

A TIPICIDADE PENAL À LUZ DA MISSÃO DO DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

CRIMINAL TYPICALITY UNDER THE MISSION OF CRIMINAL LAW IN DEMOCRATIC STATE OF LAW

Vinícius Barbosa SCOLANZI*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Conceitos e características do direito penal. 2 Alguns princípios limitadores do *ius puniendi*. 2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana. 2.2 Princípio da intervenção mínima. 2.3 Princípio da legalidade. 3 Crítica à aplicação do direito penal. 4 O Estado Democrático de Direito. 5 A missão do direito penal. 6 O conceito analítico de crime. 7 A tipicidade penal inserida no (clássico) conceito analítico de crime. 8 A tipicidade penal sob o enfoque do princípio da ofensividade: o conceito material de delito. Considerações finais. Referências bibliográficas.

RESUMO: Este ensaio almeja apresentar um estudo da tipicidade penal sob o enfoque da função primordial que o Direito Penal desempenha em um Estado Democrático de Direito: a proteção dos bens jurídicos mais importantes à sociedade. Desenvolvido por meio de revisão bibliográfica, foi possível concluir que o sistema penal somente possui incidência legítima no seio social quando direcionado a condutas que causem lesão, ou perigo concreto de lesão, a bens jurídicos penalmente tutelados. A tipicidade penal oriunda da teoria constitucional do Direito Penal não pode se subsumir apenas à adequação formal da conduta ao tipo penal incriminador, sendo imprescindível, para a proteção dos direitos humanos fundamentais consagrados pelo Estado Democrático de Direito, a adoção de um conceito material de delito.

ABSTRACT: This paper aims to present a study about the criminal typicality based on the main function that the Criminal Law develops in a Democratic State of Law: the protection of society's most important juridical assets. Developed by bibliographic review, the study allowed reaching the conclusion that criminal

* Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – Centro de Ciências Sociais Aplicadas – *campus* de Jacarezinho/PR. Pós-graduando em Direito de Estado nas Faculdades Integradas de Ourinhos, FIO. Delegado de Polícia no Estado de São Paulo. E-mail: viscolanzi@hotmail.com. Artigo submetido em 05 de dezembro de 2012. Aprovado em 25 de março de 2013.

system only can be legitimized when its incidence in the social environment is pointed to conducts that cause damage, or at least a real risk of damage, to juridical assets protected by the Criminal Law. The criminal typicality oriented by the Criminal Law's constitutional theory can't subsume only to the formal adequacy of the conduct to the legal dispositive that describes a crime. It is indispensable to protect the human fundamental rights in the Democratic State of Law the adoption of a material concept of crime.

PALAVRAS-CHAVE: Direito constitucional penal; Estado Democrático de Direito; tipicidade material; bem jurídico-penal; princípio da ofensividade.

KEYWORDS: Constitutional criminal Law; Democratic State of Law; criminal typicality, criminal juridical assets; principle of offensiveness.

INTRODUÇÃO

É imprescindível à sociedade a existência de normas jurídicas que disciplinem regras indispensáveis à convivência entre os sujeitos que a compõem. Dentre as diversas formas de controle social que visam a esse fim, há aquela que impõe aos indivíduos a proibição à prática de determinadas condutas, em relação às quais se prevê a aplicação de sanções de natureza penal, e cujo conjunto denomina-se *Direito Penal*.

Destarte, o Direito Penal – como instrumento de controle social – exerce função ímpar na sociedade. Busca possibilitar meios para a convivência social pacífica, através do estabelecimento de tipos penais incriminadores e da aplicação de sanções de caráter penal àqueles que, por meio de seus atos, causem lesão ou exponham a risco concreto bem jurídico de outrem, tutelado penalmente.

O *jus puniendi*, no entanto, não pode ser exercido por seu titular (o Estado) de maneira arbitrária. Em razão da gravidade das sanções impostas por seu intermédio – as quais atingem um dos mais valiosos bens individuais existentes: a liberdade – e dos efeitos drásticos que sua aplicação acarreta para a sociedade e para o indivíduo rotulado como “criminoso”, é indispensável que a incidência do Direito Penal se realize em consonância com os princípios constitucionais que o norteiam e, em igual relevância, com a função por ele exercida em um Estado Democrático de Direito: a proteção de bens jurídicos relevantes à convivência social pacífica. Só assim pode-se falar em um sistema penal legítimo e capaz de equilibrar a relação *ius puniendi versus ius libertatis*.

Nesse contexto é que se torna de extrema relevância o tema proposto neste estudo. O Direito Penal, uma vez inserido no contexto de um Estado Democrático de Direito, e tendo em vista que suas sanções, consoante asseverado alhures, recaem sobre um dos bens individuais mais valiosos do ser humano, deve-se voltar única e exclusivamente à consecução dos fins que legitimam sua

existência: a proteção de bens jurídicos e a pacificação social. Assim, a única forma de garantir a o devido respeito aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana é limitar a incidência das normas penais, condicionando-a aos casos em que haja ocorrido efetiva lesão ou risco concreto a bens jurídicos penalmente tutelados, em efetiva obediência ao princípio da ofensividade.

É evidente que a simples submissão de determinada conduta ao tipo penal descrito em lei não autoriza a aplicação do Direito Penal. Deve ele, pois, somente se insurgir contra as condutas efetivamente lesivas à sociedade e, nessa esteira, uma das formas de garantir a correta utilização dos mecanismos penais é analisar o conceito de crime também sob a ótica material, condicionando a sua existência à efetiva lesão (ou risco concreto de lesão) a bens jurídicos tutelados pela norma penal, devendo-se inserir a tipicidade material no conceito analítico de crime, linha de entendimento da qual não pode fugir o estudo do Direito Penal do *ius libertatis*.

A delimitação do alcance da tipicidade penal por meio da adoção do conceito material de delito é absolutamente necessária à proteção dos direitos fundamentais garantidos àqueles que sofrem a sua incidência, ao possibilitar que as condutas que não sejam capazes de causar lesão a bens jurídicos sejam excluídas do âmbito de aplicação do Direito Penal em sua primeira análise, quando da constatação da tipicidade penal.

1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL

Ao conjunto de normas jurídicas destinadas a possibilitar uma convivência social pacífica dá-se o nome *Direito*. Trata-se, pois, do arcabouço de princípios e regras jurídicas, caracterizadas pela sua coercibilidade, que denotam uma *ordem de conduta humana*¹ destinada a delimitar o espaço de atuação dos agentes de determinada sociedade, possibilitando uma convivência conjunta. Nas palavras de Reale (2005, p. 1).

(...) o Direito é *lei e ordem*, isto é, um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um dos seus membros. Assim sendo, quem age de conformidade com essas regras comporta-se *direito*; que não o faz, age *torto*.

Aliada à conceituação predominantemente objetiva, em um aspecto social, o Direito é visto como instrumento de *controle social*, em relação ao qual asseveram Zaffaroni e Pierangeli (2007, p. 58):

O homem sempre aparece em sociedade interagindo de maneira muito estreita com outros homens. Reúnem-se dentro da sociedade em grupos

¹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 33-37. Coleção Justiça e Direito.

permanentes, alternativa ou eventualmente coincidentes ou antagônicos em seus interesses e expectativas. Os conflitos entre grupos se resolvem de forma que, embora sempre dinâmica, logra uma certa estabilização que vai configurando a estrutura de poder de uma sociedade, que é em parte institucionalizada e em parte é difusa.

O certo é que toda sociedade apresenta uma estrutura de poder, com grupos que dominam e grupos que são dominados, com setores mais próximos ou mais afastados dos centros de decisão. De acordo com essa estrutura, se “controla” socialmente a conduta dos homens, controle que não só se exerce sobre os grupos mais distantes do centro do poder, como também sobre s grupos mais próximos a ele, aos quais se impõe controlar sua própria conduta para não debilitar-se (mesmo na sociedade de castas, os membros das mais privilegiadas não podem casar-se com aquelas pertencentes a castas inferiores).

Para possibilitar, portanto, a convivência social pacífica, o Estado se utiliza de instrumentos de controle social, por meio dos quais exerce efetiva tutela dos interesses sociais e resolve os conflitos oriundos da convivência comum. Tais instrumentos variam desde controles propriamente informais e não institucionalizados (alheios à estrutura estatal e decorrentes da própria sociedade) até instrumentos formais, plenamente estruturados e explícitos, como o Direito.

Isto posto, o Direito Penal também se apresenta sob dois aspectos. Em um enfoque estático e formal, disserta Bitencourt (2010, p. 32):

O Direito penal apresenta-se como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança. Esse conjunto de normas e princípios, devidamente sistematizados, tem a finalidade de tornar possível a convivência humana, ganhando aplicação prática nos casos ocorrentes, observando rigorosos princípios de justiça. Com esse sentido, recebe também a denominação de Ciência Penal, desempenhando igualmente uma função criadora, liberando-se das amarras do texto legal ou da dita vontade estática do legislador, assumindo seu verdadeiro papel, reconhecidamente valorativo e essencialmente crítico, no contexto da modernidade jurídica.

Em sua faceta dinâmica, o Direito Penal consiste em um instrumento de controle social. Evidentemente não o único, mas o mais radical de todos, aspecto sobre o qual lecionam Bianchini, Molina e Gomes (2009, p. 24):

pode-se definir o Direito penal, do ponto de vista *dinâmico* e *social*, como um dos instrumentos do controle social *formal* por meio do qual o Estado,

mediante um determinado sistema normativo (leia-se: mediante normas penais), castiga com sanções de particular gravidade (penas e outras conseqüências afins) as condutas desviadas (crimes e contravenções) mais nocivas para a convivência, visando a assegurar, dessa maneira, a necessária disciplina social bem como a convivência harmônica dos membros do grupo. Esse controle social é dinâmico porque está vinculado a cada momento cultural da sociedade. Acompanha as alterações sociais (ou, pelo menos, deveria acompanhá-las).

Sob esse aspecto, o Direito Penal confunde-se com o sistema penal² propriamente dito, conceituado por Zaffaroni e Pierangeli (2007, p. 65) como “*controle social punitivo institucionalizado*”, e por meio do qual o Estado busca exercer efetivo controle sobre a sociedade, indicando e sancionando condutas inaceitáveis e lesivas aos valores sociais, constituindo, em última análise, meio de criação, efetivação e reafirmação de valores socialmente aceitos.

Portanto, denota-se que o Direito Penal comporta, a rigor, duas concepções que se interligam intimamente. Em primeiro lugar, destina-se a permitir a ingerência do Estado na sociedade, a fim de resolver conflitos de natureza penal e promover a pacificação social. Em segundo, consubstancia-se no conjunto de normas e princípios jurídicos que objetivam prever infrações penais e cominar sanções, também de natureza penal, àqueles que as praticam, conferindo, destarte, ao sistema penal, um âmbito plenamente delimitado de atuação.

Em relação às características do Direito Penal, sobrepõe-se a subsidiariedade e fragmentariedade.

Conforme salientado, embora não seja o único instrumento de controle social existente, o Direito Penal é o mais severo deles, pois impõe sanções que atingem a pessoa humana em um de seus mais importantes direitos: a liberdade. Assim, é forçoso considerar que sua incidência é subsidiária à utilização dos demais sistemas de controle social, estes de aplicação mais branda e benéfica, de maneira que deve o Direito Penal se preocupar apenas com as condutas que, por serem assaz lesivas à sociedade, não foram capazes de ser absorvidas pelos outros instrumentos de controle, o que determina a essência de *ultima ratio* do controle penal. A esse respeito, novamente nas palavras de Bianchini, Molina e Gomes (2009, p. 27):

A pesada máquina estatal da Justiça criminal deve ser reservada para os conflitos mais agudos (ataques intoleráveis a bens jurídicos relevantes)

² Apesar de ter sido apresentada, nesse ponto, uma estreita ligação entre o Direito Penal sob sua conceituação *dinâmica e social* e o “sistema penal”, faz-se mister trazer à baila as lições de Nilo Batista (2007), o qual, seguindo o entendimento sustentado por Zaffaroni e Pierangeli, defende a distinção entre “Direito Penal” e “sistema penal”, ao sustentar que o primeiro deve ser entendido apenas sob seu aspecto estático (embora não utilize esta expressão), enquanto o segundo constitui propriamente um instrumento de controle social.

que requeiram um forte “tratamento cirúrgico”. Os conflitos de de menor entidade podem e devem ser solucionados com instrumentos mais ágeis e socialmente menos gravosos. O Direito penal, em suma, é a *ultima ratio*, isto é, é o último instrumento que deve ter incidência para sancionar o fato desviado (em outras palavras: só deve atuar subsidiariamente).

A fragmentariedade, intimamente ligada à subsidiariedade, apregoa que não deve o Direito Penal se ater a todas as lesões a bens jurídicos, mas tão somente àquelas mais graves, direcionadas aos interesses mais relevantes da sociedade e que, por não terem sido absorvidas pelos outros instrumentos de controle social, são capazes de instaurar certa insegurança à convivência comum. De acordo com o entendimento de Munõs Conde (apud, GRECO, 2009, p. 4),

(...) nem todas as ações que atacam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, nem tampouco todos os bens jurídicos são protegidos por ele. O Direito penal, repito mais uma vez, se limita somente a castigar as ações mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, daí seu caráter ‘fragmentário’, pois que de toda a gama de ações proibidas e bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, o Direito penal só se ocupa de uma parte, fragmentos, se bem que da maior importância.

Desta feita, em um Estado Democrático de Direito é imprescindível o reconhecimento de que o Direito Penal somente deve atuar no meio social como a última instância do sistema de resolução de conflitos e, ainda assim, desde que estes possuam gravidade ímpar e envolvam bens jurídicos extremamente relevantes à sociedade, dotados de dignidade penal.

2 ALGUNS PRINCÍPIOS LIMITADORES DO *IUS PUNIENDI*

2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O Princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se em posição de destaque no Estado Democrático de Direito e no estudo do Direito Penal do *ius libertatis*. Mais do que garantia fundamental, a dignidade da pessoa humana está inserida no contexto jurídico como *fundamento* do Estado brasileiro, consoante se depreende pelo comando inserido no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como **fundamentos**: I – a soberania; II – a cidadania; **III – a dignidade da pessoa humana**; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político (destaque não original).

A busca por um conceito de *dignidade* não é tarefa fácil³, embora haja, em âmbito doutrinário, diversas definições a seu respeito. Conceituando o termo, Sarlet (2007, p. 62) aduz:

(...) temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A importância desse princípio é claramente destacada por Greco (2008, p. 58), ao ponderar que:

(...) de todos os princípios fundamentais que foram sendo conquistados ao longo dos anos, sem dúvida alguma, se destaca, entre eles, o *princípio da dignidade da pessoa humana*. Trata-se, entretanto, como já dissemos anteriormente, de um dos princípios mais fluidos, mais amplos, mais abertos, que podem ser trabalhados não somente pelo Direito Penal, como também pelos outros ramos do ordenamento jurídico.

Considerando que a dignidade da pessoa humana se apresenta como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito, é inegável que ela condicione também toda produção e aplicação do Direito Penal.

Com efeito, erigida como um dos princípios estruturantes (art. 1º, III), a dignidade humana é o fundamento máximo constitucional em matéria penal e, quando da elaboração do ordenamento penal, deixa de ser apenas um imperativo axiológico-normativo-constitucional para se tornar também um imperativo axiológico-normativo-penal. (TAIAR, 2008, p. 76)

Aliás, a influência do princípio da dignidade da pessoa humana no âmbito penal é tamanha a ponto de se reconhecer que todos os outros princípios e garantias fundamentais dele derivam. Assim, a dignidade constitui a base na qual todos os

³ “(...) mesmo reconhecendo a sua existência, conceituar *dignidade da pessoa humana* continua a ser um enorme desafio. Isto porque tal conceito encontra-se no rol daqueles considerados como *vagos e imprecisos*. É um conceito, na verdade, que, desde a sua origem, encontra-se em um processo contínuo de construção. Não podemos, de modo algum, edificar um muro com a finalidade de dar contornos precisos a ele, justamente por ser um conceito aberto” (GRECO, 2008, p. 55).

outros princípios limitadores do Direito Penal se assentam. Por essa razão, é inadmissível que se conceba qualquer afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, e esta condição só será garantida na medida em que todos os outros direitos fundamentais também o sejam, pois, novamente consoante salienta Sarlet (2007, p. 87),

(...) o que se pretende sustentar de modo mais enfático é que a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que “atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais”, exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade.

Eis, portanto, o valor máximo do Estado Democrático de Direito e do Direito Penal do *ius libertatis*.

2.2 Princípio da intervenção mínima

Em razão do rigor de suas sanções e dos efeitos maléficos oriundos da incidência do Direito Penal, não se pode conferir a ele a tarefa de regular e punir todas e quaisquer condutas capazes de causar lesão a direito alheio. Deve o Direito Penal se insurgir apenas contra as condutas que atinjam a sociedade em seus valores mais caros e, assim, que sejam capazes de causar grande instabilidade e insegurança, abalando a convivência social pacífica. É nesse sentido que se apresenta o princípio da intervenção mínima.

Na medida em que o caráter fragmentário do Direito Penal veda a sua incidência sobre toda e qualquer conduta considerada *ilícita*, senão apenas sobre aquelas que, além de *ilícitas*, possam causar demasiada instabilidade e insegurança social, o princípio da intervenção mínima, ligado à subsidiariedade do sistema penal⁴, apregoa que o Direito Penal deve ser considerado a última via de controle social, somente acionado quando a violação à ordem social não puder ser contida pelos outros ramos da Ciência Jurídica, tais como o Direito Civil ou o Direito Administrativo. Orienta, ainda, a construção de um Direito Penal enxuto, no sentido de que deve apresentar normatização restrita e suficiente à consecução dos fins almejados por esse sistema de controle social.

Nas palavras de Bitencourt (2010, p. 43),

⁴ Na linha do entendimento ora esposado, Capez apresenta uma íntima ligação entre o princípio da intervenção mínima e o caráter subsidiário do Direito Penal, estudado em outro momento. Observe a passagem: “Da intervenção mínima decorre, como corolário indistacável, a característica de subsidiariedade. Com efeito, o ramo penal só deve atuar quando os demais campos do Direito, os controles formais e sociais tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer essa tutela” (CAPEZ, 2007, p. 19).

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a *criminalização* de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Batista (2007, p. 85) assevera que:

O princípio da intervenção mínima não está expressamente inscrito no texto constitucional (de onde permitira o controle judicial das iniciativas legislativas penais) nem no código penal, integrando a política criminal; não obstante, impõe-se ele ao legislador e ao intérprete da lei, como um daqueles princípios imanentes a que se referia Cunha Luna, por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídicos-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do estado de direito democrático.

Além de apresentar uma importante limitação ao *ius puniendi* estatal, no sentido de reservar ao Direito Penal um caráter de último meio de controle social, preocupado apenas com os fragmentos de ilicitudes incapazes de serem absorvidos pelos outros ramos do Direito, o princípio da intervenção mínima possui atuação impar também no processo de descriminalização⁵ e despenalização⁶ do Direito Penal.

2.3 Princípio da ofensividade

Visto que o Direito Penal se consubstancia no instrumento de controle social mais drástico e grave dentre todos os existentes, é evidente que sua atuação não pode prescindir da existência de grave lesão, ou da ameaça concreta de lesão, a bens juridicamente relevantes à sociedade, dotados de dignidade penal. Eis, pois,

⁵ “O processo de descriminalização significa dizer que a conduta deixa de constituir um ilícito penal, quer no âmbito do Poder Legislativo, quando então estamos nos referindo à *descriminalização formal*, quer no seio social, hipótese em que será uma *descriminalização de fato*” (ROBERTI, 2001, p. 138-139).

⁶ “(...) despenalizar significa adotar institutos ou penas e medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que visam a, sem rejeitar o caráter ilícito da conduta, dificultar ou evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução ou, ainda, pelo menos, sua redução” (GOMES, *apud*, ROBERTI, 2001, p. 144).

o princípio da ofensividade do fato, por meio do qual se suscita a necessidade de grave ofensa a tais bens jurídicos, ou ao menos de ameaça concreta de grave lesão, para que se possa cogitar a existência de crime capaz de impulsionar a aplicação do sistema penal.

Consoante preleciona Gomes (2002, p. 29),

O princípio da ofensividade – nullum crimen sine iniuria –, como postulado político-criminal nuclear que emana do conjunto axiológico-normativo do Estado Constitucional de Direito, ancorado nos direitos fundamentais, e ainda tendo em consideração o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, passa a constituir a essência do *modelo de delito* (injusto) compreendido como fato (típico) “objetivamente” ofensivo, é dizer, fato merecedor da sanção penal porque causou uma lesão ou perigo de lesão ao bem tutelado.

Em um Estado Democrático de Direito, amplamente comprometido com a proteção e efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana, não se pode conceber a existência de um Direito Penal desvinculado do princípio da ofensividade. Este, aliás, mais do que mera diretriz destinada a limitar o exercício do *ius puniendi*, consubstancia-se, em última análise, em um dos pilares de todo o sistema penal.

O axioma *nullum crimen sine iniuria* – que conta com uma inequívoca inspiração liberal e que *hic et nunc* é admitido como eixo de todo o sistema penal – encontra ressonância constitucional e legal, isto é, encontra eco tanto nos modernos modelos de Estado, que se caracterizam por ser constitucionais e democráticos de direito, como nos códigos e leis penais (BIANCHINI, MOLINA e GOMES, p. 314).

A respeito das limitações impostas pelo princípio em comento, verifica-se que dele decorrem efeitos relacionados tanto à função legislferante criminal (função político-criminal) quanto à própria atividade de interpretação e aplicação da lei penal (função dogmática). Nesse ponto, aduz Bitencourt (2010, p. 52):

O *princípio da ofensividade* no Direito Penal tem a pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos: no primeiro, *servir de orientação à atividade legislferante*, fornecendo substratos político-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes; no segundo plano, *servir de critério interpretativo*, constringendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido

É possível cogitar, ainda, mais um efeito decorrente do princípio da ofensividade. Trata-se da alteridade ou transcendentalidade inerente ao Direito Penal, a qual, para Capez (2007, p. 13),

(...) proíbe a incriminação de atitude meramente interna, subjetiva do agente e que, por essa razão, revela-se incapaz de lesionar o bem jurídico. O fato típico pressupõe um comportamento que transcenda a esfera individual do autor e seja capaz de atingir o interesse de outro (*altero*).

Em síntese, considerando a gravidade das sanções impostas pelo instrumento de controle social denominado Direito Penal, bem como tendo em vista a sua primordial função em um Estado Democrático de Direito (qual seja, como se verá adiante, a proteção de bens jurídicos relevantes à convivência social), não há como se sustentar a existência de infração penal sem que dela decorra lesão, ou ameaça concreta de lesão, ao bem jurídico penalmente tutelado, do que se denota que o princípio da ofensividade constitui, ao lado da dignidade da pessoa humana, verdadeiro alicerce de todo o sistema penal comprometido com o *ius libertatis*.

3 CRÍTICA À APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL

Consoante ventilado alhures, o Direito Penal apresenta-se como instrumento de controle social, destinado a aferir quais os valores mais caros à sociedade e a protegê-los de condutas capazes de lhes causar grave lesão ou grave exposição a risco concreto de lesão. Essa proteção, sabe-se, é realizada por meio da previsão de sanções penais, as quais possuem alto nível de lesividade e dirigem-se à restrição dos direitos mais sagrados da pessoa humana, em especial, a liberdade. É por essa razão que se aduz que o Direito Penal promove a tutela de bens jurídicos através da violação de bens jurídicos.

Assim, embora não se possa negar a importância desse meio de controle social para a pacificação de conflitos e para a promoção de uma convivência social pacífica, não se pode deixar de perceber, também, a violência decorrente de sua aplicação, porquanto, consoante preleciona Queiroz (2008, p. 109),

Falar em direito penal é falar inevitavelmente de violência, mas não apenas da violência que é caracterizada pelos fatos considerados delituosos (homicídio, latrocínio, estupro), como é falar também da violência que é o próprio direito penal e seus modos de atuação, pois ele é em si mesmo violência, seletiva, desigual, e de discutível utilização, de sorte que tão grave e importante quanto o controle da violência é a violência do controle.

Mas não é apenas em sua sanção que se verifica o malefício do Direito Penal, a legitimar o discurso por uma intervenção mínima e amplamente limitada

pelos princípios constitucionais penais que o orientam. Também da incidência do controle penal no meio social decorrem efeitos secundários tão danosos, se não mais, quanto a reprimenda aplicada.

Da análise crítica e política do Direito Penal depreende-se que a primeira característica que lhe é peculiar diz respeito à seletividade, que ocorre nas duas fases de sua incidência, denominadas *criminalização primária* e *criminalização secundária*.

Por meio da criminalização primária, segundo aduz Greco (2008, p. 137), “(...) o Estado seleciona determinados comportamentos existentes em nosso meio social, em tese ofensivos a bens jurídicos, proibindo-os ou impondo-os sob a ameaça de uma sanção de natureza penal, mediante uma lei por ele formalmente editada”.

Assim, no momento da elaboração dos tipos penais, preocupa-se o Estado em selecionar quais valores deverão ser protegidos e erigidos à posição de bens jurídico-penais. Nesse momento, ocorre a prevalência dos valores mais afetos às classes dominantes, que possuem em suas mãos o poder de legislar, em detrimento daqueles mais caros aos dominados.

Já na fase *secundária* de criminalização, o Estado, antes de direcionar o *ius puniendi* à repressão de condutas lesivas à sociedade, inicia uma atividade de seleção dos destinatários que receberão a reprimenda penal, os quais, de maneira geral, estão posicionados nas camadas sociais menos favorecidas, quase sempre desprovidas de tutela estatal e de condições dignas de vida. Nesse sentido, Zaffaroni e Pierangeli (2007, p. 56) apontam que:

(...) chama também a atenção o fato de que na grande maioria dos casos os que são chamados de “delinquentes” pertencem aos setores sociais de menores recursos. Em geral, é bastante óbvio que quase todas as prisões do mundo estão povoadas por pobres. Isto indica que há um processo de seleção das pessoas às quais se qualifica como “delinquentes” e não, como se pretende, um mero processo de seleção das condutas ou ações qualificadas como tais.

Acerca desse ponto, apresentando números perturbadores acerca do sistema prisional brasileiro, Sica (2002, p. 51) alerta que:

A seletividade é uma marca histórica e indissociável do sistema penal. O *ius puniendi*, longe de sua conformação contratual, tem sido exercido em função dos interesses de grupos dominantes ou de Estado (se é que ambos estão distantes).

Dados do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária apontam que: 2-3 da população carcerária são negros e mulatos; 76% são analfabetos ou semi-alfabetizados; 95% são absolutamente pobres, 98% não têm condições de contratar um advogado e 72% dos processos criminais são

por roubo e furto.

Em razão dessa seletividade, verifica-se que a noção de um Direito Penal igualitário, capaz de se fazer incidir sobre todos os que cometam delitos, por mais penoso que seja, não passa de mero ideal. O controle punitivo institucionalizado dirige-se, quase que em sua totalidade, aos membros das camadas sociais mais pobres, os quais, por sua condição, são muitas vezes compelidos a delinquir (note-se, consoante passagem acima colacionada, que a grande maioria dos delitos perpetrados contemplam como objeto jurídico o patrimônio).

Os delitos “de colarinho branco” passam, em geral, despercebidos pelo sistema penal, não por serem inofensivos à sociedade (diga-se de passagem, o mal oriundo desses delitos é tão grave, se não mais, quanto de quaisquer outros), mas sim porque seus agentes, pessoas dotadas de boa condição financeira, *status* social e com aparência de bem sucedidas, não foram selecionados pelo Direito Penal como “delinquentes”.

Nessa perspectiva, operam outras duas características do controle social penal: o etiquetamento e as chamadas *cifras ocultas*.

As *cifras ocultas* se referem ao fato de que o Direito Penal não se insurge contra todas as condutas lesivas aos valores sagrados da sociedade, agindo em um ínfimo número delas, quais sejam, aquelas condutas que afetam os bens tidos como importantes para a classe dominante e que tenham sido praticadas por agentes selecionados para sofrer a incidência do controle punitivo institucionalizado.

A teoria do etiquetamento (*labeling approach*), desenvolvida pelo sociólogo Emile Durkheim, aponta que o Direito Penal, ao selecionar e punir os destinatários de suas normas, rotula-os como *criminosos*, fazendo com que toda a sociedade, a partir desse momento, passe a considerá-los como tal, presumindo, em muitos casos, a sua periculosidade.

Nas palavras de Greco (2008, p. 43-44),

O processo de etiquetamento induz que, a partir do momento em que o sujeito delinqüe, a sociedade já passa a estigmatizá-lo como *delinqüente*. Aquele que praticou o delito já começa a ser reconhecido por ele próprio como marginal.

Uma vez adquirido o *status* de desviado ou de delinqüente, é muito difícil modificá-lo, por duas razões:

- a) pela dificuldade da comunidade aceitar novamente o indivíduo etiquetado;
- b) porque a experiência de ser considerado delinqüente, e a publicidade que isso comporta, culminam em um processo no qual o próprio sujeito se concebe como tal.

Ademais, é nítido o fato de que o processo de seleção e rotulação dos

delinquentes lhes confere, justamente pela ausência de perspectivas de reabilitação e de melhoria de suas condições, incentivo para a prática reiterada de crimes, o que culmina com a criação de uma verdadeira carreira delituosa. Sobre esse aspecto, prelecionam Zaffaroni e Pierangeli (2007, p. 71):

O sistema penal, em um significativo número de casos, especialmente em relação aos delitos patrimoniais – que são a maioria –, promove condições para a criação de uma carreira criminal. Particularmente, dentre as pessoas originárias das camadas mais humildes da sociedade, o sistema seleciona aqueles que, tendo caído em uma primeira condenação, surgem como bons candidatos a uma segunda criminalização, levando-os ao ingresso no rol dos desviados, como resultado do conhecido fenômeno psicológico do “bode expiatório”. Induvidosamente, isto constituiu uma inqualificável violação dos Direitos Humanos, e o sistema penal, ao insistir com a pena, nada mais faz do que engrossar esse rol, e até leva o indivíduo à destruição.

Conclui-se, portanto, que o Direito Penal, por meio da seleção dos valores a serem protegidos e da escolha daqueles que serão tratados como “delinquentes”, contribui para a chamada *verticalização* da sociedade, aumentando a repressão das classes menos favorecidas e trabalhando, em última análise, como meio de perpetuação do poder e de promoção das desigualdades sociais. Nesse ponto, a corroborar o entendimento sustentado por esse singelo ensaio, é que se emprega ao Direito Penal do *ius libertatis*, intimamente ligado aos princípios limitadores do *ius puniendi* (em especial, ao princípio da ofensividade e da intervenção mínima) e aos valores da dignidade da pessoa humana, a função de limitar o âmbito de atuação criminal e de diminuir os efeitos nefastos que dela derivam.

4 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O estudo científico acerca de um sistema punitivo suscita a análise do modelo teórico de Estado no qual se pretende vê-lo inserido, porquanto, de acordo com os ensinamentos de Queiroz (2008, p. 113),

Definir os fins e os limites do direito de punir pressupõe, por conseguinte, conhecer os fins e os limites do próprio Estado. E o faz a Constituição Federal, explícita ou implicitamente, fixando as bases e os limites do direito penal, que é o braço armado da Constituição Nacional. Os limites do direito penal são os limites do Estado.

Nessa toada, não se pode conceber o estudo do modelo punitivo em testilha, consubstanciado em um Direito Penal minimalista e intimamente ligado aos valores da dignidade da pessoa humana e aos princípios dela decorrentes, sem que esteja ele inserto no modelo teórico ditado pelo *Estado Democrático de Direito*. Afinal,

A solução ou a supressão dos conflitos acontece de acordo com o modelo preponderante (Estado de Polícia ou Estado de Direito). No primeiro, a supressão dos conflitos ocorrerá com base na disciplina hierarquicamente estabelecida. Parte-se da ideia de que, se cada indivíduo se mantiver em seu nível hierárquico, não haverá conflitos. (...) Já no segundo, buscar-se-á, sempre, a resolução dos conflitos, possibilitando, desta forma, a manutenção da paz social. A solução almejada visa satisfazer ambas as partes, tendo como pressupostos as normas já estabelecidas. Verifica-se, no Estado de Direito, uma preocupação com todos os envolvidos no conflito e com o respeito às normas preexistentes, independentemente de quem venha a favorecer, visto que todos são considerados igualmente dignos. Está claramente presente nesta perspectiva de Estado o respeito ao princípio da igualdade. (CANTERJI, 2008, p. 64/65).

Diante desse contexto, passa-se agora à análise dos fins e fundamentos do *Estado Democrático de Direito*, modelo teórico de Estado no qual se pressupõe inserido o Direito Penal do *ius libertatis*⁷.

Apontando suas origens, Dallari (2009, p. 145) leciona que:

A idéia moderna de um *Estado Democrático* tem suas raízes no século XVIII, implicando a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado tendo em vista a proteção daqueles valores.

E segundo salienta Cunha Júnior (2010, p. 512):

A origem do Estado de Direito está vinculada à luta da burguesia contra o absolutismo que dominava até a metade do século XVIII. Tinha por bandeira, basicamente, a *submissão de todos, sobretudo do Estado, ao império da lei*; a *separação de poderes* e a *declaração de direitos individuais*.

O *Estado Democrático de Direito*, então, surge como resposta aos abusos perpetrados pelo regime absolutista (Estado de Polícia), no qual o *rei* era visto como figura soberana e acima de qualquer questionamento, sendo que a ordem jurídica e as instituições estatais possuíam apenas uma única razão de ser: conferir perpetuidade e o aumento dos poderes do detentor do trono. O *Estado Democrático de Direito* nasce, pois, do clamor social à construção de um Estado de todos, capaz de se submeter ao regime das leis e de conferir efetividade aos valores

⁷ Ressalta-se: a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte em 5 de outubro de 1988, em seu artigo 1º, *caput*, dispõe que a República Federativa do Brasil constitui-se em *Estado Democrático de Direito*, e apresenta como um de seus fundamentos a *dignidade da pessoa humana*.

inerentes à pessoa humana.

Em relação aos seus alicerces, baseia-se o *Estado Democrático de Direito* no ideal de participação popular direta ou indireta, na afirmação, proteção e efetivação dos direitos fundamentais e dos valores da dignidade da pessoa humana, e no fundamento de que todos estão submetidos ao primado da lei. Possui como alicerce o *governo do povo e para o povo*, e a existência de uma ordem jurídico-legal que prima pela *legalidade* e pela efetivação dos *direitos humanos fundamentais*.

Novamente nas palavras de Cunha Júnior (2010, p. 511-512),

Evidentemente, o *Estado Democrático de Direito* é princípio fundamental que reúne os princípios do *Estado de Direito* e do *Estado Democrático*, não como simples reunião formal de seus respectivos elementos, tendo em vista que revela um *conceito novo* que os supera, mas como providência de transformação do *status quo* e garantia de uma sociedade pluralista, livre, justa e solidária, em que todo o poder emane do povo e seja exercido em benefício do povo, com o reconhecimento e a afirmação dos direitos humanos fundamentais que possam realizar, na sua plenitude, a dignidade da pessoa humana.

(...) O Estado Democrático de Direito, portanto, é Estado Constitucional submetido à Constituição e aos valores humanos nela consagrados.

Nessa baila, em eloquente passagem, Bulos (2009, p. 390) salienta que o Estado Democrático de Direito

(...) reconhece a República Federativa do Brasil como uma ordem estatal justa, mantenedora das liberdades públicas e do regime democrático. A força e intensidade desse princípio projeta-se em todos os escaninhos da vida constitucional brasileira. Transmite a mensagem de que *Estado de Direito e Democracia* bem como *Democracia e Estado de Direito* não são ideias redundantes ou pleonásticas, porque inexistem dissociadas. Como princípio fundamental, a voz *Estado Democrático de Direito* veicula a ideia de que o Brasil não é um *Estado de Polícia*, autoritário e avesso aos direitos e garantias fundamentais. Em suma, a República Federativa do Brasil é um *Estado Democrático de Direito*, porque assegura direitos inalienáveis, sem os quais não haveria democracia nem liberdades públicas.

Da concepção de *Estado Democrático de Direito* exsurge interessante rol de princípios que atuam como seu alicerce, e que apresentam íntima ligação com aqueles destinados a limitar a atuação punitiva estatal. Pode-se perceber, desta feita, que o *Estado Democrático de Direito* fundamenta-se nos valores da dignidade

da pessoa humana e objetiva promover o desenvolvimento social com a afirmação e proteção dos direitos humanos fundamentais. A *liberdade individual*, direito humano fundamental mais atingido pelas sanções penais, também conta com especial proteção nesse modelo teórico de Estado, somente se concebendo como legítima a sua afronta quando dela sobressair o caráter de *ultima ratio* de proteção social.

Verifica-se que o ideal de um *Estado Democrático de Direito*, porquanto se coloca como óbice à arbitrariedade estatal, condicionando a legitimidade de sua atuação à participação social democrática do povo e ao respeito aos valores da dignidade da pessoa humana, também se apresenta como freio à existência de um sistema penal descomedido e arbitrário.

Esse é o motivo pelo qual a correta delimitação do ideal de *Estado Democrático de Direito* é importante para a compreensão do Direito Penal do *ius libertatis*.

5 A MISSÃO DO DIREITO PENAL

Sabe-se que a sociedade não está imune ao desenvolvimento de conflitos e, por essa razão, faz-se imprescindível a institucionalização pelo Estado de sistemas de controle social formais, pois:

Através dos sistemas de controle social é que se impõe os limites ao comportamento dos integrantes do grupo social, de forma a permitir o bom funcionamento das relações sociais e manter suas formas de vida e cultura (SMANIO e FABRETTI, 2010, p. 95).

O Direito Penal, consoante fixado alhures, consiste no mais drástico sistema de controle social institucionalizado. Trata-se, portanto, de uma das formas pelas quais o Estado busca proteger as instituições sociais, proporcionando meios para uma convivência pacífica e equilibrada e dando aos agentes sociais a segurança de que eventuais conflitos oriundos desse relacionamento não deixarão de ser por ele absorvidos.

Pode-se esboçar, destarte, uma primeira função do Direito Penal, qual seja, a de proteção da própria sociedade e das relações humanas nela desenvolvidas. Nas palavras de Roxin (2006, p. 16-17),

(...) das fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos.

No entanto, conquanto almeje a proteção social, considerando a inserção do sistema penal em um Estado Democrático de Direito, balizado pelos valores da dignidade da pessoa humana e comprometido com a efetivação dos direitos fundamentais – dentre os quais, a *liberdade* –, tem-se que incidência do Direito Penal só encontra legitimidade quando desenvolvida em estrita obediência a seu caráter fragmentário e subsidiário, o que se alcança apenas quando a atuação penal estatal é dirigida exclusivamente à proteção dos bens jurídicos mais importantes ao seio social.

Aliás, conforme lição de Queiroz (2008, p. 114),

Em uma teoria que pretenda refundar o papel do direito penal, relegitimando-o a partir dos valores e princípios constitucionais, não pode desconhecer as funções reais que ele cumpre. Vale dizer, para redefinir os fins que se deve creditar ao direito penal é preciso ter seriamente em conta as suas limitações estruturais: seletividade, localidade, excepcionalidade, contingencialidade, consequencialidade etc.

Há de se convir, portanto, que o Direito Penal visa garantir o convívio e o desenvolvimento social pleno, por meio da proteção dos bens jurídicos mais importantes à sociedade, e consoante disserta Gomes (2002, p. 18),

Exclusivamente quando esse bem existencial (consubstanciado numa relação social e valorado positiva e juridicamente) resulta significativamente afetado, perturbando a convivência em sociedade, é que a (drástica) sanção *penal* cobra sentido. Se a norma penal (para além de impor coativamente uma determinada pauta de conduta) existe sobretudo para salvaguarda de um bem jurídico, não basta a mera intenção do autor (sua “vontade má”) ou que a conduta apenas se exteriorize (princípio da materialidade da ação ou fato) ou tampouco que se realize a descrição “formalista” da lei (subsunção formal do fato à descrição típica).

No modelo teórico de estado no qual se funda toda essa investigação científica, qual seja, o *Estado Democrático de Direito*, e novamente consoante salienta Queiroz (2008, p. 116-117), evidencia-se,

(...) em face do princípio da inviolabilidade da liberdade (CF, art. 5º), que a liberdade é neste regime a regra; a não-liberdade, a exceção. Disso resulta que toda restrição jurídico-penal no particular há de pressupor a absoluta necessidade e adequação desse modo cirúrgico de intervenção estatal, vale dizer, violações autorizadas da liberdade pelo direito penal somente podem ser toleradas quando necessárias à afirmação da liberdade mesma, razão pela qual crime só pode consistir numa lesão grave à

liberdade de alguém, isto é, lesão a um bem jurídico definido (...).

De fato, a violação da *liberdade* como forma punitiva só encontra guarida no Estado Democrático de Direito quando dotada de caráter absolutamente excepcional, e desde que exercitada como resposta à lesão a bens jurídicos fundamentais de igual ou maior *status*. Somente diante de grave violação a bem jurídico fundamental é que há espaço para a atuação coercitiva estatal.

Em outras palavras, o Estado Constitucional e Democrático de Direito, que tem lastro nos direitos humanos fundamentais, baseia-se estruturalmente na idéia de *liberdade*, que se consubstancia sempre em um bem ou interesse que vai permitir seu exercício. Uma das missões primordiais do Direito penal, conseqüentemente, outra não pode ser senão a de proteção (fragmentária e subsidiária) de bens existenciais que nada mais significam singularmente que uma liberdade. A essência da infração penal, é dizer, da teoria do injusto penal, destarte, “desde a perspectiva constitucional, caracteriza-se como um ataque à liberdade alheia (à coexistência das liberdades); ao mesmo tempo, e precisamente por isso, como lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido”. (GOMES, 2002, p. 26-27).

Em outra perspectiva, é também por meio da proteção de bens jurídicos que o sistema penal atinge outra finalidade, consubstanciada na reafirmação dos valores sociais de maior apreço e prestígio, porquanto o processo de seleção daqueles bens jurídicos, agora dotados da qualidade de *bens jurídicos-penais*, constitui reflexo do que a sociedade considera primordial para a sua proteção. Segundo preleciona Batista (2007, p. 111),

(...) a missão do direito penal *defende* (a sociedade), *protegendo* (bens, ou valores, ou interesses), *garantindo* (a segurança jurídica, ou a confiabilidade nela) ou *confirmando* (a validade das normas); ser-lhe-á percebido um cunho *propulsor*, e a mais modesta de suas virtualidades estará em *resolver* casos.

Há, ainda, uma terceira função do Direito Penal a que se deve fazer referência: ele atua, também, como instrumento de garantia dos cidadãos contra eventuais arbitrariedades estatais decorrentes do exercício do direito de punir, fixando pressupostos e limitando a sua própria incidência no meio social.

Não se pode ignorar ainda que o direito penal tem um papel importante de garantidor dos direitos fundamentais frente ao arbítrio realizável pelo Estado ou pelo indivíduo, já que lhe cabe delimitar os pressupostos e

limites da intervenção penal e processual, assim como os direitos e deveres da vítima e do próprio réu. O direito e processo penais trançam os lindes do *jus puniendi*, seja quanto aos poderes, deveres e direitos do Estado, seja quanto aos do réu, seja quanto aos da vítima. Por meio do direito penal previnem-se também eventuais reações públicas ou privadas arbitrárias, mesmo que em caráter precário (QUEIROZ, 2008, p. 119).

Denota-se, então, que o Direito Penal visa, primordialmente, garantir o desenvolvimento pleno das relações e do convívio social, por meio da seleção e *proteção de bens jurídicos fundamentais*. De modo reflexo, atua ele também como meio de afirmação dos valores sociais mais caros, porquanto são a estes valores que ele dirige a sua proteção. E finalmente, exerce função eminentemente garantidora, apresentando pressupostos, limites e regramentos para o exercício do *ius puniendi* estatal.

De tudo se chega ao entendimento de que, uma vez inserto em um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal não pode se afastar da função primordial que o legitima, qual seja, a de *proteger os bens jurídicos mais caros à sociedade*, proporcionando, dessa forma, condições para a coexistência pacífica e equilibrada entre os cidadãos, sob o primado dos valores da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos fundamentais, fixando e reafirmando os valores sociais mais importantes, e atuando como limite ao exercício do *ius puniendi*.

A concepção de um sistema punitivo inserido em um Estado Democrático de Direito não pode prescindir do respeito aos princípios constitucionais que o norteia e dos valores da dignidade da pessoa humana, os quais só são observados na medida em que o sistema penal é concebido em sua forma minimalista, fragmentária e voltada apenas a um objetivo: a proteção de bens jurídicos fundamentais. E a atuação sua na sociedade só é legítima diante da ocorrência de lesão – ou ameaça concreta de lesão – aos bens jurídicos por ele tutelados.

6 O CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME

O conceito analítico de crime destina-se a apresentar os requisitos (ou pressupostos) necessários à existência da infração penal. Esta forma de conceituação, logo, é de grande valia para o estudo da teoria geral do delito, uma vez que permite a separação e a investigação isolada dos elementos que constituem a infração penal.

O conceito analítico de crime é basicamente desenvolvido em duas concepções: a *bipartida* e a *tripartida*.

De acordo com a primeira delas – a *bipartida* –, crime é *fato típico e antijurídico*, sendo que a *culpabilidade* (juízo de reprovabilidade da conduta do agente) não figura entre os elementos deste conceito, mas sim, constitui pressuposto para a aplicação da pena.

Essa concepção bipartida, consoante disserta Santos (*apud*, GOMES e

MOLINA, 2009, p. 141),

(...) afirma a unidade conceitual entre a tipicidade e a antijuridicidade, como dados integrantes do tipo de injusto, que admitem operacionalização analítica separada, mas não constituem categorias diferentes do injusto penal. O tipo legal é a descrição da lesão de bens jurídicos e a antijuridicidade é um juízo de valoração do comportamento descrito no tipo legal, formando o conceito de tipo de injusto.

Acerca do fato típico, primeiro elemento integrante da constituição da infração penal, dissertam Zaffaroni e Pierangeli (2007, p. 337):

Tecnicamente, chamamos *tipos* a estes elementos da lei penal que servem para individualizar a conduta que se proíbe com relevância penal. Assim, por exemplo, “matar alguém” (tipo de homicídio – art. 121, *caput*); “subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel” (tipo de furto – art. 155, *caput*); “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça” (tipo de estupro – art. 213) etc.

Quando uma conduta se ajusta a algum dos tipos legais, dizemos que se trata de uma conduta típica ou, o que é o mesmo, que a conduta apresenta a característica de tipicidade.

Já a respeito do segundo elemento do conceito analítico de delito, ensinam os precitados autores:

A antijuridicidade é, pois, o choque da conduta com a ordem jurídica, entendida não só como uma ordem normativa (antinormatividade), mas como uma ordem normativa e de preceitos permissivos.

O método, segundo o qual se comprova a presença da antijuridicidade, consiste na constatação de que a conduta típica (antinormativa) não está permitida por qualquer causa de justificação (preceito permissivo), em parte alguma da ordem jurídica (não somente no direito penal, mas tampouco no civil, comercial, administrativo, trabalhista etc.) (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2007, p. 490).

Para a formulação bipartida, então, a infração penal é composta pelo fato típico, compreendido como a existência de uma conduta que se amolda à descrição típica incluída em uma norma penal incriminadora, e pela antijuridicidade, a qual revela que a conduta – ou seja, o fato típico – é também contrário ao Direito.

De outra parte, de acordo com a segunda acepção – a *tripartida* –, o elemento *culpabilidade* encontra-se incluída no conceito de crime, o que leva a concluir que crime é *fato típico, antijurídico e culpável*. Para Gomes e Molina (2009, p. 142),

O sistema tripartido clássico (amplamente majoritário na doutrina penal atual) não só sustenta que são três as categorias que compõem o delito (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) como admite a plena autonomia de cada uma delas. Crime, portanto, seria o fato típico, antijurídico e culpável (exigindo-se três estágios autônomos de valoração).

Portanto, para o sistema tripartido, só haverá crime caso a conduta praticada corresponda a uma descrição típica (fato típico), seja contrária ao Direito (antijurídica) e, ainda, se sobre ela recair um juízo de reprovabilidade, revelado pela existência de culpabilidade em relação ao agente que a praticou.

Embora seja a concepção tripartida majoritariamente adotada entre os doutrinadores, deve-se destacar que é a concepção bipartida a que mais se coaduna com a dogmática penal brasileira. Isso porque, com o advento da reforma penal veiculada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, a teoria geral do crime, no Código Penal brasileiro, passou a ser orientada pela teoria finalista (que substituiu a teoria causalista anteriormente adotada), segundo a qual o dolo e a culpa, antes inseridos no plano da culpabilidade, passaram a integrar a conduta (um dos elementos do fato típico). Assim, a culpabilidade, diante do finalismo, perdeu os únicos elementos que interessavam para a existência do crime, passando ela, portanto, a reger apenas a possibilidade de aplicação da pena *stricto sensu*.

Com o finalismo de Welzel (cujo apogeu, na doutrina européia, se deu entre 1945 e a década de sessenta do século passado) o tipo penal passou a ser composto de duas dimensões: a objetiva e a subjetiva. Esta última era integrada pelo dolo ou culpa (que foram deslocados da culpabilidade para a tipicidade). No temo do causalismo (e do neokantismo) o dolo e a culpa constituíam formas de culpabilidade. Pertenciam à culpabilidade. O deslocamento para a tipicidade veio a acontecer com o finalismo de Welzel (GOMES e MOLINA, 2009, p. 158).

A culpabilidade, então, não figura como elemento do crime, mas sim revela um dos pressupostos para a aplicação da pena. A adoção de entendimento contrário traria consequências de ordem técnica e prática impossíveis de serem contornadas pela dogmática penal brasileira.⁸

⁸ Um exemplo ajuda a sustentar a adoção pela concepção bipartida do conceito analítico de crime, em detrimento da tripartida. O artigo 180, *caput*, do Código Penal, que descreve o delito de receptação, pune a conduta daquele que adquiri, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabia ser produto de *crime*. De acordo com a *teoria tripartida*, *crime é fato típico, antijurídico e culpável*. Assim, caso um adolescente (inimputável) furtasse um bem e posteriormente o vendesse a outrem, referido bem não poderia ser considerado produto de crime, uma vez que a ausência do *juízo de reprovabilidade de sua conduta (culpabilidade)*, em razão da inimputabilidade, acarretaria a atipicidade do fato e, consequentemente, a inexistência de crime. E diante dessa circunstância, o terceiro adquirente, mesmo que soubesse da procedência ilícita do produto, não poderia ser punido pela prática de receptação, em razão da ausência de uma das elementares do tipo penal.

Portanto, conclui-se que, sob o prisma analítico, na dogmática brasileira a infração penal é conceituada como *fato típico* e *antijurídico*.

7 A TIPCIDADE PENAL INSERIDA NO (CLÁSSICO) CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME

Os elementos que compõem a infração penal, segundo acima demonstrado, são o fato típico e a antijuridicidade.

Para se verificar a existência de um fato típico, e assim iniciar a perquirição acerca de sua antijuridicidade, é necessário proceder a um juízo de compatibilização entre a conduta investigada e o ordenamento jurídico penal. Uma vez constatado que a conduta se subsume perfeitamente a um tipo penal incriminador, diz-se tratar de uma conduta típica, ou seja, revestida de tipicidade⁹. Nas palavras de Bitencourt (2010, p. 304),

Há uma *operação intelectual* de conexão entre a infinita variedade de fatos possíveis na vida real e o modelo típico descrito na lei, Essa operação consiste em analisar se determinada conduta apresenta os requisitos que a lei exige, para qualificá-la como infração penal, chama-se “juízo de tipicidade” (...).

Quando o resultado desse juízo for positivo significa que a conduta analisada reveste-se de *tipicidade*. No entanto, *a contrario sensu*, quando o *juízo de tipicidade* for negativo estaremos diante da *atipicidade* da conduta.

Assim, para se cogitar a existência de um fato típico, exige-se, em primeiro lugar, a existência de uma conduta humana voluntária e dirigida a um determinado fim. Esta conduta, em segundo lugar, deve ser a causa de um resultado naturalístico ou, ao menos, jurídico. Por fim, deve a conduta passar por um juízo positivo de tipicidade (ou adequação típica), a qual, segundo Greco (2009, p. 25), significa a “subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal, isto é, a um tipo penal incriminador”.

Mas para a teoria bipartida clássica do conceito analítico de crime, o juízo de tipicidade necessário para a existência de um fato típico se satisfaz apenas com a adequação formal da conduta ao tipo penal, não havendo necessidade de se proceder qualquer juízo material referente a sua ofensividade. Assim, a mera subsunção da conduta à norma penal incriminadora satisfaz o juízo de tipicidade formal requerido pela doutrina clássica.

A tipicidade é uma decorrência natural do princípio da reserva legal: *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*. Tipicidade é a conformidade do

⁹ Diz-se que o fato típico (ou a tipicidade) possui um caráter indiciário de ilicitude.

fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal. (...) Um fato para ser adjetivado de típico precisa adequar-se a um modelo descrito na lei penal, isto é, a conduta praticada pelo agente deve *subsumir-se na moldura descrita na lei* (BITENCOURT, 2010, p. 305).

No entanto, sob os ditames da teoria constitucionalista do delito, e considerando, ainda, os valores consagrados pelo Estado Democrático de Direito, a tipicidade penal não pode ser compreendida sob o aspecto meramente formal, mas deve, sobretudo, ser analisada sob o aspecto material. A tipicidade penal, segundo se dissertará a seguir, é constituída pela tipicidade formal e pela tipicidade material.

8 A TIPICIDADE PENAL SOB O ENFOQUE DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE: O CONCEITO MATERIAL DE DELITO

O Direito Penal é considerado o meio de controle social mais drástico dentre todos os existentes. Além de suas sanções incidirem sobre um dos valores mais caros aos cidadãos (a liberdade), a sua atuação no meio social provoca efeitos indiretos nefastos, que contribuem para o aumento das desigualdades sociais e para a repressão das classes menos favorecidas.

Assim, no *Estado Democrático de Direito*, o qual, consoante sustentado alhures, está ancorado nos valores da dignidade da pessoa humana e no respeito aos direitos fundamentais, dentre os quais se destaca a liberdade, valor diretamente atacado pelas sanções penais, não se pode conceber a existência de um sistema de penal sem que ele esteja, de igual forma, regido pelo respeito aos direitos e garantias individuais e aos valores oriundos da dignidade da pessoa humana, e orientado pelos princípios constitucionais penais. Essa compatibilização pode ser alcançada com a limitação do âmbito de atuação do Direito Penal, dirigindo-o apenas à consecução de sua missão primordial na sociedade.

Conforme argui D'Avia (2009, p. 53):

Pode-se observar, mesmo que de forma muito breve, a absoluta falta de sentido em se falar de liberdade como direito constitucional fundamental e, simultaneamente, permitir a criminalização irrestrita do seu exercício. Ora, se toda incriminação resulta em uma forte limitação à liberdade de agir – a tipificação pode ser vista como um processo de ponderação de bens, no qual a liberdade cede em prol da tutela de um outro valor como a vida, no homicídio; o patrimônio, no furto, etc. –, essa limitação, de modo a respeitar a condição de direito constitucional fundamental do bem jurídico liberdade, deve atender a pressupostos mínimos, entre eles, a tutela exclusiva de valores dotados de nível constitucional – isto é, de valores que se encontram em uma relação de harmonia com a ordem axiológica jurídico-constitucional – e detentores de um tal conteúdo

axiológico, que justifique a forte restrição à liberdade ocasionada pela incriminação. Logo, uma restrição que se faz possível somente quando indispensável para a tutela de particulares bens jurídicos, de bens jurídicos providos de uma significativa e suficiente consistência axiológica, enfim, de bens dotados de dignidade jurídico-penal. Ou, de forma ainda mais clara: a liberdade, enquanto valor constitucional fundamental, somente pode ser restringida quando o seu exercício implicar a ofensa de outro bem em harmonia com a ordem axiológico-constitucional.

A missão do Direito Penal no Estado Democrático de Direito consiste na exclusiva proteção, fragmentária e subsidiária, dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade. A atividade de criminalização, destarte, não pode incidir sobre valores de menor importância ou irrelevantes para a convivência social, da mesma forma que estão excluídas de seu âmbito de incidência questões eminentemente morais ou ideais vinculados apenas a um segmento social. De igual forma, o exercício do *ius puniendi* também deve operar nesse sentido, de maneira que a infração penal não constitui mera transgressão à norma incriminadora, mas sim, deve constituir uma transgressão aos valores por ela protegidos.

Segundo aduz Roxin (2006, p. 39), “(...) Consistindo a missão do Direito Penal na proteção de bens jurídicos, então o injusto penal deve manifestar-se como o menoscabo de um bem jurídico, isto é, como lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico”.

Para a teoria constitucional do delito, portanto, é inegável a importância dos princípios constitucionais limitadores do Direito Penal, que se apresentam como meio para estreitar o âmbito de incidência desse sistema de controle social e garantir que a sua atuação na sociedade seja sempre legítima e compatível com os valores inerentes ao Estado Democrático de Direito. E ainda em posição de maior destaque se encontra o princípio da ofensividade, que condiciona a atuação do Direito Penal no meio social à criminalização de condutas capazes de lesionar bens jurídicos dotados de dignidade penal.

Assim é que a concepção analítica de crime até aqui apresentada, em quaisquer de suas construções (bipartida ou tripartida), não contempla em sua estrutura o elemento necessário para compatibilizá-la aos fins do Direito Penal no Estado Democrático de Direito. Isso porque, a mera subsunção formal de uma conduta, ainda que antijurídica, a um tipo penal não é suficiente para fazer surgir a figura de um delito. A análise constitucional da teoria geral do delito, portanto, deve-se iniciar pela construção de um conceito material de delito.

Nesse mesmo sentido, Gomes (2002, p. 15) ensina que:

Para fundamentar as premissas que acabam de ser referidas, impende considerar que no Estado Constitucional de Democrático de Direito, fundado nos direitos fundamentais, o Direito penal (particularmente o

Direito penal que envolve o *ius libertatis*), em razão dos custos e da violência que significa, somente se *justifica* quando presentes algumas exigências ético-políticas (externas), e uma delas consiste em que o agente unicamente pode ser responsabilizado pelo fato cometido quando tenha causado uma *concreta ofensa*, ou seja, uma lesão ou ao menos um efetivo perigo de lesão para o bem jurídico que constitui o centro de interesse da *norma penal*.

Com efeito, o estudo do delito sob os ditames da teoria constitucional do Direito Penal está condicionado à adoção, pela dogmática penal, de um conceito material de delito, o qual, no entendimento de D'Avila (2009, p. 51),

(...) corresponde, em um primeiro momento, a uma compreensão político-ideológica estabelecida nos ideais de um Estado laico, liberal, tolerante, pluralista e multicultural, comprometido com a dignidade humana e com o reconhecimento de direitos fundamentais, em clara e assumida oposição a Modelos de Estado autoritários, erigidos na persecução de objetivos éticos, na punição de inclinações anti-sociais e na mera infração ao dever. Afinal, como a própria história demonstra, não só a compreensão do ilícito sempre disse muito sobre o modelo de Estado em que é implementada, como o Modelo de Estado sobre a aceção de ilicitude que recepciona.

Aliás, para o precitado autor, no sistema penal brasileiro a ofensividade encontra guarida na própria Constituição Federal. Em suas palavras,

A ofensividade é, sem dúvida, por inúmeras razões, uma exigência constitucional. Aliás, parece-nos possível encontrar elementos ara 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, podemos, mediante a admissão de uma proposição de ordem e paz a cargo do Estado de Direito, 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 confirmador

(D'AVILA, 2009, p. 69/70)

Para que se possa cogitar a intervenção penal na sociedade é imprescindível, destarte, a prática de uma conduta antijurídica que se subsuma formalmente à descrição contida em um tipo penal incriminador (tipicidade formal) e que ela, sobretudo, seja hábil a lesionar ou ao menos a expor a risco concreto de lesão determinado bem jurídico penalmente tutelado (tipicidade material). Assim é que o conceito analítico de crime ditado pela teoria constitucional do Direito Penal não pode prescindir de nenhum desses elementos, pelo que se conclui que crime consiste em um fato formal e materialmente típico e antijurídico.

Atualmente, a tipicidade:

(...) deve ser admitida como formal e também material. Já não se pode menosprezar o lado material da tipicidade. A locução “fato típico” é exageradamente reducionista: doravante devemos falar sempre em “fato formal e materialmente típico” (GOMES e MOLINA, 2009, p. 137).

É o que consiste, na visão de Rogério Greco, a tipicidade conglobante.

Para que ocorra a chamada tipicidade conglobante, devemos verificar se o comportamento formalmente típico praticado pelo agente é: *a)* antinormativo; *b)* materialmente típico. A tipicidade conglobante surge quando comprovado, no caso concreto, que a conduta praticada pelo agente é considerada antinormativa, isto é, contrária à norma penal, e não imposta ou fomentada por ela, bem como ofensiva a bens de relevo para o Direito Penal (tipicidade material) (GRECO, 2009, p. 25/26).

Deste modo, é perfeitamente possível concluir que, sob o prisma da teoria constitucionalista do delito, a tipicidade penal não se realiza apenas com a adequação formal da conduta ao tipo penal incriminador, pois, para além da tipicidade formal (mera adequação típica), é imprescindível a existência de ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal, isto é, a tipicidade material. E ainda, é preciso que a ofensa oriunda da conduta seja grave o bastante a legitimizar a incidência do Direito Penal como última forma de controle social, pois,

Para *justificar* a intervenção penal (que é a mais severa das intervenções), será imprescindível, em conseqüência, que a conduta externa praticada (formalmente típica e subjetiva ou normativamente imputável ao agente) não só concretize a descrição legal (típica), senão também que ofenda concretamente (lesão ou perigo) o bem jurídico protegido, que, no caso, é a vida, sob determinadas condições ou circunstâncias (*i.e.*, consubstanciada numa relação social) (GOMES, 2002, p. 24).

A infração penal, por conseguinte, não é apenas infração à norma proibitiva, mas acima de tudo é infração aos valores por ela tutelados, de forma que não se pode mais cogitar o estudo do conceito analítico de crime, dentro da perspectiva do Direito Penal do *ius libertatis*, apenas sob a estruturação fato formalmente típico e antijurídico. É forçosa a adoção, pela dogmática penal brasileira, do conceito material de delito, pelo qual este se verifica apenas diante de uma conduta formal e materialmente típica e, ao mesmo tempo, antijurídica.

A incidência do Direito Penal, então, só encontra legitimidade quando estritamente direcionada à realização da sua missão no Estado Democrático de Direito, qual seja, a pacificação social por meio da exclusiva proteção de bens jurídicos primordiais para a convivência coletiva. Essa proteção, deve-se acrescentar, desenvolve-se de forma subsidiária e fragmentária, uma vez que o Direito Penal do *ius libertatis* é concebido como a *ultima ratio* entre todos os sistemas de controle social.

Uma tal concepção onto-antropológica do direito penal, percebida e recepcionada juridicamente através do *modelo de crime como ofensa a bens jurídicos-penais*, não só, vale reiterar, atribui ao ilícito uma *posição privilegiada* na estrutura da dogmática do crime, eis que portador, por excelência, do juízo de desvalor da infração enquanto elemento capaz de traduzir para além da intencionalidade normativa, também a própria função do direito penal, como propõe a noção de *ofensa a bens jurídicos*, a noção de *resultado jurídico* como a pedra angular do ilícito-típico. De forma sintética: *não há crime (legítimo) sem ofensa a um bem jurídico-penal*. Proposição que pretende, para além de expressar um inequívoco ideário político-ideológico, assumir-se como formulação principalmente constitucional (D'AVILA, 2009, p. 50/51).

Na perspectiva da teoria constitucional do Direito Penal, e diante dos valores consagrados pelo Estado Democrático de Direito, o delito passa a ser compreendido, novamente nas palavras de Gomes e Molina (2009, p. 126), “como fato formal e materialmente típico. (...) a tipicidade penal, doravante, nos crimes dolosos, é a soma da tipicidade formal + tipicidade material (ou valorativa) + tipicidade subjetiva”.

Portanto:

Para o juízo (positivo) de tipicidade penal, em sentido *material e constitucional*, já não bastará, destarte, a mera realização formal da conduta descrita na *fattispecie*. O fato concreto, para ser *típico*, requer: (1) a realização da conduta descrita (subsunção formal da conduta ao tipo), (2) a imputação objetiva e subjetiva ou normativa da conduta (dolo ou culpa) e (3) a necessária produção de um *resultado jurídico* (afetação – lesão ou

perigo concreto de lesão – do bem jurídico protegido). (GOMES, 2002, p. 40).

A análise ontológica do injusto penal, realizada segundo a concepção material do delito, contribui também para a satisfação da missão social positiva do sistema penal no Estado Democrático de Direito, já que o Direito Penal, segundo se salientou alhures, ao exercer uma função protetora de bens jurídicos, auxilia na criação do conjunto de valores sociais tidos como mais importantes para a convivência comum pacífica.

A esse respeito, consoante aduz Capez (2007, p. 2),

Ao prescrever e castigar qualquer lesão aos deveres ético-sociais, o Direito Penal acaba por exercer uma função de formação do juízo ético dos cidadãos, que passam a ter bem delineados quais os valores essenciais para o convívio do homem em sociedade.

Assim, na medida em que esses valores são absorvidos da própria sociedade, segundo uma atividade perceptiva constante das mutações sociais, é possível inferir que o Direito Penal legítimo e democrático constitui reflexo do próprio seio social, e constitui meio para a promoção e confirmação de seus valores.

Portanto, o Direito Penal não pode ser utilizado pelas classes dominantes como instrumento de controle destinado à manutenção e perpetuação do poder, por meio da confecção de um sistema punitivo opressor e discriminativo, voltado à punição apenas das classes menos favorecidas¹⁰. Esse pensamento utilitarista não deve se sobrepor aos fins sociais do Direito Penal, porquanto, novamente segundo leciona Capez (2007, p. 4),

(...) o Direito Penal deve ser compreendido no contexto de uma formação social, como matéria social e política, resultado de um processo de elaboração legislativa com representatividade popular e sensibilidade capaz de captar tensões, conflitos e anseios sociais.

Ainda nesta perspectiva, ao destacar a função primordial do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, o conceito material de delito colabora com a realização de um juízo de compatibilização vertical de todo o ordenamento jurídico penal com os preceitos consagrados pela Constituição Federal, porquanto somente permite erigir à posição de bens jurídicos-penais aqueles valores sociais derivados ou compatíveis com o texto magno.

¹⁰ Um exemplo dessa inaceitável visão utilitarista do Direito Penal é apresentado por Capez (2007, p. 3), ao mencionar um histórico episódio ocorrido durante o Nazismo, no qual por meio da "(...) Ordenança de 9 de março de 1943, expedida pelo Ministro da Justiça do *Reich* visando reduzir o número de pessoas não pertencentes à raça ariana na Alemanha, descriminalizou-se o aborto praticado por estrangeiras, punindo-se apenas o cometido por Alemãs”.

De todo o exposto, conclui-se que o Direito Penal do *ius libertatis*, orientado pela teoria constitucional do delito, pelos valores da dignidade da pessoa humana e pelo respeito aos direitos fundamentais, não pode se conformar com a concepção analítica de delito em sua faceta puramente formal. É imprescindível, por conseguinte, que o delito seja estudado sob o prisma das funções do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, de maneira a determinar a inclusão no conceito analítico de crime a chamada *tipicidade material*, consubstanciada pela existência de grave lesão (ou, ao menos, efetivo risco de lesão) ao bem jurídico tutelado pela norma penal. Só assim se pode considerar legítima a incidência do Direito Penal na sociedade e, acima de tudo, pode-se reputar justificados os efeitos drásticos dela oriundos. Portanto, todo o estudo da dogmática penal deve – e é evidente que assim o seja – ser pautado pela concepção material do delito.¹¹

A compatibilização da relação *ius puniendi versus ius libertatis*, definitivamente, só se faz possível mediante a adoção de um sistema penal orientado pelo princípio da ofensividade e restrito à proteção de bens jurídicos dotados de dignidade penal, porquanto apenas diante de uma grave lesão a esses valores é que se pode cogitar a restrição da liberdade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista todas as ideias concatenadas neste estudo, faz-se possível sustentar, à guisa de conclusão, que o Direito constitui um instrumento de controle social. Desta feita, o Direito Penal – entendido como o arcabouço de normas jurídicas que estipulam proibições de natureza penal e as sanções correspondentes – também se apresenta, dinamicamente, como um sistema de controle social institucionalizado. E, ainda que não seja o único, é o mais radical de todos, pois as sanções dele oriundas atingem os cidadãos em um de seus valores mais caros, qual seja, a liberdade, direito fundamental a todos garantido e que constitui reflexo da dignidade da pessoa humana.

Além disso, sua atuação no meio social causa efeitos secundários nefastos, tais como a seletividade que lhe é inerente, observada nas fases de criminalização primária e secundária, o etiquetamento, e a cifras ocultas. Logo, ainda que não se possa negar a importância do Direito Penal para a existência social pacífica, um olhar crítico acerca desse instrumento de controle social não permite deixar de apontar as mazelas que o circundam, pelo que sua incidência, para ser legitimada, deve ser mínima e estritamente voltada à consecução de seus fins sociais.

Nessa perspectiva, uma vez inserto em um Estado Democrático de Direito, modelo teórico de Estado fundado nos valores da dignidade da pessoa humana e intimamente comprometido com a proteção e a realização dos direitos fundamentais, o Direito Penal só conta com uma atuação legítima se sua incidência

¹¹ “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” (D’AVILA, 2009, p. 59).

no seio social, além de se caracterizar como fragmentária e subsidiária, estiver compatibilizada com os princípios penais constitucionais que o limitam e orientada à realização de sua missão primordial: a proteção dos bens jurídicos fundamentais para a sociedade. Somente assim é possível compatibilizar a aparente antinomia existente entre o *ius puniendi* e o *ius libertatis*, na medida em que a restrição da liberdade individual ditada pelas sanções penais só encontra espaço em razão da necessidade de proteção, contra grave lesão ou sua ameaça, de valores de igual relevância social.

Desta feita, tem-se que o conceito analítico de delito ditado pela dogmática penal clássica, seja em sua estrutura bipartida (crime = fato típico + antijurídico), seja em sua estrutura tripartida (crime = fato típico + antijurídico + culpável), não contempla em sua essência a ofensividade necessária à legitimação do Direito Penal inserido no âmbito do Estado Democrático de Direito, uma vez que, para essa concepção formalista, para a existência de uma infração penal seria suficiente a constatação de um juízo positivo de tipicidade formal, concebida apenas como a perfeita subsunção da conduta praticada a um tipo penal incriminador, aspecto que, por si só, constituiria a tipicidade penal.

Essa perspectiva formalista, no entanto, não se coaduna com os valores consagrados pelo Estado Democrático de Direito e pela teoria constitucionalista do delito, que suplicam a formulação de um Direito Penal minimalista em sua essência, intimamente comprometido com os direitos humanos fundamentais e com os valores da dignidade da pessoa humana, capaz, de maneira subsidiária e fragmentária, de proteger de lesão, ou da ameaça concreta de lesão, os bens jurídicos dotados de dignidade penal. E a busca pelo Direito Penal do *ius libertatis* não pode prescindir da análise da ofensividade inerente a esse instrumento de controle social.

De todos os princípios constitucionais penais, ao lado da dignidade da pessoa humana, valor fundamental do Estado Democrático de Direito e da República Federativa do Brasil, e do qual derivam todos os outros princípios e garantias fundamentais, encontra-se em posição de destaque o princípio da ofensividade, exigência constitucional e legítima em um Estado Democrático de Direito a determinar a imprescindibilidade da existência de grave lesão ou, ao menos, de risco concreto de lesão, para a existência da infração penal, de forma a limitar a incidência do Direito Penal na sociedade.

Destarte, em razão da ofensividade, não se pode considerar infração penal a mera transgressão à norma incriminadora, senão quando esteja a transgressão dotada de indiscutível aspecto ofensivo, estando apta a lesionar ou, ao menos, a expor a risco concreto de lesão, o bem jurídico penalmente tutelado. O juízo de tipicidade penal necessário à configuração de um crime, por conseguinte, não constitui apenas a subsunção da conduta ao tipo penal incriminador (tipicidade formal), mas, sobretudo, não pode prescindir da ocorrência de lesão (ou perigo concreto de lesão) ao bem objeto da proteção penal (tipicidade material).

A orientação conferida pelo Estado Democrático de Direito, desta feita, determina que só pode ser reputada legítima e justificável a incidência do Direito Penal no seio social quando estiver ela voltada ao desempenho de sua missão primordial, revelada pela proteção, fragmentária e subsidiária, dos valores mais importantes para a convivência comum pacífica, os quais são, por essa razão, dotados de dignidade penal e, portanto, merecedores da tutela penal.

Essa proteção é realizada por meio da previsão de sanções penais, que só podem ser justificadas quando direcionadas à repressão de condutas aptas a causar grave lesão (ou ameaça concreta) aos bens jurídicos tutelados pela norma penal. Portanto, não se pode olvidar que o mero desrespeito à norma penal não satisfaz a exigência da ofensividade para possibilitar a utilização do Direito Penal como forma de controle social. A tipicidade penal, desta feita, deve ser analisada sob o aspecto formal e material, determinando a necessidade, para a existência do crime, além da antijuridicidade, da ocorrência de um juízo positivo de subsunção da conduta ao tipo penal incriminador e, acima de tudo, da indiscutível ofensividade da conduta, observada quando esta for capaz de lesionar, ou colocar em risco concreto de lesão, o bem jurídico tutelado pela norma penal.

A inclusão da tipicidade material no conceito analítico de crime é exigência oriunda do próprio Estado Democrático de Direito e dos princípios que o orientam, uma vez que, para se conferir respeito aos valores da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais, frontalmente atacados pelas sanções penais e pelos efeitos secundários por elas determinados, não se pode desvincular o Direito Penal da primordial missão social que o legitima e o justifica: a proteção de bens jurídicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal*. Introdução e princípios fundamentais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Coleção Ciência Criminais, v.1.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, vol. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. 39. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BULOS, Uadi Lammego. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANTERJI, Rafael Braude. *Política criminal e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogad, 2008.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*, vol. 1. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. Bahia: Jus Podivm, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. 28. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Série “As Ciências Criminais no Século XXI – v. 5”.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. *Direito penal*. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Coleção Ciência Criminais, v.2.

GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

_____. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Coleção Justiça e Direito.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROBERTI, Maura. *A intervenção mínima como princípio no direito penal brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2001.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SMANIO, Gianpaolo Poggio; FABRETTI, Humberto Barrionuevo. *Introdução ao direito penal: criminologia, princípios e cidadania*. São Paulo: Atlas, 2010.

TAIAR, Rogério. *A dignidade da pessoa humana e o direito penal: a tutela penal dos direitos fundamentais*. São Paulo, SRS Editora, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, vol. 1. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.