

# OS PRINCÍPIOS DA OFENSIVIDADE E DA PROPORCIONALIDADE COMO NECESSÁRIAS EXIGÊNCIAS À LEGITIMAÇÃO DA INTERVENÇÃO PUNITIVA

Eduardo Tergolina Teixeira\*

**Sumário:** 1. Bem jurídico 2. Princípios da ofensividade e da proporcionalidade – 2.1 Princípio da ofensividade – 2.1.1 Conceito – 2.1.2 Funções do princípio de necessária ofensa – 2.1.3 A inter-relação entre o princípio da ofensividade e outros princípios penais – 2.1.4 A ofensividade em alguns ordenamentos jurídicos – 2.2 Princípio da proporcionalidade – 3 Análise de alguns tipos penais do ordenamento jurídico brasileiro à luz dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade

## 1. Bem Jurídico

A uma análise dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade, imprescindível que se proceda a uma incursão no que se pode denominar como ponto fundante da teoria do delito: a noção de *bem jurídico*. Seu conceito e importância, longe de serem extraíveis de um entendimento pacífico, bem assim de estarem a salvo de (duras) críticas, não podem passar ao largo de qualquer estudo – sobretudo atinente à ofensividade e à proporcionalidade – comprometido com o atual cenário descortinado no âmbito do Direito Penal.

Toledo assevera que bens jurídicos são “valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas.”<sup>1</sup> Batista, de igual sorte, classifica-os como *valores sociais* tutelados<sup>2</sup> e Dias conceitua *bem jurídico* como “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso.”<sup>3</sup>

Zaffaroni e Pierangeli nos ensinam que o legislador, por vezes, sente-se atraído em função de existência de certos entes. Tal interesse por um ente, expresso por meio do advento de uma norma jurídica, determina a emersão do que, juridicamente, é entendido como bem (bem jurídico). O legislador penal, ao verificar a imprescindibilidade, para a sociedade, do respeito a tal bem jurídico, pode vir a tutelar esta norma, a qual, acaso vio-

\* Defensor Público da União no Rio Grande do Sul. Especialista em Ciências Penais pela PUCRS

<sup>1</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo : Saraiva, 2007, p. 16.

<sup>2</sup> BATISTA, Nilo. *Temas de Direito Penal*. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1984, p. 282.

<sup>3</sup> DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 63.

lada, dará ensanchas à aplicação de uma sanção, o que termina por conferir a tais bens o cunho de bens jurídicos penalmente tutelados ou bens jurídico-penais.<sup>4</sup>

Uma conduta típica que não venha a afetar um bem jurídico afigura-se uma situação inconcebível, uma vez que nada mais se tratam os tipos que “particulares manifestações de tutela jurídica destes bens.” Não obstante a definição de delito vá além da simples afetação a um bem jurídico, mostra-se – esta relação com a lesão – imprescindível para que a tipicidade reste efetivamente consubstanciada.<sup>5</sup>

Daí se deduz, de acordo Zaffaroni e Pierangeli, a importância fundamental do bem jurídico, o que confere o devido sentido teleológico à lei penal, a finalidade da norma. “Sem o bem jurídico, não há um “para quê?” do tipo e, portanto, não há possibilidade alguma de interpretação teleológica da lei penal. Sem o bem jurídico, caímos num formalismo legal, numa pura *jurisprudência de conceitos*.”

Tais doutrinadores conceituam o bem jurídico penalmente tutelado como a *relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam*. Entendem, exemplificativamente, que o bem jurídico não seria propriamente a honra, mas sim o *direito de dispor da própria honra*, da mesma sorte que não seria simplesmente a propriedade, mas o *direito de dispor dos próprios direitos patrimoniais*. Quando um indivíduo *proclama ao público atos degradantes que ele mesmo protagonizou ou faz uma doação de algum bem de sua propriedade* não está afetando um bem jurídico. Está precisamente *dispondo* desse bem, o que é *garantido* pelo Direito Penal. Este entrará em ação caso alguém venha a embarçar essa disposição da honra ou do patrimônio, *v.g.* E complementam os citados autores:

O ‘ente’ que a ordem jurídica tutela contra certas condutas que o afetam não é a ‘coisa em si mesma’, e sim a ‘relação de disponibilidade’ do titular com a coisa. Dito de uma forma mais simples: os bens jurídicos são os direitos que temos a dispor de certos objetos. Quando uma conduta nos impede ou perturba a disposição desses objetos, esta conduta afeta o bem jurídico, e algumas destas condutas estão proibidas pela norma que gera o tipo penal.<sup>6</sup>

Entendem Zaffaroni e Pierangeli não haver como prescindir da noção de bem jurídico. Asseveram que posições próprias do autoritarismo tentaram profligar tal conceito, havendo, conforme a concepção de bem jurídico, de se demonstrar a *finalidade* à qual está orientada a proibição de uma conduta. Não havendo um “para que” na tipificação de um agir, apenas nos seria dado inferir que o *dever se impõe por si mesmo*, trata-se de *capricho, preconceito, empenho arbitrário* de um *legislador irracional*, comportamento esse

<sup>4</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999, p. 462.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 462.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 462.

frontalmente inconstitucional ante o vilipêndio ao *princípio republicano de governo* (artigo 1º da Constituição Federal), que determina a racionalidade dos seus atos.

A fim de que haja, efetivamente, o respeito ao princípio supracitado, mostra-se, dessarte, de inarredável observância a noção de bem jurídico, o qual cumpre duas fundamentais funções, a saber: a) função *garantidora*, provinda do princípio republicano e b) função *teleológico-sistemática*, a qual defere sentido à proibição plasmada no tipo penal, bem assim restringe o seu âmbito de incidência.<sup>7</sup>

A Prado, o bem jurídico teria quatro funções (i) de garantia ou de limitar o poder de punir do Estado (restringindo a tarefa do legislador); (ii) teleológica ou interpretativa (promovendo a redução aos devidos limites da matéria de proibição); (iii) individualizadora (mensuração da pena/gravidade da lesão); (iv) sistemática (de classificação ordenada dos tipos na parte especial do Código Penal).<sup>8</sup>

Santos pondera que a contradição *capital/trabalho assalariado* afigurar-se-ia a gênese dos conflitos de classes, a base concreta dos interesses universais, cuja violação daria azo à *negatividade social*, hábil esta a conferir os necessários contornos ao *referente material* do conceito de crime<sup>9</sup>. Daí adviriam as situações significantes ao Direito Penal, as quais revelariam as condutas merecedoras de criminalização.

Segue seu pensamento asseverando que a emancipação do trabalho assalariado traria consigo a utópica *libertação da humanidade*, uma vez que aquele carregaria em seu bojo os *interesses comuns universalizáveis*. Enquanto tal situação não se concretiza, permaneceria indispensável o conceito de bem jurídico ao Estado Democrático de Direito de feição capitalista neoliberal.

Conforme Santos, a despeito de Zaffaroni conceber o bem jurídico apenas como *critério de criminalização*, aduz que deve ser considerado também *objeto de proteção* do Direito Penal. Diz Santos que “o bem jurídico é *critério* de criminalização porque constitui *objeto* de proteção”. O argumento de que, acolhendo o bem jurídico como objeto de proteção, estar-se-ia a chancelar a criminalização da *vontade do poder*, ou das *expectativas normativas* mostra-se, na concepção do citado doutrinador, insuficiente. A adoção de tal critério não afasta a necessidade de se aferir acerca da *relevância* do bem jurídico para fins de ser tutelado penalmente (proteção esta sempre fragmentária e subsidiária), tampouco, em decorrência, determinaria a indiscutível inclusão de todos os bem jurídicos no âmbito de tutela penal. De outra banda, reconhecendo-se a Constituição da República como fonte exclusiva de perquirição dos bem jurídicos, a criminalização da *vontade do poder* ou de meras *expectativas normativas* soaria ao mínimo incompatível (o contrário é que parece mais condizente: excluir-se o bem jurídico como objeto de proteção subsidiária e fragmentária, rendendo ensejo, aí, a que tal vazio seja ocupado pela vontade do poder ou expectativas normativas como objetos de criminalização)<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Ibidem, p. 466.

<sup>8</sup> PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996, p. 41-42.

<sup>9</sup> SANTOS, José Cirino dos. *Direito Penal : Parte Geral*. 2ª ed. Curitiba : ICPC; Lumen Juris, 2007, p. 14.

<sup>10</sup> Ibidem, p. 16.

Nesse passo, conforme adverte Santos, a orientação doutrinária crítica sugere que a noção de bem jurídico reste circunscrita apenas aos *direitos e garantias individuais* do ser humano, afastando-se, como objeto de criminalização, a *vontade do poder*, os *papéis sistêmicos*, o *risco abstrato* ou os *interesses difusos* característicos de *complexos funcionais*, tais quais a economia, a ecologia, o sistema tributário etc. (consagrando os postulados do direito penal do fato – lesão do bem jurídico, culpabilidade, limitação do poder de punir)<sup>11</sup>.

Paschoal assevera que, *única e exclusivamente*, cuida ao Direito Penal *tutelar bens jurídicos de grande valia para a preservação de uma dada sociedade*. Afirma se mostrar inaceitável conceber um Direito Penal com o fim vazio de retribuir um mal cometido ou para prevenir violações a normas jurídicas. A verdadeira e única finalidade é *proteger bens jurídicos relevantes ao convívio social*, recorrendo ao Direito Penal tão-somente diante da verificação de *lesão ou perigo concreto de lesão* a tais bens.<sup>12</sup>

A autora rechaça a concepção funcionalista capitaneada por Jakobs, que questiona a finalidade de tutela de bens jurídicos e defende, como fim único do Direito Penal, a *proteção de vigência das normas* (às quais se mostraria despidianda a relação com algum bem jurídico). Para a doutrinadora, tratar-se-ia de cancelar o autoritarismo estatal aceitar o funcionalismo (caracterizado, como mencionado, por defender a existência de normas penais que não objetivam tutelar qualquer bem jurídico penal). Conferir ao Direito Penal unicamente o condão de tutelar bens jurídicos fundamentais ao tecido social não só justifica/legitima o Direito Penal como limita o seu campo de aplicação e incidência. Noções que, conforme alhures, Santos bem relaciona às denominações *objeto de proteção penal* e *critério de criminalização* (garantia política irrenunciável do Direito Penal do Estado Democrático de Direito)<sup>13</sup>.

Também Bechara segue a mesma senda, asseverando que a teoria do bem jurídico e o modelo de delito como ofensa a este bem tratar-se-iam de critérios à delimitação (i) da matéria de criminalização e (ii) da própria tutela penal, uma herança iluminista que refuta modelos autoritários e afirma a legitimidade do Direito Penal no Estado Democrático de Direito<sup>14</sup>. Muñoz Conde, outrossim, comunga do entendimento de que se mostra imprescindível a existência do bem jurídico a uma adequada criminalização. A este autor, tem a norma penal uma precisa função de *proteção de bens jurídicos*, elevando à categoria penal os comportamentos que mais gravemente lesionarem ou puserem em perigo referidos bens. Assevera ser o bem jurídico *a chave que permite descobrir a natureza do tipo, dando-lhe sentido e fundamento*.<sup>15</sup>

Quanto à evolução do conceito de bem jurídico penal, narra Janaina Paschoal que o tema foi primeiramente trabalhado por Feuerbach, segundo o qual o Direito Penal tão-só poderia ser empregado na proteção de direitos subjetivos ou interesses atinentes a

<sup>11</sup> Ibidem, p. 16.

<sup>12</sup> PASCHOAL, Janaina Conceição. Direito Penal, Parte Geral. Barueri : Manole, 2003, p. 04.

<sup>13</sup> SANTOS, op. cit., p. 17.

<sup>14</sup> BECHARA, Ana Elisa. *Delitos sem Bens Jurídicos?* Boletim IBCCRIM, São Paulo, Ano 15, n. 181, dezembro de 2007, p. 4.

<sup>15</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 50.

específicos sujeitos, bem denotando o viés iluminista. O bem jurídico, *ab initio*, confundia-se, pois, com a noção de direito subjetivo.

Contradiisse tais idéias Birnbaum, promovendo a *primeira materialização do conceito de bem jurídico*. Para ele, não haveria como se alçar à denominação de função do Direito Penal a proteção de direitos subjetivos, uma vez que esses, diante da ocorrência dos delitos, mesmo assim permaneciam incólumes. Daí porque o acertado seria considerar como tal função a lesão aos objetos (bens) sobre os quais recaem os direitos subjetivos. Seguiu-se Binding, acrescentando que se conferiria a tutela penal aos bens que o *legislador entendesse* como imprescindíveis à sociedade, introduzindo, assim, a noção de fragmentariedade. Ao que von Liszt, a seu turno, rebateu tais argumentações, afirmando que o legislador não cria os bens jurídico penais, mas tão-somente os *identifica* no cenário social, tutelando-os por meio da lei penal. O bem da vida é *reconhecido* pelo direito, que o protege.<sup>16</sup>

Muñoz Conde traz uma interpretação um pouco diversa, na medida em que, reconhecendo que todo delito deve ter como norte a colocação em perigo ou lesão de um *bem jurídico*, sendo este um *valor* (o qual a lei protege de determinadas ações que possam afetá-lo), tratar-se-ia tal *valor* de uma qualidade positiva *atribuída pelo legislador* a determinado interesse. Por conseguinte, a qualidade de *bem jurídico* seria algo que a lei *cria* e não alguma coisa que lhe seja preexistente<sup>17</sup>. Prado, contrapondo tal idéia, assevera:

O bem jurídico – ponto central da estrutura do delito – constitui, antes de tudo, uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador (dado social preexistente). Contrariamente ao proposto por Binding, a norma não cria o bem jurídico, mas sim o encontra. Daí o seu aspecto restritivo. Isto porque o fim do direito não é outro que o de proteger os interesses do homem, e estes preexistem à intervenção normativa, não podem ser de modo algum criação ou elaboração jurídica, mas se impõem a ela. Com efeito, o ordenamento jurídico não cria o interesse, cria-o a vida, mas a proteção do direito eleva o interesse vital a bem jurídico.<sup>18</sup>

É crescente, em nome dos postulados democráticos, o pensamento de que os bens jurídicos necessariamente *devem provir da Constituição*. O reconhecimento constitucional do bem trata-se de *conditio sine qua non* ao deferimento de sua proteção penal.

Com efeito, uma vez que, em última instância, com a incidência do Direito Penal afeta-se o bem jurídico *liberdade* (de *status* constitucional), apenas são dignos de proteção penal aqueles bens reconhecidos como valiosos pelo Texto Constitucional. Há de

<sup>16</sup> PASCHOAL, op. cit., p. 08.

<sup>17</sup> MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 51.

<sup>18</sup> PRADO, op. cit., p. 27. Também nesse sentido FAYET JUNIOR, Ney. *O bem jurídico e a tutela penal: uma abordagem à luz de alguns princípios constitucionais implícitos*. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Org. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar. Porto Alegre : Núria Fabris, 2008, p. 248-249.

haver, dessarte, *proporcionalidade* entre o bem objeto da lesão e a liberdade afetada pelo Direito Penal, justificando-se, outrossim, as teorias constitucionalistas do bem jurídico penal em face do *cunho social* da Constituição da República (repositório dos valores mais caros a uma sociedade, sendo a Constituição a verdadeira fonte dos bens tuteláveis penalmente).<sup>19</sup>

Relativamente às teorias constitucionalistas, uma corrente vislumbra a Constituição como *limite negativo* ao Direito Penal, aceitando-se toda criminalização que não importe vilipêndio ao constante no Texto Constitucional. Em contrapartida, uma outra orientação advoga a necessidade de se promover uma maior restrição ao agir do legislador penal, de modo que trata a Constituição como *limite positivo* ao Direito Penal, é dizer, tão-somente bens efetivamente reconhecidos pelo constituinte como imprescindíveis socialmente é que poderão ser alçados à condição de merecedores de tutela penal. Uma terceira vertente, ainda, assevera não ser suficiente a dignidade constitucional do bem que se quer penalmente tutelar, para tanto, a natureza de ente deve enquadrar-se no âmbito dos *direitos fundamentais* (é o pensamento mais condizente com o Estado Democrático de Direito, uma vez que se presta o Direito Penal, à toda evidência, apenas à proteção dos mais valiosos bens, constitucionalmente reconhecidos, e diante apenas das situações insustentáveis, de maior gravidade).<sup>20</sup> Paschoal, outrossim, sustenta a necessidade de os bens tutelados pelo Direito Penal, terem natureza de direito fundamental, aduzindo ainda que, mesmo nos casos em que há tal dignidade, o legislador estará *livre* para verificar a necessidade concreta da criminalização, mesmo que a Constituição o tenha determinado expressamente.<sup>21</sup>

Nesse ponto, diverso – nos transparece – é o entendimento de Schmidt e Feldens, os quais, analisando a Constituição como fundamento normativo do Direito Penal, atentam para a existência de uma *zona de intervenção obrigatória do legislador penal*. Em face de diretrizes explícitas, delineadas no Texto Constitucional, haveria obrigações expressas de tutela penal (derivados da teoria dos deveres estatais de proteção), determinando, de conseqüência, deveres de criminalização (como exemplo, poder-se-iam citar as disposições constitucionais atinentes à criminalização do racismo, da ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático). Dessarte:

disposições constitucionais veiculadoras de mandados de penalização trazem como efeito normativo direto o fato de se mostrarem vinculantes ao Poder Legislativo. Operando como um Direito *pré-dado* ao legislador penal, formatam determinados limites – precisamente, limites constitucionais explícitos – da política criminal do Estado a ser minudentemente materializada no plano da legislação ordinária.<sup>22</sup>

<sup>19</sup> PASCHOAL, op. cit., p. 12.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 12-13.

<sup>21</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>22</sup> SCMHDIT, Andrei Zenkner e FELDENS, Luciano. O Crime de Evasão de Divisas: A Tutela Penal do Sitema Financeiro Nacional na Perspectiva da Política Cambial Brasileira. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006, p. 31-32.

D'Ávila, a seu turno – em contraponto ao pensamento supramencionado –, resalta que a existência de um princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos e de disposições constitucionais delineando a específica tutela penal relativamente a certos bens (como, exemplificativamente, se deduz do constante no artigo 5º, XLI, XLII, XLIII e XLIV, da Constituição Federal) não determina, de per si e já de antemão, a vinculação do legislador, em ordem a, necessariamente, ter de promover a criminalização das condutas em tese lesivas aos referidos bens. Ensina o doutrinador:

Somente no reconhecimento de uma real necessidade de intervenção e, na ausência de outro meio não-penal apto em realizar tal tarefa é que o legislador irá valer-se do direito penal como instrumento para tanto, o que, por sua vez, deverá ser feito com a devida ponderação dos demais princípios político-criminais. (...) Assim, como se percebe, não apenas não afirmamos, como somos, no esteio de ampla doutrina, manifestamente contrários à idéia de que o simples estatuto de bem jurídico tutelado constitucionalmente implica uma obrigação implícita de tutela penal, o que, acertadamente destaca Marinucci, acarretaria, entre outras conseqüências danosas, não só uma limitação, mas uma verdadeira anulação do poder discricionário do legislador, transformando a noção de pena como *ultima ratio*, em uma efetiva *unica ratio*.<sup>23</sup>

Bechara alerta para a tendência (diante da sociedade de risco) à antecipação da tutela de bens jurídicos supra-individuais (referentes, exemplificativamente, à ecologia, à economia, ao consumo, à tecnologia), procedendo-se a criminalizações por meio dos chamados delitos de perigo abstrato, nomeadamente nas modalidades crime de *cumulação* e de *mera desobediência*. Atenta para a técnica legislativa casuística, conferindo ao Direito Penal o mero papel de instrumento de controle acessório do Direito Administrativo, afastando-se o legislador dos indispensáveis pressupostos da *abstração* e *generalidade*. Procura-se prevenir riscos, vilipendiando-se o Direito penal do fato e conferindo-se às sentenças natureza programática e política, em similitude às próprias leis. Termina-se, desse modo, questionando-se, inclusive, a indispensabilidade do bem jurídico à constituição do injusto penal e a delimitação da função do Direito Penal<sup>24</sup>.

Diante das observações até então tecidas, indaga-se: poderia haver crimes sem bens jurídico-penais?

A responder tal questionamento, valemo-nos, primeiramente, das observações tecidas por Greco, sobre o delito de maus-tratos, constante na legislação ambiental (artigo 32 da Lei 9.605/98). Diz ele que, *v.g.*, a despeito de, ao presenciarmos uma surra a um pequeno cachorro e, após, sua mutilação, não haver o vilipêndio de qualquer bem atinente ao ser humano, é inegável que tal ato gera um sentimento de repulsa. Em fun-

<sup>23</sup> D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios* (Contributo à Compreensão do Crime como Ofensa ao Bem Jurídico). Coimbra : Coimbra, 2005, p. 66-67.

<sup>24</sup> BECHARA. *op. cit.*, p. 4.

ção disso, não obstante o comportamento delineado não fira sequer mediatamente, um bem atinente ao ser humano – não afete a esfera individual e tampouco bens jurídicos da coletividade –, seria inafastável (diante desse sentimento de revolta que tal ato traz) a incriminação deste. Daí Roxin entender que a tutela penal dos animais basear-se-ia em incriminações sem bem jurídico<sup>25</sup>. A fim de se resolver tal problema, Greco apresenta três posições, três alternativas diante de tal incriminação.

A primeira corrente sustenta que, uma vez sendo fatos como este, inerente aos maus-tratos a animais, destituídos de bens-jurídicos, não podem, efetivamente, ser contemplados na tutela penal. Referido autor considera tal posicionamento impróprio, em função da “crescente preocupação com o meio ambiente, com a biodiversidade, com a subsistência não só da fauna, como mesmo da flora”<sup>26</sup>.

A segunda orientação seria *expandir* o conceito de bem jurídico, em ordem a abarcar também o bem-estar animal. Julga o doutrinador tal entendimento também inadequado, uma vez que, dilatando-se tal conceito, abrir-se-ia passagem a que qualquer coisa fosse compreendida na idéia de bem jurídico: comportamentos imorais, meras desobediências ou qualquer matéria contida em nossa vasta e analítica Constituição.

A terceira posição, capitaneada por Roxin e Hefendehl, reconheceria determinadas exceções ao conceito de bem jurídico como requisito indispensável à incriminação. Julgando correta tal proposta, Greco assevera que – a despeito de, em um primeiro momento, vislumbrarmos, ante a adoção de tal postula, um enfraquecimento da concepção de bem jurídico – haveria, entretanto, um *fortalecimento* do conceito. Isso porque, preservando-se o conceito de bem jurídico e mantendo-o como exigência às incriminações, a despeito de reconhecerem-se determinadas exceções, tais, justamente por de exceções se tratarem, deveriam ser devidamente explicitadas e esclarecidas pelos proponentes de tal criminalização, a fim de que se julgasse se, efetivamente, o caso estaria a se tratar de uma verdadeira exceção e se necessitaria de tutela penal<sup>27</sup>.

Bechara julga equivocada essa terceira opção, uma vez que tal dispensa a imprescindível aferição da *lesividade*, afastando-se do próprio referencial de pessoa humana e apresentando caráter exclusivamente funcional sistêmico. Aceitando-se tal proposição, terminar-se-ia por comprometer a própria natureza subsidiária da proteção de bens jurídicos, inerente à legitimidade de um Direito Penal de feição democrática. Muito se aproxima tal idéia à noção de Direito Penal enquanto instrumento de proteção de vigência de normas. Os bens jurídicos, em verdade, surgiriam, segundo a autora, das relações interpessoais humanas, nascedouro das normas de conduta, de modo que não se trataria a sociedade de um mero sistema de regras de comportamento, mas sim de um sistema concreto de relações entre pessoas<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. RBCCRIM, São Paulo, n. 49, 2004, p. 109.

<sup>26</sup> Ibidem, p. 110.

<sup>27</sup> Ibidem, p. 110-111.

<sup>28</sup> BECHARA. op. cit., p. 4.



A dignidade penal do fato é aferida com esteio em uma análise de sua realidade, bem assim na sua adequação aos postulados próprios do Estado Democrático de Direito. Tal deve levar em linha de conta, necessariamente, a satisfação direta ou indireta de uma necessidade humana. Por isso, falha a concepção de um sistema a serviço de si mesmo. O indivíduo é a *causa*, e por isso é que não se deve abrir mão da noção de bem jurídico, devendo a incriminação se desenvolver em face de condutas que afetem a esfera humana. O bem jurídico-penal, em face disso, exibe uma função de validade e eficácia da norma.

Isso tudo, entretanto, não quer dizer que o Direito Penal não possa estar orientado também à proteção da vigência de normas: “Referido fim soa legítimo, mas continua a ser inferior e complementar à finalidade maior de tutela subsidiária de bens jurídicos, que estão ínsitos nas normas por representarem interesses suscetíveis de universalização.”<sup>29</sup>

Exporemos o pensamento de Amaral – a despeito de não compactuarmos com a orientação esposada por tal doutrinador –. Afirma o autor não se sustentar a tese de que o Direito Penal tem como missão exclusivamente proteger bens jurídicos. Dentre outras críticas, assevera que não há sequer certeza acerca do conceito de bem jurídico, razão por que tal teoria, em vez de limitar a criminalização de condutas, acaba por cancelar uma desmesurada expansão das punições, ante uma incriminação irrazoável. Cita Hassemer a respeito: “La protección de bienes jurídicos se transforma así en un mandato para penalizar, en lugar de ser una prohibición condicionada de penalización, en un factor positivo para conseguir una correcta criminalización, en vez de ser un criterio negativa para la misma”.<sup>30</sup>

Em face disso, defende a tese de que o *núcleo* do Direito Penal é o *descumprimento de um dever*, e não proteger os bens jurídicos de lesão ou perigo de lesão. Delito seria *a negativa em comportar-se conforme o papel designado em um dever jurídico*<sup>31</sup>.

Após análise e inferência acerca da dita inconsistência do conceito de bem jurídico para funcionar como sustentáculo único da criminalização, propõe o autor uma conciliação entre as concepções de *proteção de bens jurídicos* e *proteção de vigência de normas*, uma vez que, segundo seu entendimento, tais idéias não seriam necessariamente excludentes entre si, mas, pelo contrário, implicar-se-iam mutuamente.

Sustenta o doutrinador que a finalidade de proteção de vigência de normas atuaria como um critério *motivador* dos cidadãos ao cumprimento das regras, uma reafirmação da *confiança*, justificando-se, assim, a necessidade da *cooperação* entre as pessoas, do respeito às regras em prol da convivência social. Em suma, incute-se no indivíduo a concepção de que vale a pena ser respeitador das normas (e isso viria, precisamente, com a possibilidade de sanção, com a intimidação, percebendo o cidadão que caso alguém transgrida a norma terá sua liberdade restringida, daí porque “vamos respeitá-la”).<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>30</sup> AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases Teóricas da Ciência penal Contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo : IBCCRIM, 2007, p. 167.

<sup>31</sup> Ibidem, p. 170.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 196.

Salienta-se: a *proteção de vigência de normas* importaria, de modo imprescindível, o fim de *evitação de comportamentos lesivos*; por sua vez, o fim de *proteger bens jurídicos* – motivando-se as pessoas a não delinqüirem – implicaria, em contrapartida, necessariamente, a finalidade de proteção da vigência de normas. “O direito penal só pode garantir aos cidadãos que os demais não lesionarão seus interesses quando se articularem meios materiais para proteger esses interesses”, havendo, assim, uma *reciprocidade funcional* entre proteção de bens jurídicos e proteção de vigência de normas<sup>33</sup>. Todavia, frisa o autor, tratar-se-ia de uma finalidade mediata a proteção de bens jurídicos, precedida pela proteção de vigência de normas<sup>34</sup> (de maior relevância, na sua concepção).

A construção ventilada por Amaral, entretantes, viabiliza uma antecipação da intervenção punitiva, a qual poderá – diante da suposta necessidade de proteção de vigência das normas – encontrar equívoca legitimidade para coibir condutas que sequer ocasionem perigo a bem jurídico-penal alheio. Ou, ainda pior, o sistema penal, tendo em si próprio seu fundamento, prescindirá da constitucional imposição de ocorrência de lesão ou perigo concreto de lesão a bem jurídico-penal de terceiro para desencadear a atuação do poder de punir.

## 2. Princípios da ofensividade e da proporcionalidade

O objeto do presente estudo está bem delineado nas palavras de Ferrajoli, quando de sua análise sobre “economia do direito penal e lesividade do resultado, o direito penal como instrumento de tutela”. Estabelece o autor os lineamentos do *princípio da “utilidade penal”* e do *princípio axiológico da separação entre o direito e a moral*, postulados de matiz iluminista.

Quanto ao primeiro, tal restringe o âmbito das proibições penais tão-somente aos comportamentos reprováveis em função de “seus efeitos” lesivos a terceiros. Descortina-se como inarredável dever da norma penal a prevenção dos custos individuais e sociais de maior pujança e gravidade (diante da aferição dos respectivos efeitos lesivos), configurando-se estes como *únicos* hábeis a justificar o prejuízo determinado em face das sanções e proibições. “Não se pode nem se deve pedir mais ao direito penal”.<sup>35</sup>

Relativamente ao princípio axiológico da “separação entre direito e moral”, obstaculiza tal postulado a proscrição de atitudes “meramente imorais”, “estados de ânimos pervertidos”, “hostis” ou até mesmo “perigosos”, restando indispensável – a bem de resguardar-se a liberdade pessoal de consciência e a autonomia e relatividade moral – tolerar-se, em termos jurídicos, comportamentos não lesivos a terceiros<sup>36</sup>. “Uma *dupla limitação* ao poder proibitivo do Estado” exsurge da análise de tais concepções:

<sup>33</sup> Ibidem, p. 196.

<sup>34</sup> Ibidem, p. 198.

<sup>35</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006, p. 426.

<sup>36</sup> Ibidem, p. 426.

A primeira restrição é delimitada pelo *princípio da necessidade ou de economia das proibições penais*, delineada tal limitação por meio da expressão *nulla lex poenalis sine necessitate*, provindo daí (diante do inarredável respeito à *legalidade*, em se tratando de delitos e penas) as exigências da *pena mínima necessária (nulla poena sine necessitate)* e da *economia na configuração dos delitos (nullum crimen sine necessitate)*.<sup>37</sup> O princípio da necessidade impõe que tão-somente em casos extremos, limites, radicais, de intolerável afetação ao bem jurídico (sob pena de se comprometer a convivência social), se lance mão da intervenção punitiva. Isso porque se trata essa modalidade de ingerência estatal da mais grave técnica de controle da sociedade, que lesiona a liberdade e a dignidade dos cidadãos.

Dessa forma, leis penais que não observarem tais exigências, incriminando condutas indiferentes do ponto de vista social, ou mesmo de baixa densidade lesiva ou buscando, ainda, tutelar coisa outra que não bens jurídicos, reconhecidos constitucionalmente como de capital importância à observância dos direitos fundamentais e dos postulados do Estado Democrático de Direito, devem ser extirpadas do ordenamento, a fim de que se possa render a devida atenção e respeito às normas efetivamente penais. Criminalizar um sem-número de condutas bagatelares ou desprovidas de expressão à manutenção do tecido social trata-se de ato estatal autoritário, não se mostrando como papel do direito penal controlar todos os passos do cidadão, interferindo em sua personalidade ou cerceando uma liberdade constitucionalmente assegurada. Tal proceder tão-somente enfraquece o Direito Penal e determina um sentimento de pouca valia em relação às normas.

O princípio da necessidade diz com a idéia de direito penal mínimo, devendo-se, dessarte, tão-somente criminalizar as condutas efetivamente lesivas a bens jurídicos, assim como impor a mínima pena necessária, em ordem a resguardar os direitos fundamentais do cidadão e a manutenção do equilíbrio social:

Se o direito penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua 'absoluta necessidade' são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo direito penal.<sup>38</sup>

A segunda limitação, expressa por meio do *princípio de lesividade*, é oriunda da concepção da necessidade penal como tutela de bens jurídicos fundamentais, que por outro modo não possam ser resguardados. De natureza axiológica, traz a exigência de que sejam, efetivamente, *lesivos* a terceiros os efeitos produzidos por meio de um comportamento que se deseja criminalizar. A necessidade da lei penal subordina-se à lesividade da conduta a terceiros, de modo que se pode inferir que *nulla necessitas sine iniuria* e *nulla poena, nullum crimen, nulla necessitas sine iniuria*. Consoante demonstra Ferrajoli,

<sup>37</sup> Ibidem, p. 427.

<sup>38</sup> Ibidem, p. 426.

trata-se a lesividade de preceito que remonta a Aristóteles e Epicuro, sendo consagrado na cultural penal iluminista. A Hobbes, Pufendor e Locke a Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano e Romagnosi, os critérios e a medida das vedações e sanções são vislumbrados a partir da *lesão* que o comportamento impingiu a terceiros.<sup>39</sup>

Interessante, de outra banda, verificar como, a seu turno, Ripollés organizou, topologicamente, os princípios penais<sup>40</sup>. A fim de conferir – dentro da denominada racionalidade ética da legislação penal – certa lógica à análise dos princípios, referido autor classifica-os em princípios de *proteção* (em cujo grupo estaria o princípio de *lesividade*, além dos princípios da essencialidade ou fragmentariedade, do interesse público e da correspondência com a realidade); princípios da *responsabilidade* (em que estão alcançados os princípios da certeza ou segurança jurídica, da responsabilidade pelo fato, da imputação, da responsabilidade ou culpabilidade e de jurisdição) e princípios de *sanção* (seção em que abarcada a *proporcionalidade*, além da humanidade, dos fins da pena e do monopólio punitivo estatal).

Estão retratadas, em tais observações, as linhas gerais a partir das quais analisar-se-ão os princípios da lesividade (ofensividade) e da proporcionalidade como necessários critérios a serem observados quando da intervenção punitiva estatal.

## 2.1. Princípio da ofensividade

### 2.1.1. Conceito

Gomes prefere a expressão *ofensividade* a *lesividade*, uma vez que *ofensa* seria o gênero de que seriam espécies a *lesão* e o *perigo concreto de lesão*. Assim, prefere o termo ofensividade, em ordem a evitar eventuais confusões entre gênero e espécie.<sup>41</sup>

Batista, com apoio em lição de Roxin, explicita o conteúdo do princípio da ofensividade. Apenas pode ser sancionado o agir de um indivíduo que *lesione direitos de terceiros* e que não seja, meramente, um comportamento pecaminoso ou imoral. Cabe ao direito penal tão-somente tutelar a ordem pacífica *externa* da sociedade, não sendo de sua alçada educar moralmente as pessoas.<sup>42</sup> Palazzo conceitua o princípio de lesividade do delito como sendo aquele por meio do qual um fato não pode constituir ilícito se não for ofensivo (lesivo ou perigoso) ao bem jurídico protegido.<sup>43</sup>

Paschoal, levando em conta o princípio da ofensividade, acentua a necessidade

<sup>39</sup> Ibidem, p. 428.

<sup>40</sup> RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A Racionalidade das Leis Penais*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005, p. 145.

<sup>41</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 11.

<sup>42</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro : Revan, 2007, p. 91.

<sup>43</sup> PALAZZO, Francesco C.. *Valores Constitucionais e Direito Penal. Um estudo comparado*. Trad. Gérson Pereira dos Santos, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 78.

de ter-se como missão exclusiva do Direito Penal (limitando-se seu campo de aplicação e incidência) a proteção de bens jurídicos relevantes ao convívio da sociedade, podendo-se recorrer à intervenção punitiva tão-só quando tais bens forem lesados ou postos em perigo concreto de lesão.<sup>44</sup> Outrossim, o princípio da ofensividade (complementando a subsidiariedade e a fragmentariedade) traz a exigência de que, a despeito de todo comportamento, em tese, atentatório a bem jurídico dever ser criminalizado, a efetiva incidência do direito penal resta subordinada à ocorrência, de fato, de lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido.<sup>45</sup> E, conforme, será analisado adiante, o proceder de verificar a ofensividade se mostra de incumbência tanto do *legislador* (no momento da confecção da norma penal), quanto do *juiz* (no instante da aplicação da lei).

Trata-se o princípio de necessária ofensa, conforme Ferrajoli, de “uma afiada navalha descriminalizadora, idônea para excluir, por injustificados, muitos tipos penais consolidados, ou para restringir sua extensão por meio de mudanças estruturais profundas.”<sup>46</sup> Na esteira das lições do referido doutrinador, é de se afirmar que o princípio da ofensividade opera como um “critério polivalente de minimização das proibições penais.”<sup>47</sup> Por meio deste princípio, é de se concluir que – se mostrando idôneo o direito penal tão-somente a tutelar bens jurídicos, e diante a afetações realmente intoleráveis, em situações extremas – é forçoso determinar-se uma redução na intervenção penal ao mínimo necessário. Equivalendo tal postulado a um “princípio de tolerância tendencial da desviação”, deve-se conferir ao direito penal tão-somente o exame de situações capitais ao convívio social, relegando-se o restante às esferas cível e administrativa, fortalecendo-se, assim, a intervenção punitiva e conferindo ao direito penal maior credibilidade e legitimidade.<sup>48</sup>

### 2.1.2. Funções do princípio de necessária ofensa

Batista estabelece quatro funções primordiais ao princípio da ofensividade: a) vedação à criminalização de atitudes internas, uma vez que as convicções, os desejos, as aspirações, os sentimentos não podem se mostrar hábeis a funcionar como fundamento a um tipo penal, ainda que tais estejam norteados ao cometimento de um delito, uma vez que *cogitationis poenam nemo patitur*; b) vedação à incriminação de conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, afigurando-se impuníveis os atos preparatórios ao agir delitivo, o simples concerto entre algumas pessoas para o cometimento de um crime, o crime impossível, a autolesão, a tentativa de suicídio; c) proibição de incriminarem-se meros estados ou condições existenciais: restando reconhecida pelo próprio direito a autonomia moral do indivíduo, não pode ser punido o *ser*, mas tão-somente o *fazer*, sob

<sup>44</sup> PASCHOAL. op. cit., p. 4.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>46</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 438.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 440.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 440.

pena de uma indesejável involução ao direito penal de autor (por meio do qual o ato tem valor de sintoma de uma personalidade, não sendo o indivíduo condenado tanto pelo furto, mas sim pelo “ser ladrão”, *v.g.*)<sup>49</sup>, as próprias medidas de segurança perdem legitimidade de acordo com este aspecto, uma vez que baseadas na periculosidade da pessoa (direito penal de autor), e não na culpabilidade<sup>50</sup>; d) vedação à incriminação de condutas desviadas, fortemente desaprovadas pela coletividade, mas que não afetem qualquer bem jurídico. Trata-se do “direito à diferença”. Consoante explicitam Zaffaroni e Pierangeli, não se pode penalizar alguém porque usa barba ou a deixa de usar, porque corta o cabelo ou não corta, uma vez que isso não afeta qualquer bem jurídico, não podendo o direito almejar formar cidadãos de uma certa aparência ‘x’ ou ‘y’, que tenha aquele ou este hábito, mas apenas cidadãos que não violem bens jurídicos de terceiros.<sup>51</sup> Frisa Batista que “estamos falando também de condutas que só podem ser objeto de apreciação moral (como práticas sexuais, quaisquer que sejam, entre adultos consencientes, ou como a simples mentira).”<sup>52</sup>

A Gomes, o princípio da ofensividade possui dupla função: (i) função *político-criminal*, caracterizada por sua incidência quando se decide pela incriminação de um agir e (ii) função *interpretativa* ou *dogmática* (momento no qual se interpreta e se aplica, concretamente, o Direito Penal).<sup>53</sup>

Trata-se a primeira função de uma limitação ao poder de punir do Estado (*ius puniendi*), dirigindo-se ao legislador. A segunda constitui uma restrição ao direito penal (ao *ius penale*), dirigindo-se ao intérprete e ao juiz (aplicador da lei penal)<sup>54</sup>. Mister enfatizar-se que tais funções se complementam, não sendo, assim, incomunicáveis. Caso o legislador, quando do exercício de sua atividade, não formule o tipo penal em termos ofensivos, incumbirá ao intérprete, ao aplicador da lei penal proceder à devida adequação (ou interpretando o tipo em termos ofensivos, enquadrando sua incidência tão-somente aos casos em que se vislumbrar a afetação intolerável a um bem jurídico ou – caso isso não se mostre viável – declarando-se a competente inconstitucionalidade).

A primeira função, desenvolvendo-se no plano *político-criminal*, tem por desiderato limitar o legislador (*ius puniendi*) em sua tarefa (e no momento) de criminalizar. Tal orientação determina que os tipos penais sejam confeccionados de acordo com o axioma *nulla lex sine iniuria*. Relativamente à segunda função, de caráter *dogmático* (interpretativo) e *aplicativo* da lei penal, tem feição material (garantista), incumbindo-lhe a constatação, depois de praticado o fato, da concreta presença de uma lesão ou de um perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido. O intérprete e o aplicador da lei penal se orientarão com base no brocardo *nullum crimen sine iniuria*<sup>55</sup>. Aduz o doutrinador:

<sup>49</sup> ZAFFARONI e PIERANGELI, op. cit., p. 118.

<sup>50</sup> BATISTA, op. cit., p. 93.

<sup>51</sup> ZAFFARONI e PIERANGELI, op. cit., p. 98.

<sup>52</sup> BATISTA, op. cit., p. 94.

<sup>53</sup> GOMES, op. cit., p. 28.

<sup>54</sup> PASCHOAL, op. cit., p. 16; PALAZZO, op. cit., p. 80.

<sup>55</sup> GOMES, op. cit., p. 99.

Com isso fica claro que o legislador tem domínio sobre o âmbito da delimitação do *ius puniendi* (domínio esse que deriva do princípio democrático). Mas sua obra pode ser (e normalmente é) incompleta, imperfeita, ou vaga e exageradamente extensiva. Os que completam esse produto legislativo ‘bruto’ (naturalmente repleto de imperfeições ou excessos) são os intérpretes e os juízes (que fazem atuar o *ius penale*).<sup>56</sup>

A feição *contentutistica* do princípio da ofensividade<sup>57</sup> – atinente ao objeto de proteção e, por conseguinte, ao conteúdo da lei penal – franqueia ao preceito uma flexibilidade própria, que não é vislumbrada em princípios eminentemente formais, como é o caso da legalidade. Tal determina a possibilidade de, conforme a situação fática vislumbrada, de acordo com as circunstâncias que configuram a particularidade do caso, se verificar a solução mais acertada, sempre em uma ótica democrática e garantista. É a ofensividade um *valor incorporado à norma, elemento constitutivo do delito*<sup>58</sup>, e, portanto, de necessária observância quando da subsunção do fato à lei, aferindo-se, a partir da imposição da necessária ofensa, a (a)tipicidade da conduta.

### 2.1.3. A inter-relação entre o princípio da ofensividade e outros princípios penais

Interessante análise procedida por Gomes relativamente ao cotejo e conexão estabelecida entre o princípio da ofensividade e alguns dos principais princípios afetos à política-criminal<sup>59</sup>. Levaremos a cabo o exame da ofensividade relacionada com os postulados da *legalidade*, do *fato*, da *exclusiva proteção de bens jurídicos*, da *fragmentariedade* e da *subsidiariedade*. Quanto à proporcionalidade, deixaremos para salientar seus principais aspectos em capítulo próprio, apartado, todavia sem olvidar a indiscutível vinculação existente com o princípio de necessária ofensa.

Relativamente à *legalidade*, é interessante notar que a ofensividade não se trata de um critério extralegal, um *plus* verificado além daquela, provindo simplesmente da mente do intérprete. Afigura-se, sim, um pressuposto a mais para a configuração do injusto penal, restringido e condicionado pela legalidade, respeitando-se assim o axioma *nulla iniuria sine lex*.<sup>60</sup>

Da mesma forma como é correto afirmar que não há ofensa sem lei, deve-se atentar, delimitando-se, assim, a atividade legislativa, que também é verdadeiro inferir-se, por óbvio, que *nulla lex sine iniuria*. Definindo-se o princípio de necessária ofensa como de inarredável observância à intervenção punitiva – a qual só pode ser deflagrada diante da lesão ou perigo concreto de lesão (intoleráveis) a um bem jurídico (de dignidade

<sup>56</sup> Ibidem, p. 28.

<sup>57</sup> D’AVILA, op. cit., p. 84; MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale. Parte Generale*. Padova : Cedam, 1979, p. 185.

<sup>58</sup> D’AVILA, op. cit., p. 85.

<sup>59</sup> GOMES, op. cit., p. 32.

<sup>60</sup> Ibidem, p. 34.

constitucional) –, mostra-se de capital importância exigir-se do legislador que proceda, efetivamente, em suas confecções típicas, à descrição da hipótese de incidência da norma levando-se em linha de conta que, necessariamente, deve estar contemplado, nessa descrição, um fato em que existente uma *ofensa* de singular relevância a um bem jurídico. De tal pensamento extrai-se a inferência de que não se pode aceitar, como produto legislativo, o aparecimento de figuras típicas denotando condutas de simples desobediência e mera infração a norma ou proibições calcadas no desvalor do comportamento, desprezando-se a necessária *ofensa* (insuportável) a um (autêntico) bem jurídico.

Para a configuração do delito, portanto, não basta a mera *literalidade* e existência da proibição. Trata-se de algo muito mais além do simples aspecto *formal*, há uma face *material* de inarredável respeito, há um quê *valorativo* que deve ser observado (por meio da real afetação a um bem jurídico) a fim de que efetivamente se esteja frente a um delito, de acordo com as noções de um Estado Democrático de Direito (conforme discorre Ferrajoli, sobre a legalidade estrita)<sup>61</sup>. É de se frisar, já na fase da elaboração do tipo penal deve ser respeitada a exigência da necessária *ofensa*.

E essa ofensividade deve ser haurida do tipo penal com clareza, precisão<sup>62</sup>, deve estar devidamente delimitada na norma, tudo em homenagem aos axiomas *lex certa*, *lex clara* e *lex determinata*<sup>63</sup>. Mormente no que tange à *lex certa*, a ofensividade deve *complementar* essa exigência de que a lei penal expresse a matéria da proibição da forma mais clara possível, revelando o respeito que a atividade estatal deve nutrir pela liberdade do cidadão, lembrando-se que *nulla lex sine iniuria*.

Em face disso, o axioma *nullum crimen sine lege* requer, para o seu respeito, a observância de um critério material, repleto de carga valorativa e garantista, delineado pelo princípio de necessária *ofensa* ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*<sup>64</sup>). Isso inclusive em atendimento ao princípio da *isonomia*, uma vez que, vedada a possibilidade de tratamentos díspares e diante da infinidade de comportamentos que podem ser abarcados por um tipo penal, delimitam-se os necessários requisitos que de antemão devem ser cumpridos para o fim de ver-se um comportamento subsumido na norma penal. Reduz-se, assim, em muito as diferenciações e as injustiças em face de uma equivocada incidência da lei penal. Concluímos o ponto citando Palazzo, para quem a ofensividade trata-se “de um dispositivo genérico (posto ao lado da enunciação da legalidade) capaz de excluir a subsistência do delito, malgrado a presença de um fato que, se ajustando embora à moldura do tipo, se revela concretamente inofensivo.”<sup>65</sup>

Quanto ao princípio da *materialidade do fato* (ou princípio do fato), calha salientar que, uma vez exigindo este que, para haver a intervenção penal, deva ocorrer a exteriorização de uma conduta<sup>66</sup>, não sendo papel do Direito Penal ingerir-se no pensamento,

<sup>61</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 348-349.

<sup>62</sup> LUISI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 24.

<sup>63</sup> GOMES, op. cit., p. 36.

<sup>64</sup> MANTOVANI, op. cit., p. 184.

<sup>65</sup> PALAZZO, op. cit., p. 82-83.

<sup>66</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 440.



nas condutas internas e no modo de ser dos indivíduos, tal exteriorização por óbvio deve revestir-se da necessária lesividade para que venha a ter dignidade penal<sup>67</sup>. É dizer, por imposição do Direito Penal do ato<sup>68</sup>, se é necessário que se verifique uma conduta que desborde da mera esfera individual do cidadão, tal conduta obrigatoriamente deve trazer consigo uma intolerável ofensa a um bem jurídico de terceiro para que efetivamente seja merecedora de atenção pelo Direito Penal.

Em uma ótica *ex post factum*, trata-se de um *pressuposto* a exigência do fato, devendo vir antes mesmo da aferição da intolerável ofensa ao bem jurídico no caso concreto<sup>69</sup>. Se é verdadeiro afirmar não haver delito sem materialização de conduta (não podendo o Direito Penal ocupar-se de pensamentos ou intenções), por outro lado mostra-se indispensável, para que efetivamente haja o delito, a verificação de um *plus*, consistente na indispensável lesividade da ação a bem jurídico de terceiro.

No que tange ao princípio da *exclusiva proteção de bens jurídicos*, é de se salientar que, não obstante sua reconhecida vinculação com o princípio da ofensividade, não ostentam tais princípios o mesmo conteúdo. A partir da exclusiva proteção de bens jurídicos dessume-se uma missão, uma forma de *Direito Penal*. O Direito Penal do bem jurídico não se ocupa de punir meras intenções, comportamentos individuais, internos do ser humano que não tragam conseqüências lesivas a outro indivíduo. O princípio da ofensividade, a seu turno, não se trata de missão ou forma de Direito Penal, mas sim de forma de conceber ou compreender o *delito*: crime como ofensa a um bem jurídico. A interconexão e interdependência entre esses postulados é evidente: se, de um lado, o direito penal deve ser compreendido como incumbido de tutelar bens jurídicos, proscrevendo determinadas condutas lesivas, devem referidos bens jurídicos, por outro lado, serem passíveis da necessária ofensa: “a forma de delito depende da forma de Direito Penal”<sup>70</sup>.

Pertinente a observação de Gomes a respeito da vinculação entre ambos os princípios, todavia cada um detentor da sua necessária autonomia e identidade própria<sup>71</sup>:

O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, justamente porque nos revela uma *forma de direito penal*, tem a preocupação de responder, entre outras, questões como *Que é que deve ser protegido? Qual é o objeto de proteção? Que se entende por bem jurídico? Quais são suas características?* Etc. São questões que corporificam o conteúdo da teoria do bem jurídico.

Já o princípio da ofensividade tem outros tipos de preocupação: *Que contribuição pode dar para definir materialmente o bem jurídico? Como deve o legislador contemplar a redação de um tipo penal? Que se entende por lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico? Quais são os limites da antecipação da tutela penal?* etc.

<sup>67</sup> GOMES, op. cit., p. 39.

<sup>68</sup> ZAFFARONI e PIERANGELI, op. cit., p. 118.

<sup>69</sup> GOMES, op. cit., p. 40.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 43-44.

Relativamente aos princípios da *fragmentariedade* e da *subsidiariedade*, faces do direito penal mínimo<sup>72</sup>, é de se enfatizar, diante de todo o exposto até então, que – não obstante se faça necessário o advento de uma lei, determinando de forma clara o conteúdo da proibição, delineando com precisão a necessária ofensividade de que deve estar imbuída a conduta para adentrar no âmbito penal, devendo, por outro lado, o direito Penal agir quando da materialização de um comportamento ofensivo a bens jurídicos de terceiros – imperioso que se diga que nem toda ofensa, mesmo que intolerável, irá desencadear a intervenção penal<sup>73</sup>. É de se verificar se há, *in casu*, a possibilidade de outro ramo do Direito agir com eficiência para sanar a questão. Quando a ofensa intolerável não puder ser dirimida por outra seara do Direito, aí sim o Direito Penal intervirá, como *ultima ratio* que é, para garantir o respeito aos direitos fundamentais do cidadão e o convívio social<sup>74</sup>.

Nas palavras de Fayet Jr., os princípios da ofensividade e da fragmentariedade se complementam em conteúdo: “o Direito Penal só é pertinente quando houver uma lesão a determinados bens jurídicos (lesividade/ofensividade) e, somente em algumas formas de ataque a esses bens (leia-se, as mais intensas), é que permitem a normatização criminal (fragmentariedade).”<sup>75</sup>

Consoante Polaino Navarrete, confere-se, na atualidade, com unanimidade ao Direito Penal a natureza de ordenamento jurídico fragmentário, “en el sentido de entender que se someten a la garantía del mismo determinados bienes y valores, cuya protección en otros sectores del Derecho positivo resulta insuficiente o inadecuada.”<sup>76</sup> Relativamente à subsidiariedade, o mencionado autor aduz:

por su parte, el carácter subsidiario del Derecho penal hace directa referencia a la propia *gravedad de la reacción* jurídico-penal, frente a la incidencia típica de los respectivos objetos de tutela del ordenamiento punitivo. El carácter subsidiario presupone el previo reconocimiento de la fragmentariedad de la normativa penal, y se muestra plenamente congruente con el alcance dogmático de la constatación de la naturaleza fragmentaria del ordenamiento penal. Pero va más allá del peculiar significado propio del mismo, y en este contexto se manifiesta asimismo como un carácter complementario del anterior, aunque trascendente más allá del él.<sup>77</sup>

Nesse passo, funcionando de modo anteposto, a ofensividade garantirá a necessária observância da existência de uma conduta efetivamente lesiva a um bem jurídico de terceiro. Mostrando-se tal lesão (ou perigo concreto de lesão) intolerável, deve-se verificar se há a possibilidade de outro ramo do Direito dar conta da situação de maneira eficaz. Tal não se mostrando viável, intervirá o Direito Penal como último e extremo recurso à manutenção dos postulados do Estado Democrático de Direito<sup>78</sup>.

<sup>72</sup> PASCHOAL, op. cit., p. 16.

<sup>73</sup> GOMES, op. cit., p. 45.

<sup>74</sup> PASCHOAL, op. cit., p. 16.

<sup>75</sup> FAYET JUNIOR, op. cit., p. 272.

<sup>76</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal. Parte general*. t. 1, Fundamentos científicos del Derecho Penal. 2ª ed. Barcelona : Bosch, 1990, p. 95-96.

<sup>77</sup> POLAINO NAVARRETE, op. cit., p. 102.

<sup>78</sup> GOMES, op. cit., p. 45.

Por conseguinte, nos termos do que dispõe Gomes:

admitindo-se que o Direito penal (por razões de proporcionalidade), por ser o mais contundente meio de controle social de que dispomos, só deve intervir quando resulta absolutamente necessário (princípio da necessidade, que faz parte do princípio da proporcionalidade) e que uma das suas missões no atual Estado de Direito é a de proteger bens jurídicos de especial relevância (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos) diante de condutas externas (princípio do fato ou da materialidade do fato), descritas prévia e inequivocamente numa lei penal (princípio da legalidade, taxatividade e anterioridade), com capacidade de causar, de modo intolerável (princípio da fragmentariedade), lesão ou perigo concreto de lesão (princípio da ofensividade) ao bem jurídico protegido e sempre e quando não exista outro meio (de proteção desse bem) mais idôneo (princípio da subsidiariedade ou de *ultima ratio*), naturalmente resultam delineados os mais importantes princípios informadores da inseparável relação entre bem jurídico e ofensividade.<sup>79</sup>

### 2.1.4. A ofensividade em alguns ordenamentos jurídicos

Maior atenção foi rendida ao princípio da ofensividade no direito italiano<sup>80</sup>.

Por meio da concepção realística do delito<sup>81</sup>, identificando o crime como um fato ofensivo a um interesse penalmente protegido, sustenta parte da doutrina no âmbito *legislativo ordinário* o fundamento de tal princípio (forte nos artigos 1º, 43 e 49.2 do Código Penal Italiano, equivalendo o primeiro e último aos artigos 1º e 17 do Código Penal Brasileiro). É de se salientar que Bricola, citado por Ferrajoli, defende a inclusão no Código Penal Italiano do princípio de “tipicidade substancial”, o qual conectaria a estrita legalidade à ofensividade, determinando-se não ser punível o fato típico que não lesasse o interesse especificamente tutelado pela lei penal em sua concreta dimensão social e constitucional.<sup>82</sup>

Com vistas à promoção do reconhecimento da ofensividade em nível infraconstitucional, de rigor enfatizar interessantes pensamentos desenvolvidos pela doutrina italiana no que concerne às figuras da tentativa e do crime impossível, dispostos, respectivamente, nos artigos 56 e 49.2 do Código Penal Italiano<sup>83</sup>.

Parte da doutrina tem entendido pela absoluta *autonomia normativa* do disposto no artigo 49.2 do Código Penal Italiano, atinente ao crime impossível. Reza o parágrafo segundo do artigo 49 do Código Penal Italiano: “La punibilità è altresì esclusa quando, per la inidoneità dell’azione o per l’inesistenza dell’oggetto di essa, è impossibile l’evento dannoso o pericoloso” (em certa correspondência ao artigo 17 Código penal Brasileiro: “Não

<sup>79</sup> Ibidem, p. 32.

<sup>80</sup> PALAZZO, op. cit., p. 80.

<sup>81</sup> MANTOVANI, op. cit., p. 184; D’AVILA, op. cit., p. 78; GOMES, op. cit., p. 47.

<sup>82</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 474.

<sup>83</sup> D’AVILA, op. cit., p. 76-80; MANTOVANI, op. cit., p. 187-191.

se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime”). Tratar-se-ia de uma *regra geral* sobre ofensividade, uma “cláusula geral de ofensividade na seara da legislação ordinária”<sup>84</sup>, de observância obrigatória, independentemente de qual crime se estivesse tratando. A inidoneidade da ação e a inexistência do objeto trariam indiscutíveis parâmetros à aferição da necessária ofensa nos comportamentos candidatos à incidência da norma penal.

D’Avila aponta algumas críticas relativamente a essa releitura do dispositivo respeitante ao crime impossível: a primeira delas de natureza político-criminal, esteada no fato de que se estaria com isso desrespeitando o princípio da tipicidade estrita. Tal pensamento, todavia, encontra-se atualmente superado em função da distinção entre as concepções *substancial* e *realística* do delito. A segunda crítica diz respeito às premissas hermenêuticas que basearam a teoria. E a terceira crítica de feição dogmática. Tal tese aponta para a insubsistência da autonomia normativa do dispositivo do crime impossível em função de este não se mostrar de forma alguma útil ao reconhecimento do interesse protegido pela norma, afigurando-se necessário deduzi-lo do próprio tipo. Isso geraria uma contradição lógica: uma vez sendo o interesse tutelado pela norma identificado a partir desta própria norma, mostrar-se-ia difícil conceber um fato conforme esta, mas não lesivo ao referido interesse<sup>85</sup>.

Outra corrente, rendendo uma concepção realística à tentativa punível (artigo 56), a despeito de não concordar com a autonomia normativa do disposto no artigo 49.2 do Código Penal Italiano, por outro lado não trata tal dispositivo como inócuo a servir como critério balizador da necessária ofensa. Tal pensamento busca relacionar os artigos 49.2 e 56, o primeiro dispositivo complementando o segundo, impondo, para que haja a reprimenda penal em função da tentativa, a concreta colocação em perigo do bem jurídico tutelado, levando-se em linha de conta *todas* as circunstâncias do caso concreto<sup>86</sup>.

Outra orientação doutrinária busca conferir assento constitucional ao princípio de necessária ofensa<sup>87</sup> com esteio nos artigos 2º, 13, 25.2 e 27.3 da Constituição Italiana. Além disso argumenta-se que a observância da liberdade moral (a qual se expressa no axioma *cogitationes poenam nemo patitur*), a tolerância e o respeito para com as minorias, o fator histórico, obstaculizando a autoritária criminalização de condutas de mera desobediência e os princípios atinentes ao Estado Democrático de Direito determinam suficientemente a que se compreenda, como o único modelo de delito viável, aquele fulcrado na idéia de crime como proibição de condutas efetivamente lesivas a bens jurídicos de terceiros<sup>88</sup>. Ferrajoli, sobre a questão em tela, assevera haver

“controvérsias sobre se o citado princípio tenha, no ordenamento italiano, respaldo constitucional. É certo que nossa Constituição, ainda que sujeitando o conte-

<sup>84</sup> D’AVILA, op. cit., p. 78.

<sup>85</sup> Ibidem, p. 78.

<sup>86</sup> Ibidem, p. 78.

<sup>87</sup> MANTOVANI, op. cit., p. 185-186.

<sup>88</sup> GOMES, op. cit., p. 49.

údo das proibições penais ao respeito a outros princípios (da liberdade, da igualdade etc.), não contém norma alguma que enuncie expressamente a garantia de lesividade. Seria ilógico, no entanto, entender que admita privações de um bem constitucionalmente primário, como é a liberdade pessoa, se não se fizer presente o intuito de evitar ataques a bens de categoria igualmente constitucional”.<sup>89</sup>

No Direito espanhol, há uma forte tendência doutrinária ao amplo reconhecimento do princípio da ofensividade em âmbito constitucional e legislativo ordinário. O Tribunal Constitucional também sempre manteve uma postura judicante consentânea à observância do princípio de necessária ofensa (STS de 04.04.1990, relator Puerta Luís; STS 10.12.1991, relator Bacigalupo Zapater; STS 18.06.1992, relator Moyna Ménguez; STS 13.03.1993, relator García Ancos; STS 05.06.1993, relator García Miguel; STS 09.02.1994, relator Martín Pallín, STS 27.05.1994, relator Bacigalupo Zapater)<sup>90</sup>.

No direito brasileiro, interessantes inferências podem ser extraídas a partir de uma leitura da primeira parte do artigo 13 do Código Penal, o qual estabelece que “o resultado, de que depende a *existência* do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa.” É dizer, todo delito, para que exista, deve carregar consigo um resultado. Obviamente que não se trata do resultado naturalístico, próprio dos crimes materiais, mas de um resultado jurídico, de cunho normativo, retirado a partir de um juízo valorativo procedido pelo intérprete/juiz. Este resultado, precisamente, é a lesão ou perigo concreto de lesão, que deve abarcar todos os tipos penais, independentemente de sua natureza.

Desse modo, é verdadeiro inferir-se que a ofensa a um bem jurídico alheio (resultado jurídico), de que depende a existência do crime, só é imputável a quem lhe deu causa (conforme princípio da culpabilidade)<sup>91</sup>.

Da mesma forma, as considerações feitas relativamente ao delito impossível são perfeitamente adequadas ao sistema normativo brasileiro, razão por que também nesse ponto ganha respaldo o princípio de lesividade.

Quanto ao âmbito constitucional, pode-se estear o princípio da ofensividade nos postulados inerentes ao Estado Democrático de Direito<sup>92</sup>, que pugna pela justiça, pela dignidade humana, pela tolerância e respeito às minorias, pela igualdade<sup>93</sup>, devendo para tanto o Direito Penal cuidar exclusivamente de proteger os mais caros bens da sociedade, alçados à condição de bens jurídico-penais, os quais somente serão passíveis de receber a intervenção penal em situações limites, extremas, em lesões ou perigo concreto de lesão insuportáveis e diante da ineficiência de qualquer outro ramo do Direito para dirimir o conflito.

Há doutrina que ainda fundamenta o princípio da ofensividade no artigo 98, I, da Constituição Federal, que trata das infrações penais de menor potencial ofensivo<sup>94</sup>.

<sup>89</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 435-436.

<sup>90</sup> GOMES, op. cit., p. 57-58.

<sup>91</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 449.

<sup>92</sup> D'AVILA, op. cit., p. 73.

<sup>93</sup> PRADO, op. cit., p. 57-59.

<sup>94</sup> JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal Anotado*. 10 ed. São Paulo : Saraiva, 2000, p. 2.

Vemos com reservas tal entendimento, inclusive diante da indispensável exigência de que o Direito Penal atue tão-somente quando da ocorrência de ataques insuportáveis a bens jurídicos de capital importância (direitos fundamentais), se mostrando inábil a solver a questão qualquer outro ramo do Direito. O mote do dispositivo constitucional citado é tornar mais célere e reduzir o procedimento e cognição das infrações de menor potencial ofensivo. Ocorre que tais infrações em sua grande maioria sequer mostrar-se-iam passíveis de serem adjetivadas de delitos, diante do seu *diminuto caráter ofensivo*. Tal proceder apenas enfraquece o Direito Penal, criando novos crimes, ao invés de dar a devida importância aos tipos penais autênticos, reconhecidamente importantes a resguardar a convivência social. Não se pode, entretanto, deixar de considerar que trata-se de uma tentativa de conferir guarida constitucional à ofensividade, o que, indubitavelmente, se mostra de grande valia.

A despeito da ausência de disposição constitucional expressa acerca do princípio da ofensividade no Direito brasileiro, não há como se olvidar de sua imprescindível incidência e respeito, uma vez que expressão das noções do Estado Democrático de Direito. Nesse passo, constitui-se não só critério limitador do poder de punir (devendo o legislador observá-lo no momento da elaboração do tipo), mas também um dos elementos fundamentais de interpretação ao operador e ao aplicador do Direito, mostrando-se *vinculante* ao intérprete e julgador.

Diante do reconhecimento do assento constitucional da ofensividade, uma vez não havendo sido respeitado, pelo legislador, tal princípio (quando da elaboração da lei), há um mandado que vinculará o julgador, o qual, em face da necessária observância do preceito, deverá, por meio do controle de constitucionalidade, declarar a norma em dissonância com o Texto Constitucional, (i) extirpando-a do ordenamento jurídico por inconstitucionalidade material, no caso do controle concentrado ou (ii) ignorando-a, não lhe rendendo aplicação, quando em controle difuso; ou ainda (iii) promovendo uma interpretação conforme a Constituição, reduzindo o âmbito de aplicação da lei aos estritos casos em que se puder verificar, efetivamente, a lesão ou perigo concreto de lesão a bem jurídico alheio.

Por outro lado, havendo sido respeitado o princípio de necessária ofensa no âmbito legislativo, mas, diante da constelação de características das situações fáticas, se se requerer aplicação do tipo penal em um dado caso concreto em que inviável o reconhecimento da existência de lesividade, deverá o intérprete/julgador declarar a atipicidade do fato, diante da concepção realística do delito<sup>95</sup>.

## 2.2. Princípio da proporcionalidade

Conforme se infere do disposto no capítulo anterior, o legislador não está livre para criminalizar o que bem entender, não pode, a seu livre talante, determinar o que deve

<sup>95</sup> MANTOVANI, op. cit., p. 185-186.

ser tutelado pelo Direito Penal e o que não deve. Tal procedimento está subordinado à análise de alguns critérios que assim determinarão a real necessidade de tutela. Deve-se (i) reconhecer o bem jurídico a ser tutelado, (ii) dispor a norma de proibição em termos claros, bem delimitados e inteligíveis, donde (iii) se deve dessumir de modo escorreito a necessária ofensa (intolerável) ao bem jurídico ou sua efetiva colocação em perigo, concluindo-se, de outra banda, (iv) que tão-somente agirá o Direito Penal diante de uma situação extrema, em que ineficaz a intervenção de qualquer outro ramo do Direito.

Os bens jurídico-penais, como visto, se mostram como interesses da maior relevância à sociedade, consistentes no núcleo do que a Constituição Federal almeja, por meio de suas linhas, salvaguardar, proteger, resguardar. Preexistentes à construção normativa<sup>96</sup>, são pinçados pelo legislador, o qual lhes confere dignidade penal, em função de sua notória relevância<sup>97</sup>. Diante disso, exsurge o princípio da proporcionalidade, que, juntamente com o postulado de necessária ofensa, constituem-se em mandados de proibição de excessos, pautas de conduta que devem nortear a atuação das autoridades estatais, quando da confecção do tipo penal, bem assim quando de sua observância e aplicação<sup>98</sup>.

Canotilho delinea a proporcionalidade desdobrando-a nos princípios da *conformidade* ou *adequação*, da *exigibilidade* ou da *necessidade* e da *proporcionalidade em sentido estrito*.

O princípio da conformidade determina que a medida escolhida para a realização do interesse público deve ser *apropriada* aos fins a ele subjacentes. É a relação de *adequação medida-fim*.

A exigibilidade, necessidade ou, ainda, princípio da *menor ingerência possível* traz a noção de que é *direito* do cidadão sujeitar-se à *menor desvantagem possível*. Dessa forma, é lícito ao indivíduo exigir do Poder Público a prova de que efetivamente é o menor dano possível este que está a sofrer. Em virtude da relatividade de tal princípio, alguns outros elementos são a este acrescentados, com o fim de conferir-lhe maior tangibilidade: (i) *exigibilidade material*, sendo o meio o mais “poupado” possível quanto à restrição dos direitos fundamentais; (ii) *exigibilidade espacial*, limitando-se o âmbito da intervenção; (iii) *exigibilidade temporal*, relativamente à devida delimitação no tempo da medida coativa, e (iv) *exigibilidade pessoal*, significando que a medida deve se restringir a determinada(s) pessoa(s) cujos interesses impende sejam prejudicados. Traz-se, por meio da exigibilidade, a indagação de se o legislador poderia ter adotado outro meio igualmente eficaz todavia menos prejudicial ao indivíduo.

A proporcionalidade em sentido restrito termina a análise sobre os critérios, nesse aspecto, que, necessariamente, devem percorrer os atos estatais para gozarem de legitimidade. Verificada a necessidade e adequação do ato, deve-se aferir se o resultado conseguido com a aplicação da medida é *proporcional* à carga coativa desta. Por meio da proporcionalidade em sentido estrito, verificar-se-á a justa medida da atuação estatal.

<sup>96</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. *A Inconstitucionalidade da Lei dos Remédios*. RT/Fasc. Pen., a. 88, v. 763, maio 1999, p. 418.

<sup>97</sup> FAYET JUNIOR, op. cit., p. 248-250.

<sup>98</sup> REALE JÚNIOR, op. cit., p. 415.

Em uma equação, pondera-se se o meio utilizado é proporcional em relação ao fim alcançado, pesa-se as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim<sup>99</sup>.

O artigo 3º da Constituição Federal estabelece como um dos objetivos fundamentais da República a construção de uma “sociedade justa”, defluindo daí a perquirição por justiça social, leis adequadas, restrições apenas na justa medida, ou seja, prejuízos ao cidadão apenas quanto ao indispensável, em atendimento aos fins de um Estado Democrático de Direito. Nessa senda, não haveria razão para que a um indivíduo fosse impingida pena maior do que a adequada. Segundo Franco, em um Estado Democrático de Direito, “não teria sentido, nem cabimento, a cominação ou a aplicação de pena flagrantemente desproporcionada à gravidade do fato. Pena desse teor representa ofensa à condição humana, atingindo-a, de modo contundente, na sua dignidade de pessoa”<sup>100</sup>. E prossegue o autor asseverando que, com base na proporcionalidade, impende proceder-se a uma “ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que alguém pode ser privado (gravidade da pena)”<sup>101</sup>.

*Pari passu* à justiça social, encontramos a aspiração constitucional da *liberdade* (no preâmbulo constitucional). É valor de relevância ímpar, de importância suprema à sociedade brasileira. E tal valor é, precisamente, o atingido quando da impingidela de uma sanção penal. Em face disso, configurando a liberdade bem de respeito inarredável, e sendo este o valor atacado quando da intervenção punitiva, somente pode esta se justificar quando efetivamente estiverem em jogo interesses de quilate, ao mínimo, equivalente ao valor que será comprometido em hipótese de condenação. Isso tudo em observância ao preceito da proporcionalidade; do contrário estar-se-á diante de um agir estatal manifestamente em dissonância à Constituição. Dessa forma, conforme Reale Jr., “os valores fundamentais da justiça e liberdade exigem que o legislador, ao construir as normas incriminadoras, arcabouço do direito penal, tenha em vista os bens jurídicos considerados dignos de tutela.”<sup>102</sup>

Consoante se infere, o princípio da proporcionalidade emana dos princípios e direitos fundamentais encartados no Texto Constitucional, “a começar pelo princípio da dignidade da pessoa humana”<sup>103</sup>. De fato, não há como se render satisfatória observância à dignidade da pessoa humana se os cidadãos estiverem sujeitos a arbitrariedades e comportamentos despóticos, podendo vir a sofrer punições desmesuradas, descabidas. Conforme atenta Reale Jr.:

a pessoa humana não pode alcançar sua realização concreta se sujeita estiver ao arbítrio do legislador, o qual, a seu livre talante, escolhe como objeto de punição comportamentos inócuos ou meras desobediências a normas de caráter administrativo<sup>104</sup>.

<sup>99</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra : Almedina, 2004, p. 269-270; RIPOLLÉS, op. cit., p. 135.

<sup>100</sup> FRANCO, Alberto Silva et. al. *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. vol. 1. t. 1. 6ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997, p. 39.

<sup>101</sup> *Ibidem*, p. 39.

<sup>102</sup> REALE JÚNIOR, op. cit., p. 418.

<sup>103</sup> *Ibidem*, p. 417.

<sup>104</sup> *Ibidem*, p. 417.



Nessa senda, adequado o raciocínio de que daí se extrai no sentido de que, efetivamente, ao Direito Penal compete tutelar tão-só as ações que maior afetação imprimirem ao bem jurídico, comprometendo o convívio social. Por outro lado, vislumbrada hipótese de incidência do Direito Penal, tal deve se verificar na justa medida, proporcionalmente, não se podendo, por meio da intervenção punitiva, ocasionar maior dano que aquele desencadeado pelo comportamento em dissonância à norma de proibição. Interessante observação de Ferrajoli a respeito:

Se o direito penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua ‘absoluta necessidade’ são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo direito penal.<sup>105</sup>

É nesse diapasão que, inclusive, descabe estear o sacrifício da liberdade do cidadão com base no mero “interesse da intimidação geral”<sup>106</sup>. A “pena exemplar”, estando bastante vinculada a concepções que vêem no Direito Penal um instrumento de proteção da vigência de normas (e não de tutela de bens jurídicos), desconsidera os critérios de proporcionalidade e culpabilidade, dando ensanchas a uma desmedida intervenção punitiva. E, consoante Ferrajoli, valendo-se da lição de Montesquieu, “todo ato de autoridade de um homem em relação a outro que não derive da absoluta necessidade é tirânico.”<sup>107</sup>

A proporcionalidade é vislumbrada em uma dupla dimensão: abstrata e concreta<sup>108</sup>.

Por meio da dimensão *abstrata*, observa-se o processo de criminalização primária, procedida no momento da escolha pelo legislador das hipóteses que ensejarão a aplicação do Direito Penal. Como já observado, deve a intervenção punitiva tão-somente se restringir às situações em que ocorrentes graves lesões aos bens jurídico-penais (aos direitos fundamentais, hauridos do Texto Constitucional). Apenas comportamentos intoleravelmente atentatórios aos direitos humanos é que poderão ser objeto de legítima atuação do legislador no processo de criminalização de condutas.

A cominação das penas, da mesma forma, deve respeitar necessária proporcionalidade, em uma visão holística do sistema penal. As punições devem ser coerentes e guardarem adequados quantitativos conforme o critério de essencialidade conferido pela sociedade ao bem jurídico, não podendo haver discrepâncias flagrantes – ausência de proporcionalidade – entre os tipos penais, sob pena de inconstitucionalidade.

Ferrajoli, discorrendo sobre o direito penal mínimo, ventila dois parâmetros utilitaristas que bem retratariam tais observações: o *máximo bem-estar possível dos não-desviantes* e o

<sup>105</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 427.

<sup>106</sup> GOMES, Luiz Flávio. Proporcionalidade e a Tríplice Função da Culpabilidade no Direito Penal. Boletim IBCCRIM, São Paulo, Ano 9, n. 107, p. 10-12, outubro de 2001, p. 11.

<sup>107</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 427.

<sup>108</sup> SANTOS, op. cit., p. 28; RIPOLLÉS. op. cit., p. 171-172.

*mínimo mal-estar necessário dos desviantes*, devendo o Direito Penal minimizar as lesões (ou exponenciar a tutela) tanto daqueles que infringiram a lei penal como dos que a não violaram. Tal orientação “preclui autojustificações apriorísticas de modelos de direito penal máximo, consentindo somente justificações, *a posteriori*, de modelos de direito penal mínimo”<sup>109</sup>.

Efetivamente identifica-se, em face do cunho de aflição e coerção, a pena como um mal, não se podendo, a partir daí, tratá-la com esteio em uma “finalidade filantrópica de tipo reeducativo ou ressocializante, e, de fato, ainda mais aflitivo”<sup>110</sup>. Todavia, ainda que se afigure de fato um mal (o que resta bem delineado com a análise do princípio ora em exame), a sanção tem sua justificação “se (e somente se) o condenado dela extrai o benefício de ser, por seu intermédio, poupado de punições informais imprevisíveis, incontrolladas e desproporcionais”<sup>111</sup>. Com base no pensamento de Kant, citado por Ferrajoli, de que nenhuma pessoa pode ser tratada como coisa, como meio ao alcance de fins verdadeiramente não legitimados, infere-se que deve a pena ser justificada não tão-só *ne peccetur* (no interesse de outros), mas, da mesma forma, *ne punietur* (no interesse do acusado, a não ser submetido a suplícios desmesurados)<sup>112</sup>. Conforme D’Avila, há uma proibição constitucional à *instrumentalização do homem*.<sup>113</sup>

Relativamente à dimensão *concreta* de tal princípio, afere-se *na situação fática* a proporcionalidade entre a medida levada a efeito pelo Estado diante da conduta delitativa, verificando-se os *custos individuais e sociais* ocasionados em função da intervenção punitiva, e os prejuízos face o cometimento da infração. É a *relação custo/benefício*<sup>114</sup>. Tal relação, conforme notoriamente se percebe, encontra-se na atualidade amplamente deficitária, uma vez que o estrago verificado em face da aplicação e execução da lei penal são, em grande medida, muito maiores que o prejuízo ocasionado em função da prática delitativa. A criminalização demasiada, inclusive trazendo para o âmbito penal, situações evidentemente insignificantes, acaba por – em vez de promover melhorias ao convívio social – profligar a segurança dos indivíduos quanto aos objetos de proibição, acabando por criar “novos crimes” (não existentes de modo legítimo), desprovidos de bem jurídico-penal e em manifesta dissonância ao que disposto na Constituição da República.

A proporcionalidade em sua dimensão concreta deve nortear o julgador no momento de *aplicar a sanção*. Deve-se examinar a realidade do acusado, ponderar as circunstâncias que o envolvem e, com esteio também no princípio da individualização da pena, promover uma justa dosimetria, inclusive por exigência constitucional de isonomia. Consentânea a esse pensamento é a construção levada a cabo por Zaffaroni e Pierangeli, relativamente à noção de co-culpabilidade<sup>115</sup>:

<sup>109</sup> FERRAJOLI, op. cit., p. 313.

<sup>110</sup> Ibidem, p. 313.

<sup>111</sup> Ibidem, p. 313.

<sup>112</sup> Ibidem, p. 313.

<sup>113</sup> D’AVILA, op. cit., p. 73. Sobre a dignidade da pessoa humana e a filosofia kantiana: SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 37.

<sup>114</sup> SANTOS, José Cirino dos. *Direito Penal : Parte Geral*. op. cit., p. 28.

<sup>115</sup> ZAFFARONI e PIERANGELI, op. cit., p. 610-611.

Todo sujeito age numa circunstância dada e com um âmbito de autodeterminação também dado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de autodeterminação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em conseqüência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui uma “co-culpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar.

Daí sugerindo os autores sua consideração como causa de atenuação de pena (artigo 66 do Código Penal Brasileiro). Manifesta a vinculação de tal pensamento aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.

Reale Jr. afirma que o princípio da proporcionalidade tem sua origem também na vedação de penas cruéis (humanidade) e na imposição de individualização da pena. Em um instante inicial, a individualização ocorre em âmbito legislativo, levando-se em linha de conta as providências de seleção de bens jurídico-penais já dispostas. Em um segundo momento, quando da prolação da sentença, objetivando-se uma sanção adequada, justa, proporcional à gravidade do comportamento lesivo e à culpabilidade do autor do agir delitivo<sup>116</sup>.

Ao passo que a individualização da pena, *a priori* ou na situação fática, inevitavelmente haverá de pressupor a proporcionalidade entre a sanção e o dano ou perigo concreto ocasionado ao bem jurídico-penal, a proporcionalidade não só estará atenta à adequação entre pena e conduta delituosa, mas entre as diversas ações previstas como típicas e as várias punições descritas no ordenamento. Daí concluir-se que – inclusive no intuito de o Direito Penal não perder seu crédito, apenando-se com demasiado rigor uma situação que não ostente tamanha relevância – imprescindível o respeito à proporcionalidade, por parte do legislador e do aplicador, a fim de que haja adequada correspondência entre a punição e o valor que a sociedade defere a determinado bem jurídico<sup>117</sup>.

Nesse sentido, Paschoal exemplifica não se mostrar razoável, “sendo portanto arbitrário, punir mais severamente as ofensas ao patrimônio que as ofensas à vida ou à liberdade individual, apesar de, muitas vezes, o ordenamento pátrio fazer isso.”<sup>118</sup> A autora, ainda, adverte que o desrespeito à exigência da proporcionalidade determina comportamentos arbitrários, estimulando, outrossim, o cometimento de crimes, uma vez que poderia o indivíduo sopesar as conseqüências entre as práticas delitivas e preferir a perpetração de infração mais grave, todavia apenada de modo menos rigoroso<sup>119</sup>.

Conforme Gomes, “para justificar a perda ou privação de um direito fundamental, sobretudo o da liberdade individual, não há dúvida de que a proporcionalidade (necessidade)

<sup>116</sup> REALE JÚNIOR, op. cit., p. 418.

<sup>117</sup> PASCHOAL, op. cit., p. 108.

<sup>118</sup> Ibidem, p. 108.

<sup>119</sup> Ibidem, p. 108.

e a justiça exigem uma ofensa a outra liberdade de igual ou maior relevância<sup>120</sup>, de acordo com o critério de seleção dos bens jurídico-penais, conforme já exposto. “O bem jurídico vida, por exemplo, é protegido em maior amplitude que o bem jurídico propriedade”<sup>121</sup>. Aduz o doutrinador que a proporcionalidade está em franca conexão tanto com a ofensividade quanto com o preceito da intervenção mínima<sup>122</sup>, vislumbrando-se, a partir daí, a possibilidade de extraírem-se tanto referências valorativas quanto utilitárias<sup>123</sup>.

### 3. Análise de alguns tipos penais do ordenamento jurídico brasileiro à luz dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade

Com base nas noções até então expostas, analisemos alguns tipos da legislação penal brasileira que, apenas exemplificativamente, demonstrarão a atual conjuntura normativa. Da mesma forma, tal análise refletirá a necessidade da adoção de procederes, quanto à elaboração e à aplicação dos tipos penais, efetivamente em adequação às exigências de tutela de bens jurídicos, de necessária ofensa e de proporcionalidade.

Partimos da tutela do meio ambiente, valendo-nos das lições de Luisi. É de se verificar, inicialmente, o constante na Lei 7.643/87, a qual proscreeve, em seu artigo 1º, a pesca, ou qualquer forma de molestamento intencional de toda a espécie de cetáceos nas águas jurisdicionais brasileiras, trazendo, em seu bojo, punição de reclusão de 02 (dois) a 05 (cinco) anos e multa. Em absoluto desrespeito à exigência de proporcionalidade, molestar baleias, golfinhos ou botos é conduta mais severamente sancionada que a perpetração de lesão corporal grave em um ser humano (artigo 129, § 1º, do Código Penal Brasileiro).<sup>124</sup>

Em relação à Lei 9.605/98, a despeito do inegável mérito de reunir a tutela ambiental em uma norma, calha salientar que o vilipêndio à legalidade, à ofensividade e à proporcionalidade é tamanho que tão-somente contribuiu para a “criação de novos crimes”, até então inexistentes e assim não-considerados pela sociedade. Violando-se o princípio da intervenção mínima, procedeu-se à incriminação de diversos comportamentos insignificantes, dispondo a legislação, outrossim, de modo absolutamente equívoco, acerca da responsabilidade penal de pessoa jurídica. Atenta o autor que dos 61 tipos penais existentes na legislação em comento, 32 são legítimos comportamentos bagatelares. Interessante observar a análise da Lei a que procedeu Luisi:

Estão previstos aproximadamente 61 (sessenta e um) tipos penais. Dentre estes, 17 contra a fauna, sendo que 7 com pena máxima de 1 ano. Dezoito são contra a flora, sendo 3 culposos com pena de até 6 meses, e 1 com pena de até 18 meses. Dos dolosos, 6 com pena até 6 meses, 3 com penas até um ano, e um com pena

<sup>120</sup> GOMES, op. cit., p. 46.

<sup>121</sup> Ibidem, p. 45.

<sup>122</sup> Ibidem, p. 45-46.

<sup>123</sup> RIPOLLÉS, op. cit., p. 137.

<sup>124</sup> LUISI, op. cit., p. 95.

de até 2 anos. No elenco do capítulo 'Poluição e outros crimes ambientais' estão presentes 14 tipos. Dentre estes, 2 são culposos, com penas de até 1 ano. Dos dolosos, dois com pena de até 1 ano. E 1 com pena de até 6 meses. São previstos como 'crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural' cerca de 6 tipos. Destes, um é culposo, e dos dolosos, 3 têm o máximo de pena de um ano. Por fim, no que concerne aos crimes contra a administração ambiental, também, estão enumerados seis tipos, sendo dois culposos, com pena de até um ano.

Em síntese, 9 tipos culposos, com pena máxima variável de seis meses a um ano; 22 tipos dolosos, com pena em seu maior quantitativo de 6 meses a um ano; e um tipo com pena de 18 meses.<sup>125</sup>

Relativamente ao crime de maus-tratos a animal, disposto no artigo 32 da Lei 9.605/98, verifica-se uma cominação de pena de detenção de três meses a um ano e multa, incorrendo nas mesmas punições quem maltratar plantas de ornamentação em local privado ou público, conforme disposto no artigo 49 da referida lei. Como acertadamente conclui Luisi diante de tal situação, é mais grave, ao ordenamento jurídico brasileiro, maltratar uma planta ou um cachorro do que um ser humano, conforme se deduz do constante no artigo 136 do Código Penal. Atenta o mencionado autor para o ápice do desrespeito à ofensividade, à proporcionalidade, à intervenção mínima: a previsão culposa de tal delito de maus-tratos, disposto com apenamento de um a seis meses de detenção ou multa, conforme artigo 49, parágrafo único, da Lei Ambiental. No particular, citando Reale Jr., Luisi observa que “se pisarmos, inadvertidamente, por desatenção, na begônia do jardim do vizinho passaremos a ser delinqüentes ecológicos”.<sup>126</sup>

De igual sorte, em completo vilipêndio às noções penais estudadas no presente trabalho está o disposto no artigo 29 da lei em análise: “matar, perseguir, apanhar e utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida”, conferindo-se pena de detenção de seis meses a um ano e multa. O parágrafo terceiro de tal dispositivo traz a conceituação de *espécimes da fauna silvestre*: “todos aqueles pertencentes às espécies nativas, migratórias e quaisquer outras, aquáticas ou terrestres, que tenham todo ou parte de seu ciclo de vida ocorrendo dentro dos limites do território brasileiro, ou águas jurisdicionais brasileiras”. Conclui Luisi, diante do disposto na Lei, que quaisquer animais que existam no Brasil são silvestres, pois. Nessa senda, se não houver autorização do órgão competente, “apanhar, utilizar ou simplesmente perseguir uma capivara ou um veado passa a constituir um crime.”<sup>127</sup>

Relativamente à desastrosa tipificação de condutas de pessoas jurídicas lesivas ao meio ambiente, é de se citar o § 1º do artigo 22, prevendo a suspensão das ativida-

<sup>125</sup> Ibidem, p. 96.

<sup>126</sup> Ibidem, p. 97.

<sup>127</sup> Ibidem, p. 97.

des quando estas *não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares relativas à proteção do meio ambiente*. Tratando-se de uma sanção (aplicada *isolada, cumulativa ou alternativamente*), tão-somente pode ser impingida em função da prática de um delito. Daí poder-se-ia concluir, consoante infere Luisi, que “passa a constituir crime toda e qualquer desobediência a qualquer disposição legal ou regulamentar ao meio ambiente. Uma ‘enorme’ norma penal em branco.”<sup>128</sup> Um vilipêndio às exigências da taxatividade, da ofensividade e da proporcionalidade, não havendo, outrossim, qualquer determinação acerca do bem jurídico tutelado diante de tal proibição. Da mesma forma, ignora-se, em malferimento à proibição de excessos, os quantitativos mínimo e máximo de pena em função do “delito” perpetrado *in casu*. Enfim, uma série de impropriedades que comprometem sobremaneira a efetividade e legitimidade da intervenção punitiva, desacreditando-a diante de tipificações dotadas de tamanha atecnia e ausência de respeito aos preceitos encartados na Constituição da República.

Reale Jr., por sua vez, ao analisar a Lei 9.677/98, constata uma série de equívocos legislativos no procedimento de tipificação de condutas. É absoluto o desrespeito aos princípios de necessária ofensa e de proporcionalidade, incorrendo os dispositivos de tal norma penal em manifesta inconstitucionalidade.

Vejamos os dispositivos incluídos no Código Penal em função do advento da supracitada lei:

Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

§ 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

- I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;
- II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;
- III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;
- IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;
- V - de procedência ignorada;
- VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

<sup>128</sup> Ibidem, p. 99.

A partir do exame de tais tipos penais, Reale Jr. conclui que (i) por vezes (a exemplo do constante no § 1º-B, V), as disposições desgarram-se da declarada tutela do bem jurídico “saúde pública”; (ii) as regras acrescentadas pela dita lei violam, em seu conjunto, os princípios da ofensividade e da proporcionalidade; (iii) as disposições do artigo 273, *caput*, § 1º-B, I, II, III, V e VI, são manifestamente inconstitucionais, em função de (a) não lesarem ou colocarem em perigo concreto bens jurídicos de efetiva importância à sociedade ou (b) violarem incontornavelmente as exigências de ofensividade e de proporcionalidade, ferindo os relevantíssimos valores da liberdade e da justiça; e (iv) o disposto no artigo 273, *caput*, § 1º e § 1º-A, e o inciso IV do § 1º-B, não obstante desrespeitem os citados princípios, podem, ante uma interpretação conforme a Constituição serem salvos de inconstitucionalidade. A isso, necessário serem tais delitos considerados como de perigo concreto, sendo necessário para a sua respectiva incidência, a devida demonstração de colocação concreta do bem jurídico tutelado (saúde pública) em risco, apresentando o produto, de que fala a lei, a devida nocividade negativa.<sup>129</sup>

É de se dizer que, em atenção ao princípio da proporcionalidade, tais penas se mostram por demais exacerbadas. A pena mínima de dez anos de reclusão é superior à capitulada para o homicídio (seis anos, conforme artigo 121 do Código Penal), beirando quase a sanção imposta ao homicídio qualificado, um dos delitos mais graves de nosso ordenamento. Assim, percebe-se a possibilidade de alguém ser punido, de modo absolutamente desmedido, com uma sanção de dez anos de reclusão, caso tenha em depósito produto medicamentoso de procedência ignorada ou sem o registro no órgão de vigilância sanitária competente, conforme disposto nos parágrafos do artigo 273.

Nota-se a utilização da intervenção punitiva de forma totalmente casuística e sem o mínimo de rigor técnico, alijando-se os princípios mais elementares do Estado Democrático de Direito, sobretudo desrespeitando-se os valores de liberdade e de justiça. É manifesta a ausência de lesividade a reclamar tamanho quantitativo na cominação punitiva, não se mostrando minimamente proporcional sancionar-se tão gravemente uma conduta que possivelmente sequer trará danos a quem quer que seja.

Nessa mesma senda é a interpretação que fazemos do disposto no artigo 289 do Código Penal:

Art. 289 - Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro:

Pena - reclusão, de três a doze anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem, por conta própria ou alheia, importa ou exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda ou introduz na circulação moeda falsa.

Verifica-se, pois, que à colocação dolosa em circulação de uma nota falsa é cominada sanção de reclusão de três a doze anos e multa. Em uma análise do ordenamen-

<sup>129</sup> REALE JÚNIOR, op. cit., p. 431.

to em seu conjunto, vislumbra-se que, em atenção ao princípio da proporcionalidade, se mostra referido apenamento absolutamente excessivo. Na medida em que disposta, exemplificativamente, pena de detenção de um a três anos para o homicídio culposo, percebe-se a demasia na cominação do crime de moeda falsa.

Afora o inarredável questionamento acerca da ofensividade de tal delito, não se vislumbrando, *a priori*, lesão ou perigo concreto de lesão a efetivo bem jurídico de terceiro (mostrando-se claudicante sua própria constitucionalidade), sustenta-se a adequação de tal dispositivo, a bem de interpretar-se o dispositivo em respeito à exigência de proporcionalidade, conferindo a este o apenamento disposto ao uso de documento falso (artigos 297 e 304 do Código Penal). Sanciona-se, dessarte, o comportamento com pena de dois anos a seis anos de reclusão (e não, irrazoavelmente, de três a doze anos). Dessa forma, torna-se o dispositivo mais coerente ao sistema, o que, todavia, não exime o intérprete e aplicador de verificar no caso concreto a ocorrência da efetiva lesão a bem jurídico alheio, de capital importância.

De outra banda, Franco, analisando o advento da Lei dos Crimes Hediondos, aduz ter esta promovido significativo desajuste no sistema, criando grande desproporção entre, de uma parte, os delitos contra a vida e a integridade física e, de outra, os contra o patrimônio, apenando de modo por demais rigoroso estes últimos, se comparado à amenidade sancionatória daqueles. Por óbvio que os bens jurídicos atinentes à vida e à integridade física devem ter preponderância em relação ao patrimônio, o que, entretanto, não foi observado pelo legislador.<sup>130</sup>

O citado autor revela, outrossim, afronta ao princípio da proporcionalidade na disposição de sanções idênticas aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor. Observa que são duas situações bastante diversas, não sendo lícito o Poder Legiferante tratar de modo equivalente. O atentado violento ao pudor, o qual pode se verificar desde a perpetração de um beijo lascivo até um coito anal, não pode ser apenado, em ambos os casos, com a mesma pena conferida ao estupro: reclusão de seis a dez anos. Trata-se de uma afronta inarredável à proporcionalidade e à ofensividade (assim como à própria dignidade da pessoa humana, vedando-se, por intermédio da humanidade, a adoção de penas cruéis).<sup>131</sup>

Da mesma forma a ausência de proporcionalidade é verificada nos casos de receptação (disposta no *caput* do artigo 180 do Código Penal, apenada com reclusão de um a quatro anos e multa) e *receptação qualificada*, por dolo eventual (artigo 180, §1º, do Código Penal, com sanção de reclusão de três a oito anos e multa), já tendo havido pronunciamento do Supremo Tribunal Federal deferindo liminar para suspender a eficácia de condenação impingida (Habeas Corpus 92525, Relator o Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática, proferida em 31.03.2008 e publicada em 03.04.2008).

Atenta também Franco para a Lei 9.455/97, asseverando que, uma vez mais, o legislador teria afrontado o preceito da proporcionalidade, apenando de modo bastante branda a tortura, conduta dotada de extrema gravidade<sup>132</sup>.

<sup>130</sup> FRANCO, op. cit., p. 40.

<sup>131</sup> Ibidem, p. 40.

<sup>132</sup> Ibidem, p. 40.



E tantos outros exemplos poderiam ser dados, como os casos de falsidade documental inidônea, inábeis a causar lesividade a bens jurídicos alheios<sup>133</sup> <sup>134</sup> <sup>135</sup> ou nos delitos atinentes ao direito consumerista, de manifesta insignificância penal. Deve-se, com base em tais críticas, buscar um ordenamento efetivamente coerente e consentâneo às aspirações democráticas, tutelando de fato bens jurídicos essenciais ao convívio social, buscando a intervenção punitiva quando da existência de uma situação realmente intolerável, considerando, de fato, o Direito Penal como *ultima ratio* e conferindo a este, enfim, o devido respeito e credibilidade como remédio extremo diante das maiores agruras humanas.

#### 4. Referências

AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases Teóricas da Ciência penal Contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo : IBC-CRIM, 2007.

BATISTA, Nilo. *Temas de Direito Penal*. Rio de Janeiro : Liber Juris, 1984.

\_\_\_\_\_. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro : Revan, 2007.

BECHARA, Ana Elisa. *Delitos sem Bens Jurídicos?* Boletim IBCCRIM, São Paulo, Ano 15, n. 181, p. 4-5, dezembro de 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra : Almedina, 2004.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e Crimes Omissivos Próprios (Contributo à Compreensão do Crime como Ofensa ao Bem Jurídico)*. Coimbra : Coimbra, 2005.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 5ª ed. São Paulo : Renovar, 2000.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

FAYET JUNIOR, Ney. *O bem jurídico e a tutela penal: uma abordagem à luz de alguns princípios constitucionais implícitos*. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988. Org. Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de Alencar. Porto Alegre : Núria Fabris, p. 244-279, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica et al. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>133</sup> GOMES, op. cit., p. 53.

<sup>134</sup> D'AVILA, op. cit., p. 83.

<sup>135</sup> DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 5ª ed. São Paulo : Renovar, 2000, p. 527.

- FRANCO, Alberto Silva *et. al.* *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. vol. 1. t. 1. 6ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.
- \_\_\_\_\_. Proporcionalidade e a Tríplice Função da Culpabilidade no Direito Penal. Boletim IBCCRIM, São Paulo, Ano 9, n. 107, p. 10-12, outubro de 2001.
- GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, 12ª ed. São Paulo : Malheiros, 2007.
- GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. RBCCRIM, São Paulo, n. 49, p. 89-147, 2004.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal Anotado*. 10 ed. São Paulo : Saraiva, 2000.
- LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2003.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale. Parte Generale*. Padova : Cedam, 1979.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria Geral do Delito*. Trad. Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1988.
- PASCHOAL, Janaina Conceição. *Direito Penal, Parte Geral*. Barueri : Manole, 2003.
- PALAZZO, Francesco C.. *Valores Constitucionais e Direito Penal. Um estudo comparado*. Trad. Gérson Pereira dos Santos, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1989.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Derecho Penal. Parte general*. t. 1, Fundamentos científicos del Derecho Penal. 2ª ed. Barcelona : Bosch, 1990.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *A Inconstitucionalidade da Lei dos Remédios*. RT/Fasc. Pen., a. 88, v. 763, p. 415-431, maio 1999.
- RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A Racionalidade das Leis Penais*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2005.
- SANTOS, José Cirino dos. *Direito Penal : Parte Geral*. 2ª ed. Curitiba : ICPC; Lumen Juris, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo : Malheiros, 2005.

SCMHIDT, Andrei Zenkner e FELDENS, Luciano. *O Crime de Evasão de Divisas: A Tutela Penal do Sistema Financeiro Nacional na Perspectiva da Política Cambial Brasileira*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo : Saraiva, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral*. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.