

OFENSIVIDADE PENAL E TIPICIDADE: uma perspectiva conglobada

Rafaela Santos Cardoso¹

Sumário: 1. Do objeto da tutela penal: nascedouro da norma. 2. Conglobância normativa. 3. Ofensividade penal e conglobância normativa: dialogismo. 4. Ofensividade penal e adequação social: exigências da segurança jurídica. 5. Crimes de perigo abstrato. 6. Conclusões. 7. Referências Bibliográficas

Resumo: A necessária leitura constitucionalizada do Direito Penal tem por pressuposto inarredável a inserção no cenário garantista, onde eventuais impasses entre tipicidade e hermenêutica encontram seu desfecho na questão da normatividade, mediante a denominada 'técnica da conglobância', cujo diálogo com o princípio da ofensividade figura como via imediata à instrumentalização de critérios racionais para a intervenção penal.

Palavras- chave: Ofensividade penal; Teoria do tipo; Conglobância normativa.

Áreas: Direito Constitucional e Direito Penal.

1. DO OBJETO DA TUTELA PENAL: nascedouro da norma

Vetor central da teoria do tipo e de toda a ordem jurídico-penal, o bem jurídico é concebido não como a 'coisa em si', antes, como a garantia de uma relação de disponibilidade de um sujeito com determinado ente (vida, dignidade sexual, administração pública, dentre outros), relação esta indispensável à realização do indivíduo enquanto pessoa (sujeito capaz de autodeterminar-se, sendo um fim em si mesmo). Atentando-se em proteger tal relação, o legislador a valora mediante a

¹ Acadêmica do 7º período do curso de Direito do Centro Universitário Newton Paiva.

concepção de uma norma, fundada na qual é elaborado o tipo legal. Neste esquema *normagenético* o legislador seleciona certas formas de lesão a determinados bens que serão objeto da tutela penal -bens penalmente tutelados. Para que se caracterize a afetação do bem jurídico, basta que haja lesão, ainda que esta se apresente sob a forma de perigo. No entanto, imprescindível é a efetiva ocorrência de lesão (seja em seu aspecto consolidado ou no aspecto de perigo) para que se configure a tipicidade, dado que no modelo de justificação racional e também de deslegitimação do direito penal, seus institutos e práticas jurídicas -o modelo garantista- o bem jurídico é entendido como o cerne vetorial da lei penal.

2. CONGLOBÂNCIA NORMATIVA

A ordem normativa segue uma orientação lógico-sistêmica: aos diversos bens jurídicos penalmente tutelados correspondem diversas normas, que por sua vez são enunciadas por suas respectivas leis. O tipo é inserto no direito, portanto dele jamais destoará. Igualmente, a norma proibitiva não tem sua existência isolada. Ela coexiste, haja vista que é parte de uma harmônica ordem normativa, e como tal deve ser considerada, sob pena de que ilógicas aberrações jurídicas pautem a hermenêutica e a persecução penal. O âmbito de proibição da norma passa a ser fundamental, pois seu alcance -que comporta inclusive a investigação relativa à afetação do bem jurídico- agrega à conduta que já figurava na tipicidade legal antinormatividade, que uma vez constatada, torna possível a dedução pela tipicidade penal da conduta. Este ponto consiste em uma fase subsequente do juízo de tipicidade: configurada a subsunção formal da conduta ao tipo legal, resta averiguar o alcance da proibição da norma (se a conduta está proibida pela norma), mesmo momento em que se investiga a afetação ao bem jurídico, dada a inarredável exigência da tipicidade penal pela contrariedade à norma (antinormatividade). Nesta fase posterior é averiguada a tipicidade conglobante, que, como brilhantemente idealizado, ensinado e disseminado pelo professor Eugenio Raul Zaffaroni², opera como corretivo da tipicidade legal, visto que por ela, independente da

² Sobre o conceito de tipicidade conglobante cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI,

aparência de adequação ao tipo legal, a conduta pode ou não estar excluída do âmbito típico. Ocorrendo, esta correção incide como causa de atipicidade penal (via atipicidade conglobante), desaparecendo assim o delito. Desta forma, a principal função e o consectário lógico da conglobância normativa é a redução do âmbito de proibição aparente da norma, âmbito que é consideravelmente ampliado se a norma é isoladamente considerada.

3. OFENSIVIDADE PENAL E CONGLOBÂNCIA NORMATIVA: DIALOGISMO

A tipicidade conglobante ostenta uma principiologia própria, que enquanto parte do universo normativo acaba por integrar a ordem jurídico-penal, não obstante cada princípio da tipicidade conglobante ser somente por ela alcançado e devidamente compreendido. Não diversa é a ofensividade penal, que integra permanentemente a sistemática principiológica da conglobância normativa. Assente na égide utilitarista, o princípio da ofensividade decorre de uma leitura constitucionalizada do direito penal, redundando em mais uma amarra ao *ius puniendi* exercido pelo Estado. Dado que toda a ordem jurídico-penal se volta para a tutela de seu vetor teleológico - bens jurídicos penalmente tutelados-, condutas incapazes de perturbar a relação de disponibilidade que um sujeito tem com determinado ente (e assim deixa ileso tal relação) não devem ser objeto da tutela penal, que embate a lesão gerada por efetivo dano ou efetivo perigo de dano ao bem jurídico, segundo as máximas '*nulla necessitas sine injuria*' e '*nulla injuria sine actione*', ressalvando-se que relativamente à aplicação dos tipos penais, o princípio da ofensividade é otimizado como critério político criminal e acaba por ser correlacionado ao próprio conceito de bem jurídico.

4. OFENSIVIDADE PENAL E ADEQUAÇÃO SOCIAL: exigências da segurança

José Enrique. Manual de direito penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 474 e ss.

jurídica

Inexiste conduta que pertença ao âmbito do proibido -é típica e assim tem relevância penal- sem que impressione o Direito, pois este teme pela auto-realização do sujeito que se encontra ameaçado pela afetação do bem jurídico. Além da impressão na ordem jurídica, a conduta penalmente típica também produz certo alarme social, gerado justamente pela lesão a um bem jurídico. A teoria da adequação social inicialmente formulada por Welzel³ e hodiernamente invocada como princípio penal, tem sua matriz estabelecida na ética material. Conforme esta teoria, a tipicidade abrange apenas condutas com certa relevância social, devendo ser excluídas do âmbito típico condutas normalmente toleradas, portanto adequada socialmente. Teoria esta que por sua amplitude culmina na imprecisão e resvala na obscuridade, em um critério corretivo formulado no eticismo social, cuja principal via é o juízo de coletividade e que até mesmo esbarra em uma desproporcional e desarrazoada primazia pela prevenção geral.

A adequação social se distancia em muito da conglobância normativa (e assim do macroprincípio da ofensividade), dado que esta é eminentemente normativa e integra o juízo de tipicidade penal. Dessa forma, diversa da adequação social é a recomendação de vigilância (originada na lesão ao bem jurídico) produzida na sociedade e que reclama certa medida de agitação. Neste ponto, oportuno é novamente remetermo-nos às proveitosas lições do professor Raul Eugênio Zaffaroni⁴, para o qual a segurança jurídica é uma unidade fornecida pela conjugação de seus aspectos subjetivo - sentimento de segurança jurídica- e objetivo - disponibilidade objetiva do ente cuja tutela configura o bem jurídico. O delito sempre afetará a segurança jurídica, sendo que a ofensa dele oriunda da mesma forma atingirá a segurança jurídica em seus dois

³ WELZEL, Hans. O Novo Sistema Jurídico-Penal. Trad. Luiz Reges Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 60.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Da tentativa: doutrina e jurisprudência. 6. ed. atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 35.

aspectos. Quando a aparente ofensa a um bem jurídico não imprime esta recomendação de vigilância na sociedade (recomendação que repercute na forma de alarme social) e assim a conduta não afeta o sentimento de segurança jurídica, a própria ofensa inexistente. A pena assente nesta ofensa aparente e que não se respalda na lesão a um bem jurídico objeto da tutela penal, além de impor uma pena inconstitucional, ofende o próprio sentimento de segurança jurídica, sendo racionalmente inconcebível enquanto instrumento da coerção penal e por isso também é rejeitado pelo princípio republicano, que impõe a racionalidade dos atos estatais.

5. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

A carga ameaçadora da conduta é proporcional à relevância típica, sendo que o aumento da probabilidade de produção do resultado (aumento característico dos crimes de perigo) confere certa relevância penal à conduta, porém em si é insuficiente para autorizar o ingresso da conduta no âmbito do típico, dado que nesses crimes a zona limítrofe entre a aparência de proibição e a tipicidade penal é demarcada pela chance concreta de que o resultado típico se produza. Para além dessa zona fronteira está a cogitação meramente hipotética de que haja alguma chance de aumento da possibilidade de produção do resultado típico. São estes os crimes de perigo abstrato, verdadeira anomalia jurídica, incompatível com qualquer ostentação garantista e aniquiladora da própria segurança jurídica, sendo intragável ante o princípio republicano.

6. CONCLUSÕES

Na concepção tripartida de delito cujo *standard* axiomático seja o bem jurídico, sua efetiva afetação apresenta-se como requisito indispensável à tutela penal. Desta forma, a relação entre a conglobância e o (seu) princípio da ofensividade constitui vias comunicantes elementares à dialética constitucional, pois a exigência da tipicidade

penal pela afetação da relação de disponibilidade entre o sujeito e o ente é um marco garantista do qual não se deve olvidar. Apenas a consideração conglobada da norma permitirá que se conclua pela afetação -do bem jurídico- com relevância penal. Desta forma, o princípio da ofensividade apresenta-se como hábil instrumento hermenêutico a serviço da própria Constituição, da qual é mandatário na seara penal.

7. REFÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

WELZEL, Hans. O Novo Sistema Jurídico-Penal. Trad. Luiz Reges Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NUNES, Leandro Gornicki. Fatos puníveis de perigo abstrato: apontamentos críticos. Joinville. Disponível em: http://www.gornickinunes.adv.br/pt/adv_artigos/18.pdf. Acesso em: 06 de maio 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. Manual de direito penal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Da tentativa: doutrina e jurisprudência. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.