



UNIVERSIDADE FEDERAL DA GRANDE DOURADOS
Faculdade de Direito e Relações Internacionais
Curso de Direito - FADIR

LUCAS ARAGÃO VIEGAS DE ALMEIDA

INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO
EM FACE DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

Dourados - MS
2017

INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

Trabalho de Conclusão do Curso apresentado ao
Curso de Direito da Universidade Federal da Grande
Dourados – UFGD, realizado sob a orientação do
professor Everton Gomes Correa.

**Dourados – MS
2017**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP).

A447i Almeida, Lucas Aragao Viegas De
A INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO
ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE / Lucas Aragao
Viegas De Almeida -- Dourados: UFGD, 2017.
28f. : il. ; 30 cm.

Orientador: Everton Gomes Correa

TCC (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito e Relações
Internacionais, Universidade Federal da Grande Dourados.

Inclui bibliografia

1. Direito Penal. 2. Inconstitucionalidade. 3. Perigo Abstrato. 4. Princípio da
Ofensividade. I. Título.

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

©Direitos reservados. Permitido a reprodução parcial desde que citada a fonte.



ATA DE DEFESA DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Aos vinte dias do mês de março de dois mil e dezessete, compareceu para defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso, requisito obrigatório para a obtenção do título de Bacharel em Direito o (a) aluno (a) **Lucas Aragão Viegas de Almeida** tendo como título *"Inconstitucionalidade dos Crimes de Perigo Abstrato Sobre o Princípio da Ofensividade"*.

Constituíram a Banca Examinadora os professores Me. Everton Gomes Correa (orientador), Me. Antonio Zeferino da Silva Junior (examinador) e o Me. Hassan Hajj (examinador).

Após a apresentação e as observações dos membros da banca avaliadora, o trabalho foi considerado (a) Aprovado.

Por nada mais terem a declarar, assinam a presente Ata.

Observações: _____

Assinaturas:


Me. Everton Gomes Correa
Orientador


Me. Antonio Zeferino da Silva Junior
Examinador


Me. Hassan Hajj
Examinador

Lucas Aragão Viegas de Almeida,

Agradecemos a submissão do seu manuscrito "Inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato em face do princípio da ofensividade" para REVISTA VIDERE DA FACULDADE DE DIREITO & RELAÇÕES INTERNACIONAIS DA UFGD. Através da interface de administração do sistema, utilizado para a submissão, será possível acompanhar o progresso do documento dentro do processo editorial, bastando logar no sistema localizado em:

URL do Manuscrito:

[http://ojs.ufgd.edu.br/index.php?journal=videre&page=author&op=submission&path\[\]=6068](http://ojs.ufgd.edu.br/index.php?journal=videre&page=author&op=submission&path[]=6068)

Login: lucasalmeida

Em caso de dúvidas, envie suas questões para este email. Agradecemos mais uma vez considerar nossa revista como meio de transmitir ao público seu trabalho.

Tiago Botelho

REVISTA VIDERE DA FACULDADE DE DIREITO & RELAÇÕES INTERNACIONAIS DA UFGD

Prof. Dr. Helder Baruffi

helderbaruffi@ufgd.edu.br

Prof. Me. Tiago Resende Botelho

tiagobotelho@ufgd.edu.br

Prof. Me. Arthur Ramos do Nascimento arthurnascimento@ufgd.edu.br

REVISTA VIDERE

<http://ojs.ufgd.edu.br/index.php?journal=videre>

INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

UNCONSTITUTIONALITY OF ABSTRACT HAZARD CRIMES IN THE FACE OF THE PRINCIPLE OF OFFENSIVITY

Lucas Aragão Viegas de Almeida¹

Everton Gomes Correa²

RESUMO

O trabalho em tela aborda o contexto histórico em que se fundou a sociedade de risco e, consequentemente, a necessidade da antecipação da tutela penal nos crimes de perigo abstrato, atuando como um dos instrumentos de gerenciamento de risco. Os crimes de perigo abstrato sempre estiveram presentes no Direito Penal Clássico. Entretanto, com a modernidade e os avanços tecnológicos, as figuras típicas de periculosidade ganharam grande destaque na ciência penal. Desta forma, resta imprescindível que se crie mecanismos para que os crimes de perigo abstrato não aviltem as garantias individuais do cidadão e os fundamentos do Estado Democrático de Direito. É nessa perspectiva que o trabalho abordará os casos em que os crimes de perigo abstrato são inconstitucionais em face do princípio da ofensividade.

Palavras-chave: Crimes de Perigo Abstrato. Princípio da Ofensividade. Perigo.

ABSTRACT

The work focuses on the historical context in which the risk society was founded and, consequently, the need to anticipate criminal protection in crimes of abstract danger, acting as one of the instruments of risk management. Crimes of abstract danger have always been present in Classical Penal Law. However, with modernity and advances in technology, the typical figures of dangerousness have gained prominence in criminal science. Thus, it is essential to create mechanisms so that crimes of abstract danger do not detract from the individual guarantees of the citizen and the foundations of the Democratic State of Law. It is from this perspective that the work will address cases where abstract danger crimes are unconstitutional in the face of the principle of offensiveness.

Keywords: Abstract Hazard Crimes. Principle of Offensiveness. Danger.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se voltará ao debate da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato em face do princípio da ofensividade. Este grupo de crimes é produto do

¹ Graduando do 10º período do curso de Direito da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da UFGD. E-mail: lucasaragao94@hotmail.com.

² Docente efetivo da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da UFGD, Mestre em Direito Processual e Cidadania. E-mail: Evertoncorrea@ufgd.edu.br.

Direito Penal Moderno. Portanto, o objetivo principal deste artigo é trazer ao debate o dever de harmonia entre os valores garantistas do Direito Penal clássico e a necessidade de antecipação da tutela penal no Direito Penal Moderno.

Com os avanços tecnológicos e a imprevisibilidade de suas consequências no mundo fático, alinhadas às novas formas de interação social, surgiram novos tipos de crimes, de modo que o gerenciador de risco não viu alternativa senão antecipar a tutela penal com o fim de evitar a concretização do dano.

Entretanto, é imprescindível que os crimes de perigo abstrato - produtos de uma exigência social cada vez mais preocupada com a segurança pública - não aviltem os fundamentos do Estado Democrático de Direito, uma vez que estes crimes não devem mitigar as garantias individuais do cidadão ou relativizar as limitações do poder punitivo estatal.

Portanto, este trabalho defenderá que embora a antecipação da tutela penal seja uma demanda da sociedade moderna, esta medida não deve ser adotada às custas dos princípios da ofensividade, do princípio da fragmentariedade do Direito Penal e dos direitos fundamentais do indivíduo.

Para uma compreensão mais concisa do raciocínio defendido, o trabalho foi dividido em três capítulos. O primeiro aborda a origem da necessidade da antecipação da tutela penal e os mecanismos de gerenciamento do risco. O segundo disserta sobre as características dos crimes de perigo abstrato e os bens jurídicos que tutelam. O terceiro discorre sobre a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato em face do princípio da ofensividade e os parâmetros de legitimidade dos crimes de periculosidade.

Por fim, nas considerações finais é defendida a opinião do artigo e a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. A inconstitucionalidade destes crimes recairá sobre eventual excesso legislativo da norma ou sobre a aplicação da norma nos casos em que não reste comprovado que a conduta do agente colocou em perigo real determinado bem jurídico.

1. CONSIDERAÇÕES PRILIMARES

1.1 Da Sociedade do Risco

Em toda pesquisa que possui o Direito como objeto de estudo, verifica-se que os fatores sociais que culminam na criação de determinada norma não podem ser olvidados.

Quanto ao Direito Penal não poderia ser diferente, haja vista que esta seara tutela os bens jurídicos imprescindíveis à paz social, agindo como o instrumento mais repressivo do Estado no controle da sociedade.

Isso porque toda lei positivada, em especial as leis penais, não são destoadas de um contexto histórico ou social que a faça pertinente no ordenamento jurídico. Nesse sentido, é evidente que a composição do Direito Penal se dá, em primeiro momento, na opção de quais bens jurídicos serão tutelados, em seguida, tipifica-se a conduta e comina-se a pena.

Não há como adentrar nos pormenores dos crimes de perigo abstrato e sua eventual ilegalidade sem que se discorra sobre os motivos que levam o legislador a antecipar a tutela penal. Mesmo porque não haveria a necessidade de crimes de mera conduta se não vivêssemos em uma Sociedade do Risco.

O termo Sociedade de Risco foi cunhado pela primeira vez pelo sociólogo alemão Ulrich Beck no livro “A Sociedade do Risco”, publicado em 1986, defendendo que, após a revolução industrial, a sociedade passou a se organizar como uma sociedade de produção de riqueza, de modo que os valores agregados à produção passaram a ter tamanha relevância econômica e tecnológica que foi necessária a criação de mecanismos de gerenciamento de riscos. Desta forma, eventuais crises – fossem elas financeiras ou sociais – poderiam ser rechaçadas antes mesmo da concretização do dano. (BECK, 1986).

A sociedade atual se comporta, se expressa e se rege como uma sociedade de risco. Isso não significa necessariamente que os perigos atuais sejam mais graves do que no passado. Em verdade, significa uma percepção distinta da ideia de perigo e o modo como ele passou a ser tratado pelo Direito.

Embora o perigo e o risco, em desatenta análise, possam parecer sinônimos, “o primeiro consiste no fato de que permite quantificar a qualidade do segundo. Enquanto o perigo é a consequência, o risco é a prevenção e a estratégia”. (BOTTINI, 2013, p. 24)

A esse respeito, Pierpaolo Cruz Bottini esclarece que “a sociedade de risco implica no reconhecimento de que as novas técnicas não se apresentam imediatamente como lesivas ou prejudiciais. Se assim não fosse, estaríamos em uma sociedade de perigo, e não de risco”. (BOTTINI, 2013, p. 26)

Em razão da consolidação do modelo econômico observado por Ulrich Beck nos dias atuais, nota-se um exacerbado esforço estatal na proteção do desenvolvimento científico, transformando a noção de risco – antes analisado de forma reducionista e prático – em verdadeiro norte nos instrumentos de interação social. (BECK, 1986).

O primeiro pensamento que permeou o conceito de perigo foi o positivismo, conceituando-o como construção subjetiva do ser humano³. Esta vertente de pensamento está condicionada à constante de que todos os sinistros e fenômenos da natureza são causados por um nexo de causalidade específico para cada acontecimento. Entretanto, o homem é incapaz de compreender e explicar todos os sistemas e nexos causais, passando a interpretar o mundo por abstrações e generalizações, ou seja, pela concepção do risco. Desta feita, “o perigo é a própria interpretação subjetiva do homem ao acontecimento danoso, sempre em consequência da ignorância humana sobre a causalidade precisa do sinistro”. (PINHO, 1939, p. 22)

Com o advento da modernidade e os avanços científicos, constatou-se que, diferente do que pregava o positivismo, as relações naturais não seguem uma lógica causal estável, caindo por terra a concepção subjetiva de perigo. Em vista da irregularidade entre causas e eventos da natureza, a eventualidade ganhou espaço entre e a consequência e o resultado do dano, fazendo com que o perigo se despidesse de seu caráter subjetivo e se munisse de uma concepção objetiva. A ignorância humana foi substituída pela probabilidade fática do dano. (PINHO, 1939).

Nesse sentido, em apertada síntese, o perigo perdeu o caráter positivista e subjetivo. Na sociedade moderna e consequentemente no Direito, passou-se a adotar concepção objetiva de perigo, preponderando-se a probabilidade de consumação do dano que se pretende evitar. Em outras palavras, hoje o risco se apresenta como variante real e certa ao homem e, exatamente por isso, deve ser medido, quantificado e, em tese, legislado.

A história humana percorre um caminho notadamente contraditório. À medida que a revolução industrial ditou o ápice do pensamento liberal, defendendo o minimalismo estatal e o autogerenciamento da sociedade, com a agregação de valor nos bens de produção, também gerou uma exigência quase que esquizofrênica por segurança, legitimando o Estado a interferir a qualquer custo contra o indivíduo, principalmente em suas liberdades individuais.

Considerando a perspectiva moderna sobre o risco, o aumento da violência, a gama de possibilidades de cometimento de crimes oriundos da tecnologia e a mudança cultural da sociedade, passou a recair sobre o legislativo a responsabilidade de regulamentar em esfera penal as novas dinâmicas de interação humana, culminado em uma tentativa de punir condutas que apenas tem a propensão de infringir determinado bem jurídico.

Em outras palavras, a sociedade do risco ganhou tamanha proporção que induziu a percepção pública sob a ótica do medo, convolvando uma desenfreada demanda social por

³ Desmosthenes Madureira Pinho aduz que os principais formuladores da teoria subjetiva do perigo são JANKA, VON BURI e FINGER.

segurança, especialmente no viés normativo-penal, envolvendo o clamor público às pressões institucionais do Estado.

Todavia, segundo Hassemer, a experiência aduz que as normas penais de mera conduta não atingem o objetivo pelas quais são criadas, pois são incapazes de reduzir a criminalidade e trazer a utópica sensação de estar sempre seguro. (HASSEMER, 1994)

Nesta baila, Winfried Hassemer defende que diante da desenfreada exigência pelo recrudescimento das normas penais em contraponto com a ineficiência destas leis na garantia da segurança pública, o Direito Penal – já que é ineficiente no combate à criminalidade, mas exitoso em puni-la – passa a ter um caráter meramente simbólico, ou seja, desvirtua sua legítima finalidade com o emprego de políticas criminais simbólicas, senão vejamos:

(...) há uma tendência do legislador em termos de política criminal moderna em utilizar uma reação simbólica, em adotar um Direito Penal simbólico. (...) Isso quer dizer que os instrumentos utilizados pelo Direito Penal são ineptos para combater a realidade criminal. É a isso que eu chamo de reação simbólica que, em razão de sua ineficácia, com o tempo a população percebe que se trata de uma política puramente desonesta, de uma reação puramente simbólica, que acaba se refletindo no Direito Penal como meio de controle social. (HASSEMER, 1994, p. 43).

Portanto, com o simbolismo penal cada vez mais presente em políticas criminais – em consequência da Sociedade do Risco – o Direito Penal passa a dividir a sua função normativa e de proteção jurídica com a necessidade de ser “efetivo”, tornando-se também instrumento de luta. Em síntese, o código repressivo se vê obrigado a ser meio de prevenção ao crime e ao dano antes mesmo que ele aconteça, e não mais apenas punir o resultado.

1.2 Dos Institutos de Gerenciamento de Risco

Conforme supracitado no primeiro tópico deste trabalho, a ciência nem sempre é capaz de acompanhar o desenvolvimento tecnológico e seus potenciais efeitos. É de se notar também que a modernidade está em constante transformação, a todo o momento inovando sua interação social, de modo que as novas condutas delitivas são criadas na mesma velocidade.

A nova dinâmica social baseada na Sociedade do Risco, somada às reiteradas pressões ao legislativo por uma resposta efetiva aos novos bens jurídicos que surgiam, precipitou a criação de mecanismos de gerenciamento de riscos.

O autor Peter Bernstein conceitua o gerenciamento de risco como sendo “a maximização de áreas nas quais existe certo controle sobre o resultado, e em minimizar áreas

em que este controle não existe, ou em que o vínculo entre causa e efeito não está oculto”. (BERNSTEIN, 1997, p. 197).

Portanto, o gerenciamento de riscos, segundo Pierpaolo Cruz Bottini, a todo o momento se depara com três situações, das quais dependerá do modo como irá atuar. Na primeira hipótese, há a possibilidade em que a atividade humana não acarrete nenhum risco. Através de estudos científicos, constata-se que determinada ação do homem ou bem de consumo não gera qualquer possibilidade de dano aos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico. Nesta condição, não há que se falar sequer em gerenciamento de riscos. (BOTTINI, 2013).

Na segunda hipótese, Bottini, aduz que a lesividade da atividade ou do bem é facilmente comprovada cientificamente, assim como a extensão do eventual dano, ou seja, a ciência comprova de forma inequívoca todas as consequências negativas que determinada atividade ou comportamento podem gerar. Nesses casos, há o controle de riscos, sendo ele executado de maneira precisa e objetiva. Entretanto, não há que se falar na incidência do princípio da precaução neste caso, pois o perigo é concreto e facilmente evitado por cuidados específicos. (BOTTINI, 2013).

A última hipótese, segundo Bottini, dá-se nas atividades e bens de consumo nas quais o homem e a ciência não podem prever quais seriam os possíveis danos e tampouco sua dimensão. Neste caso, os cuidados são extremamente genéricos, pois não se sabe exatamente qual o nexo causal entre a ação e o dano, incidindo assim, mediante medidas de restrição pouco específicas, o princípio da precaução. (BOTTINI, 2013).

É nesta exata perspectiva que o princípio da precaução se difere do princípio da prevenção. Enquanto o primeiro exige medidas restritivas de forma genéricas, já que os riscos não podem ser mensurados e cujo caráter repressivo é evidentemente mais expansivo, o segundo se atém a medidas precisas e pontuais, visto que a potencialidade de dano é facilmente comprovada.

Desta forma, faz-se necessária uma crítica incisiva sobre o crescente ganho de espaço do princípio de precaução no Direito Penal. Os crimes oriundos desse princípio são notadamente genéricos, com muitos verbos de conduta, sempre na tentativa de criminalizar toda e qualquer ação relacionada ao tipo legal, colocando em cheque os limites punitivos estatais.

Com a rapidez em que os novos tipos legais surgem, somada às mais variadas formas como se consumam, o legislador passou a abusar das normas penais em branco e positivar tipos penais abstratos.

Não obstante, a ciência penal deveria ser construída tão somente sob a ótica do princípio da prevenção, cujos efeitos são conhecidos pela ciência, desta forma a atuação do Direito Penal se tornaria mais concisa e objetiva.

Isso porque se a precaução possui a dúvida como elemento nuclear, sempre incidindo sobre domínios de riscos não constatados cientificamente ou estatisticamente, então a inversão do ônus da prova é consequência óbvia a qualquer cidadão que se aventure a exercer atividade ou usufruir bem de consumo abarcado pelo princípio da precaução.

Ademais, outra questão que merece destaque é o fato de que os crimes sustentados pelo princípio da precaução tutelam bens jurídicos de valores supraindividuais abstratos, de modo que os bens jurídicos são compostos por puro simbolismo e política criminal, não sabendo ao certo em que momento eles são infringidos. (HASSERMER, 1994).

Considerando que a ciência penal foi fundada a partir de ideais liberais e de garantia ao indivíduo, conclui-se que raramente irá haver uma harmonia entre o Direito Penal clássico e as políticas criminais fundadas no risco. É o que pondera o Bottini:

A adaptação dos delitos de precaução a alguns institutos jurídicos consagrados será árdua e, sob nosso ponto de vista, em muitos aspectos, impossível. Não será tarefa fácil aplicar um tipo que incrimine condutas sem periculosidade por meio dos instrumentos dogmáticos vigentes e, de certa forma, consolidados, que orientam o trabalho do intérprete diante do caso concreto, como a imputação objetiva, ou os princípios da lesividade e da proporcionalidade, dentre outros. (BOTTINI, 2013, p. 65).

Portanto, a adoção do risco no Direito Penal significa, necessariamente, abrir mão dos institutos que protegem o indivíduo do poder punitivo desenfreado do Estado. Enquanto a harmonia entre a política criminal do risco e a proteção do cidadão não for clara e precisa, o instituto da precaução no ordenamento repressivo deve ser rechaçado.

2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO E BENS JURÍDICOS COLETIVOS

2.1 Dos Crimes de Perigo Abstrato

Os crimes de perigo abstrato são consequência da inserção do princípio da precaução como política criminal no Direito Penal. Quem melhor define esta categoria de crimes é, mais uma vez, o Pierpaolo Cruz Bottini:

O tipo de perigo abstrato é a técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado naturalístico. Trata-se de prescrição normativa cuja completude se restringe à conduta, ao comportamento descrito no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato, ao contrário do que ocorre com os delitos de lesão ou perigo concreto. (BOTTINI, 2013, p. 87).

Portanto, nos crimes de perigo concreto o que se exige para sua consumação é o dano efetivo do bem jurídico tutelado, sendo assim, o resultado do dano é parte integrante do tipo penal indicado expressamente na figura típica.

Por outro lado, nos crimes de perigo abstrato, a mera prática da conduta disposta no tipo penal é capaz de consumir o crime descrito na figura típica. É o que acontece, por exemplo, nos crimes contra o sistema nacional de armas que somente a posse, porte ou disparo de arma de fogo são suficientes para que o agente consuma a conduta delitiva, não sendo exigido nenhum dano a outrem ou ao patrimônio alheio.

Impende destacar que, segundo Pinho, a terminologia “crime de perigo abstrato” não seria a mais correta, pois estes crimes se fundam no risco (PINHO, 1939). Desta forma, considerando o caráter objetivo do perigo⁴, não teria como sustentar um crime de “perigo abstrato”, pois esta terminologia iria contra o próprio instituto que funda os crimes que antecipam a tutela penal. Então, segundo Bottini, “os crimes que se sustentam em ações arriscadas, com potencialidade de lesão ou até mesmo de exposição a perigo de bens jurídicos, deveriam ser tratados como delitos de risco ou de periculosidade”. (BOTTINI, 2013, p. 89).

Importante consignar, ainda, que “o X Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em 1960, criou subdivisão entre os crimes de perigo abstrato, sendo eles os crimes de perigo abstrato puro e os crimes de perigo abstrato-concreto”. (SILVEIRA, 2003, p. 98).

Os crimes de perigo abstrato puro se satisfazem com a mera conduta descrita no tipo legal – como é o caso do crime de tráfico de drogas, que não exige a mercancia de entorpecente para a configuração do delito. Os crimes de perigo abstrato-concreto exigem a

⁴ Considerando o caráter objetivo de perigo, partindo da premissa que determinadas atividades ou comportamentos humanos são invariavelmente perigosos, não há como sustentar um teor abstrato nos crimes de mera conduta. Se o perigo é um instituto concreto, não há espaço para sua abstração.

produção de uma situação real de perigo, necessitando ao menos criar condições com potencial de afetar determinado bem jurídico – a exemplo do crime de dirigir sem habilitação, gerando perigo de dano, tem-se o elemento objetivo que é dirigir sem habilitação e o elemento subjetivo que é gerar o perigo de dano.

Diante da crescente dificuldade de se precisar os nexos causais da aplicação de novas tecnologias, culminando na criação de tipos penais cada vez mais abstratos e formalistas, deu-se espaço para a maior incidência dos crimes de perigo abstrato puro ou de mera conduta.

Outro fenômeno que acentua a aparição dos crimes abstratos de mera conduta é a proteção de bens jurídicos coletivos inidôneos. Exemplos disso são a saúde e segurança pública, genuínos bens jurídicos coletivos, que sofreram uma espécie de união e um processo maior de abstração que culminou na “incolumidade pública”. (GRECO, 2004).

O jurista alemão HASSEMER, em seu artigo “Perspectivas de uma moderna política criminal”, aduz acertadamente que os crimes de perigo abstrato possuem três características essenciais em comum: a ausência de vítimas individuais, pouca visibilidade dos danos causados e novo *modus operandi*. (HASSEMER, 1994).

Quanto à ausência de vítima individuais, estas nos crimes de perigo abstrato se dão apenas de maneira mediata, ou seja, as “vítimas” seriam bens jurídicos coletivos, recaindo ora sobre o Estado, ora em símbolos que representam a união de bens jurídicos clássicos.

No que diz respeito a pouca visibilidade dos danos causados na referida categoria de crimes, estes danos são de difícil dimensão e, conseqüentemente, não dão o referencial exato do que é permitido e o que não é, onde começa o perigo e onde termina, ocasionando tipos legais que buscam abranger toda e qualquer conduta que possa colocar em risco o bem jurídico tutelado.

Por fim, quanto ao *modus operandi*, os crimes de perigo abstrato costumam ser de âmbito internacional, raramente tendo uma agressão imediata, sendo operados com uma tecnicidade própria da conduta delitiva e com alto grau de profissionalismo.

Importante salientar que a figura do crime de perigo abstrato já existia no Direito Penal clássico, mas sempre constituiu exceção. O Direito Penal, como instrumento de gerenciamento de risco, passou a dar protagonismo aos crimes de periculosidade, permitindo importantes reformas em sua estrutura e nas investigações dos delitos.

Com a modernização da ciência penal, segundo Hassemer, o diploma repressivo passou a ser instrumento principal no controle da criminalidade, eximindo todas as outras

áreas estatais da responsabilidade de prevenção ao crime. O Estado apresenta a sua resposta à conduta delitiva depois que ela se consuma, se omitindo na prevenção dos vetores sociais que culminam nas práticas criminosas. Nessa perspectiva, até mesmo o processo penal e principalmente as investigações da autoridade policial passaram a sofrer influência da tendência de “combate” ao crime. (HASSEMER, 1994).

É inegável que as políticas criminais de “combate” ao crime, através dos crimes de perigo abstrato, convolveram um aumento do que Hassemer denomina de “moldura penal”, o que significa que se criou um processo de recrudescimento das penas, com o pensamento de que a prolongação da custódia carcerária exerceria um temor ao agente criminoso que, diante do enrijecimento do poder punitivo estatal, ficaria inibido em cometer crimes. (HASSEMER, 1994).

O aumento da moldura penal nos crimes de perigo abstrato infringe diretamente o princípio da proporcionalidade. Isso porque no crime de tráfico de drogas, por exemplo, aquele agente que transporta determinada quantidade de drogas sem vender a qualquer usuário, não raro às vezes, percebe mais tempo de pena e prejuízos processuais do que aquele agente que atenta contra a vida de uma pessoa, ou seja, o agente que de fato acarretou um dano concreto a um patrimônio jurídico.

Outro exemplo disso é a lesão corporal grave, cuja pena mínima é de um ano, enquanto que o simples crime de disparo de arma de fogo possui pena mínima de 02 anos. Desta forma, as penas aplicadas à maioria dos crimes de perigo abstrato, fundados em modernos bens jurídicos, são muito maiores que aquelas aplicadas aos crimes de efetiva lesão, o que implica em flagrante infração ao princípio da proporcionalidade.

Conforme já citado acima, Hassemer defende, ainda, que houve uma ampliação territorial dos crimes modernos, de modo que o legislador procurou prever todas as formas possíveis da prática criminosa, criando tipos penais com vários verbos na descrição da conduta, o que praticamente impede qualquer debate sobre eventual atipicidade da conduta, deixando em favor do réu somente as excludentes de ilicitudes previstas no Código Penal. (HASSEMER, 1994).

Portanto, os crimes de perigo abstrato puro significam a própria responsabilização objetiva do réu no Direito Penal, pois não há nexos causal entre a conduta e a lesão ou sequer ao perigo de lesão, o que resulta na negação do princípio da ofensividade, garantia esta prevista não só como pilar da ciência penal, mas também como princípio constitucional.

2.2 Dos Bens Jurídicos Coletivos

Conforme esclarece Luis Greco, em seu livro “Princípio da Ofensividade e os Crimes de Perigo Abstrato”, existem diversas classificações quanto a bens jurídicos. Dentre elas, há a concepção dualista de bens jurídicos que defende coexistência entre bens jurídicos individuais e coletivos, sendo que não é permitido reduzir o interesse coletivo aos individuais e vice e versa. A concepção dualista de bem jurídico é adotada pelos juristas Tiedemann, Kuhlen, Schunemann e Figueiredo Dias. (GRECO, 2004).

A segunda concepção seria a monista estatal ou monista coletivista defendida por Biding e Weingend, esta concepção aduz que todos os bens jurídicos são reflexos de um interesse do Estado ou da coletividade, ou seja, não há bens eminentemente individuais porque o indivíduo somente seria protegido na medida em que essa proteção servisse ao Estado ou ao coletivo.

Por fim, há a teoria monista-pessoal de bem jurídico, encabeçada por HASSERMER, esta concepção defende que os bens jurídicos somente poderão ter caráter coletivo na medida em que forem referíveis a um bem jurídico individual, ou seja, a coletividade por si só não é objeto de proteção de direito penal. Esta concepção é a mais alinhada ao Estado Democrático de Direito, uma vez que a “excessiva abstração dos interesses supraindividuais impede sua delimitação clara e, conseqüentemente, sua utilidade como limitação do Direito Penal”. (BOTTINI, 2013, p. 139).

A priori, tem-se que deixar claro que os bens jurídicos coletivos não são inovação do Direito Penal moderno, sendo amplamente tutelado no Direito Penal clássico e sempre em consonância com as garantias derivadas da concepção penal liberal.

Não se defende aqui rechaçar a tutela dos bens jurídicos coletivos no Direito Penal, o que se defende é evitar as abstrações dos bens jurídicos coletivos que culminam na positivação de crimes sustentados em aberrações jurídicas.

Portanto, o que irá se debater nesse tópico é se há a possibilidade de estabelecer um critério de legitimidade de tutela penal a determinado valor, ou seja, se é possível vincular o exercício do legislador à critérios precisos ao criar a lei penal.

Para Luís Greco, o instituto do bem jurídico possui um caráter dogmático e político criminal. O primeiro caráter significa que o bem jurídico é tudo aquilo que o legislador escolhe tutelar, ficando a criação ou extinção de valores à disponibilidade do

legislativo. Já o segundo caráter diz respeito justamente à possibilidade de eleição dos bens jurídicos, limitando o poder punitivo estatal. (GRECO, 2004).

Considerando a necessidade de uma eleição idônea de bem jurídico, passa-se a indagar como esse processo se daria. Então, a comunidade jurídica reconheceu a imprescindibilidade da constitucionalização dos bens jurídicos, de modo que o Direito somente poderia tutelar os valores previstos na constituição.

Entretanto, conforme aduz o GRECO, a constituição brasileira é aberta, abarcando diversos princípios e bens jurídicos conflitantes entre si, de modo que mesmo a constitucionalização dos bens jurídicos não seria suficiente para traçar um limite preciso para o exercício do legislador. Sendo assim, a resposta veio do próprio Direito Penal, já que a ciência penal tem como pilar a subsidiariedade e a fragmentariedade, sendo que nem todo valor constitucional interessa ao Direito Penal, mas tão somente aqueles imprescindíveis ao convívio social e a dignidade da pessoa humana. (GRECO, 2004).

Ocorre que, superada esta vinculação do poder legislativo e considerando a necessidade do respeito ao princípio da ofensividade, o legislador passou a criar crimes tutelando abstrações de bens jurídicos coletivos.

Conforme reiterado acima, os bens coletivos sempre foram abarcados pelo Direito Penal, como a Administração Pública, o Meio Ambiente e a Saúde Pública. Todavia, para o Luis Greco, ocorreu um processo de união de diversos bens coletivos, culminando nos conceitos de incolumidade pública, de segurança no trânsito e das relações de consumo, significando verdadeiro expansionismo do Direito Penal. (GRECO, 2004).

Esta gama de novos bens jurídicos coletivos, conforme Hassemer, veio ao Direito Penal com o objetivo de antecipar a própria lesão e legitimar os crimes de perigo abstrato que lhes tutelam, ou seja, a simples posse de arma, por exemplo, já seria capaz de significar perigo à incolumidade pública que, por ser um conceito mais abstrato, seria infringido com mais facilidade do que a segurança pública ou a vida. Desta forma, a conduta do agente colocaria em perigo o bem jurídico da “incolumidade pública”, tornando a criminalização da conduta de “possuir arma de fogo” legítima sob o ponto de vista do princípio da ofensividade. (HASSEMER, 1994).

Nessa perspectiva, inverteu-se a ordem, enquanto que no Direito Penal liberal se criava a lei para proteger um bem jurídico pré-existente, no Direito Penal moderno cria-se o bem jurídico com o objetivo de criminalizar determinada conduta.

No entanto, o Direito Penal, sempre visando o respeito ao Estado Democrático de Direito, não deve ter uma função meramente pedagógica e de imposição de valores sociais dominantes – mesmo que fundados em bens jurídicos por encomenda – mas sempre deve adotar bens jurídicos que tenham a constituição federal como marco inicial e, então, realizar a filtragem final àqueles bens que visam à proteção da dignidade humana e à autodeterminação do indivíduo.

3. PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE E A INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

3.1 Princípio da ofensividade

O Direito Penal brasileiro, em consonância com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, erige-se sobre a constante proteção aos bens jurídicos imprescindíveis à preservação da dignidade da pessoa humana. Sob este prima, a aplicação da pena somente será idônea quando a conduta do agente das duas uma: ou de fato gera dano ao bem tutelado ou coloca em perigo concreto o valor assegurado pela lei penal.

Diante disso, o Princípio da Ofensividade, valorado pela Constituição Federal de 1988 e pilar do Código Penal, restringe o poder punitivo do Estado na medida em que impede a aplicação do eventual dispositivo penal que não ofereça dano ou perigo a determinado bem jurídico.

Nas palavras de Rogério Greco, o Direito Penal está diretamente restrito ao Princípio da Ofensividade, conforme esclarece:

Por mais importante que seja o bem, que a conduta seja inadequada socialmente, somente poderá haver a criminalização de comportamentos se a conduta do agente ultrapassar a sua esfera individual, atingindo bens de terceiros. Por intermédio, do princípio da lesividade, proíbe-se a incriminação de pensamentos, de modos ou de formas de ser e de se comportar, bem como de ações que não atinjam bens de terceiros. (GRECO, Rogério. 2009).

Complementando o raciocínio, Rogério Greco adverte que a aplicação do Direito Penal extirpado do princípio da ofensividade culmina em maximização das condutas delitivas, o que significa que qualquer conduta poderia assumir um caráter lesivo, vejamos:

“Os adeptos, portanto, do movimento da Lei e Ordem, optando por uma política de aplicação máxima do Direito Penal, entendem que todos os comportamentos

desviados, independentemente do grau de importância que se dê a eles, merecem o juízo de censura a ser levado a efeito pelo Direito Penal.

Na verdade, o número excessivo de leis penais, que apregoam a promessa de maior punição para os delinquentes infratores, somente culmina por enfraquecer o próprio Direito Penal, que perde seu prestígio e valor, em razão da certeza, quase absoluta, da impunidade.” (GRECO, Rogério. 2009)

O Princípio da Ofensividade veio a ganhar atenção nos estudos doutrinários entre os anos 50 e 60, alinhado à concepção de bem jurídico constitucionalmente idôneo (tema abordado no capítulo III, tópico 2), sendo frequentemente defendido por juristas como H. Joachim Rudolphi, H. Meyer e W. Sax. Na ciência penal italiana, Pietro Nuvolone, Neppi Modona e M. Gallo foram os autores que advogaram quanto à necessidade de uma legitimidade constitucional à aplicação da pena criminal. Sobre esse assunto, confira Silveira.

A adoção do critério da constitucionalização do bem jurídico culminou no reconhecimento do princípio da ofensividade para a determinação da idoneidade da lei penal. Isso porque enquanto a previsão constitucional do bem jurídico diz respeito à sua relevância penal, o princípio da ofensividade orienta a técnica legislativa, além restringir a aplicação da pena, exigindo que a conduta do agente ao menos coloque em perigo concreto determinado bem jurídico.

Entende-se por orientação à técnica legislativa o fato de que, conforme defende Carlo Fiore, “não pode existir crime sem lesão ou, ao menos, a colocação em perigo do específico interesse tutelado pela norma incriminadora, ficando excluída, de outra parte, a possível relevância de qualquer circunstância externa à realização do tipo descritivo” (FIORE, 1994, p. 276).

Desta feita não é admissível no Estado de Democrático de Direito a vigência de crimes aparentemente ofensivos, ou seja, aqueles que no máximo põem em risco o bem jurídico, mas tão somente os que sejam verdadeiramente ofensivos, acarretando real perigo ao bem tutelado. Caso o perigo não se verifique na conduta delitiva, significa dizer que o produto legislativo padece de idoneidade penal, merecendo o mesmo destino de normas flagrantemente inconstitucionais.

Importante consignar que o princípio da ofensividade não é previsto explicitamente na Constituição Federal Brasileira de 1988, mas seu valor constitucional é inequívoco, não depreendendo muito esforço para legitimar sua previsão legal.

O texto constitucional é farto na previsão de garantias individuais, sendo sempre explícito na persecução da dignidade da pessoa humana. Prova disso é a inviolabilidade da liberdade, conforme dispõe o caput do art. 5º da CF/88, sendo que a todo o momento se

mostra extremamente rigoroso quanto ao cerceamento de liberdade, dispondo taxativamente as exceções da referida garantia. É o que se depreende do artigo 5º XI, XV, XXXVII, XXXIX, XL, XLV, XLVII, b, LIII, LXI a LXVIII, LXXVII e LXXVIII. Há, inclusive, a previsão de reparação por indenização civil devida pelo Estado em face de erros judiciários ou prisões flagrantemente prolongadas, gerando constrangimento ilegal, nos termos no inciso LXXV do supracitado art. 5º. Não se pode olvidar que até mesmo em Estado de Sítio a privação de liberdade encontra limites e previsões bem delineadas de acordo com os artigos 136, § 3º, III, e 139, II. Enfim, todos eles reforçam o compromisso da Constituição Federal com as garantias individuais do cidadão. Sobre esse assunto, confira Silveira.

Nessa perspectiva, dada a grande valoração constitucional às garantias individuais, deve-se respeitar o equilíbrio entre o bem jurídico tutelado e a sua relevância penal. Ademais, conforme já reiterado, não basta a conformidade formal da norma, mas também o perigo ao bem jurídico exercido pela conduta do agente no caso concreto. Sobre esse assunto ver STECK.

Este mesmo raciocínio estende-se às concepções de ofensividade abstrata e concreta. Não há espaço no Estado Democrático de Direito para impor sacrifício de caráter penal se a conduta não possuir caráter lesivo ou exposição de perigo bem delineada. Portanto, desprezar o princípio da ofensividade seria, necessariamente, negar o dispositivo constitucional que postula a dignidade da pessoa humana, consagrada no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, na medida em que haveria incalculáveis transgressões à liberdade do cidadão com os crimes de mera conduta, onde não haveria sequer o perigo de dano.

Analizando os fundamentos do Estado Democrático de Direito, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana e todos os dispositivos constitucionais que limitam o poder punitivo do Estado, conclui-se que se encontra no corpo constitucional inúmeras afirmações do princípio da ofensividade.

Ademais, o próprio Código Penal Brasileiro prevê a ofensividade como indispensável para a incidência de Lei Penal, senão vejamos:

TÍTULO II – Do Crime

Relação de Causalidade

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido

É evidente que no supracitado artigo o Código Penal exige explicitamente a produção de resultado para a consumação do crime, ou seja, para que haja incidência penal é indispensável a lesão do bem jurídico.

Segundo Nilo Batista, citado por Rogério Greco, no Código Repressivo o Princípio da Ofensividade assume três dimensões. A principal e a primeira delas é a concepção de que, como já reiterado, não há crime se não houver lesão ou exposição a perigo de um bem jurídico. A esse respeito, tem-se a modalidade de furto de uso, quando o agente inverte a posse do bem móvel para seu usufruto, restituindo posteriormente ao dono em perfeitas condições. Neste caso, não há crime porque, apesar da inversão da posse da *res furtiva*, não há prejuízo patrimonial a terceiros, apenas a saída do bem da esfera de vigilância do dono, não havendo que falar em qualquer dano ou perigo de dano ao patrimônio. (GRECO, 2009).

A segunda esfera do Princípio da Ofensividade concerne na impossibilidade jurídica de criminalização de condutas que digam respeito tão somente à esfera pessoal do sujeito. Isso decorre das garantias constitucionais da privacidade do indivíduo e sua inviolabilidade da vida privada, de modo que não há que se falar em crime quando se verifica que o dano é em prejuízo de bem jurídico individual do agente. É exatamente por isso que a prostituição, autolesões e a tentativa de suicídio não são tipificadas como crime, pois o resultado dessas condutas atenta contra o bem jurídico individual do autor. (GRECO, 2009).

Por fim, a terceira esfera do princípio em voga é a impossibilidade de incriminação de condutas cujo resultado não se mostra relevante ao Direito Penal, ou seja, não haverá crime quando o dano ao bem jurídico tutelado é insignificante. Desta feita, o Princípio da Insignificância no Direito Penal deriva do Princípio da Ofensividade. Esta dimensão trata dos crimes de “bagatela”, onde a conduta do autor é típica, mas o resultado não interessa à repressão criminal. Portanto, o Princípio da Insignificância culmina na atipicidade material da conduta. (GRECO, 2009).

Resta claro que o Princípio da Ofensividade é consequência das inúmeras garantias individuais estabelecidas pela Constituição Cidadã, encontrando diversas afirmações quanto à sua existência no texto constitucional. Como se não bastasse, o referido princípio está previsto de modo explícito no Código Penal, culminando em incontestáveis efeitos na aplicação da lei penal, de modo que é imperativo o respeito ao Princípio da Ofensividade como limitador do poder punitivo do Estado, tanto na esfera legislativa quanto na aplicação da lei.

3.2 Inconstitucionalidade dos Crimes de Perigo Abstrato em face do Princípio da Ofensividade

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu conteúdo inúmeras garantias fundamentais ao convívio social, com ela nasceu um Estado garantista que traz em seus fundamentos uma disciplina rígida que balanceia o poder estatal e a fragilidade do indivíduo.

O primeiro entrave ao iniciar um debate sobre a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato é o caráter aberto e ambíguo da constituição cidadã, uma vez que é substanciada de valores por vezes antagônicos e conflitantes entre si. Nesse sentido, como se poderia defender a inconstitucionalidade de crimes de perigo abstrato se o próprio texto constitucional prevê mandados de criminalização de natureza abstrata, como, por exemplo, o crime de tráfico de drogas.

Entretanto, segundo Luis Greco, é justamente pelo caráter aberto da constituição que a previsão constitucional dos crimes de tráfico de drogas, por si só, não garantem a legitimidade desse grupo de crimes. Isso porque a constituição também traz em seu texto garantias individuais e fundamentos do Estado Democrático de Direito que, quando não impedem a vigência do tipo penal abstrato, impedem a aplicação da pena. (GRECO, 2004).

Os juristas que defendem a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato se atentam, em primeiro lugar, justamente na previsão constitucional dos crimes abstratos. Em segundo lugar, argumentam que a legitimidade deste grupo de crimes se funda no sentido de que eles não são delitos de mera conduta, mas dotados de uma materialidade consubstanciada na periculosidade do comportamento. Portanto, há resultado nos crimes de perigo abstrato, uma vez que o comportamento perigoso, por si só, substanciaria a materialidade do crime, saciando assim o princípio da ofensividade⁵.

Ocorre que se a periculosidade nos crimes de perigo abstrato puro repousa no comportamento e não a potencialidade de dano ao bem jurídico, então estes crimes não poderiam ter outra definição senão crimes de mera conduta, pois a periculosidade é presumida na conduta do agente. Nesse sentido, traz-se a lume o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL AgRg
no AREsp 235123 DF 2012/0204408-0 (STJ)

⁵ O principal jurista da atualidade a defender essa perspectiva é Pierpaolo Cruz Bottini

Data de publicação: 27/02/2013

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. POSSE ILEGAL DEMUNIÇÃO DE USO PERMITIDO (ART. 12 , CAPUT, DA LEI N. 10.826 /2003.CRIME DE MERA CONDUTA E DE PERIGO ABSTRATO. TIPICIDADE.CARACTERIZAÇÃO, NA ESPÉCIE. ENTENDIMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO DEACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVOREGIMENTAL IMPROVIDO. 1. De acordo com o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, eventual apreensão de munições isoladas na posse do acusado, não descaracteriza o crime previsto no art. 12, caput, da Lei n.º 10.826/03, pois, **tratando-se de delito de perigo abstrato de mera conduta, para a sua configuração, basta a simples posse, sem autorização da autoridade competente, o que efetivamente ocorreu**, in casu. 2. Agravo regimental improvido. (Superior Tribunal de Justiça, 2013, grifo nosso)

Ademais, para que se admita a legitimidade de crimes de perigo abstrato puro, necessariamente, admitir-se-ia também a imputação objetiva de perigo nos verbos que compõe o delito, de modo que a simples ação descrita no tipo incriminador já substanciaria a materialidade do crime, o que significaria flagrante acolhimento da responsabilidade objetiva no Direito Penal. Sobre esse assunto ver STECK.

Considerando que a periculosidade do comportamento do agente é presumida, sendo que a imputação do perigo é objetiva, qualquer agente que porventura venha a perpetrar quaisquer dos verbos descritos em um crime de perigo abstrato puro, na tentativa de ver-se absolvido da acusação, teria que provar que sua conduta, apesar de presumidamente perigosa, não colocou suficientemente em risco o bem jurídico tutelado pela norma, ou seja, inverter-se-ia assim o ônus da prova.

Desta forma, o acolhimento da presunção de periculosidade do comportamento pelo ordenamento jurídico exigiria, segundo Hassemer, o reconhecimento da responsabilidade objetiva e inversão do ônus da prova no Direito Penal, institutos que – na ciência criminal – são completamente imiscíveis com o Estado Democrático de Direito. Portanto, a mera previsão constitucional dos crimes de perigo abstrato – a revelia de diversas outras garantias previstas constitucionalmente – não é fundamento suficiente para a constitucionalidade dos crimes de perigo. (HASSEMER, 1994).

O insuperável jurista constitucional Lenio Streck, por sua vez, em seu livro Verdade e Consenso, defende que meras condutas não podem ser punidas, tampouco punir alguém como base em presunções (presunção de periculosidade do comportamento), sendo que todas aquelas normas abstratas que não subsumirem perigo concreto à bem jurídico deverão ser declaradas inconstitucionais sem redução de texto. (STECK, 2014).

Seguindo o raciocínio, Lenio Streck aduz, ainda, que será possível ao Tribunal Constitucional, em sentença reductiva, declarar que determinada lei abstrata será

inconstitucional se aplicada ao caso concreto quando não se verificar a saciedade dos princípios constitucionais, vejamos:

(...) a reconstrução e a integridade do direito a partir de uma comunidade de princípios exsurgirão da tradição legítima exsurgente do Estado Democrático de Direito, que aponta para a prevalência dos princípios constitucionais, que redefinirão o sentido do texto aplicável, possibilitando, inclusive, uma interpretação que impeça a aplicação da regra sem o exame da potencial violação de bens jurídico, além de garantir a validade do princípio para situações futuras, impedindo a violação de direitos fundamentais. Portanto, mais do que proporcionar a resposta correta para aquele caso concreto, a jurisdição constitucional permite que, mediante sentença redutiva (“a lei x é inconstitucional se aplicada à hipótese y”), desde que dotada de efeito erga omnes, se possa proteger os demais cidadãos contra a aplicação abusiva do direito penal (violação do princípio de inocência e o uso do Direito Penal sob o manto da responsabilidade objetiva, o que é incompatível com o Estado Democrático de Direito). (STRECK, 2014, p. 326).

Não se pode olvidar que os crimes de perigo abstrato, em sua grande maioria, são dotados de uma concepção extremamente simbólica de Direito Penal. Entretanto, isso nem sempre significa o recrudescimento de pena e prejuízos processuais. A figura do tráfico privilegiado, por exemplo, disposto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 dispõe que o agente poderá ter sua pena reduzida de um sexto a dois terços se for primário, ter bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. Sem dúvidas essa benesse ao autor neófito na conduta delitiva é extremamente condizente com uma realidade onde a prisão mais especializa criminosos do que promove a ressocialização.

Entretanto, a pergunta que fica é: e os outros crimes? Sob o princípio da proporcionalidade, qual o motivo de um paciente que por ventura venha a cometer um crime de roubo - sem incidir em nenhuma majorante, ser primário, ter bons antecedentes, e não integrar organização criminosa – e mesmo assim não fazer jus à redução de pena?

O problema dos crimes de perigo abstrato é justamente o simbolismo desconexo com a integralidade da ciência penal, consubstanciada na necessidade do legislador em dar uma resposta legislativa a determinado problema social e essa resposta vir desconectada com os demais ramos do Direito Penal. Em outras palavras, cria-se uma espécie de bolha jurídica para tratar especificamente de determinado crime de perigo abstrato, esquecendo-se de que o Direito Penal, por atingir a liberdade do indivíduo, deve ser aplicado sob uma disciplina una, um raciocínio contínuo e proporcional aplicável a qualquer agente que infrinja determinada norma. Sem dúvidas, são estas discrepâncias legislativas dos crimes de perigo abstrato que impendem sua conciliação com o texto constitucional.

Outra aberração jurídica está no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro que dispõe: “Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência.”

Percebe-se que esse dispositivo tem todas as características de crime abstrato de perigo concreto, ou seja, aqueles crimes de perigo abstrato que estão de acordo com as normas constitucionais, uma vez que não criminalizam somente a condução do veículo após a ingestão de bebida alcoólica, mas exige a condicionante de ter sua capacidade psicomotora adulterada em razão da bebida alcoólica. Em outras palavras, o condutor não seria repreendido pela simples conduta de dirigir embriagado, mas sim em dirigir com a capacidade psicomotora adulterada em razão do álcool, gerando, assim, perigo concreto ao bem jurídico.

Ocorre que a praxe forense criminaliza a própria conduta do agente, transformando um crime de perigo abstrato legítimo em crime de perigo abstrato puro, ou seja, em crime de mera conduta, bastando para a imputação do crime ao autor a presença de uma taxa maior que 0,6 miligramas de álcool por litro de sangue⁶.

Percebe-se que os crimes de perigo abstrato puro e concreto possuem nítidas diferenças (reveja o tópico 1 do capítulo 1.2), enquanto que o crime de perigo abstrato puro é indiscutivelmente crime de mera conduta, repousando o perigo no comportamento do agente, e consequentemente inconstitucional, o crime de perigo abstrato concreto exige um resultado, haja vista que o perigo repousa na potencialidade de dano ao bem jurídico tutelado pela norma (BOTTINI, 2013).

É nesse sentido que é importante consignar que nem todos os crimes de perigo abstratos são inconstitucionais. Isso porque seria inconsequência, na sociedade moderna na qual todos nós estamos inseridos, reduzir todos os crimes de perigo abstrato a um mesmo grupo e taxa-los sistematicamente de inconstitucionais.

Quanto aos crimes de perigo abstrato puro, estes somente serão constitucionais se cumprirem dois questionamentos trazidos pelo jurista Ângelo Roberto quais sejam: é indispensável a criação de determinada conduta incriminadora? Constata-se fundamental para a proteção de determinado bem jurídico a criação de uma norma penal? (Ibidem, pag. 129) Caso estas duas indagações venham a ter respostas positivas, a lei penal será legítima. Nesse contexto, Cezar Roberto Bitencourt pondera: “o princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando

⁶ Sobre o limite de álcool no sangue: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/335308137/lei-13281-2016-e-as-consequencias-diante-da-recusa-em-se-submeter-ao-bafometro>. Acessado em 06/03/2017.

que a criminalização de uma conduta só é legi exsurgente tima se constituiis meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico” (2002, p. 41).

Portanto, em que pese os crimes oriundos de mandados de criminalização não serem por si só constitucionais, em caso do perigo abstrato puro ser a única alternativa à proteção de determinado bem jurídico, sua legitimidade será certa, não eximindo o dever do Estado em provar que a conduta do agente realmente colocou em perigo o bem jurídico tutelado. Desta forma, não há a responsabilidade objetiva na conduta do agente, tampouco a inversão do ônus da prova. Explica-se: o disparo de arma de fogo em local habitado é presumidamente perigoso, trata-se aqui de perigo concreto, devendo incidir em sanção penal, porém, o disparo de arma de fogo em uma fazenda não pode ter a mesma relevância penal.

Na Lei n. 11.343/06, que dispõe sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes, por sua vez, tem-se que o crime previsto no artigo 33 – tráfico de drogas – é crime de perigo abstrato puro, sendo que não há qualquer alternativa para o combate desta conduta delitiva senão a técnica legislativa de crime de periculosidade pura. Por certo que, apesar do texto lei presumir a periculosidade do comportamento, é inquestionável que o agente que vender, transportar, manter em depósito ou perpetre quaisquer outros verbos da lei coloque em perigo concreto a saúde pública. Isso porque a condição de traficância não se dá meramente pela conduta, mas pela verificação da natureza e quantidade entorpecente apreendido, local e as condições em que se desenvolveu a ação e as circunstâncias sociais do agente.

Considerando que o crime de tráfico de drogas possui previsão constitucional, tutela bens jurídicos constitucionalmente idôneos e utiliza de outros critérios para caracterizar o tráfico de drogas além do simples cometimento dos verbos do tipo penal, em que pese ser um crime de perigo abstrato puro, sua aplicação não infringe qualquer garantia fundamental resguardada pela Carta Magna. Isso porque os pormenores da apreensão, o modo como o entorpecente é fracionado e embalado e as condições do acusado, no caso concreto, consubstanciam o perigo concreto à saúde pública.

Entretanto, a mesma legitimidade dispositiva não se encontra no crime de consumo de drogas. Percebe-se que a prática dos verbos do artigo 28 da Lei n. 11.343/06, desde que voltados ao próprio consumo do agente, não atinge qualquer bem jurídico coletivo, de modo que o único prejuízo da conduta é percebido tão somente por quem a pratica. Sobre esse assunto, ver MENDES.

Considerando que o Direito Penal não pune a autolesão, o crime de uso de entorpecente infringe de forma indiscutível a segunda dimensão do Princípio da Ofensividade,

pois o tipo penal é dotado de mera simbologia com o intuito reprimir uma conduta sem qualquer efeito a terceiro ou bem coletivo. No recurso extraordinário 635.659/SSP, do Supremo Tribunal Federal, o Relator Gilmar Mendes afirmou que o referido crime viola o artigo 5º, X, da Constituição Federal, no qual se prevê que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

No caso do Estatuto do Desarmamento, promulgado a revelia da vontade pública no referendo de 2005, a norma não tem previsão constitucional e sequer é a única forma de controle de armas. Tanto a posse quanto o porte, apesar de assegurados aos cidadãos que não estejam respondendo processo ou inquérito criminal, são deferidos ou indeferidos pela polícia judiciária federal por ato administrativo discricionário, ou seja, o indeferimento do pedido prescinde de fundamentação. Isso cerceia o cidadão ao direito de legítima defesa e criminaliza a mera conduta de portar e possuir arma de fogo sem que essa atividade pudesse ser regulamentada em vias administrativas de forma idônea. Diante dos entraves administrativos, todo e qualquer cidadão que adquire arma de fogo tem seu ato presumidamente perigoso, o que não se mostra compatível com o princípio da ofensividade, direito à legítima defesa da vida e do patrimônio e o princípio da subsidiariedade do Direito Penal. Sobre esse assunto ver STRECK.

Quanto à possibilidade de controle de constitucionalidade da atividade legislativa em Direito Penal, tem-se um trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes, no recurso especial 635659/2015, vejamos:

Em verdade, como venho afirmando em estudos doutrinários sobre o tema, no controle de normas, não se procede apenas a um simples contraste entre a disposição do direito ordinário e os princípios constitucionais. Ao revés, também aqui fica evidente que se aprecia a relação entre a lei e o problema que se lhe apresenta em face do parâmetro constitucional. Em outros termos, a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos relaciona-se íntima e indissociavelmente com a própria competência do Tribunal. No âmbito do controle de constitucionalidade em matéria penal, deve o Tribunal, portanto, na maior medida possível, inteirar-se dos diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador na concepção de determinada política criminal, pois do conhecimento dos dados que serviram de pressuposto da atividade legislativa é que é possível averiguar se o órgão legislativo utilizou-se de sua margem de ação de maneira justificada.

Entende-se por excesso legislativo, segundo Gilmar Mendes, quando se constata a “contraditoriedade, a incongruência, a irrazoabilidade ou, em outras palavras, a inadequação entre meios e fins” (MENDES, 2015, p. 04).

Isso significa que a técnica legislativa deverá ser congruente e razoável entre o rigor da norma e o bem jurídico tutelado, havendo sempre que se adotar uma disciplina rígida entre os meios e os fins legislativos. Essa orientação, segundo Gilmar Mendes, é a própria inversão do princípio da reserva legal pelo princípio da reserva legal proporcional. Ao passo que se busca medidas penais que se mostrem adequadas aos objetivos pretendidos, também se exige verificar se o meio adotado se mostre, ao mesmo tempo, a mais adequada e menos gravosa. (MENDES, 2015)

Portanto, o Estado deve optar sempre pelos crimes abstratos de perigo concreto. Na impossibilidade de outro meio de tutelar determinado bem jurídico, os crimes de perigo abstrato puro deverão seguir as seguintes condições: serem provenientes de mandados de criminalização emanados da constituição ou tutelarem bens jurídicos coletivos idôneos e previstos pela constituição, desde que estes bens jurídicos sejam essenciais à proteção e perpetuação da dignidade da pessoa humana, além de se mostrar a medida mais adequada e menos gravosa para tutelar o bem jurídico.

Por fim, superados estes quesitos, os crimes de perigo abstrato puros deverão se mostrar imprescindíveis à proteção dos bens jurídicos que tutelam, sendo que nenhum outro ramo do Direito seria capaz em resguardá-los ou regulamentá-los. E ainda, mesmo que presumida a periculosidade na conduta do agente, o Estado não deve ser eximido de provar de forma inequívoca que a conduta foi suficiente para colocar em perigo o bem jurídico protegido, sob pena de inconstitucionalidade da norma ou de sua aplicação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal moderno segue uma dinâmica de constantes transformações no ordenamento jurídico. Os avanços tecnológicos e novos meios de interação social trazem consigo novos bens jurídicos a serem tutelados e novas formas de se perpetrar delitos já previstos pelo Código Repressivo. Os crimes de periculosidade sempre se farão necessários em um modo de vida em que as descobertas científicas sempre se dão em uma velocidade maior do que a capacidade do homem em medir suas consequências.

A constitucionalização da ciência criminal é uma relação nova no Direito Penal. A comunidade jurídica ainda tem muitos desafios para substanciar uma coexistência harmônica entre as garantias fundamentais que sustentaram o Direito Penal clássico e o gerenciamento de perigo trazido pelo Direito Penal moderno.

Ante todo o exposto deste trabalho, conclui-se que não há e talvez nunca haja respostas prontas para a harmonia entre a antecipação da tutela penal em uma sociedade moderna e as garantias fundamentais do indivíduo.

A constituição, conforme dissertado no corpo deste trabalho, traz mandados explícitos de criminalização das condutas que infringem a dignidade da pessoa humana, de modo que essas tipificações possuem como objetivo as próprias garantias individuais do cidadão. Essa premissa, de fato, legitima o Estado não só a observar os direitos do indivíduo em face do Poder Público, mas também proteger estes direitos contra a agressão de terceiros.

Entretanto, além dos mandados de criminalização, a Constituição Federal também confere ao legislador limites de ação para a definição correta do modo de proteção de bens jurídicos fundamentais. Nesse contexto, a atividade legislativa estará limitada pelo princípio da proporcionalidade, sob pena de flagrante excesso legislativo.

Portanto, resta inequívoca a possibilidade de controle constitucional em matéria penal, sem que haja qualquer intervenção na autonomia entre os três poderes. O Tribunal Constitucional poderá reconhecer a inconstitucionalidade de norma penal sempre que se verificar o excesso legislativo na margem de ação legislativa e a desnecessidade da norma penal em tutelar o bem jurídico que se prestou a proteger.

Desta forma, conclui-se que não há parâmetros fixos para se verificar a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato sob a ótica do princípio da ofensividade. O que se tem são valores do Estado Democrático de Direito que culminam em limites do poder de ação legislativa e fatores que impendem a aplicação da lei penal no caso concreto em situações em que o perigo ao bem jurídico não está bem delineado.

A única certeza, que o operador deve estar ciente e por ela ser conduzido, é que o Estado Democrático de Direito não veio pronto com a Constituição Federal de 1988, mas é construído hodiernamente com o respeito aos valores que o fundam. Nessa perspectiva, a positivação de crimes de perigo abstrato, assim como a aplicação de suas penas deve ser condizente com os valores constitucionais e sempre resguardar a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECK, Ulrich. **A sociedade do Risco**, Barcelona: Paidós, 1986.

BERNSTEIN, Peter L. **Desafio aos deuses**: a fascinante história dos risco. Rio de Janeiro: 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**, 3º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acessado em 06/03/2017.

BRASIL, **Decreto-Lei n. 2848, de 07 de dezembro de 1940**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acessado em: 06/03/2017.

BRASIL, **Decreto-Lei n. 9.503, de 27 de setembro de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm. Acessado em: 06/03/2017.

BRASIL, **Decreto-Lei n. 10.826, 22 de dezembro de 2003**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.826.htm. Acessado em: 06/03/2017.

BRASIL, **Decreto-Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acessado em: 06/03/2017.

GRECO, Luis. Princípio da Ofensividade e Crimes de Perigo Abstrato, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. 2004.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**: uma visão minimalista do Direito Penal. 4ª ed. Niterói-RJ: Impetus, 2009.

HASSAMER, Winfried. **Perspectivas de uma moderna política criminal**, Revista Brasileira de Ciência Criminais, 8ª ed. 1994.

IORE, Carlo. **Il principio di offensività; tra codificazione e previsione costituzionale**. In: L'Indice Penale, Padova, ano XXVIII.

PINHO, Desmosthenes Madureira de. **O valor do perigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1939.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha Da. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: RT, 2003.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. **A Constituição e o Princípio da Ofensividade Penal vinte anos depois**. [s./d.]. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-](https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e)

[direitos-fundamentais-a-constituicao-e-o-principio-da-ofensividade-penal-vinte-anos-depois.](#)

Acessado em: 06/03/2017.

São Paulo/SP, **Editora Revista dos Tribunais**, 2003.

STECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

STRECK, Lenio Luiz, Pode haver responsabilidade objetiva no Direito Penal? [s./d.].

Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-dez-31/senso-incomum-haver-responsabilidade-objetiva-direito-penal>. Acessado em: 06/03/2017.

MENDES, Gilmar, **Voto do RE 635659/SSP**. Disponível em: link:

<http://s.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>. Acessado em:

06/03/2017