

CONCEITO DE DELITO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

*Luiz Fernando KAZMIERCZAK**

RESUMO

A tipicidade, segundo a doutrina formalista clássica, exige a subsunção formal da conduta à letra da lei. Isso significa conceber o delito como mera violação do aspecto imperativo da norma. Essa forma de ver o delito, como mera desobediência à norma imperativa, despreza o que há de mais relevante na norma penal, que é seu aspecto valorativo. É justamente neste aspecto que reside o bem jurídico. Toda norma é fruto de uma valoração que o legislador faz da realidade e disso resultam eleitos determinados bens que merecem a proteção penal. O juízo de tipicidade, destarte, já não pode esgotar-se na constatação da mera subsunção formal da conduta à letra da lei. Depois disso, ainda se faz imprescindível indagar sobre o bem jurídico e sua necessária afetação. Assim, de acordo com o princípio da ofensividade não haverá crime quando a conduta não tiver oferecido, ao menos, um perigo concreto, real, efetivo e comprovado de lesão ao bem jurídico. A punição de uma agressão em sua fase ainda embrionária, embora aparentemente útil do ponto de vista social, representa à proteção do indivíduo contra atuação demasiado intervencionista do Estado. Neste esteio, faz-se mister uma nova conceituação de delito, tendo como norte os princípios fundamentais delineados na Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVE

Delito; Bem Jurídico; Constituição Federal.

ABSTRACT

A pattern, according to the classic formal doctrine, demands the formal adjustment of the conduct to the rule. This means conceiving the crime as a mere violation of the imperative aspect of the rule. This analyses of the crime, as a mere indiscipline to the rule, disdains what is more relevant in the criminal rule, which is its value aspect. It is exactly in this aspect that appears the legally protected interest. Every rule is the product of an evaluation that the legislator does of the reality and it results in an election of some interests that demand criminal protection. The vagueness doctrine judgment, in this manner, can not be finished in the verification of a mere formal adjustment to the law. After this, it is still essential to argue about

* Advogado. Professor de Direito Processual Penal do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO e de Direito Penal da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – FUNDINOPI/UENP. Professor de Processo Penal da Escola da Magistratura do Paraná, núcleo de Jacarezinho/PR. Mestrando em Ciências Jurídicas da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – FUNDINOPI. Coordenador do Núcleo de Monitoramento de Penas Alternativas de Jacarezinho/PR. Artigo submetido em 24/10/2008. Aprovado em 03/02/2009

the legal interest and its necessary adjustment. In such a way, according to the offensive principle there will not be crime when the conduct does not offer, at least, a concrete, real, effective and proven danger to the legally protected interest. The punishment of an injury in its embryonic phase, even so apparently useful of the social point of view, represents the protection of the person against the exaggerated interventionist performance of the State. In this support, necessity becomes a new conceptualization of delict, having as north the delineated basic principles in the 1988 Federal Constitution.

KEY WORDS

Delict; Legal Property; Federal Constitution.

Introdução

O progresso material da nossa civilização não se fez acompanhar do correspondente progresso na ciência e na legislação penais, que se caracterizam hoje pelo abuso e hipertrofia do castigo penal, com desrespeito aos direitos humanos fundamentais.

Para o filósofo italiano Norberto Bobbio,

não é preciso muita imaginação para prever que o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômica e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão produzir mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que criem ocasiões favoráveis para o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdade e de poderes¹ (BOBBIO, 1992, p. 34).

Partindo do pressuposto que o sistema penal exerce um papel de instrumento de controle social, tendo como objetivo maior proteger os bens jurídicos de maior importância para a sociedade, existe ampla convicção de que a legislação criminal, para alcançar a sua meta, deve se submeter a um profundo processo de modernização com inspiração humanitária, para que as condutas e penas previstas sejam aplicadas somente em último caso.

Justifica-se esta necessidade diante do cenário de hipertrofia da legislação penal, com a conseqüente “sacralização” do legislador infraconstitucional ao conceber tipos penais autoritários, em desacordo com os preceitos básicos da Constituição Federal, difundindo a idéia de que a lei é a única fonte suprema do Direito, e solucionadora de todos os conflitos (GOMES, 2007, p. 50).

Dentro do sistema penal, o direito penal ocupa somente um lugar limitado, não se confundindo com aquele, no entanto, é a lei penal, através do tipo penal,

¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos N. Coutinho. 10 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 34.

que fixa o âmbito dentro do qual o sistema penal pode selecionar e criminalizar pessoas.

O tipo penal, na concepção de Raúl Eugenio Zaffaroni, “é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes” (ZAFFARONI, 2006, p. 381).

Dessa forma, cabe ao tipo penal tutelar os bens jurídicos de maior importância para a sociedade, ou seja, descrever quais são as condutas mais perigosas e que visem atingir estes bens de maior relevância.

Assim, quando uma conduta se amolda ao conteúdo descritivo contido no tipo penal ocorre a chamada tipicidade, que, segundo a doutrina formalista clássica, exige a subsunção formal da conduta à letra da lei. Isso significa conceber o delito como mera violação do aspecto imperativo da norma. Contenta-se esse posicionamento, fruto da teoria causal-naturalista e finalista da ação, com a mera antinormatividade formal. Por consequência, toda conduta que realiza o tipo penal é antinormativa, porque conflita com a norma imperativa que impõe determinada conduta.

Essa forma de ver o delito, como mera desobediência à norma imperativa, despreza o que há de mais relevante na norma penal, que é seu aspecto valorativo.

Em outras palavras, violar a norma imperativa não é a mesma coisa que violar a norma de valoração. Para violar a norma imperativa basta realizar, ou não realizar, a conduta descrita. Na falsidade grosseira, por exemplo, o sujeito realiza uma falsidade que a norma imperativa proíbe, mas não viola a norma de valoração, isto é, não atinge o bem jurídico protegido. Por consequência, sem esse resultado (jurídico) não há que se falar em crime, nos termos do artigo 13 do Código Penal.

Hoje é inegável a constitucionalização do direito penal, não sendo mais admitida qualquer subsunção do fato à normal sem uma ponderação de valores constitucionais os quais estão, explícita ou implicitamente, elencados na Constituição Federal de 1988.

Destarte, ganha relevo a análise do conceito de crime à luz da carta constitucional. Assim, não basta a mera adequação típica do fato à norma, mas também se faz mister uma ponderação da violação ou não de aspectos fundamentais.

A relação do direito penal com o direito constitucional deve ser muito próxima, pois a Constituição constitui a primeira manifestação legal da política penal, sendo que dentro de seu âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional.

Neste sentido, não é qualquer descrição típica que será legítima para punir penalmente o autor daquela conduta. Faz-se mister analisar seu conteúdo, ou seja, seu aspecto material, verificando se a penalização daquela violação ao bem jurídico é legítima e necessária.

É justamente neste aspecto que reside o bem jurídico. Toda norma é fruto de uma valoração que o legislador faz da realidade e disso resultam eleitos determinados bens que merecem a proteção penal.

Marcelo Rodrigues da Silva entende que

é necessário entender a *Lex Legum* como produto natural e legítimo dos vários reclamos que ecoam na sociedade para, em seguida, analisar o Direito Penal, em congruência com as modernas doutrinas nacionais e alienígenas, segundo instrumento de pacificação social voltado à proteção dos valores constitucionalmente consagrados ² (SILVA, out/dez 2003, p. 159).

Jorge Figueiredo Dias define bem jurídico como “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso” (DIAS, 2007, p. 114).

Diante destes paradigmas, tendo o legislador realizado a da eleição do bem jurídico-penal, podemos analisar seu enquadramento típico, porém não mais sob a perspectiva dogmática da teoria formalista clássica, mas sim com uma leitura constitucional do direito penal e do delito, que é obrigatória à medida que a sanção penal incide justamente sobre um bem fundamental da pessoa, qual seja, a liberdade.

Assim, o juízo de tipicidade já não pode esgotar-se na constatação da mera subsunção formal da conduta à letra da lei. Depois disso, ainda se faz imprescindível indagar sobre o bem jurídico e sua necessária afetação.

De acordo com o princípio da ofensividade não haverá crime quando a conduta não tiver oferecido, ao menos, um perigo concreto, real, efetivo e comprovado de lesão ao bem jurídico. A punição de uma agressão em sua fase ainda embrionária, embora aparentemente útil do ponto de vista social, representa à proteção do indivíduo contra atuação demasiado intervencionista do Estado.

É nestes dois aspectos que se fundamenta a análise constitucional do conceito de delito, ou seja, no princípio da ofensividade, que é um limitador do direito de punir do Estado, e da análise da eleição dos bens jurídicos que merecerão a tutela penal.

2. A Constituição como diretriz básica do tipo penal.

A Constituição situa-se no ápice do ordenamento jurídico, ocupando o grau máximo na hierarquia das fontes do direito. Tendo em vista esta característica, toda a legislação ordinária deve, obrigatoriamente, se coadunar com os fundamentos político-sociais e institucionais nela esculpidos. No tocante a seara penal, a Constituição deve impor os preceitos jurídico-penais de maior relevo, criando as diretrizes básicas das leis criminais (MÉDICI, 2004, p. 30).

Dessa forma, toda e qualquer norma penal que destoar dos postulados explícitos ou implícitos contidos na carta política do Estado tornam-se ineficazes,

² SILVA, Marcelo Rodrigues da. Fundamentos Constitucionais da Exclusão da Tipicidade Penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. IBCCRIM. Ano 11. n. 45. Editora Revista dos Tribunais: Outubro/Dezembro de 2003. p. 159.

em observância ao princípio da supremacia constitucional.

Toda Carta Política com fundamento democrático tem como finalidade a salvaguarda das liberdades individuais frente a eventuais transbordamentos do poder estatal. É evidente que não podia descuidar-se de ditar normas no setor das relações penais entre o Estado e o indivíduo, para eliminar o arbítrio tão comum nestas relações de poder.

Segundo Sérgio de Oliveira Médici, é precisamente no setor penal que de forma mais marcante se manifesta o caráter democrático ou antidemocrático de uma Constituição (MÉDICI, 2004, p. 31).

Instituindo o Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu diversas normas de natureza penal em seu texto. Merece destaque a constitucionalização de temas já consagrados na legislação penal ordinária, como o princípio da legalidade e da retroatividade benéfica. Ainda, garantiu a individualização da pena e proibiu o banimento, as penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados e todas as penas cruéis.

Mas não é só. Em diversos incisos do artigo 5º a Constituição proibiu a tortura, o tratamento desumano ou degradante nas prisões; assegurou a inviolabilidade do domicílio e o sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas e de dados; proibiu júízo ou tribunal de exceção; vedou a extradição de brasileiro nato, limitando a de brasileiro naturalizado; estabeleceu as garantias do juiz natural, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa e da presunção de inocência; considerou inadmissíveis no processo as provas ilícitas.

Alguns desses princípios político-criminais, segundo Luiz Flávio Gomes, acham-se contemplados expressamente na Constituição Federal brasileira, outros, no entanto, implicitamente. Dentre todos, merece destaque a exclusiva proteção dos bens jurídicos; intervenção mínima; materialização, legalidade e ofensividade do fato; responsabilidade pessoal e subjetiva do agente; culpabilidade; igualdade; proibição de pena indigna; humanidade na cominação, aplicação e execução da pena; e proporcionalidade da pena (GOMES, 2007, p. 48).

É claro, que estes princípios, bem como os direitos consagrados na Constituição não devem dirigir-se apenas ao momento de inovação legislativa penal, mas também ao intérprete e aplicador da ciência penal.

Com isso, fica clara a posição garantista do texto constitucional ao trazer para seu bojo tais disposições, no entanto, temos também um elevado número de cláusulas penais, ou seja, não se prevê apenas valores, mas indica o Direito Penal para se tutelar alguns destes valores. Apenas para exemplificar temos a previsão no art. 5º, XLII, que “a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei”; ainda, as previsões de responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais (art. 225, §3º) e financeiros (art. 173, §5º).

Diante deste quadro, a hipertrofia do Direito Penal não se deve apenas à atividade criminalizadora do legislador infraconstitucional, senão também à orientação criminalizadora do próprio legislador constituinte.

Deve-se, portanto, corrigir esta hiperinflação legislativa. Luiz Flávio Gomes aponta três vias possíveis, a saber: a) reconhecimento, real e efetivo, da eficácia limitadora dos princípios reitores do *jus puniendi*, por exemplo: intervenção mínima e ofensividade; b) adoção de um amplo processo de descriminalização do Direito Penal; c) um rigoroso controle de constitucionalidade das leis penais (GOMES, 2007, p. 56).

Embora o citado autor entenda como melhor solução a terceira via, ousamos discordar e aplicar como um solucionador eficaz a segunda, em especial, no que tange ao princípio da ofensividade.

Diante do exposto, temos que a Constituição Federal, através de seus princípios e bens fundamentais, deve nortear o legislador naquilo que ele pode e deve criminalizar e aquilo que ele pode e deve deixar fora do âmbito do direito penal, através de uma ordenação axiológica jurídico-constitucional.

3. Princípio da Ofensividade como limite do *jus puniendi*

Cabe recordar que vivemos sob a égide de um Estado pluralista, laico, onde há total liberdade de religião, de crença e de culto. Logo, um dos valores mais altos da nossa realidade constitucional é a tolerância. Todo poder emana do povo soberano, que no homem reconhece o valor da dignidade assim como o núcleo de direitos invioláveis.

Ora, num Estado com essas características, pluralista, que tem na justiça o valor-meta, é evidente que o Direito Penal não pode perseguir finalidades transcendentais ou éticas, não pode contemplar o homem como mero “objeto” de tratamento em razão de uma presumida inclinação anti-social, nem tampouco reprimir a mera desobediência.

O único modelo de Direito Penal e de delito compatível com a Constituição é, em consequência, de um Direito Penal como instrumento de proteção de bens jurídicos e de um delito estruturado como ofensa concreta a esses bens jurídicos, na forma de lesão ou perigo concreto de lesão. Destoa dessa estrutura constitucional qualquer teoria do fato punível fundada no mero desvalor da ação. Não há delito sem desvalor do resultado, ou seja, sem afetação de bens jurídicos de terceiros pessoas.

Conceber o Direito Penal como um adequado instrumento de tutela dos bens jurídicos de maior relevância para a pessoa e, por outra parte, entender que sua intervenção somente se justifica quando esse mesmo bem jurídico se converte em objeto de uma ofensa intolerável implica, sem dúvida, repudiar os sistemas penais autoritários ou totalitários, do tipo opressivo, fundados em apriorismos ideológicos ou políticos radicais, como os que já, historicamente, vitimizam tantos inocentes.

Significa, ademais, privilegiar um sistema penal de cunho personalista, que vem da tradição do Iluminismo, centrado especialmente nas liberdades individuais e no princípio moral do respeito à pessoa humana, e que seja expressão de um modelo de Estado Democrático e Constitucional de Direito e dos direitos

fundamentais, enquanto instrumento ao serviço da pessoa humana e não o inverso.

O Direito Penal inspirado no paradigma da ofensividade guarda consonância com a concepção de que a pena – tal como assinalam os doutrinadores da filosofia das Luzes: Montesquieu, Beccaria, Romagnosi, Betham, etc. – deve ser a necessária e a mínima das possíveis e se justifica para a prevenção de novos delitos.

Destarte, infere-se que a tipicidade passa a contar com um novo requisito, que é justamente o da ofensa ao bem jurídico, o resultado jurídico passa a compor a estrutura do fato típico. Já não é concebível que o juízo de tipicidade se resuma a uma constatação puramente formalista ou literal. Para além desse nível meramente subsuntivo, o fato é típico quando o bem jurídico, revelado pela norma de valoração, vem a ser concretamente afetado ou por uma lesão ou por um perigo concreto de lesão.

Assim, é o pensamento de Luiz Flávio Gomes:

Em um Estado Constitucional que se define, com efeito, como democrático e de Direito, e que tem nos direitos fundamentais seu eixo principal, não resta dúvida que só resulta legitimada a tarefa de criminalização primária recai sobre condutas ou ataques concretamente ofensivos a um bem jurídico, e mesmo assim não todos os ataques, senão unicamente os mais graves (fragmentariedade).³ (GOMES, 2002, p. 89)

Seguindo esta linha de pensamento, há de se concluir que somente os ataques intoleráveis e que podem causar repercussões visíveis a convivência social é que devem ser incriminados.

Como bem ressaltou Zaffaroni,

o injusto concebido como lesão a um dever é uma concepção positivista extremada; é a consagração irracional de dever pelo dever mesmo. Não há dúvida que sempre existe no injusto uma lesão ao dever [uma violação a norma imperativa], porém o correto é afirmar que só existe violação quando se afeta o bem jurídico tutelado. Não se pode interromper arbitrariamente a análise do fato punível e se a ação não prejudica terceiros, deve ficar impune, por expressa disposição constitucional.⁴ (ZAFFARONI, 1973, p. 226)

Dessa forma, podemos concluir que o conceito de delito como ofensa ao bem jurídico deve ser proclamado como um conceito com dimensão constitucional, apesar da inexistência de um texto normativo explícito *ad hoc*.

³ GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal*. Série as ciências criminais no século XXI. vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 89.

⁴ ZAFFARONI, Raul Eugênio. *Teoria Del delito*. Buenos Aires. Ediar: 1973. p. 226.

Assim, o dogma causal não atende mais às necessidades de interpretação e aplicação da norma penal de forma suficientemente racional e justa. Não se compraz, ademais, com os postulados fundamentais do Estado igualitário, fraterno e pluralista, comprometido com a manutenção da vida, da liberdade e da justiça.

O fato, doravante, passa a ser punível quando, além de sua adequação formal à letra da lei, a ele se agrega o *plus* da ofensividade, lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal. Por força do princípio da ofensividade, a sanção penal se legitima quando a conduta exteriorizada cause uma grave, e intolerável, ofensa ao bem jurídico contemplado pela norma.

A construção de um sistema penal constitucionalmente orientado, em consequência, deve partir da premissa de que não há crime sem ofensa – lesão ou perigo concreto de lesão – a um bem jurídico. E se considerando que o bem jurídico integra a tipicidade, passa-se o delito a ser concebido como fato ofensivo típico.

Dessa forma, entendemos que o axioma *nullum crimen sine iniuria* 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.

No Brasil, o princípio da ofensividade ostenta consagração constitucional, ao menos na forma implícita, bem como na legislação penal, conforme o artigo 13 do Código Penal, que aduz não existir crime sem resultado. Sendo que, o resultado exigido é o jurídico, que é a ofensa ao bem jurídico, que se deve expressar numa lesão ou perigo concreto de lesão.

O delito, portanto, não pode ser unicamente uma ação ou omissão dolosa ou imprudente e ilícita, pois, segundo a perspectiva do Direito Penal da Ofensividade, a ação ou omissão penalmente relevante é tão-só a que causa uma ofensa ao bem jurídico.

Por conseguinte, o delito não se fundamenta exclusivamente na ação, senão, sobretudo, no resultado, em sentido jurídico, não naturalístico. E se a ação lesiva é a base do delito, não há dúvida que não pode constituí-lo jamais a simples manifestação de uma vontade contrária a uma obrigação jurídica, que se esgota na ação.

Segundo Luiz Flávio Gomes, “para a existência do delito, para além da presença de uma ação ou omissão (uma conduta), também se faz necessário um resultado jurídico, que consiste numa perturbação (intolerável) do bem tutelado, isto é, de uma liberdade alheia”⁵ (GOMES, 2002, p. 15).

Dessa forma, é necessária uma nova interpretação do fato típico, rechaçando a mera subsunção formal do fato típico à letra fria da lei da doutrina formalista clássica, trazendo à baila uma apreciação sob a óptica constitucional, segundo o princípio da ofensividade, fazendo com que a norma penal seja apreciada segundo aspectos valorativos compreendida em sentido material e garantista, tendo como requisito, explícito ou implícito, a ofensa ao bem jurídico.

⁵ GOMES, op. cit. p. 15.

É certo que o princípio da ofensividade em sua máxima expressão garantista e material, até o momento, não vem encontrando ressonância efetiva em todas as incriminações existentes no sistema jurídico e tampouco foi reconhecido explicitamente nos modernos e democráticos ordenamentos constitucionais, não menos verdade é que, como princípio de garantia, com claro sentido político e limitador, conta com força suficiente, nas palavras de Luiz Flávio Gomes

para constituir um ‘ponto de ruptura’ no *circulus vitiosus* da hermenêutica jurídico-penal, até porque nenhum sistema penal está legitimado a sacrificar a liberdade individual senão quando incrimina fatos significativamente ofensivos a bens jurídicos de relevância pessoal indiscutível.⁶ (GOMES, 2002, p. 14)

Destarte, um sistema concebido nos termos expostos representa o modelo no qual deveria inspirar-se o Direito Penal de um ordenamento liberal e democrático moderno: é um Direito Penal que procura a eficácia, que não abandona a retribuição mas é essencialmente preventivo, que se inclina à autolimitação, reservando-se exclusivamente para fatos externos relevantemente danosos; um Direito Penal não elaborado segundo arbítrio do legislador, senão orientado à tutela de bens autênticos, presentes na sociedade e preexistentes à decisão criminalizadora do legislador.

4. Enfoque do conceito material do delito à luz do princípio da ofensividade.

O delito, do ponto de vista puramente conceitual ou formal, é a conduta que o legislador, depois de selecioná-la e descrevê-la em uma lei, impõe como sanção uma pena ou uma medida de segurança. Dentre um infindável número de condutas ilícitas, o legislador elege algumas para terem o *status* de delito. O que se discute são os critérios adotados para esta seleção.

Nesse plano puramente formal, o legislador conta com grande discricionariedade na eleição do ilícito penal, pois não há qualquer conceito pré-jurídico de delito ou imanente ao fato, que determine ou balize esse poder discricionário do legislador.

A evolução do direito penal e o reconhecimento dos direitos fundamentais como o eixo do moderno Estado de Direito impõem-se restrições formais e substanciais a esse poder de criminalização, que hoje deve estar regido por critérios de merecimento e necessidade da pena.

Dessa forma, não se pode conceber o delito como apenas uma descrição formal da conduta, alheio a qualquer caráter valorativo ou finalista. Tendo o Direito Penal como a principal característica a proteção dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade, é imperiosa que esta proteção se dê através de incriminação de

⁶ GOMES, op. cit., p. 14

condutas que efetivamente apresente uma potencialidade de dano ou um perigo concreto de lesão a tais bens.

Para tanto, deve-se refutar o dogma causal, pois não atende mais às necessidades de interpretação e aplicação da norma penal de forma suficientemente racional e justa. Faz-se necessário que o enquadramento típico se dê nos moldes de uma das concepções materiais de delito, dentre as quais a que encontra maior ressonância constitucional e mais adequada a finalidade do Estado democraticamente consagrado é a que considera o delito como uma ofensa intolerável a um bem jurídico.

Em um Estado Constitucional que se define, com efeito, como democrático e de direito, e que tem nos direitos fundamentais seu eixo principal, não resta dúvida que só resulta legitimada a tarefa de criminalização primária quando recai sobre condutas ou ataques concretamente ofensivos a um bem jurídico, e mesmo assim não todos os ataques, senão unicamente os mais graves, devido ao princípio da fragmentariedade.

Assim, somente os ataques mais intoleráveis e que podem causar repercussões visíveis para a convivência social é que devem ser incriminados. Conseqüentemente, o conceito de delito como ofensa a um bem jurídico deve ser proclamado como um conceito de dimensão constitucional, embora não haja um texto normativo expresso neste sentido.

Não há dúvidas que as disposições constitucionais, quando asseguram ao legislador o direito de regular o *jus puniendi*, quase nada indicam de modo expresso a respeito do conteúdo da conduta punível, que é o núcleo do conceito material do delito. Por conseguinte, o papel de limite material não pode ser cumprido só com o princípio da legalidade se se admite que o legislador ordinário conta com esparsas restrições conceituais vinculantes no que se refere ao delito e à pena.

A função garantista ou segurança do princípio da legalidade se reduz a quase nada ou se aniquila quando se autoriza catalogar como delito qualquer espécie de conduta ou de pena, sem qualquer conteúdo valorativo.

A fundamentação constitucional do conceito de delito entendido como ofensa a um bem jurídico, por conseqüência, para além da constatação da legalidade do delito não pode jamais significar uma atividade vazia e arbitrária. Em outras palavras, o princípio da ofensividade obriga que a atividade de criminalização primária seja taxativa, clara e inequívoca e, de outro lado, determina uma das missões do Direito Penal, que é a proteção dos bens jurídicos mais importantes da sociedade.

Nestes termos, o conceito constitucional de delito traz algumas repercussões no âmbito da política-crimal, na teoria do delito, bem como na teoria da pena, entre as quais podemos citar, de modo principal, a vinculação do legislador, do intérprete e do aplicador da lei penal ao paradigma da ofensividade.

Assim, o legislador não pode adotar técnicas legislativas incriminatórias reconduzíveis ao mero voluntarismo, ou seja, à vontade do infrator, ao seu modo de ser, ao seu modo de pensar; não é possível configurar o delito como mera

desobediência à norma; ninguém pode ser castigado pelo que é ou pelo que pensa, senão pelo que faz ofensiva e intoleravelmente aos outros.

Já os intérpretes e os aplicadores da lei penal têm a tarefa de interpretar todos os tipos penais como ofensivos, assim, dentre todos os significados possíveis que se extraem da literalidade legal deve-se preferir sempre o que se ajusta ao modelo de delito como ofensa a bem jurídico, considerando-se atípicas todas as condutas não ofensivas, ainda que formalmente adequadas à descrição legal.

Ainda, temos que a adoção do conceito material de delito fundado no princípio da ofensividade refuta tendências penais exageradas, desproporcionalmente intervencionistas, que buscam configurar o delito não segundo um modelo marcadamente garantista, senão como mera violação de um dever ou de uma norma ou, mais grave ainda, como simples conduta.

A tipicidade penal, portanto, deve ser compreendida em sentido material e garantista e dele fazendo parte, como requisito explícito ou implícito, a ofensa ao bem jurídico, seja na forma de lesão ou de perigo concreto. Assim, o princípio da ofensividade está destinado a funcionar como critério hermenêutico de extraordinário valor, em virtude do qual resulta impossível sancionar penalmente todos os comportamentos que concretamente não chegam a atingir ou afetar o bem consagrado normativamente.

Dessa forma, para que um ato humano seja considerado penalmente relevante, além da materialização de uma vontade criminoso, que é exigência do princípio do fato, faz-se necessário um *plus*, que precisamente a ofensa, como bem ressaltou, anteriormente citado, Zaffaroni que diz “não se pode interromper arbitrariamente a análise do fato punível e se a ação não prejudica terceiros, deve ficar impune, por expressa disposição constitucional”⁷ (ZAFFARONI, 1973, p. 226).

Conclusão

Nas palavras de Carnelutti,

A tarefa do processo penal está no saber se o acusado é inocente ou culpado. Isto quer dizer, antes de tudo, se aconteceu ou não aconteceu um determinado fato: um homem foi ou não foi assassinado, uma mulher foi ou não foi violentada, um documento foi ou não foi falsificado, uma jóia foi ou não foi levada embora? (CARNELUTTI, 1995, p. 43)

É evidente que a função primeira do processo penal é reconstruir a história. Fazer com que os fatos sejam reproduzidos para que o julgador possa aplicar o direito penal, condenado ou inocentando o acusado. Mas não é só. Ao aplicar, ou seja, realizar a adequação do fato historicamente reproduzido no processo à norma penal vigente deve o magistrado, bem como todo aplicador do direito, ter como

⁷ ZAFFARONI, op. cit., p. 226

norte um conceito de delito baseado em preceitos fundamentais previstos no Constituição Federal.

O conceito material de delito, baseado no princípio da ofensividade, representa o modelo no qual deveria inspirar-se o Direito Penal de um ordenamento liberal e democrático moderno: é um Direito Penal que procura a eficácia, que não abandona a retribuição, mas é essencialmente preventivo, que se inclina à autolimitação, reservando-se exclusivamente para fatos externos relevantemente danosos; um Direito Penal não elaborado segundo arbítrio do legislador, senão orientado à tutela de bens autênticos, presentes na sociedade e preexistentes à decisão criminalizadora do legislador.

Como bem lembrou Jorge de Figueiredo Dias, que a “autonomização do conceito material face ao conceito formal de crime constitui uma necessidade desde os tempos de Beccaria e do seu fundamental *Dei delitti e delle pene* (1764)” (DIAS, 2007, p. 107).

Dessa forma, é necessária uma nova interpretação do fato típico, rechaçando a mera subsunção formal do fato típico à letra fria da lei da doutrina formalista clássica, trazendo à baila uma apreciação sob a óptica constitucional, segundo o princípio da ofensividade, fazendo com que a norma penal seja apreciada segundo aspectos valorativos compreendida em sentido material e garantista, tendo como requisito, explícito ou implícito, a ofensa ao bem jurídico.

No direito penal regido pelo dogma da ofensividade não basta comprovar a idoneidade lesiva da conduta. Também é mister verificar a real afetação do bem jurídico, que constitui o desvalor do resultado.

Neste contexto, o mais relevante efeito prático da função dogmática do princípio da ofensividade consiste em permitir excluir do âmbito punível as condutas que, mesmo que tenham cumprido formalmente ou literalmente a descrição típica, em concreto mostram-se inofensivas ou não significativamente ofensivas para o bem jurídico tutelado. Não resultando nenhuma lesão ou efetivo perigo de lesão a esse bem jurídico, não se pode falar em fato típico.

Em outras palavras, sempre que ocorre a subsunção formal da conduta à descrição legal, porém sem uma concreta ofensa ao bem jurídico tutelado, resulta excluída a tipicidade entendida em sentido material, isto é, uma conduta, para ser materialmente típica, deve não só adequar-se à literalidade do tipo legal senão também ofender de forma relevante o bem jurídico protegido. Diante da ausência de lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico não se pode falar em fato ofensivo típico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 13ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antonio Cardinali. Campinas/SP: Conan, 1995.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Editora Moderna, 2002.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. 2 ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1999.

GOMES, Luiz Flávio. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. BIANCHINI, Alice. *Direito Penal, volume 1: introdução e princípios fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito*. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2006.

_____. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal. Série as ciências criminais no século XXI*. vol. 6. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais: 2002.

_____. *Norma e Bem Jurídico no Direito Penal. Série as ciências criminais no século XXI*. vol. 5. Editora Revista dos Tribunais: 2002.

JAKOBS. Günther. *A imputação objetiva no Direito Penal*. Tradução de André Luiz Gallegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

JESUS, Damásio Evanvelista. *Imputação Objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Teoria dos tipos penais: parte especial do direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Fundamentos Constitucionais da Exclusão da Tipicidade Penal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. IBCCRIM. Ano 11. n. 45. Editora Revista dos Tribunais: Outubro/Dezembro de 2003.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. vol. 1. 6 ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *Teoria del Delito*. Buenos.