



OFENSIVIDADE E BEM JURÍDICO-PENAL: CONCEITOS E FUNDAMENTOS DO MODELO DE CRIME COMO OFENSA AO BEM JURÍDICO-PENAL

Offensiveness and the criminal legal interest: concepts and fundaments of crime considered as offensiveness in relation to the criminal legal interest

Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 121/2016 | p. 13 - 50 | Jul - Ago / 2016
DTR\2016\21993

Daniel Leonhardt dos Santos

Doutorando (2015 -) e Mestre em Ciência Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2014), especialista em Ciências Penais (2013) e Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2012). Bolsista integral CAPES (2015-), bolsista integral FAPERGS (2013-2014) e bolsista de Iniciação Científica (2010-2012). Pesquisador. leonhardt88@gmail.com

Área do Direito: Penal

Resumo: A ofensividade, estabelecida por uma orientação constitucional garantista liberal, pelo seu duplo caráter normativo, assume uma feição de imposição e de impossibilidade de derrogação dos seus mandamentos. Ela orienta todo o ordenamento jurídico-penal, estabelecendo que apenas será legítimo o crime cuja conduta lesione ou ponha em perigo bem jurídico constitucionalmente amparado. A ofensividade impõe um vínculo ao intérprete do direito, devendo ele reconstruir toda a norma penal em conformidade com os preceitos do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. A análise crítica é sempre indispensável para uma justa verificação das categorias do Direito Penal. Por esse motivo, buscaremos no presente artigo, trabalhar o modelo de crime como ofensa ao bem jurídico-penal, suas características e premissas, o seu fundamento e a sua relação com a política criminal.

Palavras-chave: Direito Penal - Ofensividade - Política Criminal - Bem Jurídico-Penal - Constituição.

Abstract: Offensiveness, established by a liberal, constitutional, guarantor of rights orientation, by its double normative character, takes on a feature of imposition and impossibility of invalidating its commandments. It guides all the criminal law ordainment, establishing that it will only be considered legitimate the crime which behavior harms or treats the constitutionally supported juridical good. The offensiveness imposes a bond to the law exponent, should he rebuild all the criminal regulation according to the model of crime as an offense against the criminal juridical good. The critical analysis is always imperative to a fair proofing of Criminal Law categories. Therefore, we aim, in this article, to work the model of crime as an offense against the criminal juridical good, its characteristics and assumptions, its foundation and relationship with criminal politics.

Keywords: Criminal law - Offensiveness; criminal politics - Criminal juridical good - Constitution.

Sumário:

1 Introdução - 2 A ofensividade em direito penal - 3 A base constitucional da ofensividade - 4 A ofensividade como limite à política criminal - 5 A Ofensividade como parâmetro de orientação e delimitação: é possível a sua derrogação? - 6 O bem jurídico-penal como base do conteúdo material do crime - 7 Conclusão - 8 Referências

1 Introdução

Pela análise¹ do Direito Penal, pode-se perceber que há estreita relação entre modelos de crime e modelos de Estado, sendo as formas de estruturação do ilícito-típico e seus principais elementos, parâmetros de verificação dos níveis de autoritarismo penal.² Excessivas formas de crimes omissivos, delitos de proteção de preceitos éticos e morais, criminalização de violações de deveres, consistem em um modelo de crime fortemente



marcado por um Estado autoritário, reflexo de políticas ideológico-ditatoriais. O modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, por sua vez, vincula-se a uma concepção crítica do Direito Penal, refletindo uma base político-ideológica intrínseca ao Estado democrático e social de Direito, cuja principal linha axiológica consiste na proteção de direitos e garantias fundamentais. A ofensividade consiste em um verdadeiro limite à atuação da política criminal, atuando como resistência às intenções autoritárias e intolerantes.³

A concepção de crime como ofensa ao bem jurídico reflete um modelo de Estado laico, plural e tolerante, no qual não há espaço para a tutela de preceitos éticos ou morais, comportamentos antissociais ou violações de mero dever, nem a criminalização de vontades delituosas – o Direito Penal está centrado na “efetiva tutela de bens jurídicos”.⁴ Em um Estado democrático de direito, inspirado em valores de tolerância, no qual o poder do Estado emana do povo e é exercido para o povo, cujos valores provenientes da dignidade humana amparam todas as ações do Estado, não pode, o Direito Penal, perseguir valores transcendentais ou éticos nem degradar o indivíduo à situação de mero objeto (ou coisa); não pode, o Direito Penal, ter ingerência sobre o cidadão por simples condutas antissociais ou por meras ações de desobediência. O único modelo de crime compatível com a Constituição consiste na estrutura de proteção ao bem jurídico, no crime como ofensa ao bem jurídico.⁵ Trata-se de uma concepção de ilícito garantista⁶ amparada por um modelo de Direito Penal de base objetiva,⁷ limitador de um Estado totalitário.⁸

A ofensividade é o reflexo de um Direito Penal liberal⁹ cuja principal expressão consiste na função de garantia, atrelada ao princípio da legalidade. Apenas será crime o fato que não só está previsto na lei como tal, mas que constitui uma necessária ofensa ao específico interesse tutelado pela norma penal. Explica Mantovani que a ofensa representa um elemento constitutivo do crime, em conjunto com os outros elementos estruturantes do tipo. A ofensividade e a legalidade consistem em uma dupla garantia ao cidadão: ele não será punido por uma mera desobediência, nem por uma mera “periculosidade social própria do agente”.¹⁰ A ofensividade consiste em uma barreira ao poder do legislador, vinculando-o ao crime como lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.¹¹ Ela impõe ao intérprete do Direito Penal a tarefa de individualização, de análise e de reconstituição dos tipos penais em conformidade com os preceitos da ofensividade, impossibilitando o regresso a qualquer modalidade não liberal de crime.¹²

Nesse sentido, (1) procederemos, no presente artigo, à análise do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico-penal, a sua relação com o Estado Democrático de Direito liberal e garantista, as suas premissas básicas e a relação que a ofensividade possui na aferição de legitimidade do ilícito-típico. (2) Explicaremos a relação que possui a ofensividade com a Constituição, demonstrando que a ofensividade representa uma exigência constitucional. Analisaremos a sua relação com os direitos e garantias fundamentais, traçando um paralelo com o seu entendimento de regra e princípio em um só tempo. (3) Verificaremos a relação que possui a ofensividade com a política criminal, (4) se é possível ela ser derogável em virtude de uma intenção político-criminal ou se ela consiste em um imperativo inderrogável de legitimidade da norma penal. Por fim, (5) estabeleceremos uma tomada de posição acerca do objeto sob o qual recai a teoria da ofensividade, trabalhando o bem jurídico-penal axiológico-constitucionalmente orientado como base do conteúdo material de crime.

2 A ofensividade em direito penal

A ofensividade em Direito Penal consiste em uma perspectiva de ilícito na qual sua base está estabelecida “na ofensa a interesses objetivos, no desvalor que expressa a lesão ou pôr-em-perigo bens juridicamente protegidos”, opondo-se à concepção de ilícito centrada na mera violação subjetiva do dever.¹³ Segundo esta concepção, centrada na ofensa a bens jurídicos, não é suficiente apenas preencher os requisitos formais de tipicidade para caracterizar o ilícito-típico; é necessária, pois, a observância dos preceitos da ofensividade¹⁴ – desvalor da ação e desvalor de resultado, ambos são necessários para a sua caracterização. O modelo de crime centrado na ofensa a bens



jurídicos consiste na elevação do desvalor de resultado como motor central do ilícito, não havendo, portanto, “crime (legítimo) sem ofensa ao bem jurídico-penal”.¹⁵ Nessa perspectiva, o ilícito penal é construído a partir do desvalor do resultado, na ofensa a bens jurídico-penais axiologicamente orientados. O bem jurídico-penal é o pilar que sustenta o ilícito, representando um valor positivo que expressa a intenção axiológica da norma, sendo ele o primeiro nível de valoração. A tensão criada pela negação ao bem jurídico-penal permite a criação de níveis de valoração, sendo, o segundo nível, a ofensividade. As ações que negam o valor positivo primário – o bem jurídico – variam em intensidade, havendo determinados níveis em que o conteúdo do desvalor torna-se juridicamente interessante, “permitindo a construção e concretização do ilícito-típico”. A ofensividade representa, nesse sentido, conforme explica D’Ávila, o “resultado de um segundo e fundamental nível de valoração que, ao expressar o primeiro momento de desvalor do fato, assume-se como elemento de fundação do ilícito”.¹⁶

O desvalor de resultado representa a negação da intenção normativa, representada pelo ilícito-típico protetor de bens jurídico-penais, os quais constituem a pedra angular do ilícito, sendo que apenas na sua presença tornar-se-á possível analisarmos o desvalor da ação, constituindo ambos – desvalor de ação e desvalor de resultado – elementos de coexistência necessária, sendo possível a elucubração daquele apenas na presença deste. Em outras palavras, apenas terá relevância jurídico-penal o desvalor da ação quando estiver presente o desvalor de resultado na violação de um bem jurídico-penal.¹⁷

A ofensa representa a essência da ofensividade.¹⁸ A sua forma capaz de configurar o desvalor de resultado estrutura-se no dano/violação – representado pelo efetivo dano, prejuízo ou degeneração do bem jurídico tutelado pela norma¹⁹ – e no perigo/violação – representado pela previsão de possibilidade de ocorrência de um dano/violação ao bem jurídico protegido.²⁰ Esse perigo é constituído pelos elementos “probabilidade de um acontecer” e o “caráter danoso” dessa probabilidade, sendo que tal perigo, explica Faria Costa, não possui consistência material, manifestando-se no tempo sem solidificar-se no espaço – “o que se solidifica no tempo e no espaço é a acção concretamente desvaliosa”.²¹ O perigo subdivide-se em perigo concreto, no qual o perigo integra o tipo penal, sendo apenas preenchido quando na efetiva exposição do bem jurídico a perigo, e em perigo abstrato, no qual o perigo não é elemento do tipo, mas consiste em uma conduta cuja base possui uma “perigosidade típica para um bem jurídico”, sem a necessidade de comprovação em concreto desse perigo.²² No perigo abstrato ocorre o que Figueiredo Dias chama de “presunção inelidível de perigo”, sendo o comportamento do agente punido “independentemente de ter criado ou não um perigo efectivo para o bem jurídico”.²³

3 A base constitucional da ofensividade

O modelo de crime como ofensa a bens jurídicos consiste em uma exigência constitucional.²⁴ Tal afirmação tem como base argumentos que serão a seguir expostos: Primeiramente, pela base principiológica da Constituição que, como se percebe da análise de seu preâmbulo,²⁵ recepciona os preceitos propugnados pela ofensividade. Em um segundo nível, da análise das regras constitucionais, extraímos, com base em uma inter-relação de regras e princípios,²⁶ um “princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos, densificador do princípio estruturante do Estado de Direito”.²⁷ Como decorrência desse princípio geral de tutela dos bens jurídicos, extrai-se o “princípio geral de garantia representado pela necessária ofensa”, e o “princípio constitucional impositivo, representado pela intervenção penal necessária”, acarretando, como consequência lógica, a conformação dos dois à esfera normativa do princípio originário de tutela de bens jurídicos.²⁸ Não é possível, desta forma, um crime ultrapassar o limite estipulado pela ofensividade, pois “fora do âmbito de proteção do seu princípio conformador”.²⁹

O ordenamento jurídico-constitucional estabelecido pela inter-relação de regras e princípios exige, como explica D’Ávila, a “existência de princípios constitucionais



estruturantes de todo o sistema interno”, que, em conjunto com outros subprincípios e regras, “encontram diferentes graus de densificação e concretização”.³⁰ Nesses princípios, encontra-se a tarefa fundamental do Estado de direito em tutelar bens reconhecidos pelo sistema jurídico na busca de uma “ordem de paz”, sendo o Direito Penal o instrumento legitimado para a persecução desse fim.³¹ A proteção de bens jurídicos representa, dessa forma, “um princípio constitucional impositivo como princípio geral fundamental, densificador do princípio estruturante do Estado de direito e, por consequência, estruturante de todo o ordenamento jurídico-penal”.³² A partir desse princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos encontramos a necessária ponderação entre o princípio constitucional de garantia – constituído pela necessária ofensa ao bem jurídico e fundado na liberdade – e o princípio constitucional impositivo – constituído pela intervenção penal necessária.³³

Primeiramente, faz-se necessário o estabelecimento da distinção entre regras e princípios – base fundamental, como explica Alexy, da “fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais”.³⁴ Essa distinção, porém, não é nova, encontrando, nos critérios tradicionais de diferenciação, pouca clareza³⁵ e demasiada complexidade,³⁶ sendo, entre outras, as seguintes: (a) grau de abstração, o qual estabelece que os princípios representam normas de elevada abstração, enquanto que as regras são normas de reduzida abstração; (b) grau de determinabilidade, estabelecendo que as regras são possíveis de serem aplicadas diretamente, enquanto os princípios “carecem de mediações concretizadoras”; (c) caráter de fundamentalidade, no qual os princípios possuem natureza estruturante no ordenamento jurídico, pois ocupam uma posição hierárquica superior no sistema das fontes; (d) proximidade da ideia de direito, a qual dispõe aos princípios padrões “juridicamente vinculantes radicados nas exigências de ‘justiça’ (Dworkin) ou na ‘ideia de direito’ (Larenz)”; (f) natureza normogenética, a qual expõe serem, os princípios, o fundamento das regras jurídicas.³⁷ Explica Canotilho que a complexidade decorrente das tradicionais teorias de diferenciação entre regras e princípios é o resultado de dois fatores: primeiro, a ausência de esclarecimento em relação à função dos princípios, se eles possuem “função retórica-argumentativa ou são normas de conduta”; segundo, a falta de estabelecimento de se há um denominador comum entre ambos, de se há uma mesma família ou de se há uma diferença de grau – ou, por outro lado, se haveria a possibilidade de diferenciação qualitativa entre ambos.³⁸ Para Alexy haveria, sim, uma diferença qualitativa entre regras e princípios. Estes representam mandamentos de otimização, “que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.³⁹ Os princípios, nesse sentido, são normas que “ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”.⁴⁰ As regras, por outro lado, são normas que exigem a plena satisfação, não sendo possível a livre ponderação, nem sua parcial utilização. Elas são plenamente satisfeitas ou não são satisfeitas; elas possuem validade, devendo ser cumprido exatamente o que é exigido, ou ela não é válida. Por esse motivo, as regras são consideradas determinações.⁴¹ Nessa linha, havendo conflito entre regras, apenas seria possível uma solução caso houvesse uma cláusula de exceção na própria regra que extinguisse o conflito. Do contrário, seria necessário que uma das regras fosse declarada inválida. Havendo colisão entre princípios, a solução para o problema deve ser estabelecida pelo peso de cada princípio sobre o caso concreto estabelecido pelo conflito. De forma contrária à solução estabelecida em casos de conflito de regras, na colisão de princípios, ponderar-se-á qual princípio possui prevalência em determinadas condições, devendo um deles ceder espaço ao outro. Diferente das regras, não há necessidade de uma declaração de invalidade, ambos os princípios são válidos.⁴²

Os direitos fundamentais podem assumir, nesse sentido, um duplo caráter, sendo considerados normas de princípios e normas de regras ao mesmo tempo. Porém, isso não significa que toda norma de direito fundamental possui esse duplo caráter. Explica Alexy que a norma de direito fundamental será ou regra ou princípio, adquirindo o



caráter duplo apenas “se forem construídas de forma a que ambos os níveis sejam nelas reunidos”.⁴³ Isso significa que haverá a vinculação de ambos os níveis caso a norma fundamental, na sua formação constitucional, tenha incluída, na sua estrutura de princípio, uma cláusula restritiva, acarretando, em virtude dessa cláusula, a impossibilidade de sopesamento. Em outras palavras, as normas de caráter duplo “surgem sempre que aquilo que é estabelecido diretamente por uma disposição de direito fundamental é transformado, com o auxílio de cláusulas que se referem a um sopesamento, em normas subsumíveis”.⁴⁴ Para o autor, uma compreensão das normas fundamentais de caráter exclusivo não é suficiente para a adequada compreensão do problema – apenas é possível obter um modelo adequado se trabalharmos com o duplo caráter das normas de direitos fundamentais.⁴⁵

Nesse sentido, no âmbito constitucional, teremos tanto o princípio liberdade e a regra liberdade, o que impõe ao direito fundamental liberdade limites a sua ponderação.⁴⁶ Não é possível a irrestrita violação pelo seu conteúdo de regra constitucional. No âmbito penal, explica D’Avila, o processo de tipificação consiste no “resultado de uma ponderação de princípios na qual o direito fundamental à liberdade encontra-se sopesado com interesses outros, que segundo o legislador, carecem de tutela jurídico-penal”. O ilícito-típico representa, nesse sentido, “a límpida concretização legislativa, em nível infraconstitucional, de uma ponderação que imporá, ao direito constitucional à liberdade, uma necessária restrição”.⁴⁷ Pelo seu caráter restritivo ao direito constitucional fundamental à liberdade, essa ponderação, do ponto de vista formal, apenas será legítima caso o bem protegido pelo ilícito-típico tenha ressonância, mesmo que indireta, com a Constituição, atendendo, desta forma, à imposição hierárquica normativa.⁴⁸ Do ponto de vista material, o interesse protegido pela norma penal deverá ser axiologicamente compatível com a Constituição, afastando-se, portanto, bens jurídicos que não possuem amparo constitucional. Em outras palavras, o direito fundamental à liberdade apenas poderá sofrer restrição pelo ilícito-típico quando “a ponderação com o princípio da intervenção estiver fundada na real necessidade de proteção de bens jurídicos dotados de suficiente consistência axiológica”.⁴⁹

Por esse motivo, é inadmissível que, nesse processo de ponderação entre direito fundamental à liberdade e interesse protegido axiologicamente orientado, escolhas meramente político-criminais prevaleçam sobre o direito constitucional à liberdade. É necessário que o interesse protegido pela norma penal esteja em consonância, mesmo que indireta, com a Constituição, não bastando apenas a conformação formal de hierarquia normativa, sendo necessária, ainda, como exposto, a conformação material, devendo esse interesse possuir compatibilidade axiológica. O direito fundamental à liberdade e à dignidade da pessoa impossibilitam que o indivíduo seja instrumentalizado para interesses de mera política-criminal ou administrativos, com o fim único de organização ou regulamentação social.⁵⁰

A ofensividade representa um inafastável imperativo constitucional para aferição da legitimidade do ilícito-típico, exigido pela Constituição Federal de 1988. Entendemos ser a ofensividade, no mesmo sentido proposto por Alexy em relação aos direitos fundamentais, uma norma de caráter duplo, devendo ela ser entendida como norma de princípio e norma de regra em um só tempo. Nessa perspectiva, por assumir a ofensividade a feição de um princípio, seus preceitos devem orientar todo o sistema jurídico-penal infraconstitucional, impondo, para que seja legítimo o crime, lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico-penal axiológico-constitucionalmente orientado. Por assumir conjuntamente o caráter de norma de regra, a ofensividade representa um inafastável imperativo constitucional impossível de sopesamento. Não é possível derogarmos a ofensividade ou abriremos espaços de exceção aos seus preceitos em prol de intenções político-criminais, cujas condutas criminalizadas não representam qualquer perigo de lesão ao bem jurídico.⁵¹

Referência jurídico-penal de exigência da ofensividade é encontrada infraconstitucionalmente nas categorias da tentativa (art. 14, II, CP (LGL\1940\2)) e do crime impossível (art. 17, CP (LGL\1940\2)).⁵² O ilícito-típico fundado em uma



perspectiva material de crime, na qual se exige para a sua perfeita legitimação a efetiva ofensa ao bem jurídico-penal, a tentativa busca delimitar a punibilidade aos casos nos quais há exposição a perigo do bem jurídico, mesmo que de forma não concreta. Trata-se de uma compreensão do ilícito fundada nos preceitos “do pôr-em-perigo e da violação, na qual a tentativa assume o seu papel na necessidade da efetivação da proteção penal em um estágio anterior (Vorfeld) à efetiva afetação do bem jurídico”.⁵³ O crime impossível pressupõe que toda ação posta em prática, mas que, em virtude da sua inidoneidade ofensiva, resta inviável a verificação da efetiva ofensa ao objeto tutelado pela norma penal, acarretando, por conseguinte, a atipicidade da conduta.⁵⁴ No crime tentado, a consumação não ocorre em virtude da ocorrência de causa alheia à vontade do agente, enquanto no crime impossível, pela completa inidoneidade do meio ou inexistência de objeto – fato que torna a conduta totalmente desprovida de ofensividade.⁵⁵

Desta forma, sendo a ofensividade um imperativo constitucional, faz-se impositiva a aferição axiológica nos níveis necessários de ponderação para o correto estabelecimento do ilícito-típico.⁵⁶ A construção do bem jurídico representa o primeiro nível axiológico, no qual há a verificação do valor positivo que será tutelado pela norma. A ofensividade consiste no segundo momento de valoração, representado pela análise da tensão entre negação e afirmação do valor tutelado pela norma. Extrair-se-á dessa conjectura – negação e afirmação – qual o nível de negação necessário que é exigido⁵⁷ para a configuração do ilícito-típico.⁵⁸ O terceiro momento representa a aferição do desvalor de resultado, na ponderação do resultado necessário da ação para a caracterização do crime,⁵⁹ ou, conforme expõe Kaufmann, os atos humanos em “cuja finalidade se inclui necessariamente a de prejudicar, resguardar ou produzir bens jurídicos”, assim como os atos humanos “cuja execução, segundo um conhecimento social e causal mais sutil, reverte em prejuízo, proteção ou promoção dum bem jurídico”.⁶⁰ A ofensividade representa, da aferição dos três níveis axiológicos de ponderação, a forma jurídico-normativa de percepção do intolerável atingimento do objeto de proteção da norma, manifestando-se no dano/violação, concreto pôr-em-perigo e cuidado-de-perigo.⁶¹

4 A ofensividade como limite à política criminal

A recepção constitucional da ofensividade, mais do que o resultado do processo interpretativo que circunscreve a teoria do bem jurídico, representa um conjunto de preceitos vinculantes ao legislador, limitando-o aos crimes cujas condutas consistam em uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Essa vinculação se manifesta em dois âmbitos: no plano legislativo, por possuir a ofensividade natureza constitucional, condiciona a criação dos tipos penais à proteção de bens jurídicos axiologicamente vinculados à Constituição, excluindo condutas consideradas inofensivas; no plano jurisprudencial-aplicativo, a ofensividade orienta o magistrado e o hermeneuta na delimitação das condutas que, mesmo em conformidade com o tipo penal, concretamente não apresentam lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal.⁶² A ofensividade exerce, nesse sentido, importante função de orientação e delimitação do Direito Penal, tanto quando da criação do ilícito-típico, como na sua aplicação em concreto, devendo-se, em ambos os casos, considerar atípico⁶³ o comportamento que não infringir uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

A perspectiva epistemológica oferecida pelo modelo de crime como ofensa ao bem jurídico possui fundamental importância como freio à crescente abertura e inserção de novos espaços de intervenção penal, presenciado principalmente em países ainda em desenvolvimento. A forte pressão popular pelo aumento das respostas punitivas representa uma força que deve ser, de alguma forma, contraposta quando da utilização da política-criminal na solução dos conflitos jurídico-penais. Pressão popular influenciada pela crença que o Direito Penal deve intervir de forma severa e ampla, sendo as soluções por ele propostas de rápida aplicação e efeitos imediatos.⁶⁴ Permitir à política-criminal sufragar essa visão, amparando suas decisões no arbítrio da atecnidade, é relegar à normatividade o papel de coadjuvante na construção das propostas jurídico-penais dos



conflitos ensejados pela contemporaneidade. Para solução dos novos problemas apresentados ao Direito Penal nos últimos anos, não pode, a resposta, partir da política-criminal, mas, contrariamente, da normatividade penal crítica, principalmente quando essa discussão estiver sendo travada em países onde a análise dos direitos e garantias fundamentais ainda não atingiu a plena maturação. Devem partir do direito penal constitucionalmente orientado as premissas pelas quais se orientará a posterior análise da política-criminal; à normatividade crítica cabe o estabelecimento dos espaços de legitimidade dessa atuação.⁶⁵

Roxin, por outro lado, entende que o correto percurso a ser trilhado é introduzir no sistema do Direito Penal as decisões valorativas da política-criminal, "de tal forma que a fundamentação legal, a clareza e previsibilidade, as interações harmônicas e as consequências detalhadas deste sistema não fiquem a dever nada à versão formal-positivista de proveniência lisztiana".⁶⁶ Verdadeira união entre direito e fins político-criminais em uma unidade sistemática, abrangendo todas as esferas do ordenamento jurídico.⁶⁷ Nessa construção, devem-se respeitar três principais exigências: "ordem e clareza conceitual, proximidade à realidade e orientação por fins político-criminais", sendo que em cada categoria do delito (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) "deve ser observada, desenvolvida e sistematizada sob o ângulo de sua função político-crimal".⁶⁸

A concepção orientada político-crimalmente de Roxin, apesar de proporcionar ganhos à dogmática penal, como a construção de um âmbito político-crimal crítico, não está imune a críticas devido à excessiva importância que esse âmbito de análise adquire como pressuposto legitimador do Direito Penal. A primeira crítica direcionada ao pensamento do autor consiste no equívoco metodológico de sua concepção que, segundo D'Ávila, "acaba por afirmar exatamente aquilo que pretende corrigir", i.e., o autor, ao criticar concepções vazias, puramente conceituais e sem orientação axiológica, retira da normatividade qualquer função axiológica orientadora ao atribuir à política-crimal o exclusivo papel de parâmetro axiológico orientador do Estado democrático e social de Direito, restando à normatividade "conceitos vazios de sentido, incapazes de encontrar qualquer aplicação que fuja ao indesejado silogismo formalista".⁶⁹

Pela excessiva amplitude que Roxin dispõe ao conceito de política-crimal na resolução dos problemas jurídico-penais, critica-se a demasiada abertura à política-crimal de sua concepção do Direito Penal, acarretando a consequente "perda do seu rigor conceitual como critério de orientação na resolução de casos, servindo, muitas vezes, de recurso meramente retórico".⁷⁰ A orientação do que é "político-crimalmente correto" e "político-crimalmente errado" consiste fundamentalmente no critério axiológico selecionado, não restando claro, porém, quais serão exatamente esses critérios orientadores. Se as categorias da ilicitude material, das causas de exclusão de ilicitude e das teorias da culpabilidade são resultados de uma escolha político-crimal, qual é o limite para a incorporação dos valores da política-crimal na dogmática penal?⁷¹ A terceira crítica consiste na funcionalização do conceito de crime ao introduzir à noção de culpabilidade a ideia de "necessidade de aplicação da pena criminal" como substituto do "poder-agir-de-outro-modo". A ausência de punição para os casos, p.e., de coação moral irresistível, não está no fundamento da impossibilidade de agir de outro modo, mas em critérios de prevenção. Substitui-se, dessa forma, o conceito de culpabilidade pelo de responsabilidade (Verantwortlichkeit), mais amplo e amparado a partir do merecimento da pena.⁷² Tal orientação resulta no "reconhecimento da existência do crime a sua consequência jurídica", vinculação considerada metodologicamente equivocada, tendo em vista que tal vinculação pressupõe o reconhecimento da existência da consequência jurídica antes de sua efetiva averiguação. "Apenas quando se tem por certo a ocorrência de um crime é que se faz possível cogitar sobre a legitimidade e conveniência político-crimal de lhe atribuir uma determinada sanção", caso contrário, explica D'Ávila, "estariamos por admitir uma noção de crime que deixa de ter conteúdo próprio para assumir, ele mesmo, um conteúdo funcionalizado: existe se atender à função que lhe é atribuída".⁷³



Pela orientação defendida por Roxin, de exclusiva utilização da política-criminal como núcleo axiológico reitor da dogmática penal e ponto de convergência dos princípios penais e constitucionais, o autor acaba por esvaziar a dogmática jurídico-penal, retirando-lhe qualquer conteúdo crítico, além de esvaziar a própria dimensão normativa dos princípios e regras por lhe atribuir caráter exclusivamente político-criminal.⁷⁴ Retira-se, ainda, das regras e princípios o seu caráter axiológico neutro por passarem a representar uma orientação assumidamente política, cuja característica consiste exatamente no fato de atender a um objetivo político-criminalmente orientado: a prevenção geral positiva.⁷⁵ Consequência direta dessa concepção consiste na abdicação de princípios fundamentais para um melhor atendimento aos objetivos prevencionistas.⁷⁶ Por fim, outra crítica direcionada ao pensamento de Roxin consiste na excessiva prioridade que o autor dispõe à dimensão político-criminal, invertendo a ordem crítica de enfrentamento dos problemas penais. Isso significa dizer que, antes de haver o questionamento acerca dos parâmetros político-criminais de análise das problemáticas penais, faz-se necessária a análise precípua acerca da legitimidade normativa das categorias em questão. Antes do perguntar político, é necessário haver o questionamento da possibilidade e legitimidade jurídica das questões trazidas à política-criminal. Dessa forma, não importa o interesse político que se está buscando, ele apenas poderá ser posto em prática se estiver de acordo com e nos precisos limites de legitimidade impostos pela normatividade penal e constitucional.⁷⁷

5 A Ofensividade como parâmetro de orientação e delimitação: é possível a sua derroga?

Espaços de abertura dos pressupostos estabelecidos pela ofensividade são perigosos, pois até onde podemos excepcionar as premissas estabelecidas pelas categorias jurídico-penais constitucionalmente estabelecidas? Não apenas no limite, mas onde encontraremos o fundamento para essa abertura? Nesse viés, sendo a ofensividade um imperativo constitucional inafastável, é possível abrir espaços de exceção? Sendo positiva a resposta, qual o pilar que dará sustentação e legitimidade ao crime cuja conduta não manifesta qualquer ofensa ao bem jurídico, ou, ainda, ao crime sem bem jurídico? Tais questionamentos não são, porém, facilmente respondidos e o presente trabalho não possui a pretensão de fazê-lo. O que se intenciona é trazer à discussão a complexidade que envolve o tema, nem sempre resolvida por meros silogismos formais.

Mantovani, nesse sentido, trabalha com a possibilidade de derroga à ofensividade em prol de crimes cuja conduta não ofenda um bem jurídico em uma situação na qual o Estado possui um específico interesse em coibir. Essa prerrogativa está fundamentada no interesse de prevenção geral⁷⁸ atrelado a esses crimes decorrentes da necessidade político-criminal.⁷⁹ O autor cita como exemplo os “crimes de dolo específico de ofensa”, como os delitos previstos nos arts. 503 (serrata e sciopero per fini non contrattuali),⁸⁰ 504 (coazione alla pubblica Autorità mediante serrata o sciopero),⁸¹ 505 (serrata o sciopero a scopo di solidarietà o di protesta),⁸² 507 (boicottaggio)⁸³ do Código Penal italiano⁸⁴ e a figura delitiva de associazione criminosa.⁸⁵

Por outro lado, Marinucci, ao estabelecer a imposição constitucional da ofensividade, expõe que é dever do intérprete do direito realizar a conformação da norma penal aos preceitos constitucionais da ofensividade. Sendo impossível a sua reconstrução, estaremos diante de um crime inconstitucional. Para o autor, não é possível aceitarmos essa abertura em virtude de uma exigência constitucional. Nesse sentido, para o caso dos crimes de dolo específico, não haveria uma exceção à ofensividade, mas apenas um crime de consumação antecipada, direcionando a interpretação dessa modalidade delitiva à estrutura do crime tentado. Os delitos de dolo específico devem, por conseguinte, receber o mesmo tratamento da tentativa, aplicando-se a diminuição de pena estabelecida pelo Código Penal.⁸⁶ Inclusive, os delitos previstos nos artigos 503 e 504 do CP italiano, conforme expõe Marinucci, foram considerados inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional italiano “na parte em que reprimem o puro e simples exercício do direito de greve”.⁸⁷

A abertura proposta por Mantovani, contrapondo-se ao entendimento de exigência



constitucional exposto por Marinucci, demonstra a complexidade do problema anteriormente exposto. Isto é, se possível, qual o limite que deverá ser imposto à exceção das premissas basilares do ordenamento jurídico-penal constitucionalmente amparado? Percebe-se que a proposta de derroga à ofensividade elaborada por Mantovani estabelece uma fronteira entre os crimes que devem assumir a feição decorrente do modelo de crime como ofensa ao bem jurídico e os crimes que apenas estabelecem condutas sem ofensividade, meramente amparadas por escolhas de política-criminal. Nessa abertura, como delimitaremos o que deve obedecer à ofensividade e o que é possível incriminar sem a necessidade de ofensa? A exceção está restrita apenas aos crimes de dolo específico? O corte realizado pelo autor demonstra um entendimento crescente de abertura aos preceitos constitucionais em favor da (perigosa) necessidade político-criminal de combate ao crime. Mantovani estabelece essa ideia na intenção de fortalecimento da própria ofensividade, pois, com essa abertura, evitar-se-á o excessivo alargamento dos limites impostos pela necessidade de ofensa.⁸⁸

Entendemos, porém, ser equivocada a concepção do autor, no mesmo sentido exposto por D'Ávila,⁸⁹ pelo seu equívoco metodológico. Observa-se que Mantovani parte de um dado empírico para estabelecer o afastamento da exigência constitucional da ofensividade, i.e., no prévio reconhecimento, segundo ele, da existência de crimes sem ofensa ao bem jurídico. Não é possível, porém, partir de um dado empírico para estabelecer a possibilidade de derroga de uma premissa constitucional sob o único pretexto de "interesses políticos" na manutenção de tipos penais sem ofensividade.⁹⁰ Mais, a premissa exposta por Mantovani não observa as consequências decorrentes do caráter duplo da ofensividade (regra e princípio a um só tempo), que impõem limites intransponíveis ao processo legislativo infraconstitucional.⁹¹ Por fim, a aceitação da derroga à ofensividade representa um equívoco lógico, pois o motivo que leva Mantovani a justificar o afastamento da ofensividade deveria ser o motivo que reforçaria a sua aplicação, i.e., a ofensividade consiste justamente em uma barreira, um limite que deve ser respeitado pelo legislador – ela possui um conteúdo material que é imprescindível.⁹²

A ofensividade consiste em uma norma constitucional de caráter duplo, exercendo tanto uma barreira como um critério de orientação legislativa. No momento *ex ante* a criação da norma penal, limitando as condutas passíveis de tipificação às ações que atendam ao mínimo de potencial lesivo; no momento *ex post*, como critério hermenêutico-aplicativo ao magistrado, que deverá verificar se a conduta atendeu a necessária ofensa ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal.⁹³ Pelo seu caráter duplo – regra e princípio – ao mesmo tempo em que não é possível a ponderação dos preceitos estabelecidos pela ofensividade, os seus critérios, por assumirem também a feição de princípio, estabelecem um fim cuja busca deverá orientar todo o ordenamento jurídico-penal. Em outras palavras, no plano de *lege ferenda*, a ofensividade exerce um imprescindível parâmetro de orientação legislativo e, no plano de *lege lata*, necessário vínculo de aferição da legitimidade do ilícito-típico, reitor do processo hermenêutico constitucionalmente orientado.⁹⁴

6 O bem jurídico-penal como base do conteúdo material do crime

O conteúdo material do crime consiste na indagação acerca da legitimidade material da aplicação penal em certos comportamentos humanos, i.e., questionar-se-á se determinada conduta possui legitimidade para ser considerada como crime e incidir sobre o infrator uma sanção. O conceito formal, por outro lado, considerará crime toda e qualquer conduta descrita como tal pelo legislador, independente de fatores externos. A formulação proposta por este conceito é atualmente rechaçada, pois ela não analisa a função ou os limites do Direito Penal, nem expõe quais são os comportamentos – e suas qualidades – sobre os quais devem recair uma sanção criminal. O questionamento acerca do conteúdo material do crime apenas possui relevância e sentido quando a sua formulação estiver fora da esfera do Direito Penal legislado (acima ou atrás). O conceito material, nesse sentido, consiste em um padrão crítico fornecido ao legislador previamente ao processo de criação legislativa, apontando, pois, quais são os



comportamentos que podem e devem ser criminalizados e os comportamentos sobre os quais não pode o Direito Penal recair.⁹⁵

No refletir dogmático das questões jurídico-penais podemos partir das consequências da norma penal – a pena – ou do objeto da norma – o ilícito. Na compreensão centrada na pena, sendo atualmente Jakobs um dos maiores defensores, a indagação acerca do bem jurídico perde espaço. O Direito Penal possui o propósito maior de manutenção das expectativas normativas.⁹⁶ Esse modo de compreensão do Direito Penal abre espaços para um sistema jurídico-penal cujas bases legitimam a exclusão de garantias fundamentais do ser humano, fundado em meras questões pessoais ou sociais do agente, possibilitando o seu tratamento como não pessoa e segregando-o indefinidamente.⁹⁷ Acreditamos ser essa estrutura a menos adequada para a solução dos conflitos jurídico-penais na atual sociedade complexa.

As condições materiais que devem revestir a conduta para ser possível o enquadramento em um ilícito-típico “é, e sempre será, o problema primeiro do direito penal”.⁹⁸ O questionamento sobre o que pode ser considerado materialmente crime é fundamental para verificar a legitimidade tanto da punição quanto da própria proibição penal. Devemos compreender o Direito Penal centrado no objeto da norma, o ilícito.⁹⁹ O ilícito deve assumir o ponto central na compreensão da estrutura dogmática do crime,¹⁰⁰ sendo a função primeira da norma penal a proteção do bem jurídico.¹⁰¹ I.e., “um ilícito penal teleologicamente voltado à tutela de bens jurídicos”.¹⁰² A ofensividade assume, nessa perspectiva, a forma jurídico-normativa de percepção do intolerável atingimento do objeto de proteção da norma, que se manifesta no dano/violação, concreto pôr-em-perigo e cuidado-de-perigo.¹⁰³

Os bens jurídico-penais, objeto de tutela da norma penal, não devem ser constructos elaborados pelo direito. Não cabe ao Direito Penal a tarefa de produzi-los, mas sim de proceder ao seu adequado reconhecimento, necessário reflexo “de realidades que transcendem a ordem jurídico-penal e condicionam o seu âmbito legítimo de tutela”.¹⁰⁴ Nesse sentido, estamos de acordo com D’Avila, que expõe ser o bem jurídico-penal a “representação jurídica de um valor transcendente e corporizável”, cuja verificação será orientada axiológico-constitucionalmente, com necessária correspondência de sentido e de fins entre a Constituição e os valores por ela tutelados. Necessário observar, ainda, que a construção desse valor deve partir de uma referência histórico-comunitária; sempre será um objeto organizado comunitariamente e historicamente datado, reflexo de uma realidade social.¹⁰⁵ Entretanto, para que um crime seja legítimo, não basta a aferição do valor, em um juízo axiológico positivo ex ante e sob o crivo da Constituição; é necessária, também, a verificação negativa da ofensa necessária a causar lesão ao bem tutelado pela norma penal. Isso significa dizer que é imperativa a verificação da ofensividade da conduta para perfectibilizar a legitimidade do crime, em uma necessária análise do desvalor do resultado.

Na atual conjuntura, é indiscutível que o uso do Direito Penal só é legítimo como fim último do poder estatal, assim como somente se adequado e necessário para a realização do fim a que se propõe, evitando-se sempre a desproporcionalidade. Em outras palavras, o Direito Penal representa a ultima ratio de proteção dos bens jurídicos.¹⁰⁶ Sendo o ilícito penal a intervenção de maior gravidade na esfera de liberdade individual, apenas estará legítimo o Estado em recorrer ao Direito Penal quando não houver outro meio menos gravoso para sancionar a prática de determinada conduta.¹⁰⁷ Essa perspectiva possui fundamento no princípio constitucional da proporcionalidade e da necessidade, devendo sempre, quando na presença de duas modalidades de restrições à liberdade idôneas, optar pela de menor gravidade ao indivíduo. Possui importância na orientação ao legislador, pois, amparados nesse princípio, devemos verificar quando será ou não necessária a aplicação de uma pena para coibir a prática de determinado comportamento.¹⁰⁸ Não deve o Direito Penal ser empregado quando outras formas de sanção ou meios de controle social se mostrem adequadas e suficientes para exercer a proteção do bem jurídico. “Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser



empregadas e não as penais”.¹⁰⁹

Outro importante princípio ao qual se deve atender quando da análise jurídico-penal relacionada ao bem jurídico é o da proporcionalidade. Constitucionalmente amparado, o princípio da proporcionalidade foi reconhecido pelo Tribunal Constitucional alemão e atualmente é aceito pela doutrina majoritária.¹¹⁰ Segundo esse princípio, deve-se respeitar a idoneidade (*Geeignetheit*), a necessidade (*Erforderlichkeit*) e a exigibilidade (*Zumutbarkeit*) como critério para aferir o que é gravemente adequado e justo na aplicação do Direito Penal.¹¹¹ A idoneidade refere-se ao problema empírico de verificação da capacidade que possui determinado meio para atingir um fim proposto pelo Estado de Direito, analisando-se as consequências provenientes da intervenção da norma penal. A pergunta acerca da idoneidade “se dirige a la aptitud del medio de cuya aplicación proporcional se trata”.¹¹² A necessidade consiste em uma correspondência instrutiva ao Direito Penal, o qual deve sempre, em casos de igual idoneidade, optar pelo de menor gravidade, aproximando-se dos preceitos do referido princípio da *ultima ratio*. A análise da idoneidade e da necessidade encontra-se atualmente, conforme expõe Hassemer, relegada em prol da aplicação dos meios mais graves e lesivos do Direito Penal em função do temor, do medo e da necessidade de controle que domina a “práxis atual”: “la orientación decididamente preventiva del Derecho Penal moderno no es propicia a los límites de la intervenciones que derivan de operar con la inexigibilidad o la indisponibilidad”.¹¹³ Depois de passados os dois primeiros níveis de análise, a exigibilidade – também denominada de proporcionalidade em sentido estrito – consiste na ponderação entre a conduta delituosa e que o se considera inaceitável em um Estado de Direito, na exigência de equilíbrio “entre os meios utilizados e os fins colimados”.¹¹⁴ Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade representa um importante critério de sopesamento no conflito entre direitos fundamentais, bens jurídicos e interesses,¹¹⁵ proibindo-se tanto o excesso como a atuação insuficiente.¹¹⁶

Neumann, por outro lado, critica a capacidade que o princípio da proporcionalidade possui em frear a força do poder punitivo por duas razões. Primeira, a proporcionalidade “es un principio débil porque su aplicación exige una pluralidad de valoraciones que no vienen determinadas por el principio mismo en cuestión”. Segunda, “esta debilidad no cuestiona en lo fundamental la potencia argumentativa del principio de proporcionalidad como eficaz limitación del Derecho Penal”.¹¹⁷ Essas críticas não são, porém, suficientes para afastar a aplicação do princípio da proporcionalidade na análise dos problemas jurídico-penais contemporâneos, tendo em vista que elas são cabíveis apenas a um modelo jurídico cujos pressupostos estão embasados na proporcionalidade como único instrumento de ponderação crítica. Entretanto, esse princípio não deve vir desassociado de outros princípios, pelo contrário, é necessária uma união de forças – entre, p. ex., a ofensividade, a *ultima ratio*, a legalidade e a proporcionalidade – para a justa e adequada aplicação do Direito Penal.

7 Conclusão

Com base na exposição realizada neste trabalho, podemos traçar os seguintes apontamentos finais:

1. A concepção de crime como ofensa ao bem jurídico reflete um modelo de Estado laico, plural e tolerante, no qual não há espaço para a tutela de preceitos éticos ou morais, comportamentos antissociais ou violações de mero dever, nem a criminalização de vontades delituosas. O Direito Penal deve centrar-se na tutela do bem jurídico axiológico-constitucionalmente orientado. Segundo esta concepção, centrada na ofensa a bens jurídicos, não é suficiente apenas preencher os requisitos formais de tipicidade para caracterizar o ilícito-típico, é necessário, pois, a observância dos preceitos da ofensividade. O bem jurídico-penal é o pilar que sustenta o ilícito, o qual representa um valor positivo e expressa a intenção axiológica da norma. A ofensa representa a essência da ofensividade. A sua forma capaz de configurar o desvalor de resultado estrutura-se no dano/violação e no perigo/violação.



2. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico consiste em um imperativo constitucional inderrogável e imponderável. A ofensividade deve ser analisada como uma norma de princípio e de regra a um só tempo, exercendo sobre todo o ordenamento jurídico-penal a orientação quanto à forma que deve assumir a norma penal e, ao mesmo tempo, seus preceitos são irrenunciáveis e impassíveis de ponderação. Apenas é constitucionalmente legítimo o crime cuja conduta lesione ou ponha em perigo um bem jurídico-penal axiológico-constitucionalmente orientado. Não é possível o afastamento das prerrogativas atinentes à ofensividade em função de interesses político-criminais que delas estejam desassociados. Antes do questionamento político-criminal, deve-se questionar a normatividade sobre a legitimidade jurídica de determinada questão.

3. Para a aferição da legitimidade da proibição penal e sua punição, é fundamental o questionamento do que pode ser considerado materialmente crime. A estrutura dogmática do crime deve ser compreendida pelo seu objeto central, o ilícito, sendo a função primeira da norma penal a proteção do bem jurídico. Os bens jurídico-penais não são construções elaboradas pelo direito. O Direito Penal não possui a tarefa de produzi-los, mas apenas de proceder ao seu adequado reconhecimento, em um necessário reflexo à realidade transcendente ao ordenamento jurídico-penal. O bem jurídico-penal consiste em um valor transcendente à ordem jurídico-penal, verificado por uma orientação axiológico-constitucional. Ele deve possuir estrita correspondência de sentido e de fins com a Constituição. A sua materialização no ordenamento jurídico-penal está condicionada ao entendimento histórico-comunitário de uma determinada sociedade, cujo objeto será sempre um reflexo da realidade social.

8 Referências

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Régis. Doutrinas essenciais de direito penal: Princípios fundamentais do direito penal. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 1.

BRUNO, Aníbal. Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956. vol. 1, t. 1.

BUONICORE, Bruno Tadeu. O fundamento onto-antropológico da culpa: contributo para o estudo do conteúdo material da culpabilidade na dogmática penal contemporânea. Dissertação de Mestrado, Porto Alegre, PUCRS, 2014.

_____; TEIXEIRA NETO, João Alves. A fundamentação onto-antropológica do direito penal: por uma concepção dogmática de resistência ao pensamento funcional. In: FAYET JÚNIOR, Ney; SANTOS, Daniel Leonhardt dos (orgs.). Perspectivas em ciências penais. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2014.

CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. Elementi di diritto penale: parte generale. 2. ed. Pádua: CEDAM, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Portugal: Almedina, 2003.

CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. Boletim da Faculdade de Direito. vol. LXXIV. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998.

DARCIE, Stephan Doering. O fundamento da tentativa em direito penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.



D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. In: ANDRADE, Manuel da Costa et. al. (orgs.). Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra: Coimbra Ed., 2009. vol. I.

_____. Filosofia e direito penal. Sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: _____. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. Funcionalismo versus normativismo no direito penal contemporâneo. In: _____. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. Liberdade e segurança em direito penal. O problema da expansão da intervenção penal. Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal. v. 11. n. 71. Porto Alegre: IOB. p. 49-52, dez.-jan./2012.

_____. O direito e a legislação penal brasileiros no séc. XXI: entre a normatividade e a política criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos. 2. Ed. Porto Alegre: ediPUCRS, 2012.

_____. Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. Ontologismo e ilícito penal. Algumas linhas para uma fundamentação onto-antropológica do direito penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. Novos rumos do direito penal contemporâneo: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. In: _____. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

DURKHEIM, Émile. A divisão do trabalho social. 2. ed. Lisboa: Presença, 1977. vol. I.

FARIA COSTA, José Francisco de. Noções fundamentais de direito penal. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

_____. O perigo em direito penal. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

FELDENS, Luciano. Constituição e direito penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (org.). Novos rumos do direito penal contemporâneo: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito penal: parte geral. 2. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2007. t. I: questões fundamentais.

GAROFALO, Raffaele. Criminologia: estudo sobre o delito e a repressão penal. São Paulo: Teixeira e Irmão Editores, 1893.

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da ofensividade no direito penal. São Paulo: Ed. RT, 2002.

GRACIA MARTÍN, Luis. O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Ed. RT, 2007.

GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (org.). Novos rumos do direito penal contemporâneo: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.



GROSSO, Carlo Federico et. al. Manuale di diritto penale: parte generale. Milão: Giuffrè Editore, 2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade. Revista dos tribunais. vol. 719. São Paulo: Ed. RT. p. 57 e ss. set./1995.

HASSEMER, Winfried. El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico-penales. In: HIRSCH, Andrew von et. al. (orgs.). Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2012.

JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org. e trad.). Direito penal do inimigo: noções críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

KAUFMANN, Armin. Teoria da norma jurídica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976.

LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (orgs.). Direito penal e funcionalismo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MANES, Vittorio. Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza. Turim: G. Giappichelli Editore, 2005.

MANNA, Adelmo. Corso di diritto penale: parte generale. 2. ed. Pádua: CEDAM, 2012.

MANTOVANI, Ferrando. Diritto penale: parte generale. 8. ed. Pádua: CEDAM, 2013.

_____. Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale. v. 40, n. 2. Milano. p. 313-337. abr.-jun./1997.

_____. Principi di diritto penale. Pádua: CEDAM, 2002.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Corso di diritto penale: le norme penali: fonti e limiti di applicabilità, il reato: nozione, struttura e sistematica. 3. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2001. vol. I.

_____; _____. Constituição e escolha dos bens jurídicos. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. v. 4. n. 2. Coimbra, abr.-jun./1994.

_____; _____. Derecho penal mínimo y nuevas formas de criminalidad. Más Derecho?: Revista de ciencias jurídicas. n. 4. Buenos Aires, set./2004.

NEUMANN, Ulfrid. El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena. In: HIRSCH, Andrew von et. al. (orgs.). Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2012.

QUEIROZ, Paulo de Souza. Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RAMACCI, Fabrizio. Corso di diritto penale. 4. ed. Turim: G. Giappichelli Editore, 2007.

REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de direito penal. Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. vol. I.

ROXIN, Claus. Política criminal e sistema jurídico-penal. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.



_____. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Doutrinas essenciais de direitos humanos. ago./2011. vol. 2.

_____. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e da insuficiência em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (orgs.). Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos. 2. ed. Porto Alegre: ediPUCRS, 2012.

SCALCON, Raquel Lima. Ilícito e pena: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y víctimodogmática. In: HIRSCH, Andrew von et. al. (orgs.). Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2012.

1 O presente artigo é parte do resultado da dissertação de mestrado intitulada "crimes de informática e bem jurídico-penal: contributo à compreensão da ofensividade em direito penal", defendida no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em 2014.

2 D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. In: _____. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 68.

3 Nas palavras de D'Avila, "um Estado que se quer não liberticida, autoritário, intolerante, mas sim, laico, plural e multicultural, erigido a partir da diferença e com ela comprometido, em que não há espaço para perseguições de credo, cor ou classe, em que não se punem pessoas ou grupos, mas apenas fatos. Enfim, um Estado em que todos, absolutamente todos, podem valer-se da condição de cidadãos e, assim, resguardados pela totalidade dos direitos e garantias constitucionais, resistir às manifestações de inaceitável autoritarismo que, sazonalmente, quer por razões de cunho meramente pragmático, quer por razões ideológicas, insistem em tenta-lo." (Idem, p. 68.) Conforme ensina Marinucci: "Al passaggio dallo Stato teocratico allo Stato liberale ha corrisposto la sostituzione dell'idea del reato come peccato con l'idea del reato come violazione di un diritto soggettivo e, successivamente, del reato come offesa a un bene giuridico. Laddove, in questo secolo, la crisi dello Stato liberale è sfociata nell'affermazione di uno Stato totalitario – la Germania nazista –, anche il concetto liberale del reato come offesa a un bene giuridico è stato soppiantato da concezioni del reato che esprimevano la compenetrazione e la totale sudditanza dell'individuo rispetto allo Stato (il reato come 'tradimento', 'violazione di un dovere', 'manifestazione di volontà', o di 'atteggiamenti interiori ribelli' etc.). Nel dopoguerra, soprattutto nei paesi dove la separazione tra diritto penale e morale non era stata ancora acquisita definitivamente (come la Germania e l'Inghilterra), al faticoso riaffermarsi dei principi dello Stato liberale ha corrisposto la coesistenza del concetto del reato come offesa a un bene giuridico con l'idea del reato come comportamento meramente immorale. Successivamente, a partire degli anni sessanta, il consolidarsi nelle democrazie occidentali dei principi dello Stato liberale promuove la riscoperta del contenuto liberale del concetto di bene giuridico e della sua funzione di limite invalicabile per il legislatore nella configurazione della struttura del reato" (MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio. Corso di diritto penale: le norme penali: fonti e limiti di applicabilità, il reato: nozione,



struttura e sistematica. 3. ed. Milão: Giuffrè Editore, 2001. vol. I, p. 451).

4 D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Ed., 2005, p. 48.

5 MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Corso di diritto penale, cit., p. 452; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. v. 4. n. 2. Coimbra. abr.-jun./1994; Também nesse sentido, CADOPPI, Alberto; VENEZIANI, Paolo. Elementi di diritto penale: parte generale. 2. ed. Pádua: CEDAM, 2004. p. 86.

6 MANTOVANI, Ferrando. Diritto penale: parte generale. 8. ed. Pádua: CEDAM, 2013. p. 186. Também nesse sentido: RAMACCI, Fabrizio. Corso di diritto penale. 4. ed. Turim: G. Giappichelli Editore, 2007. p. 87.

7 MANTOVANI, Ferrando. Op. cit., p. 188.

8 D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico, cit., p. 49. Explica Schünemann que em todas as sociedades totalitárias "se ha tratado de imponer por la fuerza determinadas formas de vida, siendo el contenido de estas formas de vida en todo caso cambiante, mientras que, en cambio, el principio del sometimiento del pueblo al dictado de una pequeña clase dominante ha permanecido siempre igual" (SCHÜNEMANN, Bernd. Protección de bienes jurídicos, ultima ratio y víctimodogmática. In: HIRSCH, Andrew von et. al. (orgs.). Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2012, p. 65).

9 MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Constituição e escolha dos bens jurídicos, cit., p. 153-154.

10 MANTOVANI, Ferrando. Diritto penale, cit., p. 186.

11 MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Corso di diritto penale, cit., p. 449.

12 Idem, p. 453-454; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Constituição e escolha dos bens jurídicos, cit., p. 153.

13 D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico, cit., p. 40.

14 Idem, p. 41.

15 Idem, p. 46.

16 D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico, cit., p. 76-77.

17 Idem, p. 77. Nesse sentido, também, GOMES, Luiz Flávio. Princípio da ofensividade no direito penal. São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 86.

18 MANTOVANI, Ferrando. Diritto penale: parte generale, cit., p. 208.

19 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito penal: parte geral. 2. ed. Portugal: Coimbra Ed., 2007. t. I: questões fundamentais, p. 309.

20 FARIA COSTA, José Francisco de. O perigo em direito penal. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. p. 583. Conforme expõe Mantovani, "Il diritto penale moderno, a differenza di ciò



che avveniva in una visione ancora rozzamente oggettivistica del diritto penale, prende in considerazione non solo i risultati lesivi della condotta, che si sono verificati, ma anche i risultati lesivi che potevano derivarne. Per la conservazione dei beni giuridici può essere non sufficiente l'incriminazione del danno subito dal bene (diritto penale repressivo), ma necessaria l'incriminazione della messa in pericolo (diritto penale preventivo), con conseguente anticipazione della punibilità" (MANTOVANI, Ferrando. Diritto penale: parte generale, cit., p. 208).

21 FARIA COSTA, José Francisco de. O perigo em direito penal, cit., p. 584-585.

22 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. cit., p. 309.

23 Idem, ibidem.

24 Esse é o entendimento majoritário na doutrina italiana. A própria Corte Constitucional italiana, em inúmeras situações, já se manifestou no sentido de exigência constitucional, afirmando que o princípio da necessária ofensividade consiste em uma exigência normativa e judicial, um limite de "categoria constitucional ao poder discricionário do legislador", que "fa riscontro il compito del giudice di accertare in concreto, nel momento applicativo, se il comportamento posto in esse lede effettivamente l'interesse tutelato dalla norma". Ainda, "un ininterrotto operare del principio di offensività dal momento dell'astratta predisposizione normativa a quello della applicazione concreta da parte del giudice", sendo a tarefa do intérprete, manifestou a Corte, "apprezzare, alla stregua del generale canone interpretativo offerto dal principio di necessaria offensività della condotta concreta, se... la condotta dell'agente sia priva di qualsiasi idoneità lesiva concreta e conseguentemente si collochi fuori dall'area del penalmente rilevante" (MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio. Corso di diritto penale, cit., p. 454). Em outras oportunidades, manifestou-se a Corte Constitucional italiana da seguinte forma: "sia sul terreno della previsione normativa, sia su quello dell'applicazione giudiziale: alla lesività in astratto, intesa quale limite alla discrezionalità del legislatore nella individuazione di interessi meritevoli di essere tutelati mediante lo strumento penale, suscettibili di essere chiaramente individuati attraverso la formulazione del modello legale della fattispecie incriminatrice, fa riscontro il compito del giudice di accertare in concreto, nel momento applicativo, se il comportamento posto in essere lede effettivamente l'interesse tutelato dalla norma" (GROSSO, Carlo Federico et. al. Manuale di diritto penale: parte generale. Milão: Giuffrè Editore, 2013. p. 53). Expos, ainda, que "in tema di offensività ha più spesso preferito demandare al giudice penale la disapplicazione della norma incriminatrice quando il fatto tipico non sia concretamente offensivo" (RAMACCI, Fabrizio. Op. cit., p. 95). Na doutrina alemã, porém, a ofensividade ainda é muito pouco conhecida (MANNA, Adelmo. Corso di diritto penale: parte generale. 2. ed. Pádua: CEDAM, 2012. p. 64). No Brasil, com esse entendimento, entre outros: FELDENS, Luciano. Constituição e direito penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (org.). Novos rumos do direito penal contemporâneo: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 383; D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e crimes omissivos próprios, cit., p. 63 e ss.; SCALCON, Raquel Lima. Ilícito e pena: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013. p. 130 e ss.; DARCIE, Stephan Doering. O fundamento da tentativa em direito penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014, p. 178; GOMES, Luiz Flávio. Op. cit., p. 89.

25 "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (...)" (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988).



26 Como explica Canotilho, um sistema estabelecido de forma exclusiva em regras conduziria o sistema jurídico a uma "limitada racionalidade prática", pois se faria necessária a introdução exaustiva e completa de preceitos legais (legalismo), estabelecendo exaustivamente as premissas das regras jurídicas que atingem o mundo e a vida. Nesse modelo, haveria, possivelmente, um "sistema de segurança" sem qualquer espaço de diálogo, estando ele fechado e restrito para qualquer complemento ou mesmo desenvolvimento de um sistema constitucional – o qual é estabelecido em preceitos abertos. Ainda, um sistema estabelecimento unicamente em regras não possibilitaria a adequada solução "dos conflitos, das concordâncias, do balanceamento de valores e interesses, de uma sociedade pluralista e aberta". Para o autor, tal perspectiva seria uma "organização política monodimensional (Zagrebelsky)". Por outro lado, um sistema estabelecido exclusivamente em princípios levaria, da mesma, a consequências indesejadas. A ausência de regras tornaria esse modelo demasiadamente indeterminado, "tendencialmente incapaz de reduzir a complexidade do próprio sistema". Para o autor, é necessária a coexistência de regras e princípios para o saudável funcionamento do sistema jurídico: ele necessita tanto de regras como de princípios. Como exemplo, utiliza o autor a idade mínima que torna o cidadão capaz para votar, estabelecido na Constituição, não sendo possível estabelece-la apenas com preceitos de otimização; ele é ou não é capaz em uma determinada idade. Os princípios, devido a sua referência a valores e pelo seu conteúdo axiológico, possuem função normogenética e sistêmica: "são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhes permite "ligar" ou cimentar objectivamente todo o sistema constitucional". Para que as regras e princípios estabelecidos na Constituição sejam operantes, é necessário, porém, o estabelecimento de procedimentos e processos que lhes insiram na prática, i.e., como expõe o autor, "o direito constitucional é um sistema aberto de normas e princípios que, através de processos judiciais, procedimentos legislativos e administrativos, iniciativas dos cidadãos, passa de uma law in the books para uma law in action para uma "living constitution" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1162-1163).

27 D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico, cit., p 70.

28 Idem, ibidem.

29 Idem, ibidem. Explica Scalcon que "um ilícito penal, para que seja legítimo, deve necessariamente estar amparado na noção de ofensa a bem jurídico. Logo, a ofensividade deve ser compreendida como exigência – não como contingência." (SCALCON, Raquel Lima. Op. cit., p. 130).

30 D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e crimes omissivos próprios, cit., p. 65.

31 Idem, ibidem.

32 Idem, ibidem.

33 Idem, p. 66.

34 Explica Alexy que a distinção entre regras e princípios é fundamental para o estabelecimento de uma adequada teoria dos direitos fundamentais, pois sem essa distinção, não é possível falarmos em restrições a direitos fundamentais, nem em colisões de direitos, nem estabelecermos de forma satisfatória a função que possui os direitos fundamentais dentro de um sistema jurídico. Para o autor, "essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito". Ainda, "a distinção entre regras e princípios constitui, além disso, a estrutura de uma teoria normativo-material dos direitos fundamentais e, com isso, um ponto de partida para a resposta à pergunta acerca da possibilidade e dos



limites da racionalidade no âmbito dos direitos fundamentais". A distinção entre regras e princípios, representa, desta forma, "uma das colunas-mestras do edifício dos direitos fundamentais" (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 85).

35 Idem, p. 86.

36 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 1161.

37 Idem, p. 1160-1161.

38 Idem, p. 1161.

39 ALEXY, Robert. Op. cit., p. 90.

40 Idem, ibidem.

41 Idem, p. 91.

42 Idem, p. 92-94.

43 Idem, p. 141.

44 Idem, p. 143.

45 Idem, p. 144.

46 D'ÁVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e crimes omissivos próprios, cit., p. 70.

47 Idem, p. 71.

48 Idem, ibidem.

49 Idem, p. 72.

50 D'ÁVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico, cit., p. 71.

51 Como explica D'Ávila, "a exigência da ofensividade (...) não pode ser entendida como cânone meramente hermenêutico, mas necessariamente também como cânone legislativo, de forma a condicionar toda a lógica do ordenamento jurídico-penal. Ora, partindo deste pressuposto, ou seja, concebendo a ofensividade como cânone primeiramente legislativo, uma produção legislativa condizente deveria levar à análise judicial unicamente (de) tipos penais construídos sob a égide de necessária ofensa" (D'Ávila, Fabio Roberto. Ofensividade e crimes omissivos próprios, cit., p. 85). Por outro lado, apoiando-se na proposta conceitual de regras e princípios estabelecida por Ávila, o qual expõe serem as regras "normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência", enquanto que os princípios representam "normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade" (ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 102), Scalcon entende que a ofensividade representa uma regra constitucional de necessária aplicabilidade, não sendo possível o seu entendimento como princípio. Para a autora, "a exigência de ofensa não pode ser compreendida como um princípio, uma vez que: (a) não tem por pretensão a promoção de um estado ideal de coisa; (b) não apresenta capacidade de submissão à ponderação; (c) não pode ser prescindida nem flexibilizada, seja pelo legislador, em abstrato, seja pelo aplicador ou intérprete, em concreto; (d) não é teleológica, mas deontológica; (e) não tem por



função promover uma finalidade, mas sim fixar um dever, uma obrigação, que persiste menos frente a fins que lhe são contrapostos; e (f) representa uma “pretensão terminativa”, apontando ao legislador um exato requisito de validade da criminalização” (SCALCON, Raquel Lima. Op. cit., p. 140). No mesmo sentido, DARCIE, Stephan Doering. Op. cit., p. 178.

52 DARCIE aponta uma terceira categoria que demonstra a exigência infraconstitucional da ofensividade: a relação de causalidade, disposta no art. 13 do Código Penal. Explica o autor que, a partir da estrutura gramatical da norma, i.e., a vírgula entre “o resultado” e “de que depende a existência do crime”, o legislador, “ao lançar mão de uma oração explicativa, e não restritiva, não está senão pressupondo que a ocorrência de todo e qualquer crime depende da verificação de um resultado jurídico”. Pelo emprego da vírgula na oração exposta no artigo 13, por ser explicativa, demonstra “que a existência de todo crime é condicionada pela verificação de um resultado, e sabendo-se que há uma diversidade de crimes destituídos de resultado naturalístico (crimes formais e de mera conduta), a norma claramente faz alusão à exigência não excepcionável de um resultado jurídico nas incriminações, expressando, por conseguinte, o acolhimento do princípio da ofensividade em âmbito infraconstitucional” (DARCIE, Stephan Doering. Op.cit, p. 180).

53 D’AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e crimes omissivos próprios, cit., p. 82.

54 MANTOVANI, Ferrando. Diritto penale: parte generale, cit., p. 195.

55 REALE JÚNIOR, Miguel. Instituições de direito penal. Parte Geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. vol. I, p. 305-306.

56 D’AVILA, Fabio Roberto. Filosofia e direito penal. Sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: _____. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 54.

57 Conforme expõe Scalcon, “é certo que não se deve conferir a qualidade de uma ofensa em termos jurídico-penais a qualquer atingimento do bem jurídico. Somente uma violação profunda é capaz de configurá-la. Apenas em tal âmbito, portanto, deve ser reconhecido em termos jurídico-penais um conteúdo de desvalor do fato ou do resultado jurídico”. (SCALCON, Raquel Lima. Op. cit., p. 127).

58 Explica D’AVILA que a ofensividade representa, nestes termos, o “resultado de um segundo e fundamental nível de valoração que, ao expressar o primeiro momento de desvalor do fato, assume-se como elemento de fundação do ilícito, muito embora distante de ser o único” (D’AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico, cit., p. 77).

59 D’AVILA, Fabio Roberto. Filosofia e direito penal. Sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica, cit., p. 54.

60 KAUFMANN, Armin. Teoria da norma jurídica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976. p. 101.

61 D’AVILA, Fabio Roberto. Ontologismo e ilícito penal. Algumas linhas para uma fundamentação onto-antropológica do direito penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner. Novos rumos do direito penal contemporâneo: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 266.

62 FELDENS, Luciano. Op. cit., p. 383-384.

63 MANES, Vittorio. Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica



criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza. Turim: G. Giappichelli Editore, 2005. p. 252.

64 D'AVILA, Fabio Roberto. O direito e a legislação penal brasileiros no séc. XXI: entre a normatividade e a política criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos. 2. ed. Porto Alegre: ediPUCRS, 2012. p. 262-263.

65 Idem, p. 278-280.

66 ROXIN, Claus. Política criminal e sistema jurídico-penal. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 20.

67 Idem, p. 22.

68 Idem, p. 28-29. Nesse sentido, expõe Roxin: "o tipo está sob a influência da ideia de determinação legal, à qual a legitimação da dogmática por muitas vezes é reduzida; os tipos servem, na verdade, ao cumprimento do princípio nullum-crimen, devendo ser estruturados dogmaticamente a partir dele. A antijuridicidade, pelo contrário, é o âmbito da solução social de conflitos, o campo no qual interesses individuais conflitantes ou necessidades sociais globais entram em choque com as individuais. Sejam intervenções policiais, que precisam ser equacionadas com o direito geral da personalidade e a liberdade de ação do cidadão, seja a exigência de uma decisão para uma situação de necessidade, atual e imprevisível: sempre se trata da regulação socialmente correta de interesse e contra-interesse. (...) Por fim, a categoria do delito que tradicionalmente se chama de culpabilidade, e que tem na verdade pouco a ver com a comprovação, empiricamente difícil, do poder-agir-de-outro-modo, importa-se muito mais com a questão normativa de como e até que ponto é preciso aplicar a pena a um comportamento em princípio punível, se for ele praticado em circunstâncias excepcionais" sendo pontos necessários de análise para a solução dessa questão a verificação das funções da pena de prevenção geral e especial. Nesse sentido, os postulados expostos – "nullum-crimen, a regulação social mediante ponderação de interesses em situações de conflito e as exigências das teorias dos fins da pena" – consistem, segundo Roxin, "o substrato político-criminal sobre o qual descansam as nossas conhecidas categorias do delito" (Idem, p. 29-31).

69 D'AVILA, Fabio Roberto. Funcionalismo versus normativismo no direito penal contemporâneo. In: _____. Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 24-25. Nas palavras de D'Avila, "a elaboração em análise levanta-se, manifestamente, contra sistemas teóricos puramente conceituais, vazios de orientação axiológica, que, ao término, resumem-se a um silogismo formalista. Pois é exatamente esse modelo de normatividade que pressupõe Roxin ao considerar indispensável a política criminal como espaço que dará forma, sentido e orientação à normatividade. Se os principais reitores da dogmática penal, se os critérios axiológicos que lhe devem servir de base já não mais estão na normatividade, mas na política criminal, encontrando, daí, apenas e exclusivamente nela, a orientação axiológica capaz de lhe conduzir, de forma ajustada, aos parâmetros de um Estado democrático e social de Direito, o que então resta à normatividade? Ao seu espaço próprio, não sobram senão conceitos vazios de sentido, incapazes de encontrar qualquer aplicação que fuja ao indesejado silogismo formalista. Apenas uma compreensão de normatividade nesses termos dá sentido à sugerida síntese dialética com um conceito de política criminal dimensionado nos termos em que faz Roxin, vale dizer, apenas a exata compreensão de normatividade tida como e combatida por manifestamente inaceitável. Uma normatividade incapaz de encontrar, em si mesma, sentido, função e orientação axiológicos, suficientemente consistentes" (D'AVILA, Fabio Roberto. O direito e a legislação penal brasileiros no séc. XXI: entre a normatividade e a política criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org.). Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos. 2. ed. Porto Alegre: ediPUCRS, 2012. p. 271).



70 D'AVILA, Fabio Roberto. Funcionalismo versus normativismo no direito penal contemporâneo, cit., p. 26.

71 Idem, ibidem.

72 Explica D'Avila que tal orientação não merece prosperar, pois não é "saudável delimitar as vertentes axiológicas da culpabilidade ao superficial e restrito universo da prevenção geral e especial ou mesmo falar em não punição por irrepetibilidade dos fatos, quando mesmo a sua hipotética reiteração, não convenceria em alterar a solução jurídico-penal do caso" (Idem, p. 27).

73 Idem, p. 26-28. Conforme exposto por Castanheira Neves, o funcionalismo político exerce, no contexto no qual a "assimetria em que a autonomia constitutiva do input é sacrificado à optimização do output", uma posição "não apenas por compreender o direito como um instrumento político, mas por se orientar por uma intenção expressa de politicização da juridicidade". Explica o autor que o "direito não teria só uma geral função política, nem se lhe reconhecem apenas efeitos políticos, pretende-se que assuma um directo e determinante objectivo político, e assim segundo fundamentos e critérios imediatamente políticos". Numa orientação na qual "os fins deixaram de ser a expressão teleológica de uma ordem onto-axiológica para passarem a ser simples manifestações de pretensões subjectivas (a 'subjectivação dos fins')". Ainda, "as categorias da acção e do comportamento em geral (pessoal ou institucional) deixaram de ser as do bem, do justo, da validade (axiológica material), para serem as do útil, da funcionalidade, da eficiência, da performance" (CASTANHEIRA NEVES, A. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. Boletim da Faculdade de Direito. vol. LXXIV. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998, p. 23-26).

74 D'AVILA, Fabio Roberto. Funcionalismo versus normativismo no direito penal contemporâneo, cit., p. 29.

75 Explica D'Avila que essa orientação principiológica não consiste em "simplesmente conferir maior "flexibilidade" a princípios e regras, em função da sua tomada em um ambiente político, o que, por si só, e por razões evidentes, já não seria positivo, mormente em contextos jurídicos em que tais princípios ainda não se encontram suficientemente assimilados. O problema agrava-se consideravelmente quando essa flexibilidade se dá em um ambiente fortemente caracterizado pelo convívio desequilibrado de interesses, por uma predeterminação teleológica, em função de interesses de prevenção. Isso significa dizer que, muito embora seja a política criminal contemporânea um centro de convergência de princípios e regras reitores da discursividade penal, estes não são considerados em condições de razoável igualdade com os interesses que dão feição ao pensamento funcional" (Idem, p. 30). Explica o autor, ainda, que o direito penal não deve ser um mero instrumento de solução de conflitos, mas mais do isso. Em sua história, o Direito Penal representou sempre um legado civilizacional, sendo no seio dessa mesma ciência "que foram conquistadas as principais liberdades e garantias que hoje estruturam, em termos axiológicos, inúmeras constituições ao redor do mundo". Com o custo de muitas vidas, as conquistas do Direito Penal "representam o mais importante legado do direito ocidental. Elas representam a consolidação do reconhecimento de direitos fundamentais que estruturam (ou ao menos deveriam estruturar) não só a sociedade contemporânea, mas a nossa própria concepção de ser humano. E cujo abandono representa um inadmissível retrocesso civilizacional" (D'AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal. O problema da expansão da intervenção penal. Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal, v. 11. n. 71. Porto Alegre: IOB, dez./jan. 2012, p. 49).

76 D'AVILA, Fabio Roberto. Funcionalismo versus normativismo no direito penal contemporâneo, cit., p. 29-30.



77 Idem, p. 32-33.

78 MANTOVANI, Ferrando. Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. vol. 40. n. 2. Milano. abr.-jun./1997, p. 323.

79 MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale: parte generale*, cit., p. 215-221. Também em MANTOVANI, Ferrando. *Principi di diritto penale*, cit., p. 98.

80 "Art. 503. Il datore di lavoro o i lavoratori, che per fine politico commettono, rispettivamente, alcuno dei fatti preveduti dall'articolo precedente, sono puniti con la reclusione fino a un anno e con la multa non inferiore a euro 1.032, se si tratta d'un datore di lavoro, ovvero con la reclusione fino a sei mesi e con la multa fino a euro 103 se si tratta di lavoratori" (ITÁLIA. Regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398. Codice penale. G.U. n. 251, 26 ottobre 1930. Disponível em: [http://www.altalex.com/?idnot="36653"]. Acesso em: 04 out. 2014).

81 "Art. 504. Quando alcuno dei fatti preveduti dall'articolo 502 è commesso con lo scopo di costringere l'autorità a dare o ad omettere un provvedimento, ovvero con lo scopo di influire sulle deliberazioni di essa, si applica la pena della reclusione fino a due anni" (ITÁLIA. Regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398. Codice penale. G.U. n. 251, 26 ottobre 1930. Disponível em: [www.altalex.com/?idnot="36653"]. Acesso em: 04 out. 2014).

82 "Art. 505. Il datore di lavoro o i lavoratori, che, fuori dei casi indicati nei due articoli precedenti, commettono uno dei fatti preveduti dall'articolo 502 soltanto per solidarietà con altri datori di lavoro o con altri lavoratori ovvero soltanto per protesta, soggiacciono alle pene ivi stabilite" (ITÁLIA. Regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398. Codice penale. G.U. n. 251, 26 ottobre 1930. Disponível em: [www.altalex.com/?idnot="36653"]. Acesso em: 04 out. 2014).

83 "Art. 507. Chiunque, per uno degli scopi indicati negli articoli 502, 503, 504 e 505, mediante propaganda o valendosi della forza e autorità di partiti, leghe o associazioni, induce una o più persone a non stipulare patti di lavoro o a non somministrare materie o strumenti necessari al lavoro, ovvero a non acquistare gli altrui prodotti agricoli o industriali, è punito con la reclusione fino a tre anni. Se concorrono fatti di violenza o di minaccia, si applica la reclusione da due a sei anni" (ITÁLIA. Regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398. Codice penale. G.U. n. 251, 26 ottobre 1930. Disponível em: [www.altalex.com/?idnot="36653"]. Acesso em: 04 out. 2014).

84 MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale: parte generale*, cit., p. 215-221.

85 MANTOVANI, Ferrando. Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale, cit., p. 327.

86 MARINUCCI, Giorgio, DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*, cit., p. 577 e ss.

87 MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Constituição e escolha dos bens jurídicos*, cit., p. 158.

88 Nas palavras do autor: "Ed è questa, a nostro avviso, la soluzione più realistica e lineare, perché evitta le ambiguità della dottrina che, proclamata la inderogabilità del principio di offensività, è poi costretta, sotto la spinta delle ostinate esigenze della generalprevenzione, a pericolose "mimetizzazioni", volte a "normalizzare" come reati di offesa reati che sono, irriducibilmente, senza offesa. E che vanno considerati come tali, se si vuole mantenere nitido lo spartiacque tra la regola del principio di offensività e le deroghe ed avere la concreta misura della regolarità della sua attuazione legislativa



nel nuovo codice e l'eccezionalità delle deroghe" (MANTOVANI, Ferrando. Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale, cit., p. 323-324).

89 D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico, cit., p. 73-75.

90 Idem, p. 73.

91 Idem, ibidem.

92 Idem, p. 74.

93 D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e crimes omissivos próprios, cit., p. 55.

94 D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico, cit., p. 74-75.

95 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de Op. cit., p. 106-107. Podemos ainda relacionar outros entendimentos com relação ao conteúdo do crime, como a perspectiva positivista-sociológica e a perspectiva moral (ético)-social. O conceito positivista-sociológico consiste em uma tentativa de ultrapassar os limites que as formulações positivistas-legalistas possuem quando da análise do conceito de crime. Para essa formulação, deveríamos separar, dentro do arcabouço legal, os comportamentos que objetivo e universalmente pudesse ser considerado como crime dentro de uma realidade social (Id., p. 108). A primeira tentativa nesse sentido partiu de Garofalo, o qual criticava a escola naturalista pelo fato de os seus expoentes, ao estudarem o delinquente, "esquecerem" de expor o que era entendido por delito. Apenas seria possível sabermos quem é o delinquente se soubermos o que é o crime. Para o autor, a construção do delito deve partir de uma perspectiva sociológica, entendendo que não há conduta universalmente considerada criminosa nem universalmente punida (GAROFALO, Raffaele. Criminologia: estudo sobre o delito e a repressão penal. São Paulo: Teixeira e Irmão Editores, 1893. p. 01, 02 e 04). Para Garofalo, o crime consiste na "ofensa feita à parte do senso moral formado pelos sentimentos altruístas de piedade e de probidade". Essa ofensa representa o chamado delito natural, sendo essa definição não a verdadeira delimitação do crime, porém apenas uma de suas faces, pois nem toda conduta imoral é considerada criminosa. É crime apenas "uma espécie particular de imoralidade" (Id., p. 35 e 36). Explica Bruno que Garofalo tentou fundamentar o crime "na ofensa trazida pelo crime ao senso moral comum, constituído por sentimentos altruísticos fundamentais", como a piedade e a probidade. A piedade, ou benevolência, consiste no sentimento de repugnância ocasionada pelas condutas cruéis. A probidade, ou justiça, refere-se ao sentimento de respeito ao outro, seja de ordem material ou moral, como bens, direitos, reputação, honra e tranquilidade pessoal (BRUNO, Aníbal. Direito Penal: Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1956. vol. 1, t. 1, p. 274). Para Durkheim, a única característica comum em todos os crimes consiste no fato de eles representarem ações reprovados por todos os membros de uma determinada sociedade. Ele define o crime como a ação que "ofende os estados fortes e definidos da consciência coletiva" (DURKHEIM, Émile. A divisão do trabalho social. 2. ed. Lisboa: Presença, 1977. vol. I, p. 91 e 99). A perspectiva moral (ético)-social busca o fundamento do crime na violação de deveres ético-sociais fundamentais. A função do Direito Penal é assegurar a proteção dos valores fundamentais da ordem social por meio de normas ético-sociais. Adentram, nessa perspectiva, noções religiosas de ética, de moralidade, de pecado e de castigo. Tal fundamentação, entretanto, é atualmente refutada pela doutrina, pois não é função do direito penal tutelar a virtude ou a moral (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Op. cit., p. 111-112).

96 Nas palavras do autor: "A legitimação material consiste no fato de as leis penais serem necessárias à manutenção da configuração da sociedade e do Estado. Não existe



um conteúdo genuíno das normas penais; os conteúdos possíveis orientam-se segundo o contexto da regulação em questão. (...) A contribuição que o Direito Penal presta à manutenção da configuração da sociedade e do Estado é a garantia de normas” (JAKOBS, Günther. Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 61). A teoria da pena trabalhada por Jakobs consiste na chamada prevenção geral positiva, cuja finalidade é a manutenção da vigência da norma como modelo de contrato social. Com a imposição de uma sanção, estar-se-á reafirmando que a norma violada segue vigente, assim como as consequentes expectativas decorrentes dela. A pena exerceria a função de estabilização das expectativas sociais. Explica Lynett que, “Se a sociedade se estrutura através de normas, entendidas como ‘esquemas simbólicos de orientação’, e através das quais uma sociedade assinala os aspectos fundamentais de sua configuração, o relevante não é uma lesão externa de uma situação valiosa (v.g., a vida, a propriedade etc.), mas o significado da conduta: com seu comportamento o infrator expressa (comunica) que para ele não vigem as expectativas fundamentais, senão sua própria concepção de mundo”. A pena, nesse sentido, expressaria que a negação da conduta do agente não possui validade e a norma violada continua vigente (LYNETT, Eduardo Montealegre. Introdução à obra de Günther Jakobs. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org.). Direito penal e funcionalismo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 11-29). Ensina Buonicore e Teixeira Neto que a visão funcionalista de Jakobs é demasiadamente extrema e nefasta para “um direito penal que pretenda coadunar-se aos postulados do Estado Democrático de Direito”, cuja compreensão do direito penal recai a uma exacerbada orientação funcional, “em que nada parece escapar às demandas de utilidade e conveniência”. A dogmática jurídico-penal, antes devendo ser vista como pressuposto basilar das decisões político-criminais, passa a ser suprimida por fins unicamente preventivos de inocuidade do indivíduo perigoso (BUONICORE, Bruno Tadeu; TEIXEIRA NETO, João Alves. A fundamentação onto-antropológica do direito penal: por uma concepção dogmática de resistência ao pensamento funcional. In: FAYET JÚNIOR, Ney; SANTOS, Daniel Leonhardt dos (org.). Perspectivas em ciências penais. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2014. p. 111).

97 Como exposto pelo autor em JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org. e trad.). Direito penal do inimigo: noções críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 21-50. Essa abertura à exclusão das garantias fundamentais do indivíduo é perceptível principalmente na elaboração do chamado direito penal do inimigo cujas manifestações possuem as características de um direito penal expansivo, de frequente ampliação do seu âmbito de intervenção e de flexibilização dos princípios e garantias jurídico-penais do Estado de Direito. Explica Gracia Martín que o termo “inimigo” possui uma forte carga ideológica e emocional, fortemente presente em regimes políticos totalitários, nos quais há a presença constante de etiquetamento e estigmatização dos dissidentes e discrepantes do regime. Esses Estados, na tentativa de controle desses grupos, elaboram leis penais “sem qualquer conteúdo de justiça”, estabelecidas sob a premissa do combate contra os supostos inimigos. Jakobs estabelece a ideia de inimigo em contraposição com a noção de cidadão, distinguindo o Direito Penal em Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do cidadão. O delinquente “normal”, ao infringir a vigência de uma norma, recai sobre ele uma sanção cuja intenção consiste no equilíbrio do dano acarretado à vigência dessa norma. Ele deve ser tratado como um cidadão, uma pessoa que por sua escolha violou a vigência da norma. Contrariamente, o inimigo é o sujeito que, pela sua atitude, distancia-se (de forma duradoura e não acidental) do Direito aceito pela sociedade e que, em virtude disso, não proporciona “a segurança cognitiva mínima de um comportamento pessoal”. Tendo em vista a efetiva existência desses indivíduos (cujas condutas proporcionam a falta de segurança cognitiva) e o perigo que eles acarretam à vigência da norma jurídico-penal, não é possível esse problema ser respondido pelo tradicional Direito Penal, surgindo a necessidade, pela falta de alternativa possível, do estabelecimento de um Direito Penal do inimigo, com regras e princípios próprios. Esse Direito Penal possui fins diferentes aos propostos pelo Direito



Penal comum (manutenção das expectativas normativas), como a “guerra contra o inimigo, cujo único fim seria a exclusão e inocuidade deste”. Expõe Gracia Martín que “O Direito Penal do inimigo é a disciplina jurídica da exclusão dos inimigos, que se justifica atualmente porque estes não são pessoas, e, conceitualmente, vislumbra uma guerra cujo alcance, limitado ou total, depende do que se possa temer em relação a eles. (...) Mediante o Direito Penal do inimigo o Estado já não dialoga com os cidadãos para manter a vigência da norma, mas combate seus inimigos, isto é, combate perigos e, por isso, nele, ‘a pena se dirige à conservação com respeito a fatos futuros, e não à sanção de fatos já perpetrados’”. Nessa atuação do Estado no combate aos inimigos, estabelece-se o afastamento das garantias materiais e processuais presentes no Direito Penal tradicional. Há, ainda, a excessiva antecipação da punibilidade, abrangendo condutas de caráter preparatório (ou mesmo de elaboração psíquica) e a excessiva desproporcionalidade das penas aplicadas a esses casos. Nesse contraste, “o Direito Penal do cidadão seria um ordenamento de pacificação dos cidadãos, enquanto o Direito Penal do inimigo seria um ordenamento de guerra contra inimigos” (GRACIA MARTÍN, Luis. O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo. Trad. Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Ed. RT, 2007. p. 75-92).

98 D’AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo, cit., vol. I.

99 Explica D’Avila que, nessa perspectiva, ilícito e pena devem fundamentar-se em bases distintas, não podendo o ilícito ser justificado pela simples necessidade de pena, isto é, deve-se primeiro analisar, como explica o autor, “a existência de “dignidade de proibição penal” (Strafverbotswürdigkeit), para, então, constatada a sua existência – e, portanto, a existência do ilícito –, verificar a “necessidade de pena” (Pönalisierungsbedürftigkeit)”. A legitimidade desse ilícito deve ser buscada e, consequentemente, orientada pela sua dimensão material, “no fragmento de realidade que lhe confere concretude”, sem recairmos, contudo, em reducionismos utilitaristas, devendo-se sempre embasarmos essa reflexão a partir da racionalidade axiológica (D’AVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal. O problema da expansão da intervenção penal, cit., p. 52). Sobre esse posicionamento, ver também BUONICORE, Bruno Tadeu. O fundamento onto-antropológico da culpa: contributo para o estudo do conteúdo material da culpabilidade na dogmática penal contemporânea. Dissertação de Mestrado, Porto Alegre, PUCRS, 2014.

100 D’AVILA, Fabio Roberto. Ontologismo e ilícito penal. Algumas linhas para uma fundamentação onto-antropológica do direito penal, cit., p. 266.

101 FARIA COSTA, José Francisco de. Noções fundamentais de direito penal. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2009. p. 23. Explica Faria Costa que a função do direito penal consiste na proteção ao bem jurídico que tenha dignidade penal, mas não só. Agrega-se a essa função o dever de garantia, de segurança e de coesão que devem estar associadas ao Direito Penal. A garantia está representada no conhecimento que o indivíduo deve possuir das condutas consideradas ilícitas dentro do ordenamento jurídico. A atividade legiferante, explica o autor, constitui “uma barreira à tendência centrípeta de esmagamento que o poder do Estado sempre desenvolve em face dos direitos fundamentais da pessoa humana”. Isso é uma garantia do indivíduo. Ele “tem de conhecer, antecipadamente, as condutas que lhe estão penalmente vedadas praticar, o que lhe permite, em inteligência inversa, conhecer o universo dos comportamentos irrelevantes para o direito penal. Conhecer, assim, os comportamentos que não entram na discursividade jurídico-penal. Conhecer, digamo-lo ainda de maneira mais impressiva, os comportamentos penalmente permitidos”. A função de segurança deve ser entendida como o sopesamento da “legítima representação interior do “eu” a poder viver, se bem que socialmente integrado, em uma relação de cuidado para consigo e também com a não menos legítima pretensão externa de exigência de aquela relação de segurança dever ser protegida pelo direito penal”. A coesão representa, como função do Direito Penal, ao punir o comportamento violador do bem jurídico, dar “sentido da unidade do



homem”, assumindo “a tarefa de dar coesão ao todo social”. Explica o autor que a coesão representa uma “função e não um valor, o que quer significar que o direito penal não deve proteger (...) a coesão enquanto valor em si e por si, ainda que ligado (...) à densidade irreprimível de outros valores” (Idem, p. 23-25).

102 D’AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico, cit., p. 77.

103 D’AVILA, Fabio Roberto. Ontologismo e ilícito penal. Algumas linhas para uma fundamentação onto-antropológica do direito penal, cit., p. 266.

104 D’AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo, cit. Explica Greco que uma das dificuldades encontrada na precisa definição do bem jurídico é fato de seu fundamento dever partir em algo externo à própria lei, pois, sendo ele uma barreira ao processo de criminalização, não pode fundamentar-se internamente. Deve-se, por isso, buscar um fundamento em algo superior à lei ou externo a ela (GRECO, Luís. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no direito penal. In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (org.). Novos rumos do direito penal contemporâneo: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 404).

105 D’AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo, cit.

106 SCHÜNNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 67. Nesse sentido, expõe Roxin que o “Direito Penal deve assegurar, como ultima ratio e respeitando todos os direitos fundamentais, a convivência livre e pacífica dos cidadãos. Se se parte dessa finalidade, deve-se entender por “bem jurídico” tudo o que for indispensável para cumpri-la” (ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011. p. 184). A intervenção penal apenas deve ser aplicada, conforme escreve Queiroz, “nas hipóteses de singular, singularíssima mesmo, afronta a bens jurídicos fundamentais e para cuja repressão não bastam as sanções do ordenamento jurídico ‘ordinário-principal’”. O Direito Penal possui uma natureza secundária e representa uma “exigência político-jurídica dirigida ao legislador” (QUEIROZ, Paulo de Souza. Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 70-71). Sobre a diferença entre ultima ratio e o chamado direito penal mínimo, Cf. MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Derecho penal mínimo y nuevas formas de criminalidad. Más Derecho?: Revista de ciencias jurídicas. n. 4, Buenos Aires, set./2004, p. 299-323.

107 GRECO, Luís. Op. cit., p. 416.

108 Idem, p. 417.

109 BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Régis. Doutrinas essenciais de direito pena: Princípios fundamentais do direito penal. São Paulo: Ed. RT, 2011. vol. 1, p. 345 e ss.

110 NEUMANN, Ulfrid. El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena. In: HIRSCH, Andrew von et. al. (orgs.). Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2012. p. 202.

111 HASSEMER, Winfried. El principio de proporcionalidad como límite de las intervenciones jurídico jurídico-penales. In: HIRSCH, Andrew von et. al. (orgs.). Límites al derecho penal: principios operativos en la fundamentación del castigo. Barcelona:



Atelier Libros Jurídicos, 2012. p. 193.

112 Idem, p. 194.

113 Idem, p. 195 e 198.

114 SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. Doutrinas essenciais de direitos humanos. vol. 2. ago./2011, p. 555 e ss.

115 GUERRA FILHO, Willis Santiago. Sobre princípios constitucionais gerais: isonomia e proporcionalidade. Revista dos tribunais. vol. 719. São Paulo: Ed. RT, set./1995, p. 57 e ss.

116 Conforme explica Sarlet: "Tal princípio acabou transformando-se em um dos pilares do Estado Democrático de Direito e da correspondente concepção garantista do direito (...). De outra parte, a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente, como ainda será desenvolvido, a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera da política criminal, em que encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados" (SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit., p. 555 e ss). Expõe Sarlet, ainda, que "a violação da proibição de insuficiência, (...) encontra-se habitualmente representada por uma omissão (...) do poder público, no que diz respeito ao cumprimento de um imperativo constitucional, no caso, um imperativo de tutela ou dever de proteção", porém, alerta o autor, essa concepção não se esgota na precisa dimensão da omissão, como se verifica, por exemplo, no processo de descriminalização, no qual não há uma omissão em sentido próprio da palavra. Por esse motivo, entende que a terminologia mais correta não seria proibição de omissão ou proibição de defeito, como proposto por Gilmar Ferreira Mendes e Joaquim José Gomes Canotilho, respectivamente, mas proibição de insuficiência (SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e proporcionalidade: notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e da insuficiência em matéria criminal. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (orgs.). Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos. 2. ed. Porto Alegre: ediPUCRS, 2012. p. 211).

117 NEUMANN, Ulfrid. Op. cit., p. 204.