**OS CONTORNOS ATUAIS DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE NO DIREITO PENAL**

Túlio Arantes Bozola [[1]](#footnote-1)

**RESUMO**

O presente estudo tem como objetivo investigar até em que ponto o princípio da ofensividade, que considera que toda incriminação deva ter por finalidade a proteção de bens jurídicos de lesões ou exposições a perigo, pode atuar como limitador do direito de punir do Estado. Nesse sentido, objetiva-se traçar fundamentos para que tal princípio seja relativizado, de forma a se tornar compatível com um Estado Democrático de Direito, em prol de um direito penal funcionalizado e eficaz, pautado pela proteção de bens jurídicos necessários à garantia da dignidade da pessoa humana. Para cumprir o mister proposto neste estudo, elegeu-se a pesquisa teórica, pautada na análise da doutrina nacional e estrangeira, em especial a doutrina italiana, a espanhola e a alemã, com a compilação e revisão de material bibliográfico acerca dos temas propostos.

**Palavras-chave:** Ofensividade. Bem jurídico penal. Princípios penais.

***ABSTRACT***

*The purpose of the present study is to investigate to what extent the principle of offense, which considers that any criminal offense should have as its objective the protection of legal property from injury or danger exposure, may act as a limitation of the State's right to punish. In this sense, the objective is to lay the foundations for such a principle to be relativized, so as to be compatible with a Democratic Rule of Law, in favor of a functionalized and effective criminal law, based on the protection of legal assets necessary to guarantee the dignity of Human person. To fulfill the mister proposed in this study, the theoretical research was chosen, based on the analysis of national and foreign doctrine, especially Italian, Spanish and German doctrine, with the compilation and review of bibliographical material on the proposed themes.*

***Keywords:*** *Offensive. Criminal legal asset. Criminal Principles.*

# INTRODUÇÃO

A transposição da ideia de prevenção dos novos riscos ao sistema penal trouxe um conflito para o âmbito de funcionamento das estruturas e instituições que foram moldadas a partir da ideia de direito penal clássico, de cunho individualista e pautado no modelo liberal burguês de construção do sistema jurídico.

As novas formas de criminalidade que surgiram após a modernização reflexiva não receberam respostas eficazes, eis que a sociedade sofreu profundas transformações, mas o modelo de enfrentamento dos dilemas criminais não acompanhou de forma satisfatória a velocidade destas.

Esse fator foi determinante para uma incompreensão, por parte dos legisladores e dos operadores do Direito, desse novo quadro e para o nascimento de um Direito penal marcado pela edição de leis simbólicas ou até mesmo inconstitucionais.

Nesse contexto, o princípio da ofensividade e sua correlação com diversos tipos penais não obteve, até agora, a devida atenção do legislador ou mesmo da ciência do Direito penal. O caminho para alcançar seu pleno reconhecimento, tanto no plano político criminal como na práxis, certamente não está livre de complicações, mas é digno ser percorrido.

A análise do princípio da ofensividade demonstra que Direito penal pós-moderno deve se organizar para o enfrentamento dos dilemas criminais hodiernos, pois o sistema jurídico-penal, eminentemente voltado para o controle social, precisa se mostrar um meio hábil para o enfrentamento das novas demandas sociais criadas pela sociedade mundial de risco.

O estudo é atual, sobretudo porque o Direito penal, como mecanismo de controle social, deve se adaptar à dinâmica da sociedade e produzir reações que sejam capazes de atender à política social dos tempos atuais e ao mesmo de respeitar os ditames dos princípios constitucionais penais. Se o Direito penal deve ser chamado a preservar bens valiosos e essenciais de certas condutas que a eles sejam ofensivas, deve-se examinar de qual maneira e em que medida elas se apresentam.

Para cumprir o mister proposto neste estudo, elegeu-se a pesquisa teórica, pautada na análise da doutrina nacional e estrangeira, em especial a doutrina italiana, a espanhola e a alemã.

# OS LIMITES IMPOSTOS PELOS PRINCÍPIOS CONSTUCIONAIS PENAIS

O poder punitivo do Estado desemboca necessariamente no tema dos seus limites. Porque todo poder dentro do Estado Constitucional e Democrático de Direito não é poder absoluto, senão um poder submetido a limites.

Dois fatores conferem especial relevância ao estudo dos limites do jus puniendi. Em primeiro lugar, os fortes efeitos da intervenção penal, com seu impacto destrutivo e com elevadíssimos custos sociais. Em segundo, a vocação intervencionista do Estado “social”, que potencializa a sua presença e emprega todos os meios eficazes para resolver os conflitos e conduzir a convivência social (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p.370).

Na era da globalização, em virtude da incontrolada força que conquistou a linha político-criminal punitivista, o Direito penal acabou experimentando uma exagerada expansão, de forma que o velho e clássico Direito penal liberal, construído a partir do Iluminismo, encontra-se totalmente deformado (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p.28).

Se a pretensão é de um Direito Penal que tenha coerência com o modelo de Estado adotado na Carta Magna de 1988 (Estado Constitucional e Democrático de Direito), não há outro caminho a percorrer senão fazê-lo observar todos os limites decorrentes da Constituição vigente.

Da conjugação do Direito penal com a Constituição, deve-se extrair a conclusão de que vários são os princípios constitucionais penais que funcionam como limites internos do poder punitivo. Alguns se expressamente contemplados na Constituição (igualdade, legalidade, etc.) e outros são implícitos.

Todos os princípios constitucionais penais convergem para o princípio-síntese do Estado Constitucional e Democrático de Direito, que é o da dignidade humana. Este, sem sombra de dúvida, é o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais.

**2.1. OS CONTORNOS DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE NA SOCIEDADE ATUAL**

O princípio da ofensividade, objeto deste estudo, nasceu com o movimento de secularização do direito. Por força desse princípio, não poderia existir qualquer crime sem ofensa ao bem jurídico (nullum crimen sine iniuria). Ou seja, houve uma mudança de paradigma: crime e moral (ou pecado), para crime e ofensa de bem jurídico (GRECO, 2009, p.77).

Vários dos autores pesquisados (a título de exemplo: MARINUCCI e DOLCINI, 2001; MANTOVANI, 1997; MANES, 2005) conferem ao princípio da ofensividade o status de eixo de todo o sistema penal, reconhecido não apenas como expressão político-ideológica do Estado, mas também como critério material de validade, normativamente recepcionado tanto em âmbito penal, como constitucional.

Dessa forma, o referido princípio serve não só de guia à atividade legiferante, orientando o legislador no exato momento da formulação do tipo legal, com o escopo de vinculá-lo à construção de tipos legais dotados de um real conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes, senão também como critério de interpretação, dirigido ao juiz e ao intérprete, para obrigá-los a verificar em cada caso concreto a existência da necessária ofensividade ao bem jurídico protegido (GARCÍA-PABLOS DE MOLINA; GOMES, 2007, p.377).

Aliás, em nenhum outro país o debate em torno do princípio da ofensividade é tão profícuo e profundo como na Itália, presente, inclusive, e de forma expressa, nos movimentos de reforma legislativa (D´AVILA, 2009, p.37). Com apoio nos arts. 1º e 49.2 do Código Penal italiano (que correspondem aos arts. 1º e 17 do nosso Código Penal) e nos arts. 13, 25 e 27 da Constituição italiana, o forte setor doutrinário construiu a chamada concepção realista do delito, segundo a qual a infração penal consiste no fato humano ofensivo a um interesse penalmente protegido (MANTOVANI,1997).

Na visão de Luigi Ferrajoli (2002, p.380), no que tange às controvérsias do reconhecimento do princípio da ofensividade no plano constitucional, seria ilógico entender que se admitam privações de um bem constitucionalmente primário, como é a liberdade pessoal, se não se fizer presente o intuito de evitar ataques a bens de categoria igualmente constitucional.

Na doutrina brasileira, Nilo Batista (2007, p.91-97), mostrando a força interpretativa do princípio da ofensividade, enumera quatro funções principais: a primeira consiste em proibir a incriminação de uma atitude interna. Por essa razão, não será possível responsabilizar criminalmente alguém sem que tenha esboçado qualquer conduta que vise a atingir bem alheio, ainda que tenha havido cogitação. A segunda função está em proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, segundo a qual não se devem criminalizar meros atos preparatórios, autolesão, etc. A terceira função visa a proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais, tratando-se, pois, de suprimir o direito penal do autor para dar lugar ao direito penal do fato. A quarta função tenciona proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

Esta última, por ter fortíssima relação com o tema neste estudo, é a que particularmente interessa. Pois bem, ao Direito penal não importa quão desviada da moral ou dos padrões sociais seja determinada conduta. Esta só deverá ser erigida a fato penalmente relevante se vier a pôr em crise algum bem eleito como digno de tutela penal (SILVA, 2003, p.94).

O legislador tem se utilizado crescentemente da tutela de bens jurídicos mediante incriminação com o modelo de tipos de perigo abstrato, sendo que isso decorre em grande parte da natureza das coisas, porquanto há bens, como o meio ambiente, que pareciam inesgotáveis e que hoje são fonte de preocupação, exigindo, em certos casos, uma tutela antecipada. Todavia, vale ponderar que a tendência legislativa referida reflete em grau preocupante a falta de técnica dos elaboradores da lei (SILVA, 2003, p.95).

Segundo Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p.95), essa assertiva não significa que não seja necessário em certos casos tipificar ilícitos de perigo presumido. Assim como há tradicionais bens jurídicos dignos de tutela penal, também novos bens têm-se incorporado diante das necessidades hodiernas e devem ser preservados, e, em certos casos, com um modelo legal, como o meio ambiente, a ordem econômica, a segurança viária, etc.

Defende, boa parte da dogmática, a utilização de tipos de perigo para essa esfera de proteção. Com ela, além de se criar anteparo crimi¬nal prévio à ocorrência de dano, acaba por se facilitarem imputações. Para quem aceita a necessidade desse novo Direito Penal, a questão primordial se coloca é saber quais os limites a serem impostos em tal política criminal protetiva e como confrontá-los com o princípio da ofensividade.

O princípio da ofensividade, em uma primeira análise, estaria em confronto com os crimes de perigo abstrato que, por definição, não exigem um dano efetivo, nem um perigo real para qualquer bem jurí¬dico.

Efetivamente, para parte da doutrina penal tais delitos não são compatíveis com um Estado Democrático de Direito por faltar-lhes lesividade. Alegam que a ausência de um resultado externo e des¬tacado do comportamento é imprescindível para a caracterização do injusto penal e, por isso, não será possível a antecipação da tutela a âmbitos prévios à ameaça concreta e efetiva de interesses tutelados.

No Brasil, um dos maiores críticos da utilização da tipificação abstrata é Luiz Flávio Gomes (2002, p.103), entendendo que é necessário evitar terminantemente qualquer interpretação dos delitos como modelos de mera desobediência ou de perigo abstrato.

O princípio da ofensividade tem por base a necessária vinculação de uma incriminação com a le¬são para o bem jurídico. É verdade que, em casos de perigo abstrato, isso nem sempre é tão claro, o que leva, sempre, à indagação quanto à sua idéia vinculante.

Uma gama considerável de autores pretende superar essa indagação, propondo outras formas de classificação e delimitação do perigo. Muitas vezes, tem-se considerado que, em face da determinação constitucional de proteção de certos bens, bem como das características destes, poder-se-ia ter como correta a utilização de uma incriminação de perigo (SILVEIRA, 2006, p.161).

Tratando do Direito Penal Ambiental, mas com observação válida para todo o Direito Penal contemporâneo, Luiz Regis Prado (1992, p.75-77) informa que tem-se como preferível, a conformação dos preceitos penais ambientais, mormente os tipos básicos, como infrações de perigo abstrato, que, ao contrário das de perigo con¬creto ou de lesão, têm irrefragável influência na aplicação da matéria.

Com efei¬to, elide-se o problema da causalidade dos comportamen¬tos que surge por ocasião da prova, evitando em muitos casos infundadas ab¬solvições, lastreadas no in dubio pro reo, com reflexos na eficácia da lei penal.

Por outro lado, Winfried Hassemer (1998, p. 27-35), um dos expoentes entre os repre¬sentantes da Universidade de Frankfurt, opõe-se à ideia de criminalizar condutas ofensivas ao meio ambiente, visto que para esse autor o direito penal, no campo da política ambiental, tem-se revelado contraproducente.

Para ele, o Direito penal não só não atua preventivamente, como também quan¬do atua dessa forma nada mais consegue que resultados sofríveis. Pro¬põe o autor a criação de um "direito de intervenção", com feições de diversos outros ramos do direito.

Doutrinadores espanhóis buscam a superação da aparente incompatibilidade entre os tipos de perigo abstrato e o princípio da ofensividade, reconhecendo nestes delitos um dano efetivo a bens jurídicos difusos, que transformaria sua natureza jurídica e os definiria como crimes de lesão (CORCOY BIDASOLO, 1999).

Pierpaolo Cruz Bottini (2010, p.207) aduz que esta proposta carrega consigo problemas de difícil solução porque, por ela, qualquer tipo penal estaria adequado sob o aspecto da lesividade, pois qualquer conduta proibida, sob uma certa perspectiva, lesiona um bem jurídico difuso.

Com isso, esta linha de pensamento acabaria por esvaziar o princípio da ofensividade, pois a própria moral ou o sentimento religioso poderiam ser compreendidos como interesses difusos passíveis de proteção penal, o que legitimaria a criminalização de condutas que atentem contra seus preceitos.

Segundo o referido autor, o princípio em tela somente cumpre com sua função de limitação do poder punitivo se estiver atrelado ao conceito de bem jurídico, ou seja, a um interesse, individual ou coletivo, que se refira, em última análise, à dignidade humana.

Alguns penalistas, como Fábio Roberto D´avila (2009, p.31), não se surpreendem com a usual derroga de princípios fundamentais em prol do bom atendimento de objetivos prevencionistas. Admitir que determinado princípio é o núcleo fundamental do ilícito criminal não significará dizer, por essa exata razão, que deverá ser mantido, quando em conflito com interesses de prevenção geral.

Na sua visão dele, os crimes de perigo abstrato são, para muitos, incompatíveis com os princípios elementares de direito penal em um Estado de Direito, incompatibilidade, entretanto, que desaparece, quando se tem, do outro lado, interesses de prevenção geral por atender.

Inclusive, é válido ressaltar que a doutrina italiana, na voz de Ferrando Mantovani (1997, p. 323), mesmo considerando o princípio da ofensividade como baricentro de uma ordem penal garantista e democrática, além de princípio recepcionado constitucionalmente, também admite o seu afastamento, para fins de política criminal.

# CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise da ofensividade deve levar em consideração que esse princípio penal necessita ser visto como elemento dogmático-jurídico inserido dentro de um sistema de Direito Penal, ordenado a partir de uma estrutura total de conhecimentos, que permite uma conexão com uma série de dogmas necessários para uma visão crítica da ciência penal, na busca de soluções para os conflitos sociais.

Assim, o princípio da ofensividade e sua relação com os diversos tipos penais exige uma análise sistemática da ordenação jurídico-penal, o que permitirá entender que um instituto jurídico não é apenas um fenômeno isolado, mas parte de um todo.

O reconhecimento da ofensividade como princípio constitucional e nuclear do Direito penal consiste na consideração das normas jurídico-penais como normas de garantia, no sentido de que são delas que se extrai o bem jurídico protegido e é da sua ofensa que se infere a noção material de delito.

O Direito penal, como mecanismo de controle social, precisa se adaptar à dinâmica da sociedade e produzir reações que sejam capazes de atender à política social dos tempos atuais.

Assim, se o Direito penal deve ser chamado a preservar bens valiosos e essenciais de certas condutas que a eles sejam ofensivas, deve-se buscar, para uma proteção eficiente de determinados bens jurídicos, a flexibilização do princípio da ofensividade, o que ocorre, por exemplo, no modelo de tipificação abstrata.

# REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales suprainviduais**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

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

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito penal.** 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

HASSEMER, Winfried. **A preservação do meio ambiente através do direito penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 22, 1998.

MANES, Vittorio. **Il principio di offensività nel diritto penal: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza**. Torino: Giappichelli, 2005.

MANTOVANI, Ferrando. **Il principio di offensività nello Schema di Delega Legislativa per um Nuovo Codice Penale**. RIDirPP n. 2, 1997.

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

PRADO, Luiz Régis. **Direito penal ambiental: problemas fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

**O conteúdo expresso no trabalho é de inteira responsabilidade do(s) autor(es).**

1. - Professor de Direito Penal da Universidade do Estado de Minas Gerais, Unidade Ituiutaba. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia – e-mail: tulio.bozola@gmail.com [↑](#footnote-ref-1)