

SERIA O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE UM LIMITE VÁLIDO À CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS?

Tomás Grings Machado

Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS.

Coordenador do Curso de Direito da UNISINOS.

Advogado Criminal.

Resumo: Vivemos um tempo que não mais torna possível compreender ou considerar o direito penal como sendo uma realidade normativa isolada e criada fora da temporalidade ou do nosso tempo vivido. É dizer, por outras palavras, que o direito penal é (deve ser) sempre um direito penal do seu tempo. No nosso caso específico, vivemos um tempo em que o direito penal cujos fundamentos remetem ao modelo de direito penal erigido no período do iluminismo penal e que hoje passa a ser constantemente convocado e questionado tanto no sentido da sua necessidade de atualização frente a uma nova realidade social mais dinâmica e complexa, quanto no sentido do tensionamento de limites e garantias originalmente preconizadas. Um tensionamento que, por sua vez, acaba por colocar e demandar respostas específicas acerca dos limites e da legitimidade de intervenção do direito penal no nosso tempo. Perguntas estas que, inescapavelmente, questionam acerca da validade do princípio da ofensividade como limite (válido) à criminalização de condutas.

Palavras-chave: direito penal; princípio da ofensividade; limite material do direito penal;

Resumen: Vivimos en un momento en que ya no hace posible entender ni considera la ley penal como una realidad normativa aislada y creado a partir de la temporalidad o vivido en nuestro tiempo. Es, en otras palabras, que el derecho penal es (debería ser) siempre un derecho penal de su tiempo. En nuestro caso específico, vivimos en una época en que la ley penal cuyos cimientos referirse al modelo de la ley penal erigido durante la criminal Ilustración y hoy pasa a ser constantemente convocado e interrogado tanto en el sentido de la necesidad de actualizar adelante a una nueva realidad social más dinámico y complejo, como en el sentido de los límites de tensión y garantías originalmente prevista. Una tensión que, a su vez, plantea y exige respuestas específicas acerca de los límites y la legitimidad de la intervención del derecho penal en nuestro tiempo. Estas preguntas que inevitablemente ponen en duda acerca de la validez del principio de lesividad como el límite (válida) la criminalización de la conducta.

Palavras-chave: derecho penal, principio de lesividad; límite material del derecho penal

INTRODUÇÃO

Antes de abordarmos a questão da noção de ofensividade propriamente, dita, temos de ter claro algumas linhas desse contexto que hoje nos acompanha. Daí porque, ao observarmos o nosso tempo, podemos concluir que vivemos um tempo em que o risco, antes plenamente externo e natural, passou a ser visto como um risco interno, fruto do desenvolvimento técnico-científico promovido pela modernidade e sua estrutura e modelo de pensar.¹ Um risco que fugiu de toda e qualquer possibilidade de controle, previsão ou mesmo de proteção. O homem, portanto, «vive a glória e o terror do ápice de

¹ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo – hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998, pp.28 e 89.

sua técnica: pode destruir o mundo se assim o desejar, mas pode igualmente fazê-lo, sem sequer perceber.»²

Por tais razões, podemos afirmar: vivemos e sentimos os impactos da derrocada da racionalidade técnico-instrumental moderna e esta percepção promove a necessidade de um profundo refletir e meditar sobre as questões que nos cercam. Não apenas sobre a técnica, mas também sobre o próprio pensamento, permitindo, a partir da assunção dessa tarefa, a compreensão daquilo que nos cerca, não mais como resposta acabada ao problema identificado, mas, antes, como uma estratégia que permita lidar tanto com a possibilidade, quanto com a probabilidade.³ Em suma, indagações e reflexões que, a nosso ver, acabam por encontrar o seu *locus* privilegiado em torno e precisamente sobre os limites formais e materiais que o direito penal deve guardar.⁴

Ao que tudo indica nada mais do que indagações que colocam em xeque a ciência penal, fruto de conquistas modernas. Conquistas que encontraram espaço, precisamente, no Iluminismo penal.⁵ Marcas de um direito penal secularizado, mínimo e de um direito penal cujos limites se encontravam situados na exclusiva proteção de bens jurídico-penais.⁶

² D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Studia Iuridica n.85, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.29.

³ D'AVILA, Fabio Roberto, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*. p.30.

⁴ A respeito de uma limitação material do direito penal construída a partir do reconhecimento do princípio da ofensividade como princípio de natureza constitucional, por todos, veja-se D'AVILA, Fabio Roberto, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, pp.39-87; D'AVILA, Fabio Roberto. «O Modelo de Crime como Ofensa ao Bem Jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário» in *Direito Penal Secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*, D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coords.), São Paulo/Coimbra: Editora Revista dos Tribunais/ Coimbra Editora, 2006, pp.83-88.

⁵ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas (trad. José de Faria Costa)*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. Em especial, os ensaios introdutório de FARIA COSTA, José de, «Ler Beccaria hoje» in *Dos delitos e das penas (trad. José de Faria Costa)*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, pp.5-27; e, MARINUCCI, Giorgio. «Cesare Beccaria, um nosso contemporâneo» in *Dos delitos e das penas (trad. José de Faria Costa)*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998 pp.29-53; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – Parte Geral t. I: Questões Fundamentais à doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.127; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.156. Nessa mesma linha, salientamos que o sentido do princípio da legalidade encontra o seu preciso lugar na busca de segurança para os cidadãos perante o poder punitivo estadual e que nada mais é do que a nítida «consagração histórica de uma luta contra a arbitrariedade penal do *ancien regime*; conotação imediata com o princípio da fragmentariedade penal» (FARIA COSTA, José de. *O Perigo em Direito Penal* (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas). Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p.155). Disso podemos ainda extrair que «no horizonte da racionalidade iluminista, com reflexos no direito penal, são perceptíveis duas grandes linhas de orientação: por um lado, a ideia de segurança dos cidadãos perante o detentor do *ius puniendi* e, por outro, a ideia, também forte, de que é o homem, com sua subjectividade incluída, que tem que ser o padrão a medida, para os problemas do direito penal» (FARIA COSTA, José de, *O Perigo em Direito Penal*, p.339). Segurança que, se bem vemos, não pode ser compreendida como valor em si mesmo considerado, mas, pelo contrário, como valor que necessariamente deveria ser compreendido como suficientemente forte e capaz de servir de barreira efetiva ao exercício arbitrário do poder típico de um Estado absolutista e que, à época do Iluminismo, apenas encontrava limites em simples exigências formais (FARIA COSTA, José de, *O Perigo em Direito Penal*, p.354).

⁶ Para tanto, veja-se ROMANO, Mario. «Principio di laicità dello Stato, Religioni, norme penali», *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, fasc.2/3, apr.-set., Milano:Giuffrè, 2007, pp.493-51; FIANDACA, Giovanni. «Considerazioni intorno a bioetica diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'», *Rivista Italiana di diritto e*

Nesse ponto, estamos a enfrentar, por meio do direito penal, especificamente, riscos decorrentes do descontrole da técnica, que assumem proporções globais (riscos nucleares, biogenéticos, químicos, ecológicos e econômicos)⁷, em todo o caso, riscos cuja repercussão se mostra *glocal*.⁸ Em todo o caso, dificuldades e riscos percebidos, no ponto específico de incidência penal que se convencionou denominar de direito penal secundário (*Nebenstrafrecht*)⁹.

É, portanto, por força desse quadro que julgamos ser lícita a indagação de qual seria a postura a ser assumida pelo direito penal diante do advento de uma sociedade do risco, que coloca em xeque e exige a superação da própria razão técnico-instrumental.¹⁰ Daí porque, faz todo o sentido indagar: deveremos abandonar o modelo clássico cedendo espaço a uma completa administrativização da tutela desses riscos e com isso afastando qualquer papel do direito penal?¹¹ Deveremos abrir mão do paradigma penal atual e substituí-lo por outro promovendo uma cisão onde teríamos um direito penal de duas ou mais velocidades?¹² Ou, ainda, devemos propor um direito penal funcionalista sistêmico, cujo objetivo estaria centrado na pura promoção, otimização e estabilização de valores?¹³

procedura penale, fasc.2/3, apr.-set., Milano:Giuffrè, 2007, pp.546-62; FIANDACA, Giovanni. «Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati» in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, vol. primo, Milano: Giuffrè, 1991, pp.167-94; PULITANÒ, Domenico. «Laicità e diritto penale», *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, fasc.2/3, apr.-set., Milano:Giuffrè, 2007, pp.55-94; D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*; D'AVILA, Fabio Roberto. «O Modelo de Crime como Ofensa ao Bem Jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário», pp.71-96; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, vol.I, 3.^a ed., Milano:Giuffrè, 2001, pp.429-47.

⁷ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, p.32; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – Parte Geral t. I*, p.128-30.

⁸ Um risco que não mais se encontra ligado e limitado ao seu ponto de origem, pelo contrário, trata-se de um risco que pode colocar em perigo a vida da Terra, todas as suas formas de manifestação. Ou seja, temos na atualidade riscos que transpassam e ultrapassam tudo, não importa a classe social, não importa o espaço, o risco afeta a todos (BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*, p.28).

⁹ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, p.33; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – Parte Geral t. I*, pp.136 e 139; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal*, pp.118-128; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. «O meio ambiente como sujeito passivo dos crimes ambientais», pp.245-74.

¹⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. «Na era da tecnologia genética: que caminhos para o direito penal médico?», pp.245 e 251.

¹¹ Em sentido crítico, veja-se FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas Básicos da Doutrina Penal*, pp.164-7; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – Parte Geral t. I*, pp.130-2.

¹² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales 2.^a ed.*. Madrid: Civitas, 2001, pp.149-62. Em sentido crítico, veja-se FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Temas Básicos da Doutrina Penal*, pp.170-2; FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal – Parte Geral t. I*, pp.133-4.

¹³ Seguindo essa orientação, identificamos a posição assumida por Jakobs, que, em todo o caso, levando à construção de um modelo funcionalista sistêmico ao extremo, acaba por propor a cisão do direito penal em dois: um direcionado ao cidadão e outro ao inimigo. Além disso, merece destaque o fato de que um sistema funcionalista sistêmico demonstra um fechamento que se mostra evidente a partir da própria compreensão de bem jurídico desenvolvida pelo referido autor. Isso porque, na medida em que o bem jurídico acaba por se encontrar identificado com a norma, toda violação ou ataque promovido contra essa norma deve, necessariamente, determinar a reafirmação da norma pela imposição de uma pena (prevenção geral positiva), no estrito fortalecimento das

DESENVOLVIMENTO

É importante salientar que o modelo de crime como ofensa a bens jurídico-penais, em apertada síntese, nada mais é do que o reflexo de uma leitura que permite, com base em uma acertada dogmática penal, atribuir papel de destaque ao ilícito penal, sobretudo pela expressão dogmática do específico juízo de desvalor que a infração penal carrega. Além disso, merece destaque o fato de que, para além do centramento do fato criminoso a partir de uma compreensão material, o modelo de crime como ofensa ao bem jurídico permite ainda a nítida projeção do princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*) na seara jurídico-penal.¹⁴ Princípio esse que se traduz enquanto expressão verdadeira de um Estado plural, laico e que, por essa razão se mostra orientado pelo respeito e pela primazia da liberdade. Um Estado em que todo o poder é emanado pelo povo soberano e no qual o homem é reconhecido como ser dotado de dignidade e portador de um núcleo de direitos invioláveis.¹⁵ Com base nisso, faz todo o sentido afirmar que é por força dessa leitura que podem ser assumidos e reconhecidos verdadeiros limites materiais ao direito penal.¹⁶ Pura e simplesmente. Mais do que identificação de um

expectativas geradas pelo sistema (JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General: fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 1997; pp.43-61; JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas – Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá (org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005, pp.21-50). No sentido de uma severa crítica ao modelo de direito penal pautado por uma orientação funcionalista sistêmica – orientação essa cujo norte sempre será ditado pela política criminal e seus reclamos de eficiência do sistema, mesmo que esse específico incremento de eficiência venha a ser pago com o elevado preço do sacrifício de garantias fundamentais e de liberdades –, veja-se CARVALHO, Salo de. «A Ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea)» in *A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas*, GAUER, Ruth M. Chittó (org). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004., p.189; CARVALHO, Salo de. *Anti-manual de criminologia*, p.94; D'AVILA, Fabio Roberto. «Ontologismo e ilícito penal. Algumas linhas para uma fundamentação onto-antropológica do direito penal» in *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo. Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*, SCHMIDT, Andrei Zenkner (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; D'AVILA, Fabio Roberto. «Sobre o espaço do inimigo e os limites materiais do direito penal contemporâneo. Ou reflexões sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica» *Sistema Penal e Violência*, GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006; e, PRITTWITZ, Cornelius. «O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal», *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n.47, mar.-abr., ano 12, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp.31 e ss.

¹⁴ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, pp.47-8.

¹⁵ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, p.48; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio, *Corso di diritto penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, vol.I, 3.ª ed., Milano:Giuffrè, 2001, p.452. Nesse sentido, Mantovani acrescenta que esse modo de assim compreender o direito penal parte de um fundamento centrado na valoração e priorização da pessoa humana como valor em si mesmo considerado. Compreensão essa a partir da qual restaria vedada qualquer instrumentalização da pessoa (MANTOVANI, Ferrando. «Il principio di offensività tra dogmatica e politica criminale» in *Il diritto penal alla svolta do fine millenio*, CANESTRARI, Stefano (org.). Torino: Giappichelli, 1998, p.248).

¹⁶ Nesse mesmo sentido, Riccardi salienta que «lungi, infatti, dal rappresentare una garanzia di tipo meramente negativo, quale principio volto soltanto ad impedire l'arbitrio prevaricatore del potere punitivo, il canone in esame assume, ormai, il ruolo sempre più significativo di stimolo ad um controllo contenutistico delle norme penali» (RICCARDI, Giuseppe. «I “confini mobili” del principio di offensività», *L'Indice Penale*, Nuova Serie, anno II, n.2, mai.-ago., Milano: CEDAM, 1999, p.712).

específico bem jurídico protegido penalmente¹⁷ será ainda necessário que esse mesmo bem jurídico venha a sofrer, «no caso concreto, um dano/violação – ofensa própria dos crimes de dano –, ou um perigo/violação, nas formas de concreto pôr-em-perigo e cuidado-de-perigo – formas de ofensa exigidas, respectivamente, nos crimes de perigo concreto e nos crimes de perigo abstrato.»¹⁸

A leitura assim empreendida permite afirmar que a ofensividade surge nesse contexto como precisa manifestação do desvalor de resultado jurídico, verdadeira expressão da ilicitude penal, a partir do qual será possível a sua autônoma valoração, ainda que se mantenha reconhecida e assumidamente vinculada teleologicamente a outros centros de desvalor (v.g., desvalor da ação). É, portanto, com fundamento nessa sua precisa e autônoma valoração que a ofensividade adquire peculiar importância no sentido da demarcação do espaço do penalmente relevante, situação que permite ainda concluir no sentido de que a noção de ofensa a bens jurídicos penais será capaz de orientar a delimitação e fundamentação do ilícito penal.¹⁹

Na linha do que restou dito, podemos acrescentar que a forma de assim compreender o direito penal pode surpreender algumas de suas primeiras linhas na obra de Beccaria, sendo, portanto, reconhecido fruto do iluminismo penal italiano e que permite, a partir da cisão entre crime e pecado, identificar importantes considerações feitas a respeito do que hoje concebemos enquanto modelo de crime como ofensa a bens jurídicos.²⁰ Como marca desse pensamento, podemos identificar que o

¹⁷ Em sentido crítico, afirmando que não basta a identificação do bem jurídico com a *ratio legis* da norma penal, nos termos de uma concepção metodológica do bem jurídico, capaz de impor um infinito círculo hermenêutico a partir do qual em toda e qualquer norma penal incriminadora venha a ser buscado o seu fundamento justificativo na própria norma (RICCARDI, Giuseppe. «I “confini mobili” del principio di offensività», p.729).

¹⁸ D’AVILA, Fabio Roberto. «Sobre o espaço do inimigo e os limites materiais do direito penal contemporâneo. Ou reflexões sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica», p.106. Em outras palavras, temos que a ofensividade enquanto categoria ampla nada mais é do que «a manifestação sistemático-conceitual do vincar da ideia de que a ofensividade se pode operar por dois meios autônomos e bem diferenciados: através do dano/violação e através do concreto pôr-em-perigo» (FARIA COSTA, José de. *O Perigo em Direito Penal*, p.630).

¹⁹ D’AVILA, Fabio Roberto. «O Modelo de Crime como Ofensa ao Bem Jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário», p.92. Devemos salientar que não é nosso objetivo promover qualquer espécie de abandono ao conceito de bem jurídico, pelo contrário. E nesse sentido, acreditamos que no capítulo anterior tenha restado suficientemente claro que o nosso propósito se encontra muito mais no horizonte da intencionalidade de reforço do conceito de bem jurídico do que no sentido do seu abandono. O que pretendemos é apenas chamar a atenção para o fato de que um direito penal pautado pela exclusiva proteção ao bem jurídico não será capaz de, por si só, promover um efetivo controle crítico das mais diversas condutas que se encontram tipificadas. Por esse motivo, no exato sentido de afirmar a importância do conceito de bem jurídico à nossa construção, bem como, no sentido de agregar ao bem jurídico um segundo nível de análise, podemos acrescentar que «o bem jurídico apresenta-se como expressão axiológica irradiante e simultaneamente condensadora da intencionalidade normativa, dando forma ao que podemos chamar de primeiro nível de valoração e permitindo, a partir da tensão entre a sua afirmação e negação, o surgimento de outros níveis de valoração, entre os quais o segundo nível de valoração, o nível de ofensividade» (D’AVILA, Fabio Roberto. «O Modelo de Crime como Ofensa ao Bem Jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário», p.93).

²⁰ Sobre o detalhamento dessa evolução, veja-se D’AVILA, Fabio Roberto. «O Modelo de Crime como Ofensa ao Bem Jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário», pp.76 e ss.; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*, pp.429 e ss.; ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em*

cometimento de um crime somente ocorrerá no momento em que fosse possível a identificação de uma vontade contrária ao direito – concretizada na realização de uma ação externa – e que culminasse na produção de um dano à Nação.²¹ E, nesse sentido, as palavras de Beccaria são a síntese precisa dessa construção, pois «a única e verdadeira medida dos delitos é o dano causado à Nação, e por isso erraram aqueles que acreditaram como verdadeira medida dos delitos a intenção de quem os comete.»²²

Trata-se de, portanto, de uma leitura a partir da qual o dano à coletividade surge como medida, como verdadeiro elemento central do crime, e, principalmente, como elemento crítico da escolha de condutas aptas a serem criminalizadas, o que em termos de discussão acerca do espaço de legitimidade do direito penal muito tem a dizer. Disso merece destaque o fato de que a cisão entre crime e pecado aliada à emergente noção material do ilícito penal que daí pode ser depreendida, passa a ser compreendido como verdadeiro critério para «realização das aspirações ilustradas de contenção e validação do poder punitivo do Estado, através da imposição de vínculos objetivos de legitimidade.»²³ O que demonstra um importante contributo no sentido da afirmação do modelo que hoje reconhecemos como o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos.

A propósito, vale salientar que se trata de um modelo de crime que encontra no direito penal contemporâneo, sobretudo no direito penal secundário (*Nebenstrafrecht*)²⁴, um imenso espaço de crítica e tensionamento. Um espaço que é estabelecido nomeadamente a partir de novos âmbitos de criminalização cada vez mais complexos e que acabam por afastar o ilícito penal da sua originária matriz objetiva, aproximando-o a de uma simples noção de infração de dever, de uma mera violação normativa, o que demonstra uma efetiva perda da capacidade de rendimento da ofensividade em termos de efetiva garantia e de crítica ao direito penal. Além disso, podemos ainda acrescentar que esse

direito penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista), Coimbra: Coimbra Editora, 1991, pp.42 e ss.; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico penal e engenharia genética humana: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp.42 e ss.; FERNÁNDEZ, Gonzalo D.. *Bien Jurídico y Sistema del Delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*. Buenos Aires, Julio César Faria Editor, 2004, pp.11 e ss..

²¹ Segundo Maiwald, a obra de Beccaria deve ser compreendida como verdadeiro marco do abandono do tradicional pensamento do direito penal que pune as atitudes internas (MAIWALD, Manfred. «Criteri-guida per una teoria generale del reato» in *Il diritto penal alla svolta do fine millenio*, CANESTRARI, Stefano (org.), Torino: Giappichelli, 1998, p.242).

²² BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas (trad. José de Faria Costa)*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p.75.

²³ D'AVILA, Fabio Roberto, «O Modelo de Crime como Ofensa ao Bem Jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário», p.76; DOLCINI, Emilio, «Il reato come offesa a un bene giuridico: un dogma al servizio della politica criminale» in *Il diritto penal alla svolta do fine millenio*, CANESTRARI, Stefano (org.), Torino: Giappichelli, 1998, p.211.

²⁴ Para uma compreensão da ideia de direito penal secundário, veja-se, FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. «Para uma dogmática do direito penal secundário um contributo para a reforma do direito penal económico e social português» in *Direito Penal Secundário: Estudos sobre crimes económicos, ambientais, informáticos e outras questões*, D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coords.), São Paulo/Coimbra: Editora Revista dos Tribunais/ Coimbra Editora, 2006, pp.13-69.

processo de esvaziamento do conteúdo de garantia do princípio da ofensividade tem ainda levado «a um esfumaçamento dos valores tutelados, a uma perda de densidade tal que o bem jurídico passa a movimentar-se em um espaço de total indiferença em relação a meros interesses de política-criminal, incapaz de atender a uma qualquer pretensão de concretização.»²⁵

Significa reconhecer que a partir do esvaziamento do caráter crítico que o conceito de bem jurídico historicamente representou torna-se possível perceber um completo afastamento da ofensividade como elemento imprescindível da construção do ilícito. Daí a razão pela qual se mostram tão importantes algumas considerações a respeito do princípio da ofensividade, que, mais do que reflexo da fisionomia político ideológica do Estado, resta assumido como verdadeiro pilar fundamental de construção de um modelo de crime como ofensa a bens jurídicos.²⁶ O outro pilar fundamental é identificado e ganha sentido na concepção e compreensão que se tenha do conceito de bem jurídico.²⁷ Isso permite reconhecer uma relação de mútua e inescapável implicação que se estabelece entre a noção de bem jurídico e a ofensividade. Em todo caso, uma relação que antes de ocultar o papel fundamental da ofensividade, permite demonstrar que a ofensividade como fenômeno jurídico que pressupõe o bem jurídico, possui «em si mesma, consistência suficiente para servir de objeto de investigação.»²⁸

De modo mais detido, é interessante notar que o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos resta claramente assumido como forma de orientar e determinar uma forte vinculação do legislador no que tange à definição daquilo que poderia ser visto como crime. Nesses termos, será a partir da inserção

²⁵ D'AVILA, Fabio Roberto. «O Modelo de Crime como Ofensa ao Bem Jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário», p.72; DOLCINI, Emilio. «Il reato come offesa a un bene giuridico: un dogma al servizio della politica criminale», p.212.

²⁶ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, p.48; MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*, pp. 429 e 451-2. Nesse mesmo sentido, Silva chama a atenção para o fato de que o bem jurídico deve ser compreendido como «conteúdo material do injusto penal e necessário ponto de partida para qualquer investigação acerca da justificação de tipos penais» (SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003p.16). Em sentido contrário, admitindo exceções veja-se a postura de Greco quando afirma que: «a tutela de um bem jurídico não é, porém, condição necessária para a legitimidade de uma incriminação. Em casos excepcionais, como o dos maus tratos a animais, não será possível falar em bem jurídico [...] Para evitar uma total diluição do conceito de bem jurídico, com sacrifício de seu caráter crítico, é melhor admitir exceções – ainda que com enorme cautela» (GRECO, Luís. «“Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito», *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n.º 49, jul.-ago., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, pp.116-7). Interessante notar que a proposta de resolução para os casos de ausência de um bem jurídico é semelhante àquelea apresentada por Mantovani para os casos em que não exista ofensa a um bem jurídico, isto é, de admitir tais hipóteses como exceção.

²⁷ Nesse sentido, veja-se HEFENDEHL, Roland. «El bien jurídico como eje material de la norma penal» in HEFENDEL, Roland (Ed.), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.179-96; SCHÜNEMANN, Bernd. «El principiode protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación» in HEFENDEL, Roland (Ed.), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.197-226.

²⁸ D'AVILA, Fabio Roberto. «O Modelo de Crime como Ofensa ao Bem Jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário», p.74.

do conceito de bem jurídico na estrutura do crime, que será possível atribuir um nítido conteúdo liberal às construções do direito penal.²⁹ Além disso, deve-se acrescentar que nesse contexto será possível identificar alguns importantes traços a respeito da temática do princípio da ofensividade ou do postulado secularizado do *nullum crimen sine iniuria*.³⁰ Dessa sorte, é a partir do reconhecimento desse princípio que será possível empreender uma busca no sentido de um efetivo e definitivo distanciamento das compreensões de crime como mera desobediência – compreensão essa na qual se identifica uma clara manifestação de um direito penal de base puramente subjetivista³¹ – ou, ainda, de uma compreensão de crime em que apenas o dano venha a ser admitido como forma de ofensa ao bem jurídico – dano esse compreendido enquanto exclusivo resultado naturalístico, portanto, de manifesto caráter objetivista³² –.

Um afastamento dessas compreensões permite o reconhecimento de que o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos aproxima-se de uma verdadeira concepção mista de valoração do ilícito penal. Compreensão essa apta a indicar que a noção de ofensa a bens jurídicos se encontra sistematicamente pressuposta como ponto central da construção dogmática, o que permite, por essa precisa razão, conciliar e comportar, tanto os pressupostos de ordem material, quanto os elementos de ordem subjetiva. De sorte que essa situação demonstra que a forma de assim conceber o direito penal permite uma real e adequada compreensão do desvalor material que o crime, segundo a nossa leitura, deve possuir.

Sendo assim, reafirmamos que será, principalmente, com base nas raízes iluministas que o direito penal vem, paulatinamente, se afirmando no sentido da exclusiva tutela subsidiária de bens jurídicos, demonstrando ainda a sua aspiração a um verdadeiro instrumento estatal liberal, laico, democrático e que se encontra comprometido, não apenas com o reconhecimento, mas, sobretudo, com o atendimento e respeito de direitos e liberdades individuais.³³ Nessa mesma linha, podemos ainda acrescentar que será, sobretudo, a partir desse processo de secularização do direito penal que devemos

²⁹ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di Diritto Penale*, pp. 434 e 451.

³⁰ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, p.48.

³¹ Compreensão de base estritamente subjetivista no qual resta estabelecida a repressão tanto da vontade criminosa, quanto simples periculosidade social do agente. Em sentido crítico, GALLO, Marcelo. «I reati di pericolo», *Il Foro Penale*, Napoli: Libreria Scientifica Editrice, 1969, p.8; D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, p.49; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale. Parte Generale quarta edizione*, Padova: Cedam, 2001, p.192.

³² MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*, p.103.

³³ D'AVILA, Fabio Roberto, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, p.40. No mesmo sentido, RICCARDI, Giuseppe. «I “confini mobili” del principio di offensività», p.711. É importante ainda salientar que o conceito de Estado laico que serve de horizonte à nossa leitura não é um Estado que se pretende laicista ou um Estado portador de uma ideologia sem qualquer caráter religioso ou contrário à religião. Antes pelo contrário, o modelo laico de Estado que estamos a pressupor tem por elemento fundamental a liberdade de crença religiosa e, principalmente, a independência e soberania das convicções religiosas individuais o que demarca uma clara separação entre as esferas de competência da Igreja e do Estado (FIANDACA, Giovanni. «Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati» in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone vol. primo*. Milano: Giuffrè Editore, 1991, p.167).

ter em mente a exigência de uma vinculação do sistema penal a uma série de princípios jurídico-penais concebidos e teorizados nesse momento histórico.³⁴

Entre esses princípios identificamos, ainda que de forma muito breve, o princípio da fragmentariedade que, uma vez orientado pelo princípio da ofensividade reforça a ideia de um direito penal que passa, progressivamente, a uma tutela seletiva de condutas. Em todo o caso, uma seletividade que deve ser prévia e inescapavelmente orientada pelo princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*) e que, por sua vez reforça a compreensão do crime com base em um modelo de crime como ofensa a bens jurídicos que não admite que a ofensa a esse bem venha a ser expressa por uma simples desobediência normativa, ou mera violação de um dever.³⁵ Exige-se, para além dos requisitos puramente formais, a presença de verdadeiros requisitos substanciais, requisitos esses atinentes ao princípio da ofensividade.³⁶

Desse modo, segundo a leitura do crime assim empreendida, a ofensa ao bem jurídico deverá traduzir o conteúdo material que o crime representa. Além disso, se antes afirmávamos que o crime é um verdadeiro ilícito-típico³⁷, essa definição já nos permite afirmar que a própria descrição do tipo penal deverá conter, como cristalização de uma determinada forma de ofensa ao bem jurídico, a ilicitude penalmente relevante para a constituição do crime. Pura e simplesmente, a noção de ofensa enquanto categoria jurídica que se soma ao conceito de bem jurídico trans-sistemático ao ordenamento jurídico penal deve preceder e orientar de maneira vinculante aquilo que se compreende por uma legítima construção do tipo penal.

³⁴ Destacamos que não se está em momento algum pretendendo qualquer saudosismo ou construção que não leve em conta o tempo em que vivemos. Pelo contrário. Somos cientes de todas as dificuldades que o presente nos coloca e, por essa razão é que pretendemos apenas identificar os princípios que marcam o que historicamente se denominou como direito penal e tentar, a partir disso, verificar, em que medida se encontram presentes na atualidade. Não se está, é bom que se diga, buscando qualquer construção de um novo modelo. Antes pretendemos promover uma comprometida atualização desses princípios, identificando as rupturas e descontinuidades que a construção do direito penal evidencia e que ainda permitem chamar o nosso objeto de estudo de direito penal e não qualquer outra coisa. Diga-se forma muito breve: apenas empreendemos uma busca no sentido de identificar os princípios que marcam o direito penal e que devem ser ainda hoje identificados, ainda que traços leves daquilo que no momento da sua afirmação foram, sem dúvidas, traços grossos da sua identidade, a saber: um ordenamento jurídico voltado claramente à limitação do arbitrário poder punitivo estatal.

³⁵ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, p.40; LAGHI, Licia. «Falso innocuo in verbale d'esame: spunti per una riflessione generale sul principio di offensivittà», *L'Indice Penale*, Nuova Serie, anno II, n.1, gen.-apr., Milano: CEDAM, 1999, p.301; SILVA, Ângelo Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*, pp.92-101.

³⁶ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*, p.441; D'AVILA, Fabio Roberto, *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*. p.41; FIORE, Carlo, «Il principio di offensivittà», p.277. No mesmo sentido, atentando para a necessidade de apreciação da ofensa ao bem jurídico, veja-se, LAGHI, Licia, «Falso innocuo in verbale d'esame: spunti per una riflessione generale sul principio di offensivittà», pp.276-7.

³⁷ No sentido da priorização do ilícito penal em relação ao próprio tipo, veja-se FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal 4. ed.* Coimbra: Coimbra Editora, 1995, pp.65-101. Na mesma linha SILVA, Ângelo Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*, p.70.

Por essa razão, a ofensa deve representar aquilo que o crime deve ser, uma apreensão da projeção da ilicitude material traduzida pela afetação que o bem jurídico sofre, de tal sorte que o seu caráter substancial obsta que a ofensa ao bem jurídico venha a ser compreendida como pura noção descritiva, vazia de qualquer conteúdo material. O que significa ainda afirmar que, da mesma forma que os princípios da materialidade, da subsidiariedade e da dignidade, «o princípio da ofensividade constitui elemento indispensável a uma concepção objetiva e liberal-garantista de direito penal, verdadeiro baricentro de um direito penal que se quer não totalitário, policialesco e liberticida.»³⁸ E, por força disso, podemos avançar afirmando que o caráter substancial da ofensa torna possível a sua conversão em verdadeiro termo axiológico, o que, igualmente, permite a conversão da noção de ofensa a um bem jurídico em verdadeiro elemento indicativo daquilo que possui dignidade de assumir o caráter de ilícito penal.³⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base no restou até aqui exposto, podemos identificar o espaço de legítima atuação do princípio da ofensividade como critério de orientação legislativa a partir do qual será possível promover uma verdadeira delimitação legislativa do ilícito-típico. Questão esta que agora, de forma mais detida, nos permite concluir avançando algumas linhas acerca da (im)possibilidade de derroga do princípio da ofensividade.⁴⁰ Se reconhecermos uma dimensão constitucional ao referido princípio, mostra-se plenamente correto acrescentar que não será possível a admissão da derroga do referido

³⁸ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, p.49; FIORE, Carlo. «Il principio di offensività», pp.277, 287-8; LAGHI, Licia. «Falso innocuo in verbale d'esame: spunti per una riflessione generale sul principio di offensività», pp.298-9; MANTOVANI, Ferrando. «Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale», pp.313 e 314; MANTOVANI, Ferrando. «Il principio di offensività tra dogmatica e politica criminale», p.247. Riccardi chama a atenção para o fato de que é a partir do reconhecimento do princípio da ofensividade como baricentro do direito penal, «sortice come effetto principale l'individuazione sempre più netta di un duplice piano di operatività del cãnone in esame: un piano c.d. «legislativo», volto allá costruzione di fattispecie incriminatrici connotate da requisiti di offensività, ed un piano c.d. «giudiziario-interpretativo», che, per il tramite dell'art. 49, c.2, c.p., delega al giudice l'individuazione della presenza o meno di un'offesa nel caso concreto» (RICCARDI, Giuseppe. «I “confini mobili” del principio di offensività», p.719). É dizer ainda que será apenas com a elevação do princípio da ofensividade ao patamar constitucional que será possível um direito penal respeitador das diversas ideologias, comprometido com a tutela das minorias e atento à efetiva proteção da pessoa humana. Somente a partir desse prévio reconhecimento constitucional é que a concepção de ilícito penal deixará de valorizar exclusivamente o aspecto da infidelidade ou da desobediência, expressão de um direito penal marcadamente formalista que negligenciam a ofensa ao bem jurídico (FIORE, Carlo. «Il principio di offensività», p.278).

³⁹ PADOVANI Túlio. *Diritto Penale sesta edizione*, Milano: Giuffrè Editore, 2002, p.77. No mesmo sentido de afirmação da ofensividade como requisito imprescindível da construção do tipo penal e chamando a atenção para os riscos da exigência de ofensividade enquanto limite tácito da norma penal, RICCARDI, Giuseppe. «I “confini mobili” del principio di offensività», pp.738-9.

⁴⁰ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, p.57.

princípio. Ocorre que, mesmo para aqueles que reconhecem dignidade constitucional ao princípio da ofensividade, há entendimento segundo o qual seria possível, em casos extremos, a sua derrogação.⁴¹ Pura e simplesmente, ainda que dotado de caráter constitucional, seria admitida a possibilidade de crimes sem ofensa a bens jurídicos, juntamente com crimes portadores de ofensa a bens jurídicos. O que denota uma concreta e manifesta possibilidade de derrogação do princípio da ofensividade. Em todo o caso, uma situação que se encontraria restrita aos casos extremos e excepcionais nos quais as exigências de garantia e de limitação do poder punitivo deveriam ceder espaço aos interesses e às necessidades de caráter de cunho preventivo-geral.⁴²

Haveria, portanto, espaços nos quais as exigências de interesse político-criminal, no exato sentido da manutenção de categorias jurídico-penais desprovidas de ofensividade seria plenamente justificável, justamente porque esses interesses, por si sós, seriam o fundamento e a justificativa para a derrogação do princípio da ofensividade. Trata-se de um quadro a partir do qual seria permitido afirmar que essa flexibilização da exigência da ofensividade restaria assumida como única forma de manutenção do princípio da ofensividade, protegendo-o tanto de sua gratuita *elargizione* (gratuito alargamento), quanto da sua *messa in liquidazione* (posta em liquidação).⁴³

Em sentido oposto ao entendimento anteriormente esboçado, identificamos uma leitura na qual o princípio da ofensividade resta assumido como verdadeiro princípio inderrogável.⁴⁴ Trata-se, segundo essa perspectiva, do reconhecimento do princípio da ofensividade como princípio estruturante, cuja aplicação se mostra necessária e incondicional.

Por tais razões é que diante dessas brevíssimas considerações a respeito da inderrogabilidade do princípio da ofensividade, é interessante notar que, ao assumirmos a possibilidade de derrogação do princípio da ofensividade deveremos chamar a atenção para o fato de que esses riscos anteriormente

⁴¹ Para tanto, veja-se, MANTOVANI, Ferrando. «Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale», pp.323 e ss.; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*, p.196; MANTOVANI, Ferrando. «Il principio di offensività tra dogmatica e politica criminale», p.251; LAGHI, Licia. «Falso innocuo in verbale d'esame: spunti per una riflessione generale sul principio di offensività», p.299.

⁴² Em sentido crítico D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, p.57. Em sentido contrário, identificamos a postura de Mantovani, defendendo a possibilidade de «derroghe 'necessarie' per la prevenzione dell'offesa a beni primari, collettivi, istituzionali, dovendosi la 'razionalità' dei principi contemperarsi con la 'necessità' della generalprevenzione» (MANTOVANI, Ferrando. «Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale», p.323; MANTOVANI, Ferrando. «Il principio di offensività tra dogmatica e politica criminale», p.251; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*, p.196).

⁴³ MANTOVANI, Ferrando. «Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale», pp.325-8; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale*, p.223; MANTOVANI, Ferrando. «Il principio di offensività tra dogmatica e politica criminale», p.252; e, D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, p.58.

⁴⁴ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*, 559; D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, p.59; DOLCINI, Emilio. «Il reato come offesa a un bene giuridico: un dogma al servizio della politica criminale», p.214.

esboçados, de gratuita *elargizione* (gratuito alargamento), quanto da sua *messa in liquidazione* (posta em liquidação), somente encontram espaço diante de casos nos quais se busca a recuperação de tipos penais completamente desprovidos de ofensividade. O que demonstra, desde a sua origem, serem crimes de pura e exclusiva manifestação de imposições político-criminais de nítido traço geral preventivo.⁴⁵ Situações que, em todo o caso, sequer permitiriam a sua recuperação, quer a partir de uma hermenêutica orientada pela noção de ofensa a bens jurídicos, ou ainda, por um princípio da ofensividade marcadamente inderrogável, aqui não mais aplicável no plano legislativo, mas sim no plano de interpretação e restrição da aplicação do tipo penal.

Nesses termos, é importante salientar que as hipóteses de verdadeira prova e tensionamento feitos ao princípio da ofensividade podem ser encontradas com grande frequência no âmbito do direito penal secundário, nos novos espaços de intervenção penal, que nada mais são do que o espaço privilegiado para a identificação de fraturas e afloramento de nítidos interesses político-criminais essencialmente securitários⁴⁶, nos quais seria, com base em uma leitura que admitisse a derrogação do princípio da ofensividade, aconselhável e frutífero a manutenção e conciliação, tanto de crimes com ofensividade, quanto crimes desprovidos de ofensividade.⁴⁷ Portanto, é nesse contexto específico de problemas que o direito penal secundário encontra o seu espaço privilegiado e passa a nos colocar diversos problemas especialmente aqueles relativos à ofensividade e sua verificação, sobretudo, tendo em vista que é, a partir desse horizonte que verificamos a crescente utilização e recurso a construções dogmáticas e técnicas de tutela que tradicionalmente são reconhecidas como categorias de ilícito

⁴⁵ No sentido da sua admissão, MANTOVANI, Ferrando. «Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale», p.324; MANTOVANI, Ferrando. «Il principio di offensività tra dogmática e política criminal», p.252-3. Em sentido crítico D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, p.61.

⁴⁶ Em sentido crítico ao direito penal que se entrega aos interesses securitários, veja-se: FARIA COSTA, José de. «Poder e Direito Penal (atribuições em torno da liberdade e da segurança), *Reflexões – Revista Científica da Universidade Lusófona do Porto*, 2006; FARIA COSTA, José de. «A criminalidade em um mundo globalizado: ou plädoyer por um direito penal não-securitário» in *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira*, FARIA COSTA, José de; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.), São Paulo: Ed. Quarter Latin, 2006. E, em sentido crítico, agora em relação direito penal voltado exclusivamente por interesses de política criminal, D'AVILA, Fabio Roberto. «O direito e a legislação penal brasileiros no século XXI. Entre a normatividade e a política criminal» in FRANCO, Alberto Silva; BALDAN, Édson Luís; D'AVILA, Fabio Roberto; MOURA, Maria Thereza de Assis, *Justiça penal portuguesa e brasileira: tendências e reforma (colóquio em homenagem ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais)*, São Paulo: IBCCRIM, 2008, pp.66-84; D'AVILA, Fabio Roberto. «Meias reflexões sobre o estado atual do direito penal brasileiro», *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n.º 179, out. 2007, pp.19 e 20; D'AVILA, Fabio Roberto. «O espaço do direito penal no século XXI. Sobre os limites normativos da política criminal», *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n.º 64, jan.-fev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp.78-98; FARIA COSTA, José de. *Noções fundamentais de direito penal (Fragmenta Iuris Poenalis)*, pp.68-80.

⁴⁷ MANTOVANI, Ferrando, *Diritto Penale*. p.225. Em sentido crítico, veja-se D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios*, p.59.

incompatíveis com a ofensividade.⁴⁸ Em todo o caso, um recurso que encontra sólido apoio nos mais voláteis interesses de política criminal e de prevenção geral positiva e que nada mais faz do que propiciar «a manutenção de um significativo espaço de tensão que não raramente convida a uma relativização da ofensa como regra geral a todas as formas de aparição do ilícito-típico, em prol de espaços de livre disposição político-criminal.»⁴⁹

Tudo isso poderia ser suficiente para nos convencer de que não faz sentido a manutenção da inderrogabilidade do princípio da ofensividade. Ocorre que, se antes postulamos a defesa da postura no sentido de que a ofensividade possui receptividade constitucional e, por essa precisa razão mostra-se capaz de servir de critério que atesta a legitimidade da intervenção penal, não podemos, sob pena de completa descaracterização do direito penal, abrir mão da ofensividade. Ceder, nesse momento, aos exclusivos interesses político criminais, nada mais seria do que a tradução de um descomprometido afastamento de um direito penal marcadamente material e orientado por uma compreensão objetiva do ilícito penal, aproximando-o, novamente, de orientações exclusivamente formalistas e desprovidas de qualquer conteúdo material de delimitação.⁵⁰ E, afirmamos isso, simplesmente pelo fato de que um direito penal que se pretende garantidor das liberdades individuais não pode, mesmo diante dos mais intensos ecos de uma política criminal da segurança, abrir mão daqueles elementos que lhe são mais caros e que são responsáveis pela identidade do direito penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas (trad. José de Faria Costa)*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo – hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

CARVALHO, Salo de. «A Ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea)» in *A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas*, GAUER, Ruth M. Chittó (org). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Anti-manual de criminologia*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

D'AVILA, Fabio Roberto. «Meias reflexões sobre o estado atual do direito penal brasileiro», *Boletim IBCCRIM*,

⁴⁸ Nas palavras de Palazzo «in definitiva, il contenuto di disvalore del reato tende sempre più ad allontanarsi da quello di una lesività materialmente afferrabile da chiunque per divenire piuttosto quello di una deviazione dalle regole di contenimento e distribuzione del rischio diffuso in società tecnologiche e calcolabile solo da parte di chi sia in possesso di una sapere «esperto» e specifico» (PALAZZO, Francesco. «Riflettendo su trasformazioni e proiezioni nel diritto penale degli anni novanta» in *Il diritto penal alla svolta do fine millenio*, CANESTRARI, Stefano (org.), Torino: Giappichelli, 1998, p.105).

⁴⁹ D'AVILA, Fabio Roberto. «O Modelo de Crime como Ofensa ao Bem Jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário», p.88.

⁵⁰ D'AVILA, Fabio Roberto. «O Modelo de Crime como Ofensa ao Bem Jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário», p.90.

São Paulo, n.º 179, out. 2007

_____. «O direito e a legislação penal brasileiros no século XXI. Entre a normatividade e a política criminal» in FRANCO, Alberto Silva; BALDAN, Édson Luís; D'AVILA, Fabio Roberto; MOURA, Maria Thereza de Assis, *Justiça penal portuguesa e brasileira: tendências e reforma (colóquio em homenagem ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais)*, São Paulo: IBCCRIM, 2008

_____. «O espaço do direito penal no século XXI. Sobre os limites normativos da política criminal», *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n.º 64, jan.-fev., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007

_____. «O Modelo de Crime como Ofensa ao Bem Jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário» in *Direito Penal Secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*, D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coords.), São Paulo/Coimbra: Editora Revista dos Tribunais/ Coimbra Editora, 2006.

_____. «Ontologismo e ilícito penal. Algumas linhas para uma fundamentação onto-antropológica do direito penal» in *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo. Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*, SCHMIDT, Andrei Zenkner (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

_____. «Sobre o espaço do inimigo e os limites materiais do direito penal contemporâneo. Ou reflexões sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica» *Sistema Penal e Violência*, GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006

_____. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Studia Iuridica n.85, Coimbra: Coimbra Editora, 2005

DOLCINI, Emilio, «Il reato come offesa a un bene giuridico: un dogma al servizio della politica criminale» in *Il diritto penal alla svolta do fine millenio*, CANESTRARI, Stefano (org.), Torino: Giappichelli, 1998.

FARIA COSTA, José de, «Ler Beccaria hoje» in *Dos delitos e das penas (trad. José de Faria Costa)*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998

_____. *O Perigo em Direito Penal* (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas). Coimbra: Coimbra Editora, 1992

_____. «Poder e Direito Penal (atribuições em torno da liberdade e da segurança), *Reflexões – Revista Científica da Universidade Lusófona do Porto*, 2006

_____. «A criminalidade em um mundo globalizado: ou plädoyer por um direito penal não-securitário» in *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais – Visão Luso-Brasileira*, FARIA COSTA, José de; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.), São Paulo: Ed. Quarter Latin, 2006

_____. *Noções fundamentais de direito penal (Fragmenta Iuris Poenalis): Introdução*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007

FERNÁNDEZ, Gonzalo D.. *Bien Jurídico y Sistema del Delito. Un ensayo de fundamentación dogmática*. Buenos Aires, Julio César Faria Editor, 2004

FIANDACA, Giovanni. «Considerazioni intorno a bioetica diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'», *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, fasc.2/3, apr.-set., Milano:Giuffrè, 2007

_____. «Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati» in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone, vol. primo*, Milano: Giuffrè, 1991

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. «Na era da tecnologia genética: que caminhos para o direito penal médico?», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 14, n.1 e 2, jan.-jun., Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

_____. «Para uma dogmática do direito penal secundário um contributo para a reforma do direito penal económico e social português» in *Direito Penal Secundário: Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*, D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coords.), São Paulo/Coimbra: Editora Revista dos Tribunais/ Coimbra Editora, 2006.

_____. *Direito Penal – Parte Geral t. I: Questões Fundamentais à doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.127

_____. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001

GALLO, Marcelo. «I reati di pericolo», *Il Foro Penale*, Napoli: Libreria Scientifica Editrice, 1969, p.8

GAUER, Ruth M. Chittó. «Interdisciplinariedade & Ciências Criminais» in *Ensaio penais em homenagem ao Professor Alberto Rufino Rodrigues de Sousa*, FAYET JÚNIOR, Ney (org.), Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2003

GRECO, Luís. «“Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito», *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n.º 49, jul.-ago., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

- HEFENDEHL, Roland. «El bien jurídico como eje material de la norma penal» in HEFENDEL, Roland (Ed.), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, 2007
- JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General: fundamentos y teoría de la imputación, 2ª ed.* Madrid: Marcial Pons, 1997
- _____. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas – Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá (org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2005
- LAGHI, Licia. «Falso innocuo in verbale d'esame: spunti per una riflessione generale sul principio di offensività», *L'Indice Penale*, Nuova Serie, anno II, n.1, gen.-apr., Milano: CEDAM, 1999
- MAIWALD, Manfred. «Criteri-guida per una teoria generale del reato» in *Il diritto penal alla svolta do fine millenio*, CANESTRARI, Stefano (org.), Torino: Giappichelli, 1998
- MANTOVANI, Ferrando. «Il principio di offensività tra dogmatica e politica criminale» in *Il diritto penal alla svolta do fine millenio*, CANESTRARI, Stefano (org.). Torino: Giappichelli, 1998
- _____. *Diritto Penale. Parte Generale quarta edizione*, Padova: Cedam, 2001, p.192.
- MARINUCCI, Giorgio. «Cesare Beccaria, um nosso contemporâneo» in *Dos delitos e das penas (trad. José de Faria Costa)*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998
- _____; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica, vol.I, 3ª ed.*, Milano: Giuffrè, 2001
- PADOVANI Túlio. *Diritto Penale sesta edizione*, Milano: Giuffrè Editore, 2002
- PALAZZO, Francesco. «Riflettendo su trasformazioni e proiezioni nel diritto penale degli anni novanta» in *Il diritto penal alla svolta do fine millenio*, CANESTRARI, Stefano (org.), Torino: Giappichelli, 1998
- PRITTWITZ, Cornelius. «O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal», *Revista Brasileira de Ciências Criminais* n.47, mar.-abr., ano 12, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004
- PULITANÒ, Domenico. «Laicità e diritto penale», *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, fasc.2/3, apr.-set., Milano:Giuffrè, 2007, pp.55-94
- RICCARDI, Giuseppe. «I “confini mobili” del principio di offensività», *L'Indice Penale*, Nuova Serie, anno II, n.2, mai.-ago., Milano: CEDAM, 1999
- ROMANO, Mario. «Principio di laicità dello Stato, Religioni, norme penali», *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, fasc.2/3, apr.-set., Milano:Giuffrè, 2007
- SCHÜNEMANN, Bernd. «El principi de protección de bienes jurídicos como punto de fuga de los límites constitucionales de los tipos penales y de su interpretación» in HEFENDEL, Roland (Ed.), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, 2007.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales 2ª ed.* Madrid: Civitas, 2001
- SILVA, Ângelo Ilha da. *Dos crimes de perigo abstracto em face da Constituição*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. «O meio ambiente como sujeito passivo dos crimes ambientais» in *Direito Penal Secundário: Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*, D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coords.), São Paulo/Coimbra: Editora Revista dos Tribunais/ Coimbra Editora, 2006.
- _____. *Bem jurídico penal e engenharia genética humana: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.