

## SISTEMA PENAL COMO GERADOR DE EXCLUSÃO SOCIAL

**Fernando de Brito ALVES\***

**Luiz Fernando KAZMIERCZAK\*\***

**Roberto Lima SANTOS\*\*\***

### RESUMO

A norma penal incriminadora objetiva proteger bens jurídicos fundamentais da sociedade, visando exclusivamente às condutas ofensivas de maior gravidade. Cede, por conseguinte, a outros ramos do Direito a missão de tutelar os valores de convivência humana, atuando em *ultima ratio*, quando os controles formais e sociais não tenham logrado êxito em sua função. Esse caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, que conduz à intervenção mínima pela gravidade e austeridade de sua ação, possibilita a atuação segura do sistema punitivo. Não obstante, nas últimas décadas, vem sendo tecido um Direito Penal no Brasil, com características perturbadoras: exacerbadamente intervencionista e simbólico. O Direito Penal, que integra o Sistema Penal, tem como finalidade afirmar-se como garantidor da justiça social, atingindo de forma igualitária todas as pessoas em função das condutas por elas praticadas, elevando à categoria de protetor da dignidade da pessoa humana, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade. No entanto, o significado ideológico do sistema penal brasileiro muitas vezes é utilizado como instrumento de exclusão ao definir condutas que objetivam conter as classes sociais inferiores. Em toda sociedade existe uma estrutura de poder e segmentos ou setores sociais mais próximos e outros mais remotos deste poder, sendo que esta estrutura tende a sustentar-se através do controle social e de sua parte punitiva,

---

\* Advogado. Mestrando em Ciência Jurídica na Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – FUNDINOPI, Jacarezinho/PR. Professor de Filosofia, Teoria do Estado e Ciência Política da FUNDINOPI. Bolsista da CAPES.

\*\* Advogado. Professor de Direito Penal e Processo Penal do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO. Professor de Direito Penal da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – FUNDINOPI, Jacarezinho/PR. Professor de Processo Penal da Escola da Magistratura do Paraná, núcleo de Jacarezinho/PR. Mestrando em Ciências Jurídicas da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – FUNDINOPI, Jacarezinho/PR. Coordenador do Núcleo de Monitoramento de Penas Alternativas da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – FUNDINOPI, Jacarezinho/PR.

\*\*\* Juiz Federal Substituto em Londrina/PR, mestrando em Ciência Jurídica pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – FUNDINOPI, Jacarezinho/PR.

utilizando o sistema penal como uma das formas mais violentas de sustentação. Em parte, esta função é cumprida, através da criminalização seletiva dos marginalizados, para conter os demais. Neste contexto, e com a finalidade de evitar a segregação através de um instrumento de pacificação, que é o Direito Penal, faz-se mister uma análise crítica acerca da avaliação e eleição dos bens jurídicos que estão sob a sua tutela, bem como uma nova interpretação do fato típico, rechaçando a mera subsunção formal do fato típico à letra fria da lei da doutrina formalista clássica, trazendo à baila uma apreciação sob a óptica constitucional, fazendo com que a norma penal seja apreciada segundo aspectos valorativos compreendida em sentido material e garantista, tendo como requisito, explícito ou implícito, a ofensa ao bem jurídico.

#### **PALAVRAS-CHAVE: SISTEMA PENAL – IDEOLOGIA – EXCLUSÃO SOCIAL**

#### **ABSTRACT**

The criminal law intends to protect legal goods of the society, seeking only offensive conducts with major gravity. It gives, therefore, to other divisions the mission of protecting the values of human coexistence, acting in final *ratio*, whenever the formal and social controls have not been successful in their function. This fragmented and alternative character of the Penal Law, which leads to a minimal intervention by the gravity and austerity of the action, allows a secure performance of the punitive system. Despite, throughout the last decades, it has been emerging a Penal Law in Brazil, with disturbing features: too interventionist and symbolic. The Penal Law, which is part of the Penal System, has the purpose to ensure the social justice, reaching all the people in the same way accordingly to the conducts realized by them, lifted to the category of protector of human dignity, restricting its intervention to the limits of necessity. However, the ideological meaning of the Brazilian penal system many times is used as an instrument of exclusion whenever it defines behaviors which objectives refrain the inferior social classes. In all societies there is a power structure and segments or social sections closest and others more remote of this power, so this structure tends to sustain itself through a social control and its punitive portion, using the penal system as one of the most violent forms of support. In a way, this function is accomplished through selective criminalization of marginalized, to contain all. In this context, and with the

purpose to avoid segregation through an instrument of peace, which is the Criminal Law, it is necessary a critical analyses about the evaluation and election of the legal goods which are under the protection, as a new interpretation of the typical fact, in order to repel the formal of the typical fact to classical and formal doctrine, bringing an appreciation under a constitutional optic, in order to examine the penal law according to value aspects understood in a material way, having as a requirement, explicit or implicit, the affront to the legal good.

**KEY WORDS:** PENAL SYSTEM – IDEOLOGY - SOCIAL EXCLUSION

## **1. Introdução**

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

A norma penal incriminadora objetiva proteger bens jurídicos fundamentais da sociedade, visando exclusivamente às condutas ofensivas de maior gravidade. Cede, por conseguinte, a outros ramos do Direito a missão de tutelar os valores de convivência humana, atuando em *ultima ratio*, quando os controles formais e sociais não tenham logrado êxito em sua função.

Esse caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, que conduz à intervenção mínima pela gravidade e austeridade de sua ação, possibilita a atuação segura do sistema punitivo. Não obstante, nas últimas décadas, vem sendo tecido um Direito Penal no Brasil, com características perturbadoras: exacerbadamente intervencionista e simbólico.

Erigiu-se o Direito Penal à categoria de solucionador de todos os males sociais que ferem os homens bons, criando-se, por conseqüência, um círculo

vicioso que desgastou o sistema punitivo, arrojando-o a um nível dramático de ineficiência. Definiram-se novos tipos penais, agravaram-se as penas, suprimiram-se as garantias do réu no processo, aumentou-se a severidade na execução das penalidades, na falsa crença de que, assim, reduz-se a criminalidade, quando, em realidade, as classes dominantes estão estruturando um controle penal autoritário.

A classe dominante, por intermédio do Estado, estruturou uma aparelhagem de coerção e repressão social que lhe possibilitou exercer o poder sobre a integralidade do tecido social, de forma a submetê-lo às regras políticas. O forte instrumento utilizado pelo Estado é o Direito, que estabelece as normas que regulamentam as relações sociais em proveito da minoria pertencente aos estratos centrais.

O principal ramo do direito utilizado é o Direito Penal, que, através da tipificação das condutas, cria os crimes e as suas respectivas sanções. É nesse momento, que surgem os abusos e a desconfiguração do pensamento ideológico que deve cercar a ciência penal. Muitas vezes não se tem o cuidado necessário na eleição dos bens jurídicos que estarão sob a tutela do direito penal, bem como não há proporcionalidade na punição destas condutas.

## **2. Sistema Penal e seu caráter ideológico.**

Da hipótese de ocorrência de uma infração penal até a imposição de uma sanção para aquele infrator vê-se agindo o que se convencionou chamar de sistema penal. Neste sistema incluem-se tanto a atividade do legislador, ao elencar os comportamentos mais graves ao corpo social e tipificá-los como delitos, quanto da polícia, juízes, advogados e demais funcionários ligados à sua administração.

De acordo com a lição de Eugenio Raúl Zaffaroni, chama-se sistema penal

[...] o controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e

executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação<sup>1</sup>.

Tal sistema tem como escopo afirmar-se como garantidor da justiça social, atingindo de forma igualitária todas as pessoas em função das condutas por elas praticadas. Dessa forma, eleva-se à categoria de protetor da dignidade da pessoa humana, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade.

Proclama-se que o sistema penal possuiria uma função preventiva tanto especial quanto geral, ou seja, fomentaria a ressocialização do apenado e advertiria os demais sobre as conseqüências de imitar-se o delinqüente.

No entanto, é muito difícil afirmar qual é a função que o sistema penal cumpre na realidade social. Na sociedade moderna, segundo Jock Young<sup>2</sup>, a exclusão se dá em três níveis: exclusão econômica dos mercados de trabalho, exclusão social entre pessoas na sociedade civil, e nas atividades excludentes sempre crescentes do sistema de justiça criminal e da segurança privada.

É indiscutível que em toda sociedade existe uma estrutura de poder e segmentos ou setores sociais mais próximos e outros mais remotos deste poder. Esta estrutura tende a sustentar-se através do controle social e de sua parte punitiva, a qual denomina-se sistema penal, sendo uma das formas mais violentas de sustentação.

Em parte, o sistema penal cumpre esta função, fazendo-o através mediante da criminalização seletiva dos marginalizados, para conter os demais. E também em parte, quando os outros meios de controle social fracassam, o sistema não tem dúvida em criminalizar pessoas dos próprios setores hegemônicos, para que estes sejam mantidos e reafirmados em seu rol, e não desenvolvam condutas prejudiciais à hegemonia dos grupos que a pertencem. Também, em parte, pode-se chegar a casos em que a criminalização de marginalizados ou contestadores não atenda a nenhuma função em relação aos grupos a que pertencem, mas unicamente sirva para levar uma sensação de tranqüilidade aos mesmos setores hegemônicos, que podem sentir-se inseguros por qualquer razão.

---

<sup>1</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral*. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 63.

<sup>2</sup> YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 11.

Em síntese, defende Zaffaroni<sup>3</sup> que “o sistema penal cumpre uma função substancialmente simbólica perante os marginalizados ou os próprios setores hegemônicos”. Assim, a sustentação da estrutura de poder social por meio da via punitiva é fundamentalmente simbólica.

Diante da constatação de que em toda sociedade existe o fenômeno dualista de “hegemonia-marginalização”, e que o sistema penal tende, geralmente, a torná-lo mais agudo, impõe-se buscar uma aplicação das soluções punitivas de maneira mais limitada possível. Igualmente, a constatação de que a solução punitiva sempre importa um grau considerável de violência, ou seja, de irracionalidade, além da limitação de seu uso, impõe-se, na hipótese em que se deva lançar mão dela, a redução, ao mínimo, dos níveis de sua irracionalidade.

Nas palavras de Yasmin Maria Rodrigues Madeira Costa tal sistema demonstra

A total frustração de suas pretensões quanto à prevenção do crime expõe seu caráter puramente repressivo e a promoção da degradação de sua clientela atesta seu viés estigmatizante<sup>4</sup>.

Segue a autora,

A análise das ideologias que fornecem substrato ao Sistema Penal em nossa sociedade esclarecem sobremaneira a configuração bélica de nossa Política Criminal, a eleição de estereótipos criminais, o panpenalismo e outros tantos fenômenos. O incremento do aparato repressivo, indubitavelmente, tem servido de instrumento de manutenção e hierarquização entre os diversos estratos sociais<sup>5</sup>.

Seguindo esta linha de pensamento, Eugenio Raúl Zaffaroni assinala:

É muito difícil afirmar-se qual é a função que o sistema penal cumpre na realidade social. A Criminologia e a Sociologia do direito penal contemporâneo assinalam diferentes funções. Para uns, por exemplo, o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores mais humildes, criminalizando-as, para indicar aos demais os limites do espaço social. Para outros, cumpre a função de sustentar a hegemonia de um setor social sobre o outro.<sup>6</sup>

Do exposto, temos que o sistema penal é parte do controle social que resulta institucionalizado em forma punitiva e com discurso punitivo. Dentro do sistema penal, o direito penal ocupa somente um lugar limitado, não se confundindo com

---

<sup>3</sup> ZAFFARONI, op. cit. p. 71.

<sup>4</sup> MADEIRA DA COSTA, Yasmin Maria Rodrigues. *O significado ideológico do sistema punitivo brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 95.

<sup>5</sup> Ibid. p. 110.

<sup>6</sup> ZAFFARONI, op. cit. p. 70.

aquele, no entanto, é a lei penal fixa um âmbito dentro do qual o sistema penal pode selecionar e criminalizar pessoas.

É este aspecto seletivo e criminalizador que muitas vezes é utilizado pelo poder dominante a fim de marginalizar as camadas as baixas da estratificada sociedade moderna. Assim, o sistema penal tem assumido um papel excludente perante algumas classes e/ou espécies de criminosos, fazendo com que determinados delitos tenham um aspecto punitivo mais severo com o espoco de segregar aqueles que o praticam em benefício de um sentimento de segurança das suas potenciais vítimas.

Assim, faz-se mister uma análise do comportamento sociológico do papel do Estado ao definir as políticas do Sistema Penal, o qual, muitas vezes, é utilizado como instrumento de exclusão ao definir condutas que objetivam conter as classes sociais inferiores.

Tendo o Direito Penal como princípio norteador o da legalidade, esculpido no artigo 1º do Código Penal e no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, temos que não haverá criminalização de quaisquer condutas se não houver lei anterior as prevendo. Dessa forma, ganha importância o estudo da eleição dos bens jurídicos que merecerão a tutela penal, pois é através da sua tipificação e vigência normativa que o Estado está apto a coibir e movimentar todo o sistema para a aplicação da lei penal.

Verifica-se, neste ponto, após determinar-se a ideologia que prepondera no Sistema Penal, a necessidade de uma análise crítica acerca da eleição dos bens jurídicos penais a fim de que somente as condutas mais graves e perniciosas à sociedade mereçam a proteção penal. Neste sentido, Marcelo Rodrigues da Silva entende que

é necessário entender a *Lex Legum* como produto natural e legítimo dos vários reclamos que ecoam na sociedade para, em seguida, analisar o Direito Penal, em congruência com as modernas doutrinas nacionais e alienígenas, segundo instrumento de pacificação social voltado à proteção dos valores constitucionalmente consagrados.<sup>7</sup>

A partir da eleição do bem jurídico-penal podemos analisar seu enquadramento típico, porém não mais sob a perspectiva dogmática da teoria formalista

---

<sup>7</sup> SILVA, Marcelo Rodrigues da. Fundamentos Constitucionais da Exclusão da Tipicidade Penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais. IBCCRIM. Ano 11. n. 45. Editora Revista dos Tribunais: Outubro/Dezembro de 2003. p. 159.

clássica, mas sim com uma leitura constitucional do Direito Penal e do delito, que é obrigatória à medida que a sanção penal incide justamente sobre bens fundamentais da pessoa.

Dessa forma, o significado ideológico do sistema penal brasileiro muitas vezes é utilizado como instrumento de exclusão ao definir condutas que objetivam conter as classes sociais inferiores. Para tanto, faz-se mister uma análise crítica acerca da avaliação e eleição dos bens jurídicos que estão sob a tutela do direito penal, bem como uma nova interpretação do fato típico, rechaçando a mera subsunção formal do fato típico à letra fria da lei da doutrina formalista clássica, trazendo à baila uma apreciação sob a óptica constitucional, fazendo com que a norma penal seja apreciada segundo aspectos valorativos compreendida em sentido material e garantista, tendo como requisito, explícito ou implícito, a ofensa ao bem jurídico.

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

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

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

O único modelo de Direito Penal e de delito compatível com a Constituição é, em consequência, de um Direito Penal como instrumento de proteção de bens jurídicos e de um delito estruturado como ofensa concreta a esses bens jurídicos, na forma de lesão ou perigo concreto de lesão. Destoa dessa estrutura constitucional

qualquer teoria do fato punível fundada no mero desvalor da ação. Não há delito sem desvalor do resultado, ou seja, sem afetação de bens jurídicos de terceiros pessoas.

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

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

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

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

Assim, é o pensamento do professor Luiz Flávio Gomes:

Em um Estado Constitucional que se define, com efeito, como democrático e de Direito, e que tem nos direitos fundamentais seu eixo principal, não resta dúvida que só resulta legitimada a tarefa de criminalização primária recai sobre condutas ou ataques concretamente ofensivos a um bem jurídico, e mesmo assim não todos os ataques, senão unicamente os mais graves (fragmentariedade).<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal*. Série as ciências criminais no século XXI. vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 89.

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

Como bem ressaltou Zaffaroni,

o injusto concebido como lesão a um dever é uma concepção positivista extremada; é a consagração irracional de dever pelo dever mesmo. Não há dúvida que sempre existe no injusto uma lesão ao dever [uma violação a norma imperativa], porém o correto é afirmar que só existe violação quando se afeta o bem jurídico tutelado. Não se pode interromper arbitrariamente a análise do fato punível e se a ação não prejudica terceiros, deve ficar impune, por expressa disposição constitucional<sup>9</sup>.

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

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

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

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

Dessa forma, entendemos que o axioma *nullum crimen sine iniuria* encontra ressonância constitucional e legal, isto é, encontra eco tanto nos modernos modelos de Estado, que se caracterizam por ser constitucionais e democráticos de direito, como nos códigos e leis penais.

---

<sup>9</sup> ZAFFARONI, Raul Eugênio. *Teoria Del delito*. Buenos Aires. Ediar: 1973. p. 226.

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

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

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

Segundo Luiz Flávio Gomes, “para a existência do delito, para além da presença de uma ação ou omissão (uma conduta), também se faz necessário um resultado jurídico, que consiste numa perturbação (intolerável) do bem tutelado, isto é, de uma liberdade alheia”<sup>10</sup>.

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

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

---

<sup>10</sup> GOMES, op. cit. p. 15.

para constituir um ‘ponto de ruptura’ no *circulus vitiosus* da hermenêutica jurídico-penal, até porque nenhum sistema penal está legitimado a sacrificar a liberdade individual senão quando incrimina fatos significativamente ofensivos a bens jurídicos de relevância pessoal indiscutível<sup>11</sup>.

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

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

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

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

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

Dessa forma, não se pode conceber o delito como apenas uma descrição formal da conduta, alheio a qualquer caráter valorativo ou finalista. Tendo o

---

<sup>11</sup> GOMES, op. cit. p. 14

Direito Penal como a principal característica a proteção dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade, é imperiosa que esta proteção se dê através de incriminação de condutas que efetivamente apresente uma potencialidade de dano ou um perigo concreto de lesão a tais bens.

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

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

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

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

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

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

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

Assim, o legislador não pode adotar técnicas legislativas incriminatórias reconduzíveis ao mero voluntarismo, ou seja, à vontade do infrator, ao seu modo de ser, ao seu modo de pensar; não é possível configurar o delito como mera desobediência à norma; ninguém pode ser castigado pelo que é ou pelo que pensa, senão pelo que faz ofensiva e intoleravelmente aos outros.

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

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

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

comportamentos que concretamente não chegam a atingir ou afetar o bem consagrado normativamente.

Dessa forma, para que um ato humano seja considerado penalmente relevante, além da materialização de uma vontade criminosa, que é exigência do princípio do fato, faz-se necessário um *plus*, que precisamente a ofensa, como bem ressaltou, anteriormente citado, Zaffaroni que diz “não se pode interromper arbitrariamente a análise do fato punível e se a ação não prejudica terceiros, deve ficar impune, por expressa disposição constitucional”<sup>12</sup>.

#### 4. Conclusão

Diante do exposto, temos que o sistema penal brasileiro muitas vezes é utilizado como instrumento de exclusão ao definir condutas que objetivam conter as classes sociais inferiores.

A fim de evitar a segregação através de um instrumento de pacificação, que é o Direito Penal, faz-se mister uma análise crítica acerca da avaliação e eleição dos bens jurídicos que estão sob a tutela do direito penal, bem como uma nova interpretação do fato típico, rechaçando a mera subsunção formal do fato típico à letra fria da lei da doutrina formalista clássica, trazendo à baila uma apreciação sob a óptica constitucional, fazendo com que a norma penal seja apreciada segundo aspectos valorativos compreendida em sentido material e garantista, tendo como requisito, explícito ou implícito, a ofensa ao bem jurídico.

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

---

<sup>12</sup> ZAFFARONI. op. cit. p. 226

autênticos, presentes na sociedade e preexistentes à decisão criminalizadora do legislador.

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

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

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

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

A utilização de diversos institutos de controle e de inclusão social, tendo como exemplo a aplicação do princípio da ofensividade, como forma de proporcionar um correto enquadramento ideológico do Sistema Penal, através de uma intervenção mínima e dos preceitos do garantismo penal, lhe dará efetividade e a possibilidade de atingir o escopo de se evitar ao máximo a segregação social.

## BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal. vol. 1. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BONFIM, Edilson Mougnot. CAPEZ, Fernando. Direito Penal: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2004.

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

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte Geral. vol. 1. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

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

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

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento de uma prisão*. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

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

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

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

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

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

MADEIRA DA COSTA, Yasmin Maria Rodrigues. *O significado ideológico do sistema punitivo brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PRADO, Luiz Régis. Curso de Direito Penal Brasileiro. vol. 1. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

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

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

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. Teoria Del delito. Buenos Aires. Ediar: 1973.