto, tem-se como de pretensa relevância um discorrer acerca dos estudos de Carlos Cósio relacionados a direito e cultura, numa aproximação enfática com a Teoria Tridimensional do Direito, inclusive, conforme revela Miguel Reale, a cultura, portanto, poderia ser compreendida como o “cabedal de bens objetivados pelo espírito humano, na realização de seus fins específicos” (REALE, 2002, p.217).

É propriamente através da definição do que é cultura que entendo pela possibilidade de demonstração da cultura e do direito como atos e institutos mutuamente reflexos, apesar do caráter de abstração do primeiro. Em virtude desta característica, inclusive, é preciso ressaltar que o diálogo entre os citados ocorre através do indivíduo, sujeito que é integralmente cultural e, similarmente parte integrante do aparato jurídico, tanto como ente que deve obediência ao sistema normativo, como parte indissociável do projeto de construção deste e, sendo sua construção uma ação humana, esta apenas pode ser cultural, visto ser impossível um ato ausente de valoração e, ausente dos preconceitos culturais presentes no ser que age.

No que se refere a tríade comunicativa – direito, homem e cultura – aqui estabelecida, tendo em vista que o processo de (re)formulação do conceito ora debatido é, por definição, um processo de (re)conhecimento, é possível concluir analogamente à análise que Miguel Reale faz acerca da Ontognoseologia, ou seja, os três elementos citados comportam-se como uma “correlação dinâmica entre sujeito e objeto, como fatores que se exigem reciprocamente segundo um processo dialético de complementaridade” (REALE, 2002, 53).

Como houvera sido dito em relação a clarividente conformação entre os elementos da tríade do Direito em Miguel Reale, Carlos Cossio cita que:

ao direcionar seu estudo aos objetos culturais, identifica na composição destes a presença de um substrato e um sentido. O substrato representa o suporte fático, e pode equivaler a um objeto mundanal – um elemento da realidade física – ou um objeto egológico – uma conduta humana. O sentido, por sua vez, reflete o juízo de valor realizado pelo sujeito-intérprete acerca do suporte fático, qualificando-o. (SOARES; SILVA, 2017, p.188).

Mediante essa acepção, torna-se possível a dedução que consiste em determinar que os Bens Jurídicos são objetos culturais que contém substrato e sentido, sendo que é no sentido que deve haver a conformação da norma a porvir (enquanto potencialmente válida, porquanto esteja em processo de conformação jurídica) com os princípios constitucionais, ademais:

todo objeto cultural consiste en la unidad de un substrato material y de un sentido espiritual, es decir, [...] un sentido espiritual no podría constituirse sino por referencia a un valor, cualquiera fuere (utilidad, belleza, verdad, santidad, etc.). Sobre esta estructura es que verificamos que el ser de un objeto cultural es ser un sentido (COSSIO, 1948, p.70)

Assim sendo, é possível deduzir que há em Cossio e nas suas perspectivas de uma tutela adequada aos Bens Jurídicos que devem ser primordialmente protegidos uma comunicação constante e apriorística, pois não pode deixar de existir, entre o Direito, a cultura (que se sedimenta conforme as valorações presentes em sociedade) e a conduta humana, portanto:

para que a experiência jurídica possa ser compreendida em sua plenitude, não deve ser o Direito tido como um dever-ser neutro, mas um dever-ser associado aos valores que permeiam o mundo real, de modo que entre ser e dever-ser subsista uma constante comunicação dialética, denominada pelo autor de Círculo Hermenêutico (COSSIO, 1948, p. 74-75).

Veamos que tudo gira em torno da ação do homem, o elemento que conduz o Direito para Carlos Cossio é necessariamente a ação humana, a conduta do homem, pois:

Aquí, en la conducta, está el Derecho de cuerpo entero y en cuerpo presente; frente a ella, el jurista no tiene otra cosa que hacer, para conocerla dogmáticamente, sino esclarecerla empíricamente en su inmanente sentido coexistencial. [...] Algo quiere conocer el jurista; y ese algo es conducta; no alguna otra cosa que se dirija a la conducta. (COSSIO, 1948, p. 71)

Assim, após o reconhecimento da importância da conduta na significação da estrutura jurídica, é possível atribuir a tal agir o caráter empírico da formulação normativa, desta forma, se a experiência jurídica possui um “conteúdo empírico (dogmático), do qual decorre a sua espacialidade e temporalidade; uma estrutura lógica que orienta seu conhecimento; e um conteúdo valorativo” (Thereza de Jesus Santos, 2013, p.12), podemos inferir que em virtude do fluxo valorativo que se faz presente na sociedade em decorrência da renovação de sentido e importância de atos-fatos jurídicos (ou não), há e deve haver a possibilidade de reorganização da estrutura normativa com o intuito de adequar o anseio social a realidade concreta.

Essa adequação deve ser proposta a partir da ciência que temos neste momento das condições axiológicas de cada recorte temporal e da estrutura socio-normativa em debate, portanto, diferentes necessidades no que gravita sobre os bens jurídicos tutelados.

10. DIREITO COMO OBJETO CULTURAL E AS TEORIAS SOCIOLÓGICAS DO BEM JURÍDICO

Preliminarmente cabem dois destaques essenciais à compreensão do tema e a consequente proposta de reformulação que será apresentada neste artigo. A primeira destas é a referência a forma de governo do Estado Brasileiro, qual seja a República Federativa do Brasil, esta, pautada sob a égide de um Estado Democrático de Direito que tem como escopo principal a Dignidade da Pessoa Humana. Segunda consideração que apenas pode ser feita se levada a cabo a anterior, é a prevalência de

princípios no texto constitucional, ou seja, comandos imperativos abstratos que devem materializar-se a partir da realidade fática, tornando-se peças visíveis da ordem jurídica, pois, são os pressupostos desta.

Dando seguimento a linha de raciocínio, quando trato da abordagem das teorias sociológicas do Bem Jurídico Penal, neste caso a funcionalista sistêmica e a teoria constitucional, busco pelas referências necessárias para a “delimitação do conteúdo material do bem jurídico penal, com vistas a solidificar a sua função de elemento legitimador da restritiva incriminação” (COELHO, 2003, p.63).

Assim sendo, ou seja, admitindo a inevitabilidade da projeção destas teorias no Direito, assim como a impossibilidade de negar o mesmo Direito como objeto cultural, entendo que sendo o ordenamento nacional uma referência de estabilização social com potencial para se autorregular em meio as suas disfuncionalidades; um núcleo organizado de valores que concentra em si os fins últimos da organização humana enquanto agentes estatais, mas, acima de tudo entes eu valoram; e uma esfera de proteção ao *jus puniendi* estatal através da consagração de princípios regidos pela dignidade da pessoa humana, este deve promover a sua ressignificação quando necessário.

Portanto, a definição semântica que atravessa e faz-se presente nos textos de lei do ordenamento pátrio sobre o conteúdo de cada Bem Jurídico, passeia obrigatoriamente pela noção de valor e por obrigatória pertinência com a Constituição Federal, sendo justamente pela característica de (re)construção singular de um Estado Democrático de Direito que poder-se-á trazer como hipótese a transformação do art.268º Código Penal tendo em vista as consequências da disseminação da Covid-19 no Brasil.

A mudança proposta em relação ao artigo supracitado seria a potencial necessidade de implementação de uma causa especial de aumento de pena quando o delito fosse cometido por agente do poder executivo tendo em vista a exponencialmente maior função de resguardo do bem jurídico tutelado (a incolumidade pública, através da proteção à saúde pública) e a grandiosa negação a atitudes que

podem propiciar direta ou indiretamente a introdução ou o contágio de doenças contagiosas.

Vê-se a justificativa com bons olhos porquê a inegável potenciação da influência dos atos praticados por agentes do poder executivo enquanto líderes políticos de municípios, estados, territórios e país, está indexada a relação inconfundível entre linguagem e poder. A política emana poder e os altos cargos do poder executivo transbordam responsabilidade pelos seus atos conquanto há de se imaginar razoavelmente que a conduta exercida pelo mesmo deve ser compatível com a função.

11.CONCLUSÃO

A preservação de uma República Federativa e de um Estado Democrático de Direito circundam igualmente pelo respeito aos cidadãos dessa República e a própria instituição democrática, sendo absolutamente incoerente qualquer fazer que se encontre em desconformidade com regras ou princípios constitucionais.

Tanto a Carta Magna é contrária, silogisticamente, a manifestação de tais comportamentos que nos seus arts. 6º, 26º, 196º, entre outros, a menção protetiva a saúde coletiva é tratada com absoluta prioridade no levante do Estado Democrático de Direito Brasileiro, neste sentido, através do plexo axiológico abarcado na tutela da saúde pública – tanto em respeito as centenas de milhares de vítimas da Covid-19 quanto a reprovação social de atos nesta linha –, da obediência aos princípios e normas constitucionais, e da capacidade de reestruturação própria do ambiente democrático, que propõem-se a implementação da causa de aumento de pena no caso dos crimes previstos no art.268º Código Penal quando cometidos por agentes do poder executivo.

Tal intenção encontra-se referendada pela fundamentação de Carlos Cossio através do fluxo cultural presente nas sociedades que leva – tomando como de fundamental importância a realidade fática presente – a modificação dos valores solidificados na organela social em questão. Essa alteração valorativa, por ser também a causa primeira de solidificação e organização do ordenamento jurídico, deve ser

preservada e agraciada como pressuposto da referida organização democrática, portanto, em argumentação paralela a exposta, a junção entre a teoria funcionalista sistêmica e a teoria constitucional dos Bens Jurídicos restou-se essencial para o caminho traçado neste artigo, teleologicamente destinado a uma tutela mais eficiente da saúde pública.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Bruno Rotta. Tutela Penal de Valores Supraindividuais? Reflexões A Partir da Importância da Teoria do Bem Jurídico para a Ciência Penal. **Rev. Direito Unifacs. Facs**, v.1, nº10, 2009. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/712>. Acesso em: 19/10/2020

BRANDÃO, CLAUDIO. Bem Jurídico e Norma Penal: A Função da Antinormatividade na Teoria do Crime. **Rev. Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, v. 3, nº. 4, 2018. Disponível em: <http://www.delictae.com.br/index.php/revista/article/view/61>. Acesso em 08/09/2020.

CARNEIRO, Yuri Castro. Bem Jurídico Penal: Transcorrência Histórica e Ética Argumentativa. **Rev. Direito Unifacs**. v.1, nº235, 2020. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6512>. Acesso em: 28/10/2020.

COELHO, Yuri C. **As Teorias da Conduta no Direito Penal: O Conceito de Conduta e sua Importância Para um Direito Penal de Garantia**. Tese (Doutorado em Direito Público) - Faculdade de Direito da UFBA. Universidade Federal da Bahia. 2010.

COELHO, Yuri. **Bem Jurídico Penal**. 1. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

COSSIO, Carlos. **La Valoración Jurídica y la Ciencia del Derecho**. Buenos Aires: Arayu, 1987.

COSSIO, Carlos. Panorama de la teoría egologica del derecho. **Revista Trimestral de Cultura Moderna**. v. 13, nº 13, 1948. Disponível em: http://carloscossio.com.ar/wp-content/uploads/2013/03/1948_panorama.pdf. Acesso em 02/10/2020.

KIST, DARIO J. D. Bem Jurídico-Penal: Evolução Histórica, Conceituação e Funções. **Rev. Direito e Democracia**. v.4, nº.1, 2003. Disponível em: <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/direito/article/view/2450>. Acesso em 30/09/2020.

MELO, Thiago Carvalho Bezerra de. Bem Jurídico Penal: **A Contextualização do Bem Jurídico no Estado Social e Democrático de Direito**. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Faculdade de Direito do Recife. Universidade Federal de Pernambuco. 2005.

PAIVA, Wallton P. S. A Função Ideológica do Bem Jurídico Penal. **Jurisdictionis: Revista Científica da Escola de Direito**. v.7. nº1, Out.2013/Mar.2014. Disponível em: <https://repositorio.unp.br/index.php/juris/article/view/526>. Acesso em: 30/09/2020

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19^o. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Thereza de Jesus S. Carlos Cossio e a Experiência Jurídica. **Rev. Direito Unifacs**. v.1. nº161, 2013. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2846/2069>. Acesso em 26/09/2020.

SOARES, R.M.F; SILVA, R.P. O Pensamento Culturalista de A.L Machado Neto: Contributos Para o Egologismo Jurídico. **Rev. ESMAT**. v.9, nº.13, 2017. Disponível em: http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/view/198. Acesso em 01/10/2020.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2^o ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.