

Data de aprovação: 28 / 11 / 2020

CRIMES DE PERIGO ABSTRATO FACE AO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

Esther Praxedes Silva de Araújo

Sandresson de Menezes Lopes

RESUMO

O presente artigo científico tem como objetivo analisar e discutir acerca da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato face ao princípio da ofensividade, tendo em vista que tem se tornado recorrente o uso desses tais crimes face à tradicional tipologia baseada no domínio dos crimes de resultado ou lesão. As doutrinas questionam a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato quando confrontados com alguns princípios constitucionais, mas nesse caso, limitando-se tão somente no âmbito do princípio da ofensividade. Sendo assim, a grande questão do presente artigo científico aqui exposto é essa, a possível afronta ao princípio constitucional da ofensividade que os crimes de perigo abstrato acarretam, na qual acaba gerando tamanho debate sobre tal. Para tanto, faz-se necessário, antes de tudo, compreender a origem do princípio da ofensividade, fazendo uma relação entre o Direito Penal e o Direito Constitucional, analisar o conceito do crime de perigo abstrato e, por fim, confrontar ambos. Quanto à metodologia empregada, registra-se que foi utilizado o método dialético, tendo em vista que temos duas ideias em conflito e iremos confrontá-las, fazendo um contraste entre elas, com a intenção de chegar a um resultado.

Palavras-chave: Constitucionalidade. Crimes de perigo abstrato. Princípio da ofensividade. Direito Penal. Direito Constitucional.

ABSTRACT DANGER CRIMES AGAINST THE PRINCIPLE OF OFFENSIVENESS

ABSTRACT

This paper aims to analyze and discuss the constitutionality of crimes of abstract danger in light of the principle of offense. Keeping in mind that the use of such crimes has become recurrent in light of the traditional typology based on the domain

of result crimes or injury. Doctrines question the constitutionality of crimes of abstract danger when confronted with some constitutional principles. But, in this case, limiting themselves only within the scope of the principle of offense. Thus, the big question exposed here in the present paper is the possible affront to the constitutional principle of offensiveness that crimes of abstract danger entail. Thus, it ends up generating such a debate about it. Therefore, it is necessary, first of all, to understand the origin of the principle of offense, making a relationship between Criminal Law and Constitutional Law, analyzing the concept of abstract danger crime and, finally, confronting both. As for the methodology used, it is important to mention that the dialectical method was used, considering that we have two conflicting ideas in which we will confront and make a contrast between them, with the intention of reaching a result.

Keywords: Constitutionality. Abstract Danger Crimes. Principle of Offensiveness. Criminal Law. Constitutional Law.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem o escopo de abordar acerca do entendimento sobre os crimes de perigo abstrato face ao princípio constitucional da ofensividade.

O referido tema trata-se de um assunto de extrema repercussão e relevância social, diante da existência de controvérsias sobre a previsão e aplicabilidade de referidos crimes, verificando-se que existem inúmeras dúvidas quanto a sua constitucionalidade.

Destarte, é de suma importância salientar a necessidade do debate sobre tal questão com o intuito de chegar a uma conclusão, tendo em vista que nas últimas décadas a utilização de tipos de crime de perigo abstrato tem-se tornado recorrente e, conseqüentemente, os questionamentos quanto a sua constitucionalidade também.

Pretende-se com essa exposição realizar uma análise de maneira elucidativa acerca dos crimes de perigo abstrato, sua constitucionalidade face ao princípio da ofensividade, trazendo à discussão as mais diversas divergências doutrinárias encontradas, bem como os aspectos jurisprudenciais acerca do tema, discorrendo sobre esses conceitos, dentre outras.

Os crimes de perigo abstrato, chamados por alguns como *crimes de mera conduta*, são aqueles que não exigem a lesão de um bem jurídico ou a colocação deste bem em risco real e concreto. Ou seja, são crimes que não exigem o resultado de uma conduta, mas apenas o risco desta. Neles o legislador descreve apenas a conduta penalmente relevante, deixando de indicar qualquer resultado naturalístico. O que acaba levando as doutrinas a questionarem a constitucionalidade dos mesmos quando confrontados com alguns princípios constitucionais, principalmente com o princípio da ofensividade, tendo em vista que este possui ligação iminente por aludir diretamente à lesão do bem jurídico.

O princípio constitucional da ofensividade, por sua vez, diz que a conduta só pode ser considerada criminosa quando ofender concretamente a um bem jurídico. O referido princípio restringe o poder do legislador ao esclarecer quais são as condutas que poderão ser incriminadas, servindo de ponto cardeal ao jurista para que interprete a lei penal sob a ótica garantista.

Ademais é de suma importância esse estudo por demonstrar tamanha relevância social, considerando-se que se a aplicação da pena aos sujeitos ativos de tais crimes fere um dos preceitos constitucionais, significa que o sistema brasileiro de aplicação de pena pode ser inconstitucional.

2 ASPECTOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO CONSTITUCIONAL PARA O DIREITO PENAL

No presente capítulo será abordado acerca da origem do Estado, assim como do Estado Democrático de Direito, trazendo aspectos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, analisando a relação existente entre os preceitos do Direito Penal e Direito Constitucional, visando identificar a importância do princípio da ofensividade aos crimes de perigo abstrato.

Tratando-se do princípio em tela, tendo como objetivo compreensão melhor acerca da sua finalidade, o presente artigo científico trará a sua conceituação, bem como do bem jurídico tutelado.

2.1 O ESTADO

Ao se falar acerca de qualquer instituto de direito, é preciso, antes de tudo, compreender a ideia de Estado, bem como a sua origem.

A palavra *Estado* vem do latim *status* que significa *posição e ordem*, a qual passou a ser utilizada politicamente no século XVI, transmitindo uma ideia de manifestação de poder. Dessa forma, pode-se conceituar o Estado como uma forma de sociedade organizada politicamente.

Segundo a explicação de Paulo Bonavides acerca da ideia de Estado, inicialmente se baseava no conceito que se tinha da *polis* dos gregos ou a *civitas* e a *respublica* dos romanos. Em momento posterior, durante o período imperial romano, a ideia de Estado se exprimia como organização de domínio e poder. Logo após, chegando à Idade Média, o termo Estado era empregado expressando o juízo de território.

No tocante a noção moderna de poder, sabe-se que Maquiavel foi um dos grandes responsáveis para tal. Quanto ao emprego moderno do termo Estado não foi diferente, logo se remonta a ele, tendo em vista que sua obra "O Príncipe" foi inaugurada com a ilustre frase: "Todos os Estados, todos os domínios que têm tido ou têm império sobre os homens são Estados, e são repúblicas ou principados".

Trazendo seu próprio conceito de Estado, Friedrich Engels resume a origem do Estado e o conceitua dessa forma, a seguir:

O Estado não é pois, de modo algum, um poder que se impôs à sociedade de fora para dentro; tampouco é "a realidade da ideia moral", nem "a imagem e a realidade da razão", como afirma Hegel. É antes um produto da sociedade, quando esta chega a um determinado grau de desenvolvimento; é a confissão de que essa sociedade se enredou numa irremediável contradição com ela própria e está dividida por antagonismos irreconciliáveis que não consegue conjurar. Mas para que esses antagonismos, essas classes com interesses econômicos colidentes não se devorem e não consumam a sociedade numa luta estéril, faz-se necessário um poder colocado aparentemente por cima da sociedade, chamado a amortecer o choque e a mantê-lo dentro dos limites da "ordem". Este poder, nascido da sociedade, mas posto acima dela se distanciando cada vez mais, é o Estado. (ENGELS, 2002, p.191)

Nesse sentido, Engels afirma que o Estado é a organização destinada a manter a ordem dentro da sociedade, com o objetivo de assegurar os direitos de propriedade e os contratos, pois não sendo assim nenhuma sociedade civilizada poderia funcionar.

Seguindo ainda os pensamentos de Friedrich Engels, em uma de suas obras escritas no final do século XIX, ele trata acerca da “república democrática”, como vemos a seguir:

A república democrática - a mais elevada das formas de Estado, e que, em nossas atuais condições sociais, vai aparecendo como uma necessidade cada vez mais iniludível, e é a única forma de Estado sob a qual pode ser travada a última e definitiva batalha entre o proletariado e a burguesia - não mais reconhece oficialmente as diferenças de fortuna. (ENGELS, 2002, p. 206)

Em sua obra, Engels afirma que a república democrática, na sua concepção, é a forma de Estado mais elevada, a qual não reconhece mais as diferenças de posses e de classes econômicas.

Do ponto de vista exclusivamente jurídico acerca do conceito de Estado, sendo ele o mais relevante para a presente pesquisa, ao ser analisado, pode-se verificar uma união de entendimentos, dentre eles os de Giorgio Del Vecchio e Georges Burdeau. Para eles o Estado é uma instituição, uma espécie do gênero da Sociedade e, sendo assim, não pode ser visto como sinônimo desta. Sendo como suporte do poder independente da pessoa dos governantes.

Segundo Del Vecchio, ao separar o Estado da Sociedade, o Estado se define como um laço jurídico ou político ao passo que a Sociedade é uma pluralidade de laços.

Partindo do mesmo teor jurídico, Burdeau diz que “o Estado se forma quando o poder assenta numa instituição e não num homem. Chega-se a esse resultado mediante uma operação jurídica que eu chamo a institucionalização do Poder”.

2.1.1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para uma melhor compreensão acerca do Estado Democrático de Direito, faz-se necessário, antes de tudo, compreender o que vem a ser o Estado de Direito.

A ideia de Estado de Direito passou a ser um dos pilares do regime democrático, ao surgir como uma forma de combate ao autoritarismo e o totalitarismo, para que, assim, o poder absoluto fosse contido.

Iniciado na Europa Continental, após a Revolução Francesa, o Estado de Direito tinha como ideia central o controle do poder, sendo realizado por meio da lei.

Esse período também era marcado pelo liberalismo, no qual os indivíduos eram contra as ingerências e atitudes coercitivas do poder estatal.

No tocante ao Estado de Direito, J. J. Gomes Canotilho traz que:

Estado de direito é um Estado ou uma forma de organização político-estatal cuja atividade é determinada e limitada pelo direito. 'Estado de não direito' será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito. (CANOTILHO, 1999, p. 11)

Sendo assim, o Estado de Direito poderia ser entendido como o Estado propenso ao Direito, onde se tem uma Constituição definindo, limitando e controlando o poder público.

O filósofo e sociólogo alemão, Jürgen Habermas, quanto a ideia de Estado de Direito, diz que “a ideia do Estado de direito exige em contrapartida uma organização do poder público que obriga o poder político, constituído conforme o direito, a se legitimar, por seu turno, pelo direito legitimamente instituído”.

Nesse sentido, tem-se como resultado da fusão entre o direito e a política, o Estado de Direito.

No início do século XX, o Estado passou a atuar de forma mais ativa. Foi nesse período que o Estado passou a regular alguns aspectos da vida privada de forma mais forte, bem como passou a ter a presença dos direitos fundamentais sociais prestacionais, os quais exigem do Estado uma prestação positiva. Dessa forma, esse período foi marcado pelo Estado Social (ou Estado de bem-estar social), isto é, o Estado Democrático de Direito.

José Afonso Da Silva apresenta, em seus ensinamentos, a seguinte ideia:

[...] a superação do liberalismo colocou em debate a questão da sintonia entre o Estado de Direito e a sociedade Democrática. A evolução desvendou sua insuficiência e produziu o conceito de Estado Social de Direito, nem sempre de conteúdo democrático. Chega agora o 'Estado Democrático de Direito' que a constituição acolhe no art. 1º como um conceito-chave do regime adotado, tanto quanto o são o conceito de 'Estado Democrático de Direito' da Constituição da República Portuguesa (art. 2º) e do 'Estado Social e Democrático de Direito da Constituição Espanhola' (art. 1º).

No tocante ao Estado Democrático de Direito, trazendo a ideia de que se trata do controle quanto ao arbítrio governamental ou abuso do poder, Paulo Napoleão Nogueira Da Silva diz que:

O “Estado Democrático de Direito” ao qual alude a Constituição Federal brasileira, assim, é algo mais do que o simples “Estado Democrático”; destina-se a limitar o poder político, tornar em qualquer hipótese garantido o exercício dos direitos substanciais que consagra a todos os membros da sociedade, a tornar impossível o arbítrio governamental, e a tornar – tanto quanto possível, antecipadamente – previsíveis quaisquer conseqüências do exercício do seu poder pelos cidadãos, assim como as conseqüências dos atos do Poder Público genericamente considerado. (SILVA, 2002, p.28)

O jurista Alexandre de Moraes traz sua definição de que:

O Estado Democrático de Direito, que significa a exigência de reger-se por normas democráticas, com eleições, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais, proclamado no caput do artigo, adotou, igualmente o parágrafo único, o denominado princípio democrático, ao afirmar que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (MORAES, 2005, p.17)

Logo, o Estado Democrático de Direito, como o próprio nome sugere, é caracterizado pela democracia, tendo em vista que o legítimo titular do poder é o cidadão, embora seja exercido por seus representantes.

2.2 A CONSTITUIÇÃO

Inicialmente, é de grande importância trazer à tona o conceito de Constituição. A Constituição para Guilherme Peña de Moraes se define em:

Constituição é um sistema de normas jurídicas, produzidas no exercício do poder constituinte, dirigidas precipuamente ao estabelecimento da forma de Estado, da forma de governo, do modo de aquisição e exercício do poder, da instituição e organização de seus órgãos, dos limites de sua atuação dos direitos fundamentais e respectivas garantias e remédios constitucionais e da ordem econômica e social.

Partindo do ponto de vista material, Paulo Bonavides define a Constituição como “o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais” (BONAVIDES, 2006, p. 80).

Agora, sob a concepção jurídica da Constituição, sendo ela a de maior relevância para a presente pesquisa, Hans Kelsen em sua obra “A Teoria Pura do Direito” define a Constituição como norma pura, suprema e positivada, na qual seu cumprimento é obrigatório, tendo em vista que ela estabelece diretrizes para conduta da coletividade.

Kelsen desmembrou sua teoria em duas, nas quais ele desenvolveu dois sentidos para a palavra Constituição, sendo um em sentido lógico-jurídico (na qual a Constituição significa a norma fundamental hipotética, de imposição obrigatória) e o outro em sentido jurídico-positivo (sendo ela a de mais relevância para o Direito Moderno, colocando a Constituição como norma suprema a regular a criação de outras normas).

Portanto, temos a Constituição como sendo a lei máxima do Estado, a qual se configura a partir de um conjunto de normas visando a organização política, dispondo os direitos e deveres dos cidadãos, servindo de guia de conduta para que as pessoas vivam em sociedade.

2.3 A SUPREMACIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Sabe-se que a Constituição é a nossa lei máxima, sendo ela superior a todas as demais normas jurídicas. Sendo assim, todas as outras leis devem estar em consonância com ela, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade.

Para Alexandre de Moraes, a “idéia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais” (MORAES, 2001, p. 558).

Acerca da supremacia das normas constitucionais, Alexandre de Moraes ainda apregoa:

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico.

Dessa maneira, tem-se quanto a interpretação das leis que, para que não apresentem indícios de inconstitucionalidade quando forem aplicadas, elas devem estar em conformidade aos preceitos constitucionais.

No que diz respeito ao controle de constitucionalidade, sabe-se que essa problemática vem a ser relacionada com a supremacia das normas constitucionais sobre as demais leis. Nesse sentido, Hans Kelsen observa o seguinte:

O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior. (KELSEN, 1998, p. 215)

Nota-se que nesta primeira ideia Kelsen observa acerca da existência de uma relação hierarquizada de normas, quando o fundamento de validade de uma norma jurídica está justamente na existência de uma outra norma, sendo ela, conseqüentemente, superior.

Norberto Bobbio, em seus ensinamentos, diz que:

Essa norma suprema é a norma fundamental. Todo o ordenamento tem uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas; ou seja, faz das normas esparsas e de proveniência variada um conjunto unitário, que se pode chamar a justo título de “ordenamento”. A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. (BOBBIO, 2007, p. 199-200)

Portanto, tem-se que a ideia de ordenamento depende da norma fundamental para poder existir. Dessa forma, quanto a essa supremacia, entende-se que há uma necessidade de se ter hierarquia das normas, onde a norma fundamental se encontra no topo, exercendo imposição legal às demais.

Sendo assim, todas as questões jurídicas devem se ater aos termos dispostos na Constituição, mesmo que esses direitos e garantias individuais estabelecidos nela não tenham caráter absoluto, tendo em vista que podem vir a sofrer limitações de ordem jurídica.

Logo, sendo o Estado limitado quanto ao seu poder estatal de punir, conclui-se que inclusive o Direito Penal está ligado ao Direito Constitucional. Ou seja, a lei penal fica subordinada à Constituição, assim como aos seus princípios. Nesse sentido, tem-se os princípios constitucionais servindo de equilíbrio e limite quanto as ações estatais.

2.4 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Os princípios constitucionais são normas que servem de orientação para interpretar as leis e assim aplicá-las em casos concretos.

De acordo com os ensinamentos do ilustre jurista Geraldo Ataliba acerca dos princípios, tem-se que:

Os princípios são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos). (ATALIBA, 1998, p. 34)

Nos dizeres de Luís Roberto Barroso:

[...] são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. (BARROSO, 1999, p. 147)

Quanto aos efeitos da inobservância desses princípios, Celso Antônio Bandeira de Mello adverte:

Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalização do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo [...]. **Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade**, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que os sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada. (MELLO, 2000, p. 747-748)

Desta feita, constata-se que está estabelecido na Constituição princípios expressos e implícitos que devem ser sempre observados. Caso não haja essa observância obrigatória, isso acarretará a ilegalidade e/ou inconstitucionalidade do ato do poder público.

Tais princípios, os quais abrangem todo o ordenamento jurídico, submete, portanto, ao Direito Penal.

2.4.1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL

Os princípios constitucionais do Direito Penal são norteadores da atuação estatal no âmbito penal, os quais visam assegurar as garantias aos cidadãos, para que, dessa forma, não haja arbitrariedades e nem regimes de exceção.

Na visão de Luiz Regis Prado, a força normativa dos princípios constitucionais penais se descreve conforme a seguir:

Os princípios penais constituem o núcleo essencial da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias teóricas -, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os Direitos Fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação e de aplicação da lei conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado Democrático e Social de Direito. Em síntese, servem de fundamento e de limite à responsabilidade penal. (PRADO, 2014, p. 160-161)

Ainda seguindo os ensinamentos de Prado, ele ressalta:

Tais princípios são considerados como diretivas básicas ou cardeais que regulam a matéria penal, sendo verdadeiros “pressupostos técnico-jurídicos que configuram a natureza, as características, os fundamentos, a aplicação e a execução do Direito Penal”. Constituem, portanto, os pilares sobre os quais assentam as instituições jurídico-penais: os delitos, as contravenções, as penas e as medidas de segurança, assim como os critérios que inspiram as exigências político-criminais. (PRADO, 2010, p. 100-101)

Embora o Código Penal tenha sido editado como Decreto-Lei, ele foi admitido pela Constituição, estando em pleno vigor. Dessa forma, a aplicação do Direito Penal é supervisionada a partir dos princípios dispostos na Constituição de 1988.

Sabe-se que há diversos princípios constitucionais penais que poderiam servir de orientação para a pesquisa em tela, os quais são elementos basilares do Direito Penal, como os princípios da dignidade da pessoa humana, da culpabilidade, da intervenção mínima do Direito Penal, da presunção de inocência, da proporcionalidade, da ofensividade, entre outros.

Diante de todo o exposto, é possível constatar que as ações estatais apresentam limitações, inclusive aquelas que se encontram diretamente ligadas aos bens jurídicos tutelados.

O presente trabalho, por questões de delimitação do tema, se limita tão somente no âmbito do princípio da ofensividade.

2.4.2 O BEM JURÍDICO TUTELADO

Para compreender a ideia do princípio da ofensividade, é preciso, antes de tudo, compreender o que vem a ser o bem jurídico tutelado.

Quanto a ideia de bem, Francisco de Assis Toledo diz:

Bem em um sentido mais amplo, é tudo aquilo que nos apresenta como digno, útil, necessário valioso [...] Os bens são, pois, coisas reais, ou objeto ideal dotado de "valor", isto é, coisas materiais e objetos imateriais que além de ser o que são, valem. (TOLEDO, 1994, p. 15)

Ainda seguindo seus entendimentos, Toledo conceitua bens jurídicos como "valores éticos-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou lesões efetivas" (TOLEDO, 1994, p. 16).

Nesse sentido, o autor ainda ressalta que nem todo bem é jurídico, assim como o Direito Penal não tutela todos os bens jurídicos, tendo em vista que ele restringe sua tutela apenas a certas espécies e formas de lesão. Dessa forma, nota-se que não há a abrangência a todos os bens jurídicos, bem como não há referente aos possíveis modos de agressão.

De acordo com Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2006, p. 397) "bem Jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegido pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam".

Dessa forma, servindo de base material para a tipificação dos tipos penais, são os bens jurídicos que tornam legítima essa incriminação, limitando assim a intervenção penal apenas para proteger esses bens. Dentre os bens jurídicos mais comuns que se encontram tutelados no Código Penal está a vida, bem como, a liberdade, o patrimônio, a honra, a propriedade, entre outros.

2.4.3 O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

O princípio da ofensividade defende a ideia de que não há crime sem lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico alheio.

Corroborando com o tema, o ilustre Luiz Flávio Gomes nos traz a seguinte ideia:

Em um Estado Constitucional que se define, com efeito, como democrático e de Direito, e que tem nos direitos fundamentais seu eixo principal, não resta dúvida que só resulta legitimada a tarefa de criminalização primária recai sobre condutas ou ataques concretamente ofensivos a um bem jurídico, e mesmo assim não todos os ataques, senão unicamente os mais graves (fragmentariedade). (GOMES, 2002, p. 89)

Partindo também desse ponto de vista, Zaffaroni ressalva:

[...] o injusto concebido como lesão a um dever é uma concepção positivista extremada; é a consagração irracional de dever pelo dever mesmo. Não há dúvida que sempre existe no injusto uma lesão ao dever [uma violação a norma imperativa], porém o correto é afirmar que só existe violação quando se afeta o bem jurídico tutelado. Não se pode interromper arbitrariamente a análise do fato punível e se a ação não prejudica terceiros, deve ficar impune, por expressa disposição constitucional. (ZAFFARONI, 1973, p. 226)

Ao relacionar o princípio da ofensividade com o referido tema, é possível constatar a ideia de que só haverá crime quando a conduta vier a oferecer um perigo real, efetivo e concreto, sendo comprovada a lesão ao bem juridicamente tutelado. Assim, o poder punitivo do Estado sofre uma limitação, tendo em vista que sem uma ofensa aos bens jurídicos tutelados não terá como penalizar a conduta.

No tocante a atipicidade da conduta, em se tratando de um caso onde o agente portava arma sem munição, o STF expôs seu entendimento da seguinte maneira:

EMENTA: Arma de fogo: porte consigo de arma de fogo, no entanto, desmuniada e sem que o agente tivesse, nas circunstâncias, a pronta disponibilidade de munição: inteligência do art. 10 da L. 9437/97: atipicidade do fato:

1. Para a teoria moderna – que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso – o cuidar-se de crime de **mera conduta** – no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação – não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato.

2. É raciocínio que se funda em axiomas da moderna teoria geral do Direito Penal; para o seu acolhimento, convém frisar que não é necessário, de logo, acatar com a tese mais radical que erige a exigência da ofensividade a

limitação de raiz constitucional ao legislador, de forma a proscreever a legitimidade da criação por lei de crimes de perigo abstrato ou presumido: basta, por ora, aceitá-los como princípios gerais contemporâneos da interpretação da lei penal, que hão de prevalecer sempre que a regra incriminadora os comporte.

3. Na figura criminal cogitada, os princípios bastam, de logo, para elidir a incriminação do porte de arma de fogo inidônea para a produção de disparos: aqui, falta à incriminação da conduta o **objeto material do tipo**.

4. Não importa que a arma verdadeira, mas incapaz de disparar, ou a arma de brinquedo possam servir de instrumento de intimidação para a prática de outros crimes, particularmente, os comissíveis mediante ameaça – pois é certo que, como tal, também se podem utilizar outros objetos – da faca à pedra e ao caco de vidro -, cujo porte não constitui crime autônomo e cuja utilização não se erigiu em causa especial de aumento de pena.

5. No porte de arma de fogo desmuniada, é preciso distinguir duas situações, à luz do princípio da disponibilidade:

(1) se o agente traz consigo arma de fogo desmuniada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o muniamento e, em consequência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo;

(2) ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal – isto é, como artefato idôneo a produzir disparo – e, por isso, não se realiza a figura típica.

Nesse caso, foi reconhecida a atipicidade da conduta na qual o agente portava uma arma sem munição, alegando assim a incapacidade de tal para produzir disparo. Tal entendimento se dá pela observância do princípio da ofensividade, afirmando que ele não pode agir de forma radical, a ponto de banir a criação dos referidos crimes. Sendo assim, a manifestação do STF foi em defesa da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato.

Desse modo, levando em consideração a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, entende-se que a atividade estatal deverá operar segundo os seus moldes.

Aqui, o legislador somente poderá criminalizar aquelas condutas que venham a representar lesões a bens juridicamente tutelados. Para que essa criminalização seja imposta utiliza-se o critério de relevância dada pela sociedade quanto ao bem jurídico em questão, correspondente a necessidade de tutela penal. Não havendo a conduta incriminadora necessária, o agente será inocentado até que se prove o contrário.

3. DO CRIME DE PERIGO ABSTRATO

Os crimes de perigo abstrato podem ser entendidos como aqueles em que a mera prática da ação descrita pela norma é suficiente para que a conduta seja criminalizada, havendo ou não o oferecimento do risco efetivo e concreto ao bem jurídico tutelado.

Quanto a definição do que vem a ser crime de perigo abstrato, Claus Roxin diz que são “aqueles em que se castiga a conduta tipicamente perigosa como tal, sem que no caso concreto tenha ocorrer um resultado de exposição a perigo”.

André Estefam ainda elucida essa questão afirmando que, nas suas palavras: “O legislador, diante de uma conduta potencialmente danosa e de reconhecida perniciosidade social, presume-a perigosa. Nesse caso, basta a comprovação de que o agente praticou a conduta para que o crime se encontre consumado.”

No tocante ao perigo abstrato, Pierpaolo Cruz Bottini diz que consiste na:

[...] técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado externo. Trata-se de prescrição normativa cuja completude se restringe a ação, ao comportamento descrito no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores ao ato, ao contrário do que ocorre com os delitos de lesão ou de perigo concreto ... eles prescindem da referência a fenômenos externos a atividade descrita como ilícita. Sob o aspecto formal, a mera prática da conduta indicada na normal exaure os aspectos objetivos do tipo penal. (BOTTINI, 2007, p. 111)

Para a consumação da modalidade delitiva em tela faz-se necessário apenas a realização de uma conduta proibida pelo legislador. Ou seja, não há a necessidade de se ocasionar um dano ou da demonstração efetiva do perigo. Nesse caso, constata-se que será passível de punição a mera violação à ordem jurídica.

Desse modo, vale ressaltar que tal perigo se encontra na motivação e não na geração do perigo concreto, bastando tão somente a sua exposição para tanto.

4. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO FACE AO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

Notadamente, a tipificação dos crimes de perigo abstrato tem sido passível de discussões jurisprudenciais e doutrinárias. Isso, porque muito se questiona sobre sua constitucionalidade face ao princípio da ofensividade.

Grande parte da doutrina brasileira defende a ideia de que, quanto a essa questão, não haveria que se falar em presunção absoluta de perigo, uma vez que esse ainda não foi externado. Sendo assim, o Direito Penal deveria atuar apenas

quando houvesse ofensa ao bem jurídico relevante, e não quanto ao comportamento que se mostrasse tão somente inadequado.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt afirma:

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto a um bem jurídico tutelado. Por essa razão, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal e de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. (BITENCOURT, 2013, p. 61)

Segundo o pensamento de Bitencourt, o princípio da ofensividade não admite que o Direito Penal venha a penalizar condutas que venham a oferecer um perigo abstrato ao bem tutelado juridicamente, não devendo ele se importar com condutas de cunho imoral e/ou pecaminoso.

Quanto ao que defende a outra parte da doutrina, os argumentos a respeito da criação dos referidos crimes surgiram por razões de política criminal, com caráter preventivo visando diminuir os riscos oferecidos a sociedade e, dessa forma, proporcionando uma maior segurança a ela. Aqui, o legislador aponta quais condutas são passíveis de punição por oferecer determinado risco a algum bem jurídico tutelado, mesmo que produzam ou não risco efetivo ou dano a ele.

Na visão de Günther Jakobs, quanto a tipificação dos crimes de perigo abstrato, ele destaca a seguinte ideia:

Parece manifesto que, nesta medida, inclusive a olhos de muitos críticos algumas proibições parecerão perfeitamente legítimas, inclusive, como completamente imprescindíveis; pois sem segurança cognitiva nos âmbitos esboçados, dificilmente cabe imaginar uma sociedade ordenada. (JAKOBS, 2004, p. 29)

Destarte, diante deste cenário, nota-se cada vez mais o aumento dos questionamentos quanto a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, tão somente no âmbito do princípio da ofensividade. Essa discussão é a base da investigação pelo qual se dá o presente artigo científico.

4.1 O ARBÍTRIO DO LEGISLADOR

Para garantir o alcance desses objetivos, é preciso, antes de tudo, compreender a criação dos tipos penais, especificamente, no que tange o papel do legislador.

A respeito disso, Fernando Capez diz que:

O legislador deve se abster de formular descrições incapazes de lesar, ou pelo menos, colocar em real perigo o interesse tutelado pela norma. Caso isto ocorra, o tipo deverá ser excluído do ordenamento jurídico por incompatibilidade vertical com o texto constitucional. (CAPEZ, 2012, p. 43)

Dessa forma, no tocante a criação dos tipos penais, faz-se necessário que seja identificado o bem a ser tutelado, bem como o comportamento que possa vir a lesioná-lo efetivamente ou oferecê-lo algum perigo.

Sendo assim, será possível evitar que certas condutas venham a ser tipificadas e, conseqüentemente, consideradas materialmente inconstitucionais. Para corroborar com esse entendimento, ele afirma que “toda norma penal em cujo teor não se vislumbrar um bem jurídico claramente definido e dotado de um mínimo de relevância social, será considerada nula e materialmente inconstitucional.”

4.2 O DIREITO PENAL DA SOCIEDADE DE RISCO

Diante do que foi exposto, é possível constatar a divergência existente na doutrina quanto a defesa de um direito penal preventivo. Como prova, nota-se a constante verificação quanto a constitucionalidade da presunção dos crimes de perigo abstrato.

A lei tem como objetivo evitar o cometimento de crimes, porém, na realidade não é isso que acontece. Nota-se, portanto, que apenas a criação de leis não se mostra mais suficiente para evitar tais acontecimentos, fazendo-se necessário que o Estado, por sua vez, se antecipe ao resultado. Isso, pois o resultado é que causa lesão ao bem juridicamente tutelado.

No tocante aos riscos, o sociólogo alemão Ulrich Beck traz a seguinte definição:

Os riscos e ameaças atuais diferenciam-se, portanto, de seus equivalentes medievais, com frequência semelhantes por fora, fundamentalmente por conta da globalidade de seu alcance (ser humano, fauna e flora) e de suas causas modernas. São riscos da modernização. São um produto de série

maquinário industrial do progresso, sendo sistematicamente agravados com seu desenvolvimento ulterior. (BECK, 2010, p. 26)

Sob essa perspectiva, levando em consideração os processos de desenvolvimento vivenciados pela sociedade com o passar dos anos, surge a necessidade de mudança no que concerne ao Direito Penal. Tal necessidade se dá pelo fato de que, com as seguintes mudanças na sociedade, novos riscos vão surgindo e é indispensável haver uma readaptação quanto a isso.

4.2.1 O DIREITO PENAL GARANTISTA

O modelo garantista do direito penal apresenta-se com o intuito de proteger aquilo que se encontra positivado, estabelecido no ordenamento jurídico, visando a redução dos danos.

Nos moldes propostos pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, grande expoente dessa (re)leitura do direito penal, o modelo constitucional garantista é uma das vertentes do minimalismo penal, tendo como seu pilar de sustentação fundado no axioma de um Estado Democrático de Direito. Ferrajoli desenvolveu a Teoria do Garantismo Penal que, de uma forma resumida, buscava minimizar o poder punitivo do Estado e maximizar os direitos e garantias dos cidadãos.

Esse garantismo defende a ideia de um Estado mais liberal, no qual não ocorre o abuso do direito de punir. Sendo assim, se defende um modelo de direito onde se tem a liberdade limitada, com o intuito de amparar o bem jurídico a ser protegido. Como base desse ideal garantista, temos os direitos fundamentais e os princípios constitucionais. Dessa forma, torna-se possível assegurar a estabilidade jurídico-social.

Ferrajoli traz a definição a seguir:

Garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente. (FERRAJOLI, 2010, p.785-786)

Aqui, em se tratando de um direito penal mínimo, ocorre a exclusão da tipicidade das condutas que se mostram compatíveis ao tipo penal, mas que não violam o ordenamento jurídico por tratar com irrelevância a conduta praticada junto ao bem que é juridicamente tutelado.

Portanto, conclui-se que o direito penal garantista encontra antítese no direito penal máximo. Enquanto na visão garantista o objetivo é proteger os cidadãos de toda e qualquer arbitrariedade inerente ao uso do direito de punir do Estado, preservando assim todos os direitos fundamentais que se encontram assegurados na Constituição, a visão máxima do direito penal visa tão somente acabar com o crime e o criminoso.

4.2.2 O DIREITO PENAL MÁXIMO

Ao levar em consideração as circunstâncias que a sociedade enfrenta no dia a dia, em meio a riscos e uma crescente onda de criminalidade, nota-se a necessidade de buscar soluções para que essa realidade seja mudada. Desse modo, surge o direito penal máximo como uma contrapartida ao minimalismo penal.

Nesse sentido, Ferrajoli defende o seguinte pensamento:

A certeza perseguida pelo direito penal máximo está em que nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido. A certeza perseguida pelo direito penal mínimo está, ao contrário, em que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que também algum culpado possa ficar impune. Os dois tipos de certeza e os custos ligados às incertezas correlativas refletem interesses e opiniões políticas contrapostas: por um lado, a máxima tutela da certeza pública acerca das ofensas ocasionadas pelo delito e, por outro lado, a máxima tutela das liberdades individuais acerca das ofensas ocasionadas pelas penas arbitrárias. (FERRAJOLI, 2002, p. 85)

O direito penal máximo defende a ideia de que toda e qualquer infração penal deve ser punida de forma severa, para que assim ninguém saia impune. Sua metodologia se encontra estruturada nos pontos elencados a seguir: a) ampliação das leis penais; b) ampliação das penas de prisão e com longa duração; c) regime de execução mais rígido; d) tolerância zero; e) redução da maioria penal; f) pena de prisão para usuários de drogas e; g) direito penal do inimigo.

Essa linha de pensamento defende a ampliação dos bens jurídicos tutelados, bem como o rol de novas leis penais, restringindo cada vez mais as garantias fundamentais, para que assim possa ser contida a violência que se encontra bastante

presente na sociedade, tornando assim o Direito Penal mais abrangente. Dessa forma, diante dos atos que foram praticados, algumas pessoas são colocadas como “inimigos” do Estado. Com isso, esse arbítrio estatal acaba demonstrando um direito penal do “inimigo”, o qual não age de acordo com os princípios fundamentais.

4.3 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO FACE AO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

A tipificação dos crimes de perigo abstrato tem sido passível de discussões quanto a sua constitucionalidade. Isso, porque, quando colocados face ao princípio da ofensividade, é possível identificar divergências existentes em entendimentos jurisprudenciais e doutrinários acerca dos referidos crimes. Embora boa parte desses posicionamentos sejam favoráveis acerca desses crimes, há alguns juristas que os contestam.

Dentre alguns juristas que contestam a admissão desses crimes, Damásio de Jesus afirma o seguinte:

A presunção, de natureza absoluta (*juris et de jure*), não permite que o acusado demonstre a inocuidade de seu comportamento, que sua conduta não se mostrou efetivamente perigosa. Como o diz LUIZ FLÁVIO GOMES, criticando a adoção de infrações penais de perigo abstrato em nossa legislação e sua aceitação pelos tribunais, “mesmo quando a conduta mostra-se inócua, em termos de ofensa ao bem jurídico protegido, de acordo com ampla jurisprudência, impõe-se a condenação” (A questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido, São Paulo, 1994, p. 4 e 5, n. 6 e 8), o que ofende o princípio constitucional da lesividade [...]. Por isso, a adoção de crimes de perigo abstrato não se mostra adequada ao moderno Direito Penal, que se fundamenta na culpabilidade. [...] Conclusão: não são admissíveis delitos de perigo abstrato ou presumido em nossa legislação. (JESUS, 2009, p. 20)

Ainda nesse sentido, Daniela de Freitas Marques sustenta que:

Na realidade, a tese do perigo abstrato é insustentável, porque importa em presunção absoluta de resultado. Diga-se mais: a tese do perigo abstrato é insustentável, ainda que a conduta típica contenha o perigo como elemento integrante de sua descrição, porque há violação ao princípio da causalidade e a violação à própria culpabilidade. Por último, a tese do perigo abstrato é insustentável, porque condutas de mera desobediência ou de mera infração são levadas a tipos-de-ilícito. (MARQUES, 2008, p. 69)

Com base no entendimento de Ferrajoli, ele diz que:

Se o direito penal é um remédio extremo, devem ficar privados de toda relevância jurídica os delitos de mera desobediência, degradados à categoria de dano civil os prejuízos reparáveis e à de ilícito administrativo todas as violações de normas administrativas, os fatos que lesionam bens não essenciais ou os que são, só em abstrato, presumidamente perigosos, evitando, assim, a ‘fraude de etiquetas’, consistente em qualificar como ‘administrativas’ sanções restritivas da liberdade pessoal que são substancialmente penais. [...] O mesmo pode-se dizer dos denominados ‘crimes de perigo abstratos’ ou ‘presumido’, nos quais tampouco se requer um perigo concreto, como perigo que corre um bem, senão que se presume, em abstrato, pela lei; desta forma, nas situações em que, de fato, nenhum perigo subsista, o que se castiga é a mera desobediência ou a violação formal da lei por parte de uma ação inócua em si mesma. Também estes tipos deveriam ser reestruturados, sobre a base do princípio de lesividade, como delitos de lesão, ou, pelo menos, de perigo concreto, segundo mereça o bem em questão um tutela limitada ao prejuízo ou antecipada à mera colocação em perigo. (FERRAJOLI, 2002, p. 383-384)

Como observamos, os argumentos acima expostos dizem respeito a parte da doutrina que nega todas as formas de crimes de perigo abstrato face aos princípios constitucionais, principalmente em relação ao princípio da ofensividade. Nessa linha de pensamento, o argumento defendido é com base na hipótese de lesão ao bem jurídico, não é possível legitimar tal proteção. O perigo abstrato, tendo em vista que se trata de presunção absoluta, acaba violando o referido princípio, bem como o princípio da culpabilidade do agente.

Embora parte da doutrina seja contra a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, há a outra parte que defende. Nesse sentido, o jurista Eduardo Luiz Santos Cabette aduz que:

Não se pode admitir a distorção ou perversão da “mens legis” com vistas a uma tese que, inclusive, como já demonstrado alhures, não tem sido acatada pelo próprio STF, qual seja, a da inconstitucionalidade considerada genericamente de qualquer crime de perigo abstrato, induzindo o intérprete a desvirtuar tipos penais e interpretá-los forçosamente, mesmo “contra legem”, como se fossem de perigo concreto. Ora, muitas vezes a não previsão de um crime de perigo abstrato, deixando certos bens jurídico – penais sem proteção pode gerar inconstitucionalidade por insuficiência protetiva. É preciso apenas tomar o cuidado com a incontrolada, irrazoável ou desproporcional proliferação de crimes de perigo abstrato, que realmente tem sido um fenômeno constatado na atualidade, não somente no Brasil, mas no mundo. [...] Seguindo aproximadamente essa linha de pensamento, o autor lusitano Figueiredo Dias apresenta as tradicionais divisões entre perigo abstrato e concreto, aludindo à mesma polêmica sobre a inconstitucionalidade dos primeiros que tem sido rechaçada também naquelas terras pela maioria doutrinária e pelo Tribunal Constitucional. Entretanto, também não advoga uma incontida aceitação da abstração do perigo ou uma mera presunção como suficientes para a incriminação legítima. A não inconstitucionalidade está, segundo o autor, condicionada ao objetivo de “proteção de bens jurídicos de grande importância, quando for possível identificar claramente o bem jurídico tutelado e a conduta típica for descrita de uma forma tanto quanto possível precisa e minuciosa”. (CABETTE, 2003)

Pierpaolo Cruz Bottini ainda faz a seguinte afirmação:

A nosso ver, o respeito ao princípio da lesividade não implica a rejeição, de plano, dos delitos de perigo abstrato. A lesividade não é verificada apenas nos comportamentos que danificam bens jurídicos, mas abarca também a ameaça real ou potencial do objetos de tutela, que revela condutas penalmente relevantes. O abalo social que legitima a repressão é revelado inicialmente pela da conduta, e não pelo resultado material *ex post*. A consolidação de um direito penal que proteja, de maneira racional e funcional, os bens jurídicos diante dos novos riscos exige, em alguns momentos, a antecipação da tutela. O que se faz necessário é a configuração de limites preciosos para a atuação repressiva estatal, por meio da construção de uma política criminal racional e teleológica que impeça, em nome do alargamento da proteção de interesses fundamentais, o exercício irracional dos *ius puniendi*, e isso somente será possível com uma metodologia funcional que pautar o sistema penal pelas premissas básicas do modelo de Estado vigente. (BOTTINI, 2010, p. 172)

Vale salientar ainda que, Claus Roxin ensina:

Na ciência alemã de Direito Penal, discute-se intensamente se a tendência de nosso legislador de permitir a punibilidade de já no estágio anterior a uma lesão de bens jurídicos é justificável desde o ponto de vista do Estado de Direito. Por exemplo, a condução de um automóvel em estado de embriaguez é punível também quando inclusive não ocorreu absolutamente nada. Ademais, já existe um delito consumado de estelionato de seguros quando alguém faz desaparecer sua própria coisa para logo avisar ao seguro como se a coisa fora roubada. Nesses casos, muito numerosos na legislação mais moderna, o princípio de proteção de bens jurídicos é somente útil numa forma modificada, pois as regulações que introduzi como exemplos servem, sem qualquer dúvida, para a proteção de bens jurídicos; o primeiro serve para a proteção do corpo, da vida e dos bens reais no tráfego; o segundo protege a propriedade das companhias de seguros. 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. [...] As múltiplas diferenciações necessárias, tratando-se do extenso âmbito da punibilidade da preparação e a colocação em perigo, necessitam de um exame separado que não pode ser feito aqui. (ROXIN, 2009, p. 28)

Apesar dessa fala de Roxin quanto ao fato de que os crimes de perigo abstrato não se enquadram no princípio da proteção de bens jurídicos, em momento algum ele é contra a legitimação dessa modalidade criminosa, porém, ele ressalva a importância da análise de caso a caso.

5. CONCLUSÃO

Ao iniciar o presente trabalho científico, visando uma melhor compreensão acerca dos aspectos do direito constitucional fundamentais para o direito penal, foi abordado, antes de tudo, acerca do conceito de Estado, bem como do Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, ao identificar o Estado Democrático de Direito, pode-se constatar o surgimento de garantias fundamentais, as quais servem de limite para as ações do poder estatal.

Levando em consideração que o Estado, por si só, é um ente delimitado, logo tem-se que seu poder vai até onde sua capacidade o limita. Embora que a sociedade dê ao Estado autoridade sob a sua liberdade, este sempre estará sujeito a sofrer restrições, inclusive, pelo seu próprio ordenamento.

Nesse sentido, temos a nossa norma máxima, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual busca servir de estrutura e de regimento para as ações do Estado. Ou seja, as ações da sociedade e os poderes do Estado devem estar sempre segundo o estabelecido em nossa Carta Magna. Portanto, todas as demais normas devem seguir a Constituição, caso contrário, serão passíveis de inconstitucionalidade.

No tocante a criação dessas normas, faz-se necessário que seja observado os princípios constitucionais, servindo assim de orientação para interpretação das leis e, conseqüentemente, a sua aplicação a casos concretos que venham a surgir.

Referindo-se agora aos princípios utilizados no direito penal, vale salientar que estes são derivados dos preceitos constitucionais. Embora alguns não se encontrem explícitos na Constituição, é possível identificá-los a partir de uma análise constitucional.

No presente artigo científico, dentre uma série de princípios constitucionais e penais já mencionados, por questões de delimitação do tema, foi abordado tão somente no âmbito do princípio da ofensividade.

Aqui, para compreender e realizar uma explanação acerca do referido princípio, foi necessário buscar compreender o que vem a ser o bem jurídico tutelado. Desse modo, entende-se que a ideia de bem jurídico serve de base para que assim seja realizada a tipificação dos tipos penais, legitimando a incriminação dos tais e limitando assim o Direito Penal, com o intuito de proteger os referidos bens. Logo, torna-se válida a discussão sobre a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato.

Ao realizar um estudo acerca do princípio da ofensividade, é possível concluir que só haverá conduta incriminadora se houver efetiva lesão ou um perigo concreto de lesão ao juridicamente tutelado.

Analisou-se, então, a tipificação dos crimes de perigo abstrato, sendo possível constatar que para haver a sua punição basta a presunção do perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Aqui, a conduta que é incriminada nem sempre causará determinado perigo, tendo em vista que se trata de crime sem resultado imediato. Dessa forma, a simples realização da conduta descrita como proibida, gera a incriminação de tal pelo fato de que se tem a presunção da possibilidade de lesão ao bem tutelado juridicamente.

Todavia, no intuito de averiguar quanto a constitucionalidade dos crimes em tela face ao princípio da ofensividade, foi possível constatar a existência de dois posicionamentos quanto a essa questão. No tocante a defesa da constitucionalidade, essa parte da doutrina toma como base a necessidade que a sociedade tem de uma maior segurança, ou seja, em busca de prevenção para que assim se diminua os riscos ora enfrentados. Em contrapartida, a parte da doutrina que aponta a inconstitucionalidade entende que o direito penal precisa ser voltado ao cidadão e não ao “inimigo”, alegando que a constitucionalidade desses crimes acarreta a supressão das garantias estabelecidas na Constituição.

No que diz respeito ao arbítrio do legislador, conclui-se que o mesmo, agindo de acordo com a vontade da coletividade no intuito de suprir o interesse de todos, possui poderes suficientes para legislar conforme a Constituição.

Ao adentrar no âmbito do direito penal da sociedade de risco, nota-se a real necessidade de uma readaptação no Direito Penal frente ao surgimento de novos riscos oferecidos a sociedade. Sendo assim, diante de tal fato, há a constante verificação quanto a constitucionalidade da presunção dos crimes de perigo abstrato. No entanto, a doutrina não é unânime nessa discussão.

Dessa forma, o direito penal garantista se apresenta como forma de amenizar essa realidade, minimizando os danos e, conseqüentemente, garantindo uma maior proteção ao que se encontra positivado no ordenamento jurídico. Aqui, se combate o abuso do direito de punir do Estado, visando obter mais liberdade e uma maior estabilidade jurídico-social. No âmbito do garantismo, a prioridade sempre será a proteção ao cidadão e aos seus direitos fundamentais, colocando-se contra o que defende a visão máxima do direito penal.

Em se tratando do direito penal máximo, este defende a ideia de que é necessário haver punições de forma mais severas, bem como a restrição das garantias fundamentais, para que assim seja contida a crescente violência na sociedade. Para tanto, segundo esse entendimento, os bens juridicamente tutelados e o rol de novas leis penais devem ser ampliados. Aqui, levando em consideração esse arbítrio estatal, se demonstra como um direito penal do “inimigo”, agindo em desacordo com os princípios fundamentais.

No que diz respeito a tipificação dos crimes de perigo abstrato, sabe-se que a sua constitucionalidade ainda é bastante debatida. É possível constatar entendimentos jurisprudenciais e doutrinários divergentes quando colocados frente ao princípio da ofensividade.

O posicionamento que defende a inconstitucionalidade dos referidos crimes faz uso do argumento com base na ofensa aos princípios constitucionais, principalmente ao princípio da ofensividade. Nesse caso, por se tratar de uma lesão que se encontra muito distante, não há no que se falar em legitimar essa proteção ao bem jurídico. Diante desse confronto, não seriam válidas a previsão dos referidos crimes, bem como suas aplicações.

Em contrapartida, o posicionamento favorável a constitucionalidade desses crimes se fundamenta nas novas dinâmicas sociais, exigindo novas atitudes do Estado frente a essa realidade. Para tanto, surge a necessidade de que o Estado passe a adotar uma postura mais garantista. Dessa forma, a tipificação dessas condutas que possam vir a gerar um perigo abstrato se tornam mais eficazes, sendo uma melhor alternativa a fim de evitar males a sociedade.

Dessa forma, diante de tudo que foi exposto no presente trabalho, foi possível concluir que os crimes de perigo abstrato, por si só, não são inconstitucionais. Portanto, embora sejam considerados constitucionais, faz-se necessário que o legislador, ao tipificar as condutas em tela, utilize-se da sua responsabilidade e aja conforme todos princípios constitucionais, para que dessa forma seja evitado ao máximo qualquer discussão sobre sua constitucionalidade. Nesse entendimento, o Estado passa a agir previamente, assegurando de tal forma a segurança dos cidadãos. No entanto, há de ser importante que seja realizada a fiscalização desse poder de punição, por meio do direito penal, para que futuramente não venha a ser punida a capacidade de fazer das pessoas e sim o que, de fato, elas fizeram.

REFERÊNCIAS

- ATALIBA, Geraldo. **República e constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 34.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. .Ed. São Paulo, Saraiva, 1999. p. 147. (grifou-se)
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma nova modernidade**. 34. Ed. São Paulo, 2010. p. 384 .
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral I**. 19 ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 61.
- Bobbio, Norberto. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, Parte II, cap. II, n. 9, p. 199-200.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 73.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23ª Ed. Editora Malheiros, 2008. p. 80.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 2. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 172.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. Pág. 111.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em **Habeas Corpus 81057/SP**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 29/04/2005.
- BURDEAU, Georges. **Traité de science politique**. T. II, Paris, 1949. p. 128.
- CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **A falácia do denominado crime de perigo abstrato de perigosidade real**. Portal Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-falacia-do-denominado-crime-de-perigo-abstrato-de-perigosidade-real/>. Acesso em: 15 de Novembro de 2020.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estado de direito**. 4. ed. Lisboa, Gradiva, 1999. p. 11.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – parte geral**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 25-26.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. (arts. 1º a 120). 7. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 24.

- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 43.
- ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. São Paulo: Centauro, 2002. p. 191.
- ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. São Paulo: Centauro, 2002, p. 206.
- ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012, capítulo 8, item 8.2.6.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 85.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 383-384.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 785-786
- GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal. Série as ciências criminais no século XXI**. vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 89.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia, entre facticidade e validade**. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- JAKOBS, Günther; **Sobre la Normatización de la Dogmática Jurídico-penal**. Tradução de Manuel Cancio Meliá e Bernado Fijó Sánchez. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia: Centro de Investigación En Filosofía y Derecho, 2004. p. 29.
- JESUS, Damásio E. **Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do código de trânsito (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997)**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 20.
- KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 215.
- MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989. p. 37.
- MARQUES, Daniela de Freitas. **Sistema jurídico-penal: do perigo proibido e risco permitido**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008. p. 69.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª ed. – São Paulo : Malheiros, 2000. p. 747-748.

- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 45.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 598.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 18 ed., São Paulo: Atlas, 2005. p. 17.
- NOGUEIRA DA SILVA, Paulo Napoleão. **Breves Comentários à Constituição Federal**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.28.
- PEÑA DE MORAES, Guilherme. **Direito constitucional: Teoria da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 100-101.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro: vol. I: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 160-161.
- ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: 2009. p. 28.
- ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General, Tomo I**. 2. ed. Madrid Civitas, 1997. p. 407.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28ª Ed. Brasil: Malheiros, 2007 p. 113.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5.a ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 15.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5.a ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 16.
- VECCHIO, Georgio Del. **Teoría del estado**. Barcelona: Bosh, 1956. p. 351.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **A violação sistemática dos direitos humanos como limite à consolidação do Estado de Direito no Brasil**. Direito, cidadania e justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 6. ed. São Paulo: Revistados Tribunais, 2006. v. 1, p. 397.
- ZAFFARONI, Raul Eugênio. **Teoria Del delito**. Buenos Aires. Ediar. 1973. p. 226.