

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS

Programa de Pós-Graduação em Direito

Denise Maldonado Gama

**O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE E OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO**

Belo Horizonte

2013

Denise Maldonado Gama

## **O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE E OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientador: Professor Doutor Leonardo Isaac Yarochevsky

Belo Horizonte

2013

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

G184p Gama, Denise Maldonado  
O princípio da lesividade e os crimes de perigo abstrato / Denise Maldonado  
Gama. Belo Horizonte, 2013.  
93f.

Orientador: Leonardo Isaac Yarochevsky  
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.  
Programa de Pós-Graduação em Direito.

1. Perigo (Direito penal). 2. Crime. 3. Lesão (Direito). I. Yarochevsky,  
Leonardo Isaac. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa  
de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 343.225

Denise Maldonado Gama

## **O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE E OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO**

Dissertação apresentada ao curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Público.

---

Professor Doutor Leonardo Isaac Yarochevsky (Orientador) – PUC- Minas

---

Professor Doutor Guilherme José Ferreira da Silva– PUC- Minas

---

Professor Doutor Juarez Tavares – UFRJ

---

Professor Doutor José Luiz Quadros de Magalhães – PUC- Minas  
(Suplente)

Belo Horizonte, 4 de fevereiro de 2013.

*Aos meus pais, Hudson Maldonado Gama e  
Maria do Rosário Maldonado.*

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, meu norte, meu guia.

Ao meu orientador, Professor Leonardo Isaac Yarochevsky, com quem tanto aprendi, pelos ensinamentos e pela dedicação.

Ao Professor Carlos Augusto Canêdo Gonçalves da Silva, pelo incentivo e pela atenção.

Ao meu amado pai, Hudson Maldonado Gama, pelo apoio e amor incondicionais.

À minha mãe, Maria do Rosário Maldonado, bem como a toda a minha família.

A minha amiga Betania, irmã de alma.

“Os dois soldados da escolta, que esperavam no patamar, reagiram exemplarmente perante o perigo. Dominando, só Deus sabe como e porquê, um legítimo medo, avançaram até o limiar da porta e despejaram os carregadores. Os cegos começaram a cair uns sobre os outros, caindo recebiam ainda no corpo balas que já eram um puro desperdício de munição, foi tudo tão incrivelmente lento, um corpo, outro corpo, parecia que nunca mais acabavam de cair, como às vezes se vê nos filmes e na televisão. Se ainda estamos em tempo de ter um soldado de dar contas das balas que dispara, estes poderão jurar sobre a bandeira que procederam em legítima defesa, e por acréscimo também em defesa dos seus camaradas desarmados que iam em missão humanitária e de repente se viram ameaçados por um grupo de cegos numericamente superior.” (SARAMAGO, 2006, p. 88/89)

## RESUMO

Este trabalho pauta-se na análise da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, também denominados crimes de perigo presumido, em face do princípio da lesividade, como corolário do princípio da estrita legalidade ou da legalidade material, haja vista a superação do seu viés meramente formal. Nos crimes de perigo abstrato, prescinde-se da ocorrência da lesão ou de perigo concreto de lesão ao bem jurídico, tornando-se desnecessária a perquirição da ofensa efetiva ao bem, equiparando-se o resultado lesivo à própria transgressão da norma, alçando essa espécie de delito, pois, uma posição de destaque na escolha da forma de incriminação na sociedade de risco. Assim, tal análise fora inserida no contexto social atual, no qual a modernização da sociedade, diante das novas técnicas de produção e evolução tecnológica — com o implemento de novos riscos e perigos— fomenta a expansão punitiva estatal com fito à prevenção de danos e à tutela da segurança. Nesse diapasão, partiu-se do estudo dos bens jurídicos quanto ao alcance de seu conteúdo e função, analisados sob um viés de limite à incriminação, bem como da verificação da intervenção penal nos limites estritos de princípios norteadores de um Direito Penal condizente com a sua função, sob a ótica do garantismo penal.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Princípio da lesividade. Crimes de perigo abstrato.

## **ABSTRACT**

This work is guided by analyzing the constitutionality of the crimes of abstract danger, also known as hazard alleged crimes, facing the principle of lesivity, as corollary of the principle of strict legality or the principle of substantive legality, considering the overcoming their merely formal tendency. In crimes of abstract danger it is dispensable the occurrence of the injury or real danger of injury to the legal good, making it unnecessary the perquisition to the effective offense to legal asset, equating the harmful result to the very transgression of the norm, lifting up this kind of offense, then, to a prominent position in choosing the form of incrimination in risky society. Therefore, this analysis was inserted into the current social context, in which the modernization of society, facing the new production techniques and the technological developments — with the implement of new risks and dangers — foments the punitive expansion of the State with the aim of preventing damage and security protection. Along the same lines, we started with the study of legal assets regarding the scope of its content and function analyzed under a tendency to limit accusation, as well as checking the criminal intervention within the strict limits of the guiding principles of a Criminal Law, that is consistent with its function, from the perspective of criminal “Garantismo”.

Keywords: Constitutionality. Principle of lesivity. Crimes of abstract danger.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>09</b>
<b>2 O BEM JURÍDICO E A INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL</b> .....	<b>13</b>
2.1 O alcance do conceito de bem jurídico penal.....	16
2.1.1 <i>A concepção crítica de bem jurídico de Claus Roxin e o conceito pessoal de bem jurídico de Winfried Hassemer</i> .....	16
2.1.2 <i>O Bem Jurídico e o Funcionalismo-sistêmico de Günther Jakobs</i>	22
<b>3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O PODER PUNITIVO ESTATAL</b> .....	<b>26</b>
3.1 <i>Origem e evolução histórica</i> .....	26
3.2 Conceito e características.....	28
3.3 Princípio da mera legalidade e princípio da estrita legalidade .....	29
3.3.1 <i>Princípio da intervenção mínima: o caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal</i> .....	33
3.4 Da determinação taxativa .....	37
3.5 Da irretroatividade da lei penal .....	39
<b>4. PRINCÍPIO DA LESIVIDADE OU PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE</b> .....	<b>40</b>
<b>5. CRIMES OU TIPOS DE LESÃO E CRIMES OU TIPOS DE PERIGO</b> .....	<b>46</b>
5.1 Conceito .....	46
5.2. Crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato .....	48
<b>6. RISCO E PERIGO</b> .....	<b>52</b>
6.1 Possibilidade e probabilidade.....	54
6.2 Risco e teoria da imputação objetiva.....	60
<b>7 CRIMES DE PERIGO ABSTRATO COMO OFENSA AO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE</b> .....	<b>63</b>
7.1 Os crimes de perigo abstrato e o Direito de Intervenção.....	66
7.2 Posições intermediárias: da fixação de critérios de punibilidade à legitimação dos crimes de perigo abstrato.....	69
<b>8 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>83</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>87</b>

## 1. INTRODUÇÃO

*A intervenção do sistema penal aparece como a primeira alternativa, como a forma mais palpável de segurança, como a forma de fazer crer que o problema estará sendo solucionado. (KARAM, 1993, p.22).*

O Direito Penal, incriminando condutas e prevendo penas privativas de liberdade, denota um impacto social e psicológico enorme no indivíduo, considerado isoladamente e como integrante da sociedade. Compreende, pois, um conjunto de normas cuja aplicação repercute diretamente na esfera de direitos e garantias fundamentais do cidadão, como a liberdade e a dignidade. É um ramo do Direito cujas consequências podem vir a ser muito mais nocivas do que aquelas advindas da própria conduta transgressora da norma. Trata-se, indubitavelmente, de um Direito que causa dor.

Ao se pensar em Direito Penal, há que se ter em mente a duplicidade de interesses que se contrapõem: o interesse do Estado, ou o poder do Estado de punir; e o interesse do ser humano. A um leigo e, lamentavelmente, a uma parcela dos estudiosos do Direito Penal, poderia parecer que tal contraposição seria averiguada sempre sob o viés da segurança e do combate à criminalidade. No entanto, em um Estado que se pretenda Democrático de Direito, o Direito Penal deve se voltar para a garantia do indivíduo em face do poder punitivo estatal, mormente quando é sabido que o poder é tendente ao arbítrio quando seu exercício não encontra limites estritos amparados na defesa dos direitos fundamentais.

Sob essa ótica, a finalidade do Direito Penal não se confunde com a garantia da segurança pública nem com o combate à delinquência; refere-se à tutela de bens jurídicos tidos como interesses vitais para o indivíduo e para a coletividade, exercendo essa tutela um papel importantíssimo quando analisado o bem que se pretende tutelar de forma crítica - ou seja, voltado para a limitação do Poder Punitivo Estatal.

O Direito Penal tem, portanto, como finalidade precípua a própria limitação de um poder punitivo, pois que esse deve se voltar para a proteção de bens que realmente devem e necessitam ser protegidos por ele. A primeira indagação seria quais bens merecem a tutela penal e como essa tutela poderia limitar a intervenção

penal. Nesse diapasão, busca-se o estudo do bem jurídico balizado na Constituição e, mais, guiado por princípios garantistas norteadores do Direito Penal, como o são o princípio da subsidiariedade, o princípio da fragmentariedade e o princípio da lesividade.

Pode-se, portanto, afirmar que não basta a existência de um bem cujo asseguração possua baliza constitucional. A intervenção penal requer mais. Há que se analisar se a proteção desse bem não poderia ser feita de forma eficiente por outro ramo do Direito, menos invasivo. Há que se analisar a relevância desse bem e a gravidade da conduta praticada contra ele. Há que se perquirir se o bem foi lesado, de maneira que se permita afirmar que ocorreu uma lesão ou um perigo de lesão concreto ao mesmo.

Assim, percebe-se a importância do sustentáculo principiológico que deve nortear a tutela dos bens jurídicos pelo Direito Penal.

Na contramão do que fora exposto, existe a tendência de hipertrofiar o Direito Penal, com a criação de tipos penais ou com o recrudescimento das sanções já previstas nos tipos. Essa hipertrofia o coloca como um Direito de primeira razão, o primeiro a intervir na tutela dos bens, denotando o seu desvirtuamento em instrumento de combate/controlado da criminalidade, com efeitos mais simbólicos e menos reais, diante da criação de uma falsa sensação de segurança vendida à sociedade na forma de ilícitos penais.

Inexoravelmente, o Estado deve ser a todo tempo monitorado pelo filtro da legalidade estrita. A criação de tipos penais não mais se atém ao mero aspecto formal da lei, mas requer a análise minuciosa de seu conteúdo, de seu substrato material. Ainda que o fato esteja previsto em lei penal, respeitado todo o aspecto procedimental para a sua criação, indispensável que princípios como o da lesividade, o qual requer um dano ou uma ameaça de dano concreto ao bem, seja respeitado. E isso se faz necessário independentemente do tipo de bem jurídico, individual ou coletivo.

Some-se a essa hipertrofia penal o incremento de novos riscos advindos da própria modernização da sociedade, com a possibilidade de obter-se resultados danosos que se dispersam espacialmente e temporalmente, bem como condutas criminosas cujos resultados transcendem a esfera individual. A necessidade de proteção a bens jurídicos, como o meio ambiente e a ordem econômica, é fator

inegável no contexto fático atual. Porém, necessária a discussão de se esse fim justificaria o meio empregado para alcançá-lo, qual seja a criação de tipos penais, com a utilização de um ramo do direito que deveria intervir minimamente.

O medo, o risco e o perigo são noções que permeiam a vida em sociedade. Em verdade, sempre existiram, porém encontraram guarida em uma sociedade na qual o previsível enfraquece-se diante do avanço científico e tecnológico, pois esse mesmo avanço possibilita o uso de técnicas e recursos cujos efeitos reais ainda não são totalmente conhecidos. Ademais, a possibilidade de um dano relativo ao meio ambiente, por exemplo, em razão de um hipotético resultado drástico, fomenta o medo e exalta o perigo. Nessa sociedade, o perigo é real para um Direito Penal pautado na estrita legalidade, pois que os anseios sociais pela sua intervenção são objeto de uma políticacriminal, muitas vezes, voltada para atendê-los, segundo as conveniências sociopolíticas das classes mais influentes. Em razão disso, os denominados crimes de perigo abstrato são alçados à posição de um instrumento hábil para a tutela de bens jurídicos, diante de sua natureza metaindividual.

Os crimes de perigo abstrato, ao não requererem a comprovação da colocação concreta em perigo do bem, permitem que se criminalizem condutas em que a análise do desvalor do resultado é mitigada em prol do desvalor da ação. Em outras palavras, a transgressão da norma, por si só, já faz com que se presuma o evento lesivo.

Insta perquirir a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato em relação ao princípio da lesividade, analisado sob a ótica do Garantismo Penal, uma vez que tal princípio é condicionante da própria intervenção penal.

Aduz Ferrajoli (2002) que a lei não pode qualificar como penalmente relevante qualquer hipótese indeterminada de desvio, estando condicionada a todas as garantias penais, dentre elas a necessidade da criminalização da conduta e a ofensividade do evento. Nesse contexto, torna-se primordial analisar se os crimes de perigo abstrato possibilitam uma incriminação e punição desnecessárias, sem a necessidade da lesividade do resultado mostrar-se materializada.

Importante dizer que o tema ora proposto é controvertido e árduo. Existem aqueles que defendem a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato em razão de entenderem que a importância do bem jurídico e a gravidade da presumida lesão justificam-nos ou em razão do próprio entendimento de qual seja a função do Direito

Penal. Nessa ótica, Jakobs (2000) afirma que a função primordial do Direito Penal não é tutelar os bens jurídicos, mas garantir a vigência da norma. Há os que entendem que os crimes de perigo abstrato, ao prescindirem da lesão ou do perigo concreto de lesão, não se coadunam com um Direito Penal pautado nos direitos do indivíduo ou que ofendem um sistema penal garantista. Já outra parte da doutrina procura compatibilizá-los com a necessidade de tutela de determinados bens, fixando limites ou critérios diferenciados de punibilidade.

A antecipação da tutela penal para garantir a proteção a bens jurídicos relevantes diante de uma sociedade de risco e da necessidade de garantia do princípio da lesividade, corolário do princípio da legalidade material, remete à necessária perquirição da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, os quais vêm sendo utilizados no contexto atual em larga escala como o meio mais eficaz de prevenção de danos.

## 2 O BEM JURÍDICO E A INTERVENÇÃO DO DIREITO PENAL

*Se de um lado, a ação delituosa constitui, de fato, ao menos como regra, o mais grave ataque que o indivíduo desfere contra os bens sociais máximos tutelados pelo Estado, por outro lado, a sanção criminal, também por natureza, dá corpo à mais aguda e penetrante intervenção do Estado na esfera individual (PALAZZO, 1989, p.16)*

O Direito Penal, ao descrever condutas criminosas e cominar penas, exerce papel importantíssimo na averiguação do grau de respeito às garantias e aos direitos individuais constitucionais, em face de sua intrínseca ligação com a Constituição.

Tal ramo do Direito, entendido como o conjunto de normas incriminadoras em que se estabelecem as penas e medidas de segurança, não se dirige tão somente aos juízes, mas, antes, aos cidadãos, proibindo-lhes a prática de determinadas condutas sob a ameaça de pena (PUIG, 2007).

As relações entre política e Direito Penal são estreitíssimas e conflituosas, e deve se atentar para o perigo da tentação de um “abuso político” do Direito Penal. (PALAZZO, 1989, p. 16-17).

Se se pensar, como em uma de suas funções, na tutela de bens jurídicos, inegável tal relação. A seleção dos bens jurídicos a serem tutelados sofre influência de concepções ético-sociais e jurídicas, bem como das orientações políticas dominantes que se refletem na Constituição (MIR, 2009).

Nesse mesmo sentido Muñoz (2005) afirma que o condicionamento político das construções dogmáticas, em qualquer momento histórico, não pode ser ocultado.

Analisado no contexto dos direitos fundamentais, não se pode eliminar o bem jurídico da noção de delito, pois é um parâmetro de delimitação da intervenção estatal, um limite imposto à atividade persecutória, na medida em que essa só é legítima quando imprescindível para a tutela de determinado bem jurídico (TAVARES, 2009).

Cirino (2006) define o Direito Penal como “[...] o setor do ordenamento jurídico que define crimes, comina penas e prevê medidas de segurança aplicáveis aos autores das condutas incriminadas”. O autor ainda afirma que o seu objetivo

declarado nas sociedades contemporâneas é a “[...] proteção de bens jurídicos — ou seja, a proteção de valores relevantes para a vida humana individual ou coletiva, sob ameaça de pena.” (CIRINO, 2006, p. 3).

Já para Zaffaroni e Pierangeli (2007) o bem jurídico não seria o próprio objeto tutelado, como a vida ou o patrimônio, mas o direito de dispor desses objetos, de forma que o bem jurídico se definiria por uma relação de disponibilidade tutelada pelo estado de uma pessoa com um objeto.

Vargas (1987, p. 11) afirma que o bem jurídico é o ponto de partida no processo de criação e interpretação dos tipos penais e que “[...] os conceitos de bem jurídico e tipo penal acham-se de tal maneira entrelaçados, que não se pode prescindir da ideia do primeiro, ao se examinar o segundo”.

Greco define bens jurídicos como “[...] dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional” (GRECO, 2004, p.107).

A doutrina do bem jurídico, construída no século XIX, no âmbito de uma ótica liberal e com a finalidade de limitar o legislador, paulatinamente, impõe-se como um dos sustentáculos da teoria do delito (PRADO, 2009).

Bem é tudo aquilo que tem valor para o ser humano, sendo inerente a esse conceito a utilidade do objeto para satisfazer a necessidade humana, de forma que a função político-criminal do bem jurídico é uma das principais maneiras de delimitar a matéria a ser tutelada pelo Direito Penal (PRADO, 2009).

Importante a diferenciação entre bem jurídico e função, restando clara a ideia de que o Direito Penal não tutela funções, mas somente bens jurídicos. Segundo Prado (2009), esses decorrem da pessoa humana, são reais, valorados e adstritos ao indivíduo, enquanto aquelas denotam um simples marco de referência, “não são”, não existem, carecem de conteúdo próprio e são nortes para as razões da tutela penal. Daí, incorreto dizer que no Direito Penal Tributário o bem jurídico protegido seria a função tributária, pois a função é um ponto de referência, sendo tão somente uma razão para a tutela de um bem jurídico ao qual deve se referir.

A distinção entre bem jurídico e função não pode partir da própria norma e de sua infração, e nem o conceito de função pode derivar exclusivamente dos fins que persegue. A distinção básica reside em que a função não existe por si mesma, depende de uma relação e de suas variáveis, possibilitando unicamente cálculos de predicados, que não podem ser confundidos com valores (TAVARES, 2002, p. 213).

Permitir-se a tutela de funções pelo Direito Penal seria um fator minimizador da delimitação de sua interferência, da limitação do poder punitivo estatal.

O direito penal, como programação limitadora e redutora do poder punitivo exercido por agências não jurídicas, cumpre uma fundamental função de segurança jurídica: esta é sempre segurança dos bens jurídicos individuais e coletivos de todos os habitantes, e tais bens correriam gravíssimo perigo se não existisse uma ação programada e racional das agências jurídicas (penal), cuja tendência fosse limitar o exercício do poder punitivo [...] (ZAFFARONI; BATISTA, 2003, p. 110).

O aumento do cometimento de fatos definidos como crimes e o anseio da sociedade por uma resposta estatal severa com o desvirtuamento do Direito Penal em meio de combate à criminalidade, balizado pelo medo e por juízos subjetivos do que seja e de onde está o perigo denotam a necessária e prudente perquirição de quais bens merecem sua tutela.

No entanto, ressalta-se que o reconhecimento constitucional de um bem jurídico não implica, todavia, que deva ser ele objeto de defesa pelo Direito Penal, haja vista o seu caráter subsidiário e fragmentário (MIR, 2009).

No intento de fixar uma noção segura sobre o substrato material do bem jurídico, a doutrina tem procurado identificá-lo com os valores constitucionais relevantes. Porém, mesmo as teorias constitucionais do bem jurídico, bastante estendidas no seio da dogmática contemporânea, não logram alcançar de forma satisfatória o conceito, porque a âncora constitucional permitiria sustentar a necessidade de criminalizar múltiplos comportamentos — a constituição seria uma sorte de mandato de determinação para o legislador —, a raiz da pluralidade de valores referenciados na carta constitucional (FERNÁNDEZ, 2004, p. 291, tradução nossa).<sup>1</sup>

A intervenção do Direito Penal só é legítima caso seja imprescindível para a tutela de um bem jurídico, revelando-se ineficientes para a sua proteção outras

---

<sup>1</sup>*Em el intento de fijar una noción segura sobre el sustrato material del bien jurídico, la doctrina ha procurado identificarlo con los valores constitucionales relevantes. Pero aun las teorías constitucionales del bien jurídico, bastante extendidas em el seno de la dogmática contemporânea, no logran “cerrar” em forma satisfactoria el concepto, porque el anclaje constitucional permitiría sostener la necesidad de criminalizar múltiples comportamientos-la Constitución sería una suerte de “mandato de determinación” para el legislador-, a raiz de la pluralidad de valores referenciados em la Carta Constitucional. (FERNÁNDEZ, 2004, p.291)*

formas de sanção, denotando a necessidade de criminalização do fato, sem encerrar, portanto, “[...] um sistema exaustivo de proteção e bens jurídicos” (LUIZI, 2003, p. 40).

Segundo Paschoal (2003) cumpre consignar que o

[...] caráter limitador do bem jurídico fica expresso quando analisados os princípios informadores do Direito Penal mínimo (subsidiariedade, fragmentariedade e lesividade), segundo os quais nem tudo pode ser considerado bem jurídico penal; mesmo o que pode ser não precisa estar tutelado de todos os tipos de lesão [...] (PASCHOAL, 2003, p. 48).

Nesse mesmo sentido:

Que o Direito Penal só deva proteger “bens jurídicos” não significa que todo “bem jurídico” tenha que ser protegido penalmente, nem que todo ataque a bens jurídicos penalmente tutelados deva determinar a intervenção do Direito Penal. Ambas as coisas se oporiam, respectivamente, aos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade. O conceito de “bem jurídico” é, pois, mais amplo do que o de “bem jurídico penal (PUIG, 2007, p. 95).

Greco e Tórtima (2011), ao discorrerem sobre a ideia de que a incriminação de condutas só seria legítima caso afetassem os chamados bens jurídicos, atentam para a problemática dela decorrente referente à necessidade de determinar o que é bem jurídico e ao alcance do seu conceito.

## **2.1 O alcance do conceito de bem jurídico penal**

Salutar a verificação do que se pode entender como bem jurídico sob o viés da repercussão do alcance desse entendimento, consoante as principais vertentes doutrinárias. Tal estudo interliga-se ao papel do bem jurídico diante da própria função que se atribui ao Direito Penal.

### **2.1.1 A concepção crítica de bem jurídico de Claus Roxin e o conceito pessoal de bem jurídico de Winfried Hassemer**

A escolha pela penalização de um comportamento, questão problemática para o Direito Penal, necessita de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador (ROXIN, 2009).

A escolha dos bens jurídicos a serem tutelados deve se pautar em uma função social do Direito Penal, qual seja a busca de uma coexistência pacífica e livre aos cidadãos, com respeito a seus direitos fundamentais, quando ela não puder ser alcançada com outras medidas menos agressivas à liberdade do indivíduo (ROXIN, 2009).

Deve-se entender por bem jurídico aquilo que for indispensável para cumprir essa finalidade, como a vida e a liberdade, assim como bens jurídicos da coletividade, que devem servir para o desenvolvimento do indivíduo na sociedade, como o meio ambiente (ROXIN, 2011).

Essa noção de bem jurídico pode ter sua origem na concepção de contrato social, em que os cidadãos transferem ao Estado somente uma parcela do seu poder de punir, qual seja aquela suficiente para uma convivência e coexistência pacíficas, impondo ao Estado, assim, uma limitação na criminalização das condutas, já que ele não poderia ultrapassar os limites desse poder punitivo impostos pela razão da transferência, ressaltando que uma das principais objeções contra esse conceito de bem jurídico seria sua indeterminação, o que, por essa razão, segundo as críticas, “[...] tem de falhar a tentativa de fazer da lesão a um bem jurídico um pressuposto de uma penalização e de com isso impor um limite à faculdade de intervenção do Direito Penal” (ROXIN, 2011, p.185-186).

Roxin (2011) assevera, no entanto, que as críticas relativas ao alcance, à amplitude e à indefinição do que seja bem jurídico não se balizariam na intenção de formular um conceito de bem jurídico crítico à legislação, mas partiria de um conceito metodológico de bem jurídico segundo o qual qualquer finalidade legal já criaria um bem jurídico e, ao se buscar algo comum a todos os tipos, natural que se encontrasse uma definição de alcance indeterminado.

A respeito do conceito metodológico de bem jurídico, consigna Jorge de Figueiredo Dias:

[...] esta concepção faz dos bens jurídicos meras fórmulas interpretativas dos tipos legais de crime, capazes de resumir compreensivamente o seu conteúdo e de exprimir “o sentido e o fim dos preceitos penais singulares” [...] Uma tal compreensão do bem jurídico deve hoje ser rejeitada em absoluto. Com ela, na verdade, o conceito, ao se tornar intra-sistemático, perde completamente- contra os seus melhores propósitos- a ligação a qualquer teleologia político-criminal e deixa de poder ser visto como padrão crítico de aferição da legitimidade da criminalização [...] (DIAS, 1999, p. 64).

Um conceito de bem jurídico crítico com a legislação impõe limites ao legislador, na medida em que rechaça a existência de normas penais que atentem contra Direitos Fundamentais, tenham um caráter meramente simbólico — ou seja, que não são necessárias para garantir uma vida em comunidade, perseguindo objetivos distantes do Direito Penal —, proíbam condutas de autolesão, bem como os meros atentados contra a moral, a criminalização dos tabus, a simples proteção de sentimentos, sem que haja ameaça de lesão a eles, ou busquem a tutela de objetos cuja abstração denota a necessidade de utilização de um juízo de valor infundado, em face da não descrição suficiente de um bem jurídico concreto. (ROXIN, 2009).

Nesse sentido:

[...] o esquema punitivo, ao não estar ancorado na comprovação empírica de ações criminosas e/ou de fatos lesivos taxativamente denotados pela lei, resulta amplamente substancialista e decisionista: a subjetivação das hipóteses normativas do delito, com efeito, não compromete apenas a legalidade estrita, mas comporta também a subjetivação do juízo, confiado a critérios discricionários de valoração da anormalidade ou perigosidade do réu, que inevitavelmente dissolvem o conjunto das garantias processuais. (FERRAJOLI, 2002, p. 80).

O que possa ser considerado bem jurídico submete-se à mutabilidade própria da sociedade.

Segundo Hassemer, o princípio do bem jurídico “[...] é ambivalente, podendo, de acordo com a situação histórica da legislação penal, ser favorável tanto a uma criminalização, como a uma descriminalização” (HASSEMER, 2011, p. 18).

Tal ambivalência, no entanto, não sustenta a exultação de uma possível indeterminação quanto à criminalização ou não de uma conduta que ameace o bem jurídico. Hassemer assevera que “[...] o princípio do bem jurídico não pode responder sozinho à questão do merecimento de pena [...]” (HASSEMER, 2011, p. 17-18).

O alcance da tutela penal criminalizando condutas e fundamentando sua ingerência requereria mais que a ameaça ao bem jurídico, haja vista essa não ser denotativa da necessidade de criminalização e aplicação de sanção penal, limitadas pelo próprio sistema de princípios penais.

À violação de bens jurídicos como elemento fundamentador do merecimento de pena contrapõem-se princípios que atuam no sentido de uma limitação da punibilidade, os quais eu reúno sob a concepção da “formalização da justiça penal”. Dentre eles há que se mencionar especialmente os seguintes: subsidiariedade (o recurso ao Direito Penal só pode ter lugar quando nenhum outro meio puder solucionar adequadamente o conflito); danosidade social (o conflito tem que atingir “todos nós” e não somente o autor e a vítima); tolerância, humanidade, respeito da dignidade humana (uma ameaça penal, não importa a forma, não pode atentar contra os fundamentos de nossa cultura jurídica). [...] eles exprimem que o legislador pode garantir a proteção de bens jurídicos somente dentro de estritos limites e apenas com meios específicos para tanto (HASSEMER, 2011, p. 18).

Hassemer (2011), partindo de um conceito pessoal de bem jurídico, atenta para a questão se esse conceito ainda hoje cumpriria a tarefa de limitação das legislações penais em razão das tendências de criminalização de condutas que não afetam bens jurídicos clássicos, como a vida ou a propriedade particular, mas afetam o que ele denomina de vítimas diluídas, como as que atentam contra a economia ou o meio ambiente. Conceitua bens jurídicos como interesses humanos que carecem de proteção penal e afirma que a tutela das instituições só pode ocorrer se, e até quando, ela puder ser considerada como condição que torna possível a proteção de pessoas.

Assevera ainda Hassemer (2011, p. 23) que “[...] somente uma teoria pessoal do bem jurídico exigirá uma verificação prévia rigorosa a respeito da criminalização de uma conduta, no caso de bens jurídicos coletivos”. Portanto, para ele, um conceito pessoal de bem jurídico funciona como um agente que direciona ou funcionaliza bens da coletividade a partir da pessoa, balizando-se nos interesses dos seres humanos. Como exemplo, o mesmo autor cita a tutela do meio ambiente, em que o bem jurídico não seria o meio ambiente em si próprio, mas somente como meio necessário para a vida e a saúde humanas.

Nesse diapasão, explica Sternberg-Lieben:

[...] o ordenamento jurídico há de configurar-se em torno da pessoa, mesmo quando esta seja ulteriormente considerada em sua vertente de participante da sociedade e a ela vinculada. O Direito penal tem como missão contribuir para assegurar condições de desenvolvimento pessoal: o Direito penal é o meio de proteção de última razão das circunstâncias que se mostrem como condições e requisitos de desenvolvimento pessoal (STERNBERG-LIEBEN, 2007, p. 108 e 109, tradução nossa).<sup>2</sup>

<sup>2</sup> [...] *el ordenamiento jurídico há de configurarse em torno a la persona, aun cuando ésta sea ulteriormente considerada em su vertiente de participante em la sociedad y vinculada por Ella. El*

Aduz Hassemer que “[...] quanto mais passos se tiver que dar para, legitimado por um interesse humano, intervir com uma ameaça penal, tanto mais cuidadoso deve-se ser em relação ao se e ao como da ameaça penal” (HASSEMER 2011, p. 22).

No que se refere aos bens jurídicos ditos universais, presentes nos campos da economia, da proteção do meio ambiente e da proteção de dados, Hassemer (2011), saliente-se, diz que embora apenas intermediariamente possam se referir a um interesse do ser humano, a teoria pessoal do bem jurídico não pode contestar que o legislador queira atuar nessas áreas. Recorre-se ao princípio da subsidiariedade do Direito Penal, o qual só deve intervir, mormente nesses casos, quando demonstrado inequivocamente que a ameaça penal é mesmo necessária, diante da ineficiência de outras formas de tutela. Ao se considerar ou reconhecer não o bem jurídico universal, mas o bem pessoal ao qual se refere, muitos tipos penais, como ocorreria na seara do meio ambiente, deveriam ser qualificados mais como um injusto administrativo.

Assim, Hassemer (2011) nega os bens ditos universais como bens jurídicos. Bens jurídicos seriam os interesses humanos aos quais eles se referem.

Roxin (2009) abertamente critica a postura de Hassemer (2011), afirmando que um conceito de bem jurídico não pode ser limitado a bens jurídicos pessoais, abrangendo também os bens da generalidade, devendo, no entanto, ter como ponto de partida o cidadão, na medida em que só seriam legítimos quando servissem a ele.

Frise-se, assim, a existência de bens jurídicos individuais ou metaindividuais, sendo aqueles de titularidade do particular, de natureza estritamente privada, e esses últimos de uma titularidade universal — ou seja, coletiva ou difusa, de forma que ultrapassam a esfera do indivíduo e atingem a coletividade, sem que se deixe de levar em conta o indivíduo como integrante indistinto da comunidade. No entanto, existe entre as duas espécies de bens uma relação de complementariedade, na qual

---

*Derecho penal tiene como misión contribuir al aseguramiento de las condiciones del desarrollo personal: el Derecho penal es el medio para proteger como ultima ratio las circunstancias que se muestran como condiciones y requisitos del desarrollo personal* (STERNBERG-LIEBEN, 2007, p. 108 - 109)

os bens jurídicos ditos metaindividuais referem-se, indiretamente, em maior ou menor grau, à pessoa, ao indivíduo (PRADO, 2009).

O mais importante, entretanto, não é discutir sobre a existência dos bens jurídicos metaindividuais ou coletivos, mas sim delimitar o seu conteúdo substancial, buscando-se evitar a afronta a princípios fundamentais do Direito Penal, individualizando tais bens de forma determinada e objetiva (PRADO, 2009).

Ensina Prado (2009) que os bens metaindividuais — ressaltando que a sua referência, independente da sua natureza, é o indivíduo — classificam-se em: a) bens institucionais, em que a tutela que transcende o indivíduo revela-se pela intermediação de uma pessoa de Direito Público, fornecendo como exemplos a administração pública e a administração da justiça; b) bens jurídicos coletivos, os quais afetariam um número mais ou menos determinável de pessoas, como ocorreria nas relações de consumo; e c) bens jurídicos difusos, nos quais essa determinação referente ao número de pessoas não existiria, em razão de afetarem a coletividade como um todo, citando como exemplos o ambiente e o patrimônio cultural. Ademais, para o autor, a análise de tais bens no que concerne a sua tutela pelo Direito Penal deve se operar sob um viés liberal, servindo ao indivíduo, sem que se subordine o indivíduo ao todo social.

Tavares (2002), referindo-se ao conteúdo pessoal dos bens, explica que “[...] todo bem que se possa reconhecer como coletivo, em face da impossibilidade fática de identificação da pessoa de seu titular, é no fundo um bem do indivíduo” (TAVARES, 2002, p. 203).

Ensina ainda o autor que “a necessária vinculação de um bem jurídico estatal à sua origem e finalidade pessoal é uma garantia do indivíduo de que sua liberdade não será molestada por mera adoção de políticas públicas [...]” (TAVARES, 2002, p. 203).

Nesse sentido, atente-se ao enunciado:

Desse ponto de vista, o juízo de valor sobre a relevância de um determinado bem jurídico metaindividual-coletivo ou difuso-exige o reflexo na órbita individual ou social para a sua vulneração. Esse Estado não pode desconhecer a significação que por si mesma implica extensão social de um determinado interesse, mas, de outro lado, não pode prescindir de reclamar como mínima uma determinada gravidade na repercussão do bem jurídico coletivo ou difuso na esfera individual. Isso para se evitar a perigosa tendência que tem quase todo Estado social de hipertrofiar o Direito Penal

através de uma administrativização de seu conteúdo, o que se verifica quando se prima em excesso pela ordem coletiva (PRADO, 2009, p 98).

Importante a discussão se o conceito de bem jurídico sob a ótica personalista necessitaria de uma complementação para abarcar outros bens, cuja tutela se discute hodiernamente.

Para Roxin (2011), seria necessária a ampliação desse conceito para abarcar a tutela da vida das gerações futuras e da diversidade da natureza, justificando-se na própria Constituição alemã, a qual impõe a responsabilidade estatal pelas gerações futuras e pela proteção dos animais. Quanto à vida das gerações futuras, na concepção de Schünemann citado por Roxin (2011), o dever de conservação do meio ambiente seria “uma norma fundamental universal”. Haveria, pois, uma extensão do contrato social às gerações futuras e continuaria havendo a referência a interesses humanos e a proteção de um bem jurídico, já que em sua conceituação não existiria nenhuma limitação às gerações atuais, vivas.

Roxin (2011), todavia, não abandona o conceito de bem jurídico por ele adotado; apenas complementa-o, e deixa claro que essas duas exceções só permitem a intervenção do Direito Penal em último caso, haja vista, na maior parte dos casos, a previsão de outros tipos de sanções, como as administrativas, revelarem-se suficientes.

### **2.1.2 O bem jurídico e o funcionalismo-sistêmico de Günther Jakobs**

Na contramão da teoria do conceito crítico de bem jurídico, Jakobs (2011), sob a influência da teoria dos sistemas de Luhmann, segundo a qual a sociedade é comunicação, afirma que o sistema jurídico seria um subsistema integrante do sistema social e que o Direito Penal não tem a função de tutelar bens jurídicos, mas de garantir a vigência das normas, de garantir uma expectativa de que as agressões a esses bens não ocorrerão por parte de terceiros.

Ensina Juarez Tavares:

[...]segundo a linha do raciocínio sistêmico [...] postula JAKOBS que a norma jurídica não determina propriamente condutas, senão esclarece se estas pertencem ou não a determinada ordem e, na medida em que são

sancionadas, estabilizam essa ordem. Assim, não se pode atestar a existência da norma porque ela se destine a dirigir condutas ou porque não fora de algum modo violada. Mais importante é determinar se essa norma fornece um padrão de interpretação adequado ao plano social e não à consciência individual. Uma norma, portanto, terá existência real, ainda quando seja violada, conquanto que a infração como tal possa ser identificada no processo de sua comunicação, isto é, na medida em que sobre ela possa ser aplicada uma sanção [...] (TAVARES, 2002, p. 65).

O bem passa a ter relevância jurídico-penal a partir do momento em que seu titular exerce uma expectativa cognitiva de que terceiros não atentarão contra o seu bem, expectativa essa que seria garantida pela própria norma, retirando do bem a vinculação a um objeto externo. O Direito Penal atende ao sistema jurídico enquanto um sistema parcial social que se insere na sociedade, restaurando na seara da comunicação a vigência normativa perturbada pela infringência da norma. Com a pena, nega-se a conduta ofensiva à expectativa cognitiva de respeito a ela e, concomitantemente, reafirma-se a identidade da sociedade, que seria determinada por meio dessas normas — as quais Jakobs denomina de regras de configuração — e não por estados ou bens (JAKOBS, 2003).

O delito não é tomado como princípio de uma evolução nem tampouco como evento que deva solucionar-se de modo cognitivo, mas como falha de comunicação, sendo imputada essa falha ao autor como culpa sua. Dizendo de outro modo, a sociedade mantém as normas e se nega a conceber-se a si mesma de outro modo. Nessa concepção, a pena não é tão somente um meio para manter a identidade social, mas já constitui essa própria manutenção (JAKOBS, 2003, p. 4).

A partir do momento em que há a violação da expectativa normativa de respeito ao bem, manifestada na norma, não ocorre a lesão a um bem jurídico previamente escolhido para ser tutelado pelo Direito Penal, mas a transgressão a uma expectativa de conduta que dever-se-ia ter adotado, revelada pela não obediência à norma penal, que não é de propriedade de pessoas.

Criticando esse posicionamento, Prado (2009) aduz que ele é formalista e vazio de conteúdo, incompatível com os postulados de um Estado Democrático de Direito, pois corrosivo do conteúdo liberal do bem jurídico, o que dificulta a limitação do poder punitivo estatal.

Ressalta-se que a discussão acerca do princípio da proteção do bem jurídico como limitador da ingerência do Direito Penal sustenta-se principalmente na sua

ineficiência diante dos bens jurídicos coletivos. Entretanto, a necessidade da proteção de bens dessa natureza deve atentar para a imprescindibilidade da criminalização de condutas que ofendam tais bens ou se, ao contrário, a tutela deles poderia se operar de outra forma, por meio de sanções menos invasivas, e tal raciocínio é o mesmo que se aplica a bens jurídicos como a vida ou o patrimônio.

Acatar a existência de um conceito de bem jurídico não inviabiliza a sua aplicação àquele bem que seja coletivo, pois a salvaguarda dele baliza-se no indivíduo, perquirindo-se se ela é indispensável para a existência e o desenvolvimento do ser humano. Some-se a isso que afirmar que o Direito Penal protege a vigência da norma, sendo a pena a sua reafirmação, com um enfoque do bem jurídico como uma criação posterior à sua transgressão, por ter ocorrido ofensa à expectativa cognitiva — externada na própria norma — de que se terá o seu Direito respeitado, reforça a noção de que a norma penal também deve proteger bens jurídicos, pela razão de que tal expectativa corresponde ao que se pode e se deve esperar quanto à atitude de um terceiro, que seria justamente a não ofensa ao seu Direito, o que só existe com a não afronta à norma. Nesse sentido:

[...] não pode ser fim da pena garantir a vigência da norma como valor em si próprio. Pelo contrário, essa garantia da vigência da norma tem de garantir os bens jurídicos protegidos pela norma. Isso acabou reconhecido pelo próprio Jakobs, ao apontar que não é suficiente que a um agente lhe seja atribuído o seu fato como erro seu, mas que essa certeza normativa só terá capacidade de guiar comportamentos se ela estiver “cognitivamente alicerçada”, isto é, “não pode existir uma certa probabilidade de que o cidadão se torne vítima ao fazer uso de seus direitos”. Se o Direito Penal não tem apenas de confirmar a vigência da norma, mas também garantir a segurança, ele está protegendo bens jurídicos, o que deveria ser reconhecido também por Jakobs (ROXIN, 2011, p. 205).

Existe uma dependência recíproca entre a Sociedade e o Direito Penal, de maneira que aquela, em razão da sua própria transformação, espera desse esforços para solucionar novos problemas sociais (JAKOBS, 2003).

Essa ligação interfere na escolha dos bens a serem tutelados e de quais condutas devem ser criminalizadas. Porém, o apelo social ao Direito Penal deve ser contido por limites estritos.

Afinal, o Direito Penal como manifestação do Poder Punitivo, por razões ligadas às características ínsitas do que se pode denominar poder, é suscetível de

ser tensionado a atuar severamente e a restringir direitos individuais como a liberdade.

Pelo fato de as normas jurídicas serem manifestações do poder e por isso restringirem a liberdade do indivíduo, inegável que o Direito Penal, sem qualquer escusa, deve servir ao cidadão (COSTA LYRA, 2012).

Nesse sentido, afirma Kindhäuser que “o direito penal é poder, e como todo poder, uma faca de dois gumes, sendo assim inimigo potencial da liberdade que deve garantir” (KINDHÄUSER, 2012, p. 94).

De fato, tende-se a utilizar o Direito Penal como o primeiro e mais eficiente instrumento de combate aos riscos da sociedade moderna. Tal postura, com uma orientação voltada para as consequências e guiada pelas variáveis formas ou experiências de ameaças, deve ser rechaçada (HASSEMER, 2005).

A existência de uma sociedade com o incremento de novas ameaças cuja prevenção torna-se necessária diante da própria modernização da sociedade, com a transposição da natureza meramente individual dos bens tutelados, fomenta a tendência expansionista do Direito Penal, abrindo margem para afastá-lo de seus princípios norteadores mediante a criação de normas incriminadoras que antecipam a intervenção penal em dissonância com uma teoria do bem jurídico pautada na limitação do poder punitivo estatal.

Imprescindível o esforço no sentido de não se permitir o desvirtuamento dos fins do Direito Penal, sob a ótica da tutela de bens jurídicos como limitação à sua intervenção.

### 3 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E O PODER PUNITIVO ESTATAL

*A história é o discurso do poder, o discurso das obrigações pelas quais o poder submete; é também o discurso do brilho pelo qual o poder fascina, aterroriza, imobiliza. Em resumo, vinculando e imobilizando, o poder é fundador e fiador da ordem; e a história é precisamente o discurso pelo qual essas duas funções que asseguram a ordem vão ser intensificadas e tornadas mais eficazes (FOUCAULT, 2005, p.79).*

O poder punitivo estatal ligado ao *ius puniendi* — ou direito de punir do Estado —, diante do cometimento de delitos, há que se pautar rigorosamente pelos critérios da legalidade, cuja observância se mostra inafastável em um Estado que se pretenda Democrático de Direito. Indubitável a relevância da análise do Princípio da Legalidade, principalmente como limite a esse poder.

#### 3.1 Origem e evolução histórica

As primeiras manifestações positivas do princípio ocorreram com a Revolução Francesa, como medida de combate ao absolutismo. O cidadão já não deveria servir ou atender à vontade particular dos detentores do poder, mas à vontade popular, de forma que deixaria de ser mero instrumento do poder para ser partícipe dele e, ao mesmo tempo, controlá-lo. Entre as garantias concedidas ao cidadão no viés de uma democracia encontra-se a divisão de funções entre os diversos órgãos do Estado. Dessa forma, o Poder Executivo nem o Poder Judiciário poderiam criminalizar condutas, estipulando sanções penais (GIACOMOLLI, 2007).

A Declaração de Direitos de Virgínia, de 12 de junho de 1776, afirmava o caráter opressor das leis com efeito retroativo, as quais não deveriam ser promulgadas. O princípio da legalidade foi proclamado na Constituição norte-americana de 1774. A Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, dispõe que ninguém será castigado por atos ou omissões que no momento em que foram cometidos não eram considerados delitos, segundo o direito nacional ou internacional, e tampouco se imporá uma pena mais grave que a aplicável no momento da prática da infração penal (GIACOMOLLI, 2007).

Ensina Luisi (2003) que o fundamento histórico do princípio da legalidade está na teoria do contrato social do Iluminismo, em que se preconiza a limitação da atuação do poder do Estado em prol dos direitos do indivíduo, dentre os quais se encontra o da Reserva Legal, segundo o qual só é crime o que a lei estipular como tal, definindo ela também a sanção penal, devendo o fato ser anterior a ela.

No entanto, fora somente com a sua inserção na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1786, que o princípio iniciou o processo de sua universalização, sendo adotado por quase todas as Constituições políticas e Códigos Penais do século XIX (LUIZI, 2003).

Nesse mesmo sentido ensina Giacomolli (2007) que chama atenção para o Direito Penal Dinamarquês, que no Código Penal de 1966 admitiu a analogia para fundamentar a pena. Tal fato também ocorreu nos Códigos Penais da União Soviética de 1922 e de 1926, reintroduzindo-se nessa federação, em 1958, o princípio da legalidade. O autor atenta ainda para a odiosa legislação alemã, que, em 1935, permitiu uma punição extralegal, baseada no “sentimento do povo”, com a criação de leis indeterminadas, até a readmissão do princípio, em 1946.

Prado (2009) coaduna com a ideia de que o princípio origina-se no ideário da ilustração, especialmente na obra *Dei delitti e delle pene* (1764), de Beccaria, e afirma que deve sua formulação latina — *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* — a Feuerbach (1810).

Como bem atentou Giacomolli (2007) tal fórmula, embora semanticamente seja a mesma, atualmente possui um significado bem mais amplo do que o seu conteúdo originário. Há que se analisá-la levando-se em conta o conteúdo das leis penais e sob a ótica da proteção e garantia ao indivíduo perante o poder punitivo estatal.

Segundo ainda o mesmo autor, no âmbito internacional, o princípio está expressamente previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no Convênio Europeu para a proteção dos Direitos Humanos de 1950 e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966.

Quanto à previsão do princípio em resoluções da ONU, afirma-se:

Por sua atualidade, não se pode esquecer que em 14 de dezembro de 1990, a Resolução 45/110 da Assembleia Geral da ONU estabeleceu que as medidas não-privativas de liberdade devem estar previstas em lei, e que o poder discricionário é exercido pela autoridade judiciária ou outra autoridade independente, competente em todas as fases do processo,

assegurando-se a plena responsabilidade, de acordo com as normas legais (GIACOMOLLI, 2007, p.156).

### 3.2 Conceito e características

Batista (1990) afirma que “[...] o princípio da legalidade constitui a chave mestra de qualquer sistema penal que se pretenda racional e justo” (BATISTA, 1990, p. 65).

Não há como se proteger da violência legal, da ingerência estatal ou do denominado poder punitivo do Estado sem a observância a esse princípio, que limita o que tendencialmente direciona-se ao arbítrio e tutela o que de mais precioso se tem para o desenvolvimento de uma Sociedade Democrática: os direitos fundamentais do indivíduo. Contra um “Estado criminoso” cabe a pergunta: A quem clamar o remédio quando aquele que deveria evitar a dor foi quem a causou?

Segundo Luisi (2003), o princípio se desdobra em três postulados: o da reserva legal; um concernente à enunciação dessas normas – referente ao postulado da determinação taxativa; e outro à validade das disposições penais no tempo, que é o da irretroatividade.

O princípio da legalidade, sob a ótica do postulado da reserva legal, está expresso na Constituição Federal de 1988<sup>3</sup> e no art. 1º do Código Penal.<sup>4</sup> É dividido por alguns setores da dogmática jurídica em Reserva Absoluta e Reserva Relativa. Segundo a Reserva relativa, o legislador fixaria as linhas gerais, fundamentais, delegando os seus detalhes à administração. Pelo princípio da Reserva Absoluta, a lei deve disciplinar toda a matéria criminal, pois somente ela pode fazê-lo, excluindo-se qualquer outro tipo de disciplina normativa (LUISSI, 2003).

Em razão do princípio, proíbe-se ainda a utilização da analogia em Direito Penal e dos costumes como fonte de criminalização de condutas. Somente é

---

<sup>3</sup> Art. 5º, XXXIX da CF: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”

<sup>4</sup> Art. 1º do CP: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

permitida a analogia in *bonam partem*; ou seja, quando a aplicação do método de integração da lei for favorável ao réu (CIRINO, 2006).

Pelo fato de o princípio da Reserva Legal preocupar-se com a submissão do juiz à lei, sem a análise do seu conteúdo, Ferrajoli (2002) o denomina de princípio da mera legalidade, impondo a aplicação pelo magistrado do dispositivo legal tal como foi elaborado.

Há, ainda, a distinção entre legalidade formal da legalidade substancial, ou material. Ensina Luisi, referindo-se à legalidade material:

Esta seria anterior, e poderia ser mesmo contra a lei, tendo como fonte uma espécie de direito natural, a ser pesquisado na natureza das coisas. É evidente que a chamada legalidade substancial implica na negação prática da Reserva Legal, posto que só no formal da lei é que se pode explicitar o princípio em análise (LUIZI, 2003, p. 22).

### **3.3 Princípio da mera legalidade e princípio da estrita legalidade**

Segundo Cirino, pode-se afirmar que o princípio da legalidade “[...] é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito [...]” (CIRINO, 2006, p. 20).

Indubitavelmente, é uma garantia ao indivíduo em face do Estado, que deve respeitar as leis e, mais, deve atentar para o seu conteúdo. O princípio da legalidade impõe limites ao conteúdo da lei, ao seu aspecto material. Afinal, não basta que uma conduta esteja prevista em lei, em um tipo penal incriminador — pois tal fato respeitaria simplesmente o princípio da mera legalidade — para que possa ser considerada crime, sob pena de se relegar o cidadão aos caprichos e conveniências do legislador, mormente quando se coadunam com as pressões das classes dominantes ou dos setores da sociedade que exercem maior influência socioeconômica.

Desloca-se a criminalidade quanto à pesquisa das condições que determinam o comportamento criminoso para a pesquisa das condições que fixam o grau de probabilidade de que certas condutas sejam definidas como criminosas. A problemática referente a se estabelecer quais crimes devem ser perseguidos — ou

seja, o poder de criar as normas penais e o poder de aplicá-las, referindo-se, nesse último caso às pessoas atingidas pela seleção penal — carece de uma consciente e crítica reflexão por parte das pessoas e instituições que os detêm. Haveria uma relação entre os detentores do poder e as demais pessoas na criação e aplicação das normas balizada no antagonismo entre os grupos sociais, exprimindo-se os interesses daqueles (BARATTA, 2002).<sup>5</sup>

Os ideais que inspiraram o princípio da legalidade, segurança jurídica e certeza não podem ser utilizados como fundamento para a violação das garantias individuais dos cidadãos (GIACOMOLLI, 2007).

O modelo de crime como ofensa a bens jurídicos permite ao cidadão que lhe seja conferido um grau de proteção contra os abusos estatais superior ao que existiria caso se atentasse somente às finalidades da norma, haja vista que o legislador ficaria adstrito tão somente a uma mera legalidade, abrindo margem à ofensa ao denominado princípio da legalidade estrita.

Com relação ao princípio da estrita legalidade, leciona Ferrajoli:

Enquanto o axioma de mera legalidade se limita a exigir a lei como condição necessária da pena e do delito (*nulla poena, nullum crimen sine lege*), o princípio da legalidade estrita exige todas as demais garantias como condições necessárias da legalidade penal (*nulla lex poenalis sine necessitate, sine injuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione*). Graças ao primeiro princípio, a lei é condicionante; graças ao segundo, é condicionada (FERRAJOLI, 2002, p. 76).

Saliente-se que, segundo Ferrajoli (2002), o princípio da estrita legalidade exige duas condições: uma de caráter formal ou legal e outra de caráter empírico ou fático das hipóteses de desvio legalmente definidas. O caráter legal define o desvio punível como simplesmente aquele indicado pela lei, sem atentar para o que seria socialmente lesivo, enquanto que a segunda condição exige que a definição legal do desvio se pautem em figuras empíricas e objetivas de comportamento, sem ser criada com referências a figuras subjetivas do autor.

---

<sup>5</sup> O enfoque criminológico abordado fora o de uma teoria funcionalista. Não se pretendeu aprofundar no assunto, em razão de não ser necessário esse aprofundamento em face do objeto de estudo deste trabalho.

O princípio da legalidade assume papel importantíssimo na escolha dos bens a serem tutelados pelo Direito Penal. Mais, denota o grau de respeito aos direitos fundamentais quando analisado sob o viés da estrita legalidade.

Sem a sua observância o legislador poderia criminalizar condutas sem que houvesse qualquer limite para a sua atuação, a qual deve primar pelo bem-estar do indivíduo e afastar-se, sempre que possível, do Direito Penal, do qual só se deve fazer uso quando ineficientes outras formas de intervenção estatal, como o Direito Administrativo.

Afirma Malaree:

Desde logo, uma política penal em uma sociedade democrática fundada na proteção de bens jurídicos não pode perder de vista o homem e seus direitos fundamentais. Isso implica que o homem não pode ser objeto de manipulação, transformar-se em um meio, mas ser o fim dentro do processo democrático. Por isso, a seleção dos interesses a serem protegidos pela norma penal há de se fazer superando as formulações ideológicas que podem conduzir à proteção de interesses incompatíveis com o caráter democrático do Estado (MALAREE, 1991, p. 156, tradução nossa).<sup>6</sup>

Na dogmática penal, também há referência ao princípio da estrita legalidade como a legalidade em seu aspecto material e ao da mera legalidade, em seu aspecto meramente formal. Assim, a legalidade material existiria quando se respeitasse os princípios norteadores do Direito Penal, averiguando-se o conteúdo da lei, com a imposição de restrições ao legislador e ao intérprete, e a legalidade formal requereria simplesmente que o fato estivesse previsto em lei penal (PRADO, 2009).

O princípio da legalidade estrita ou material é o pilar de um Direito Penal Garantista, em que princípios de natureza penal e processual penal, interligados entre si, buscam garantir ao indivíduo a defesa contra o arbítrio estatal, formulando-se axiomas garantistas que não refletem proposições assertivas, mas proposições prescritivas, dizendo o que deve ocorrer, e não o que de fato ocorre, haja vista que o garantismo penal é um modelo a ser perseguido, impondo limites à atuação do

---

<sup>6</sup> *Desde luego, una política penal en una sociedad democrática fundada en La protección de bienes jurídicos no puede perder de vista al hombre y sus derechos fundamentales. Ello implica que el hombre no puede ser objeto de manipulación, transformarse en un medio, sino que tiene que ser el fin dentro del proceso democrático. Por eso, la selección de los objetos a ser protegidos por la norma penal ha de hacerse superando las formulaciones ideológicas que pueden conducir a la protección es incompatible con el carácter democrático Del Estado. (MALAREE, 1991, p. 156).*

Estado; ou seja, um modelo ideal que deve balizar o ordenamento penal e minimizar o poder punitivo estatal. Tal modelo é denominado de garantista, cognitivo ou de legalidade estrita (FERRAJOLI, 2002).

Nesse sentido, não deve haver pena se não existir crime; não há crime se não existir lei tipificando a conduta; não deve existir lei penal se não houver necessidade; só existirá necessidade da criação da lei penal se houver ofensa a um bem jurídico; não há ofensa se não existir a prática, a exteriorização de uma conduta; essa conduta deve ser culpável; a culpabilidade deve ser demonstrada em um devido processo legal; há que se imputar ao indivíduo a prática do crime, acusando-o formalmente, com a separação entre juiz e acusação; por sua vez, à acusação incumbe o ônus de provar o que alega e, por fim, só existirá prova apta a ser supedâneo de uma decisão judicial se houver o exercício do direito da ampla defesa e do contraditório.

Aos axiomas garantistas correspondem os princípios da retributividade da pena, da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito, da necessidade, da lesividade ou da ofensividade do evento, da materialidade da ação, da culpabilidade, da jurisdicionariedade, princípio acusatório, princípio do ônus da prova e princípio do contraditório ou da defesa.

A lei, por si só, frise-se, não traz a certeza de respeito ao princípio da legalidade. Veja-se o que ocorreu no nacional-socialismo, em que, servindo-se aos caprichos e conveniências do Estado Nazista, criou-se um ordenamento jurídico que espelhava o Racismo do Estado, o qual teria contado, inclusive, com a participação de juristas consagrados. Sobre isso, escreve Muñoz Conde, aduzindo a participação de Edmund Mezger na elaboração do projeto de lei acerca do tratamento ao que se denominou “estranhos à comunidade”:

Assim o demonstra, sobretudo, sua destacada participação na elaboração de um Projeto de Lei sobre o tratamento dos “*Gemeinschaftsfremde*” ('estranhos à comunidade'), conceito sob o qual se compreendiam diferentes grupos de pessoas, fundamentalmente pessoas à margem da sociedade, mendigos, vagabundos, ladrões e estelionatários de pouca monta, etc. contra os quais as SS queriam agir ainda mais energeticamente, do que já permitiam as medidas de segurança contra o delinquente habitual introduzidas no código Penal alemão de 1933. As SS e seu chefe, Himmler, não pareciam estar, apesar de tudo, satisfeitos com o resultado conseguido com essas medidas e outras, como a esterilização e a castração para os delinqüentes sexuais, em seu afã por incrementar a repressão, e, no caso, o

extermínio dessas pessoas, reduzir o escasso controle judicial a que ainda obrigava à anterior regulação, buscavam soluções mais eficazes e menos formalizadas judicialmente (CONDE, 2005, p. 84).

A defesa dos direitos do homem compreende três bens supremos, quais sejam o da vida, da liberdade e da segurança social, mas enquanto considerada a relação política uma relação entre poder e liberdade, é indispensável que a defesa desses direitos se direcione, como dedução da própria observação da história, contra o Poder, toda forma de Poder (BOBBIO, 2004).

A relevância dos direitos do homem, base das constituições democráticas, liga-se à democracia e à paz, que se faz necessária para a tutela concreta desses direitos. A convivência pacífica entre os indivíduos depende de um processo de democratização, o qual está intrinsecamente ligado à proteção dos direitos do homem em cada um dos Estados (BOBBIO, 2004).

Segundo Ferrajoli, “[...] o princípio da legalidade estrita implica todas as demais garantias — da materialidade da ação ao juízo contraditório [...]” (FERRAJOLI, 2002, p. 77), de forma que a ofensa a qualquer uma das garantias adrede citadas significa uma afronta ao mesmo.

### **3.3.1 Princípio da intervenção mínima: o caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal**

Dentre as garantias de um sistema pautado na estrita legalidade está inserido o princípio da intervenção mínima, do qual decorrem a natureza subsidiária e fragmentária do Direito Penal (LUIZI, 2003).

O princípio da intervenção mínima surgiu como uma resposta da burguesia ao sistema penal absolutista, que manteve o espírito abrangente das legislações medievais, havendo a necessidade de contenção do poder legiferante estatal na seara penal (BATISTA, 1990).

Puig afirma que “[...] o Direito penal deve se limitar a oferecer o último recurso — *ultima ratio* — quando os demais meios de controle social, jurídicos ou não, resultarem insuficientes” (PUIG, 2007, p. 34).

O Direito só pode ter como legítima uma proibição quando justificada por sua absoluta necessidade; ou seja, quando se estiver diante de condutas lesivas que representariam uma violência e lesão de direitos, respectivamente, maiores e mais graves do que aquelas causadas institucionalmente pelo próprio Direito Penal (FERRAJOLI, 2002).

Segundo o princípio da intervenção mínima, que, embora não esteja expresso na Constituição Federal Brasileira de 1988, é imanente aos fundamentos de um Estado de Direito, estando nela implícito, o Direito Penal só deve intervir quando outras formas de intervenção se revelarem insuficientes para a tutela do bem jurídico, denotando o seu caráter subsidiário (LUISI, 2003).

Já a natureza fragmentária do Direito Penal refere-se à necessidade de o bem jurídico ser relevante para a sociedade a ponto de requerer a ingerência penal, tornando-se essa indispensável para a sua tutela, mas somente contra as condutas tidas como as mais graves.

Esclarece Puig acerca do princípio da fragmentariedade que “[...] o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas aos bens que protege, mas somente as modalidades de ataque mais perigosas aos mesmos” (PUIG, 2007, p. 94).

Somente de uma sociedade democrática pode surgir o bem jurídico. Nela se definirão primeiramente os objetos a proteger pelo ordenamento jurídico e destes objetos, conforme o caráter residual e fragmentário do direito penal, os bens jurídicos. Em outras palavras, somente terão o caráter de bens jurídicos aqueles objetos que tendo sua origem em uma sociedade democrática, tenham proteção penal. Esta conclusão se deriva do próprio caráter do direito penal em relação a outros ramos do direito. O direito penal não está em condições em uma sociedade democrática de dar uma proteção ampla. Pode compartilhar com outros ramos do direito a proteção dos mesmos objetos, mas por seu caráter de ultima ratio o âmbito de proteção está restringido aos ataques mais graves (MALAREE, 1991, p. 143-144, tradução nossa).<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> *Sólo de una sociedad democrática puede surgir el bien jurídico. En ella se definirán primeramente los objetos a proteger por el ordenamiento jurídico y de estos objetos, conforme al carácter residual y fragmentario del derecho penal, los bienes jurídicos. Em otras palabras, sólo tendrán el carácter de bienes jurídicos aquellos objetos que teniendo su origen em una sociedad democrática tengan protección penal. Esta conclusión se deriva del propio carácter del derecho penal em relación com otras ramas del derecho. El derecho penal no está en condiciones em una sociedade democrática de dar una protección amplia. Puede compartir com otras ramas del derecho la protección de los mismos objetos, pero por su carácter de ultima ratio el ámbito de protección está restringido a los ataques más graves (MALAREE, 1991, p.143-144).*

O caráter fragmentário do Direito Penal foi citado pela primeira vez por Binding, em 1896, em seu Tratado de Direito Penal Alemão Comum, Parte Especial (1896), embora o autor se preocupasse apenas com a sua superação, em razão das lacunas dele decorrentes e de suas consequências na proteção dos bens jurídicos, contrariamente à posição doutrinária atual, em que se reconhece a importância e a necessidade dessa fragmentariedade (BATISTA, 1990).

Segundo Baracho Júnior (2000), o grau de complexidade a que as sociedades modernas chegaram não mais abarcaria a redução da complexidade da relação entre o público e privado, como nos paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social.

Aduz o autor:

No paradigma do Estado Democrático de Direito surge uma pluralidade de esforços no sentido de resgatar a força integradora do Direito, enfraquecida nos paradigmas anteriores. Tais esforços têm em comum a valorização dos princípios constitucionais que garantem a autonomia privada e os que organizam processos decisórios públicos (BARACHO JUNIOR, 2000, p. 167).

A ideia isolada de um Estado Social como forma de legitimação de uma função de prevenção, sem atentar para os limites impostos pela necessidade da intervenção penal, é superada diante da concepção do Estado Democrático, que obriga, na medida do possível, a colocação do Direito Penal a serviço do cidadão. (PUIG, 2007).

A tendência intervencionista do Estado Social conduziu alguns países a 'sistemas políticos totalitários', alcançando seu ápice no período que mediou entre as duas guerras mundiais. A experiência dos horrores que isso trouxe consigo, primeiro na paz e depois com a guerra, deixou evidente a necessidade de um Estado que, sem abandonar seus deveres para com a sociedade, é dizer, sem deixar de ser social, reforce seus limites jurídicos num sentido democrático (PUIG, 2007, p. 80).

Conforme lição de Luisi, o Estado Democrático Liberal “vem sendo gradativamente substituído por um Estado de matiz democrático, mas de índole social”. Porém, “[...] os ditos Estados democráticos sociais tem inarredáveis

compromissos com os valores pregados pelo pensamento iluminista, principalmente a liberdade” (LUIZI, 2003, p. 31).

Em dissonância com o acima exposto, vê-se no Direito Penal um cenário diferente. Os variados problemas decorrentes da modernização da sociedade, ligados ao desenvolvimento tecnológico, à deterioração do meio ambiente, à criminalidade massiva, etc., vêm sendo enfrentados nos Estados Democráticos contemporâneos com um sistema político-criminal expansionista, distanciando-se da preservação da autonomia da pessoa e de uma esfera de liberdade ao cidadão (LUIZI, 2003).

Este quadro faz com que o direito penal se torne cada vez menos fragmentário, e mais omnicomprensivo, - bem vistas as coisas, - é a indicação de uma supressão cada vez maior da área da liberdade pessoal. O espaço da liberdade da pessoa vem se reduzindo progressivamente. Como afirma Filippo Sgubi, “hoje é raro encontrar condutas que se possam dizer, com certeza, estranhas a área de incidência do ordenamento penal” (LUIZI, 2003, p. 130).

O Garantismo Penal, como um modelo ideal a ser perseguido, balizado no princípio da estrita legalidade, reflete a tendência do sistema punitivo estatal de extrapolar o seu âmbito de atuação, funcionando como um receptor/equalizador das tensões e conflitos sociais, transmutando-se o ordenamento jurídico penal em uma espécie de armamento estatal contra os perigos atinentes à vida em sociedade, cujos efeitos aos olhos daqueles que por ele anseiam são aparentemente muito mais rápidos e eficientes.

De fato, há uma tendência a se fazer uso da lei penal arbitrariamente sob “a camuflagem” ou “fantasia legal”.

O professor Leonardo Isaac Yarochevsky leciona que:

A sanção penal como remédio sancionador extremo, pode ser comparada à morfina, que só deve ser ministrada em casos gravíssimos, quando a dor torna-se insuportável e outros medicamentos já não produzem o efeito desejado. Se através de outro remédio, menos danoso, a dor pode ser aliviada ou combatida, torna-se dispensável aplicar o remédio mais grave, cujos efeitos colaterais são mais maléficos para o paciente. Do mesmo modo, é preferível aplicar uma sanção administrativa ao invés de uma sanção penal, se aquela cumpre a finalidade do direito de proteção de um determinado bem (YAROCHEWSKY, 2005, p. 137).

O legislador cada vez mais faz uso do Direito Penal, na contramão de uma das suas finalidades, qual seja a limitação do poder punitivo estatal, da sua interferência na esfera privada dos destinatários da norma. Tal fenômeno, qual seja a hipertrofia desse ramo do Direito, fora chamado, como salientado por Luisi, por Francesco Carrara em sua monografia intitulada *Um nuovo delitto*, de 1883, de “nomomania”, ou “nomorréia penal” (LUIZI, 2003).

A nomorréia caracteriza uma afronta aos direitos do indivíduo e aos princípios norteadores de um Direito Penal.

De um modelo ideal não se pode abdicar, sob pena de, como bem aduziu Zaffaroni (2007), deixar o poder jurídico de contenção sem seu principal elemento orientador, ao qual o autor denomina “Estado de Direito Ideal”.

### **3.4 Da determinação taxativa**

Segundo Luisi (2003), corolário do princípio da legalidade é o postulado da “determinação” ou da taxatividade, o qual o autor prefere denominar de “determinação taxativa”, segundo o qual as leis penais devem ser o mais objetivas e claras possível, de forma que o legislador deve evitar expressões dúbias, altamente subjetivas, vagas, criando tipos que não permitem uma averiguação precisa de qual seja a hipótese fática tipificada.

Nesse viés:

[...] mas o Direito penal caracteriza-se por prever as sanções, em princípio, mais graves- as ‘penas’ e ‘as medidas de segurança’-, como forma de evitar os comportamentos que julga especialmente perigosos- os ‘delitos’. Trata-se, pois, de uma forma de controle social cuja importância determinou, por um lado, sua monopolização pelo Estado e, por outro, que se constituísse em uma das parcelas fundamentais do poder estatal que desde a Revolução Francesa considera-se necessário delimitar com a máxima clareza possível como garantia do cidadão. Daí que o poder punitivo, reservado ao Estado, só possa ser exercido de acordo com o previsto por determinadas ‘normas legais’, a serem aprovadas pelos representantes do povo nos países democráticos. Tais normas, que constituem o Direito Penal, devem determinar, com a maior precisão possível, que condutas podem ser consideradas constitutivas de delito e que penas podem sofrer aqueles que as realizam (PUIG, 2007, p. 33 - 34).

Ao se exigir a criação de leis penais claras, sem uma carga de subjetividade que prejudique o seu entendimento, própria de tipos penais vagos, restringe-se o arbítrio do operador do Direito.

Algumas expressões são tão vagas que quando são elementares de um tipo abrem um leque extenso de interpretações, de forma que facilmente uma conduta pode ser tida como subsumida à norma penal. Expressões como “subverter a ordem”, “ordem pública” e “organização criminosa” são exemplos de como, dependendo da vontade do intérprete, uma conduta pode ser considerada “subversiva” ou não, criminosa ou não.

Ainda que se pense na interpretação como um processo em que o sujeito que interpreta se insere nele, pois, claro, ela depende de quem está interpretando, e as particularidades de cada indivíduo interferem nessa construção, no Direito Penal o grau de certeza e objetividade há que ser o maior possível, como um ideal de garantia ao cidadão.

Embora seja um postulado implícito, decorrente do princípio da legalidade, como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, a taxatividade está explicitada em algumas legislações.

Na constituição alemã, a Lei Fundamental de 1948, a determinação taxativa está explicitada no artigo 103/2 posto que textualmente posta a exigência da determinação das normas penais incriminadoras: “um fato só pode ser castigado se a punibilidade estiver legalmente determinada por lei antes de seu cometimento”. Também o princípio em causa está posto de forma exemplar na vigente constituição da Nicarágua, que no inciso X do artigo 34 ordena que a norma incriminadora deve ser “expressa e inequívoca (LUIZI, 2003, p. 25).

### 3.5 Da irretroatividade da lei penal

O terceiro postulado decorrente do princípio da legalidade é o da irretroatividade da lei penal, a qual somente retroage para beneficiar o réu. Está previsto no artigo 5º, XL, da CF.<sup>8</sup>

Tal postulado defende o indivíduo da aplicação de leis criadas especificamente para a punição de fatos praticados antes da sua entrada em vigor e para o aumento de penas de certos crimes, mormente quando os fatos causaram comoção popular e o legislador espera dar uma resposta ao anseio da sociedade por punições mais severas.

Luisi (2003) atenta para o ocorrido nos julgamentos do Tribunal de Nuremberg e de Tóquio, tribunais de exceção, criados com base em convenções internacionais posteriores aos fatos, específicos para julgar determinadas pessoas. Com razão, afirma que houve ofensa ao princípio da legalidade, ainda que se diga que no caso em análise se estava diante de fatos substancialmente criminosos e que atentavam contra exigências básicas de justiça.

---

<sup>8</sup> “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”

#### 4 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE OU PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

*Enquanto existirem tratamentos punitivos e técnicas institucionais de prevenção que incidam sobre os direitos e as liberdades dos cidadãos, a sua justificação residirá, unicamente, no sistema de garantias penais e processuais que lhe assistirão (FERRAJOLI, 2002, p.277).*

Dentre os princípios que balizam um Direito Penal Garantista, também se inclui o princípio da lesividade, ou princípio da ofensividade, que ocupa papel de destaque na defesa contra o arbítrio do legislador e do aplicador da lei penal, mantendo um elo estreitíssimo com a teoria do bem jurídico como um limite à intervenção estatal, na medida em que uma conduta só se configura como penalmente relevante quando ofende bens jurídicos de terceiros. Mas há, então, que se perquirir o que seria essa ofensa.

A ofensa ao bem jurídico refere-se ao desvalor do resultado do tipo, que não se confunde com o resultado material, dito naturalístico, típico dos crimes para cuja consumação se exige a sua ocorrência.

Se se entender o resultado no seu aspecto meramente jurídico, confundindo-o com o perigo concreto de lesão, ou a lesão ao um bem jurídico, está claro e manifesto que não há crime sem resultado (TAVARES, 1980). Ora, para que se configure um injusto penal é indispensável a ocorrência desse resultado, referente à ofensa ao bem tutelado, que se manifesta por meio da lesão a ele ou de sua colocação efetiva em perigo. Ocorre que uma conduta poderá colocar, efetiva e concretamente, o bem jurídico em perigo, enquanto outras poderão ser consideradas como potencialmente lesivas sem que haja a necessidade- verificabilidade- de criação concreta desse perigo.

Afirma Prado que “[...] todo delito deve lesar ou pôr em perigo de lesão determinado bem jurídico” (PRADO, 2009, p. 42).

Batista (1990) ensina que se podem extrair quatro principais funções do princípio da lesividade. A primeira se refere à proibição de incriminação de atitudes meramente internas, como os atos de cogitação; a segunda, à proibição de incriminação de condutas que não excedam o âmbito do autor — ou seja, que não

atinjam terceiros — como a incriminação da autolesão ou de atos meramente preparatórios; a terceira, à incriminação de “[...] *simples estados ou condições existenciais*” (BATISTA, 1990, p. 93), rechaçando-se um direito penal pautado nas características do autor, e não no fato, em razão do que tal função, levada às últimas consequências, levaria à exclusão das medidas de segurança, que se pautam em um juízo de perigosidade, e a quarta, à proibição de incriminação de condutas que não afetem qualquer bem jurídico, como condutas tidas como imorais.

A existência dos denominados sistemas substancialistas ou sistemas subjetivistas, caracterizados pela inexistência da ação e pela inexistência da ofensa, priva o indivíduo da garantia de materialidade da ação e da lesividade do fato. Há a repressão não apenas a determinados comportamentos, mas a atitudes subjetivas de imoralidade, de perigosidade, e de hostilidade ao ordenamento, ultrapassando os limites impostos pela materialização de uma conduta concretamente realizada. Com relação à ausência da ofensa, abre-se mão da lesão de bens jurídicos concretos, reprimindo de forma antecipada a colocação em perigo dos bens ou punindo-se o desvalor social da conduta, independente da consequência da mesma frente ao bem que se quer proteger, bem como levando-se em conta o desvalor político da conduta (FERRAJOLI, 2002).

O modelo de crime como ofensa a bens jurídicos — opondo-se a modelos não-liberais, como os que são próprios do moralístico direito penal da vontade ou da atitude interior, ou do autoritário direito penal baseado na infidelidade ao Estado ou à comunidade, ou do vago e terrorístico direito penal da personalidade perigosa-assegura, portanto, à legislação penal a forma característica de um direito penal liberal (DOLCINI; MARINUCCI, 1994, p. 154).

O princípio da lesividade dispõe que o fato somente poderá constituir um ilícito penal se for ofensivo, ou seja, lesivo ou perigoso e tal princípio limita a atividade tanto do legislador quanto a do Juiz. No âmbito legislativo, tendo natureza constitucional, proíbe a criação de tipos construídos, em abstrato, como fatos indiferentes e preexistentes à norma. No âmbito jurisdicional, impele ao juiz à análise da ofensa, concreta, ao bem, para que se fale em tipicidade, ainda que exista a subsunção da conduta ao tipo. O princípio da lesividade, assim, pelo fato de não permitir que o desvalor se pautе exclusivamente na ação, garantiria a proteção contra um Direito Penal de mera vontade ou da perigosidade, em que a

manifestação de vontade, ainda que sem qualquer resultado ofensivo, ou o juízo acerca do perigo que o autor representa, dissociado da existência da ofensa, já seriam suficientes para a interferência penal (PALAZZO, 1989).

Quanto ao tipo de autor, há não a proibição de comportamentos, mas de condições subjetivas, prescindindo da ação e do fato ofensivo. A lei seria violada, portanto, em razão não de uma conduta a ela contrária, mas em razão das condições pessoais do indivíduo (FERRAJOLI, 2002).

Veja-se o crime de embriaguez ao volante sob a ótica da necessária lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico, tipificado no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro.<sup>9</sup>

Ainda que aquele indivíduo que tenha ingerido quatro copos de cerveja tenha em seu sangue quantidade superior ao permitido pela lei ou apresente sinais de embriaguez, pode ser que ele tenha transcorrido todo o trajeto respeitando as normas de trânsito, sem gerar qualquer perigo de lesão a um bem jurídico. No entanto, a punição justifica-se muito mais pelo desvalor social e político da ação; quer-se diminuir os acidentes e mortes no trânsito com a utilização de um Direito Penal subjetivista, na medida em que não há no caso em comento a materialização de qualquer ofensa a um bem jurídico, a não ser a própria transgressão à norma.

Se se entender que há nesse tipo a antecipação da punição, com a presunção de colocação do bem a um perigo, necessariamente, deduz-se que aquele que ingeriu álcool dirigirá de forma mais perigosa que aquele que não ingeriu qualquer quantidade dessa substância. Há uma demonização de certas condutas, com forte influência da mídia, no sentido de que elas merecem a punição por meio

---

<sup>9</sup> Lei 9503/97. Art 306: Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo

do Direito Penal. O mesmo ocorre com relação a outros tipos de drogas ilegais, como a maconha.

Nesse sentido, Maria Lúcia Karam aponta que:

Envolvendo hábitos presentes em todo o globo e que deitam raízes na própria história da humanidade, contendo elementos permeáveis e campanhas moralizantes e à criação de fantasias e mistérios, a produção, a distribuição e o consumo das selecionadas drogas, que, com a proibição, se tornaram ilícitas, serviram como um fácil pretexto para sua apresentação como o novo “mal universal”, um “flagelo, algo assustador e ameaçadoramente próximo, que seria incontrollável por meios regulares e deveria ser enfrentado com medidas mais rigorosas, excepcionais ou emergências (KARAM, 2009, p. 6).

Inebriante, todavia, é o fato de que o uso exagerado de drogas legais, como os benzodiazepínicos<sup>10</sup>, poderia causar os mesmos efeitos que o uso do álcool na condução de veículo automotor. No entanto, há uma tolerabilidade social — uma sedação coletiva — muito maior nesse caso, em razão do próprio desconhecimento da sociedade sobre o assunto.

Ademais, percebe-se que o critério racional de escolha das drogas a serem consideradas ilegais cede espaço ao moralismo e ao senso comum, afastando-se cada vez mais de critérios científicos.

A respeito da licitude/ilicitude do uso de certas substâncias, frise-se que a autolesão é incompatível com o princípio da lesividade, pois o bem jurídico ao qual se causou o dano ou perigo concreto de dano deve pertencer a um terceiro. A prescindibilidade dessa ofensa exalta e fortalece uma função meramente de vigência da norma, exposta no capítulo anterior. O resultado é valorado em um viés estritamente normativista.

Quanto ao crime tipificado no artigo 28 da Lei 11.343/2006, qual seja o porte de substâncias entorpecentes para uso pessoal<sup>11</sup>, saliente-se que tramita no

---

<sup>10</sup> Os benzodiazepínicos são medicamentos hipnóticos e ansiolíticos com efeitos notáveis e com amplo índice terapêutico. Apresentam, ainda, propriedades anticonvulsivante, relaxante muscular e amnésica. O extenso uso inadequado dessa classe de medicamentos é relatado, tanto em países desenvolvidos quanto em desenvolvimento. (FIRMINO, *et al*, 2012, p.158).

<sup>11</sup> Art 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

- I - advertência sobre os efeitos das drogas;
- II - prestação de serviços à comunidade;
- III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Supremo Tribunal Federal o Recurso Extraordinário 635.659, em que se discute a (in)constitucionalidade da incriminação dessa conduta sob o argumento da violação ao princípio da lesividade e à intimidade (GOMES, 2012).

Como esse crime tem como objeto jurídico a saúde pública, insta analisar se o uso de uma substância entorpecente como a maconha causa um dano ou um perigo concreto de dano a ele. Ora, a não ser sob uma perspectiva de presunção, sob a ótica de dano como transgressão à norma, a resposta a tal questionamento só pode ser negativa.

O porte de drogas para uso pessoal não ofende a saúde pública — sem que se possa afirmar que tal ofensa concretamente possa ocorrer, em razão dos critérios utilizados para a escolha das drogas a serem consideradas ilegais — senão a saúde individual, a saúde do próprio indivíduo. A autolesão é incompatível com o princípio da lesividade, pois o bem jurídico ao qual se causou o dano ou perigo concreto de dano deve pertencer a um terceiro. A expansibilidade do perigo e a destinação individual são coisas distintas. Na conduta daquele que adquire ou porta uma droga ilegal para uso próprio não se pode enxergar uma ofensa à saúde pública em face dessa expansibilidade do perigo (KARAM, 1993).

Roxin (2006, p. 45-46) assevera que se “[...] um adulto plenamente responsável adquire uma pequena quantidade de haxixe exclusivamente para seu uso pessoal, não lesiona ele ninguém que não a si próprio”.

---

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.)

Tanto o crime de embriaguez ao volante quanto o crime de porte de drogas para uso pessoal destoam-se da necessidade da intervenção penal quando condicionados à lesividade causada a bens jurídicos de terceiros, sendo imprescindível o ataque ao bem jurídico, levando-se em conta os efeitos concretos da conduta.

Segundo Ferrajoli, “[...] a absoluta necessidade das leis penais fica condicionada pela lesividade a terceiros dos fatos proibidos [...]” (FERRAJOLI, 2002, p. 373), correspondendo aos axiomas *nulla necessitas sine iniuria*<sup>12</sup> e *nulla poena, nullum crimen, nulla Lex poenalis sine iniuria*<sup>13</sup> (FERRAJOLI, 2002, p. 373).

Importa trazer à baila o posicionamento do autor quanto aos ataques em que não se pode individualizar o bem pertencente a um indivíduo. Para ele, a criminalização de condutas em que não se pode concatenar o ataque ao bem de uma pessoa, citando como exemplos a fé e a ordem pública, dentre outros, ofende o princípio da lesividade. Ele também se refere à afronta do princípio quando se incriminam condutas não lesivas a terceiros, como a embriaguez e o uso de entorpecentes, quando as normas preveem sanções com pena pecuniária, exclusivamente ou alternativamente com pena privativa de liberdade, e na existência das contravenções penais, sob o argumento de que seriam, utilizando suas palavras, “delitos de bagatela”, que não justificariam o processo penal nem a pena (FERRAJOLI, 2002).

De fato, o Direito Penal somente deve atuar quando a lesividade da conduta mostrar-se materializada, rechaçada, assim, a sua antecipação com supedâneo na presunção da ofensa.

---

<sup>12</sup> Não há necessidade de pena sem ofensa.

<sup>13</sup> Não há pena, não há crime, não há lei penal sem ofensa.

## 5 CRIMES OU TIPOS DE LESÃO E CRIMES OU TIPOS DE PERIGO

*Ainda que o “perigo” ou “risco” deva constituir a noção-chave da dialética da ilicitude penal, como síntese entre a tese do desvalor de ação e a antítese do desvalor de resultado, isto em nada contende com a contestação que deve merecer a tentativa de transformar o direito penal dos bens jurídicos num direito penal dos perigos (DIAS, 1999, p. 72).*

O estudo dos crimes de lesão e dos crimes de perigo permite a aferição de qual resultado pode ser considerado como legítimo em relação ao princípio da lesividade, para fundamentar a interferência penal.

### 5.1 Conceito

O tipo penal pode descrever uma conduta cuja prática cause uma lesão ao objeto jurídico tutelado pela norma ou uma conduta que provoque um perigo de lesão a esse bem, ou seja, um perigo para a integridade do objeto de proteção, distinguindo-se entre tipos de lesão e tipos de perigo.

Segundo Cirino (2005), os tipos de lesão se caracterizam pela lesão real do objeto da lesão, enquanto os tipos de perigo requerem tão somente para a sua configuração típica, no que concerne ao resultado advindo da conduta, a produção de um perigo para o objeto de proteção.

Vargas (1987, p. 68) ensina que, para “[...] distinguir se um tipo é de dano ou de perigo, deve considerar-se o instante em que, segundo a descrição típica, a conduta se torna perfeita”. Assim, caso ela se torne perfeita, com a efetiva lesão do bem protegido, o tipo será de dano; se, ao contrário, requerer somente a potencialidade do dano, será de perigo. O autor, exemplificando, afirma que “[...] entre os tipos de perigo podem ser citados os do art. 130, *caput* (perigo de contágio venéreo), do art. 137 (rixa) e do art. 250 (incêndio)”.

Toledo (1991, p. 143) afirma que, levando-se em conta o bem jurídico a ser tutelado é que se dividem os crimes em crimes de dano, que causam ao bem uma lesão efetiva; e crimes de perigo, que causam uma potencialidade de lesão, a qual

pode se concretizar ou não, mas para cuja materialização não pretende o legislador esperar. Nas palavras do autor, “[...] que o legislador deseja cortar no nascedouro”.

Lopes (1965, p. 37) afirma que no crime de dano ocorreria “[...] uma perda ou diminuição efetiva [...]” de um bem jurídico, enquanto que no crime de perigo da ação resultaria “[...] uma situação de perigo de dano para o bem ou interesse Jurídico”.

Declara Heleno Cláudio Fragoso acerca do que seja dano e perigo:

Dano é a alteração prejudicial de um bem: a destruição ou diminuição de um bem; o sacrifício ou restrição de um interesse jurídico. Perigo é a probabilidade de dano, pois a possibilidade abrange também o eventual e o raro. A ideia de perigo deve implicar na possibilidade de iminente superveniência de dano e se expressa na probabilidade (FRAGOSO, 1993, p. 169).

Percebe-se pelo exposto que o resultado advindo da conduta típica relevante para o Direito Penal pode consubstanciar-se em uma lesão ao bem jurídico ou em uma ameaça de lesão a ele com a sua exposição a um perigo de dano. Nos crimes de dano, a configuração típica, com a subsunção do fato ao tipo, só se completa com a realização do dano, ou seja, com a lesão. Nos crimes de perigo, o dano não é elementar do tipo, bastando que exista a probabilidade de sua ocorrência, que exista o perigo de lesão ao bem jurídico.

Zaffaroni e Pierangeli (2007, p. 483) aduzem que “[...] a afetação do bem jurídico pode ocorrer de duas formas: de dano ou lesão e de perigo”. Ensinam, ainda, que todos os tipos penais requerem um resultado, individualizando-os de maneiras distintas. Alguns, denominados “tipos materiais”, os mencionam expressamente, de forma que o resultado material é indispensável; outros, denominados “tipos formais”, ou tipos de “pura atividade”, o vinculam inseparavelmente à conduta ou se limitam ao puro resultado da conduta. De qualquer forma, essa distinção seria criticável, porque a própria conduta sempre implicaria um resultado (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007, p. 406).

Toledo (1991) frisa que os crimes de perigo não se equiparam rigorosamente aos formais. Podem ser formais quando analisados sob a ótica do resultado que com a norma se pretende evitar; ou materiais quando analisado o fato caracterizador do perigo, citando como exemplo a fabricação de moeda falsa.

Para valer a norma delimitadora não pode prescindir de determinado efeito, que difere do efeito de sua infração, como prega a teoria sistêmica, mas se refere ao efeito da lesão, requerendo, pois, que a conduta cause um dano individual e social de certa gravidade ou que tenha criado um perigo concreto desse dano (TAVARES, 2002).

## 5.2 Crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato

Os crimes de perigo concreto exigem a constatação, em cada caso, de que a conduta causou um perigo efetivo, real, de lesão ao bem jurídico.

Os crimes de perigo abstrato, também denominados crimes de perigo presumido, não exigem tal constatação. A prática da conduta, com a transgressão da norma, por si só já faz presumir que houve a ocorrência de um perigo de dano ao bem.

Esclarece Francisco de Assis Toledo:

Estes — os de perigo — se subdividem em crimes de perigo concreto e em crimes de perigo abstrato ou presumido. Nos de perigo concreto, a realização do tipo exige constatação, caso a caso, de perigo real, palpável, mensurável. Nos de perigo abstrato, ao contrário, dispensa-se essa constatação, por se tratar de perigo presumido de lesão, como ocorre na formação de quadrilha ou bando (art. 288), punível ainda quando a associação de malfeitores não chega a cometer os crimes a que se propunha; assim, também, a falsificação de papel-moeda, punível mesmo que o dinheiro falso não tenha sequer sido objeto de troca ou de introdução na circulação (TOLEDO, 1991, p. 14).

Além do crime de formação de quadrilha, citado por Francisco Assis Toledo, o Código Penal e a legislação penal extravagante estão repletos de crimes de perigo abstrato. Como exemplo cite-se o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, tipificado no art. 14 do Estatuto de Desarmamento.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Lei 10.826/2003- Art 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Zaffaroni e Pierangeli (2007) referem-se aos crimes de perigo concreto como o verdadeiro perigo e os crimes de perigo abstrato como uma mera possibilidade, o que seria insustentável, porque o perigo abstrato não passaria de um “perigo de perigo”. Eles entendem que o verdadeiro perigo refere-se ao perigo concreto. Nos crimes de perigo abstrato, a presunção do perigo seria válida desde que não se provasse o contrário, havendo uma inversão do ônus da prova.

Fragoso (1993) afirma que os crimes de perigo abstrato também se denominam “crimes de simples desobediência”.

Alguns autores distinguem crime de perigo abstrato de crime de perigo presumido.

Mantovani distingue os crimes de perigo abstrato dos crimes de perigo presumido. Para o penalista, nos primeiros o perigo é ínsito na conduta de acordo com a experiência, e o juiz apenas deve averiguar a adequação da conduta ao tipo. Nestes (de perigo presumido), o perigo não é ínsito na conduta, mas a lei presume *juris et de jure*, não admitindo prova em contrário (MANTOVANI *apud* SILVA, 2003, p. 73).<sup>15</sup>

Importante é a análise de como se afere a criação do perigo. Os crimes de perigo concreto devem partir de uma perspectiva *ex post*; ou seja, levam-se em conta as circunstâncias reais, “[...] mesmo as somente conhecidas e cognoscíveis após a realização do fato” (GRECO, 2004).

Em verdade, o único perigo criminalizável seria o concreto, pois o abstrato não existe, não é real, não passa de uma construção normativa. Nesse sentido, Oliveira, entende que os delitos de perigo abstrato são “[...] meras desobediências a normas jurídicas” (OLIVEIRA, 2004, p. 95).

Cirino (2006) aduz que com relação aos crimes de perigo concreto a realização típica requer a efetiva causação do perigo para o objeto da ação, sendo a ausência de lesão ao bem meramente accidental. Já nos crimes de perigo abstrato a

---

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente.

<sup>15</sup> Neste trabalho, as denominações crimes de perigo abstrato e crimes de perigo presumido são tidas como sinônimas, haja vista o entendimento de que tal distinção se faz desnecessária, em razão de que nesses crimes o legislador criminaliza uma conduta que presumidamente gera um perigo, o qual, por sua vez, presume-se ínsito à conduta.

presunção de perigo para o objeto de tutela é suficiente, ainda que não haja a produção real de perigo.

Machado (2005) afirma que nos crimes de perigo abstrato a conduta é hipoteticamente tida como perigosa pelo legislador e que essa análise de sua periculosidade é realizada *ex ante*, por meio de uma ideia de mera probabilidade. Nesse contexto, não há como negar que, com fito à prevenção da materialização de um resultado lesivo, mitiga-se o conteúdo material do injusto em prol do desvalor da ação, avaliada normativamente em razão do descumprimento do dever de obediência. São, portanto, nos crimes de perigo abstrato esvaziados aspectos valiosos do injusto e maximizado o caráter preventivo da norma, transmutando-se o injusto em uma idêntica realidade normativa imanente a qualquer conduta que se subsuma formalmente ao tipo, pois que presumido de forma absoluta o perigo de lesão ao bem tutelado, prescindindo-se da análise da efetiva ofensa ao bem jurídico.

Acerca da concepção de injusto esclarece Juarez Tavares:

O importante na caracterização do conteúdo de injusto de um determinado fato é verificar três séries de fundamentos referentes ao caráter da incriminação. A primeira diz respeito à questão acerca do que disciplinar, a segunda deve referir-se ao modo desta incriminação e a terceira, à sua extensão. A primeira série está condicionada aos aspectos políticos da incriminação, em que se acentua a necessidade de uma delimitação do poder de intervenção do Estado delineada sobre o fundamento de que essa intervenção só pode efetivar-se na medida de sua necessidade, quer dizer, quando haja lesão de bem jurídico (TAVARES, 2002, p. 303).

Frise-se que surgem algumas questões que merecem ser analisadas ao se tratar do tema ora analisado. Dentre elas qual o conceito de perigo a fim de se tê-lo como um perigo proibido e, por isso, passível de criminalização da conduta que lhe deu causa; o que seria possibilidade e probabilidade do perigo; qual a diferença entre perigo e risco. Essas questões são importantes para o estudo do Direito Penal, na medida em que, com a modernização da sociedade e o impacto maior de fatos/acontecimentos, por sua fluidez e rápida conexão social, surge a necessidade de novos riscos permitidos advindos da atividade tecnológica/industrial, como as direcionadas ao meio ambiente e, conseqüentemente, a criação de medidas de contenção de tais atividades, para que não se transmute o risco permitido em uma conduta causadora de um perigo proibido.

Preleciona Bottini:

A assunção do risco como elemento nuclear da organização social lhe confere uma dinâmica peculiar, que permite inferir o novo papel do direito penal e dos demais discursos jurídicos que nela se produzem. A sedimentação do modelo de produção econômica sobre a dinâmica do novo, do inédito, do desenvolvimento científico exasperado, transforma a noção de risco, antes periférica e acessória, em um elemento central na organização social (BOTTINI, 2007, p. 28).

Importante a análise dessas questões a fim de se aprofundar no estudo dos crimes de perigo, mais especificamente dos crimes de perigo abstrato.

## 6 RISCO E PERIGO

*Uma análise histórica equilibrada e livre de preconceitos conduzirá [...] à conclusão de que a sociedade foi sempre — e talvez mais do que hoje, e porventura será sempre — uma sociedade de risco. Não há por isso razão bastante para que hoje se advogue (ou resignadamente se suporte) o crescimento exponencial de proteções antecipadas de bens jurídicos — de que os crimes de perigo abstrato são o sinal mais evidente [...]* (DIAS, 1999, p. 72).

Assinala Marques (2008) que a vida humana, marcada por subjetividades, é repleta de temores e de angústias. Teme-se algo determinado, a concretização de um mal presente ou futuro, avizinhandose, pois, o temor do perigo. Já a angústia refere-se às tantas possíveis escolhas do indivíduo no decorrer de sua vida, avizinhandose, em regra, do risco. Segundo a autora, “[...] a essência do perigo é a proximidade do dano, que pode se concretizar ou não” (MARQUES, 2008, p. 15).

Diferenciando perigo e risco, Marques afirma:

Incipiente e genericamente, o perigo concerne ao proibido e o risco, ao permitido. Nos dois últimos séculos, o acelerado crescimento técnico contribuiu para a geração de novos perigos e o incremento de riscos: o proibido e o permitido, via de consequência, também se alargam e se alastram (MARQUES, 2008, p. 34).

Na sociedade moderna, o avanço da tecnologia e da própria capacidade de assimilação de conhecimento refletiu-se no indivíduo, que, diante do novo, cíclico e mutável, vê-se amedrontado, cercado pela fluidez de uma sociedade em que atividades que impõem riscos tornam-se, muitas vezes, mais arriscadas, como o trânsito, ou surgem novas atividades que, em razão das consequências que delas podem advir, tornam-se focos de tensão, como aquelas ligadas à energia nuclear ou à ciência genética. Há, por isso, um anseio da sociedade de que o Direito Penal tutele eficazmente o meio ambiente, as relações cibernéticas e as atividades exercidas no tráfego terrestre, dentre outras.

A partir daí, identificam-se, no campo dos novos riscos, tendências de política criminal que têm em comum, de maneira geral, uma proposta de extensão da intervenção estatal sancionatória, de modo a utilizá-la como meio para evitar o maior número possível de resultados indesejáveis. Não se trata, simplesmente, do aumento quantitativo da reação punitiva ou da simples definição de novos comportamentos penalmente relevantes, mas do desenvolvimento de uma nova racionalidade de imputação, a partir da utilização de figuras dogmáticas diferenciadas- algumas vistas como excepcionais no passado- mais flexíveis e direcionadas muito mais à prevenção em face dos riscos do que à tradicional manifestação repressiva (MACHADO, 2005, p. 23).

Há que se precaver quanto aquilo que Hassemer (2005, p. 53) denominou de “Sistema de Direito Penal pelas consequências”, em que o sistema penal se converteria em um meio de combate à criminalidade, fenômeno que vem se intensificando nos dias atuais.

O Direito Penal desenvolve-se aí de um instrumento de controle do crime em um sistema de orientação global e em uma “organização de atuação” social. Isto vale como resposta às exigências da moderna “sociedade do risco”, a qual não mais compreende os bens jurídicos sob o ponto de vista de um perigo individual, mas sob o ponto de vista de um “grande transtorno” colocado em perigo. A intervenção jurídico-penal transforma-se de repressão pontual em prevenção global. A visão jurídico penal sobre o objeto e a consequência da intervenção amplia-se de modo extraordinário: do caso isolado à ordem sistemática global; do prejuízo patrimonial ao transtorno no mercado de capitais; da lesão corporal ao perigo à saúde popular [...] (HASSEMER, 2005, p. 361).

Há que se analisar com cuidado a interferência do Direito Penal, sob pena de afastar o bem jurídico de sua função de delimitação do poder punitivo estatal, bem como de afastar o ordenamento jurídico penal de seus princípios norteadores, como o princípio da lesividade.

Atente-se ainda para a “venda da criminalidade”, causando o aumento da sensação de insegurança e do medo do perigo, a que os políticos, preocupados com o aumento de sua clientela eleitoral, reagem utilizando-se do Direito Penal como um meio de tranquilizar a sociedade, convertendo-se a política em uma espécie de espetáculo, fenômeno esse denominado por Zaffaroni como “o novo autoritarismo cool do século XXI” (ZAFFARONI, 2007).

Com relação à dificuldade de se dizer quais condutas criariam um “perigo proibido”, leciona Daniela de Freitas Marques:

A demarcação dos limites entre o perigo proibido e o risco permitido é tarefa das mais tormentosas, em razão da incerteza de todos os limites, da atual incapacidade humana de fazer prognósticos, do excessivo poder à disposição da própria humanidade (MARQUES, 2008, p. 42).

Há, porém, que se afastar o máximo possível a tendência de se pautar a criminalização, com a criação de perigos proibidos, balizada na ponderação entre as supostas consequências de uma conduta — ainda que sem qualquer lesão ou perigo concreto de lesão ao bem — e as consequências da intervenção penal. Afinal, aos olhos de uma sociedade marcada pelo medo e pela incerteza a utilização do Direito Penal como arma preventiva apresenta-se como bastante atrativa.

### **6.1 Possibilidade e Probabilidade**

As ditas sociedades de risco<sup>16</sup>, ou sociedades de perigo, sob a primazia do temor e da angústia, abrem margem às probabilidades e às possibilidades, trazendo uma sensação de que a sorte, ou o azar, de que o aleatório deve ser afastado, a fim de se trazer a sensação de um “pouco de certeza” em uma existência marcada por incertezas e dúvidas. A possibilidade, o possível, se refere ao que pode acontecer, ligando-se a leis empiricamente estabelecidas, à natureza. A probabilidade, o provável se refere ao que deve acontecer, ligando-se à experiência cotidiana da vida, à cultura. Para a ocorrência do evento, no possível, é necessária a inexistência de uma lei empírica; no provável, é quase certo que o evento ocorrerá (MARQUES, 2008).

Assim, com fundamento na experiência do que normalmente ocorria, do que normalmente ocorre e do que provavelmente ocorrerá, percebe-se o perigo provocado, v.g., pelas inundações, pelos incêndios e pelos desabamentos causados naturalmente ou provocados por mãos humanas. Nas relações humanas, não menos frequente era e, ainda é, o perigo provocado, v.g., pelo abandono de crianças recém-nascidas ou pelo contágio de moléstias, sobretudo, contágio de moléstias venéreas (MARQUES, 2008, p. 32).

---

<sup>16</sup> A expressão Sociedade de Risco foi criada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, em 1986.

Acerca da definição de perigo e à noção de probabilidade/possibilidade, nos crimes de perigo, aduz Jair Leonardo Lopes:

[...] se o perigo é a probabilidade do dano e, não obstante a repetição da conduta, o dano não ocorre, como falar-se em sua probabilidade? O juízo de probabilidade é válido, quando da repetição da conduta, que lhe serviu de suporte, decorre, de maneira mais ou menos constante, o resultado temido. Alguém poderia argumentar que o resultado de dano ainda não ocorreu mas é possível que venha a ocorrer. Ora, não se deve confundir o provável com o possível. O que se exige para o conceito do perigo [...] é a probabilidade do dano e não a sua possibilidade (LOPES, 1965, p. 47- 48).

Marques atenta (2008) para a tendência de esgotamento do cálculo de possibilidades e de probabilidades em face da inexistência de controle sobre o próprio conhecimento e do próprio destino humano. Por mais que exista um apego à experiência da vida humana, vinculando-se o perigo ao mero cálculo de possibilidades e probabilidades, o acaso não pode ser descartado, ainda mais em uma sociedade com o implemento de novos riscos.

Na emergência desses novos riscos, verifica-se a inocuidade de calculá-los diante da indeterminação de suas causas e consequências, de forma que não são delimitáveis temporalmente e espacialmente.

[...] observou-se que, diante desses riscos, os conceitos de prevenção, previsão e monitoramento antecipado também falham; além disso, com a perda dos limites espaciais, temporais e sensoriais, perdem sentido os padrões de normalidade, os procedimentos de mediação de riscos e, portanto, a base para o cálculo dos danos (MACHADO, 2005, p. 60).

O ser humano está inserido em um constante processo de resoluções a serem tomadas no decorrer de sua existência. Suas decisões/conclusões dependem da forma como percebe e interage com o mundo, com as coisas e com pessoas com as quais lida nesse caminhar. A própria concepção de perigo, ou do que seja perigoso, concatena-se a essa ideia, referente às particularidades psíquicas e às características pessoais advindas de fatores genéticos, bem como sociais, nestes últimos incluídos o ambiente de trabalho e a função ou papel que se desempenha.

Um integrante da polícia preventiva enxergará, muito provavelmente, mais perigos a serem evitados e “potenciais praticantes de delitos” do que uma

nutricionista. Uma advogada criminalista, ao analisar determinada questão, pautar-se-á no sofrimento do seu cliente que porventura esteja preso e envolto a uma perseguição criminal, bem com na defesa de seus direitos individuais, enquanto que os integrantes do aparato punitivo estatal, como os membros do Ministério Público que atuam na seara penal, naturalmente, focalizarão sua atenção na vítima e na defesa da sociedade. Aquele que é delegado de polícia quer investigar e descobrir “quem é o criminoso”. E, nessa roda de interesses e concepções pessoais, os riscos e os perigos buscam ser evitados de acordo com o que ou quem se quer primeiramente defender.

No entanto, a defesa da sociedade não poderá jamais se sobrepor aos direitos e às garantias individuais quando envolta em deduções ou presunções. Interessa citar os denominados casos de bomba-relógio, em que o evento poderia pôr fim a inúmeras vidas ou a uma cidade, em casos mais graves. Como lidar com essa situação ao se pensar que caso o terrorista não conte ou fale onde está a bomba as conseqüências seriam catastróficas?

Pode o Estado, a fim de evitar o dano, quanto ao perigo, fazer o que for preciso, ainda que isso signifique a ofensa à vida ou à integridade física do suposto terrorista? E usa-se a palavra suposto porque a medida intervencionista, caso seja tomada, pauta-se em um juízo que prescinde de maiores verificações, em face da iminência da lesão, que poderá, forçoso admitir, não ocorrer.

A esse respeito, discute-se na Alemanha a possibilidade de legitimar a tortura em casos excepcionais, colocando para escanteio o fundamento da sua proibição, qual seja o princípio da dignidade humana (GRECO, 2009).

A favor da exceção à proibição da tortura tem-se como um dos argumentos o fato de que o indivíduo a ser torturado é o próprio responsável pela situação em que se encontra, de forma que ele não merece ter amparo na proibição. Isso significaria a premiação de suas características voltadas para o comportamento delitivo, em detrimento da vítima, que atuou conforme o direito. Fala-se, ainda, em “uma legítima defesa em favor de terceiro”, bem como na dimensão e gravidade do resultado da conduta, de maneira que haveria com relação à vítima uma “forma qualificada de lesão à dignidade” (GRECO, 2009, p. 15).

Se o suspeito é de fato o terrorista que está pondo em perigo a vida de pessoas inocentes, é imperativo de justiça que seja ele quem arque com os

custos da eliminação desse perigo (GUR-ARYE *apud* GRECO, 2009, p. 14 - 15).

Essa citação causa estranheza, pois se atribui a um suspeito a certeza de ser o terrorista. Ora, se o indivíduo é um suspeito não é recomendável dizer que ele seria, de fato, o terrorista causador do perigo.

A exceção à proibição da tortura é inaceitável, mesmo quando se pretende adotá-la somente para esses casos, pois a dignidade é tida como algo disponível em razão de uma decisão anterior. A dignidade dependeria, portanto, do comportamento do indivíduo, que só a teria até quando tivesse um proceder condizente com o seu merecimento, o que se denomina “regra de decadência” (GRECO, 2009).

Frise-se, ainda, que a regra de decadência atingiria qualquer pessoa que tivesse conhecimento do fato e que pudesse fornecer dados úteis para a evitação do resultado (GRECO, 2009).

Uma vez aceita a regra de decadência, abre-se um flanco que permite legitimar a pena de morte, a castração obrigatória de delinquentes sexuais, ou, inclusive, os assassinatos seletivos de terroristas conhecidos. Da mesma maneira, o reconhecimento da regra da decadência torna mais fácil que se justifique o desrespeito aos direitos fundamentais no trato com a criminalidade organizada (GRECO, 2009, p. 19).

Também deve se afastar a possibilidade de sua legitimação, por se pautar essa na dimensão do dano, pois que o “[...] ser humano poderia, em sua totalidade, ser instrumentalizado para fins alheios se os demais considerarem estes fins suficientemente valiosos” — e a admissão dessa “regra de custos” não encontraria limites (GRECO, 2009, p. 20). Ademais, é questionável a avaliação segundo a qual “[...] esse dano seria maior do que o que se produziria se a tortura fosse permitida” (GRECO, 2009, p. 28).

Diante do exposto, verifica-se a que ponto a probabilidade de um dano, pautado em seus efeitos, infiltra-se no discurso da segurança e alastra-se nos mecanismos estatais de intervenção penal antecipada.

Ora, é necessário dizer quais são os perigos proibidos e quais são os riscos permitidos referentes a condutas que atingem setores como o meio ambiente e a vida da população de forma drástica, como a energia nuclear e a clonagem de embriões humanos, dentre outros, mas sem, repita-se, abrir mão da tutela dos bens

jurídicos e do princípio da estrita legalidade, com todo o seu aparato garantista, sob pena de se relegar o Direito Penal à escravização pelo provável, às celas da prisão do medo e do incerto, construídas pela dita modernização da sociedade, cujo conhecimento científico pode ser empregado em desfavor dela mesma.

O perigo é imanente à própria vida em sociedade. Por essa razão, abrange-a amplamente, assim como os riscos. Já o perigo proibido e o risco permitido remetem a situações mais restritas, cuja esfera limita-se ao âmbito do previsível, que possibilita o agir cuidadoso.

Segundo Marques (2008), o perigo proibido se expressa por meio dos tipos de ilícito de perigo e o risco permitido, da valoração jurídico-penal das condutas e das atividades humanas. Aduz a autora que “[...] a responsabilidade é o cuidado, reconhecido como dever — fundado no temor da transmissão de uma herança degradada” (MARQUES, 2008, p. 40), sendo o princípio da responsabilidade primordial em relação aos males individuais ou que transcendem a esfera do indivíduo, cuja previsão nem sempre é possível. Por heranças degradadas entende-se a repercussão das escolhas humanas que dizem respeito às gerações atuais ou futuras em face da potencialidade destrutiva dessas escolhas quanto à viabilidade da vida futura (MARQUES, 2008).

[...] por mais que se tente fundamentar o perigo e o risco no cálculo de possibilidades ou de probabilidades, o fundamento tanto da proibição do perigo quanto da permissão do risco é a própria previsibilidade das condutas e das atividades humanas. Previsibilidade parelha ao cuidado-de-perigo, previsibilidade parelha à consciência da contingência humana. Ao fim e ao cabo, aos olhos humanos, somente são possíveis e prováveis as condutas e as atividades passíveis de previsão (MARQUES, 2008, p. 40).

Ainda que previsível o resultado, há que valorá-lo caso a caso, em relação à lesão efetiva ao bem jurídico tutelado pela norma. Tal afirmativa se fortalece diante de uma sociedade dita de risco, em que a impossibilidade de previsão dos resultados que possam advir de certas condutas aumenta ainda mais seu medo e a sua insegurança, direcionando-a a clamar pela criminalização de condutas cujo perigo de lesão ao bem se faz de forma presumida, pela razão de se temer o advento de um resultado que foge aos cálculos de probabilidade, mas que poderia ter consequências catastróficas caso ocorresse.

O Direito Penal afastar-se-ia, assim, de sua função de tutela de bens jurídicos como limitadora da própria intervenção penal, respeitados seus princípios norteadores, para ser um meio de controle de riscos, convertendo-se em um instrumento de garantia da segurança pública.

Segundo Machado (2005, p. 130-132), os tipos penais passam a ser construídos sobre a violação de regras técnicas e burocráticas de administração do bem, descrevendo comportamentos que supostamente seriam nocivos mais por significarem uma violação ao padrão de segurança estabelecido e menos pelo impacto que causam concretamente. A autora declara que os delitos de perigo abstrato surgem como “[...] elemento-chave do modelo de incriminação nos novos âmbitos de atividade da sociedade de risco”.

O Direito Penal, no entanto, como um Direito que se pretende garantista, não se compatibiliza com a sua intervenção em relação à ponderação de seus efeitos com os efeitos que poderiam advir de um perigo presumido, consoante o que seria melhor para a redução dos riscos. Saliente-se que a própria intervenção penal atinge sobremaneira o indivíduo.

Já discutimos anteriormente acerca da unidade da ordem jurídica e acabamos ponderando que esta questão só pode ser suficientemente solucionada sob uma perspectiva de legalidade, como condição de um direito penal de garantia. No entanto, independentemente dessa legalidade que assinala os limites de uma teoria procedimental do injusto, é preciso salientar que o injusto penal se diferencia dos demais injustos porque corresponde a um grau maior de intervenção estatal [...] (TAVARES, 2002, p. 119).

Poder-se-ia argumentar no sentido de que nessas áreas o que estaria em jogo é a própria continuação da vida humana, de forma que não se poderia esperar a lesão ou a ameaça concreta de lesão ao bem jurídico. No entanto, a sociedade não será freada em seu processo de evolução tecnológica e científica, e tem-se que conviver com ele sem frear as conquistas relativas aos direitos fundamentais e sem limitar o indivíduo — fortalecendo o poder de criminalização estatal — sob a tendente e falaciosa ideia de que estar-se-ia protegendo ele próprio. Para a regulação de determinadas condutas, existem formas menos invasivas, como o Direito Administrativo.

## 6.2 Risco e teoria da imputação objetiva

Sob o a ótica funcionalista, surge a teoria da imputação objetiva, cujo estudo, em razão do tema proposto neste trabalho, restringir-se-á à análise do risco permitido e do risco não permitido. Sobre o funcionalismo, Hassemer (2011, p. 15) ensina que ele “[...] significa hoje a migração do interesse político para os princípios normativos da determinação do merecimento de pena e de sua execução”. Assim, haveria a necessidade de uma política-criminal efetiva, razão da funcionalização de princípios de Direito Penal.

A teoria da imputação objetiva, para Roxin (2009), decorre do princípio da proteção dos bens jurídicos, já que tendo como função o Direito Penal a proteção de bens jurídicos, o alcance dessa depende da proibição da criação de riscos não permitidos, valorando a infração como uma lesão do bem.

Roxin (2009, p. 40) aponta que “[...] ações típicas são sempre lesões de bens jurídicos na forma de realização de riscos não permitidos, criados pelos homens”.

Tome-se como exemplo do risco permitido para a imputação de um resultado lesivo — qual seja a lesão a um bem jurídico — ao indivíduo a conduta de um transeunte que se atira na frente do carro de um condutor que dirigia segundo as normas de trânsito, advindo-lhe a morte. Nesta hipótese, apesar de dirigir ser uma atividade dotada de riscos, o condutor do veículo não causou nenhum risco não permitido. Ao contrário, o acontecimento produziu um risco permitido, de forma que, apesar da lesão ao bem jurídico, não há que se falar na configuração de um injusto penal. Já quanto ao risco não permitido imagine-se a hipótese de o condutor não respeitar as regras de ultrapassagem, o que gerou o acidente. Neste caso, ao infringir as normas de trânsito, criou um risco não permitido, razão pela qual o evento lesivo poderá ser-lhe imputado (ROXIN, 2009).

Questão importante também na teoria da imputação objetiva seria o fato de que o âmbito de proteção da norma delimita a imputação. Sobre essa característica da teoria ora em comento, um exemplo bastante elucidador é o do policial que, sabedor da intenção de sua noiva de se matar, deixa a sua arma carregada, sem se precaver se estava ao seu alcance. A mulher, então, com a sua intenção suicida,

utiliza a arma para se matar. Neste caso, o policial foi absolvido pelo Supremo Tribunal Federal alemão, já que da sua conduta não adveio um risco não permitido, haja vista o tipo de homicídio não abranger o impedimento de autolesões conscientes e responsáveis, de forma que não é possível uma imputação objetiva ao policial. No caso em comento, a autolesão não integra o tipo de homicídio (ROXIN, 2009).

Assim, as noções de risco e de perigo interligam-se à de bem jurídico, pois a tutela deste ocorre justamente em face da lesão ou ameaça concreta de lesão provocada por um risco não permitido. Nesse viés, a teoria da imputação objetiva rompe as barreiras do finalismo atinentes à vontade e à causalidade, pois mesmo com a causação de um resultado lesivo advindo de uma conduta finalisticamente dirigida a esse resultado poder-se-ia ter o afastamento do injusto penal, em razão de que esses pilares do finalismo — conduta finalisticamente dirigida, causalidade, resultado — não significam a criação de um risco não permitido.

Não obstante, minhas breves indicações já podem mostrar que a teoria da imputação objetiva se encontra enlaçada diretamente com o princípio da proteção de bens jurídicos, e que dita teoria fixa a medida da proteção mediante um sutil conjunto de regras, racionalmente convincentes, circunscritas ao social e politicamente necessárias. Portanto, a teoria da imputação objetiva resulta à constituição do injusto penal muito mais produtiva que as categorias ontológicas valorativamente cegas, como, efetivamente, são a causalidade e a finalidade (ROXIN, 2009, p. 43).

Segundo Jakobs (2000), a criação de riscos não permitidos estaria ligada ao papel que cada indivíduo desempenha na sociedade, de forma que determinado evento lesivo só poderá ser imputado ao indivíduo quando este tem o dever de atuar sem criar o risco. O seu papel é o norte da definição da criação de um risco permitido ou não, funcionando como um limite da responsabilidade. O risco permitido está e sempre esteve presente na vida em sociedade, de forma que é impossível a existência de uma garantia normativa que crie a ausência de riscos. E o risco próprio da configuração social há que se tolerar como um risco permitido.

Seguindo a linha de raciocínio de Jakobs, enfraquece-se a tutela do bem jurídico em prol da identidade social em face da normatividade. E esse enfraquecimento se explica na medida em que quando um resultado lesivo tiver sua

imputação restringida ao dever de evitá-lo, segundo o papel desempenhado no sistema social, relega-se a segundo plano a ofensa, o dano efetivo ao bem.

Toda a sociedade é um sistema concreto de relações sociais, isto é, de relações entre pessoas com seus condicionamentos pessoais — biológicos, psicológicos, sociais — e ambientais. Não é, em consequência, como pretende o funcionalismo sistêmico, simplesmente um sistema de regras de comportamento, valores, costumes e crenças colocado a um nível superior. O sistema social é, antes de mais nada, um sistema de relações entre pessoas. As regras e normas de conduta são um produto específico destas relações, e não algo alheio a elas. São inadmissíveis, em consequência, como pretende o funcionalismo, a postergação e a submissão das pessoas e das coisas a estas normas e regras de condutas (BUNGE *apud* Malaree, 1991, p. 145, tradução nossa).<sup>17</sup>

O exemplo de Jakobs citado por Roxin (2009) demonstra bem isso. Trata-se da hipótese de um estudante de biologia que, trabalhando como garçom, graças aos seus estudos, descobre uma fruta venenosa e mesmo assim serve a salada. Supondo que ocorrera a morte do cliente que comeu a salada servida, para Jakobs, pelo fato de o estudante estar desempenhando o papel de garçom, o qual não exige dele conhecimentos acerca da nocividade do cardápio, ou seja, conhecimentos adquiridos como estudante, não restou configurado o crime de homicídio. Inegável que tal conclusão contraria a ideia de um Direito Penal que pretende a salvaguarda de bens importantes para a existência do indivíduo.

---

<sup>17</sup> Toda sociedad es un sistema concreto de relaciones sociales, esto es, de relaciones entre personas con sus condicionamientos personales,- biológicos, psicológicos, sociales-, y ambientales. No es, em consecuencia, como ló pretende el funcionalismo sistêmico, simplemente un sistema de reglas de comportamiento, valores, costumbres y creencias colocado a um nivel superior. El sistema social es antes que nada um sistema de relaciones entre personas. Las reglas y normas de conducta son um producto específico de esas relaciones y no algo ajeno a ellas. Es inadmisibile, em consecuencia, como ló pretende el funcionalismo, la postergación y el sometimiento de las personas y de las cosas a esas normas y reglas de conducta (BUNGE *apud* Malaree, 1991, p. 145).

## 7 CRIMES DE PERIGO ABSTRATO COMO OFENSA AO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

*Os Estados democráticos contemporâneos vêm assumindo uma nova face. Ao invés de procurar o caminho das soluções, partindo da necessidade de preservar a autonomia da pessoa humana e uma esfera de liberdade ao cidadão, vem adotando o caminho inverso (LUISI, 2003, p. 325).*

A questão temática central seria até que ponto o Direito Penal poderia resolver os riscos da vida na sociedade atual com a antecipação da tutela penal diante da existência de tipos penais cuja ofensa ao bem é presumida, ou seja, a mera transgressão da norma denotaria uma ameaça de lesão a ele, sem a necessária perquirição do efetivo perigo de lesão, o que configura os denominados crimes de perigo abstrato.

Tais crimes, embora há muito já presentes no ordenamento jurídico, são uma atrativa resposta à sociedade dita de risco, que encontra neles, supostamente, o meio mais eficaz, sob a ótica do poder punitivo estatal, de criminalizar “perigos”, em desfavor de um Direito Penal pautado na estrita legalidade, com a afronta ao princípio da lesividade.

Segundo Machado (2005), a criação de crimes de perigo abstrato produz uma deterioração da necessidade de lesão ao bem jurídico como norte de orientação e legitimação da seleção penal.

Karam (2009) aduz que os tipos de perigo abstrato violam o princípio da exigência da lesividade, segundo o qual uma conduta só pode ser incriminada quando afetar concretamente e de forma significativa um bem jurídico.

Não há que se responsabilizar o indivíduo com âncora na causação de um perigo ao bem cuja previsibilidade é presumida. Tal âncora o arrasta para um cenário obscuro, escuro, no qual, apesar de ele não conseguir enxergar, deve a todo custo nadar em direção contrária ao proibido. Afinal, como se exigir a conduta conforme uma norma penal cujo evento lesivo não se mostra no campo real, mas meramente no normativo, se é justamente essa noção de lesão ou de ameaça de lesão ao bem que poderia direcionar o agir de outra forma?

Presumir que uma conduta cause um perigo de lesão ao bem é igualá-la em toda e qualquer situação fática, enfraquecendo a teoria do bem jurídico, já que sua ofensa se fez realisticamente desnecessária. Ao mesmo tempo, ofende o princípio da ofensividade ou da lesividade, um dos pilares do princípio da estrita legalidade.

Paradoxal e, nos dias atuais, poder-se-ia falar em uma verdadeira “síndrome paradoxal”, que se pretenda a existência de um Estado Democrático de Direito — com a exigência do respeito às garantias e direitos fundamentais — no qual existem crimes e, conseqüentemente, uma sanção que é a mais grave dentre todas as outras, dentro de um estado de normalidade — que é a restrição ou privação da liberdade — que prescindem da verificabilidade da criação de um perigo concreto de lesão ao bem jurídico. O Direito Penal não pode anunciar prognósticos e agir preventivamente antes que a lesão ou a ameaça concreta de lesão ocorram.

No Estado de Direito Democrático, a liberdade e quaisquer outros direitos de cada indivíduo não ser assegurados até o ponto em que não impeçam ou não ameacem seriamente o exercício de iguais direitos de outros indivíduos. Enquanto a conduta do indivíduo não atinge de modo concreto, direito e imediato um direito alheio, sua liberdade é e deve sempre ser absoluta. (KARAM, 2009, p. 6).

Percebe-se, no entanto, o fortalecimento da confiança do indivíduo no Estado para atuar na seara penal e garantir o combate à criminalidade, incentivando os prognósticos, principalmente, com relação a certos tipos de condutas criminosas.

Uma sadia desconfiança face ao Estado parece ser quase constitutiva do pensamento liberal. O Estado não é visto nem como o âmbito em que o ser humano realiza e aperfeiçoa sua natureza, nem como a realização da ideia ético-moral objetivamente racional, e sim, em primeira linha, como o Leviatã, ou seja, como uma ameaça constante para os direitos de seus subordinados. Ainda assim [...] essa atitude distanciada em relação ao Estado parece estar sendo substituída por uma considerável confiança, de modo que o objeto primário da sensação de medo não é mais o Estado[...] (GRECO, 2009, p. 31).

Ferrajoli condiciona “uma política penal orientada à tutela máxima de bens com o mínimo necessário de proibições e castigos” a ataques concretos aos bens, entendendo-se esses como os danos e os perigos causados. Portanto, para o autor, o perigo deve ser concreto, real, rechaçando-se os crimes de perigo abstrato como justificação da intervenção penal (FERRAJOLI, 2002, p.373).

Machado (2005) afirma que se os crimes de perigo abstrato constituíam uma exceção ao princípio da lesividade eles passaram a ser a estratégia penal principal utilizada para a proteção dos bens jurídicos que transcendem a esfera individual, de caráter difuso, em face dos novos riscos tecnológicos.

Esse Direito orienta-se, dentre outras coisas, pelo abundante uso de delitos de perigo abstrato como forma de estabelecer que o crime decorra de uma previsão conceitual, ligada à ideologia da segurança e aos interesses de um Estado poderoso de lei e ordem. A técnica de tipificação mais compatível com esses anseios de antecipação máxima da proteção penal seria a criminalização antecipada do perigo, a fim de se evitar que o planeta corra riscos ou catástrofes anunciadas (ROMERO, 2006, p. 61).

Essa exceção constatada pela autora fere um Direito Penal voltado para a tutela dos direitos fundamentais do indivíduo e não pode receber carta branca para a tutela de bens jurídicos em relação às supostas consequências nefastas de determinadas condutas em uma sociedade de risco, conforme aludido no capítulo anterior. A flexibilização do princípio da lesividade é inaceitável, por mais que se volte para as possíveis consequências de uma conduta. Nesses casos, como se trabalha com suposições ou constatações meramente normativas — ou seja, o resultado seria a própria transgressão da norma — devem-se utilizar outros ramos do Direito, como o Direito Administrativo. No entanto, ao invés de utilizar sanções administrativas e institutos desse ramo do Direito, o que vem ocorrendo é a absorção pelo Direito Penal de características próprias do Direito Administrativo.

Na prática, o que se dá é uma certa aproximação de algumas áreas do direito penal com a estrutura e a finalidade do direito administrativo. Nessas hipóteses, deixa de ser prioritária ao direito penal a proteção direta a bens concretos, em casos concretos, segundo a danosidade do ato e os padrões individuais de imputação, para, a exemplo da regulamentação administrativa, ordenar, de modo geral, campos de atividades e reforçar, mediante sanções, um determinado modelo de gestão setorial. Isso tudo sem seguir os critérios de lesividade concreta, mas segundo os padrões de oportunidade, diante de uma contemplação geral e estatística de um gênero de condutas (MACHADO, 2005, p. 115).

Machado (2005) afirma que as incriminações abstratas de perigo parecem seguir o mesmo raciocínio do princípio da precaução<sup>18</sup>, o qual teria influenciado a antecipação da tutela penal. Segundo esse princípio, para a tutela do meio ambiente, da saúde ou da segurança de gerações atuais e futuras devem-se antecipar, prevenir e atacar as causas de sua degradação quando existir a possibilidade de resultados catastróficos, ainda que haja incerteza científica acerca da ocorrência do evento lesivo temido. Haveria uma simples suspeita de riscos que justificaria a ação estatal, ainda que esses riscos estejam envoltos por incerteza quanto à seguridade de sua existência, sua dimensão e seus efeitos prejudiciais. Dessa forma, adota-se uma atitude extremamente invasiva com relação a condutas que apenas se supõem perigosas.

### **7.1 Os crimes de perigo abstrato e o direito de intervenção**

Para a Escola de Frankfurt, que tem como um dos representantes Winfried Hassemer, a discussão baliza-se na proteção dos bens jurídicos sob a ótica do indivíduo, criticando severamente os crimes de perigo abstrato.

Hassemer (2005) aduz que a conduta humana só poderá configurar-se como um injusto penal quando lesione um bem jurídico, indicando-se a vítima e a lesão, e atenta para o problema da modernização do Direito Penal com a tendência de adaptá-lo às experiências sociais cada vez maiores e variáveis de ameaça, tendência essa que é inimiga de seus princípios norteadores. Nessa legislação dita moderna, tende-se a abrir mão do dano para se contentar com a simples produção do comportamento perigoso. No entanto, como já ressaltado, não é tarefa fácil delimitar a abrangência desse perigo a ser criminalizado.

Segundo Hassemer (2008), a moderna política criminal, interligada a novos setores, como o meio ambiente, as drogas, a economia, o processamento eletrônico

---

<sup>18</sup> Machado afirma que o Princípio da Precaução foi adotado pela Declaração do Rio sobre ambiente e desenvolvimento, como o princípio número 15: - De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental (MACHADO, 2005, p. 135).

de dados, o terrorismo, a criminalidade organizada e a corrupção, distancia-se do crime de lesão. Sua forma típica de delito é a do delito de perigo abstrato, o que faz com que se dissolva a determinação legal do injusto punível, permitindo o aumento e a flexibilização das possibilidades de aplicação da lei, minimizando-se a efetividade do exercício da defesa.

Hassemer (2008) propõe a criação de alternativas ao Direito Penal — as quais ele denominou de “Direito de Intervenção” —, mais apropriadas para atuar preventivamente diante desses problemas. E isso porque quanto maior a pressão para se fazer uso do Direito Penal na resolução deles maior a flexibilização da sua orientação a princípios limitadores de sua utilização.

O Direito de Intervenção teria as seguintes características: capacidade de solucionar problemas antes da ocorrência de dano, ou seja, capacidade preventiva; utilização de meios de controle e de fiscalização; cooperação com outras esferas/âmbitos de competência, como o do Direito Administrativo e dos ilícitos administrativos, do Direito da Saúde e dos Recursos Médicos; existência de garantias processuais empírica e normativamente adequadas a suas possibilidades operacionais; e a existência de sanções com fins preventivos. Ele atuaria antes do Direito Penal com o fito de prevenir, podendo, inclusive, impor sanções, como no exemplo citado por Hassemer de compelir um fabricante de produtos perigosos com o uso de força a respeitar seu dever de comunicar e de preservar. Somente depois, se ocorrer um dano, uma lesão efetiva ao bem jurídico, far-se-á uso do Direito Penal, imputando ao indivíduo — no exemplo, ao fabricante de explosivos — a prática de um crime, e aplicando-lhe sanções penais.

Isso permitiria que em longo prazo o Direito Penal se desincumbisse de tarefas que ele não pode cumprir sem abrir mão de garantias do próprio sistema penal, fortalecendo-se um Direito Penal Nuclear. Tal ideia de Direito Penal Nuclear não se limitaria a bens jurídicos individuais, como a vida, estendendo-se também aos bens jurídicos universais, os quais, ainda que ditos universais, contemplam interesses do indivíduo, dos seres humanos, que precisam da sua tutela para conviver pacificamente.

Na medida em que se conseguir desenvolver um bom Direito de Intervenção, nós poderemos então, futuramente, desobrigar o Direito Penal de esperanças na prevenção que ele não pode proporcionar e que a longo

prazo o arruinariam. Com isso o Direito Penal pode se concentrar em servir por longo prazo aos seus elementos irrenunciáveis: uma resposta proporcional, constante e justa às lesões mais graves aos bens jurídicos, na esfera fundada de que esta resposta confirme e certifique publicamente, na percepção de todos os cidadãos, que nós preservaremos nas normas fundamentais que foram violadas através do crime (HASSEMER, 2008, p. 19).

Percebe-se que o proposto por Hassemer (2008) é uma alternativa que possibilite a utilização do Direito Penal somente quando houver uma lesão efetiva ao bem jurídico, evitando-se a sua atuação de forma preventiva. Com isso, busca-se eliminar a criação de tipos de perigo abstrato com o fito de evitar um dano sem a necessidade de respeito ao princípio da lesividade, haja vista que a mera transgressão da norma, nesses tipos, basta para a intervenção de um Direito que atinge sobremaneira a liberdade do indivíduo e traz consequências dolorosas. Tais consequências parecem ter sido esquecidas diante de um normativismo-funcionalista exacerbado, no qual a reafirmação da vigência da norma, qualquer que seja seu conteúdo, vale mais do que a reafirmação dos direitos e das garantias individuais.

Esses próprios direitos poderiam ficar em segundo plano sob um outro argumento, agora sem prescindir da finalidade de proteção de bens jurídicos, qual seja a necessidade de tutela de determinados bens, de forma que o bem jurídico deixaria de limitar o poder punitivo estatal para justificá-lo a qualquer custo.

Ao analisar-se o Direito de Intervenção proposto por Hassemer (2008), nota-se a sua intrínseca ligação com o Direito Administrativo, uma vez que o exercício do poder de polícia na esfera administrativa abrange setores em que se quer utilizá-lo. Em verdade, há a referência a ilícitos administrativos nos quais não é necessária a demonstração da ofensa ao bem jurídico.

Nesse sentido “a proposta de Winfried Hassemer de criação do chamado “Direitos de Intervenção”, ou “Direito de Intervenção”, representa apenas uma sofisticação teórica do Poder de Polícia próprio do Direito Administrativo” (MARQUES, 2008, p. 49).

Cite-se também Schönemann:

[...] exigem principalmente os autores de Frankfurt uma extensiva abolição do moderno direito penal econômico e ambiental em favor de um chamado

direito de intervenção, que, ao que parece, deve ser uma forma de direito de polícia [...] (SCHÜNEMANN, 2005, p. 21).

## **7.2 Posições intermediárias: da fixação de critérios de punibilidade à legitimação dos crimes de perigo abstrato**

Parte da doutrina não rechaça de forma absoluta a legitimação dos crimes de perigo abstrato, além de existirem autores que entendem necessária tal legitimação.

Dias (2001) afirma que, diante desses novos riscos, abordados no capítulo anterior, a dogmática penal deve evoluir, mas que seria desnecessária a criação de “dogmáticas alternativas”, as quais poderiam transformar-se em “alternativas à dogmática”, incompatíveis com o Estado de Direito (DIAS, 2001 p. 65). No entanto, o seu posicionamento em relação aos crimes de perigo abstrato, cuja legitimidade ele aceita, é incompatível com um estado de Direito que ele defende, sob a ótica do princípio da lesividade. Citando as suas palavras, “[...] aceite, como sempre aceitei, a legitimidade e a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato [...]” (DIAS, 2001, p. 61).

Para o autor, o importante é aferir se é necessária ou não a criminalização de uma conduta, ainda que essa não lese ou exponha a perigo concreto de lesão o bem jurídico, desde que necessária para a sua tutela (DIAS, 2001).

Segundo Roxin (2006, p. 81), a legitimação ou não dos crimes de perigo abstrato não deve ser decidida de forma global, “[...] mas unicamente através de investigações, análises e valorações políticocriminais dos perigos decorrentes de determinado comportamento para um bem jurídico concreto”.

Roxin (2009) entende que o conceito de bem jurídico não impede o legislador de criar tipos que protejam bens em “mero estágio de perigo”, desde que haja referência ao bem jurídico de forma que seja possível reconhecê-lo, e que para a legitimação dos crimes de perigo abstrato seria necessário o desenvolvimento de critérios autônomos de limitação à punibilidade.

A esse respeito, afirma Hefendehl:

[...]mas, ao mesmo tempo, este tipo de abertura evidencia o problema. Nunca há que se perder de vista o segundo ponto de partida, que constitui a reflexão sobre o bem jurídico. Não há que se desvalorizá-lo nem com as construções de bens jurídicos aparentes acima citadas nem com a ampliação vaga carente de potencial crítico. No exemplo dos delitos de conduta se mostrou que uma construção sem um bem jurídico protegido resulta indispensável em determinadas áreas reduzidas, mas também que deve ter condições de legitimação estrita (HEFENDEHL, 2007, p. 414, tradução nossa).<sup>19</sup>

Roxin (2009) cita o exemplo daquele indivíduo que dirige embriagado e de cuja conduta, apesar de seu estado, não advém nenhum resultado. Entende que neste caso a tutela antecipada do bem se justifica, pois um resultado lesivo poderia ocorrer a qualquer momento.

O problema inerente a estas normas é que o comportamento culpado está ainda bastante distante da verdadeira lesão de bens jurídicos. Do conceito de proteção de bens jurídicos se infere, então, somente que, tratando-se de uma antecipação considerável da punibilidade, necessita-se fundamentar, especialmente porque isto é necessário para a proteção efetiva do bem jurídico. A fundamentação pode contribuir no primeiro caso (porque um condutor embriagado já não domina seu comportamento suficientemente, de modo que em cada momento pode ocorrer algo) (ROXIN, 2009, p. 28).

Com base no exemplo citado, deve-se argumentar no sentido de que a conduta que não gerou uma ameaça concreta de lesão ao bem não produziu nenhum resultado que possibilite a intervenção penal. Caso contrário, acaba-se priorizando a tutela de bens jurídicos a todo e qualquer custo, relegando a segundo plano o princípio da lesividade. Como aduziu Marques (2008, p. 69), “[...] na realidade, a tese do perigo abstrato é insustentável, porque importa em presunção absoluta do resultado”.

---

<sup>19</sup> [...] *pero al mismo tiempo este tipo de aperturas evidenciam el problema. Nunca hay que perder de vista el seguro punto de partida que constituye la reflexión sobre el bien jurídico. No hay que devaluarlo ni com las construcciones de bienes jurídicos aparentes más arriba citadas ni com una ampliación vaga carente de potencial crítico. De la mano del ejemplo de los delitos de conducta se ha mostrado que una construcción sin un bien jurídico protegido resulta indispensable em determinadas áreas reducidas, pero también que debe tener condiciones de legitimación estrictas* (HEFENDEHL, 2007, p. 414).

E, ao se presumir um resultado, há a ofensa ao princípio da lesividade, que está implícito na Constituição Federal, por se interligar ao princípio da legalidade, sob o seu viés material.

O princípio também é imanente à Constituição Federal, porque a liberdade pessoal é um direito fundamental, justificando-se a sua restrição somente quando existir a finalidade de evitar ataques concretos a bens jurídicos de categoria igualmente constitucional. Os crimes de perigo abstrato têm um resultado de natureza altamente hipotética e, até mesmo, improvável, de forma que quando, de fato, nenhum perigo ocorra, o que se pune é a “[...] mera desobediência ou a violação formal da lei por parte de uma ação inócua em si mesma” (FERRAJOLI, 2002, p. 380).

O posicionamento de Roxin (2009) permite uma relativização do princípio da lesividade, desde que estritamente necessário para a tutela do bem jurídico, o que não se coaduna com um Direito Penal comprometido com o indivíduo. Ademais, o quanto “estritamente necessário” não pode ser objetivamente traçado, nem nunca poderá sê-lo, abrindo margem para um subjetivismo que poderia deixar o cidadão relegado ao arbítrio do legislador, sob as pulsões midiáticas e político-sociais.

A respeito das pulsões midiáticas e da criminalidade vendida como espetáculo, cita-se:

Esta publicidade enganosa cria o fantasma da criminalidade, para, em seguida, “vender” a ideia da intervenção do sistema penal, como a alternativa única, como a forma de se conseguir a tão almejada segurança, fazendo crer que, com a reação punitiva, todos os problemas estarão sendo solucionados (KARAM, 1993, p. 200 e 201).

Sobre o princípio da ofensividade, Hirsch (2007) afirma que em determinados tipos penais, como o de exibicionismo, existente no Código Penal alemão, tal princípio se liga à falta de consideração e respeito com as pessoas, afirmando que, se necessário, deve-se atentar para os ditos “princípios intermediários”, como a extensão e intensidade da ofensa — entendida como o próprio desrespeito e falta de consideração com terceiros — e a possibilidade de a vítima evitar a visão do ato, para fundamentar a criminalização dessas condutas.

Percebe-se que o autor não requer a existência de um dano, uma lesão ou uma ameaça concreta de lesão ao bem. Dessa forma, seu posicionamento permitiria a criação de tipos em que se pode dizer que a base normativa seria o desrespeito, a falta de consideração com terceiros, o que denotaria uma conduta ofensiva. Tal posicionamento legitima os crimes de perigo abstrato, sendo incompatível com o princípio da lesividade. Afinal, uma ofensa não pode se resumir ao descumprimento do dever de respeito ao próximo, o que seria incompatível com a função do Direito Penal de tutela de bens jurídicos contra a lesão ou ameaça concreta de lesão ao bem.

Seguindo-se essa linha de raciocínio, a tutela do bem jurídico alça posição superior a dos princípios que deveriam norteá-la. Ainda que a conduta possa gerar uma lesão ao bem, a importância dele e a sua necessária proteção, mesmo que com critérios restritos de punibilidade a casos extremos, não podem justificar a presunção da ofensa.

Jakobs (2000), em contrapartida, defende os crimes de perigo abstrato e entende que o fato de não existir uma conduta que concretamente exponha o bem jurídico a perigo de lesão em nada interfere na necessidade de responsabilização de quem a praticou, uma vez que a função primordial do Direito Penal não é a tutela dos bens jurídicos, mas a garantia de vigência da norma. Ao se transgredir a norma, com o que o autor prefere denominar de “colocações abstratas em perigo”, independentemente da criação da lesão ou do perigo de lesão, independentemente da ocorrência de um resultado — posicionamento que o aproxima da orientação monista-subjetiva<sup>20</sup> — praticou-se um comportamento não permitido, socialmente inadequado. A inadequação não advém de uma realidade concretamente demonstrável, mas da afronta à norma em si. Refere-se, pois, ao próprio desvalor da conduta, pois que se a norma dispôs de determinada forma, espera-se que ela seja respeitada. Ao não se respeitar a norma de não colocação abstrata em perigo, discrimina-se um comportamento, e não um nível de risco. Aduz o jusfilósofo que “[...] no âmbito do regulado pelo Direito, não existe um grau fixo de permissão geral

---

<sup>20</sup> Claus Roxin explica que esse tipo de orientação contempla o injusto doloso e culposos só no desvalor da ação e não concede importância à produção da lesão do bem jurídico para o injusto. Ela se inicia com Armin Kaufmann e, posteriormente, tem sido desenvolvida por seus discípulos, em particular por Zielinski e Sancinetti (ROXIN, 2009, p. 51).

para levar a cabo colocações em perigo, mas a permissão está vinculada à configuração do comportamento” (Jakobs, 2000, p. 43).

[...] daí que há que se evitar colocações abstratas em perigo. Portanto, se o sujeito que adota o comportamento (executa a conduta) não respeita essas regras jurídicas, seu atuar não se converte em socialmente adequado pelo fato de que o comportamento incorpora elementos destinados a compensar o perigo. É certo que um motorista experimentado e atento segue conduzindo um automóvel com maior segurança que um principiante, inclusive se encontra ligeiramente ébrio ou supera o limite de velocidade, etc. Contudo, seu comportamento não está permitido, enquanto que o principiante, ainda que seja um principiante inseguro e não cometa erro atual algum, mantém-se no âmbito do permitido, porque a proibição da colocação abstrata em perigo discrimina um determinado tipo de comportamento e não um determinado nível de risco (JAKOBS, 2000, p. 43).

O autor (2003) ainda justifica a existência e criação de tipos de perigo abstrato sob o argumento de que a própria segurança, que deve ser assegurada pelo Estado, é um direito e não mais um mero reflexo da autoridade policial. Nesse diapasão, a ofensa à ordem pública seria uma ofensa ao direito de segurança. E, em face desse Direito, inserido na identidade social, caso necessária, perfeitamente admissível a criação de normas descrevendo condutas de perigo presumido, com a institucionalização de expectativas de condutas.

Esta perspectiva trata de se opor à concepção de norma como norma de determinação, que “é a base dogmática das doutrinas do injusto pessoal, hoje predominantes” e cujo ponto de partida é uma visão preventivo-policial do sistema do Direito Penal (SÁNCHEZ, 2009, p. 141).

A respeito dessa justificação proposta por Jakobs, saliente-se que “[...] o direito penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz pública através do direito civil, de uma proibição de direito administrativo ou de medidas preventivas extrajurídicas” (ROXIN, 2006, p. 33).

Embora Jakobs forneça as bases de justificação de crimes que atentam contra a segurança de um princípio de natureza constitucional, causa estranheza a

sua afirmativa de que não pretende com o que expôs legitimar qualquer delito de perigo abstrato nem qualquer marco penal de um delito de perigo abstrato (JAKOBS, 2003).

Não há, como pretendeu o jusfilósofo alemão, justificar a existência desse tipo de delito, fornecendo as suas bases de justificação, sem querer legitimá-la. É como expor uma tese de defesa em um Tribunal e, ao final, dizer que não pretende ver o réu absolvido.

Ora, prescindir de um resultado lesivo ao bem jurídico advogando a existência e a criação de crimes de perigo abstrato, na medida em que a consequência real de determinada conduta descrita pela norma não importaria, de forma que o legislador ficaria livre para a criminalização de condutas, pautando-se no “perigo normativo” do comportamento, é aproximar-se de um Direito Penal ameaçador, concretamente perigoso à liberdade do indivíduo em favor do Estado. Melindroso e inaceitável o distanciamento de um ramo emergencial, como o é o Direito Penal, do princípio da lesividade.

Realmente, a posição de Jakobs afronta o axioma garantista da necessidade de ofensa ao bem jurídico e, com isso, lesa o princípio da lesividade, abrindo-se mão da lesão ou do perigo de lesão concreto ao bem tutelado. Ademais, o direito à segurança não é um argumento hábil para justificar os crimes de perigo abstrato, pois que continuar-se-ia prescindindo-se da lesividade em prol de um hipotético perigo a um bem que é analisado tão somente em seu viés normativo, sem concatenação com o indivíduo e qualquer hipótese fática, real. Isso abriria margem para a criminalização de condutas sem qualquer norte principiológico garantista, de forma que o indivíduo ficaria à mercê das conveniências sociopolíticas da época, ainda mais quando se atenta para o fato de que o direito à segurança possui uma dimensão/expansão tal que possibilita interpretá-lo de acordo “com quem” ou “com o que” se quer assegurar.

Admitindo a legitimidade dos crimes de perigo abstrato, D’Avila (2009) atenta para o fato de que se a própria Constituição assegura a liberdade, não há que se falar em criminalização irrestrita do seu exercício. No entanto, o autor entende que os crimes de perigo abstrato não descrevem condutas necessariamente desprovidas de ofensividade e afirma que ao se falar em uma restrição do ilícito penal às

hipóteses de efetiva ofensa a bens jurídicos, não se estaria restringindo-o às hipóteses de crimes de dano ou de crimes de perigo concreto.

Tal argumento não convence. O problema não é a conduta criminalizada, e sim a conduta efetivamente praticada. A conduta típica poderá expor o bem a perigo, mas a prescindibilidade da averiguação fática, caso a caso, da ocorrência real desse perigo limita a ofensividade defendida pelo autor à desobediência à norma, embora o autor advogue a necessidade de restrição do ilícito penal às hipóteses de efetiva ofensa a bens jurídicos. Se ele próprio admite a necessidade de ofensa efetiva ao bem jurídico, como compatibilizá-la com os crimes de perigo abstrato sem exaltar o desvalor da conduta e mitigar o conteúdo material do injusto? A possibilidade de dano verificada por um juízo anterior não é uma resposta que se coaduna com o princípio da lesividade.

Inexoravelmente, a ofensa à norma não pode se igualar à ofensa ao bem jurídico que ela pretende tutelar, ainda que a conduta criminalizada possa vir a causar um dano ou um perigo de dano a ele. A causação do perigo proibido, do perigo não permitido, deve ser aferida em cada conduta externada, materializada, denotando-se como um perigo concreto. Não se pode, sob o argumento de tutela de um bem jurídico, permitir-se a criminalização de condutas presumidamente perigosas a ele, mormente quando essa tutela serve como norte para a criminalização de condutas quando estritamente necessário.

A importância do bem tutelado pouco, pouquíssimo, deve importar quando não houver lesão efetiva a esse bem. Corre-se perigo muito maior abrindo margem ao legislador para criminalizar condutas presumidamente perigosas sem a perquirição da criação concreta do perigo. Abre-se margem, com isso, à ocorrência de um perigo concreto de lesão à liberdade do indivíduo, a qual, conforme o próprio D' Avila (2009), não poderia ser irrestritamente criminalizada.

Interessante citar a afirmativa de Greco (2004) de que o ser humano adora estar na moda e que nada seria mais “fashion” — nas palavras do próprio autor — do que sustentar a tese de que os crimes de perigo abstrato seriam inconstitucionais por violarem o princípio da lesividade e que tal argumentação não raro se complementaria com outra fórmula, também da moda, qual seja a de que os crimes de perigo abstrato não são condizentes com um direito penal garantista.

Cumprе ressaltar que, infelizmente, a “ideia fashion” da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato “não vingou”. A moda, como produto de mercado, deve responder a uma demanda, atendendo aos anseios consumistas de seu público. E, no âmbito do Direito Penal, a procura é, ao contrário, pela constitucionalidade e criação desse tipo de crime, haja vista a demanda da sociedade por um punitivismo estatal exacerbado e a adesão a essa demanda pelo legislador, capaz de responder ao modismo social da prevenção e segurança. Ademais, a afirmativa da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato por ofensa ao princípio da lesividade, por si só, já levaria à afirmativa da ofensa ao garantismo penal.

Segundo Greco (2004), deve-se trabalhar nos crimes de perigo abstrato com a distinção entre bens jurídicos e estruturas do delito, e não com a denominação princípio da lesividade. Segundo ele, há um erro categorial ao se discutir a legitimação dos crimes de perigo abstrato sob a ótica dos bens jurídicos. Tal discussão deve ter como supedâneo as denominadas “estruturas do delito”. Quando se trabalha com a ideia de bem jurídico, a problemática é atinente à pergunta do que se deve punir; já quando o ponto de referência são as estruturas do delito, a pergunta central é a de como punir. Assim, nos crimes de lesão, perigo concreto ou abstrato o bem jurídico é o mesmo. No entanto, o que difere é a forma de punição, razão pela qual seria incorreto se pautar em uma lesividade ou ofensividade, sendo o termo princípio da lesividade um convite à confusão entre a questão do bem jurídico e a estrutura do delito. Dessa forma, existiriam estruturas de delito de lesão, de perigo concreto e de perigo abstrato, das quais se vale o legislador para tutelar o bem jurídico.

Greco (2004) se refere também à problemática de bens que só aparentemente seriam coletivos, mas que não passariam da soma de bens jurídicos individuais, como a saúde pública. A esse respeito, Schünemann (2005) afirma que se permitiria uma lesão a um bem jurídico real, que configuraria, em verdade, no máximo, perigos indiretos para outros bens jurídicos, citando como exemplo a posse de tóxicos, cuja punibilidade foi fundamentada pelo Tribunal Constitucional alemão na tutela à saúde pública, embora neste caso, o próprio indivíduo se coloca em perigo, livremente. Tal conduta não geraria perigo de relevância maior do que aquela referente ao abuso de álcool ou ao consumo de carne extremamente gordurosa.

A argumentação imposta, no entanto, não afasta a necessidade de lesão ou perigo de lesão ao bem, independentemente de sua natureza e não afasta a necessidade de “estruturas de delitos de lesão ou de perigo concreto”.

Greco (2004) defende a existência de crimes de perigo abstrato legítimos e crimes de perigo abstrato ilegítimos, sendo necessária a formulação de critérios para distingui-los, citando autores como Hefendehl, o qual admite a legitimação dos crimes de perigo abstrato, dizendo ser “imprópria a crítica segundo a qual o delito de perigo abstrato violaria princípios liberais fundamentais do Estado de Direito [...]” (HEFENDEHL, 2011, p. 72).

Hefendehl (2011) afirma a existência de bens jurídicos de confiança, de maneira que em certos delitos, como nos de falsificação de moeda, o bem jurídico protegido seria a confiança na circulação da moeda. Advoga, também, a ideia de acumulação<sup>21</sup>, em que uma ação, considerada em si mesma, não produziria o dano, mas que somada a outras praticadas por um grande número de indivíduos poderia causá-lo.

Como bem esclarece Roxin (2011), os delitos de acumulação permitem que o autor seja punido pelo comportamento de terceiros, que podem perfeitamente não ocorrer, de forma que não se pode fundamentar o caráter lesivo de uma ação pela soma da conduta de outros indivíduos. Tal critério de legitimação de punição antecipada de certas condutas é bastante atrativo na seara dos crimes ambientais.

Silva (2003) afirma que subtrair do Direito Penal um caráter de prevenção significaria o afastamento da realidade, desatendendo-se às realidades do tempo atual. Em certos casos, como no da emissão de poluentes<sup>22</sup>, seria clara a

---

<sup>21</sup> Expressão criada por Kuhlen, em 1986.

<sup>22</sup> Lei 9605/98, art 54 Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

§ 2º Se o crime:

I - tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana;

II - causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população;

III - causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade;

IV - dificultar ou impedir o uso público das praias;

V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

impossibilidade de os danos provocados a milhares de pessoas serem atribuídos a condutas determinadas, sendo incoerente querer mensurar o dano a partir de condutas individualmente consideradas, de forma que a incriminação de condutas que isoladamente não seriam danosas em um nível “relevante ou empiricamente perceptível” não possibilitaria a imputação ao legislador da ofensa ao princípio da lesividade. Não convence tal argumento. Se as condutas são avaliadas como danosas somente quando atreladas a outras condutas, futuras e hipotéticas, criminaliza-se uma conduta e permite-se a punição por meio do Direito Penal, sem a necessidade de que ela, que é a única possível de análise, cause qualquer lesão ou perigo concreto de lesão ao bem. Em verdade, a presunção do perigo extrapolaria os limites da própria conduta, individualmente considerada, para abraçar um “Direito Penal do pós-fato”, incondizente com o princípio da lesividade, já que o evento lesivo é analisado sob uma ótica que transcende a própria conduta do agente, transcende a própria conduta criminalizada.

Veja-se ainda o que diz Silva:

Como se vê, a própria polêmica em torno da questão que indaga se o meio ambiente merece proteção penal já está a indicar que tal bem é propenso a ofensas, e a alternativa entre a tipificação de crimes de dano e crimes de perigo concreto ou abstrato dependerá, essencialmente, da natureza da conduta aliada à natureza do bem. Assim, quando for próprio da conduta a vulneração do bem, atendendo-se à experiência, ao bom senso e a uma adequada técnica de tipificação, delimitando-se taxativamente o âmbito do proibido, não se poderá falar em inobservância ao princípio da lesividade (SILVA, 2003, p. 99).

O mesmo raciocínio seguem Renato de Mello e Jorge Silveira na seara do Direito Penal Econômico:

Em última análise, o uso do perigo abstrato, em situações supraindividuais, até pode se justificar, pois, conforme o bem jurídico que se esteja a proteger, não se poderia esperar, ou mesmo aceitar, sua lesão. Daí a antecipação penal justificada (MELLO; SILVEIRA, 2006, p. 158).

---

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

Ora, não há que se falar que determinadas condutas já trariam em sua essência a vulneração do bem — atendendo-se ao que pode se esperar delas, ao bom senso e a uma adequada técnica de tipificação — para legitimar os crimes de perigo abstrato. Já fora salientado que as probabilidades de perigo, em face da própria modernização da sociedade, não mais se restringem a um juízo meramente calculista, atrelado à experiência, o que tende a permitir um punitivismo estatal desregrado. Nem há que se coadunar com a ideia de que em face da natureza do bem poder-se-ia legitimar esse tipo de crime, haja vista que a tutela dos bens jurídicos não pode ser assegurada a todo e qualquer custo, por mais relevante que ele seja.

Se o bem jurídico é coletivo ou, em verdade, trata-se de um bem individual, a punição de uma conduta por meio do Direito Penal somente se justifica quando comprovada a lesão ou o perigo efetivo da lesão, sob pena de desvirtuar-se o princípio da proteção do bem jurídico em um sustentáculo para modelos de punição pautados na mera presunção de ofensa.

Ainda que selecionados critérios legitimadores dos crimes de perigo abstrato, esses não são admissíveis como tal, pela razão de que esses critérios não podem se sobrepor a uma garantia constitucional. E tal argumento não poderia ser chamado de simplista.

A Teoria da legitimação do direito penal, ou, vista da perspectiva inversa, dos limites impostos ao legislador na formulação do direito penal, está fundada nas condições fundamentais suprapositivas de qualquer poder estatal legítimo e constitui, portanto, a premissa tácita de qualquer Estado de Direito Democrático-liberal, pouco importando se um tal Estado a consagrou na constituição de modo expreso ou não (SCHÜNEMANN, 2005,p.14).

Embora a citação acima seja de Schünemann, importa trazer à baila o posicionamento do professor alemão, que é justamente o de fixação de critérios mais rígidos de punibilidade para os crimes de perigo abstrato, uma vez que a proibição se distancia do ato verdadeiramente lesivo, tornando mais gravosa a restrição à liberdade de ação. Em certos âmbitos, como o da circulação de

alimentos, a expansão dos delitos de perigo abstrato significaria a necessária modernização do Direito Penal. Porém, haveria um requisito de “ponto de dispersão coletivo”, sendo que a antecipação da proibição penal não se legitimaria pela necessidade da proteção individual de bens jurídicos. Quanto ao problema da conduta proibida, embora dotada de alto potencial lesivo, quando for praticada totalmente inócua para produzi-lo - o que, segundo ele, ocorreria em casos atípicos, por exemplo, quando o autor tomou medidas específicas para evitar a geração de perigo concreto ao bem jurídico- propõe a redução teleológica do tipo, merecendo a acolhida de um grupo intermediário entre os delitos de perigo, que seriam os delitos de perigo abstrato-concreto, delito de potencial lesivo ou, também, delitos de ação perigosa.

Esse grupo intermediário é ilustrado com o direito de alimentos alemão, o qual considera punível “a posta em circulação de alimentos cujo consumo tenha potencial de lesionar a saúde humana”. A exigência de uma potencialidade impediria a amplitude típica referente a materias produzidos com a violação a certas regras, mas sem causação de perigos concretos. A forma como o alimento é colocado em circulação excluiria maneiras não perigosas de entregá-lo, por exemplo, remetendo-o a um depósito de lixo. A justificção da antecipação da tutela penal se justificaria em razão da mudança no processo de compra/aquisição de gêneros alimentícios que, agora, passaram a ser comercializados por produtores anônimos e distribuídos por cadeias de supermercados anônimas, de forma que a proteção dos bens jurídicos justificaria a intervenção antecipada do Direito Penal (SCHÜNEMANN, 2005).

Sob essa ótica, volta-se para um desvirtuamento da proteção de bens jurídicos penais enquanto limitadora do poder punitivo estatal. Ora, ainda que se fale em crimes de perigo abstrato-concreto nos quais a potencialidade do perigo se faz com a exclusão de outras condutas não abrangidas pelo tipo, o perigo abstrato, presumido, continua existindo. Suponha-se que se coloque em circulação um alimento nocivo ao indivíduo, o qual ficara por dois dias em uma prateleira localizada no fundo de um supermercado e que, em razão do mau tempo, tivera cinco clientes nesse período, os quais sequer chegaram próximo ao local em que estavam os alimentos, ou que simplesmente os alimentos foram remetidos ao supermercado e ficaram estocados. Em ambos os casos, a colocação dos alimentos em circulação

faz presumir a criação de um perigo que, em face do bem tutelado, legitimaria a antecipação da atuação estatal. A concretude do perigo aparece atrelada a um critério mais de exclusão típica do que de adequação.

Ante os argumentos favoráveis aos crimes de perigo abstrato, mesmo que com critérios mais rígidos de punibilidade, e a afirmativa de que esses crimes ofendem o princípio da lesividade, irrefutável a escolha do segundo posicionamento.

Lopes (1965) aduz que os crimes de perigo abstrato são incompatíveis com o Código Penal Pátrio, em razão de prescindirem de um resultado, que passa a ser presumido. A presunção do resultado não foi recepcionada pelo Código Penal Brasileiro nem fora incluída expressamente em sua parte especial como elementar de certos tipos, de forma que não se deveria dispensar a verificação do resultado perigoso em cada caso concreto. Assim, no caso do crime de curandeirismo<sup>23</sup>, em que o perigo é presumido de forma absoluta, não haveria a necessidade de demonstrá-lo em cada caso. Não haveria a necessidade de verificar, em cada caso, se a conduta gerou a probabilidade de dano. No entanto, resta inadmissível a mera presunção. Em outras palavras, não se pode afastar a necessidade de averiguar se houve o resultado, que é a situação de perigo, no crime de curandeirismo.

A presunção só pode ser válida se for, por si mesmo, perigoso o modo pelo qual o indivíduo prescreva, ministre ou aplique qualquer substância, use gestos e palavras ou qualquer outro meio e faça diagnósticos, pois a verdade é que nem todos quantos, com finalidade curativa, prescrevem, fazem diagnósticos ou usam qualquer outro meio, criam a situação de perigo (LOPES, 1965, p. 52).

Pela análise da citação acima transcrita, a presunção válida é aquela que se transmuta em perigo real, a qual, por essa razão, deixa de ser presunção. O Direito Penal, ligado ao princípio da lesividade, não pode balizar-se em presunções para punir quem quer que seja. Portanto, o único resultado lesivo admitido pelo Direito Penal seria a lesão ou o perigo concreto de lesão ao bem jurídico.

---

<sup>23</sup> Jair Leonardo Lopes, em seu livro em Defesa de Arigó (estudo jurídico-penal sobre o curandeirismo), conseguiu ilustrar como uma conduta presumidamente perigosa pode, ao se confrontar com a conduta de fato praticada, permitir a punição pela mera transgressão à norma. No livro, são colocadas as razões recursais de uma apelação contra uma decisão condenatória em face de um médium, José Arigó, acusado de praticar curandeirismo, embora da realização de suas condutas não se tenha efetivamente decorrido perigo de dano algum.

O legislador descreve uma conduta cuja prática denota uma probabilidade de dano ao bem, mas o resultado deve ser aferido no plano real, sob pena de toda conduta que se subsumir formalmente à descrição típica ser considerada criminosa, ainda que efetivamente não tenha causado perigo algum senão aquele criado pela própria norma.

Realmente, prescindindo-se do resultado prescinde-se da ofensa, pois que uma ofensa presumida não se refere a um resultado contra o bem jurídico, mas um resultado tão somente normativo, de mera desobediência.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal, atualmente, necessita de um especial cuidado diante do perigo da expansão do poder punitivo estatal. Perigo concreto e real, diga-se de passagem.

De um Direito de *ultima ratio*, que deveria intervir minimamente, somente quando outros ramos do Direito não fossem suficientemente hábeis para a tutela dos bens jurídicos, transmuta-se em um Direito de *prima ratio*, cuja intervenção acalenta a sociedade, trazendo-lhe uma falsa sensação de segurança. Falsa porque o ordenamento jurídico penal não se presta para a garantia da segurança pública, a não ser que se permita colocar em segundo plano a tutela de bens jurídicos essenciais para o indivíduo e para a coletividade, sob o viés de limite ao poder punitivo estatal.

De fato, o Direito Penal não pode prescindir da teoria do bem jurídico para limitar a sua própria atuação. Independentemente da natureza do bem, individual ou coletivo, a incriminação de uma conduta somente se justifica quando imprescindível para sua tutela. Sem a proteção fornecida pela teoria do bem jurídico, poder-se-ia incriminar com supedâneo na mera transgressão à norma, dispensando-se a referência a um interesse vital para o indivíduo ou para a coletividade. Nesta última hipótese, vale acolher o entendimento de que um bem primordial para a coletividade é, ainda que indiretamente, essencial ao próprio indivíduo.

Inadmissível o argumento de que o Direito Penal não tutela bens jurídicos, pautado em um funcionalismo-normativo, e sim a vigência da norma. Tal argumento permitiria também a incriminação de condutas pela mera desobediência à norma, cujo conteúdo prescindiria de análise, estando alicerçada nela uma expectativa cognitiva de comportamento. O resultado lesivo se restringiria a uma infringência normativa.

Também não há que se acolher a concepção de que a segurança seria um bem a ser tutelado que justificaria a incriminação de certas condutas, haja vista que a expansividade de tal suposto bem não se coaduna com a necessária aferição do

bem jurídico a ser protegido pela norma e com a perquirição, em cada caso, do evento lesivo.

De fato, a função precípua do Direito Penal é a de tutelar bens jurídicos relevantes em face de condutas graves não protegidos satisfatoriamente por outros setores do Direito. Percebe-se, pois, a inafastável ideia de bem jurídico como limite, como freio ao poder tendente a incriminar e punir.

À importância do princípio da proteção de bens jurídicos insta acrescentar a igual relevância dos princípios que irão nortear a incriminação de uma conduta com o fito a tutelá-los. Assim, a relevância do bem jurídico, por maior que ela seja, não é uma justificativa aceitável para a intervenção penal quando existir a afronta a princípios basilares de um Direito Penal Garantista. E tal afirmativa não pode ser chamada de simplista, em face do papel que ocupam os direitos e garantias individuais assegurados constitucionalmente.

Dessa forma, a hipertrofia penal deve ser sanada justamente com a observância de princípios como o da intervenção mínima, o da fragmentariedade e o da lesividade. No cenário atual, em que novos riscos surgem como consequência da própria modernização da sociedade, na qual o cálculo de probabilidades de dano torna-se cada vez menos exato e em que os efeitos possíveis de determinadas condutas podem demonstrar-se, caso se materializem, extremamente nocivos, com um âmbito temporal e espacial disperso, indeterminado, o medo é a mola propulsora da criação de perigos presumidos, sob o prisma da ponderação de consequências/efeitos da conduta *versus* intervenção penal.

Tende-se, assim, a evitar uma postura totalmente contrária aos denominados crimes de perigo abstrato, sob o argumento de que não se poderia correr o risco de aguardar a prática de uma conduta que gerasse o dano ou o perigo concreto de dano, em face de sua alta nocividade ou da irreversibilidade de suas consequências.

O Direito Penal surge, então, como um ramo do Direito muito atrativo para a tutela de determinados bens, ainda que prescindindo-se da incriminação de condutas realmente danosas ou geradoras de um perigo efetivo a eles, mormente na seara de crimes ligados ao meio ambiente e à ordem econômica. Aos olhos da sociedade, ele é visto como o instrumento mais eficiente à proteção de seus interesses e ao combate da criminalidade.

Somem-se a isso as pulsões midiáticas aliadas às conveniências de determinados setores sociais, em que a incriminação de condutas denota a aquiescência aos anseios populares, o que permite a exacerbação do poder punitivo estatal ditado pelas conveniências sociopolíticas dominantes.

Porém, ainda que se tenha que gerenciar os interesses estatais e individuais, vale lembrar que o poder tende a se tornar autoritário quando não encontra limites estritos para o seu exercício. E, na seara penal, o poder punitivo estatal não pode se afastar do limite imposto pela legalidade material, princípio esse que tem como um dos pilares o princípio da lesividade.

A presunção de um perigo de dano ao bem jurídico não pode servir como argumento para a intervenção penal pelo fato de que uma presunção não se coaduna com a própria essência de um Direito Penal que se pautar no fato. A conduta deve ser analisada de acordo com o que efetivamente produziu. Como possibilitar a punição de um indivíduo permitindo a utilização de um ramo tão invasivo e restritivo à liberdade, pautada em uma mera presunção?

Poder-se-ia argumentar que tal presunção é balizada em uma probabilidade de dano, ditada pela experiência. Mas, ainda assim, essa probabilidade de dano, que é justamente o perigo, deve ser demonstrada. Com isso, quer se dizer que o único perigo que não afronta a necessária lesividade é o perigo concreto.

Ainda que se proponham critérios diferenciadores de punibilidade para os crimes de perigo abstrato, a presunção do perigo não é condizente com um Direito Penal que pretenda limitar o poder punitivo estatal ou com um Estado Democrático de Direito voltado à salvaguarda dos direitos fundamentais, como o é a liberdade. Ainda que se diga que tais direitos devem ser justapostos a outros, de natureza metaindividual, por se tratar de uma presunção, que prescindir da real ofensa, a atuação do Direito Penal deve ser rechaçada.

Buscam-se soluções intermediárias, como a criação de um Direito de Intervenção. No entanto, verifica-se que tal Direito possui as mesmas características de um Direito Administrativo, agindo preventivamente, com o exercício de um poder de polícia e a aplicação de sanções. Melhor seria retirar completamente do âmbito de atuação do Direito Penal condutas que não exponham o bem a perigo concreto de lesão.

Inegável que os crimes de perigo abstrato permitem uma punição pela mera transgressão à norma, pautada em um juízo hipotético, inadmissível diante do princípio da lesividade, corolário do princípio constitucional da legalidade, sob o seu viés material. Inocente aquele que prefere correr o risco de ser punido com base em uma presunção do resultado a correr o risco de tornar-se vítima de uma conduta criminalizada com base em meras probabilidades presumidas.

Assim, diante da necessidade de se conter um Direito Penal de viés preventivo e balizado em presunções, há que se optar por uma postura radical, porém coerente com a ordem constitucional, qual seja a de que os crimes de perigo abstrato são inconstitucionais em face da ofensa ao princípio da lesividade, implícito na Constituição de 1988, como corolário da legalidade, que não mais pode ser analisada sob a ótica meramente formal.

## REFERÊNCIAS

BARACHO JÚNIOR, J.A. **Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2000.

BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. (Coleção Pensamento criminológico), 6.ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, N. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BECK, U.; GIDDENS, A.; LASH, S. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: UNESP, 1997. 264 p.

BOTTINI, P.C. **Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BOBBIO, N. **A Era dos Direitos**. Tradução Regina Lyranova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Código Penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL, Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2006.

D´AVILA, F.R. **Ofensividade em Direito Penal: Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DIAS, J.F. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Editora RT, 1999.

DIAS, J.F. O direito penal entre a 'sociedade industrial' e a 'sociedade do risco'. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.9, n.33, jan./mar. 2001, p.39-66.

DOLCINI, E.; MARINUCCI, G. Constituição e escolha dos bens jurídicos. Trad. José de Faria da Costa. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Lisboa: Aequitas, v.2, n.4, abr/jun.1994, p 151-198.

FERNÁNDEZ, G.D. **Bien jurídico y sistema del delito**. Montevideo: Julio Cesar Faira Editor, 2004.

FERRAJOLI, L. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FIRMINO, K. *et al.* Utilização de benzodiazepínicos no Serviço Municipal de Saúde de Coronel Fabriciano, Minas Gerais. *In: Ciências & Saúde Coletiva*, 17(1), p.157-166, 2012.

FOUCAULT, M. **Em Defesa da Sociedade**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.

FRAGOSO, H.C. **Lições de Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.

GIACOMOLLI, N.J. O Princípio da legalidade como limite do ius puniendi e proteção dos direitos fundamentais. *In: Direito Penal em Tempos de Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GOMES, L.C. Porte de Drogas para uso pessoal: por uma nova hermenêutica constitucional. *In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* Ano 20. n.240. nov. ISSN 1676-3661, 2012, p.18-19.

GRECO, L. 'Princípio da ofensividade' e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Brasil, v.12, n.49, jul./ago. 2004, p.89-147.

GRECO, L. As regras por trás da exceção: reflexões sobre a tortura nos chamados 'casos de bomba-relógio' e comentário. *In: Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.17, n.78, maio/jun. 2009, p. 7-40.

HASSEMER, W. **Introdução Aos Fundamentos Do Direito Penal**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Fabris, S.A. Editor, 2005.

HASSEMER W. Desenvolvimentos previsíveis na dogmática do Direito Penal e na política criminal. *In: Revista de Estudos Criminais*, v.8, n 29, abr/junho, 2008, p. 9-20.

HASSEMER, W. Linhas Gerais de uma Teoria Pessoal do Bem Jurídico. *In: GRECO, L; TÒRTIMA, F.L. (org). O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HEFENDEHL, R. **O Bem Jurídico como a Pedra Angular na Norma Penal**. In: GRECO, L; TÒRTIMA, F.L. (org). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011;

HEFENDEHL, R. *Las jornadas desde la perspectiva de un partidario del bien jurídico*. *In: La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Editora Marcial Pons, 2007.

HIRSCH, A. *El concepto de bien jurídico y el principio del daño*. *In: La teoría del bien jurídico*. Hefendehl, R (Editor). **Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Editora Marcial Pons, 2007.

JAKOBS, G. **Sociedade, Norma e Pessoa**. Coleção Estudos de Direito Penal. v.6, São Paulo, Editora Manole, 2003.

JAKOBS, G. **A imputação objetiva no Direito penal**. Tradução: CALLEGARI, A.L. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JAKOBS, G. O que é protegido pelo direito penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? *In: GRECO, L; TÒRTIMA, F.L. (org). O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

KARAM, M.L. **De crimes, penas e fantasias**. 2. ed. Niterói: Luam, 1993.

KARAM, M.L. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo**. v.1, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

KARAM, M.L. **Proibições, Riscos, Danos e Enganos: As Drogas Tornadas Ilícitas**. V.3. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

KINDHÄUSER, Urs. Pena, Bem Jurídico-Penal e Proteção de Bens Jurídicos. Trad. CAMARGO, B.C. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v.95, n. 20. mar/abr. 2012, p.94.

LOPES, J.L. **Em defesa de Arigó: estudo jurídico-penal sôbre o curandeirismo**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 1965.

LUIZI, L. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2 ed. rev.e aum. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2003.

LYRA, J.F.D.C. O que protege o Direito Penal? Bens Jurídicos ou Vigência da norma? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v.97, n.20, Jul./Ago. 2012.

MACHADO, M.R.A. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. (Monografias, 34).

MARQUES, D.F. **Sistema Jurídico- Penal do Perigo Proibido e do Risco Permitido**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

MALAREE, H.H. **Bien juridico y Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: PPU, 1991.

MIR, Cerezo. *Prefácio*. In: PRADO, L.R. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 3 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2009.

MUÑOZ CONDE. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo**. Trad. Paulo César Busato Francisco. 4. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

OLIVEIRA, M.A.C.M. Crimes de perigo abstrato. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v.4, n.15, jan. 2004, p. 95-99.

PALAZZO, F.C. **Valores Constitucionais e Direito Penal: Um Estudo Comparado**. Trad. SANTOS, G.P. Porto Alegre: Fabris, S.A. Editor, 1989.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, L.R. Bem jurídico-penal e Constituição. 3 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2009.

PUIG, S.M. **Direito Penal. Fundamentos e Teoria do Delito**. Trad. GARCIA, C.V; NETO, J.C.N.P. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ROMERO, Diego. **Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato**. **Revista IOB Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v.7, n.39, ago/set. 2006, p. 43-62.

ROXIN, C. **Estudos de Direito Penal**. Trad. GRECO, L. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

ROXIN, C. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org. e Trad. CALLEGARI, A.L.; GIACOMOLLI, N.J. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROXIN, C. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico *In*: GRECO, L; TÒRTIMA, F.L. (org). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTOS, J.C. **A moderna Teoria do Fato Punível**. 4 ed revista e atualizada. Ed CURITIBA: Lumen Juris, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos Santos. **Direito penal: parte geral**. Curitiba: ICPC, Lúmen Juris, 2006.

SILVEIRA, J; MELLO, R.D. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SÁNCHEZ, J.M.S. Diretivas de conduta ou expectativas institucionalizadas?: aspectos da atual discussão sobre a teoria das normas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.17, n.79, jul./ago. 2009, p. 134-157.

SARAMAGO, J. **Ensaio Sobre a Cegueira**, 35ª reimpressão. São Paulo: Editora Cia das Letras, 2006.

SCHÜNEMANN, B. 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. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.13, n.53, mar/abr. 2005, p.9-37.

SILVA, A.R.I. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

STERNBERG-LIBEN, D. *Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal*. In: **La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Editora Marcial Pons, 2007.

TAVARES, J. **Teorias do delito (Variações e Tendências)**. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1980,

TAVARES, J. **Teoria do Injusto Penal**. 2 ed revista e ampliada. Del Rey. Belo Horizonte, 2002, 403 p.

TAVARES, J. *Apresentação*. In: PRADO, L.R. Bem jurídico-penal e Constituição. 3 ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2009.

TOLEDO, F.A. **Princípios básicos de direito penal**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

VARGAS, J.C. **Do tipo penal**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1987.

YAROCHEWSKY, L.I. **Da reincidência criminal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

ZAFFARONI, E.R; BATISTA, N. **Direito Penal Brasileiro**. V. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003

ZAFFARONI, E. R. **O Inimigo no Direito Penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, E.R.; PIERANGELI, J.H. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. v.1. 7 ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.