

Funcionalismo teleológico, ofensividade e política criminal

13/06/2024

A partir da nossa Constituição de 1988, o princípio da dignidade humana passou a atuar como vetor hermenêutico, com a política criminal assumindo o novo papel de atuar como critério de normatividade e, portanto, integrar a ciência jurídica como componente dogmático.

A partir dos estudos de Claus Roxin, no início dos anos 1970, a pauta sociológica integrou-se à ciência jurídica, suplantando o dogma positivista de que crime é o que está previsto em lei e ponto final. Essa nova perspectiva preocupa-se em buscar a melhor solução para o caso concreto, sem as amarras do cientificismo jurídico, cujos dogmas absolutos acabam virando um fim em si mesmos.

Na Alemanha, esse novo método de interpretação “*surgiu na década de 1970, fruto de estudos e pesquisas de penalistas alemães, preocupados em submeter o rigor da bitolada e bizantina dogmática aos fins do direito penal. Para não se tornar uma ciência hermética, reclusa em bibliotecas distantes da realidade social, o sistema deveria abrir-se, deixando a adequação típica de ser um procedimento exclusivamente científico. A dogmática e o tecnicismo jurídico cedem espaço à política criminal e à função pacificadora e reguladora dos comportamentos sociais. A perfeição das ideias técnico-científicas cede espaço ao cumprimento das funções sociais do Direito Penal*” [1].

Essa visão começou a ser aceita pela doutrina no Brasil, com o surgimento da Teoria Constitucional do Direito Penal, alicerçada nos princípios constitucionais penais e orientada pela política criminal.



*“No limiar do terceiro milênio, a Constituição Federal e os princípios dela decorrentes devem assumir um papel de protagonismo na aplicação do direito penal, relegando a lei (o tipo legal) à sua correta posição de subalternidade em relação ao Texto Magno. A Teoria Constitucional do Direito Penal é, portanto, uma evolução em relação às anteriores e permite ao Poder Judiciário exercer controle sobre o que o legislador diz ser crime, tornando o juiz um intérprete e não mero escravo da lei. **A atividade jurisdicional passa a assumir um protagonismo** na aplicação da norma penal e não mera coadjuvância burocrática de segunda categoria. Essa deve ser a tendência no início do século XXI,*

suplantando-se a linha positivista despreocupada com o conteúdo da norma, que tanto predominou até bem pouco tempo” [2]. (destacamos).

A tendência mundial é prevalecer os fins estratégicos do Estado na solução dos conflitos, em detrimento do cientificismo puro, que nada mais representa do que um fim em si mesmo. Qualquer decisão contrária à estratégia de política criminal delineada pelo Estado passa a carecer de juridicidade. Nesse sentido, Claus Roxin:

“As transformações da política criminal e de nossa consciência metodológica ocorridas nos últimos anos precisam transformar consigo o sistema de nossa parte geral, se ele quiser manter sua capacidade de rendimento, de forma que, neste campo, estamos sempre outra vez no começo.” [3] (destacamos).

Na mesma linha, H.H. Jeschek: ***“Não se podem desconhecer os perigos de uma dogmática reduzida a fórmulas abstratas: eles estão no fato de que o juiz passe a confiar no automatismo dos conceitos teóricos, não atentando, portanto, às peculiaridades do caso concreto. O essencial é sempre a solução do problema; exigências sistemáticas, por serem menos importantes, devem recuar para um segundo plano” [4]. (destacamos).***

Schaffstein, por seu turno, pondera a necessidade de se orientar pelas considerações político-criminais, para, só então, utilizar métodos de dedução lógico-dogmática para controle complementar [5].

A ofensividade ou lesividade baseia-se no princípio de que não há crime sem lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal — *nullum crimen sin iniuria*. Como ensina Luiz Flávio Gomes:

“O princípio da ofensividade é um dos eixos em torno dos quais gira o direito penal (leia-se: o ius poenale). O princípio da ofensividade, como limite (ou critério) do ius poenale então significa que ao juiz compete descobrir, depois de verificada a subsunção formal da conduta à letra da lei, qual o é o bem jurídico (qual é o valor) protegido e se esse bem jurídico foi concretamente afetado (lesado ou posto em perigo). Só assim pode-se falar em tipicidade (em sentido formal).” [6]

A função do direito penal é proteger os valores mais relevantes da sociedade, não podendo servir como pauta ideológica, política ou promocional. Nilo Batista, ao focar a perspectiva funcionalista do direito, observa que: ***“As condutas desviadas que não afetam qualquer bem jurídico não pertencem ao âmbito da tutela penal” [7].***

A ofensividade cumpre a função dogmática de repelir qualquer punição baseada unicamente no desvalor da ação, sendo imprescindível um resultado jurídico relevante. ***“Não se afina com nosso direito positivo a postura doutrinária que procura fundamentar o injusto penal, exclusiva ou prioritariamente, no desvalor da ação. Não basta a conduta e seu desvalor para a existência do crime. Fundamental é a existência do resultado” [8].***

Damásio de Jesus ensina que o Direito Penal só deve ser aplicado quando a conduta ofende um bem jurídico, provocando-lhe um dano ou um perigo real, concreto (*nullum crimen sine injuria*). Como consequência, não seriam admitidos os crimes de perigo abstrato, isto é, aqueles em que o legislador se limita a descrever uma conduta, presumindo-a perigosa [9]. A atuação penal pressupõe um efetivo ataque a um interesse socialmente relevante, isto é, o surgimento de, pelo menos, um real perigo ao bem jurídico [10].

Por isso, Asúa Batarrita observa que: *“La pena es el precio necesario para impedir daños mayores y sólo en ello encuentra su justificación. **Por ello, el castigo no deberá ser un homenaje gratuito** a la ética, religión o al sentimiento de venganza, sin una amarga necesidad”* [11]. (destacamos).

Bem jurídico

Não há mais como se conceber, em tempos atuais, um Direito Penal desvinculado da análise do bem jurídico, de modo que esse passa a ser o critério reitor para toda e qualquer repercussão de natureza criminal, seja para configuração do fato típico, seja para reger a retribuição penal ao delito praticado.

Do quanto exposto, a primeira etapa do operador do direito na identificação de um fato típico é verificar qual o bem jurídico tutelado pela norma, ou seja, qual sua objetividade jurídica, identificando o interesse social que a lei pretendeu proteger. No homicídio, a lei protege a vida humana extrauterina, no sequestro, a liberdade, no furto, o patrimônio, no falso, a fé pública, no tráfico de drogas, a saúde pública e assim por diante.

Feita a identificação, a segunda etapa é aferir se, no caso concreto, a conduta humana chegou, pelo menos, a colocar em risco real aquele interesse protegido, caso contrário, não haverá crime, por ausência de ofensividade. Tanto quanto a adequação formal da conduta à descrição legal do crime, importa analisar se efetivamente houve algum perigo de lesão ao bem jurídico, somando-se, por imperativo constitucional, a tipicidade formal com a material.

Crime tem que ter forma e conteúdo. Sem perigo real e concreto ao bem jurídico, surge a figura do crime impossível (CP, artigo 17). Assim, tentar matar um adulto com um palito de fósforo, falsificar grosseiramente um documento, praticar ato obsceno em local ermo e deserto são hipóteses de crime impossível por ausência de ofensividade.

O direito penal não é mais uma ciência erudita de biblioteca, mas um método de solução de conflitos que verdadeiramente ameacem a sociedade, buscando nos princípios constitucionais, na política criminal e na ofensividade sua estrutura e sua modulação.

[1] CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 28ª ed. SP: Saraiva, 2024, p. 126.

[2] CAPEZ, Fernando. Op. cit. p. 117

[3] ROXIN, Claus. Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 88.

- [4] JESCHECK, Hans-Heinrich. *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 1969, p. 136.
- [5] *Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum* (Erro de tipo e erro de proibição), em: Göttingen para o Tribunal Superior de Celle) 1961, p. 175 e ss.
- [6] GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal*. SP: RT, 2002, p. 103.
- [7] BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro, 2007, p. 92-94.
- [8] GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 62.
- [9] ESTEFAM, André; JESUS, Damásio de. *Parte Geral*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book. p. 56
- [10] CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. X ed. São Paulo: Saraiva, 2024. p.
- [11] BATARRITA, Asúa, *Reinvindicación o superación del programa de Beccaria, en El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1990, p. 20.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2024-jun-13/funcionalismo-teleologico-ofensividade-e-politica-criminal/>