

UM EXAME DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Letizia Casaril*

Resumo: As reflexões que seguem abarcam o tema da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. Inicialmente são apresentados conceitos fundamentais à compreensão do trabalho, para melhor situar o leitor, definindo-se o que são crimes de perigo e como eles se subdividem em delitos de perigo concreto e abstrato. Após, dá-se início ao exame de constitucionalidade do instituto em análise. Primeiramente são apresentadas as críticas existentes à adequação constitucional dos crimes de risco e quais os seus fundamentos. Após, faz-se uma proposta de interpretação do instituto sob outro enfoque que não o adotado pela corrente antes analisada. Em seguida, aborda-se o aspecto do bem jurídico tutelado pela espécie de crime em comento. Por fim, é apresentado um exemplo de mandamento constitucional para criminalização de crime de perigo abstrato.

Palavras-chave: Crime. Perigo abstrato. Constitucionalidade.

Abstract: The following reflections cover the issue of the constitutionality of abstract danger crimes. First will be presented key concepts to understand the paper, to better situate the reader, setting what is danger crimes and how they are divided into crimes of abstract and concrete danger. After it is initiated the exam of constitutionality of the institute in question. First we present the critics that exist about the adequacy of risk crimes to the constitution and what are its foundations. After we make a proposal for interpreting the institute under another approach than the one adopted by the current before analyzed. Then we deal with the legal aspect of the protected good by the type of crime under discussion. Finally, we present an example of constitutional order to criminalize a crime of abstract danger.

Keywords: Crime. Abstract danger. Constitutionality.

* Assessora Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

Sumário: Introdução. 1. Os crimes de perigo. 1.1. Crimes de perigo concreto. 1.2. Crimes de perigo abstrato. 2. Limites constitucionais aos crimes de perigo abstrato. 2.2. Uma proposta de interpretação do princípio da lesividade em consonância com a existência dos crimes de perigo abstrato. 2.3. A questão do bem jurídico. 2.4. O mandado constitucional explícito de criminalização de conduta de perigo abstrato: tráfico de drogas. Considerações finais.

Introdução

No presente trabalho será apresentada uma análise da constitucionalidade ou não dos crimes de perigo abstrato no atual Estado Democrático de Direito Brasileiro. Busca-se responder aos seguintes questionamentos: a elaboração de tipos penais de risco abstrato, sem comprovação do risco no caso concreto, está de acordo com a Constituição Federal de 1988? É legítimo condenar alguém por gerar um perigo abstrato?

Partindo-se de uma análise conceitual, que aborda os fundamentos e requisitos dessa espécie de crime, serão apresentadas duas correntes acerca da sua conformação ao ordenamento constitucional pátrio. A primeira busca seu fundamento no princípio da lesividade, entendendo ser este um princípio constitucional implícito que serve de limite à atividade legislativa penal. A segunda reconhece a função de tal norma, porém, entende não ser ela absoluta, e oferece uma interpretação que possibilita a convivência desse princípio com outros que compõem o ordenamento jurídico brasileiro.

Tomando-se posição em favor de uma delas, explicaremos os argumentos dessa opção, exemplificando com um mandamento do próprio constituinte que ordena a criminalização de crime de perigo abstrato.

Ao final, assim, demonstramos porque os crimes de perigo abstrato são constitucionais.

1 Os crimes de perigo

Com a revolução industrial, o desenvolvimento tecnológico, o incremento da produção econômica, a ocorrência de guerras de proporção mundial, acidentes com energia nuclear, mais modernamente a globalização, a criação da rede mundial de computadores, entre outras mudanças sociais e tecnológicas, houve uma ampliação da produção legislativa em matéria de tipificação penal. Objetivando evitar a ocorrência do dano, o legislador criou os crimes de perigo, ampliando a proteção do bem jurídico tutelado pela norma, para, em vez de considerar delito tão somente o que gera lesão, também conceder tratamento penal às

condutas que colocam os bens jurídicos em perigo. Passou, assim, a criminalizar uma conduta por considerá-la perigosa à integridade do bem jurídico protegido.

O legislador considerou conveniente sancionar penalmente o agente causador de uma situação de risco, de uma ameaça, deixando de indicar qualquer resultado naturalístico para a conduta no tipo incriminador. É descrito apenas o comportamento penalmente relevante, antecipando a incidência da norma para o momento em que a conduta geradora de perigo acontece e desprezando a ocorrência de dano, a fim de melhor proteger o bem a que visa tutelar.

Assim, os crimes de perigo, em oposição aos crimes de dano ou de lesão, são aqueles em que basta a existência de uma situação de ameaça, gerando potencial de lesão ao bem que a norma protege, para configurar o tipo.

Os delitos de lesão exigem ofensa consumada ao bem jurídico, ou seja, exige-se dano concreto, com a ocorrência de um prejuízo efetivo e perceptível pelos sentidos humanos (NUCCI, 2007, p. 172). É o caso do homicídio (art. 121 do Código Penal) ou das lesões corporais (art. 129 do Código Penal). De outro lado, os delitos de perigo se contentam com a probabilidade do dano, bastando essa possibilidade para que se consumem, do que são exemplos o crime de rixa (art. 137 do Código Penal) ou de perigo para a vida ou a saúde de outrem (art. 132 do Código Penal) (NUCCI, 2007, p. 172).

Enquanto nos crimes de dano a inexistência de lesão efetiva caracteriza apenas delito tentado ou constitui um indiferente penal, nos crimes de perigo o só fato de submeter o bem à situação de risco já basta para consumir o tipo, sendo desnecessário o dano concreto. O elemento subjetivo dessa espécie de crime é o dolo de perigo, limitando-se a vontade à criação da situação de risco. O agente não quer, nem mesmo eventualmente, o dano (BITENCOURT, 2008, p. 213), o que, por si só, já consuma o delito.

Não se examinará a classe dos crimes de dano. O objeto dessas reflexões será unicamente os crimes de perigo, na subclasse abstrato, e a sua constitucionalidade. Todavia, a fim de melhor situar o leitor, pertinente antes uma conceituação, subdividindo-se os crimes de perigo em crimes de perigo abstrato e crimes de perigo concreto.

1.1 Crimes de perigo concreto

Nos crimes de perigo concreto, a realização do tipo exige constatação, caso a caso, de perigo real, palpável, mensurável (TOLEDO, 1994, p. 143). Ele precisa ser provado em cada situação analisada, pois o perigo só é aferível por uma valoração subjetiva da probabilidade de superveniência de um dano (BITENCOURT, 2008, p. 213).

Exemplo dessa espécie de delito é o tipificado no art. 134 do Código Penal, que trata do crime de exposição ou abandono de recém-nascido. A conduta de expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria, para ser considerada criminalmente punível, requer a comprovação de que o recém-nascido efetivamente foi submetido a risco.

1.2 Crimes de perigo abstrato

Nos crimes de perigo abstrato, é dispensada a constatação de perigo real, no caso concreto, por se tratar de perigo de lesão presumido (TOLEDO, 1994). A própria lei presume, *juris et de jure*, que determinado comportamento gera perigo, dispensada a formação de prova em relação a esse aspecto. O perigo é presumido da própria ação ou omissão (JESUS, 2005, p. 189), contentando-se a lei com a simples prática da ação que pressupõe perigosa (BITENCOURT, 2008, p. 213). No tipo penal não há indicação de resultado, sendo penalmente relevante apenas o comportamento. Por isso os crimes de perigo abstrato são também conhecidos como crimes de mera conduta (BOTTINI, 2012).

É exemplo dessa espécie de delito aquele tipificado no art. 135 do Código Penal, que trata da omissão de socorro. O só fato de *deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública* já traduz conduta (ou melhor, falta de conduta, inércia) criminal, cujo perigo é presumido.

2 Limites constitucionais aos crimes de perigo abstrato

2.1 O princípio da lesividade

O princípio da lesividade, também conhecido como princípio da ofensividade, é extraído da máxima latina “*nullum crimen sine iniuria*”, isso é, não há crime sem ofensa a um bem jurídico digno de tutela penal. Em outras palavras, é preciso que haja uma lesão efetiva ou um perigo concreto de lesão a um bem jurídico para que a conduta possa ser considerada crime.

O professor Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira entende que esse é um princípio constitucional que estaria implícito no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição, o qual diz que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário *lesão* ou *ameaça a direito*. Segundo ele, essa norma, além de consagrar o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, dispõe que *a exigência*

da submissão de fatos ao exame judicial se faça relativamente a uma lesão efetiva a um bem, ou a uma ameaça a direito (OLIVEIRA, 2004, p. 99).

De outra banda, Nucci não enxerga o princípio da lesividade com *status* constitucional, nem mesmo implícito. Não teria ele existência autônoma, com vida própria. Entende ele que a ofensividade é um nítido apêndice do princípio da intervenção mínima ou subsidiariedade do Direito Penal Democrático, não devendo ser considerado à parte, como princípio autônomo, já que falece de força e intensidade para desvincular-se do principal (NUCCI, 2007, p. 74-75).

É com base nesse princípio que há hoje corrente doutrinária defendendo a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. O fundamento dessa linha de pensamento consiste em que a Constituição da República só permitiria a existência de tipos penais que incriminem condutas que colocam em efetiva e concreta situação de perigo determinado bem jurídico. Ou seja, os crimes de perigo abstrato seriam puramente inconstitucionais e sua sobrevivência dependeria de uma reinterpretação dos tipos de forma a torná-los condizentes com o princípio da lesividade, convertendo-os em tipos de perigo concreto.

Encabeçando essa corrente está Luigi Ferrajoli, que chama tais crimes de “delitos de suspeita” ou “fraudes de etiqueta”, dizendo que eles são apenas um meio que ocupam o lugar de outros delitos mais concretos os quais não são levados a juízo por falta de provas. Por isso, representariam uma violação às garantias processuais do autor (2000, p. 482). Defende ele que o que se castiga é uma ação inócua, por mera desobediência da lei. Por isso, essa espécie de delito deveria ser reestruturada de acordo com o princípio da lesividade, tornando-se crimes de lesão ou de perigo concreto. Diz ainda que, para aqueles cuja transformação seja impossível, oportuna a sua supressão, porque implicam duplicar a responsabilidade por crimes comuns (FERRAJOLI, 2000, p. 482).

Em similar posição, Luiz Flávio Gomes sustenta que admitir crimes de perigo abstrato hoje é uma heresia sem tamanho, porque o princípio da ofensividade não permitiria essa espécie de delito (GOMES, 2008 – A). Somente os ataques mais intoleráveis e com potencial para causar repercussões visíveis para a convivência social é que devem ser incriminados. Em outras palavras, para o autor, a afetação concreta (lesão ou perigo efetivo) do bem jurídico é uma condição *sine qua non* do *ius poenale* do *ius libertatis*, isso é, constitui sua *ratio essendi* (GOMES, 2008 – B, p. 89).

Dessa forma, o princípio da lesividade teria, basicamente, duas funções. A primeira, de limitar o legislador, de maneira que só poderia ele exercer sua tarefa criminalizadora com observância desse princípio. A segunda, de servir de garantia ao réu, significando que um crime só pode existir se, em uma avaliação posterior ao fato analisado, se verifique uma lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico penalmente protegido (GOMES, 2008 – B).

Entretanto, será que essa premissa, que serve para sepultar os crimes de perigo abstrato, é tão correta e inquestionável como propalam os seus defensores?

2.2 Uma proposta de interpretação do princípio da lesividade em consonância com a existência dos crimes de perigo abstrato

De fato, a lesividade é um dos princípios que permeiam o conjunto de normas e diretrizes de interpretação do ordenamento jurídico penal brasileiro. No entanto, não é o único. Se é certo que um tipo penal deve tutelar um bem jurídico tão somente quando ele é alvo de ofensa ou ameaça de lesão, também é certo que a Constituição tratou de outras premissas fundamentais que não podem ser esquecidas quando da interpretação da constitucionalidade de um instituto, a exemplo do Preâmbulo, do *caput* do art. 5º (que cuida dos direitos e deveres individuais) e do *caput* do art. 6º (que cuida dos direitos fundamentais sociais), dispositivos que asseveram o direito à segurança.

Nas palavras de Douglas Fischer:

Se a Constituição é o ponto de partida para (também) a análise (vertical) do influxo dos princípios fundamentais de natureza penal e processual penal, decorre daí que o processo hermenêutico não poderá se assentar sobre fórmulas rígidas e pela simples análise pura (muito menos literal) dos textos dos dispositivos legais (inclusive da própria Constituição). Há se buscar o conteúdo da norma, sua essência (FISCHER, 2009).

Nobre e árdua é a função atribuída ao princípio da lesividade, buscando defender o cidadão do arbítrio estatal. Há que se resgatar, contudo, qual a finalidade da existência dos tipos penais: a atribuição de tipicidade a uma conduta humana, conferindo a ela uma tutela penal, tem dupla função garantidora, tanto para o indivíduo considerado em si, quanto para o indivíduo considerado em sociedade.

Para o primeiro, porque saberá ele o que pode ou não fazer e, se fizer aquilo que é proibido, saberá a pena à que será submetido, podendo então escolher pautar-se pela conduta lícita ou ilícita ciente dos ônus de cada uma. Franz Von Liszt dizia que o Código Penal é a carta magna do delinquente, querendo dizer que ele serve de garantia para quem se rebela contra o Estado ou a sociedade, pois saberá o delinquente quais os limites para sua pena e o procedimento a que será submetido (LIZST apud TOLEDO, 1982, p. 206).

Para o segundo, a tipificação criminal ocupa posição de garantia de segurança e paz social a cada indivíduo que compõe a sociedade, papel que o Estado propôs-se a desempenhar quando tomou para si parte da liberdade de cada

cidadão, numa visão contratualista hobbesiana. A fim de conter a justiça pelas mãos de cada pessoa, o que levaria ao caos, é que surgiu o Estado, buscando evitar o medo e ser garantia de segurança. Segundo José Paulo Baltazar Junior, fazendo uso da doutrina de Johannes Dietlen:

Ademais, o Estado, ao assumir o dever de proteção dos bens jurídicos, cria no cidadão a expectativa de que será protegido, de modo que a omissão estatal caracteriza uma quebra do princípio de proteção da confiança (*Vertrauensschutzprinzip*). A própria legitimação estatal está em jogo, aqui, pois: “O Estado, ao aplicar suas leis na proteção dos cidadãos, confirma a validade dessas leis e, com isso, sua própria existência” (BALTAZAR Jr., 2010, p. 191).

O dúplice aspecto do ordenamento jurídico penal, já mencionado por Roxin, foi lembrado por Francisco de Assis Toledo, ao asseverar que ele serve, simultaneamente, para limitar o poder de intervenção estatal na esfera dos direitos individuais e também para combater o crime. Ou seja, protege tanto o indivíduo contra os abusos da autoridade quanto a sociedade e seus membros contra os abusos dos indivíduos (TOLEDO, 1982, p. 206-207).

Da mesma forma, os direitos fundamentais possuem duplo aspecto. Na sua origem, surgiram como uma reação aos abusos do Estado contra as liberdades dos cidadãos. Foram, portanto, uma resposta ao arbítrio do Leviatã. Essa é a visão tradicional dos direitos fundamentais que os apresenta como direitos negativos, ou seja, que dão ao cidadão o direito de exigir do Estado que se abstenha de certas condutas, em respeito às suas liberdades individuais. E o argumento de que todo o crime deve traduzir uma lesão concreta a um bem jurídico funda-se precipuamente nessa visão, entendendo que é direito de cada pessoa não sofrer intervenção do direito penal sem esse pressuposto de efetividade de dano ou lesão. Em outras palavras, o indivíduo tem um direito fundamental a que o Estado não considere o seu agir criminoso se, da sua ação, não resultar um perigo concreto a um bem juridicamente protegido. Essa visão estava de acordo com o contexto de surgimento desses direitos.

Não obstante, a realidade contemporânea se mostra muito mais complexa. Na sociedade atual, especialmente pós-revolução industrial e principalmente pós-guerra, o perigo de desrespeito às liberdades individuais não provém apenas do Estado. Surgem outras fontes de risco e de agressão, a par da já existente. E, para proteger o cidadão desses núcleos de agressão privados, a visão tradicional dos direitos fundamentais como ordem de abstenção do ente público se torna insuficiente, não dando uma resposta à altura do que o Estado se propôs. Em virtude disso é que os direitos fundamentais tiveram uma outra função acrescentada à antiga. A eles foi outorgado outro sentido: o de que também desempenham a tarefa de defender o cidadão contra ameaças provenientes dessas outras fontes de agressão, as privadas (BALTAZAR, 2010, p. 49-50).

Para além disso, os direitos fundamentais encerram em si não apenas um conteúdo negativo, como também um conteúdo jurídico-objetivo, influenciando o ordenamento de forma a obrigar o Estado a fazer tudo para a sua concretização. Ou seja, ao lado da sua função de mandamento de abstenção do Estado, foi acrescentada outra, de mandamento para que se faça tudo para a sua concretização (BALTAZAR, 2010, p. 50).

Nesse sentido é o pensamento de Robert Alexy, que entende que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o mais importante instrumento na dogmática dos direitos fundamentais do pós-guerra para o alargamento do seu conteúdo (ALEXY apud BALTAZAR, 2010, p. 50).

Com o surgimento dos direitos sociais, o Estado passa a ter um papel mais interventivo, devendo garantir prestações positivas. Surgiu aí o fundamento para que fosse acrescentada essa nova concepção aos direitos fundamentais, de forma a adaptar o seu fundamento teórico ao surgimento desses novos direitos fundamentais, agora não apenas individuais como também sociais (BALTAZAR, 2010, p. 50).

Nesse sentido se orienta a dogmática constitucional moderna, que entende que os direitos fundamentais passaram a ostentar um novo papel. A primeira e clássica função de limitar o arbítrio estatal, agindo negativamente, continua intacta, e constitui a *proibição de excesso*. E a ela foi acrescentada a função de obrigar ao Estado que atue na proteção desses direitos fundamentais, traduzindo o dever de proteção jurídico-fundamental, constituindo a *proibição de insuficiência*. Ou seja, no primeiro, a ênfase é no direito do cidadão, enquanto que, no segundo, o destaque fica no dever do Estado (BALTAZAR, 2010, p. 52).

Nesse novo sentido, os direitos fundamentais visam a assegurar a proteção dos bens jurídicos dos próprios direitos fundamentais contra agressões de terceiros particulares, não estatais. E a maneira de efetivar esse direito fundamental de conteúdo jurídico-objetivo é a produção legislativa “em casos nos quais a omissão do legislador tem praticamente a mesma qualidade de uma intervenção indevida” (BALTAZAR, 2010, p. 53-54).

Sobre o dever de o ordenamento jurídico oferecer proteções mínimas, diz Ingo Sarlet:

[...] o Estado – também na esfera penal – poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese, por sua vez, vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É neste sentido que – como contraponto a assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*) (SARLET, 2004, p. 98).

Assim é que os direitos fundamentais passaram a ter dupla função, ambas igualmente importantes, sem qualquer hierarquia ou sobreposição.

O Ministro Gilmar Mendes já se manifestou sobre o assunto em interessante artigo sobre *Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Tratando da temática dos direitos fundamentais e dever de proteção, assevera que

a concepção que identifica os direitos fundamentais como princípios objetivos legitima a idéia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – *Abwehrrecht*) – [por essa razão insere-se aqui uma crítica à visão que foca de forma míope no princípio da lesividade apenas] –, mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*) (MENDES, 1999).

Ao decidir caso sobre a legalização do aborto, o Tribunal Constitucional alemão afirmou que “o Estado deveria tomar medidas [...] suficientes ao cumprimento do seu dever de tutela, que façam com que se obtenha uma [...] tutela adequada e, enquanto tal, eficaz” (FELDENS, 2005, p. 108). Completa ainda, Luciano Feldens, dizendo que a Corte decidiu dessa forma

Salientando que a determinação acerca do(s) tipo(s) de proteção (sanção) a ser conferida é, em princípio, tarefa do legislador, asseverou também o Tribunal Constitucional que *o legislador está obrigado a observar a proibição de proteção deficiente no cumprimento do dever prestacional por força de mandado constitucional* (aqui na forma de deveres de tutela de direitos fundamentais). De acordo com essa proibição da proteção deficiente, as medidas tutelares tomadas pelo legislador no cumprimento de seu dever prestacional no campo dos direitos fundamentais deveriam ser *suficientes* para oportunizar essa referida proteção *adequada e eficaz* bem como estar assentadas em averiguações cuidadosas dos fatos relevantes e avaliações argumentativamente justificáveis (plausíveis). Segundo colhemos da decisão, *caso não se pretenda violar a proibição da proteção deficiente, a configuração da tutela por parte do ordenamento jurídico deve corresponder a exigências mínimas* (2005, p. 108).

Novamente a Corte Constitucional alemã, apreciando o tema dos direitos fundamentais, debateu a existência ou não de um direito fundamental à proteção. A conclusão alcançada foi no sentido de reconhecer esse direito, deixando claro que a não-observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental da Alemanha (MENDES, 1999).

Assim, um tipo penal não pode ser visto apenas da ótica do autor do delito, merecendo enfoque igualmente importante a visão da vítima da conduta (seja indivíduo considerado em si mesmo ou em sociedade), sem que qualquer delas se sobreponha à outra. E o objetivo disso, como sintetizado por Douglas Fischer ao tratar do verdadeiro significado da teoria do Garantismo Penal de Ferrajoli, *é estabelecer uma imunidade, e não impunidade, dos cidadãos contra a arbi-*

trariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e também a proteção dos interesses coletivos (FISCHER, 2009). E a existência de tipos penais de perigo abstrato cumpre bem essa função.

Mesmo o mais básico dos princípios penais, o qual mereceu menção constitucional expressa no mais nobre dos artigos da Carta Magna, o conhecido *in dubio pro reo*, não é absoluto. Em deferência aos princípios da unidade da Constituição – a fim de evitar antagonismos entre suas normas – e da relatividade ou da convivência das liberdades públicas – pelo qual não há liberdade absoluta, sob pena de não haver liberdade alguma –, vemos diariamente nos Tribunais do Júri espalhados pelo país a mais básica das garantias do processado ceder lugar ao *in dubio pro societate*, que manda o juiz presidente do tribunal, na dúvida, não absolver, mas sim pronunciar o réu.

Igual sorte hermenêutica, e em adequação com o ordenamento constitucional, deve ser conferida à interpretação dada ao princípio da lesividade, em consonância com uma dogmática constitucional dos direitos fundamentais que conjuga harmoniosamente a proibição de excesso com a proibição de insuficiência.

2.3 A questão do bem jurídico

No surgimento do Estado de Direito, houve uma grande produção legislativa em matéria penal, em contradição aos ideais iluministas de uma ordem jurídica sucinta assim como à finalidade do art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem, que tratava da limitação das penas. Como resposta à hipertrofia da legislação penal, a fim de conter o excesso criminalizador, surgiu a idéia do bem jurídico tutelado. Na lição de Agenor Casaril:

Reativamente, brotou o entendimento de que o Direito Penal objetiva, não a proteção de interesses subjetivos, mas a tutela de bens jurídicos. Em trabalho publicado em 1834, Birnbaum, pioneiramente, sustentou que o Direito Penal devia limitar-se a tutelar bens jurídicos, e tão-só os de natureza material. Ainda no século XIX, alargou-se o entendimento para incluir, também, na tutela penal os bens imateriais (CASARIL, 2002, p. 157).

No século XX, o conceito de bem jurídico é confundido e deturpado pelos penalistas alemães que passam a entender que ele é o próprio fim da lei. Ou seja, de método para limitar o legislador penal, o bem jurídico passou a incentivo para a norma incriminadora. Continua Casaril dizendo que:

Com a tendência reformadora da legislação penal, verificada no segundo pós-guerra, ressurgiu o interesse na temática do bem jurídico, com a superação da visão neokantiana, estabelecendo-se conteúdo e função

definidos para o bem jurídico. Assim Hans Welzel, com enfoque funcional, vê o bem jurídico como “ser em função”, à medida que interesses como vida, saúde e propriedade atuam na vida social, tornando-se relevantes para o Direito Penal. Segue-se-lhe Hans Joachim Rudolph, com a assertiva de que o bem jurídico não é um ser em função mas a própria função social em si, caracterizando unidades funcionais da vida social (CASARIL, 2002, p. 158).

Dessa forma, temos que bem jurídico é aquilo que se busca proteger pela norma penal. É o bem da vida tutelado pelo tipo incriminador. Em uma acepção inicial, deve ser um dos bens fundamentais para cuja tutela, segundo Locke, nasce o Estado (LOCKE *apud* FERRAJOLI, 2000, p. 470). Posteriormente, esse conceito foi ampliado, passando-se a considerar bem jurídico penal qualquer bem que deva ser tutelado pelo Estado, desde que uma tutela geral não possa ser feita por outro ramo do direito, mas apenas com a ameaça de uma pena (FERRAJOLI, 2000, p. 470). Segundo, Winfred Hassemer, para a individualização do bem jurídico, não é fundamental a posição objetiva do bem, mas a sua valoração subjetiva, com as variantes dos contextos sociais nos quais ele aparece (HASSEMER *apud* LUISI, 1998).

De acordo com Feldens, *passados quase dois séculos de contínua reflexão, a teoria do bem jurídico mantém-se como um elemento essencial e determinante na formação do Direito Penal contemporâneo* (2005, p. 44).

Com efeito, a dogmática do direito penal de um Estado Democrático de Direito é firme no sentido de que está ele a serviço da tutela de bens jurídicos e só seria legítima a sua intervenção se for com esse fim. A concepção de crime como puramente uma transgressão formal da norma foi superada. Modernamente, a legitimação de um crime está fundada na proteção de um bem jurídico.

Conforme Samuel Jobim *tão-somente o amparo ao bem jurídico justifica a proteção penal, acompanhada de suas graves consequências* (2006, p. 10). Assim é que Cláudio do Prado Amaral afirma que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos (2005, p. 40).

O bem jurídico pode ser material ou imaterial, de titularidade individual ou metaindividual, desde que seja reputado essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem, merecendo, por isso, proteção jurídico-penal. Importa ainda que ele esteja sempre em consonância com os valores axiológicos inseridos na Constituição assim como com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito (PRADO, 2006, p. 248).

Segundo Luis Régis Prado, nesse aspecto, o princípio da lesividade se confunde com o da exclusiva proteção de bem jurídico, à medida que todo delito deve lesar ou por em perigo de lesão algum bem jurídico (2006, p. 246).

Os críticos dos tipos de perigo abstrato declaram a sua inconstitucionalidade em razão de a conduta incriminada não oferecer lesividade a um bem jurídico. Essa lógica leva à conclusão de que constitucionais são apenas os crimes

de perigo concreto. Ou seja, o marco acerca da constitucionalidade de um tipo seria a forma com que o bem jurídico foi exposto a perigo.

A questão passa a ser, então, como definir o que é perigo abstrato ou concreto. Conforme analisado no item 1 desse trabalho, a avaliação de se o risco é concreto ocorre caso a caso, devendo ser verificado se o bem jurídico protegido foi submetido a perigo real. Já nos delitos de perigo abstrato, o risco de lesão é presumido, portanto, dispensada a constatação de perigo efetivo. Essa é a definição comumente utilizada pelos críticos do perigo abstrato.

De acordo com a tradicional doutrina alemã, o perigo concreto só pode ser avaliado posteriormente à ocorrência do fato, em uma perspectiva *ex post*, que considera todas as circunstâncias reais, mesmo aquelas que só são conhecidas após a sua ocorrência. Ou seja, está-se diante de um perigo concreto quando a não ocorrência da lesão foi mera obra do acaso, sem que se possa fornecer uma explicação racional (GRECO, 2004, p. 120). Tal teoria é facilmente aceita pelos defensores da constitucionalidade apenas dos crimes que causam perigo concreto, como posicionamento adotado por Luiz Flavio Gomes apresentado no item 2.1 deste trabalho.

Uma situação colocada por Luís Greco merece análise. Imagine-se o seguinte caso: um motorista embriagado dirige seu carro pela via pública e ultrapassa pelo acostamento e em alta velocidade um motociclista. Em uma análise *ex post*, configurado o crime de dirigir sob a influência de álcool, tipificado no Código de Trânsito. E os opositores do perigo abstrato não discordariam porque, nesse exemplo, a conduta gerou perigo concreto ao motociclista, logo, presente a indigitada lesividade. Ocorre que esse motociclista é exímio motorista de *motocross* e o fato de ter sido ultrapassado pela direita não lhe causou risco algum. Será que esses críticos diriam que, nessa situação, inexistiu o crime, já que a segurança do motociclista não foi efetivamente exposta a perigo? Fazendo uma análise de um ponto de vista posterior ao fato, não houve delito algum, porque o bem jurídico não foi submetido a risco concreto.

Contudo, os acusadores do perigo abstrato não aceitam essa conclusão que é extraída das suas próprias premissas. Insistem em dizer que esse delito é de perigo concreto, mas que a exigência não é de perigo concreto para uma pessoa determinada. Segundo Luiz Flávio Gomes, a hipótese é de *perigo a um número indeterminado de pessoas (perigo indireto ou comum)*, que entram no raio de ação da conduta causadora de riscos (GOMES, 2002, p. 105). Ou seja, o conceito de perigo concreto é flexibilizado enormemente para que a sua tese não fique desacreditada (GRECO, 2004, p. 123). Parece, contudo, que o delito é claramente de perigo abstrato e que os defensores da corrente que os considera inconstitucionais precisam fazer verdadeiro malabarismo interpretativo para não caírem em contradição, quando, na verdade, isso já ocorre com a própria explicação que oferecem.

Zaffaroni ensina que, para determinação do que seja perigo, a valoração deve ser feita *ex ante*, do ponto de vista de um observador situado no momento da realização da conduta, e não *ex-post*, no momento de julgá-la. O perigo surge sempre de uma incerteza, e, posteriormente à conduta, geralmente já não há incerteza (ZAFFARONI, 1999, p. 561).

Com efeito, para Roxin, o relevante não é a necessidade de efetivo e real risco ao bem jurídico, mas sim se o agente criou ou incrementou um risco proibido. De qualquer forma, fato é que mesmo nos crimes de perigo abstrato, o bem jurídico é submetido a risco. A dificuldade para alguns em fazer essa constatação pode ser consequência de o bem tutelado nessa espécie de delito ser coletivo. Bem por isso, merece ele ser protegido de tal forma que a punibilidade para sua afetação seja antecipada, não se esperando a ocorrência de dano.

2.4 O mandado constitucional explícito de criminalização de conduta de perigo abstrato: tráfico de drogas

A Constituição de 1988 fez constar expressamente em seu texto uma ordem ao legislador ordinário para que tipificasse como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Tal mandamento constou do artigo 5º nos seguintes termos:

XLIII – a lei considerará *crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia* a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; [grifo nosso].

Não pairam dúvidas sobre a cogência do dispositivo constitucional. De fato, o legislador não possui liberdade em optar por considerar essa conduta crime ou não. A ordem constitucional é clara e impõe ao Congresso o dever de criminalizar o tráfico de drogas, determinando ainda que não pode ser concedido a essa espécie de criminoso os benefícios da fiança, da graça ou da anistia.

Em uma interpretação kelseniana do ordenamento jurídico, que orienta à estruturação piramidal de hierarquia das normas, o fenômeno dos mandados constitucionais de criminalização consiste no seguinte raciocínio: as regras constitucionais, dotadas de superioridade sobre todas as outras, emitem uma ordem ao direito penal, determinando a ele que certa conduta seja considerada crime. Há ainda, nesse mandamento, uma carga de elementos a serem considerados pelo legislador infra-constitucional, a começar pelo dever de proteção do bem jurídico ali indicado (proibição de insuficiência), passando ainda pela classificação de hediondez do delito, e chegando a dar diretrizes sobre a concessão de benefícios ao seu agente.

Trata-se, pois, de um mandado constitucional explícito de criminalização do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, isso é, cuida-se de um comando emitido pelo constituinte originário, dotado de imperatividade, cujo conteúdo é de ordenar que seja dispensada tutela penal a essa conduta, respeitadas ainda as condicionantes elencadas no dispositivo mandatório.

Em relação à força normativa desse dispositivo constitucional, há duas hipóteses, entre si extremamente opostas, que merecem ser afastadas desde logo. A primeira é a que confere eficácia penalizadora “automática” à norma mandatória de criminalização. A segunda é a que trata a ordem constitucional como um conselho desprovido de eficácia (FELDENS, 2005, p. 77).

O princípio da legalidade garante ao cidadão que ele não será penalizado por conduta alguma, se não aquelas expressamente proibidas em lei. É a lei que dá ao crime os contornos necessários para sua incidência no mundo dos fatos. Portanto, não poderia a norma constitucional ter eficácia automática, a ponto de ser dispensada a elaboração de lei pelo Congresso. O que existe é uma ordem constitucional ao legislador ordinário para que ele elabore a norma penal, e essa, por sua vez, tenha eficácia quanto ao crime de tráfico de drogas. A regra da Constituição não substitui a necessidade de lei.

Na lição de Luciano Feldens:

a restrição (redução) do espaço de liberdade do cidadão estabelece-se tão somente a partir da elucidativa definição legal da conduta incriminada, tarefa essa que incumbe à lei (ao legislador) realizar – presente o princípio da legalidade e seus subprincípios (*lex stricta*, *lex certa* e *lex praevia*) –, haja vista não se prestar a tanto a norma constitucional (2005, p. 77).

Entretanto, isso não significa que a norma mandatória não tenha eficácia alguma. A necessidade de legislação ordinária como condição para punição do delito não lhe retira toda eficácia ou aplicabilidade, mas somente a reprimenda do crime é que fica suspensa até que a legislação seja feita (FELDENS, 2005, p. 77). O mais claro exemplo de emanção de eficácia dessa espécie de norma é que serve ela de parâmetro para o controle de constitucionalidade, de forma que não será constitucional lei que permita o tráfico de drogas, assim como poderá ser considerada recepcionada norma que criminalize tal conduta. E, no caso de já existir norma anterior à Constituição que faça a tipificação do tráfico de entorpecentes, sendo considerada ela recepcionada pela nova ordem constitucional, o mandado de criminalização da Carta Fundamental impede o legislador ordinário de simplesmente revogar esse tipo penal ou abrandá-lo demasiadamente, já que seu fundamento de validade passou a ser constitucional (FELDENS, 2005, p. 77).

Atente-se para o fato de que o dispositivo onde está insculpido o mandamento de criminalização do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins está inserido no artigo 5º da Carta Magna, o qual, por força do parágrafo primeiro, possui aplicabilidade imediata, considerando tratar-se de direito fundamental de conteúdo jurídico-objetivo, com função de obrigar ao Estado que atue na proteção dos próprios direitos fundamentais. Esse é um caso onde a produção legislativa tem a função de resguardar direitos fundamentais e a omissão do legislador praticamente equivale a uma intervenção indevida do Estado na esfera de liberdade do particular, sendo exemplo da *proibição de insuficiência*.

A melhor interpretação para os mandados constitucionais de criminalização, segundo Feldens, é de que são

uma imposição – relativa, em seus próprios termos – dirigida ao legislador penal para que construa os tipos penais em consonância ao mandado constitucional e, ao mesmo tempo, uma vedação a que proceda a uma radical despenalização de condutas que culmine por retirar integralmente a proteção ao bem jurídico objeto do mandado de criminalização (2005, p. 78).

Nesse contexto é que se insere o tema da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. O tráfico de entorpecentes e drogas afins é tipo penal de perigo presumido. Quanto a isso a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica e unânime. Para que se consuma o tipo em questão não é necessário que alguém faça uso do entorpecente, tampouco que se constate, no caso concreto, um perigo real à saúde do usuário. O perigo é presumido em caráter absoluto, e advém da própria conduta de traficar ilicitamente, sem necessidade de aferição subjetiva do risco concreto. Basta que o agir do agente possa ser subsumido em um dos verbos previstos no tipo incriminador.

Para Angelo Ilha da Silva, o tráfico de entorpecentes é conduta perigosa e não necessariamente danosa, que tutela a saúde pública, bem difuso de interesse coletivo, sendo impossível aferir o grau de ofensa no caso concreto, por isso correta a sua criminalização como tipo de perigo presumido (SILVA, 2003, p. 129).

O resultado dessa análise nos mostra que temos uma norma constitucional que ordenou ao legislador penal a criminalização de uma conduta de perigo abstrato. Ora, não parece coerente considerar essa espécie de delito inconstitucional quando a própria Constituição manda que ela exista.

Em verdade, os crimes de perigo abstrato têm a sua constitucionalidade avalizada pela própria Carta Magna, como confirma o mandamento analisado de criminalização do tráfico de entorpecentes.

Considerações finais

Pelo desenvolvimento do presente trabalho, pode-se concluir que, não obstante a relevância dos argumentos apresentados pelos críticos da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, há fundamentos mais fortes que militam em favor da constitucionalidade do instituto.

De fato, o princípio da lesividade integra o ordenamento jurídico pátrio, contudo, não ocupa posição superior aos outros princípios que com ele convivem. E, tendo em vista as razões que levaram à criação do Estado, a marcha histórica da civilização, o conteúdo moderno atribuído aos direitos fundamentais e a conseqüente proibição de insuficiência, dentre tantos outros aspectos levantados, a conclusão a que se chega é de que os crimes de perigo abstrato são constitucionais no atual panorama jurídico brasileiro.

Isso é corroborado pela análise e forma de interpretação do bem jurídico tutelado por essa espécie de delito. Não há outra solução a ser dada ao debate jurídico aqui ventilado, pois a própria Constituição ordena a existência dos delitos de risco quando determina ao legislador a criminalização do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Referências

- AMARAL, Cláudio do Prado. *Despenalização pela reparação de danos: a terceira via*. Leme: J. H. Mizuno, 2005.
- BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crime organizado e proibição de insuficiência*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte geral*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Os crimes de perigo abstrato e o Supremo Tribunal Federal – HC 90.779/PR. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; VALE, André Rufino do (Orgs.). *A Jurisprudência do STF nos 20 anos da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 292-301.
- _____. Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta. In: *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstrato-nao-sao-mera-conduta>>. Acesso em: 19 jul. 2013.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte geral (arts. 1º a 120)*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CASARIL, Agenor. *O princípio da dignidade da pessoa humana e o direito penal brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2002.

COSTA, Taísa Cristina Tenório Salvador da. Os crimes de perigo abstrato e sua (in)constitucionalidade frente ao princípio da lesividade. In: *Revista da ESMAPE*, Recife: ESMAPE, v. 14, n. 29, p. 501-516, jan./jun. 2009.

FELDEN, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Roma: Laterza, 2000.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monoclar) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. In: *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em: 17 jul. 2013.

GOMES, Luiz Flavio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *Reforma do Código de Trânsito (Lei 11.705/2008): novo delito de embriaguez ao volante*. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20080624132448294&mode=print>. Acesso em: 17 jul. 2013.

GRECO, Luís. 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*, ano 12, n. 49, jul./ago. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 89-147.

JESUS, Damásio de. 28. ed. *Direito Penal – Parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

JOBIM, Samuel da Silva. *Crimes fiscais e extinção da punibilidade pelo pagamento: razões da inconstitucionalidade*. Trabalho de Conclusão (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2006.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Princípio da ofensividade como pressuposto do jus puniendi. Enfoque sobre o conceito material do delito à luz da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/luiz_fernando_kazmierczak2.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2013.

LUIZI, Luiz. Bens Constitucionais e criminalização. *Revista do Conselho da Justiça Federal*. v. 2 n. 4 jan./abr. 1998. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/Article/138/226>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. In: *Revista Jurídica Virtual*. Brasília, v. 2, n. 13, jun. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm>. Acesso em: 19 jul. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal – Parte geral, parte especial*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Crimes de Perigo Abstrato. In: *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre: Fontes do Direito Ltda, ano IV, n. 15, p. 95-99, 2004.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Curso de Direito Penal brasileiro – Parte geral*, arts. 1º a 120. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 501-516.

ROMERO, Diego. Reflexões sobre os Crimes de Perigo Abstrato. *Revista IOB – Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre: Síntese, 2006, ano VIII, n. 39, 43-62, ago./set. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 12, n. 47, mar./abr. 2004.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. *Princípios Básicos de Direito Penal: de acordo com a Lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.