

O MODELO DE CRIME COMO OFENSA AO BEM JURÍDICO. ELEMENTOS PARA A LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL SECUNDÁRIO.

Fabio Roberto D'Avila*

1. Considerações Introdutórias; 2. Do Pecado ao Crime. Elementos Históricos sobre o Surgimento do Modelo de Crime como Ofensa ao Bem Jurídico; 3. Sobre a Fundamentação Constitucional da Ofensividade; 4. Ofensividade e Direito Penal Secundário. Subsídios para uma Necessária Aproximação.

RESUMO

O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico encontra no direito penal secundário (*Nebenstrafrecht*) um ambiente hostil, muito embora, em um aparente paradoxo, também um dos espaços de juridicidade em que mais tem a oferecer. Trata-se de uma projeção principal de base político-ideológica que reflete uma forma de pensar o direito penal e o fenômeno criminoso não só adequada, mas até mesmo intrínseca ao modelo de Estado democrático e social de Direito, e que, uma vez recepcionada constitucionalmente, quer no âmbito dos princípios, quer no âmbito das regras constitucionais, torna a ofensa a bens jurídico-penais exigência indeclinável à legitimação de todo e qualquer ilícito penal.

PALAVRAS-CHAVE: Bem jurídico. Direito Penal secundário. Estado Democrático e Social de Direito. Crime.

1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A compreensão do crime como ofensa a bens jurídico-penais, como dano ou perigo a bens dotados de dignidade penal, embora possa soar, para muitos, como trivialidade, evidência, nomeadamente no espaço de discursividade jurídico-penal brasileiro, é, em verdade, um horizonte compreensivo que, para além de historicamente posto em questão, encontra no direito penal contemporâneo um ambiente hostil, de difícil afirmação e continuidade, muito embora, em um

* Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra (Portugal), Pós-Doutorando pela Johann Wolfgang Goethe Universität (Frankfurt am Main – Alemanha), Bolsista da Fundação Alexander von Humboldt (Alemanha), Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS.

aparente paradoxo, também um dos períodos em que mais tem a oferecer. A ampliação do direito penal secundário, com o surgimento de novos espaços, cada vez mais complexos, de intervenção jurídico-penal, tem levado a um progressivo distanciamento do ilícito penal em relação aos vínculos objetivos que implicam o reconhecimento da ofensividade como elemento de garantia. Mas não só. Tem conduzido a um esfumaçamento dos valores tutelados, a uma perda de densidade tal que o bem jurídico passa a movimentar-se em um espaço de total indiferença em relação a meros interesses de política-criminal, incapaz de atender a uma qualquer pretensão de concretização. O bem jurídico perde seu caráter crítico e a ofensividade, o lugar primeiro na constituição do ilícito. A flexibilidade de teorias subjetivísticas do ilícito, de concepções puramente normativistas ou, ainda, de leituras meramente formais do ilícito penal, hoje tão em voga, torna-se acintosamente sedutora, mas, em contrapartida, cobra um preço alto em termos de legitimidade, nomeadamente a supressão de elementos objetivos capazes de propiciar substrato material crítico à construção do ilícito-típico. Daí que a insistência em uma compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos, naturalmente revisitada,¹ tenha, há tempo, deixado de ser lugar comum e assumido hoje um espaço central na discussão sobre a legitimidade do direito penal contemporâneo.

Todas as inúmeras dificuldades, de ordem prática e teórica, que atualmente recaem sobre a teoria do bem jurídico-penal no âmbito do direito penal secundário, parecem ser, todavia, de forma curiosa, justamente os elementos que têm impulsionado a (re)visitação da categoria através de importantes estudos com vistas, no mais das vezes, ao seu aperfeiçoamento e continuidade. Em Portugal, Figueiredo Dias, em seu recente “Direito Penal”, afirma ser a função do direito penal a “*tutela subsidiária (ou de ultima ratio) de bens jurídicos dotados de dignidade penal (de “bens jurídico-penais”)*”;² enquanto Faria Costa, desde 1992, com “O Perigo em Direito Penal”, põe à mostra os fundamentos de um direito penal de base ontológica, na qual o resultado jurídico emerge como pedra angular do ilícito penal.³ Na Alemanha, foi recentemente publicada uma interessante coletânea sobre a teoria do bem jurídico (*Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?*), organizada por Hefendehl, A. von Hirsch e Wohlers;⁴ e Claus Roxin, no final de 2004, num escrito em homenagem aos 90 anos do Prof. Dr. Hans-Heinrich Jescheck, põe em evidência e reafirma uma das máximas do pensamento de Jescheck, ao concluir que “a proteção de bens jurídicos não apenas designa a tarefa do direito penal, mas também controla a sistemática da teoria do ilícito”.⁵ No Brasil, temos, dentre tantos, o trabalho de doutoramento de Sporleder de Souza, “Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana”.⁶ Sem falarmos, obviamente, na Itália, onde a prevalência de uma compreensão objetiva do ilícito, expressa na ofensa a bens jurídico-penais, encontra o seu espaço por excelência.⁷ Ou seja, exemplos de uma contínua revitalização do estudo do crime como ofensa ao bem jurídico-penal.

Contudo, em que pesem os inúmeros estudos já produzidos e a significativa retomada da literatura penal contemporânea, a recepção do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos está longe de obter consenso, mesmo entre seus

defensores, sobre a sua compreensão e ressonância na ordem jurídico-penal. A força vinculativa de uma tal idéia reitora passa, em muito, pela compreensão que se tenha da noção de bem jurídico, bem como pelo fundamento jurídico e delimitação que se pretenda atribuir à noção de ofensividade. Daí que – e não poderia ser diferente – a reflexão a que nos propomos tenha de optar por um ou outro caminho, embora indissociáveis em seu entendimento como um todo, para que possamos, sem qualquer pretensão *ex professo*, avançar algumas considerações sobre o tema. O estudo da teoria do bem jurídico, por essa razão, não poderá ter espaço neste breve escrito, senão na forma de algumas notas, com o objetivo de viabilizar o estudo da ofensividade, esta sim, objeto do nosso cuidado. A ofensividade como fenômeno jurídico que pressupõe o bem jurídico, mas que possui, em si mesma, consistência suficiente para servir de objeto de investigação, é que tomaremos como centro da reflexão que segue.

2 DO PECADO AO CRIME. ELEMENTOS HISTÓRICOS SOBRE O SURGIMENTO DO MODELO DE CRIME COMO OFENSA AO BEM JURÍDICO

A distinção entre crime e pecado é, sem dúvida alguma, um dos momentos de maior importância na gênese do direito penal moderno. Muito embora já se possa perceber no trabalho de um dos mais importantes juristas do séc. XVI, o *Tractatus Criminalis* do italiano Tiberius Decianus,⁸ um detido exame dos conceitos de *peccatum*, *delictum* e *crimen*,⁹ é a partir do jusnaturalismo de autores como Christian Thomasius¹⁰ e, principalmente, da obra epocal de Cesare Beccaria, *dei Delitti e delle Pene* (1764), que o crime ganha autonomia em relação ao pecado, em uma virada que assinala o nascimento do direito penal secularizado. Não mais enquanto pecado, mas como fato danoso à sociedade é que o crime assume o lugar central no âmbito da nascente ordem penal dessacralizada.¹¹

No período pré-iluminista, o ilícito penal movimentava-se em uma dimensão acentuadamente teológica. Crime e pecado confundiam-se. Era nada mais que violação da vontade de Deus.¹² A separação entre Estado e Igreja, entretanto, implicou uma idêntica separação de tarefas e âmbito de atuação. À Igreja competiria o pecado, a maldade, os vícios, enfim, o homem em suas dimensões interna e externa. Ao Estado, por outro lado, sem qualquer pretensão de interferir no modo de ser humano, na sua postura interior ou no seu modo de pensar,¹³ competiriam as intervenções do homem no mundo, ou, mais propriamente, as ações humanas externas causadoras de um dano à Nação.¹⁴ O conteúdo de vontade expresso em uma ação externa e concretizado em um dano à Nação era, pois, o fenômeno criminoso em sua emergente compreensão laica. Fenômeno que, embora conformado pelo conteúdo de vontade, encontrava na objetividade do dano a pedra angular do seu conteúdo de desvalor. Não por outra razão, Beccaria, em célebre passagem, embora resguardando um importante papel ao dolo e à culpa na constituição do crime, sublinha, de forma categórica, que “a única e verdadeira medida dos delitos é o dano causado à

nação, e por isso erraram aqueles que acreditaram como verdadeira medida dos delitos a intenção de quem os comete”.¹⁵

Esse dano de que nos fala Beccaria, capaz de representar com singular eloquência a medida do crime, em contraposição a juízos acentuadamente subjetivistas e moralistas, ascende como marca do primado objetivista do ilícito penal no período iluminista. Para Beccaria, não haveria legitimidade em criminalizar condutas que prejuízo algum causassem à comunidade. O dano como medida do crime assumia-se, assim, como elemento central do fenômeno criminoso, mas também como elemento crítico de criminalização,¹⁶ preenchendo um importante papel na realização das aspirações ilustradas de contenção e validação do poder punitivo do Estado, através da imposição de vínculos objetivos de legitimidade. Contudo, nesse momento histórico, falar-se em tutela de bens jurídicos em sentido estrito, não era ainda possível.

O ilícito penal do período iluminista erigia-se, não a partir da noção de bem jurídico ainda muito incipiente, mas sim da noção de *direito subjetivo*. Em verdade, o direito subjetivo, para usar as palavras de Sgubbi, “representa a *anima* da concepção de mundo própria do liberalismo clássico”.¹⁷ O contrato social substituiu a matriz divina do Estado e da sociedade por uma matriz meramente terrena, na qual o direito subjetivo surge como eixo central, capaz de sustentar e promover os princípios de liberdade e igualdade, para além de outros princípios estruturantes da visão de mundo liberal, de modo a propiciar as condições fundamentais de vida em sociedade.¹⁸ A consideração do direito subjetivo de cada um diante do direito dos demais permite traçar simultaneamente os limites de liberdade garantidos pela ordem jurídica e o início do seu exercício arbitrário, violador de direitos alheios, o que, considerado em conjunto, confere a cada indivíduo um determinado *Lebenskreis* (âmbito de vida), demarcador da fronteira entre o lícito e o ilícito, entre a violação e a não-violação de direitos subjetivos alheios, de modo que, neste preciso cenário, outra não poderia ser a essência do crime, senão a violação do *Lebenskreis*, *ipso facto*, a violação de um direito subjetivo.¹⁹

Tal forma de compreender o crime pode ser surpreendida, em sua mais forte expressão, na célebre obra de Anselm von Feuerbach, a quem se pode atribuir a primeira tentativa frutuosa em obter um “conceito material de crime, transcendente e crítico face ao direito penal vigente”.²⁰ Já no início de seu *Lehrbuch des peinlichen Rechts* (primeira edição de 1801), Feuerbach assinala, como o mais importante princípio de direito penal, que toda pena aplicada pelo Estado é “a consequência jurídica de uma lei fundamentada através da necessidade de conservação de direitos alheios, e que ameaça a violação de um direito com um mal sensível” (§19),²¹ concluindo que, por crime, em sentido amplo, dever-se-ia entender a “a ofensa contida em uma lei penal, ou uma ação que, sancionada por uma lei penal, *contraria o direito de outrem*” (§21).²² Fortemente influenciado pelo pensamento kantiano, Feuerbach nega legitimidade à utilização do direito penal como instrumento de persecução de finalidades transcendentais, quer de fundo religioso, quer estabelecidas no bem comum.²³ A existência e finalidade do Estado justificam-se na proteção das liberdades, na prevenção da violação de direitos

subjetivos, e só com este fim, somente para a proteção de direitos subjetivos da atuação de ações externas, é que se legitima a competência do legislador.²⁴

Percebe-se, assim, que Feuerbach não deixa de se ocupar da danosidade social de que nos fala Beccaria, mas o faz de forma particularizada. A dimensão social do dano é trazida indiretamente e, por isso, com prejuízo de sua autonomia,²⁵ para o centro de desvalor do crime, através da violação de um direito subjetivo. Como bem observa Amelung, a lógica contratualista indica não só as diretrizes normativas do direito penal, como descreve aquilo que é prejudicado pela ação socialmente danosa. Ou seja, socialmente danosa é a conduta que desorganiza a ordem posta pelo contrato, violando direitos individuais ou do Estado como pessoa moral,²⁶ erigidos a partir de uma orientação individualista.²⁷ E, nesta medida, o direito subjetivo torna-se o objeto jurídico da proteção normativa, implicando uma conseqüente leitura da ofensividade a partir da sua violação.

Todavia, muito embora o crime como violação de um direito subjetivo tenha proporcionado um importante contributo em prol da elaboração e afirmação de um conceito material de crime, acentuadamente crítico em relação ao direito penal vigente – o que se percebe com especial clareza no que tange aos crimes contra a religião e aos crimes contra a moral sexual, incapazes de representar uma qualquer violação a um direito subjetivo –,²⁸ a concepção apresentava também limitações de difícil solução, nomeadamente no que se refere à sua capacidade explicativa e ao conteúdo de ofensividade que pretende expressar. Reconhecer, para além da violação de um direito subjetivo do indivíduo, também a violação de um direito subjetivo do Estado como um fato criminoso, é algo não só possível, mas presente no pensamento de autores como Feuerbach – razão de ser, inclusive, da distinção entre crimes privados e crimes públicos, respectivamente –, agora, admitir, na esfera das condutas violadoras de direitos subjetivos, crimes como, *v.g.*, a falsidade, atentados contra a incolumidade pública ou contra a ordem pública, cuja legitimidade não era posta por ninguém em questão, era ir longe demais.²⁹ Estaríamos, bem observam Marinucci e Dolcini, ou diante de uma categoria de crime marcada pela ausência de violação de um direito subjetivo, ou desnaturando a própria noção de violação, ao admitir, na hipótese de valores em que não é possível identificar o titular em um determinado sujeito (*v.g.*, valores coletivos, sociais, etc.), um direito subjetivo sem sujeito.³⁰

Para além disso, também a própria noção de ofensividade apreensível na violação de um direito subjetivo é, em si mesma, equivocada. Quando alguém lesiona a integridade física de outrem ou subtrai para si bens móveis alheios, não suprime ou lesiona o direito subjetivo em questão. Ele se mantém intacto, nada sofre com a agressão, pois, em verdade, a ofensa nada pode causar ao direito, mas, sim, apenas ao seu objeto. É o próprio objeto do direito, isto é, a vida, a honra, a integridade física, o patrimônio, e não o direito em si, que sofre a ação criminosa, que pode, enfim, ser objeto e expressar o efetivo conteúdo de desvalor da ofensa.³¹ Surgiam, portanto, aos poucos, os elementos que iriam propiciar uma nova compreensão do conteúdo material do crime, que iriam propiciar o surgimento do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos.

A teoria da proteção de bens jurídicos (*Lehre vom Rechtsgüterschutz*) tem o seu primeiro desenvolvimento em um conhecido escrito de Birnbaum (1834), no qual o autor afirmava que o conteúdo do crime deveria ser buscado, não na violação de direitos subjetivos, mas na ofensa a valores assim reconhecidos pela sociedade,³² isto é, na ofensa a bens protegidos pela norma.³³ Para Birnbaum, o crime deveria ser reconhecido na “lesão ou pôr-em-perigo, atribuível à vontade humana, de um bem a todos garantido igualmente pelo poder do Estado”.³⁴ Uma formulação que põe em destaque a incipiente noção de bem jurídico como objeto de proteção da norma penal incriminadora. Mas não só. Também a emergente noção de ofensividade em suas duas formas fundamentais, dano e perigo, encontram-se já delineadas na proposta de Birnbaum.

Em verdade, tal qual a teoria da violação de um direito subjetivo, a teoria da proteção de bens jurídicos também encontra a sua origem na concepção iluminista de dano social, em que pese com ela não se confundir. Não se trata, como bem salienta Amelung, de diferenças meramente descritivas, isto é, ao invés da violação de um direito subjetivo, teríamos a violação de um bem jurídico, o que, no entanto, por si só, já representaria um significativo ganho teórico e prático.³⁵ Há também diferenças normativas de grande significado. Embora possamos afirmar que a maior parte dos bens jurídicos reconhecidos pela ordem jurídico-penal sejam oriundos dos direitos subjetivos em ascensão,³⁶ não houve, de início, uma preocupação em restringi-los ao âmbito dos direitos individuais. Birnbaum, inclusive, propôs o conceito de *Gemeingut* (bem comum), ao qual subsumia convicções morais e religiosas da comunidade,³⁷ em total dissonância com as aspirações que norteavam os ideais iluministas, tornando controvertida, até hoje, a idéia de um possível aumento do âmbito de punibilidade penal com o advento da noção de bem jurídico.³⁸

Certa ou não, não é o que aqui importa, a mera possibilidade de admitir-se uma ampliação do espaço de intervenção penal a partir do conceito de bem (jurídico) de Birnbaum coloca em evidência as então incipientes dimensões fundamentais da teoria do crime como ofensa a bens jurídicos, o *objeto de tutela da norma* e as *formas de sua violação*, ou, se assim preferirmos, o *bem jurídico* e a *ofensividade*, permitindo, desde então, antever muito dos problemas que os acompanhariam durante a sua trajetória jurídico-dogmática. A ofensividade, mesmo que concebida tal qual a temos, a partir de uma perspectiva onto-antropológica, pode ter seu conteúdo de garantia suprimido em razão de sua natureza relacional, dependendo do conteúdo que é atribuído à noção de bem jurídico. Da mesma forma que o bem jurídico pode representar nada mais que um elemento de inspiração legislativa, desprovido de qualquer potencial crítico, se abrirmos em demasia os limites da ofensividade. Daí não percebermos o estudo da ofensividade em uma posição dicotômica em relação à teoria da proteção de bens jurídicos,³⁹ mas como dimensão insuprimível desta, que precisa ser desenvolvida a partir da sua compreensão e delimitação, para que possamos assim, e somente assim, obter a totalidade do potencial explicativo e heurístico da *teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*.

Até alcançar a conformação crítica e transistemática de base constitucional que tem hoje o bem jurídico, muitos foram os momentos em que teve enfraquecida e até mesmo suprimida a sua capacidade de legitimação (crítica) da intervenção jurídico-penal incriminadora. Já em sua primeira elaboração, como vimos, Birnbaum permite uma abertura através da qual eram resgatados valores transcendentais de base puramente moral ou religiosa.⁴⁰ Binding, em acentuado positivismo, supervaloriza o processo legislativo na formulação do bem jurídico, restringindo-o a uma relação de total e inquestionável conformidade com a norma. O bem jurídico, limitado unicamente à lógica e às considerações próprias do direito, encontra na norma o seu referencial de validade, o seu próprio fundamento, suprimindo desta relação qualquer possível foco de tensão.⁴¹ Honig, ainda em uma compreensão intra-sistemática, com o seu conceito metodológico, esvazia o conteúdo liberal de garantia do bem jurídico, relegando-lhe apenas uma modesta função de orientação na interpretação do tipo.⁴² E, para ficarmos em apenas alguns exemplos, já agora em uma outra perspectiva, a própria experiência jurídico-penal da Alemanha Nacional-Socialista, na qual o ilícito penal como expressão extrema de autoritarismo assume a forma de uma mera *violação de dever* (*Pflichtverletzung*), uma *simples desobediência* aos deveres impostos pelo Estado, não excluiu, de pronto, a noção de bem jurídico. Embora estranha ao pensamento da Escola de Kiel (Schaffstein e Dahm), para a qual o bem jurídico era a representação forte de um indesejado legado liberal-individualista, Schwinge e Zimmerl propugnavam uma concepção de bem jurídico supra-individual, representativa dos valores da Alemanha nazista, que, por este exato motivo, em nada prejudicava o eticismo despótico característico da compreensão nacional-socialista de crime.⁴³

Não há dúvida, portanto, de que de nada vale falar em ofensividade como limite material da incriminação se não partirmos de um conceito de bem jurídico-penal que propicie uma tal construção teórica. Hoje, todavia, a significativa e crescente aceitação de leituras constitucionais do bem jurídico-penal, tanto no Brasil como no exterior, em uma perspectiva transistemática, permite-nos confiar em um terreno já suficientemente delimitado e seguro, para que possamos avançar algumas linhas sobre a ofensividade em direito penal.

3 SOBRE A FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL DA OFENSIVIDADE

A estreita relação entre os modelos de crime e os modelos de Estado, claramente percebida em uma perspectiva histórica, revela elementos significativos sobre uma maior ou menor dificuldade de assimilação de certas formas de estruturação do ilícito-típico, servindo, no mais das vezes, como índice confiável de autoritarismo penal. Da mesma forma que o fortalecimento da compreensão do crime como mera violação dos deveres impostos pelo Estado, em uma política-criminal de exaltação dos vínculos éticos de fidelidade e obediência durante o nacional-socialismo, muito tem a dizer sobre a relação Estado-cidadão na Ale-

manha Nazista, também o modelo de crime como ofensa a bens jurídico-penais pretende refletir e concretizar linhas ideológicas comuns à grande maioria dos Estados ocidentais contemporâneos. Em verdade, podemos dizer que o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos em sua vertente principiológica, o denominado Princípio da Ofensividade é, antes de qualquer coisa, uma projeção principal de base político-ideológica que reflete uma forma de pensar o direito penal e o fenômeno criminoso não só adequada, mas até mesmo intrínseca ao modelo de Estado democrático e social de Direito.

Muitas são, nesta perspectiva, as linhas de força axiológicas que poderiam ser invocadas como elementos fundantes de tal orientação política do Estado. Mas, primando pela simplicidade de exposição e atento aos limites deste breve escrito, poderíamos dizer que indiscutível nessa precisa forma de ver as coisas está o comprometimento forte do Estado para com os direitos e garantias fundamentais. 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.⁴⁴ 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 tentá-lo.⁴⁵

Elementos, portanto, que, fortemente recepcionados pela Carta Constitucional brasileira, inclusive em seu próprio preâmbulo,⁴⁶ muito pouca ou quase nenhuma resistência deveria encontrar, em termos ideológicos, no espaço político-criminal brasileiro. Todavia a falta, muitas vezes, de patamares mínimos de racionalidade e univocidade da política criminal brasileira faz com que se sinta mais acentuadamente – e apenas mais acentuadamente – a insuficiência de diretrizes meramente político-ideológicas e daí, a conseqüente necessidade de vínculos positivos. A dissonância entre a prática político-criminal levada a cabo pelo Estado e aquela esperada a partir dos compromissos político-jurídicos assumidos pela Constituição demonstram, a toda evidência, a necessidade de trabalharmos com critérios positivos, capazes de conferir limites razoavelmente seguros para os processos de criminalização e descriminalização. E mais. A necessidade de trabalharmos com critérios constitucionais suficientemente aptos a delimitar adequadamente os processos legislativo e hermenêutico-aplicativo. A discussão desloca-se, desta forma, para o plano constitucional, para o questionamento sobre a existência de uma exigência constitucional de ofensividade, o que tornaria a ofensa a bens jurídico-penais, para além de elemento de orientação, um dos principais limites de contenção da política criminal contemporânea.

A ofensividade é, sem dúvida, por inúmeras razões, uma exigência constitucional. Aliás, parece-nos possível encontrar elementos para justificar uma tal exigência, tanto em âmbito puramente principiológico como, e principalmente, à luz das regras constitucionais. Partindo de um ordenamento constitucional fundado na inter-relação de regras e princípios,⁴⁷ podemos, mediante a admissão

de uma proposição de ordem e paz a cargo do Estado de Direito,⁴⁸ reconhecer um princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos, densificador do princípio estruturante do Estado de Direito. Pois é exatamente desse princípio geral de tutela de bens jurídicos que decorre tanto o *princípio geral de garantia representado pela necessária ofensa*, como o *princípio constitucional impositivo, representado pela intervenção penal necessária*, o que significa dizer que ambos estão submetidos ao âmbito normativo do princípio originário, não admitindo uma conflitualidade que extrapole os limites da tutela de bens jurídicos, ou seja, que toda incriminação que vá além dos limites da ofensividade não corresponde a um interesse político-criminal legítimo, eis que estaria fora do âmbito de proteção do seu princípio conformador.⁴⁹

Por outro lado, não é sob uma ótica estritamente principiológica, mas a partir das regras constitucionais – ou, mais precisamente, das normas constitucionais de “caráter duplo” (*Doppelcharakter*) – que a ofensividade alcança o seu momento de maior concreção legislativo-constitucional. No seguimento da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, devemos reconhecer que tanto a norma constitucional que prevê a inviolabilidade do direito à liberdade (art.5.º CF) como a norma constitucional que prevê a dignidade da pessoa humana (art.1.º CF) são normas constitucionais de caráter duplo (*Doppelcharakter*), simultaneamente, regra e princípio. Da inviolabilidade do direito à liberdade decorre, pois, tanto o princípio da liberdade que, enquanto princípio, está sujeito à ponderação, como a regra da liberdade, esta submetida ao regime duro das regras; o que diferente não é no que tange à dignidade da pessoa humana. Significa dizer que, muito embora a norma constitucional concernente à liberdade admita ser ponderada com outros valores, está longe de admitir uma ponderação irrestrita. Há aqui a inclusão de uma “cláusula restritiva referida a princípios”, decorrente da vinculação de ambos os planos – regras e princípios – que admite o *balancing*, porém o faz impondo determinadas exigências para que o conteúdo rígido de regra não seja violado.⁵⁰

Toda previsão legislativa de um tipo penal incriminador, se bem a vemos, é o resultado da ponderação de valores na qual o direito fundamental à liberdade é restringido em benefício da conservação de outros valores de fundamental relevo em sociedade (liberdade *versus* patrimônio, *versus* integridade física, *versus* honra, etc.), mesmo que se trate de uma liberdade meramente potencial, como ocorre na restrição da liberdade em prol da tutela da vida, nos crimes contra a vida.⁵¹ E, se isso é correto, mostrar-se-ia absolutamente inaceitável cogitar-se a restrição do direito fundamental à liberdade em benefício da obtenção de meros interesses político-criminais de organização e regulamentação social. Para a sua restrição, é preciso atender não só a uma exigência formal de hierarquia normativa que limita a ponderação a bens com dignidade constitucional – referência mesmo que indireta na Constituição – como a uma necessária compatibilidade axiológica que justifique a restrição, para além, é certo, de um juízo de necessidade de tutela. Enfim, exigências que descartam a ponderação com interesses que sequer possam ser reconhecidos como um bem jurídico-penal,

pois, afinal, seria no mínimo contraditório o reconhecimento constitucional do direito inviolável à liberdade simultaneamente à criminalização fácil e irrestrita do seu exercício.⁵² A proteção jurídico-constitucional do direito à liberdade – como também da dignidade da pessoa humana que, por sua vez, veda a instrumentalização do homem em benefício de meros interesses administrativos – impede, por tudo isso, o alargamento da tutela penal para além dos casos em que o seu exercício implique a ofensa a outros bens jurídicos em harmonia com a ordem constitucional.⁵³ Por estas, entre muitas outras razões, é, por certo, a ofensividade uma inafastável exigência para a legitimidade do ilícito-típico na ordem jurídico-penal brasileira, após a Constituição Federal de 1988.

Muitos outros indicativos da concretização legislativa da exigência material de ofensividade podem ser ainda encontrados na legislação infraconstitucional, mais precisamente, no Código Penal brasileiro. São muitos os dispositivos que atestam a recepção de um ilícito penal de base objetiva, em nítida contraposição a uma orientação subjetivista. Os institutos da tentativa (art.14, II CP), do crime impossível (art.17 CP) e até a própria primeira parte do art.13 do CP permitem o claro reconhecimento de um direito penal acentuadamente comprometido com o desvalor que representa a ofensa a bens jurídico-penais, no seguimento do chamado *Erfolgstrafrecht*, e reclamam o desenvolvimento sistemático de uma hermenêutica consistente e verdadeiramente comprometida com uma tal orientação.

4 OFENSIVIDADE E DIREITO PENAL SECUNDÁRIO. SUBSÍDIOS PARA UMA NECESSÁRIA APROXIMAÇÃO

Chegando até aqui, acreditamos ter elementos suficientes para reconhecer a ofensividade como efetiva exigência constitucional de legitimidade do ilícito jurídico-penal e, a partir disso, questionarmos acerca da sua importância como elemento de delimitação também no espaço de juridicidade do direito penal secundário. Questão que assume especial relevância quando a crescente utilização, neste particular âmbito do direito penal, de categorias de crime tradicionalmente reconhecidas como hipóteses de ilícito incompatíveis com a noção de ofensa ao bem jurídico, alimentada por fortes interesses de política criminal, mais especificamente, de prevenção geral positiva, tem propiciado a manutenção de um significativo espaço de tensão que não raramente convida a uma relativização da ofensa como regra geral a todas as formas de aparição do ilícito-típico, em prol de espaços de livre disposição político-criminal.

Não outra tem sido, *v.g.*, a orientação proposta por um dos principais estudiosos da ofensividade, Ferrando Mantovani: em que pese reconheça a recepção constitucional do princípio da ofensividade, faz isso como princípio regular, mas não absoluto. Segundo Mantovani, é importante admitir a possibilidade de derroga do princípio da ofensividade quando estivermos diante de categorias totalmente desprovidas de tal atributo, isto é, diante dos denominados *crimes sem ofensividade* (*reati senza offesa ai beni giuridici*), os quais encontrariam a sua razão de ser na necessidade político-criminal de prevenir ofensas a bens primários, cole-

tivos, institucionais, devendo aqui “a racionalidade do princípio moderar-se com a necessidade de prevenção geral”.⁵⁴ Em outras palavras, a existência de interesse político-criminal na manutenção de categorias jurídico-penais desprovidas de qualquer ofensividade justificaria, por si só, a derroga do princípio. Derroga que, inclusive, no entender de Mantovani viria a preservar o conteúdo de garantia da ofensividade de uma excessiva abertura, ocasionada por tentativas inúteis de recuperação da ofensa em crimes sabidamente desprovidos dela.⁵⁵

Uma tal compreensão é equivocada por inúmeras razões.⁵⁶ (a) Há, de pronto, uma clara inversão metodológica. Não é possível partirmos de um dado empírico, do reconhecimento da existência de crimes desprovidos de ofensividade e insuscetíveis de recuperação hermenêutica – de uma hermenêutica assumidamente interessada em resgatar o conteúdo material do ilícito através da restrição do âmbito do tipo –, para afastar a incidência da exigência constitucional de ofensividade, sob a simples alegação da existência de interesses políticos na sua manutenção. Seria o mesmo que propor, absurdamente, a leitura de princípios constitucionais orientadores da legitimação normativa a partir das próprias normas infraconstitucionais. Mas não só. (b) A proposta de Mantovani não atenta às implicações jurídicas do reconhecimento da ofensividade como norma constitucional de caráter duplo, regra e princípio, decorrente da norma constitucional da liberdade e da norma constitucional da dignidade da pessoa humana, o que, como vimos, coloca limites claros e intransponíveis ao processo legislativo infraconstitucional. E (c), por fim, restringindo-nos aos traços mais salientes, há, ainda, um acentuado equívoco lógico, tanto na orientação político-criminal quanto na fundamentação jurídica. (aa) A grande valia, hoje, de um retorno ao essencial, do resgate de uma compreensão objetiva do ilícito penal – de uma compreensão de base objetiva, porém não exclusiva, diga-se –, (re)visitada através da ofensa ao bem jurídico, encontra-se justamente na sua capacidade de delimitação do conteúdo material do ilícito nos novos espaços de incriminação, em clara oposição às atuais tendências de orientação meramente formal ou normativa. Mas, se isso é verdade, se aqui está a grande valia da categoria em análise, negar-lhe entrada justamente nos espaços em que é posta em questão é negar-lhe sua principal utilidade, é relegá-la a mera condição de critério de interpretação do tipo, com muito pouco a dizer ao direito penal secundário. De forma breve: o motivo que Mantovani apresenta para justificar o afastamento da ofensividade é o exato motivo que nos leva a acreditar que ela deve ter sua aplicação intensificada. (bb) E, por outro lado, propor a criação e manutenção de tipos-de-ilícito desprovidos de ofensa, sob a alegação da necessidade de tutela de bens primários, coletivos e institucionais, é contraditório e evidentemente insustentável. Ora, alegar a necessidade de crimes sem ofensa ao bem jurídico para evitar a ocorrência de ofensa ao bem jurídico é não só falacioso, como chegaria ao absurdo de justificar até mesmo a punibilidade indiscriminada de atos preparatórios, eis que, também aqui, poderíamos buscar teleologicamente o seu desvalor na possível ocorrência de um evento futuro e incerto. Daí reconhecermos plena razão às palavras de Faria Costa ao referir que tal idéia, isto é, a idéia de que é “precisamente em nome da proteção de bens

jurídicos que se devem ou têm de punir condutas elas mesmas não violadoras de bens jurídicos”, consiste em “uma das expressões mais acabadas de subversão e incompreensão metodológicas”.⁵⁷

Todavia todos esses argumentos apenas reforçam a noção de ilícito penal de base necessariamente objetiva. Os elementos que nos fazem crer em uma recepção constitucional da ofensividade e os moldes em que se dá essa recepção, por nós já considerados, são, por si só, elementos absolutamente suficientes para garantir a sua aplicação ampla e irrestrita em todo o direito penal, sob de pena inconstitucionalidade. A ofensividade torna-se, por isso, no plano de *lege ferenda*, um importante critério de orientação legislativa e, no plano de *lege lata*, critério de validade e delimitação do ilícito, reitor de uma hermenêutica que se quer constitucionalmente orientada. Ou seja, não só o legislador deve ater-se à exigência de ofensividade na proposição de novas figuras delitivas que, na sua interação com outros princípios penais, leva-lo-á a priorizar sempre as formas de ofensa mais intensas, como a aplicação da norma penal exigirá do interprete uma hermenêutica atenta à sua efetiva existência. O que é o mesmo que dizer que todas as deficiências legislativas deverão ser corrigidas a partir de um filtro hermenêutico que, muitas vezes, poderá restringir o âmbito de aplicação do ilícito-típico, em um processo hermenêutico de correção e recuperação do ilícito, quando, por certo, o tipo penal permitir tal correção, e, outras vezes, pela total incapacidade de adequação à noção de ofensividade, deverá levar inevitavelmente ao reconhecimento da sua inconstitucionalidade.

No direito penal secundário, a necessidade de atenção a ser dispensada, nos planos de *lege ferenda* e *lege lata*, à exigência constitucional de ofensividade aumenta significativamente em razão das particularidades que envolvem os bens jurídico-penais tutelados, normalmente, supra-individuais, da maior complexidade dos elementos que envolvem e constituem o fato, de forte tendência normativa, e da forma de tutela possível, muitas vezes através de crimes de perigo abstrato. Aqui, mesmo que partíssemos de um funcionamento ideal do plano legislativo, o normal aumento da normatividade, por decorrência das vicissitudes inerentes ao objeto e à forma de tutela, concluiríamos por uma maior valorização do trabalho hermenêutico. Mas, se tomamos a realidade legislativa brasileira tal como se apresenta, na qual a falta de preocupação com as exigências constitucionais de validade e a acentuada falta de rigor técnico são marcas comuns, podemos perceber, então, o grau de responsabilidade que recai sobre o intérprete, e daí, a necessidade de um intenso e contínuo aprimoramento do plano hermenêutico-aplicativo, o que, sem dúvida alguma, passa por uma melhor compreensão e delimitação do que devemos entender por ofensividade. O estudo da ofensividade e das formas de ofensa torna-se, pois, tarefa irrenunciável ao processo de atualização da ciência jurídico-penal, decorrência normativa do chamamento à “superação” (*Aufhebung*) que nos é feito, responsavelmente, por Anselmo Borges.⁵⁸

Não há, certamente, nos limites deste breve escrito, como avançarmos considerações minimamente satisfatórias sobre esses dois nódulos problemáticos

tão importantes para a afirmação e dinâmica da ofensividade no direito penal secundário. Contudo, não nos podemos furtar a algumas linhas que possam, ao menos, permitir um apertado esboço do nosso modo de ver as coisas.

Em uma compreensão onto-antropológica do direito penal,⁵⁹ construída a partir do ilícito, e não, certamente, da pena,⁶⁰ apreendemos a ofensividade como ressonância normativa de uma oscilação jurídico-penalmente desvaliosa da relação matricial de cuidado-de-perigo, de cuidado do eu para com o outro e do eu para comigo mesmo. Essa relação matricial, estruturante do modo de ser humano, é chamada indiretamente pela noção de ofensividade, pela noção de ofensa a bens jurídico-penais. A ofensividade torna-se, pois, uma categoria jurídica capaz de expressar um autônomo desvalor de resultado, absolutamente independente de outros centros de desvalor que possam a ela estar teleologicamente relacionados. A ofensividade ganha, dessa maneira, plena autonomia e, por decorrência, capacidade de fundamentação e delimitação do ilícito.

O ilícito penal, neste contexto, é erigido a partir do desvalor que expressa o resultado jurídico, ou seja, a ofensa a bens jurídicos. O bem jurídico-penal assume a posição de pedra angular do ilícito.⁶¹ Como valor positivo que é, o bem jurídico apresenta-se como expressão axiológica irradiante e simultaneamente condensadora da intencionalidade normativa, dando forma ao que podemos chamar de primeiro nível de valoração e permitindo, a partir da tensão entre a sua afirmação e negação, o surgimento de outros níveis de valoração, entre os quais o segundo nível de valoração, o nível da ofensividade. Os fatos que negam o valor positivo primário, que violam o bem jurídico-penal, expressam um determinado conteúdo de desvalor que, em determinados níveis, torna-se perceptível e jurídico-penalmente interessante, permitindo a construção e concretização do ilícito-típico. Ou seja, nada mais do que a forma de captação pelo direito penal das oscilações especialmente desvaliosas da relação matricial onto-antropológica de cuidado-de-perigo que são apreendidas e expressadas através de diferentes formas de ofensa. A ofensividade é, portanto, 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.

Ao falar em um ilícito estabelecido a partir do resultado não estamos, em momento algum, negando outros níveis de valoração indispensáveis, como, *v.g.*, o correspondente ao próprio desvalor da ação. Apenas buscamos salientar que é o desvalor de resultado como negação da intencionalidade normativa de um ilícito penal teleologicamente voltado à tutela de bens jurídicos, a pedra angular do ilícito e, se assim é, somente na sua presença é que falaremos em desvalor da ação, ou seja, uma coexistência necessária, mas que só se torna possível diante da preexistência do primeiro. Em outras palavras, o exato oposto à célebre afirmação de Welzel: “a lesão ao bem jurídico (o desvalor de resultado) tem significação jurídico-penal somente dentro de uma ação pessoal antijurídica (dentro do desvalor de ação)” (*die Rechtsgutsverletzung (der Erfolgsunwert) hat strafrechtlich nur innerhalb einer personal-rechtswidrigen Handlung (innerhalb des*

Handlungsunwerts) Bedeutung).⁶² Segundo o nosso modo de ver as coisas, o desvalor da ação tem relevância jurídico-penal apenas entre os fatos detentores de desvalor de resultado, dentre os fatos violadores de um bem jurídico-penal.⁶³

Tal compreensão leva certamente à necessidade de novos accertamentos dogmáticos e ao desenvolvimento de tipologias de ofensa. Ao falarmos em uma necessária restrição do ilícito penal às hipóteses de efetiva ofensa a bens jurídicos não estamos propondo uma limitação do direito penal aos crimes de dano e aos crimes de perigo concreto. Em verdade, há muitas formas de ofensa que podem, entretanto, ser reunidas, no seguimento de Faria Costa, nas categorias de *dano/violação*, presente nos crimes de dano, e *perigo/violação*, subdividido na ofensa de *concreto pôr-em-perigo* e na ofensa de *cuidado-de-perigo*, presentes, respectivamente, nos crimes de perigo concreto e nos crimes de perigo abstrato.⁶⁴

Devemos observar, por conseguinte, que os crimes de perigo abstrato são, também eles, suscetíveis de recuperação hermenêutica, não constituindo uma categoria necessariamente desprovida de ofensividade. Restringir a riqueza e complexidade da noção jurídico-penal de perigo às situações tradicionalmente denominadas de perigo concreto, relegando aos crimes de perigo abstrato uma exangue presunção absoluta de perigo ou, ainda, à mera violação de um dever, é, sem dúvida, desnecessário e equivocado. A literatura especializada há muito vem tentando resgatar os crimes de perigo abstrato do rol dos tipos-de-ilícito meramente formais e já conta hoje com inúmeras elaborações significativas.⁶⁵ Da proposta de (re)leitura dos crimes de perigo abstrato como presunção relativa de perigo (Schröder), ao perigo abstrato como perigosidade (*Gefährlichkeit*) (Gallas, Giusino, Meyer, Hirsch, Zieschang e Mendoza Buergo), passando pela tomada do perigo abstrato como probabilidade de perigo concreto (Cramer), como negligência sem resultado (Horn, Brehm, Schünemann e Roxin), ou, ainda, como risco de lesão ao bem jurídico (Wolter e Martin), sem ter sequer de mencionar, por certo, a nossa própria proposta desenvolvida por ocasião da nossa tese doutoral, em que a ofensa de cuidado-de-perigo, correspondente aos crimes de perigo abstrato, surge como uma interferência jurídico-penalmente desvaliosa na esfera de manifestação do bem jurídico,⁶⁶ a ciência jurídico-penal permite hoje afirmar, sem qualquer tipo de receio, a total superação das tradicionais compreensões formal-positivistas dos crimes de perigo abstrato.

Diferente não deve ser o tratamento dado a outras categorias controvertidas do direito penal tradicional cujo interesse e problematicidade têm sido agravados no âmbito do direito penal secundário, como, entre outros, os crimes omissivos próprios e os crimes de resultado cortado. Não acreditamos que a aparente inadequação ou incapacidade explicativa de institutos tradicionais, no que tange principalmente ao direito penal secundário, seja razão suficiente para o seu pronto e fácil afastamento. É evidente que há limites a serem respeitados, sob pena de desconstituição do próprio instituto e é igualmente certo que o direito penal secundário coloca inúmeras dificuldades à manutenção desses limites, porém isso nada mais é do que reflexo das transformações sociais a salientar a dimensão histórica do direito penal. A conclusão sobre o envelhecimento de uma

ciência não se pode dar a partir de uma análise apressada e superficial acerca da sua (in)capacidade em responder aos desafios do seu tempo, mas sim a partir da sua capacidade de superação, aprimorando-se e adequando-se a esses novos desafios. Debruçamo-nos, pois, na busca de soluções que estão muito além da simples e ingênua transposição de categorias historicamente comprometidas ou de um irresponsável niilismo pós-moderno, debruçamo-nos na tentativa de contribuir para uma constante (re)construção do direito penal, tarefa que, sem dúvida, é irrenunciável e está na base de todo saber científico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Suhrkamp, 1994.

AMELUNG, Knut. Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit. In: *Recht und Moral*. Beiträge zu einer Standortbestimmung, org. por Jung, Müller-Dietz e Neumann, Baden-Baden: Nomos, 1991.

BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*. 3. Aufl. Leipzig: von Felix Meyer, 1916, v. III.

BIRNBAUM, J. Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung. *Archiv des Criminalrechts*, 1834.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

DOLCINI, Emilio. Il reato come offesa a un bene giuridico. Un dogma al servizio della politica criminale. In: CANESTRARI, Stefano (org.) *Il diritto penale alla svolta di fine milênio*. Torino: Giappichelli, 1998.

FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

_____. Ler Beccaria hoje. In: BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien jurídico y sistema del delito I: un ensayo de fundamentación dogmática*, Buenos Aires: Julio Cezar Faria, 2004.

FEUERBACH, Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 13. Aufl. Giessen: Georg Friedrich Heyer, 1840.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral* Coimbra: Coimbra Editora, tomo I, 2004.

GÜNTHER, Klaus. Von der Rechts- zur Pflichtverletzung. Ein "Paradigmawechsel" im Strafrecht?. In: *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1995.

HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.

KINDHÄUSER, Urs, *Gefährdung als Strafrecht*. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte. Frankfurt am Main: Klostermann, 1989.

MANTOVANI, Ferrando. Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale. *Rivista italiana di diritto procesuale penale*, 2 (1997).

_____. *Diritto penale: parte generale*. 4. ed. Padova: Cedam, 2001.

_____. Il principio di offensività tra dogmatica e politica criminale. In: CANESTRARI, Stefano (org.) *Il diritto penale alla svolta di fine milênio*. Torino: Giappichelli, 1998.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, v. 1, 2001.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: RT, 1996.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo. Tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, 2004.

ROXIN, Claus. Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit. *ZStW*, 116 (2004).

SGUBBI, Filippo. *Responsabilità penale per omesso impedimento dell'evento*. Padova: Cedam, 1975.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: RT, 2004.

WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. Berlin: Gruyter, 1969.

¹ Afinal, a recuperação de categorias que muito de si deram ao direito penal nada tem de ultrapassado ou insuficiente, afinal, pela própria natureza das coisas, nunca é o que já foi, mas sempre aquilo que pode ser aos olhos do tempo em que é construído, nos limites precisos do processo de edificação que nos permite a espiral hermenêutica.

² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Diritto penale: parte geral* Coimbra: Coimbra Editora, tomo I, 2004, p.109 (grifo do autor).

- ³ FARIA COSTA, José de. *O perigo em direito penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, *passim*.
- ⁴ HEFENDEHL, Roland; HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. *Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?* Baden-Baden: Nomos, 2003.
- ⁵ ROXIN, Claus. Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit. *ZStW*, 116 (2004), p. 944.
- ⁶ SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*. São Paulo: RT, 2004.
- ⁷ Ver, por todos, MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, v. 1, 2001, *passim*.
- ⁸ Sobre a vida e obra de Tiberius Decianus, ver SCHAFFSTEIN, Federico. *La ciencia europea del derecho penal en la época del humanismo*. Tradução Jose Maria Rodriguez Devesa. Madrid: Civitas, p. 1957; p. 81 *et seq.*
- ⁹ *Ibid.*, p.100.
- ¹⁰ Cf. MARINUCCI, DOLCINI, *op. cit.*, p. 430.
- ¹¹ Cf. MARINUCCI, DOLCINI, *op. cit.*, p. 429.
- ¹² SGUBBI, Filippo. *Responsabilità penale per omissio impedimento dell'evento*. Padova: Cedam, 1975, p. 7.
- ¹³ FIANDACA, Giovanni. Laicità e beni tutelati. In: *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, Milano: Giuffrè, v. 1, p. 171.
- ¹⁴ MARINUCCI, DOLCINI, *op. cit.*, p. 430.
- ¹⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução José de Faria Costa, com ensaios introdutórios de José de Faria Costa e Giorgio Marinucci. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, VII, p. 75.
- ¹⁶ FARIA COSTA, José de. Ler Beccaria hoje. In: BECCARIA, Cesare, *Dos delitos e das penas*. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 10.
- ¹⁷ SGUBBI, *op. cit.*, p.16.
- ¹⁸ *Id.*, *ibid.*, p. 14 *et seq.*
- ¹⁹ O que não significa, por certo, que toda violação de um direito subjetivo implique a existência de um ilícito penal. Aqui, oportuna a observação de Sgubbi ao salientar o caráter excepcional da intervenção penal (*op. cit.*, p.18).
- ²⁰ COSTA ANDRADE, Manuel da. *Consentimento e acordo em direito penal: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 43.
- ²¹ FEUERBACH, Anselm Ritter von. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. 13. Aufl. Giessen: Georg Friedrich Heyer, 1840, p. 41 (§19: *Aus obiger Deduction ergibt sich folgendes höchste Princip des peincl. Rechts: Jede rechtliche Strafe im Staate ist die rechtliche Folge eines, durch die Nothwendigkeit der Erhaltung äusserer Rechte begründeten, und eine Rechtsverletzung mit einem sinnlichen Uebel bedrohenden Gesetzes*).
- ²² *Ibid.*, p. 45. (§21. *Dieses [das Verbrechen], im weitesten Sinne, ist daher eine unter einem Strafgesetz enthaltene Beleidigung, oder eine durch ein Strafgesetz bedrohte, dem Recht eines Andern widersprechenden Handlung*).
- ²³ COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 45.
- ²⁴ COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 48 *et seq.*
- ²⁵ Cf. COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 50.
- ²⁶ FEUERBACH, *op. cit.*, p. 48 *et seq.*
- ²⁷ AMELUNG, Knut. Rechtsgutverletzung und Sozialschädlichkeit. In: *Recht und Moral*. Beiträge zu einer Standortbestimmung, org. por Jung, Müller-Dietz e Neumann, Baden-Baden: Nomos, 1991, p. 269.
- ²⁸ AMELUNG, Knut, *op. cit.*, p. 269.
- ²⁹ MARINUCCI, DOLCINI, *op. cit.*, p. 433.

³⁰ MARINUCCI, DOLCINI, *loc. cit.*

³¹ Esta crítica pode ser encontrada já no célebre trabalho de Birnbaum, ao qual se credita o surgimento do conceito de bem jurídico, muito embora o termo “bem jurídico”, propriamente dito – isto é, a tradução para o português da expressão *Rechtsgut* –, tenha sido primeiramente utilizada por Binding, na primeira edição do *Die Normen*, em 1872 (assim, COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 64 *et seq.*). Observava Birnbaum que, se o perigo é uma situação na qual tememos a perda ou a privação de um bem, é totalmente inadequado falar-se em “perigo de um direito” (*Rechtsgefahr*), pois o que estaria em questão é a perda ou privação do objeto do nosso direito, e não o direito em si, insuscetível de ser, *in casu*, reduzido ou suprimido. Inadequação esta que, embora perceptível também nos crimes de lesão – quando então se falaria em “lesão a um direito” (*Rechtsverletzung*) –, vista da perspectiva das situações de perigo, revela-se com ainda maior clareza (BIRNBAUM, J. *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung. Archiv des Criminalrechts*, 1834, p. 172).

³² Birnbaum acreditava que os valores suscetíveis de tutela poderiam advir de uma dimensão natural ou dimensão comunitária, ou seja, poderiam ser dados pela natureza ou ser encontrados no desenvolvimento da sociedade (BIRNBAUM, J., *op. cit.*, p. 177).

³³ BIRNBAUM, J., *op. cit.*, p.172; p. 175 *et seq.*

³⁴ *In verbis*: “dass als Verbrechen nach der Natur der Sache oder als vernunftgemäss im Staate strafbar jede dem menschlichen Willen zuzurechnende Verletzung oder Gefährdung eines durch die Staatsgewalt Allen gleichmässig zu garantirenden Gutes anzusehen sein...” (BIRNBAUM, J., *op. cit.*, p. 179).

³⁵ Para mais detalhes, cf. AMELUNG, *op. cit.*, p. 269 *et seq.*

³⁶ Cf. FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 110; e, do mesmo autor: *Temas básicos da doutrina penal. Sobre os fundamentos da doutrina penal. Sobre a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 43 *et seq.*

³⁷ BIRNBAUM, *op. cit.*, p. 178. Sobre a questão, ver, também, AMELUNG, *op. cit.*, p. 270; GÜNTHER, Klaus. Von der Rechts- zur Pflichtverletzung. Ein “Paradigmawechsel” im Strafrecht?. In: *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1995, p. 452 *et seq.*

³⁸ MARINUCCI, DOLCINI, *op. cit.*, p. 434. Ver, também, COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 53 *et seq.*

³⁹ Em referência crítica sobre a nossa compreensão, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, *op. cit.*, p.290.

⁴⁰ BIRNBAUM, *op. cit.*, p. 178.

⁴¹ Para Binding, bem jurídico é tudo aquilo que, aos olhos do legislador, é valorado como condição de vida saudável da comunidade jurídica, em cuja conservação inalterável e imperturbável a comunidade tem interesse, e que, por isso, através de uma norma, busca evitar uma indesejada lesão ou pôr-em-perigo (BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung*. 3. Aufl. Leipzig: von Felix Meyer, 1916, v. III, p. 353 *et seq.*). Para uma cuidadosa análise da compreensão do bem jurídico em Binding, ver COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 61 *et seq.*

⁴² FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 110 *et seq.*

⁴³ Sobre o direito penal nacional-socialista, cf. GÜNTHER, *op. cit.*, p. 452 *et seq.*; COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 68 *et seq.*, nota 86; MARINUCCI, DOLCINI, *op. cit.*, p. 438 *et seq.*; FERNÁNDEZ, Gonzalo. *Bien jurídico y sistema del delitoI: un ensayo de fundamentación dogmática*, Buenos Aires: Julio Cezar Faria, 2004, p. 31 *et seq.*; entre nós, SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de, *op. cit.*, p. 94 *et seq.*

⁴⁴ Neste exato sentido, porém em referência à Constituição italiana, afirmam MARINUCCI e DOLCINI que, na proposta de Estado delineada na Constituição de 1948, isto é, em um Estado pluralista, laico, inspirado em valores de tolerância, no qual todo o poder emana do povo e que reconhece no homem a sua dignidade e um conjunto de direitos invioláveis, “num Estado desta natureza, dizíamos, o direito penal não pode perseguir fins transcendentais ou éticos; não pode degradar o homem à condição de mero “objeto de tratamento” pelas suas presumíveis tendências anti-sociais, nem pode fazer assentar o crime em meras atitudes interiores ou na vontade pura e simples – de qualquer maneira manifestada – de desobedecer às leis” (MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Constituição e escolha de bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, 4, 1994, p. 152).

⁴⁵ Nada melhor para exemplificar as tendências autoritárias, revestidas de um colorido democrático que hoje tentam o direito penal que o denominado direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*) de Jakobs (cf. JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003; e, de forma crítica,

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo. Tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 47, 2004, p. 31 et seq.).

⁴⁶ O próprio preâmbulo da Constituição Federal brasileira já dá suficiente notícia do modelo de Estado instituído, ou seja, “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”.

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1157.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 1168.

⁴⁹ Para maiores detalhes, remetemos o leitor para o nosso *Ofensividade e crimes omissivos próprios*: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. *Studia Iuridica*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 63 et seq. do manuscrito (no prelo).

⁵⁰ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden-Baden: Suhrkamp, 1994, p. 123.

⁵¹ *Ibid.*, p. 296 et seq.

⁵² MARINUCCI, DOLCINI, *op. cit.*, 2001, p. 489.

⁵³ Nesse mesmo sentido, FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 114; PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: RT, 1996, p. 58; p. 68.

⁵⁴ MANTOVANI, Ferrando. Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale. *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 2 (1997), p. 323. Do mesmo autor, ver, também, *Diritto penale*: parte generale. 4. ed. Padova: Cedam, 2001, p. 196; Il principio di offensività tra dogmática e politica criminale. In: CANESTRARI, Stefano (org.) *Il diritto penale alla svolta di fine milênio*. Torino: Giappichelli, 1998, p. 251.

⁵⁵ MANTOVANI, Ferrando, *op. cit.*, 1997, p. 323 et seq.

⁵⁶ Recepcionando a ofensividade como princípio não sujeito à derroga, FIORE, Carlo. Il principio di offensività. *L'Indice penale*, (1994), p. 279; MARINUCCI, DOLCINI, *op. cit.*, 2001, p. 559; p. 254; DOLCINI, Emilio. Il reato come offesa a un bene giuridico. Un dogma al servizio della politica criminale. In: CANESTRARI, Stefano (org.) *Il diritto penale alla svolta di fine milênio*. Torino: Giappichelli, 1998, p. 214 et seq.

⁵⁷ FARIA COSTA, *op. cit.*, p. 621, nota 130. Nesse sentido, ver também KINDHÄUSER, Urs, *Gefährdung als Strafrecht*. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte. Frankfurt am Main: Klostermann, 1989, p. 168; e D'AVILA, *op. cit.*, p. 104, nota 42, do manuscrito.

⁵⁸ BORGES, Anselmo. O crime econômico na perspectiva filosófico-teológica. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1 (2000), p. 21.

⁵⁹ Acompanhamos a compreensão de direito penal elaborada e desenvolvida por José de Faria Costa, em *O Perigo em direito penal*, para onde remetemos o leitor interessado em um desenvolvimento acurado (FARIA COSTA, *op. cit.*, *passim*). Ver, também, do mesmo autor, *Ilícito típico, resultado e hermenêutica*. Ou o retorno à limpidez do essencial. Seminário internacional de Direito Penal. Universidade Lusíada, Lisboa: Universidade Lusíada, março de 2000.

⁶⁰ FARIA COSTA, *op. cit.*, p. 7.

⁶¹ Assim, FARIA COSTA, *op. cit.*, p. 23. Como bem afirma Lampe, existem duas formas de se pensar o ordenamento jurídico-penal: ou se parte da pena, das conseqüências da regulamentação, em uma orientação tipicamente funcionalista, ou se parte do ilícito penal, dando origem às concepções de base ontológica (LAMPE, Ernst Joachim. Sobre la estructura ontológica del injusto punible. *Revista de Estudos Criminais*, 16 (2004), p. 31 et seq.).

⁶² WELZEL, Hans, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. Berlin: Gruyter, 1969, p. 75.

⁶³ D'AVILA, *op. cit.*, p. 114, nota 64, do manuscrito.

⁶⁴ FARIA COSTA, *op. cit.*, p. 642 et seq.

⁶⁵ Para uma breve exposição de todas estas elaborações, cf. D'AVILA, *op. cit.*, p. 118 et seq., do manuscrito.

⁶⁶ D'AVILA, *op. cit.*, p. 172 et seq., do manuscrito.

CRIME AS AN OFFENSE TO PROPERTY. ELEMENTS FOR LEGITIMATING SECONDARY CRIMINAL LAW.

ABSTRACT

The idea of crime as an offence to property finds in secondary Criminal Law (*Nebenstrafrecht*) a hostile environment but, in an apparent contradiction, also refers to one of the legality areas it has more to offer to. This issue deals with a political and ideological matter which reflects a way of assessing criminal law and crime that is not only appropriate, but also inherent to the legal democratic and social State, and which, once adopted by the Constitution, makes offence to any property a non-refusable exigence to legitimate any offence.

KEYWORDS: Property. Secondary criminal law. Legal democratic and social State. Crime.

LE MODÈLE DE CRIME COMME INFRACTION AU BIEN JURIDIQUE. ÉLÉMENTS POUR LA LÉGITIMATION DU DROIT PÉNAL SECONDAIRE.

RÉSUMÉ

Le modèle de crime comme infraction au bien juridique trouve dans le droit criminel secondaire (*Nebenstrafrecht*) un environnement hostile, bien que, dans un évident paradoxe, aussi il y trouve l'un des espaces de légalité où il a plus à offrir. Il s'agit d'une projection principale sur les bases politique et idéologique qui reflètent une forme de penser le droit criminel et le phénomène criminel non seulement adaptée, mais aussi bien intrinsèque au modèle d'État démocratique et social de droit, et que, une fois adoptée dans la Constitution, soit dans le contexte des principes, soit dans des règles constitutionnelles, transforme toutes les atteintes aux biens juridique-pénaux une exigence majeure pour l'occurrence de tout illicite pénal.

MOTS-CLÉS: Bien juridique. Droit pénal secondaire. État démocratique et social de Droit. Crime.