

VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

BRUNA AZEVEDO DE CASTRO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Educação Jurídica

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Comissão Especial

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - PB

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Bruna Azevedo de Castro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth. – Florianópolis: CONPEDI, 2025.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-167-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito Governança e Políticas de Inclusão

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. VIII Encontro Virtual do CONPEDI (2; 2025; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VIII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

Com muita satisfação, apresentamos à comunidade acadêmica os estudos aprovados para o VIII Encontro Virtual Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado entre os dias 24 e 28 de junho de 2025, no âmbito do Grupo de Trabalho 62 – “Direito Penal, Processo Penal e Constituição II”.

Os frutíferos debates do referido Grupo de Trabalho ocorreram em três blocos de discussão, com interações voltadas à disseminação e aperfeiçoamento do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, no âmbito de Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e áreas afins.

Os trabalhos apresentados, que ora compõem este registro, testemunham a importância do compartilhamento e disseminação do conhecimento e ideias inovadoras que contribuem para o desenvolvimento da ciência jurídica e afirmação da justiça e do Estado Democrático de Direito no Brasil, Américas e mundo.

Congratulamos a grande comunidade que compõe o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito por seu contínuo esforço de prover um ambiente e oportunidades de aprimoramento da academia jurídica nacional e apresentamos, na sequência, os trabalhos que foram apresentados em cada bloco de discussão:

Trabalhos apresentados no Bloco 1:

Os artigos intitulados “Crime como ofensa a bem jurídico: ofensividade e proporcionalidade como limites materiais à legitimação da criminalização” e “A insignificância penal em perspectiva: o desvirtuamento dogmático na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pela valoração da reincidência e habitualidade” trazem uma perspectiva dogmática essencial: o primeiro defende que apenas condutas ofensivas a bens jurídicos relevantes devem ser criminalizadas, com base nos princípios da ofensividade e proporcionalidade; o segundo critica a jurisprudência do STF por desvirtuar o princípio da insignificância ao utilizá-lo de forma seletiva, especialmente contra réus reincidentes, o que compromete a coerência e a função garantidora do direito penal.

Com foco no processo penal, o estudo “Ativismo judicial e impactos no processo penal: relativização do sistema acusatório e da imparcialidade jurisdicional” alerta para a crescente relativização do sistema acusatório e da imparcialidade judicial no Brasil, apontando para o fato de que decisões ativistas por vezes colocam o juiz como protagonista da acusação, rompendo com o equilíbrio processual e violando garantias constitucionais fundamentais, como o devido processo legal.

Em conjunto, esses trabalhos demonstram como o direito penal e o processo penal ainda enfrentam sérios desafios de legitimidade, seletividade e efetividade. Reafirmam a necessidade de uma política criminal coerente com o Estado de Direito, centrada na proteção de direitos, na contenção de abusos e na promoção de uma justiça verdadeiramente constitucional.

Trabalhos apresentados no Bloco 2:

O artigo “Justiça penal, direitos humanos e refugiados: a busca pela verdade nos julgamentos criminais de refugiados no Brasil” destaca as dificuldades enfrentadas por pessoas refugiadas no sistema penal brasileiro. O estudo aponta para a urgência de decisões judiciais que considerem o contexto de vulnerabilidade desses sujeitos e a necessidade de um processo

Com foco na fase da execução penal, o trabalho “Governança e gestão no sistema prisional brasileiro: planos políticos criminais e penitenciários para a (efetiva) execução de ações de ressocialização” trata da persistente crise do sistema penitenciário nacional. Ao investigar políticas públicas e instrumentos de gestão, o estudo defende uma abordagem que vá além da lógica meramente punitiva, priorizando a ressocialização e a reintegração social.

O artigo “O tráfico humano na perspectiva das vulnerabilidades sociojurídicas: uma análise a partir da Agenda 2030 da ONU” insere o direito penal em um contexto global de combate às violações de direitos humanos. A partir da Agenda 2030 da ONU, o texto analisa o enfrentamento ao tráfico humano com ênfase nas vulnerabilidades sociais, econômicas e jurídicas das vítimas.

Por fim, o artigo “Comparação legislativa e jurisprudencial do aborto nos sistemas jurídicos brasileiro e norte-americano” analisa como o aborto é tratado no Brasil e nos Estados Unidos, destacando os caminhos diversos percorridos por cada sistema quanto à autonomia reprodutiva e à intervenção do Estado.

Trabalhos apresentados no Bloco 3:

O artigo “‘O lugar da mulher na família’: a visão romantizada das famílias ainda presente e seu impacto negativo na prevenção de crimes de gênero” examina como a persistência de concepções idealizadas e patriarcais da estrutura familiar brasileira contribui para a invisibilização e a naturalização da violência contra a mulher.

A crítica ao desvio de foco da responsabilidade penal também está presente no trabalho “Direito penal e autorresponsabilidade: a imputação da responsabilidade à vítima”, o qual analisa como, em determinadas situações, o discurso penal tem deslocado a imputação da responsabilidade para a própria vítima, especialmente em contextos de violência sexual, doméstica e de gênero.

Por sua vez, o estudo “A responsabilidade penal das pessoas jurídicas como instrumento de tutela do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado” expande o foco tradicional do direito penal ao investigar sua aplicação no contexto ambiental. O trabalho sustenta que a responsabilização penal de pessoas jurídicas, quando aplicada com critérios técnicos e proporcionais, pode ser um meio eficaz de proteção do meio ambiente, reforçando o papel do direito penal como instrumento subsidiário de tutela de bens jurídicos coletivos de alta relevância social.

Em conjunto, esses estudos reforçam a necessidade de uma política criminal coerente com os valores constitucionais, comprometida com a proteção de direitos e a contenção dos abusos penais. Representam contribuições relevantes à pesquisa em direito penal, processo penal e constitucionalismo, ao propor um sistema mais justo, proporcional e humanizado.

Todos os trabalhos acadêmicos apresentados neste GT contribuem significativamente para a pesquisa em direito penal e processo penal, ao integrarem temas como tecnologia, ativismo judicial, crise carcerária, proteção de minorias e direitos humanos em uma análise crítica e constitucional. Eles reforçam a ideia de que o sistema penal deve estar submetido a princípios de legalidade, proporcionalidade e dignidade, e que a efetivação da justiça depende não apenas da punição, mas também da proteção e inclusão dos mais vulneráveis.

Desejamos que este livro cumpra seu propósito de promover a divulgação científica das valiosas pesquisas apresentadas neste Grupo de Trabalho, contribuindo para o avanço do conhecimento e o fortalecimento do debate acadêmico na área.

Prof^a. Dr^a. Bruna Azevedo de Castro - Universidade Estadual do Norte do Paraná

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul

CRIME COMO OFENSA A BEM JURÍDICO: OFENSIVIDADE E PROPORCIONALIDADE COMO LIMITES MATERIAIS À LEGITIMAÇÃO DA CRIMINALIZAÇÃO

CRIME AS AN OFFENSE TO A LEGAL GOOD: OFFENSIVENESS AND PROPORTIONALITY AS MATERIAL LIMITS TO THE LEGITIMACY OF CRIMINALIZATION

Tulio Max Freire Mendes ¹

Resumo

O presente trabalho investiga os critérios de legitimidade da intervenção estatal no âmbito do direito penal, ancorando a análise no paradigma do Estado Democrático de Direito. Defende-se que a vinculação do direito penal ao princípio democrático é condição inafastável, expressa na exigência de ofensividade como limite material dos processos de criminalização. A construção dogmática do crime como ofensa a bem jurídico implica a integração necessária entre os postulados da ofensividade e da proporcionalidade, ambos dotados de densidade constitucional e imprescindíveis para assegurar objetividade e racionalidade na configuração da ilicitude penal. A proporcionalidade, ademais, reforça o caráter de ultima ratio do direito penal, impondo a aferição de alternativas menos gravosas para a tutela dos bens jurídicos. Conclui-se que a ausência de dano concreto inviabiliza a intervenção penal legítima e que o esvaziamento da teoria do bem jurídico fomenta práticas autoritárias e populistas no campo penal. Em resposta, sustenta-se a imprescindibilidade da defesa intransigente do modelo de crime como lesão a bem jurídico, estruturado sob os vetores da proporcionalidade e da ofensividade.

Palavras-chave: Criminalização, Proporcionalidade, Ofensividade, Democracia, Legitimidade

Abstract/Resumen/Résumé

This paper examines the criteria for the legitimacy of state intervention in the realm of criminal law, anchored in the framework of the Democratic Rule of Law. It argues that the

concrete harm renders criminal intervention illegitimate, and that the weakening of the legal good theory fosters authoritarian and populist practices within the penal system. Consequently, the rigorous defense of the crime model as an offense against a legal good, grounded in the principles of proportionality and offensiveness, is deemed indispensable.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminalization, Proportionality, Offensiveness, Democracy, Legitimacy

1. INTRODUÇÃO

O processo de criminalização protagonizado pelo Judiciário no exercício da jurisdição criminal consubstancia-se no reconhecimento de que determinado fato enquadra-se como crime. Desse modo, para fins de verificação nesse momento se é legítimo o processo de criminalização com a preservação do direito penal sob o modelo de intervenção mínima, é imprescindível examinar o conteúdo material do crime de modo que esse conteúdo delimite a intervenção estatal.

A investigação em torno da identificação do conteúdo do que se entende por crime importa fixar os limites para a intervenção estatal no exercício da jurisdição criminal de modo que, inobservados esses limites, o processo de criminalização secundária passa à condição de atuação estatal ilegítima, ou seja, expediente de arbítrio e autoritarismo.

Sendo assim, os modelos funcionalistas teleológico e sistêmico oferecem perspectivas diametralmente opostas quanto ao objetivo do direito penal¹, cabendo examinar os elementos centrais desses modelos para verificar qual deles se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

O conceito de crime enquanto ofensa a bens jurídicos exige a compreensão da noção de ofensividade, pois é o dano o parâmetro de contenção e validação do poder punitivo do Estado, de modo que a teoria do bem jurídico ancorada na ofensividade e na proporcionalidade consubstancia modelo apto a robustecer um direito penal verdadeiramente democrático e constitucional.

Sob essas premissas, o presente trabalho apresenta a ofensividade e a proporcionalidade como elementos integrantes do conteúdo material do conceito de crime de modo a consubstanciar igualmente os limites materiais do processo de criminalização. De acordo com a convenção apresentada no título do estudo, a ofensividade e a proporcionalidade figuram como balizas para o exercício do poder de punir.

A ofensividade opera como projeção principal de base político-ideológica apta irradiar uma forma de pensar o direito penal e o fenômeno criminoso não apenas adequada, mas até mesmo intrínseca ao modelo de Estado Democrático de Direito. Ou seja, a ofensividade compõe parâmetro de aferição de legitimidade se o direito penal atua como mecanismo de intervenção mínima diante da garantia constitucional de liberdade do envolvido na persecução penal.

A proporcionalidade, a partir da constatação da ofensividade de uma conduta, constitui

¹ Importante esclarecer que escapa dos objetivos deste trabalho discorrer e esmiuçar os modelos funcionalistas. Tem-se como suficiente aos fins aqui buscados a apresentação dos modelos, para fins de captar a missão eleita para o direito penal e qual delas se afeiçoa ao Estado Democrático de Direito.

esquadro para aferir se o comportamento é adequado, necessário e proporcional em sentido estrito, de modo que a intervenção mostre-se idônea e necessária.

Nesse ambiente, o estudo apresenta a teoria do bem jurídico intimamente associada com o ditame da ofensividade e da proporcionalidade como referência idônea para a verificação da legitimidade do processo de criminalização.

2. OBJETIVOS

Propõe-se reafirmar a necessidade de vigorosa defesa em torno do reconhecimento do conteúdo material de crime baseado na ofensividade e na proporcionalidade como limites constitucionais inegociáveis para o exercício do poder de punir e demonstrar que a teoria do bem jurídico relaciona-se intimamente com o ditame da ofensividade e da proporcionalidade e que o modelo de crime como ofensa a bem jurídico é adequado frente às exigências de um direito penal efetivamente constitucional e democrático tendo em conta que põe em relevo a finalidade protetiva do bem jurídico.

3. METODOLOGIA

Esclarecidas as referências principais que direcionaram a pesquisa, cumpre consignar que se elege como caminho metodológico a técnica de pesquisa bibliográfica, método hipotético-dedutivo, abordagem qualitativa, para efeito de ser atingido o objetivo buscado em cada capítulo e subparte e dar lastro à resposta do problema de pesquisa identificado.

A metodologia é erigida a partir da análise dos processos de criminalização à luz do princípio da subsidiariedade, do bem jurídico, da ofensividade e da proporcionalidade.

O problema de pesquisa reside na identificação de referências e parâmetros para viabilizar a verificação da legitimidade, ou não, do processo de criminalização. Neste ensejo, defende-se que a permanente aferição da legitimidade da incidência do direito penal compõe medida imperativa em relação às três fases dos processos de criminalização (BARATTA, 2002). Neste ponto, implementou-se metodologicamente recorte no objeto, de sorte que o presente estudo volta-se especificamente ao momento da criminalização secundária, especificamente quanto ao exercício da jurisdição criminal.

Para efeito de pavimentar a reflexão em torno do direito penal como mecanismo de intervenção estatal mínima e subsidiária, apresenta-se a hipótese de que a sua legitimidade está intimamente arraigada à verificação do seu comprometimento com a proteção de bens jurídicos sob as balizadas da proporcionalidade e da ofensividade. Destarte, é indicado o conteúdo

material do crime dentro do modelo de crime enquanto ofensa a bem jurídico² como aquele coerente para fins de permitir a checagem de legitimidade do exercício do poder de punir.

4. DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA

Inicia-se o estudo a partir da fixação de que os processos de criminalização são legítimos desde que operem sob intervenção mínima, de tal maneira que, para se tornar possível essa checagem de legitimidade, faz-se necessária apurar qual o conceito de crime que se afia aos pilares de um Estado Democrático de Direito.

Sob esse desiderato de clarificar como se pode verificar a legitimidade do poder de punir, elege-se como necessária a delimitação do conceito do crime o que se faz mediante a identificação dos limites materiais do crime, a partir do critério da ofensividade e da proporcionalidade.

É indicado que a interpretação político-criminal de bem jurídico e o conceito de crime como modelo de ofensa a bem jurídico revelam-se como referências importantes para dar lastro à hipótese de que a ofensividade e proporcionalidade apresentam-se como elementos materiais do conceito do crime.

A construção metodológica do estudo conduz à verificação de que a teoria do bem jurídico relaciona-se intimamente com o ditame da ofensividade e da proporcionalidade, sendo que, sob este desígnio, o estudo perpassa o debate doutrinário entre D'ÁVILA e GRECO sobre se a teoria do bem jurídico encontra, ou não, guarida constitucional.

É defendido que detém amparo constitucional a teoria do bem jurídico na medida em que se pode identificar como inerente à ordem constitucional de 1988 o conteúdo da ofensividade como reflexo do princípio democrático, o qual traduz limite material para o exercício do poder punitivo do Estado.

5. OFENSIVIDADE E PROPORCIONALIDADE COMO LIMITES MATERIAIS DO CONCEITO DE CRIME EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O que justifica a intervenção criminal na esfera penal?

² De acordo com a digressão que será apresentada ao longo do presente estudo, verifica-se o modelo de crime como ofensa a bem jurídico como aquele adequado frente às exigências de um direito penal efetivamente democrático e constitucional, tendo em conta que põe em relevo a finalidade protetiva do bem jurídico. Assim, sob esse modelo, somente se revela legítima a intervenção estatal mediante os processos de criminalização quando presente ofensa expressiva ao bem jurídico tutelado (expressivo dano concreto). Isso porque, ao mitigar o direito fundamental à liberdade, a incidência do direito penal somente se revela legítima quando se dá sob intervenção mínima.

A razão de ser do direito penal remonta às formas de organização e de pensamento da sociedade, passando por momentos em que o crime se confundia com o divino e a moral (crime como pecado), sendo que, posteriormente, o crime passou a ser concebido como uma ação que causa dano à nação. Com o jusnaturalismo, o crime ganha autonomia em relação ao pecado, viabilizando, assim, o nascimento do direito penal secularizado.

Sob essa digressão histórica, o crime confundia-se com pecado (dimensão teológica), sendo a prática de crime uma violação da vontade de Deus. Com a separação da Igreja e do Estado, passou-se à compreensão de que à Igreja competiria o pecado, a maldade, os vícios (o homem em suas dimensões interna e externa), enquanto que ao Estado seria estranha qualquer incursão no mundo interior do ser humano (modo de pensar, moral). Caberia ao Estado, noutro giro, as intervenções do homem no mundo, ou, mais propriamente, as ações humanas externas causadoras de um dano à Nação (D'Ávila, 2014, p. 7).

Com efeito, a partir da análise da evolução do direito penal no tempo, extrai-se um inequívoco elo entre o conceito admitido para o crime e o modelo do Estado, sendo possível, assim, identificar elementos que evidenciam uma maior ou menor dificuldade de assimilação de uma certa forma de estruturação do ilícito-típico. O modelo de crime, destarte, influencia o grau de intervenção estatal, ou seja, os limites do direito de punir estão atrelados ao modelo de crime adotado, razão pela qual se pode afirmar que o modelo de crime consubstancia, assim, métrica quanto ao grau de autoritarismo penal (Bevilacqua, 2017, p. 6).

O direito penal brasileiro possui influências oriundas do direito penal português, alemão (*rechtgutstheorie*) e italiano (crime como ofensa a bens jurídicos), sendo pautado tradicionalmente na teoria do bem jurídico como se percebe da inequívoca importância do resultado jurídico para o conceito material de crime.

O Código Penal vigente apresenta normas que apontam nessa direção. Vejamos:

Art. 13 - O **resultado**, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual **o resultado não teria ocorrido**.

Art. 18 - Diz-se o crime: Crime doloso
I - doloso, quando **o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo**;
(BRASIL, 2025, p. 1, grifo nosso)

No Projeto de Reforma do Código Penal (Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012), os elementos integrantes do conceito de crime estão previstos, de forma mais clara, em seu artigo 14, segundo o qual “a realização do fato criminoso exige ação ou omissão, dolosa ou culposa, que produza lesão ou risco de lesão a determinado bem jurídico” (BRASIL, 2024, p. 1).

Notam-se presentes, assim, elementos³ para a verificação dogmática da prevalência do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, sendo que, nesse exercício teórico, é imprescindível a noção tanto de bem jurídico quanto de ofensividade. Neste ponto, precisa a assertiva de D'Ávila (2014, p. 7) no sentido de que “a ofensividade como fenômeno jurídico pressupõe o bem jurídico, mas possui, em si mesma, consistência suficiente para servir de objeto de investigação”.

Com efeito, para fins de ser composta a centralidade do conceito de crime, encontram-se amalgamadas as ideias de bem jurídico, ofensividade, dano e proporcionalidade, de modo que, em síntese, dano é a ofensa ao bem jurídico protegido.

5.1 O CONTEÚDO DEMOCRÁTICO ABRIGADO NA NOÇÃO DE OFENSIVIDADE

A ofensividade opera como projeção principal de base político-ideológica irradiando uma forma de pensar o direito penal e o fenômeno criminoso não só adequada, mas até mesmo intrínseca ao modelo de Estado Democrático de Direito, ou seja, o modelo de crime como ofensa a bens jurídico-penais pretende refletir e concretizar linhas ideológicas comuns à grande maioria dos Estados ocidentais contemporâneos (D'Ávila, 2014).

Cabe, dessa forma, identificar qual seria a linha ideológica comum à maioria dos Estados de Direito contemporâneos, sendo que, nessa busca, ecoa em ato e bom som a democracia.

A partir de Gärditz, assevera SANTOS (2018, p. 50):

a conformidade constitucional de determinações penais é produto do encontro democrático de compromissos e se apresenta como uma questão de ponderação de interesses a ser equilibrados, o que se procede antes de tudo de maneira relacional e não por conceituações determináveis substancialmente, pois somente pode ser entabulada em relações entre diferentes construídas no processo político.

Para o Ministro Ayres Britto, o princípio democrático ostenta a centralidade, a posição

³ No Código Penal vigente, a despeito da redação truncada do artigo 13 do CP, é possível extrair o resultado como ponto fulcral da definição de crime, sendo esse o resultado jurídico, uma vez que existem crimes sem resultado naturalístico (crimes formais ou antecipadamente consumados). Logo, se o resultado que integra o conceito de crime não é aquele naturalístico (alteração no mundo exterior) tem-se como tal o atingimento do valor tutelado pela norma incriminadora, o bem jurídico, sendo o crime constituído, assim, pela conduta que ofende bem jurídico. O projeto de Lei do Novo Código Penal (Projeto de Lei do Senado n° 236, de 2012), por sua vez, propõe redação aperfeiçoada, pois, além de dicção inegavelmente mais clara, agrega a construção doutrinária do conceito de crime de forma inclusive didática, ao explicitar os elementos “fato criminoso” (tipicidade), conduta “ação ou omissão dolosa ou culposa” (elemento subjetivo abrigado dentro da conduta como proposto pelo finalismo), “que produza” (nexo de causalidade) e “lesão ou risco de lesão a determinado bem jurídico” (resultado jurídico com explícita adoção da teoria do bem jurídico). Com efeito, seja no texto normativo vigente seja na Código proposto é possível extrair o resultado como ponto central do conceito de crime, estando ambientado na noção de ofensa ao bem jurídico.

com maior eminência na ordem constitucional dentro da escala de posições hierárquicas existentes dentro do ordenamento jurídico:

“uma primeira centralidade: a Constituição, no interior do ordenamento jurídico; de uma segunda centralidade: os princípios, no âmbito da Constituição; de uma terceira centralidade: a democracia, no âmbito dos princípios. Há uma quarta centralidade: é que, no círculo da própria democracia, a posição de realce cabe à dignidade da pessoa humana” (BRITTO, 2008, p. 159).

Resgatando Abraham Lincoln, presidente e abolicionista da escravidão norte-americano, arremata BRITTO (2008, p. 159):

a democracia é o governo do povo, porque provém do povo; pelo povo, porque é exercido pelo povo, diretamente, ou por meio de seus representantes eleitos; e para o povo, porque a democracia, encarada do ponto de vista substancial ou de conteúdo, tem essa necessária vertente popular (...) **não basta que o Direito seja produzido pelo povo, direta ou indiretamente: é preciso que o Direito tenha compromisso com o povo; esteja a serviço do povo**” (g.n.)

Dessa forma, a proeminência do princípio da democracia ladeada pela centralidade na ordem jurídica da dignidade da pessoa humana permite verificar, nas palavras sempre fecundas do festejado doutrinador, que “o tamanho dessa dignidade se mede com a trena da democracia, de tal modo que quanto maior a democracia, maior a dignidade da pessoa humana, e não o inverso” (BRITTO, 2008, p. 160). Analisando o conteúdo jurídico da dignidade humana, ainda, o célebre constitucionalista apresenta importante distinção entre humanismo e dignidade humana, registrando que “a dignidade da pessoa humana é um capítulo do humanismo, mas o humanismo ainda é maior que ela, porque também abarca a Soberania, a Cidadania, os Valores Sociais do Trabalho e da Livre Iniciativa e o Pluralismo Político”. Assim, assevera que a formatação positivo-constitucional do humanismo é a própria democracia, uma nova denominação do humanismo. Ou seja, a democracia é o humanismo juridicamente positivado, sendo o a dignidade da pessoa humana o capítulo mais avançado da democracia (BRITTO, 2008, p. 160).

O princípio democrático compõe, nessa digressão, a única linha ideológica possível de caber dentro do direito penal, de modo que a ofensividade revela o espelhamento na órbita criminal do princípio democrático.

Sob essa ótica, a ofensividade preserva, na sua acepção objetiva de dano, os fundamentos da dignidade humana e do pluralismo político. Em outros termos, a ofensividade encontra amparo constitucional quando se nota que, sendo a sua análise objetiva correlacionada à verificação de dano (ofensa a bem jurídico), é possível expurgar expedientes de instrumentalização do direito penal para fins ideológicos discrepantes das raízes democráticas.

Citando Gärditz, SANTOS (2018, p. 181) consigna que:

a lei penal produzida democraticamente não é orientada por altos objetivos distantes, mas sempre persegue fins socialmente concretos, de modo que o direito penal é acima de tudo expressão de uma determinada percepção da necessidade social no tempo e não pode exigir se fundamentar numa fonte superior além da vontade orgânica democrática do legislador parlamentar. Gärditz afirma **que a instituição democrática da positividade, relatividade e contingência do direito penal acompanha também uma contenção da pena estatal, pois quem acredita ter nas mãos verdades absolutas não dá valor às outras opiniões, impõe seu ponto de vista com severidade e perde sua medida.** (g. n.)

Nesse descortino, trazendo à baila ainda as lições de Gärditz, SANTOS (2018, p. 182) afirma que “é preciso compreender os bens jurídicos como produto de um equilíbrio contingente de interesses”, de modo tal que o direito penal não pode ser veículo para a concretização de uma determinada ideologia política ou partidária⁴, sob pena de o remédio mais amargo previsto na ordem constitucional vitimar o seu princípio fundamental do pluralismo político.

Refletindo acerca das bases teóricas do bem jurídico contemporâneas à ascensão de um Estado autoritário e criminoso contra a humanidade pelo nacional-socialismo alemão no período de 1933 a 1945, discorre SANTOS (2018, p. 41) que:

é uma experiência que deveria ser sempre lembrada pelas sucessivas gerações de penalistas antes da apresentação de propostas cujos argumentos permitam sua utilização para cancelar uma política criminal autoritária, ainda que não faça parte de seus planos. **Em relação à discussão sobre a teoria do bem jurídico e os limites da intervenção penal do Estado a lição é evidente: juízos racionais devem poder colocar em questão a legitimidade do direito positivo,** pois, como afirmou Radbruch, ainda sob o impacto das atrocidades nacional-socialistas, **a injustiça permanece injustiça, mesmo que revestida de forma legal, e uma decisão prolatada de acordo com uma lei injusta não é jurisprudência, mas injustiça.** (g. n.)

A ofensividade consubstancia, destarte, limite material dos processos de criminalização, ou seja, de mecanismo de verificação da legitimidade da intervenção estatal na órbita penal, sendo densificada por juízos racionais que espelhem e reproduzam o conteúdo do princípio democrático. Nesta ótica, SANTOS (2018, p. 182) aponta que “é perigoso negar validade ao questionamento do direito positivo e ao estabelecimento de limites ao uso do direito penal apenas por não derivarem de poderes estatais, mas de conclusões racionais extraídas do debate científico” e que “o poder do legislador de proibir penalmente determinado comportamento deve perder força diante de argumentos que demonstrem com clareza quando a incidência da

⁴ O emprego do direito penal para finalidades partidárias ou políticas, porquanto detentoras de interesses muitas vezes exclusivos ou excludentes, colocaria o direito penal em rota de colisão com o princípio fundamental constitucional do pluralismo político que supõe a convivência e igual consideração quanto a diferentes visões de mundo. E isso tornaria o processo de criminalização concebido nesse cenário inconstitucional, porque despedido do conteúdo democrático.

intervenção penal em determinada hipótese entra no campo da arbitrariedade”.

Com isso, torna-se possível e necessário depurar do ordenamento norma penal erigida sob finalidade disfarçadamente protetiva mas que, de fato, encerra instrumentalização ideológica não ajustada à democracia.

É possível, pois, traçar a conclusão de que toda incriminação que vá além dos limites da ofensividade, ou seja, concebida fora das raias democráticas não corresponde a um interesse político-criminal legítimo, eis que estaria fora do âmbito de proteção do princípio conformador.

Dessa forma, sendo a ofensividade o princípio conformador porquanto traduz parâmetro objetivo (verificação da ocorrência de dano), não se revela idônea, por exemplo, a eleição isolada de finalidade preventiva para o processo de criminalização, pois se estaria mitigando o direito fundamental à liberdade sem a prévia ofensa a um valor protegido pelo direito penal⁵.

Nessa ótica, para D’ÁVILA (2014, p. 12), “mostra-se inaceitável a restrição do direito fundamental à liberdade em benefício da obtenção de meros interesses político-criminais de organização e regulamentação social”.

5.2 A OFENSIVIDADE COMO CENTRALIDADE DO MODELO DE CRIME ENQUANTO OFENSA A BEM JURÍDICO

Em vista da identificação de elementos aptos a proporcionar a definição do conceito material de crime, cumpre o registro de que o exame da vontade é imprescindível já que compõe conteúdo do elemento subjetivo do tipo (dolo ou culpa). Contudo, dentro da linha sustentada neste estudo, a ofensa ao bem jurídico (dano) posiciona-se, por sua vez, como ponto principal para a legítima incidência do direito penal, ou seja, para a caracterização do fato como crime. Logo, conquanto o juízo de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta em abstrato seja algo próprio do fato típico⁶, é a verificação do dano o ponto central para a incidência do direito penal.

Em reforço à verificação quanto à centralidade do dano, Beccaria (1998, p. 75) sinaliza

⁵ Ao passo que a investigação acerca das teorias que versam quanto aos processos de eleição dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal, indica-se a leitura de BADARÓ, Tatiana. Bem jurídico-penal supraindividual. Belo Horizonte: D’Plácido, 2017.

⁶ Importante esclarecer que a ideia desenvolvida indica que um fato somente é descrito como crime (seletividade na atividade legislativa de definição de crimes), porque é tomado como um comportamento proibido. E somente é proibido o comportamento que, de acordo com os representantes do povo em um Estado Democrático de Direito, é considerado censurável, reprovável. Esse juízo de valor, contudo, é tomado em sede abstrata na formulação da lei, como etapa legislativa da operação de individualização das penas. Noutra giro, quando o fato concreto é submetido à análise pelo Judiciário, o exame de reprovabilidade é implementado em concreto, situando-se, nessa linha, como conteúdo que integra a culpabilidade, enquanto terceiro substrato do conceito analítico tripartido de crime.

que “a única e verdadeira medida dos delitos é o dano causado à nação, e por isso erraram aqueles que acreditaram como verdadeira medida dos delitos a intenção de quem os comete”.

Logo, um comportamento reprovável em abstrato mas que não gera dano em concreto não pode ser objeto de intervenção estatal pelo direito penal, porque essa incursão se revelaria flagrantemente desproporcional e despida da verificação da ofensividade da conduta (dano).

O dano ostenta a posição de elemento central do fenômeno crime, sendo, conseqüentemente, vetor necessário para o exame de legitimidade do processo de criminalização em todas as suas etapas. Dessa forma, o dano compõe parâmetro de contenção e validação do poder punitivo do Estado. Em precisa síntese acerca do conceito de crime, D’Ávila (2014, p. 7) esclarece que “embora conformado pelo conteúdo de vontade, encontrava na objetividade do dano a pedra angular do seu conteúdo de desvalor”.

Nesse cenário, após importante digressão em relação à evolução do conceito de bem jurídico culminando com a interpretação político-criminal de bem jurídico e sua pretendida natureza constitucional como conceito limitador do poder de incriminar, Santos (2018, p. 50) assevera:

Os pressupostos fundamentais, manifestados em obras como “Sentido e limites da pena estatal” (“Sinn und Grenzen staatlicher Strafe”), de Claus Roxin, publicada em 1966; “Pela definição do conceito de “bem “jurídico”” (“Zur Definition des Begriffs „Rechtsgut”), de Michael Marx, publicada em 1972; e “Teoria e sociologia do crime” (“Theorie und Soziologie des Verbrechens”), de Winfried Hassemer, publicada em 1973, eram o de que **o poder estatal de incriminar estava limitado pelo conceito de bem jurídico e que o direito penal deve proteger somente bens jurídicos concretos**, não convicções políticas ou moralistas, doutrinas religiosas, visões de mundo ideológicas ou puros sentimentos. (grifo nosso)

Observa-se, assim, relação estreita entre bem jurídico e dano concreto a ancorar o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, de modo que, sob interpretação político-criminal, é possível situar a ofensividade como espécie de “termômetro” de aferição da legitimidade da incriminação de um comportamento. A ofensividade afigura-se, pois, como mecanismo de verificação da legitimidade dos fundamentos e limites do poder de punir, ou seja, compõe limite material do processo de criminalização.

De acordo com D’Ávila (2014), o conceito de crime enquanto ofensa a bens jurídicos exige como sustentado a compreensão da noção de ofensividade, sendo que, em reforço a essas reflexões, chega-se ao conceito de crime sob sua dimensão material, o que inclui o exame de proporcionalidade. Nesta feita, é possível constatar que a conduta não se enquadra enquanto fato típico quando se constata a ausência (ofensividade) ou a reduzida violação ao bem jurídico tutelado (proporcionalidade).

5.3 A PROPORCIONALIDADE COMO ESQUADRO DE VERIFICAÇÃO DA LEGITIMIDADE DO PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO

A proporcionalidade e a ofensividade sustentam-se na teoria do bem jurídico, emergindo como as balizas apropriadas para a tarefa permanente de checagem de legitimidade dos processos de criminalização, constituindo o conteúdo material do conceito de crime de modo a consubstanciar igualmente os limites materiais do processo de criminalização.

O exame de proporcionalidade, dessa forma, supõe a teoria do bem jurídico, pois, para ser implementado o cotejo próprio da proporcionalidade, é necessária uma referência para aferir se o comportamento é adequado, necessário e proporcional em sentido estrito, de modo que a intervenção mostre-se idônea e necessária (Greco, 2010, p. 181).

Em precisa exposição acerca dos conceitos de bem jurídico, o que escapa do objeto deste artigo, Santos discorre que

[...] o desenvolvimento de conceitos em que o bem jurídico penalmente protegido adquire uma natureza constitucional, como, por exemplo, o de Roxin, que define bens jurídicos como ‘dados ou finalidades necessários para o livre desenvolvimento do indivíduo, a realização de seus direitos fundamentais e o funcionamento de um sistema estatal estruturado sob estes objetivos’; de Kindhäuser, como ‘qualidades de pessoa, coisas ou instituições que servem ao livre desenvolvimento do indivíduo numa sociedade de um Estado social, constitucional e democrático de direito’; ou de Greco, como ‘dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional (SANTOS, 2018, p. 52).

Toda norma incriminadora encerra em si a ponderação de valores, pois o direito fundamental à liberdade é restringido em razão da escolha de proteção de outros valores (patrimônio, vida etc) eleitos pelo legislador, na atividade de seletividade, como aqueles mais relevantes e, por isso, destinatários da proteção especial pelo direito penal.

Eis o entendimento a esse respeito de Santos:

o caráter fragmentário do direito penal, que afirma que este não cuida de todas as violações a bens jurídicos, mas somente de determinados comportamentos que o legislador tenha vislumbrado como danosos em especial, com atenção às decisões de valor jurídico-constitucionais; e com o seu caráter subsidiário ou de ultima ratio, segundo o qual o direito penal apenas deve intervir quando outro meio mais brando do que a imposição de pena não for suficiente (SANTOS, 2018, p. 53).

Segundo Greco (2010), a constitucionalidade da intervenção estatal na esfera penal passa pelo preenchimento de dois aspectos, formal e material. No que tange à dimensão formal, a conduta deve se enquadrar na lei penal, ou seja, no tipo penal que define um comportamento proibido. Igualmente, sob o que se denomina de dimensão material, Greco assevera que a conduta deve observar os limites, de tal sorte que não pode avançar no núcleo essencial da autonomia da vida privada, devendo, assim, revelar-se proporcional.

Nota-se, pois, que a legitimidade da incursão estatal na esfera penal é medida a partir da sua constitucionalidade, sendo que a inclusão do conteúdo de proporcionalidade na dimensão material figura como ponto nodal.

A proporcionalidade, nesta feita, deve ser mensurada mediante a verificação se a lei incriminadora mostra-se inequivocamente necessária (subsidiariedade do direito penal associada ao modelo de intervenção mínima) bem como se os meios adotados pelo Estado (submissão da pessoa a um processo criminal, a espécie e duração da sanção penal imposta) revelem-se adequados, sob o prisma do meio menos invasivo.

Poderia, assim, ser analisada a legitimidade do poder punitivo do Estado no processo de criminalização primária sob o crivo da proporcionalidade mediante a operação intelectual de questionar se a punição de um fato revela-se inequivocamente necessária (punição como última *ratio*) bem como se os efeitos da punição daquele fato consubstanciados na eventual imposição de pena de prisão, regime eleito de cumprimento de pena bem como os efeitos secundários de indução da reincidência revelam-se proporcionais.

Contudo, o crivo da proporcionalidade não se detém ao momento de criminalização primária, consubstanciando ao lado da ofensividade parâmetro de aferição da legitimidade da criminalização secundária quando do exercício da jurisdição criminal.

Com efeito, se o dano constitui o elemento central do crime (ofensividade), a gradação da ofensa praticada não pode ser ignorada (proporcionalidade), de tal forma que, verificada a ausência ou mínima violação ao bem jurídico no caso concreto, a punição desse fato revelaria ilegitimidade do poder punitivo. Ou seja, se a conduta acarreta ofensa ao bem jurídico com dano concreto inexpressivo, verifica-se que o fato, conquanto enquadrado formalmente como crime, não se amolda como crime em sua acepção material, não justificando, destarte, a sua punição.

Revela-se, nessa linha, compatível a leitura da acepção material de crime atrelada ao conteúdo de ofensividade (D'Ávila) com o aspecto de necessária proporcionalidade apresentado pelo magistério de Greco.

6. A VERIFICAÇÃO DE QUE O MODELO DE CRIME COMO OFENSA A BEM JURÍDICO POSSUI AMPARO CONSTITUCIONAL

Para fins de robustecer a linha de entendimento sustentada nesse estudo, vale discorrer ainda se o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos é ou não uma exigência constitucional.

Nesse ponto, mostra-se robusta a fundamentação da posição segundo a qual é possível extrair a ofensividade do tecido constitucional da Carta Cidadã de 1988, o que garante,

destarte, a teoria do bem jurídico de legitimidade constitucional. Nessa linha, torna-se possível extrair fundamento constitucional para a limitação do direito de punir sob a ênfase da ofensividade, como defendido por D'Ávila (2014), notando-se, assim, dissenso com a posição de Luis Greco (2010) segundo o qual não é possível extraí-la da Constituição.

A definição de crime como ofensa a bem jurídico, portanto, expõe a ofensividade e a proporcionalidade como elementos necessários para essa compreensão, ostentando inegável conteúdo constitucional na medida em que espelham o princípio democrático já que viabilizam análise objetiva para a configuração do fenômeno criminoso.

Para GRECO (2010), da teoria do bem jurídico não se poderia deduzir qualquer critério constitucional de limitação do papel do legislador na definição de crimes. Segundo o autor, fala-se em prerrogativa de avaliação a faculdade reconhecida pelo Tribunal Constitucional Alemão no sentido de que cabe ao legislador formular suas próprias suposições empíricas, sobretudo em situações pouco claras, a exemplo de prognoses difíceis ou avaliações referidas ao plano macrossocial.

O conceito normativo de bem jurídico, segundo o professor catedrático de Direito Penal na Universidade Humboldt de Berlim, não se diferencia da *ratio legis*, sendo, assim, incapaz de limitar a atuação do legislador. O conceito naturalístico de bem jurídico com pretensão de suprapositividade digladiaria com a seletividade, pois cabe ao legislador estabelecer os fins da pena e quais os bens tutelados. Assim, para GRECO (2010, p. 169), “a teoria do bem jurídico tem importância dogmática e político-jurídica, mas não haveria fundamento substancial para que a adoção da teoria do bem jurídico seja extraída da ordem fundamental”.

De outro lado, no sentido de que se trata de exigência constitucional, SANTOS (2018, p. 52) apresenta importante síntese agregando o entendimento de Jorge de Figueiredo Dias (doutrina portuguesa) e de Claus Roxin (doutrina alemã):

O conceito de bem jurídico deve, então, ser político-criminalmente orientado de acordo com o sistema jurídico-constitucional [Jorge de Figueiredo Dias] e harmônico com a tarefa do direito penal de assegurar a todos os cidadãos um livre e pacífico convívio social sob a salvaguarda de todos os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos [Claus Roxin].

Em âmbito nacional, há guarda constitucional, sendo que, para PRADO (2010), o bem jurídico é ente essencial para a existência do homem guardando harmonia com o quadro de valores decorrente da Constituição e com os princípios do Estado democrático e social de direito.

BADARÓ (2017, p. 287), por sua vez, sustenta que “a Constituição deve ser o obrigatório ponto de partida para a construção do conceito de bem jurídico, já que é apenas

dessa maneira que ele pode vincular o legislador”.

Segundo D’ÁVILA (2014), trata-se de exigência constitucional tanto em âmbito puramente principiológico quanto, e principalmente, à luz das regras constitucionais, por se tratar de um princípio geral de garantia. Assim, a ofensividade seria uma inafastável exigência para a legitimidade da definição de crime na ordem jurídico-penal.

Confira-se:

Partindo de um ordenamento constitucional fundado na inter-relação de regras e princípios, podemos, mediante a admissão de uma proposição de ordem e paz a cargo do Estado de Direito, reconhecer um princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos, densificador do princípio estruturante do Estado de Direito. Pois é exatamente desse princípio geral de tutela de bens jurídicos que decorre tanto o princípio geral de garantia representado pela necessária ofensa, como o princípio constitucional impositivo, representado pela intervenção penal necessária, o que em harmonia com a ordem constitucional (D’ÁVILA, 2014, p. 13).

Com efeito, ambienta-se com as premissas e ponderações lançadas neste estudo a verificação de que a teoria do bem jurídico detém amparo constitucional, evidenciando-se pertinente e atual para fins de compreensão do direito penal como “direito penal democrático”⁷, no qual se situa o modelo de crime como ofensa a bem jurídico, com incidência sempre subsidiária e sem instrumentalização para finalidades diversas daquela de efetiva proteção de bem jurídico cuja identificação dá-se por juízos racionais pautados nas exigências do princípio democrático.

7. DEFESA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO COMO CAMINHO ADEQUADO DE PRESERVAÇÃO DA VOCAÇÃO PROTETIVA DO DIREITO PENAL

O enfraquecimento, exclusão ou desvirtuamento da teoria do bem jurídico, mediante a eleição de função diversa àquela genuína do direito penal ou o seu emprego instrumental ou simbólico, possibilitam a abertura de portas para um direito penal autoritário, ainda que de forma sorrateira nas entrelinhas dos processos de expansão do direito penal ou imerso nos expedientes particulares do populismo penal.

Discorrendo sobre o cenário integrado pelas consequências da modernidade para a teoria do bem jurídico, destaca Badaró (2017, p. 111) que “nos últimos tempos, acentuou-se o uso promocional do Direito Penal, de forma que o bem jurídico-penal tem servido mais a justificar do que a limitar o recurso ao poder punitivo”. Nessa perspectiva, explica Badaró (2017, p. 111) que o Direito Penal tem se voltado mais ao viés de prevenir eventos futuros do que propriamente

⁷ Recomenda-se a leitura da obra *Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um sistema penal democrático* de BUSATO, Paulo César; MONTES HUAPAYA, Sandro. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

oferecer respostas a fatos pretéritos. Acrescenta, ainda, que, diante da previsão de bens jurídicos despersonalizados e abstratos, acaba-se gerando confusão entre os conceitos de bem jurídico e funções estatais.

Eis o flanco, a vulnerabilidade do direito penal de ser apropriado para finalidades diversas daquela que se extrai de um direito penal democrático (proteção de bens jurídicos). Essa operação dá-se quando se atribui à noção de bem jurídico um conteúdo próprio da função estatal, como a expectativa de segurança, de cessação de crimes o que compete a políticas públicas de base, acaba-se facilitando a instrumentalização, como ocorre no fenômeno do populismo penal. Trata-se da estratégia de “mais leis” no lugar de políticas públicas. Como se a lei, por si só, fosse capaz de resolver problemas sociais naturalmente complexos, melhorar a qualidade de vida e reduzir os índices de criminalidade.

Bobbio (2017) adverte que, quando o regime democrático perde de vista o seu princípio inspirador (democracia como governo das leis por excelência), esse acaba por se degenerar rapidamente em seu contrário, numa das tantas formas de governo autoritário de que estão repletas as narrações dos historiadores e as reflexões dos escritores políticos.

Constata-se que a deturpação da noção de crime como modelo de ofensa a bem jurídico pode ocorrer no âmbito de um regime democrático uma vez que o desvirtuamento da razão de ser do direito penal dá-se geralmente sob passos gradativos, travestidos de legalidade e “boas intenções”, como se dá na realidade do populismo penal, cuja finalidade real é o esvaziamento progressivo do conteúdo democrático do direito penal.

O conceito de crime, ainda que no seio de Estados democráticos, passa a encontrar fundamento na ideia de mera violação de um dever, no “odioso modelo de crime como violação de um dever, marca mais saliente de ordenamentos penais autoritários” (D’Ávila, 2009, p.6). Nesse ambiente, o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos (princípio *di offensività*, na Itália, *harm principle*, na *Common Law*), 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”, opondo-se, assim, à concepção de ilícito centrada na mera violação subjetiva do dever, típica de Estados autoritários” (Bevilaqua, 2017, p. 7).

Nesse cenário, os olhos se abrem com o alerta que se faz realidade diariamente apresentado por Levitsky e Ziblat:

COMO AUTORITÁRIOS ELEITOS destroem as instituições democráticas cujo dever é restringi-los? Alguns o fazem com uma só cajadada. Com maior frequência, porém, **a investida contra a democracia começa lentamente**. Para muitos cidadãos,

ela pode, de início, ser imperceptível. Afinal, eleições continuam a ser realizadas. Políticos de oposição ainda têm seus assentos no Congresso. Jornais independentes ainda circulam. **A erosão da democracia acontece de maneira gradativa, muitas vezes em pequeníssimos passos. Tomado individualmente, cada passo parece insignificante – nenhum deles aparenta de fato ameaçar a democracia.** Com efeito, as iniciativas governamentais para subverter a democracia costumam ter um **verniz de legalidade.** Elas são aprovadas pelo Parlamento ou julgadas constitucionais por supremas cortes. **Muitas são adotadas sob o pretexto de diligenciar algum objetivo público legítimo – e mesmo elogiável –, como combater a corrupção, “limpar” as eleições, aperfeiçoar a qualidade da democracia ou aumentar a segurança nacional** (Levitsky e Ziblath, 2018, p. 92, grifo nosso).

8. CONCLUSÃO

Para proporcionar maior clareza ao conteúdo do direito penal e aos processos de criminalização, é essencial identificar os parâmetros que permitam verificar a legitimidade da intervenção estatal na esfera criminal, tarefa que deve ser realizada a partir da perspectiva do Estado Democrático de Direito.

O princípio democrático representa a única diretriz ideológica compatível com o direito penal, de modo que a noção de ofensividade configura o reflexo, no âmbito criminal, desse princípio. Assim, a ofensividade constitui o limite material dos processos de criminalização, funcionando como um critério de aferição da legitimidade da intervenção penal, sempre através de juízos racionais que expressem e reproduzam o conteúdo democrático.

Sob essa ótica, a definição de crime como ofensa a um bem jurídico associa, de maneira inseparável, a ofensividade e a proporcionalidade como elementos fundamentais para compreender a legitimidade do poder punitivo do Estado, ambos com inequívoco conteúdo constitucional, na medida em que reproduzem o princípio democrático e possibilitam uma análise objetiva do fenômeno criminoso.

A exigência da proporcionalidade, por sua vez, conecta-se à função subsidiária do direito penal, uma vez que, para que se justifique a escolha do direito penal como o meio menos gravoso, é imprescindível avaliar se existem outros instrumentos igualmente ou mais eficazes para proteger o bem jurídico em questão, preservando, assim, a lógica do direito penal como *ultima ratio*.

Assim, constata-se que, em um regime democrático, não se justifica a intervenção penal sobre comportamentos meramente reprováveis em abstrato, que não resultem em dano concreto, uma vez que tal incursão estatal se apresentaria manifestamente desproporcional e desprovida da necessária verificação da ofensividade da conduta.

Dessa forma, tanto na fase da criminalização primária quanto na criminalização secundária, a conjunção da proporcionalidade com a ofensividade constitui o conteúdo material

do crime, funcionando como limite material para a atuação estatal na esfera penal e como critério para a aferição da legitimidade dos processos de criminalização.

O enfraquecimento, exclusão ou desvirtuação da teoria do bem jurídico, seja pela atribuição de finalidades distintas daquelas genuinamente próprias do direito penal, seja por seu uso meramente instrumental ou simbólico, enseja o risco de instauração de um direito penal de caráter autoritário, ainda que de modo velado, inserido nos processos de expansão do direito penal ou nos mecanismos típicos do populismo penal.

Impõe-se, portanto, a defesa teórica firme e intransigente do modelo de crime concebido como ofensa a bens jurídicos, sob a ótica da proporcionalidade e da ofensividade, considerando que o enfraquecimento ou a completa dissolução da noção de bem jurídico como limite ao poder punitivo do Estado propicia o uso do direito penal como instrumento de práticas subversivas, orientadas por interesses econômicos, políticos e sociais.

Em vista de que a presente pesquisa possa recolher funcionalidade para o tema, cumpre consignar conclusões verificadas neste trabalho em forma das seguintes assertivas:

1. A legitimidade do processo de criminalização dá-se a partir da verificação do conteúdo material de crime.
2. A partir da definição de crime como ofensa a bem jurídico, a ofensividade e a proporcionalidade consubstanciam os limites materiais de crime, operando como mecanismo de contenção da intervenção estatal na seara criminal na liberdade do indivíduo, extraindo-se, dessa forma, o conteúdo da ofensividade do tecido constitucional na medida em que espelha o princípio democrático ao preservar a tutela dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Tatiana. **Bem jurídico-penal supraindividual**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECCARIA, Cesare, **Dos delitos e das penas**, trad. de José de Faria Costa, com ensaios introdutórios de José de Faria Costa e Giorgio Marinucci, Lisboa : Fund. Calouste Gulbenkian, 1998.

BEVILAQUA, Victor Matheus. O Modelo de Crime como Ofensa ao Bem Jurídico-Penal: A Ofensividade como Pressuposto Constitucional do Jus Puniendi. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS**, vol. 5, n.1, 2017.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia. Uma defesa das regras do jogo**. Tradução

de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. Imprensa: São Paulo, Atlas, 2015.

BRASIL. **Decreto-lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 abr. 2025.

_____. **Projeto de Lei do Senado n° 236, de 2012**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 15 dez. 2024.

BRITTO, Carlos Ayres. O conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana em tema de direitos fundamentais e os avanços da constituição 1988. In **Anais: VI Conferência dos Advogados do DF**. Brasília: OAB/DF, 2008.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Desafios do Modelo de Crime como Ofensa ao Bem Jurídico no Direito Penal Contemporâneo. **Pensamento Penal**. Vol. 1, Nº 01, Ano I, Setembro de 2014.

_____. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

GRECO, Luis. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** 82, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal**, volume 1, São Paulo: Editora RT, 2010.

SANTOS, Humberto Soares de Souza. **Ainda vive a teoria do bem jurídico? Uma contribuição ao debate sobre a teoria do bem jurídico e os limites materiais do poder estatal de incriminar**. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. Rio de Janeiro. 2018.