

O Modelo de Crime como Ofensa ao Bem Jurídico-Penal: A Ofensividade como Pressuposto Constitucional do Jus Puniendi

The Model of Crime as an Offense to The Legal-Criminal Law: The Offensivity as a Constitutional Assumption of Jus Puniendi

VICTOR MATHEUS BEVILAQUA

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/Brasil.
Pós-graduando em Ciências Penais pela PUC/RS
(Especialização em Ciências Penais). Assessor de Juiz Direito -
TJ/RS.

Resumo: Em tempos de crise da contemporaneidade, de surgimento de uma sociedade de risco e de globalização, inevitável o surgimento de novas demandas penais, de recrudescimento penal, cujos efeitos, muitas vezes, ilegítimos, a dogmática penal não está suficientemente construída para o seu adequado acolhimento científico. Nesse contexto, surge o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, de base constitucional, comprometido com um Estado que se quer liberal, laico e garantista, e verdadeiro freio à expansão punitiva. Por ser uma norma de caráter duplo, a sua observância tanto pelo legislador quanto pelo hermenêuta, nomeadamente o magistrado, é obrigatória e a sua derogabilidade impossível. Por este motivo, o presente estudo aborda a ofensividade, suas premissas e seus fundamentos, bem como as suas características, e o seu relacionamento com a política criminal.

Palavras-chave: Ofensividade – Bem jurídico-penal – Direito Penal – Constituição – Política Criminal.

Abstract: In times of contemporary crisis, emergence of a rich' society and globalization, inevitable emergence of new criminal demands, recrudescence criminal, whose effects, oftentimes, illegitimate, criminal dogmatism is not sufficiently built up for its adequate scientific reception. In this context, the crime model appears as an offense to legal interests of the constitutional basis, committed to a state that wants to be liberal, secular and guarantor, and a real brake on punitive expansion. As a double standard of character, its observance by both the legislature and the hermeneut, namely the magistrate, is mandatory and its enforceability is impossible. For this reason, the study addresses the offensiveness, its premises and foundations, as well as its characteristics, and its relationship with criminal policy.

Keywords: Offensiveness – legal-criminal law – criminal law – constitution – criminal

1. Breves considerações sobre o nosso tempo.

Todos estamos sujeitos à mudança, as pessoas, individual e coletivamente, e, por consequência, a ciência, cuja construção e evolução coincide com a própria história. O mundo é feito de mudanças e o passar do tempo deixa o legado e as marcas desta mudança. Nas palavras de Camões, “mudam-se os tempos, mudam-se as vontades / muda-se o ser, muda-se a confiança / todo o mundo é composto de mudança / tomando sempre novas qualidades”¹. E deste turbilhão de mudanças não se escapa o direito penal.

Mas também é certo que vivemos um tempo com transformações sociais, culturais e tecnológicas incomuns, inseridas no presente contexto de crise da modernidade, de incapacidade em responder os novos desafios científicos e de atender o projeto moderno. Vivemos um período de liminaridade² (ou, sob outras rubricas, pós-modernidade, sociedades pós-industriais, modernidade tardia, etc.), isto é, vivemos um período passageiro, o término do tempo velho (modernidade) e o início de um tempo breve, cujo horizonte pouco pode se dizer, mas apenas afirmar ser um tempo com inúmeras incertezas.

A modernidade surge com a desvinculação do pensamento medieval, estabelecendo-se nos ideais de ordem e progresso (produtivo e tecnológico), e nela tudo pode ser compreendido racionalmente pelas leis da física e da matemática. A natureza passa a ser a matéria-prima para a obra do homem moderno, servindo como combustível para a técnica e indústria. Contudo, é no próprio desenvolvimento e progresso da técnica, na lógica de tudo dominar, que o homem moderno encontra os seus limites, ponto no qual acaba por aparecer os primeiros sinais de esgotamento do paradigma moderno.

E é nesta crise da modernidade, aliado ao poder proporcionado pela técnica, que, paradoxalmente, desenvolve-se para superar os seus próprios limites e, por isso, acaba por encontrar novos limites, que surge um novo modelo de sociedade que possui como principal marca o *risco*. Riscos, muitas vezes, irreversíveis, não delimitáveis temporal e/ou espacialmente – e, também, não delimitáveis no âmbito dos afetados –, de natureza política, ambiental, econômica, etc. Segundo Beck, uma *sociedade do risco* (*Risikogesellschaft*)³, fruto do desenvolvimento técnico-científico promovido pela modernidade, que escapa de toda e qualquer possibilidade de previsão, controle e proteção. O homem, portanto, “vive a glória e o

¹ CAMÕES, Luís de. *Sonetos*. São Paulo: Klick Editora, 1998. p. 61.

² Segundo Turner, as entidades limiares não se situam aqui nem lá, mas estão no meio e entre as posições atribuídas e ordenadas pela lei, pelos costumes, convenções e cerimoniais (TURNER, Victor. *O Processo: Ritual Estrutura e Anti Estrutura*. São Paulo: Vozes, 1974. p. 117).

³ Para Beck, a *Risikogesellschaft* designa uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos (sociais, políticos, econômicos e individuais) cada vez mais tendem a escapar do controle e das instituições protetoras da sociedade industrial (BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002. p. 113). De outro lado, Bauman propõe a substituição da expressão *sociedade de risco* pela expressão *sociedade da incerteza*. Isto porque, segundo o autor, em um mundo como o nosso, “os efeitos das ações se propagam muito além do alcance do impacto rotinizante do controle, assim como do escopo do conhecimento necessário para planejá-lo. O que torna nosso mundo vulnerável são principalmente os perigos da probabilidade *não calculável*, um fenômeno profundamente diferente daqueles aos quais o conceito de *risco* comumente se refere. *Perigos não calculáveis aparecem, em princípio, em um ambiente que é, em princípio, irregular*, onde as sequências interrompidas e a não repetição de sequências se tornam a regra, e a anormalidade, a norma. *A incerteza sob um nome diferente*” (“destaque do original”) (BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 129-130).

terror do ápice de sua técnica: pode destruir o mundo se assim o desejar, mas pode igualmente fazê-lo, sem sequer perceber”⁴.

A ideia da *Risikogesellschaft* anuncia o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para a sua existência, individual e comunitária, ou provinham de acontecimentos naturais (dos quais a tutela do direito penal é absolutamente incompetente) ou derivavam de ações humanas próximas e definidas, para contenção das quais era bastante a tutela dispensada a clássicos bens jurídicos (individuais), tais como, a vida, a integridade física e a propriedade, tratando-se, assim, do paradigma de um direito penal liberal e antropocêntrico. De outro lado, a sociedade do risco anuncia o fim desta sociedade e a sua substituição por uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a ação humana, por vezes, anônima, revela-se suscetível de produzir riscos globais – que podem ter como consequência a extinção da vida –, a serem produzidos em tempo e lugar largamente distanciados da ação que os originou ou para eles contribuiu⁵.

Diante de tal realidade, ou, melhor, realidades, que podem traduzir uma realidade pluriforme, caleidoscópica, mormente por força das complexas transformações e relações sociais experimentadas, surgem novos problemas – tal como o surgimento de novos (e, por vezes, falsos) bens jurídico-penais⁶ – que, não raramente, não está o direito penal que

⁴ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 29.

⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O Direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 33/2001. jan-mar. p. 39-65.

⁶ Há o empreendimento da doutrina no sentido de desconstrução de bens jurídicos aparentemente coletivos, argumentando-se no sentido de que tais bens são aparentes, porquanto não passam da soma de vários bens jurídicos individuais. Nesse contexto, segundo Greco, a soma de vários bens jurídicos individuais não é suficiente para constituir um bem jurídico coletivo, porque este é caracterizado pela elementar *não distributividade*, ou seja, ele é indivisível entre diversas pessoas. Assim, cada qual tem a sua vida, a sua propriedade, independente dos demais, mas o meio ambiente ou a probidade da Administração Pública são gozados por todos em sua totalidade, não havendo uma parte do meio ambiente ou da probidade da Administração Pública que assista exclusivamente a A ou B (GRECO, Luís. *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 49/2004. jul-ago. p. 89-147). Já Hefendehl, ao trabalhar a sua teoria social do bem jurídico (de cunho esquerdista, o que é admitido pelo próprio autor), em contraposição à teoria pessoal do bem jurídico defendida por Hassemer – que, segundo o autor, é uma teoria protetora dos interesses das pessoas abastadas –, assevera que o núcleo conceitual de um bem jurídico coletivo é definido com base nos critérios de *não exclusividade do gozo e não rivalidade do consumo*, sendo que o primeiro está ligado a um terceiro critério, o da *não distributividade*. Assim, um bem é coletivo, quando for conceitual, fática ou juridicamente impossível dividi-lo em partes e atribuí-las aos indivíduos sob a forma de cotas. (HEFENDEHL, Roland. *Uma teoria social do bem jurídico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 87/2010. nov-dez. p. 103-120). No mesmo sentido, Schünemann dá o exemplo de que um tal bem jurídico aparente é a saúde pública, a qual, na verdade, é composta pela soma das saúdes de cada cidadão individual, não passando, portanto, de um bem jurídico individual segundo uma perspectiva da lógica de classes. Segundo o autor, a errônea aglomeração de bens jurídicos individuais num coletivo serve à jurisprudência de argumento para que se ignorem por completo os princípios da exclusão da proteção penal em face do consentimento do titular do bem jurídico, o que torna possível que se apene severamente, pela lesão de um bem jurídico real, uma conduta que poderia no máximo ser merecedora de pena em razão de perigos indiretos para outros bens jurídicos. Assim, refere o autor que o *Bundesgerichtshof* (tribunal federal equivalente ao nosso Superior Tribunal de Justiça) agravou, por violação da segurança do trânsito, a pena do motorista que, num acidente provocado em razão da bebida alcoólica, lesionou passageiros de seu carro, apesar de estes terem entrado no automóvel com o conhecimento de estar o motorista alcoolizado e incapacitado para dirigir, sendo, por isso, responsáveis pela própria lesão. E que o Tribunal Constitucional Federal alemão fundamentou a punibilidade da posse de tóxicos na proteção à saúde pública, apesar de o consumidor individual se autocolocar em perigo de modo livre e responsável, não criando um perigo

cultivamos, de vertente liberal iluminista e construído a partir da sociedade industrial, suficientemente preparado. Segundo Figueiredo Dias, se quiser se manter um direito penal de vertente liberal haverá uma confissão de que o direito penal não possui nenhum papel na proteção das gerações futuras, de modo que se faz necessária uma nova política criminal que abandone a função minimalista de tutela de bens jurídicos e aceite uma função promocional e propulsora de valores orientados na ação humana e na vida comunitária⁷.

Até aqui, nada de novo, ainda mais quando se trata da realidade europeia, continente desenvolvido e lugar-comum para todos os que se debruçam acerca dos problemas da ciência jurídico-penal contemporânea. Tal constatação, contudo, mostra-se problemática a partir da realidade dos países em desenvolvimento, onde há uma ausência considerável de medidas responsáveis por parte do Estado e onde o combate à criminalidade é regido pelo populismo punitivo através de políticas de *tolerância zero* e *lei e ordem*, nas quais há “uma notável negligência quantos às liberdades civis de suspeitos e aos direitos dos presos, na direta proporção da ênfase sobre repressão efetiva e controle”⁸. Isso sem levar a questão sob a perspectiva da Criminologia Crítica⁹.

Em períodos como o nosso, de crise, em razão da ausência de referenciais claros, recomenda-se fortemente a adoção de especial cautela e prudência não só na apreensão e compreensão de seus reais problemas, como, e principalmente, na proposição de soluções¹⁰. E qualquer valoração ou análise por mais distanciadas que se mostrem as suas matizes em caso algum podem fugir à própria situação de crise¹¹.

De tudo, porém, é incontestável que negar espaço ao direito penal para a contenção dos novos riscos significa tomar parte em uma ciência que absolutamente nada tem a dizer na

de maior relevância para o direito penal (*BverfGE* 90, 145) (SCHÜNEMANN, Bernd. *O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos!: sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal*. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. GRECO, Luís (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 81).

⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 128.

⁸ GARLAND, David. *A Cultura do Controle: Crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p. 57.

⁹ Sob esta ótica, não apenas as normas penais se criam e se aplicam de forma seletiva e a distribuição desigual de criminalidade, isto é, imunidade e criminalização, obedece geralmente à desigual distribuição de poder e da propriedade e, assim, à consequente hierarquia dos interesses em jogo; o Direito e o sistema penal exercem, também, uma função ativa dessa estrutura vertical da sociedade, conservando e reproduzindo as suas relações desiguais. Em outras palavras, o sistema punitivo se apresenta como um subsistema funcional da produção material e ideológica do sistema social global, caracterizado pelo capitalismo patriarcal, isto é, reproduz as relações de poder, de gênero e de propriedade existentes, em vez de servir como instrumento de tutela de interesses e direitos particulares dos indivíduos. Não se olvida que o sistema penal se relaciona com a sua programação normativa, isto é, o seu *dever-ser* – segundo os princípios norteadores, como igualdade, humanidade, legalidade, etc. –, na grande parte dos casos, é um sistema de violação deles, em vez de proteção. Assim, a realização dos seus postulados é, em definitivo, uma ilusão, além de constituir uma contradição estrutural entre a sua lógica seletiva e os direitos humanos, nos quais se autolegitima. Por derradeiro, o direito penal, representado pelo sistema penal, não serve como um modelo de resolução de conflitos, diferentemente de outras áreas do direito, mas sim, ao revés, como gerador de problemas e conflitos. Sobre o tema ver, por todos: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

¹⁰ D'AVILA, Fabio Roberto. *Liberdade e segurança em direito penal. O problema da expansão da intervenção penal*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. v. 11. n. 71. Porto Alegre: IOB. dez-jan/2012. p. 49-52.

¹¹ FARIA COSTA, José Francisco de. *Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 81/2009. nov-dez. p. 36-47.

proteção das gerações futuras, o que, entretanto, não significa recepcionar um novo direito penal, um direito penal do risco¹², um direito penal de duas velocidades¹³ ou, até mesmo, um direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*)¹⁴(denominado, por alguns, como terceira

¹² Tal modelo, ainda não bem delimitado cientificamente, possui como aspectos principais a acolhida de novos bens jurídicos, tais como o meio ambiente, a saúde pública, o mercado de capitais, etc., o adiantamento das barreiras entre o comportamento punível e o não-punível, e, por fim, a redução das exigências para a reprovabilidade. Tudo isso para atender as demandas jurídico-penais decorrentes da sociedade do risco. Contudo, ocorre que o direito penal não constitui o meio mais adequado para reagir aos riscos, senão ele mesmo é um risco, porquanto se converte em um direito penal do risco, pois, ao adaptar-se à ótica da sociedade do risco, adota a função de um eminente instrumento de prevenção e, ainda, simbólica, o que, historicamente, não lhe cabe. Em outras palavras, “se se analisar os fins aos quais o direito penal do risco pretende servir sociologicamente segundo a ideia de risco, a saber, de um lado, a minimização do risco e, por outro, a produção de segurança, transpondo-os à linguagem jurídico-penal, trata-se da ideia de prevenção, de proteção dos bens jurídicos através de uma orientação pelo risco e de estabilização da norma. E paralelamente à racionalidade do risco – como criadora e ao mesmo tempo eliminadora dos riscos – a sociedade do risco tem elaborado um direito penal do risco racional e funcional, uma *Risikodogmatik* (dogmática do risco)” (SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 46/2004. jan-fev. p.73-93; e PRITTWITZ, Cornelius. *O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 47/2004. mar-abr. p. 31-45).

¹³ Tal como, resignadamente – diante da inevitável expansão do direito penal, o que é louvável –, propõe Silva Sánchez. Segundo o autor, a primeira velocidade do direito penal, representada pelo direito penal da prisão – e, em regra, referente a condutas lesivas ou que ponham em perigo real/concreto o bem jurídico-penal (em regra, individual, tal como a integridade física) –, corresponderia à manutenção rígida dos princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais. Já a segunda velocidade do direito penal – referente a condutas distanciadas da criação de um perigo real para bens individuais e, inclusive, supraindividuais, desde que concebidos com mínimo rigor – seria guardada para os casos em que, por não tratar-se já de prisão, senão de penas de privação de direitos ou pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade da prisão (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 192-193). Também não parece ser esse modelo dualista o mais adequado. Isto porque, dentre outros motivos, tal modelo acabaria por trazer para o direito penal dois paradigmas diferentes e incompatíveis, que em breve haveriam de conduzir ao domínio de um sobre o outro, quando não o esmagamento de um pelo outro – sob a forma, muito provavelmente, de uma invasão incontrollável do cerne pela periferia (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 134).

¹⁴ Esta concepção de direito penal, formulada e defendida por Jakobs, se contrapõe ao chamado direito penal dos cidadãos (*Bürgerstrafrecht*). Segundo o autor, o inimigo é um indivíduo que abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. É alguém que não garante a mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse deficit por meio da sua conduta. De acordo com Jakobs, as características do *Feindstrafrecht* seria a ampla antecipação da proteção penal, isto é, a mudança da perspectiva do fato passado a um porvir; a ausência de uma redução da pena correspondente a tal antecipação; a transposição da legislação jurídico-penal à legislação de combate; e o solapamento de garantias processuais (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 194; JAKOBS, Günther. *Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo*. In: CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José (org. e trad.). *Direito penal do inimigo: noções críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005). Tal modelo exerce profunda influência sobre alguns sistemas penais, sobretudo o europeu e o norte-americano, que tem testado as suas propostas em três setores políticos e legislativos: o (anti)terrorismo, a criminalidade organizada (global e econômica) e a delinquência sexual. Também não concordamos com tal modelo, porquanto nega os postulados da dignidade da pessoa humana, além de se tratar, fundamentalmente, de um direito penal do autor, manifestamente inconstitucional.

velocidade do direito penal). Não se trata, enfim, de uma substituição de paradigmas, mas sim uma tutela necessária e possível a um direito penal fiel aos seus princípios fundamentais¹⁵

E o contexto de uma tal proposta implica necessariamente o aprofundamento de determinadas categorias jurídico-penais, fazendo certamente a ofensividade, categoria-chave para o preciso delineamento dos limites materiais de um direito penal, parte deste universo, assim como o reposicionamento da normatividade penal a um *status* de prevalência na ciência conjunta do direito penal (*die gesamte Strafrechtswissenschaft*)¹⁶.

Destarte, o presente trabalho procede uma análise do modelo de crime como ofensa a bens jurídico-penais, a partir de uma perspectiva onto-antropológica do direito penal, os seus pressupostos, o seu fundamento constitucional, a sua relação com o Estado Democrático de Direito (liberal e garantista). Também será abordada a ofensividade como verdadeira exigência constitucional e como critério de legitimidade do ilícito-típico, bem como a sua relação com a política criminal, mormente no ponto sobre a possibilidade (ou não) da sua desconsideração para atender a pontual intenção político-criminal.

2. Ofensividade em direito penal.

Da análise histórica do direito penal, verifica-se a existência de uma estreita relação entre modelos de crime e modelos de Estado, que revela elementos significativos sobre uma maior ou menor dificuldade de assimilação de certas formas de estruturação do ilícito-típico, servindo como verdadeiro parâmetro de verificação do grau de autoritarismo penal. Excessivas formas de crimes omissivos, crimes que protegem meros interesses morais e éticos, a criminalização de violação de deveres (*Pflichtverletzung*), constituem em um modelo de crime fortemente marcado por Estados autoritários, como a Alemanha nazista¹⁷. Do modelo clássico de direito penal liberal, de vertente iluminista, ao direito penal contemporâneo, o tempo tem sido o responsável pela afirmação de um direito penal de efetiva tutela (subsidiária) de bens jurídicos (dotados de dignidade penal) como paradigma de um ordenamento jurídico democrático, laico e pluralista, comprometido com o atendimento e reconhecimento dos direitos e das liberdades individuais. Tal horizonte exprime e afirma um dos mais preciosos legados do pensamento penal liberal, o modelo de crime como ofensa a

¹⁵ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 34-35.

¹⁶ Foi mérito de Franz von Liszt ter concebido a ideia da *die gesamte Strafrechtswissenschaft*, a qual compreenderia como ciências autônomas: a ciência estrita do direito penal (dogmática penal), concebida como o conjunto de princípios que subjazem ao ordenamento jurídico-penal e devem ser explicitados dogmática e sistematicamente; a criminologia, como ciências das causas do crime e da criminalidade; e a política criminal, como o conjunto dos princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos da pena, de acordo com os quais o Estado deve levar a efeito a luta contra o crime por meio da pena e das instituições com esta relacionadas (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 24).

¹⁷ D'AVILA, Fabio Roberto. *Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico*. In: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 67-68.

bens jurídicos (*principio di offensività*, na Itália¹⁸, *harm principle*, na *Common Law*¹⁹), de base constitucional, e verdadeiro limite à atuação da política criminal, consistente em uma perspectiva de ilícito estabelecida “na ofensa a interesse objetivos, no desvalor que expressa a lesão ou pôr-em-perigo bens juridicamente protegidos”²⁰, opondo-se, assim, à concepção de ilícito centrada na mera violação subjetiva do dever, típica de Estados autoritários.

Com efeito, a estrita observância ao modelo crime como ofensa a bens jurídicos limita de forma significativa o âmbito das condutas sancionáveis penalmente pelo Estado, através da imposição não só de limites ao objeto de tutela da norma, como também à técnica de tutela, mediante a proposição de dois momentos distintos, embora intimamente ligados, de análise da legitimidade (ou não) do ilícito-típico. Primeiro, se há um bem jurídico dotado de dignidade penal como objeto de proteção da norma. Análise que, por certo, deve partir de uma noção de bem jurídico cujo conteúdo, além de estar em harmonia com a ordem axiológica-constitucional, seja transsistemático em relação à ordem jurídica e concretizável em realidades suscetíveis de viabilizar uma posterior análise de ofensividade²¹. Segundo, se há, no caso concreto, uma efetiva ofensa ao bem jurídico tutelado, o que se percebe através da verificação de um dano ou perigo ao objeto de proteção da norma. Em outras palavras, para a legitimidade do ilícito-típico, além da existência de um bem jurídico de dignidade penal, é necessário, também, a ocorrência da ofensividade, através da consideração dos efeitos da conduta sobre o bem jurídico²². Ora, acaso desconsiderado o segundo momento (de constatação da existência de ofensa ao bem jurídico), estaria autorizada a criminalização de condutas não ofensivas a bens jurídicos, o que constitui uma verdadeira subversão da lógica crítico-garantista que deve perpassar a noção jurídico-penal de tutela de bens jurídicos²³.

¹⁸ Sobre o tema, ver: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

¹⁹ Especialmente no âmbito jurídico norte-americano, ver: MILL, John Stuart. *A liberdade e utilitarismo*. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000; MARTINELLI, João Paulo Orsini et al. *Harm Principle e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 115/2015. jul-ago. p. 255-289.

²⁰ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 40.

²¹ De acordo com Feldens, podemos sustentar que a Constituição figura como um quadro referencial obrigatório da atividade punitiva, contendo as decisões valorativas fundamentais para a elaboração de um conceito de bem jurídico prévio e obrigatório à legislação penal. Nesse contexto, a atividade do legislador penal encontra seu objeto premeditado por uma ordem de valores ditada pela Constituição, que se faz, por esta razão, pré-constituída ao legislador. É bem ter-se presente que a relação entre bens jurídicos constitucionais e penais não haverá de ser necessariamente de coincidência, ou de recíproca cobertura, mas de coerência, interação ou efeito recíproco, conduzindo, desta forma, a uma necessária interpretação do Direito Penal conforme a Constituição (FELDENS, Luciano. *Direito Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 61-62).

²² D'AVILA, Fabio Roberto. *Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico*. In: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 76-77.

²³ Segundo Faria Costa, ao considerar-se como fim último o de que o direito penal deve proteger bens jurídicos e, para além disso, ao ponderar-se que não há inconveniente na adoção de meios (técnicas legislativas) que subvertam o fim que se quer alcançar, acaba-se por definir os meios pelos fins. Nesta lógica, afirma-se que é bom que o direito penal seja um direito penal de proteção de bens jurídicos, mas pouco importa se, para atingir esse fim, tivermos de construir tipos legais de crime onde o bem jurídico (concreto) está ausente, isto é, onde a razão de ser do próprio ordenamento não está presente. A estratégia dos fins sobrepõe-se à tática e aos meios que aquela mesma estratégia quer legitimar. Tudo se converte em confusão entre meios e fins, perdendo-se, desta

E a ofensividade, seja no âmbito de legitimidade na criação de tipos penais, orientando e limitando o trabalho do legislador (*jure condendo*), seja no âmbito de aplicação e interpretação concreta da norma penal (*jure condito*), nomeadamente pelo magistrado, deve ser compreendida através da fundamentação do direito penal a partir da relação matricial onto-antropológica de cuidado-de-perigo.

Esta relação ontológica de cuidado-de-perigo retira o *eu* para fora de *si mesmo*, jogando-o ao encontro com *outro*, no qual e pelo qual o *ser-no-mundo* se desvela e, ao mesmo tempo, se conhece, constituindo uma teia de cuidados recíprocos que estrutura o *ser comunitário*. E é justamente na oscilação prejudicial dessa teia de cuidados e, portanto, na prejudicial oscilação da relação matricial onto-antropológica de cuidado-de-perigo que o direito penal buscará os elementos informadores de seu núcleo fundamental, o ilícito. O ilícito, sob essa perspectiva, é a expressão jurídico-penal da desvaliosa oscilação da tensão originária da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo. Mas não qualquer oscilação, mas apenas aquela que, aos olhos da comunidade historicamente situada, é tida por insuportável²⁴. Nesse contexto, segundo Faria Costa, a primitiva relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo é o suporte *mais-que-perfeito* para legitimar, em termos ético-sociais, a aplicação de uma pena a todo aquele que, desvirtuando a relação de cuidado, põe em perigo um bem jurídico que a comunidade considera relevante para a proteção penal, sendo que a diminuição da tensão primitiva que projete o perigo ao bem jurídico-penal é determinante para a justificação penal do comportamento que a desencadeia²⁵.

A ofensividade, isto é, a ofensa a bens jurídico-penais, surge a partir do contexto do atingimento intolerável da relação matricial de cuidado-de-perigo, estruturando-se o desvalor do resultado (a ofensa) no dano/violação, no qual a realização do tipo incriminador tem como consequência uma lesão efetiva ao bem jurídico-penal, e no *perigo/violação* do bem jurídico-penal, representado pela previsão de possibilidade de ocorrência de um dano/violação ao bem jurídico tutelado pela norma penal. E este perigo é constituído por dois elementos: a probabilidade um acontecer e o caráter danoso do mesmo, sendo o perigo desprovido de materialidade. Segundo Faria Costa, o perigo não tem consistência material, processando-se no tempo, mas não se solidificando no espaço. O que se solidifica no tempo e no espaço é a ação concretamente desvaliosa²⁶.

O perigo, tradicionalmente, subdivide-se em perigo concreto, no qual o perigo faz parte do tipo, ou seja, o tipo é preenchido quando o bem jurídico tenha efetivamente sido posto em perigo, e em perigo abstrato, no qual o perigo não é elemento do tipo, mas simplesmente motivo da proibição, caracterizado pela não exigência de um bem jurídico no

forma, os limites e critérios da validade para a construção de todos os concretos e específicos tipos legais de crime (FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 621).

²⁴ D'AVILA, Fabio Roberto. *Filosofia e direito penal. Sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica*. In: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 49-50. Uma abordagem mais profunda do tema, ver: FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000; D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005; e MACHADO, Tomás Grings. *Ofensa de cuidado-de-perigo e legitimação dos crimes ambientais: o princípio da ofensividade como limites à criminalização de condutas*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

²⁵ FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 623.

²⁶ FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 584-585.

raio de ação da conduta perigosa. Neste tipo de crime, são tipificadas certas condutas em nome da sua perigosidade típica para um bem jurídico-penal, sem, contudo, que ela necessite ser comprovada no caso concreto, de modo que uma há *presunção inelidível* de perigo e, por isso, a conduta do agente é punida independentemente de ter criado ou não um perigo efetivo para o bem jurídico-penal²⁷. Em outras palavras, o perigo concreto constitui uma *crise existencial* do bem jurídico, causando-lhe uma *comoção de certeza do ser* (*Erschütterung der Daseinsgewissheit*), ao passo que o perigo abstrato sequer exige que o bem jurídico esteja no raio de ação do perigo, bastando a ele uma *mera possibilidade não-insignificante de dano*, de modo que não haveria uma aguda crise do bem jurídico (*Krise des Rechtsgutes*), mas tão somente uma interferência na sua esfera de manifestação²⁸.

Assim, pode-se dizer, resumidamente, que o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos corresponde a uma compreensão material do ilícito penal centrada na ofensa a bens juridicamente tutelados, elevando o desvalor do resultado como motor central do ilícito, não havendo, portanto, crime (legítimo) sem ofensa ao bem jurídico-penal²⁹.

3. A base constitucional e principiológica da ofensividade

A ofensividade constitui uma exigência constitucional. Isto porque, e pelo exposto já se pode concluir, que as suas proposições estão de acordo com um Estado Social e Democrático de Direito, conforme propõe a Constituição Federal, comprometido para com os direitos e garantias fundamentais, com um Estado que se quer laico, plural e multicultural, em que se punem os fatos, e não pessoas ou grupos, como o fazem os Estados autoritários. Elementos tais, inclusive recepcionados pelo próprio preâmbulo da Constituição Federal³⁰ – com os quais a ofensividade está em consonância –, cuja afirmação deveriam, quando muito, encontrar irrisória resistência, mormente no espaço político-criminal. Ocorre que, não raras vezes, a política criminal adotada pelo Estado vai de encontro aos compromissos assumidos pela Constituição Federal, sobretudo aqueles referentes aos direitos fundamentais. Política criminal que, seguidamente, está dissonante, inclusive, das recomendações, fundamentadas e publicizadas, realizadas pela academia especializada, sobretudo os estudos realizados no âmbito da Criminologia (Crítica) e da própria dogmática penal (direito e processo penal). Os motivos disso não cabe no espaço dado discutir, podendo apenas se referir ao fenômeno da

²⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 292.

²⁸ SCALCON, Raquel Lima. *Ofensividade em direito penal: regra constitutiva, sobre produção jurídica, com assento implícito na Constituição (ou repensando o “princípio” da ofensividade)*. In: Anais do III Congresso Internacional de Ciências Criminais, PUCRS, 2012. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/24.pdf>. Acesso em 10/01/2017.

²⁹ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 46.

³⁰ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (...).” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 10/01/2017.

*politização penal*³¹. Por tais motivos, entre outros, é necessário trabalharmos com critérios positivos, capazes de conferir limites razoavelmente seguros para os processos de criminalização e descriminalização, incluindo, no ponto, critérios constitucionais – tal como a ofensividade e a proporcionalidade – suficientemente aptos a delimitar adequadamente os processos legislativo e hermenêutico-aplicativo, este último a cargo, principalmente, pelo magistrado. Desta forma, a discussão desloca-se para o plano constitucional, para o questionamento acerca da existência de uma exigência constitucional da ofensividade, tornando a ofensa a bens jurídico-penais, para além de elemento de orientação, um dos principais limites de contenção da política criminal³².

A fundamentação da ofensividade é possível tanto em âmbito principiológico quanto à luz das regras constitucionais, nomeadamente da dignidade da pessoa humana, sob o seu viés de proibição da instrumentalização do homem, e da liberdade. Também cabível a sua sustentação a partir do princípio da proporcionalidade³³, enquanto dever de proibição de ingerências inadequadas, desnecessárias e/ou concretamente excessivas no âmbito das liberdades individuais, restrições indevidas estas que ocorrem, por vezes, pela desconsideração da ofensividade.

Com o reconhecimento expresso da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático e Social de Direito (art. 1º, III, da CF/88), há, por conseguinte, o reconhecimento que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal, de modo que é o Estado que passa a servir com instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas. Nesse contexto, inclusive de reconhecimento histórico e global do referido princípio, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais (muitos deles decorrentes, direta ou indiretamente, da própria dignidade da pessoa humana), mas de toda a ordem constitucional, motivo pelo qual se justifica a sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa (*höchstes wertsetzendes Verfassungsprinzip*)³⁴. Assim, a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade³⁵. E, assim, para assegurar que cabe ao

³¹ Segundo esta *politização*, o direito penal constitui uma arma política, isto é, serve como *instrumento de comunicação* por meio do qual os poderes públicos deixam de se preocupar com o que pode ser feito de melhor para se preocupar com o que pode ser *transmitido* de melhor. Isso decorre da circunstância de que, acaso os poderes públicos não admitam as demandas populares em prol do recrudescimento punitivo, correm o risco de perderem sua clientela eleitoral e/ou serem vistos como antiquados ou, até mesmo, serem rotulados como *defensores dos criminosos*. De outro lado, agindo de acordo com a demanda punitiva, eles conseguem obter capital político por meio da demonstração exemplar da atividade da prática legislativa e da justiça penal (CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ENGELMANN, Wilson. *DNA e investigação criminal no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 31-32).

³² D'AVILA, Fabio Roberto. *Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico*. In: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 69.

³³ O que será abordado no próximo tópico para melhor sistematização e entendimento do tema.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 99-107.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e constitucionalização do sistema penal*. In: NETO, Jayme Weingartner; SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e direito penal: temas atuais e polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 24.

Estado, detentor do monopólio da força, uma dupla missão: deve não apenas respeitar os direitos fundamentais (direitos de defesa), mas também protegê-los (imperativos de tutela) (em perspectiva, respectivamente, negativa e positiva) contra ataques e ameaças de terceiros³⁶, mesmo que isso importe na criminalização de certas condutas, observados, dentre outros parâmetros, a própria ofensividade.

A partir de tal constatação, emerge o direito penal contemporâneo como instrumento legitimado historicamente de persecução do fim de tutela de bens materialmente resguardados pelo Estado, o que impele reconhecer um princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos, do qual são oriundos dois princípios de direito penal, a serem considerados na questão. O primeiro consiste no princípio constitucional de garantia, que prima pela necessária ofensa e fundada na necessidade de tutela, sobretudo, do bem jurídico-constitucional da liberdade, sobre o qual incide a norma penal incriminadora. Já o segundo se trata do princípio constitucional impositivo, representado pela intervenção penal necessária e fundada na necessidade da proteção de bens jurídico-penais³⁷.

Sob esta ótica principiológica, os princípios constitucionais de garantia e da intervenção penal necessária estão submetidos ao campo normativo do princípio originário (princípio fundamental de tutela de bens jurídicos), não sendo admissível uma conflitualidade que extrapole os limites da tutela de bens jurídicos, de modo que toda incriminação que ultrapasse os limites da ofensividade não corresponde um interesse político-criminal legítimo, porquanto estaria fora do âmbito de proteção do seu princípio conformador³⁸.

No entanto, em se tratando de princípios, possível o surgimento de conflito entre ambos, inserindo-se o problema da ofensividade como princípio relativo em face de necessidade de prevenção geral positiva. Será admissível, então, em *balancing* entre os princípios da ofensividade e o da intervenção penal que este extrapole o limite imposto pela ofensividade?

A partir de uma perspectiva constitucional, a resposta é negativa. Isto porque a zona de tensão causada pelo conflito dos referidos princípios é responsável unicamente pela construção dos limites da própria ofensividade. Isto é, ponderando-se os interesses políticos-criminais intervencionistas de prevenção geral positiva com a garantia da necessária ofensa, obtém-se o desenvolvimento das hipóteses de ofensividade admissíveis em um conceito *lato* de ofensividade, e, assim, o âmbito possível de tutela jurídico-penal. Contudo, esta zona de tensão não é capaz de ultrapassar os limites da própria ofensividade, pois, por derivarem do mesmo princípio, são princípios conformados ao princípio originário de tutela de bens jurídicos, estando, assim, restritos ao seu âmbito de proteção/domínio normativo. Até porque, conforme será exposto, a ofensividade está adstrita ao direito fundamental à liberdade e, assim, somente pode ser ponderada mediante idêntico interesse constitucional de proteção de outros bens jurídicos (vida, integridade física, etc.), e não posta em xeque no mero intuito, por exemplo, de otimizar ou facilitar funções administrativas que, por vezes, nem sequer constituem em verdadeiro bem jurídico e, por isso, já estão afastadas do âmbito de tutela do

³⁶ FELDENS, Luciano. *Direito Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 44.

³⁷ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 65-66.

³⁸ D'AVILA, Fabio Roberto. *Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico*. In: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 70.

princípio originário. No mesmo sentido, a dignidade da pessoa humana – aliado ao direito subjetivo a uma responsabilidade penal pessoal – veta a possibilidade de instrumentalização do homem, por intermédio da criminalização, por exemplo, da mera desobediência aos interesses do Estado voltada a atender diretrizes políticas de prevenção geral positiva³⁹.

De outra banda, a ofensividade pode ser fundamentada a partir de regras constitucionais, e aqui reside o seu maior alcance de concreção legislativo-constitucional, nomeadamente, como acima delineado, da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Antes desta abordagem e para sua melhor compreensão, faz-se necessária a distinção e conceituação de princípio e regras, até porque a liberdade e a dignidade da pessoa humana possuem a peculiaridade de serem normas constitucionais de caráter duplo (*Doppelcharakter*), possuindo a natureza simultânea de regra e princípio.

Como padrão geral, as regras possuem uma estrutura biunívoca, aplicando-se de acordo com o modelo de tudo ou nada. Ou seja, dado o seu substrato fático típico, e sem qualquer exceção, as regras só admitem duas espécies de situação: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas (*all-or-nothing*). Não há um meio termo. Diferentemente, os princípios, inspirados na ideia de justiça – ao contrário das regras, baseados na segurança jurídica –, adaptam-se às circunstâncias do caso concreto e, por isso, são flexíveis, operando-se em uma dimensão de peso⁴⁰. Os princípios, nesse contexto, são *mandados de otimização*, isto é, são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. De outro lado, as regras são normas que exigem plena satisfação, não admitindo a ponderação nem a sua parcial utilização⁴¹.

Nesse âmbito, teremos tanto os princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana quanto as regras da liberdade e da dignidade da pessoa humana. Isto implica dizer que tais direitos, principalmente o da liberdade, não admitem uma ponderação irrestrita, impondo certas exigências peculiares para que o seu conteúdo de regra (constitucional) não seja violado.

Com efeito, todo tipo penal incriminador é o resultado da ponderação de valores na qual o direito à liberdade é restringido a fim de conservar outros valores de fundamental relevo para a sociedade (liberdade *versus* patrimônio, liberdade *versus* integridade física, por exemplo). E, assim sendo, mostra-se inaceitável cogitar a restrição do direito à liberdade em prol da obtenção de meros interesses político-criminais de organização e regulamentação social. Para a sua restrição, é preciso atender não apenas uma exigência formal de hierarquia normativa que limita o *balancing* a bens com dignidade constitucional – ainda que com referência indireta à CF/88 –, mas também uma necessária compatibilidade axiológica-constitucional que justifique a restrição, além do necessário juízo de necessidade de tutela. Portanto, a proteção jurídico-constitucional do direito à liberdade – como também a dignidade da pessoa humana, que veda a instrumentalização do homem em benefício de meros interesse administrativos, muitas vezes, conduzidos por diretrizes políticos-criminais descompromissadas para com os direitos fundamentais – impede o alargamento da tutela

³⁹ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 68-75.

⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula. *Anotação preliminar sobre o conteúdo e as funções dos princípios*. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 100.

⁴¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 90-91.

penal para além dos casos em que o seu exercício implique a ofensa a outros bens jurídicos em harmonia com a ordem constitucional⁴².

Nessa esteira, a ofensividade representa um imperativo constitucional para aferição da legitimidade do ilícito-típico, sendo ela, no mesmo sentido por Alexy com relação aos direitos fundamentais, uma norma de caráter duplo, devendo ser entendida como norma de princípio e norma de regra simultaneamente. Deste modo, por possuir um caráter princípio, os preceitos da ofensividade devem orientar todo o sistema jurídico-penal infraconstitucional, impondo, para que o crime seja legítimo, lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico axiológico-constitucionalmente orientado. Por ser uma norma de *doppelcharakter*, impossível o afastamento da ofensividade em sede de sopesamento, de modo que não é possível a sua derrogação ou a previsão da sua exceção em prol de intenções político-criminais referentes à criminalização de condutas que não representam qualquer perigo de lesão ao bem jurídico⁴³.

4. A função crítico-garantista da ofensividade nos âmbitos *jure condendo* e *jure condito*.

Com base na absoluta impossibilidade de derroga, a ofensividade, como componente essencial da tipicidade, constitui verdadeira expressão de que não há crime sem a efetiva ofensa a um bem jurídico-penal. Por sua recepção constitucional, e também por resultar do processo interpretativo que circunscreve a teoria do bem jurídico, a ofensividade representa um conjunto de preceitos vinculantes tanto ao legislador, limitando-o a tipificação de condutas que consistam em uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico-penal, quanto o magistrado, que deve, ainda que a conduta formalmente se subsuma com o tipo penal, considerá-la atípica quando ela concretamente não representar lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico-penal. Assim, a ofensividade se projeta em dois níveis distintos: um nitidamente voltado à atividade do legislador (*jure condendo*) e outro voltado ao juiz (*jure condito*), ao concreto aplicar da lei.

A ofensividade, por decorrer dos princípios da garantia (da liberdade) e impositivo (intervenção penal necessária), os quais, por sua vez, decorrem do princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos, oriundo da dignidade da pessoa humana, princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa, está submetido ao mesmo regime dos direitos fundamentais quanto à sua necessária observância pelo juiz e pelo legislador. Não porque a ofensividade se trate de um direito fundamental – o que até poderia ser sustentado, sob o viés de um direito de defesa contra eventual intervenção penal ilegítima –, mas sim porque o âmbito de proteção de um direito fundamental corresponde ao bem jurídico protegido, ao objeto tutelado. E, assim sendo, insere-se a ofensividade como instrumento capaz filtrar eventuais ingerências estatais indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental, nomeadamente o da liberdade, preservando o seu núcleo essencial.

⁴² D'AVILA, Fabio Roberto. *Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico*. In: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 71.

⁴³ SANTOS, Daniel Leonhardt dos. *Crimes de informática e bem jurídico-penal: contributo à compreensão da ofensividade em direito penal*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. p. 102.

Veja-se, quanto ao tema dos direitos fundamentais, que há uma dupla dimensão da vinculação do legislador aos direitos fundamentais. Num sentido negativo, a proibição do legislador de editar atos legislativos contrários às normas de direitos fundamentais. Sob uma acepção positiva, a vinculação do legislador implica um dever de conformação de acordo com os parâmetros fornecidos pelas normas de direitos fundamentais. De igual modo, cabe ao juiz, de um lado, dar o conteúdo e sentido correto dos direitos fundamentais (dimensão negativa) e, de outro, por meio da aplicação, interpretação e integração, outorgar às normas de direitos fundamentais a maior eficácia possível⁴⁴.

Nessa esteira, cabe à ofensividade, no plano legislativo, a tarefa de orientação legislativa, e, no âmbito aplicativo, a tarefa de concreção da norma – já elaborada, em tese, em termos de ofensividade – ao caso real. Contudo, uma relação desarmônica entre os dois planos pode ser motivo de perplexidades, tal como a supervalorização do plano hermenêutico-aplicativo em detrimento do legislativo. Nesse caso, tal desarmonia não apenas poderá dar margem à legitimação indireta – em face de uma continuada negligência do aplicador – de uma política criminal sintomática, meramente preventiva, como, até mesmo, acarretar um absolutismo judiciário, encontrando idoneidade em tipo legais absolutamente desprovidos de ofensividade, em face de mera conveniência política⁴⁵. Isso de um lado. De outro, sendo o produto legislativo carente de traço de ofensa ao bem jurídico ou, ainda, sequer possuir um bem jurídico protegido, impõe-se, pelo aplicador, a declaração de inconstitucionalidade da norma incriminadora, ou, mesmo, a não aplicação da norma pelo magistrado pela absoluta atipicidade da conduta por ausência de ofensividade (lesão ou perigo de lesão) ao bem jurídico⁴⁶.

Sob outro viés, especificamente quanto ao plano legislativo, impede destacar que a ofensividade guarda íntima relação com a proporcionalidade, senão, até mesmo, segundo Feldens, a ofensividade é a transposição, para a linguagem dogmático-penal, do princípio da proporcionalidade, enquanto dever de proscrição de ingerências inadequadas, desnecessárias ou concretamente excessivas no âmbito das liberdades individuais⁴⁷. De todo modo, resguardadas outros parâmetros para a criminalização de condutas – os quais não excluem a apreciação da ofensividade como critério a ser observado pelo legislador –, como o faz a teoria do bem jurídico (*Lehre von Rechtsgüterschutz*)⁴⁸, que, aliás, guarda íntima relação com as categorias em exame, a proporcionalidade, sob o seu viés de proibição de excesso estatal, funciona como critério de legitimação negativa da intervenção punitiva, excluindo, por injustificada, a incidência da lei penal quando esta se revelar inadequada, desnecessária ou desproporcional em sentido estrito.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 384-390.

⁴⁵ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 56.

⁴⁶ MACHADO, Tomás Grings. *Ofensa de cuidado-de-perigo e legitimação dos crimes ambientais: o princípio da ofensividade como limites à criminalização de condutas*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 86.

⁴⁷ FELDENS, Luciano. *Direito Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 67.

⁴⁸ Sobre a concepção do bem jurídico (penal) como limitador do poder punitivo, ver: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

De um modo geral, na sua função como critério de controle de legitimidade constitucional de medidas restritivas do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, a proporcionalidade costuma ser desdobrada em três elementos, cuja explicação oportuna citar nos termos expostos por Sarlet:

- a) a adequação ou conformidade, no sentido de um controle de viabilidade (isto é, da idoneidade técnica) de que seja em princípio possível alcançar o fim almejado por aquele(s) determinado(s) meio(s), muito embora, para alguns, para que seja atendido o critério, bastaria que o poder público (mediante a ação restritiva) cumpra com o dever de fomentar o fim almejado;
- b) da necessidade, em outras palavras, a opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição, exame que envolve duas etapas de investigação: o exame da igualdade de adequação dos meios (a fim de verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim) e, em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo (com vista a verificar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais afetados);
- c) da proporcionalidade em sentido estrito (que exige a manutenção de um equilíbrio (proporção e, portanto, de uma análise comparativa) entre os meios utilizados e os fins colimados, no sentido do que para muitos tem sido também chamado de razoabilidade ou justa medida, já que mesmo uma medida adequada e necessária poderá ser desproporcional.⁴⁹

Neste tópico, cumpre anotar que a aferição da proporcionalidade de uma medida restritiva há de partir do pressuposto de que a compreensão de um direito encontra sua razão de ser na tutela de outro bem jurídico constitucionalmente relevante, isto é, a restrição deve ter uma finalidade constitucionalmente legítima. Levando essa afirmação à seara penal, trata-se, como já exposto, de a lei penal buscar tutelar um bem jurídico dotado de dignidade penal, cuja relevância seja tanta a ensejar a restrição do direito à liberdade.

Trazendo esta afirmação para o plano do controle de normas, a identificação do bem jurídico-penal constitui a primeira análise do subcritério *adequação*. E é justamente nesse critério que a proporcionalidade e a ofensividade estão interligados. Isto porque a responsabilidade penal – precisamente por indicar o sacrifício de alguma cota de liberdade individual – está a limitar a prática de um fato que deve se revelar ofensivo a um interesse alheio (individual ou coletivo). Portanto, se a conduta questionada não retrata algo mais que a uma ação eminentemente interna (comportamental) e, como tal, socialmente irrelevante (por não revelar ameaça a um bem jurídico de terceiro), o direito penal não será, desde já, um meio adequado (idôneo) a coibi-la⁵⁰.

Quanto ao critério da *necessidade* este preconiza que a medida a ser eleita deve ser o meio menos gravoso, dentre os disponíveis e eficazes, à obtenção da tutela do bem jurídico-penal. Tal análise se realiza em dois tempos, iniciando-se pela prévia consideração sobre as medidas *a priori* sujeitas à implementação, e completando-se a partir de uma constatação empírica – de difícil constatação, diga-se – acerca da ineficácia de uma ou mais medidas que, embora em primeiro plano adequadas à realização da tutela do bem jurídico-penal, não o realizam satisfatoriamente, motivo pelo qual cederiam espaço àquela que, em que pese mais

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 415-416.

⁵⁰ FELDENS, Luciano. *Direito Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 152.

lesiva, atingiria a tutela satisfatória do bem jurídico⁵¹. No tocante à *proporcionalidade em sentido estrito*, esta exige um juízo concreto de ponderação, mormente pelo juiz, havendo de verificar-se se a relevância do fim perseguido (tutela do bem jurídico-penal) justifica a intensidade da restrição causada à liberdade. Assim, por exemplo, pode ocorrer de o tipo e a sanção penal não se revelarem em si inconstitucionais, contudo a redação conferida ao tipo, por sua amplitude semântica, absorve várias situações de fato, muitas das quais completamente distantes, em termos de gravidade, daquela que efetivamente fundamentou a criação do tipo ou determinou a imposição da respectiva sanção⁵², situação que se evidencia no artigo 273 do Código Penal⁵³.

Destarte, podemos identificar o espaço de legítima atuação da ofensividade como cânone hermenêutico-aplicativo – com os quais o legislador e o magistrado estão estritamente vinculados – a partir do qual será possível promover uma verdadeira determinação, concreção, interpretação e delimitação do ilícito-típico.

5. A impossibilidade de derroga da ofensividade.

O modelo de crime como ofensa a bens jurídicos possui fundamental importância não somente pelo seu conteúdo orientado constitucionalmente, mas também como freio ao recrudescimento penal e aos novos espaços de intervenção penal, cujos efeitos, tais como, a criação de novos tipos penais e a exasperação de sanções penais, mostram-se mais evidentes em países em desenvolvimento, onde há uma forte ausência estatal na garantia mínima dos direitos sociais, que convive concomitantemente com uma política criminal repressiva e descompromissada com as garantias penais e processuais penais. Não é novidade a orientação

⁵¹ Quanto a este critério, Figueiredo Dias o vincula ao princípio da subsidiariedade do direito penal. Segundo o autor, a violação de um bem jurídico-penal não basta, por si só, para desencadear a intervenção, antes de requerendo que esta seja absolutamente indispensável à livre realização da personalidade de cada um na comunidade (*ultima ratio*). Uma vez que o direito penal utiliza, com o arsenal das suas sanções específicas, os meios mais onerosos para os direitos e as liberdades das pessoas, ele só poder intervir nos casos em que todos os outros meios da política social, em particular da política jurídica não-penal, se revelem insuficiente ou inadequadas. Quando assim não aconteça, de acordo com o autor, “aquela intervenção pode e deve ser acusada de contrariedade ao princípio da proporcionalidade, sob a precisa forma de violação do princípio da proibição de excesso” (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 121).

⁵² FELDENS, Luciano. *Direito Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 153-159.

⁵³ 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.

da política criminal se dar em observância à forte pressão popular – reforçada pelo *mass media* - pelo aumento das respostas punitivas. E isto enseja, fundamentalmente, além de medidas políticas ineficazes, muitas vezes, inclusive, contraproducentes (tal como a política de guerra às drogas), decisões políticas amparadas no arbítrio da atecnicidade, relegando, desta forma, à normatividade penal o papel de coadjuvante na construção das propostas jurídico-penais dos conflitos contemporâneos.

Diante de tal contexto, para a solução dos novos problemas jurídico-penais que se apresentam e, também, para frear a atual expansão punitiva, as respostas devem partir da normatividade penal crítica, isto é, do direito penal constitucionalmente orientado que compete estabelecer o quadro de legitimidade no qual se movimentará uma posterior crítica de cunho político-criminal. Trata-se, assim, de uma revalorização da normatividade penal, relegando-a a uma ideia de preferência ou de prevalência do direito penal quando confrontado com interesses de política criminal no âmbito da ciência conjunto do direito penal (*die gesamte Strafrechtswissenschaft*)⁵⁴.

Não obstante, há quem sustente a possibilidade excepcional e extrema de derroga da ofensividade em prol de crimes cuja conduta não ofenda um bem jurídico-penal a fim de atender específico interesse político-criminal. Ou seja, a prevalência, em certos casos, da política criminal sobre a normatividade penal crítica.

Certamente não concordamos com essa tese, sobretudo por ser a ofensividade, como dito, uma norma de caráter duplo, exercendo tanto uma barreira com um critério intransponível de orientação legislativa. Além disso, o motivo que leva a justificar o afastamento da ofensividade deveria reforçar a sua aplicação, uma vez que ela constitui propriamente um limite a ser respeitado pelo legislador. Ademais, não é possível afastar uma premissa constitucional como o é a ofensividade para atender a mero interesse político-criminal de manutenção de tipos penais que não causam ofensa a bem jurídico-penal. Se este interesse político-criminal é bom ou ruim cabe perguntar após se indagar sobre a sua possibilidade jurídico-penal e jurídico-constitucional. Todo e qualquer interesse estatal – seja ele a simples otimização econômico-administrativa, seja o combate ao terrorismo – só poderá ser perseguido se estiver de acordo e nos limites da legitimidade da normatividade penal e constitucional⁵⁵.

6. Conclusão.

Do exposto, conclui-se que o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos surge no âmbito jurídico como um delimitador do exercício do poder legiferante penal. Em tempos em

⁵⁴ D'AVILA, Fabio Roberto. *Funcionalismo versus normativismo no direito penal contemporâneo*. In: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 38. Em sentido contrário, sobre a preponderância da política criminal sobre a normatividade penal, ver: ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002; e FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 40-44.

⁵⁵ D'AVILA, Fabio Roberto. *Funcionalismo versus normativismo no direito penal contemporâneo*. In: D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 33.

que ora se vivencia, de liminaridade, de recrudescimento penal, reforçado pelos efeitos decorrentes da globalização e da sociedade de risco, a ofensividade reveste-se de especial relevância jurídica, servindo como verdadeiro freio à expansão penal, fundamentalmente como filtro constitucional de tipos penais que não causam ofensa a bem jurídico-penal. Além disso, tal modelo de crime reflete um modelo de Estado que quer ser laico, tolerante e plural, no qual não há espaço para a criminalização de condutas que constituam meros preceitos éticos e/ou morais, violações de mero dever, e que buscam atender a mero interesse político-criminal que objetiva a criminalização de conduta inofensiva a bem jurídico dotado de dignidade penal.

De base constitucional, a ofensividade é norma de caráter duplo, servindo tanto princípio quanto como regra, sendo a sua observação imprescindível ao legislador, que deverá atender o requisito da necessária ofensa ao bem jurídico quando da criminalização de condutas, e ao aplicador, sobretudo o magistrado, quando da análise, no caso concreto, da verificação da sua efetiva ocorrência. Justamente por ser uma norma de caráter duplo, a ofensividade é inderrogável e imponderável, preceituando que somente é constitucional o crime que lesione ou ponha em perigo um bem jurídico-penal. Dessa forma, a normatividade penal é elevada ao patamar de preponderância no seio da *ciência conjunta do direito penal*, na qual, antes de se indagar acerca da legitimidade político-criminal de determinada questão, deve-se, antes de tudo, questionar-se a viabilidade e legitimidade de tal questão no âmbito da normatividade.

Referências bibliográficas

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno, 2002.
- BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- CAMÕES, Luís de. *Sonetos*. São Paulo: Klick Editora, 1998.
- CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; ENGELMANN, Wilson. *DNA e investigação criminal no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.) *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- _____. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. *Liberdade e segurança em direito penal. O problema da expansão da intervenção penal*. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal. v. 11. n. 71. Porto Alegre: IOB. dez-jan/2012. p. 49-52.
- FARIA COSTA, José Francisco de. *Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal de hoje*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 81/2009. nov-dez. p. 36-47.
- _____. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

- FELDENS, Luciano. *Direito Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: parte geral*. Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- _____. *O Direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 33/2001. jan-mar. p. 39-65.
- _____. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- GARLAND, David. *A Cultura do Controle: Crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- GRECO, Luís. *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 49/2004. jul-ago. p. 89-147.
- _____; TÓRTIMA, Fernanda Lara (org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- HEFENDEHL, Roland. *Uma teoria social do bem jurídico*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 87/2010. nov-dez. p. 103-120.
- MACHADO, Tomás Grings. *Ofensa de cuidado-de-perigo e legitimação dos crimes ambientais: o princípio da ofensividade como limites à criminalização de condutas*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini et al. *Harm Principle e seus reflexos no direito penal: uma leitura a partir de Joel Feinberg*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 115/2015. jul-ago. p. 255-289.
- MILL, John Stuart. *A liberdade e utilitarismo*. Trad. Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- NETO, Jayme Weingartner; SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e direito penal: temas atuais e polêmicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- PRITTWITZ, Cornelius. *O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 47/2004. mar-abr. p. 31-45.
- ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. GRECO, Luís (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- SANTOS, Daniel Leonhardt dos. *Crimes de informática e bem jurídico-penal: contributo à compreensão da ofensividade em direito penal*. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SCALCON, Raquel Lima. *Ofensividade em direito penal: regra constitutiva, sobre produção jurídica, com assento implícito na Constituição (ou repensando o “princípio” da ofensividade)*. In: Anais do III Congresso Internacional de Ciências Criminais, PUCRS, 2012. Disponível em: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/24.pdf>.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 46/2004. jan-fev. p.73-93.

TURNER, Victor. *O Processo: Ritual Estrutura e Anti Estrutura*. São Paulo: Vozes, 1974.