

## A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO SOB A ÓTICA DAS ESCOLAS DO DIREITO E PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Uliana Ferreira Lara do Espírito Santo

*Advogada, Inventariante Judicial, Pós Graduada em Prática Criminal com ênfases: Direito Penal, Direito Processual Penal, Criminologia e Execuções Criminais, Perícias Criminais e Medicina Forense, pela Faculdade Arthur Thomas (LLM Master of Laws), Pós Graduanda em Perícia, Contabilidade e Auditoria pela Universidade do Norte do Paraná (UNOPAR), Graduada em Direito pela Faculdade Arthur Thomas.*

**RESUMO:** Este estudo tem como objetivo descrever os crimes de perigo abstrato foram trazidos pelo legislador na ânsia de proteger os cidadãos brasileiros da forma mais eficaz possível, pela antecipação. Uma vez que o legislador puna atos que não chegam a lesar bens jurídicos que tanto a Lei protege, está agindo precocemente. Nesta situação, é necessário averiguar se é lícito condenar por atos que não prejudiquem direitos assegurados, assim se fazendo a inconstitucionalidade, já que o Estado escolheu por não punir atos anteriores ao cometimento do crime, ou se é possível a penalização de condutas que não deturpem direito alheio, mas que sua mera possibilidade lesiva já seja suficiente para caracterizar um delito. Das duas vertentes, a constitucionalidade ou não, devem ser verificadas sob a ótica das escolas do Direito, bem como sob os Princípios Constitucionais que estão fortemente vinculados ao Direito Penal, sendo o seu principal – o da ofensividade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crimes. Perigo Abstrato. Constitucionalidade. Ofensividade.

**ABSTRACT:** This study has as objective to describe the abstract danger crimes were brought by the legislator in eagerness to protect Brazilian citizens as effectively as possible, by anticipation. Once the legislator punishes acts that do not come to harm legal assets that so much the law protects, it is acting prematurely. In this situation, it is necessary to establish whether it is permissible to convict for acts that do not harm guaranteed rights, thus making it unconstitutional, since the state chose not to punish previous acts to the commission of the crime, or if it is possible the penalization of behaviors that do not misrepresent right oblivious, but its more damaging possibility is already enough to characterize an offense. Of the two strands, the constitutionality or not, should be checked from the standpoint of the schools of law, and under the Constitutional Principles which are strongly linked to criminal law, being its main - the offensiveness.

**KEYWORDS:** Crimes. Abstract Danger. Constitutionality. Offensiveness.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira, constituição conhecida como “cidadã”, veio a trazer dispositivos legais fundamentais que protegessem a todos os bens jurídicos nela pautados, a fim de proporcionar não só segurança pública, mas também, a jurídica.

Além dos bens protegidos pela Constituição, estão os bens jurídicos também assegurados pela Legislação Penal, que estabeleceu condutas ilícitas, na Parte Especial de seu Código, bem como toda a classificação do tipo penal, e com isso, vê-se que, os crimes sempre são acompanhados de sujeito ativo e passivo, sendo sempre possível determinar a ofensividade de quem sofre o ato.

Na situação discutida, os crimes de perigo abstrato fogem dessa realidade porque não chegam a lesar bens jurídicos que estão pautados na Legislação, mesmo o Princípio Constitucional da Ofensividade que resguarda a necessidade de infligir outrem para a propositura da ação penal.

Necessário se faz conhecer do cenário desde o início, nas escolas do Direito, bem como, na base da Constituição no que tange à Premissas Fundamentais e Princípios norteadores.

## 2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

São crimes que não exigem a lesão a um bem jurídico ou a colocação do bem tutelado em risco real. São tipos penais que descrevem apenas um comportamento, uma conduta, sem apontar um resultado específico como elemento expresso da ilicitude.

São condutas tipificadas em delitos de mera desobediência e sem vínculo imediato com bens jurídicos. É como se o Estado tivesse presumindo o resultado, punindo a conduta que pode chegar a um resultado lesivo, mas sem necessariamente chegar a tanto.

Nas sábias palavras de Nucci (2009, p. 180)

Os delitos de dano são os que se consumam com a efetiva lesão a um bem jurídico tutelado. Trata-se da ocorrência de um prejuízo efetivo e perceptível pelos sentidos humanos. Os crimes de perigo são os que se contentam, para a consumação, com a mera probabilidade de haver um dano. Os delitos de perigo dividem-se ainda em: a) perigo individual [...] b) perigo coletivo...

Um exemplo clássico dessa tipificação é o artigo 276 da Lei n. 9.503/1997 – Código de Trânsito Brasileiro –que apenas pressupõe a punibilidade no agente que se encontrar conduzindo

veículo automotor com quantidade de álcool no sangue, sequer pressupõe se haverá morte/lesões a outrem ou danos materiais, mas já pune a mera ameaça de acontecê-lo.

E mais, o artigo 28 da Lei de Drogas (n. 11.343/2006), que caracteriza crime portar e outros verbos de ação – drogas para consumo pessoal é considerado crime abstrato, pois não lesa ninguém além do próprio agente. Neste caso, um princípio que é por demais defendido nesta seara é o da auto lesividade, pois lesa o indivíduo que consome drogas, o que, como todos neste âmbito, pode levar a lesar outras pessoas.

Nesta perspectiva, Araújo Junior (2013, p.242) “Para parte da doutrina, o porte de drogas para uso próprio configura autolesão, que não pode ser punida diante dos princípios da alteridade penal e da ofensividade”. Ainda mais, diante de ser crime autolesivo, estaria o agente utilizando em ambiente privado, não podendo o Estado intervir-lhe na sua intimidade, ainda que querendo resguardar a saúde pública.

Adiante, tem-se o delito de associação criminosa (art. 288 do Código Penal), que diga-se, o mais abstrato possível, pois pune associar-se a outras pessoas com o intuito de cometer crimes, com a finalidade para o ilícito. Não precisa chegar a cometer, apenas ter esta finalidade. Então o legislador passa de finalista no Direito Penal e torna-se presumista, pois a teoria que se defende é a positivada em Lei é que não se pune atos anteriores ao crime, tais como atos preparatórios, apenas a tentativa ou consumação.

Por fim, mas não que seja o último, o crime do artigo 253 do Código Penal, considera-se crime de perigo abstrato, como bem descreveu Nucci (2013, p. 483) “trata-se de crime [...] de perigo comum abstrato (aquele que coloca um número indeterminado de pessoas em perigo, sendo presumido pelo legislador)”, aqui, neste tipo penal, o perigo nem sequer há a necessidade de causar dano, apenas a vontade de gerar um risco intolerável a terceiros, é suficiente para enquadrar o sujeito ativo.

E desta feita, tem-se o julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Explosivo – Armazenamento – Emprego – Ausência de autorização legal e regulamentar – Crime – Condenação – Confirmação – Recurso não provido. Se os Réus, com unidade de desígnios, armazenavam e empregavam material explosivo sem autorização regulamentar, não se há de falar em absolvição pela prática do delito de possuir, deter e empregar artefato explosivo sem autorização. (TJMG – AC 1.0621.00.002199 – 6/001 – 2ª C. Crim. – Rel. Des. José Antonino Baía Borges – j. 03.02.2005)

Diante do que se tem, há outros tantos crimes que ameaçam a lesão a bem tutelado pelo Estado, e esta é a discussão que segue entre doutrinadores, uma vez que, a própria Lei Penal prega a lesividade como princípio norteador da punibilidade da conduta, porém, o próprio Legislador trouxe a punibilidade para crimes que não afetam de fato um bem específico assegurado.

### 3. A CONSTITUCIONALIDADE

O lado plausível de se criar esta proteção excessiva do Estado é que antecipa o acontecimento de um delito, e neste exemplo, salva vidas. O legislador provavelmente enxergou a necessidade de se punir condutas que levassem ao cometimento de crimes, que são aqueles que a conduta ilícita em alguns casos, precede a ocorrência de um ilícito penal mais grave.

Portanto, visando resguardar ainda mais a vida, integridade física e a segurança pública, o legislador decidiu criar tipos penais que a mera ocorrência não lesa um bem juridicamente tutelado, porém é ainda assim punível porque pode levar a ameaça de um direito.

Segundo ensina Prado (2013, p. 44) “num sentido objetivista, Welzel considera o bem jurídico com um bem vital da comunidade ou indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente”. E é destes bens abarcados e protegidos pela Lei Maior, pela característica vital destes, que o jurista se reportou, bem como a implícita autorização ao Estado de protegê-los, mesmo sem a necessidade de lesão direta.

Ainda que pareça frágil e sem sentido o legislador ter criado a norma penal que pune o “pode levar a cometer delito pior”, onde também criou a lei para punir condutas que de fato lesam bens jurídicos, não é por demais este cuidado com o cidadão brasileiro, pois se trata inclusive de norma preventiva, uma vez que prevê o cometimento de delito mais grave.

Não é comum encontrarmos normas preventivas, e é por mais essa razão que o Estado não tem estrutura suficiente para a reclusão dos indivíduos apenados, a norma repressiva tem tomado liderança no desenvolvimento constitucional de criação legislativa, tão bem condenando e aplicando pena que o sistema carcerário está beirando à falência.

Mas neste caso, os crimes de perigo abstrato podem ser tratados como norma penal preventiva, uma vez que, tendo cometido qualquer dos ilícitos elencados, e sendo a pessoa detida por força policial, pode-se ter evitado a ocorrência de crime de maior lesão.

#### 4. ESCOLAS DO DIREITO

Antes de falar em inconstitucionalidade, pautado no princípio da lesividade, é preciso antes determinar a teoria penal em qual se baseia princípios constitucionais, para tanto necessário se faz recordar das escolas teóricas do Direito Penal, objetivando elencar os pontos positivos e negativos, desde os tempos remotos até os dias de hoje no Direito Penal brasileiro.

A Escola Positiva Italiana defendia que o indivíduo que cometia crimes já nascia com o status de criminoso, por suas características físicas e gene hereditário. No entendimento dos defensores dessa escola – Cesare Lombroso e Rafael Garófalo, crime seria uma doença, o médico Cesare Lombroso defende essa teoria na obra de sua autoria, publicada em 1876 - “O homem delinquente”.

A escola positiva francesa defendia que o indivíduo nascia propenso a cometer crimes, mas só cometeria caso fosse influenciado pelo meio em que vivia, sendo o principal expoente dessa ideia, Émile Durkheim e Alexandre Lacassagne. São teorias minimalistas, sob o enfoque sociológico.

A Teoria Ecológica da criminalidade - defendida pela Escola de Chicago, em principal William I. Thomas e Florian Znaniecki - pregava que o indivíduo cometia crime devido a sua marginalização urbana, a migração motivada pelas grandes indústrias seria a gênese da criminalidade nos guetos.

Por sua vez, a Teoria da Associação diferencial de Edwin H. Sutherland, sugere que o crime pode ocorrer em qualquer classe social, tem-se dessa forma o “crime dos guetos” e o “crime do colarinho branco”. Na visão da Teoria da Anomia, seriam o rompimento dos valores sociais e morais os responsáveis pelos crimes de ordem pública. Como por exemplo: o terrorismo.

O Abolicionismo defendido por Louk Hulsman prevê a extinção do direito penal por qualquer outro administrativo, questionando o fato punitivo já existente em crimes de menor grau. Prega por exemplo, que o usuário de drogas, não deve ser encarcerado, e sim, curado. Sugere um controle informal aos pequenos delitos através da família, igreja e a mídia. Os críticos dessa ideia temem o retorno à lei do Talião, “olho por olho, dente por dente”.

Contraopondo o abolicionismo tem-se a tese maximalista - Neorealismo de Esquerda - o poder coercitivo do Estado, deve ser elevado ao máximo. Com ramificações: Tolerância

Zero – todas as infrações, por menor que sejam, devem ter sanções rigorosas; três infrações de pequeno porte acarretam em uma sanção mais grave e finalmente Teoria do Direito Penal do Inimigo.

A teoria do doutrinador alemão “Günter Jakobs”, chamada como “Direito Penal do Inimigo” preconiza que os inimigos perdem o direito às garantias legais, sempre que não se mostrarem capazes de adaptar-se às regras da sociedade, deve ser afastado, ficando sob a tutela do Estado, perdendo o status de cidadão.

Diante de vasta gama de teorias surge o minimalismo defendido por Luigi Ferrajoli, o sistema Garantista. Tal expressão é nova no mundo jurídico. A expressão garantismo é nova no mundo jurídico. Ela foi introduzida na Itália, no âmbito penal (TRINDADE, 2013). Conforme ensina o mesmo autor:

Todavia, acredito que possa ser estendida a todo o sistema de garantias dos direitos fundamentais. “Nesse sentido, o garantismo é sinônimo de Estado Constitucional de Direito”. Na verdade, tal expressão vem publicada, em 1970, no Grande Dicionário della Lingua Italiana, de Salvatore Battaglia, em que são apresentados os seguintes significados, que entre eles se relacionam: 1) Característica própria das mais evoluídas constituições democrático-liberais, consistente no fato de elas estabelecerem dispositivos jurídicos cada vez mais seguros e eficientes a fim de garantir a observância das normas e do ordenamento por parte do poder político; 2) Doutrina político-constitucional que propugna uma cada vez mais ampla elaboração e introdução de tais dispositivos no ordenamento jurídico.

O reflexo do minimalismo, defendido por Ferrajoli, se encontra no meio termo entre o Abolicionismo Liberal e o Neorealismo Antiliberal. É uma política criminal que utiliza o chamado “Sistema Garantista (SG)” com dez axiomas básicos ligados à pena, delito e processo. Princípios utilizados pelos melhores doutrinadores de Direito Penal e Direito Processual Penal.

Estefam e Gonçalves (p. 42, 2012) afirmam que “a dogmática penal deve ser influenciada pela política criminal. O penalista tem de construir um sistema penal teleologicamente orientado para a consecução da função do direito Penal”.

Neste ponto, salienta-se que o cidadão através do “contrato” abre mão de parte de seus direitos para submeter-se ao poder delegado ao Estado, para, por sua vez administrar buscando o efetivo equilíbrio para atingir o bem comum.

Os autores supracitados trazem em sua obra os esclarecimentos de Antonio Carlos da Ponte, onde, destaca o duplo sentido da expressão “política criminal”, esclarecendo que ela deve significar, de um lado, atividade do Estado e, de outro, a atividade científica. Explica Estefam e Gonçalves (*apud* GONÇALVES, 2012, p. 43)

"A atividade do Estado, faz parte da política geral, tendo como finalidade a convivência fraterna e harmônica entre as pessoas. Ao estabelecer condutas proibidas caracterizadoras das infrações penais e as sanções penais correspondente, o estado estará exercendo sua política criminal, que não se restringe apenas a direito penal, posto que a prevenção do delito também se dá por meio de medidas extrapenais, como saneamento básico, iluminação pública, urbanização de favelas, proibição de funcionamento de bares durante a madrugada, melhor distribuição de renda, emprego, educação, incursão da escola no cotidiano das pessoas, etc. Como atividade científica, prossegue o autor, a apolítica criminal estabelece o modelo de sistema punitivo a ser seguido e os fins que o mesmo procura alcançar por intermédio do Direito penal, que se submete a Princípios limitadores.

Os mesmos autores lecionam que a criminologia da Escola Clássica surgiu na Itália e se espalhou para o mundo, podendo ser dividida entre dois períodos: a) teórico ou teórico filosófico; b) prático ou ético jurídico. Sua grande marca foi o método empregado na ciência do direito penal, de fundo dedutivo, em que o jurista deveria partir do abstrato (direito positivo) para então, passar ao concreto.

Os clássicos invocavam o ideal de justiça, adotando princípios absolutos e se sobrepunham às leis em vigor, leis draconianas, excessivamente rigorosas, de penas desproporcionais, de tipos penais vagos, enfim, de uma situação de violência, opressão e iniquidade.

O marco inicial da Escola Clássica é Beccaria, na segunda fase tem-se Francesco Carrara e Enrico Pessina. Estefam e Gonçalves (p. 48, 2012) analisam os axiomas básicos, que se dividem em dez e que se relacionam com a pena, o delito e o processo penal, do sistema garantista (SG), que será necessário vincular os mais importantes à possibilidade de ser inconstitucional o crime ser lesividade:

- a) *Nulla Poena Sine Crimine* (não há pena sem crime) - Princípio da retributividade: o Estado somente pode punir se houver prática da infração penal.
- b) *Nullum Crimen Sine Lege* (não há crime sem lei) - Princípio da legalidade: que por si só, já afirma que só pode penalizar uma conduta se estiver dentro da Legislação Penal.
- c) *Nulla Lex Poena Lissine Necessitate* (não há lei penal sem necessidade) - Princípio da intervenção mínima: devendo ser tratado como a derradeira opção sancionatória no combate aos comportamentos humanos indesejados. *Ultima ratio*.
- d) *Nulla Necessitas Sine Injuria* (não há necessidade de lei penal sem lesão) - Princípio da lesividade ou ofensividade: desse axioma decorre a inconstitucionalidade dos crimes de perigo em abstrato ou presumido.

e) *Nulla Injuria Sine Actione* (não há lesão sem conduta) - Princípio da exterioridade da ação, que proíbe a criação de tipos penais que punam o modo de pensar, o estilo de vida. Há somente a punição pela ação ou omissão do homem, pois o direito penal é do fato e não do autor.

Desta teoria, verifica-se que tanto os princípios arcaicos quanto os contemporâneos positivam que só é possível julgar alguém na máxima legalidade possível, como também, só condenar na extrema convicção de culpabilidade, pois, diante da situação carcerária hodierna, é preferível absolver um culpado a condenar um inocente.

#### 4.1 FUNDAMENTOS DO ESTADO BRASILEIRO

Um dos fundamentos do Estado brasileiro é a dignidade da pessoa humana. É o que dispõe o art. 1º, inciso III da Constituição Federal:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana.

O Parágrafo único do mesmo artigo personifica a afirmação de que todo cidadão deve abrir mão de parte do seu direito em prol de um bem maior, isto é, a coletividade. Ao afirmar que: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, o Estado reconhece que tem o dever-poder de gerenciar a vida de todos os cidadãos respeitando a individualidade de cada um, sem, no entanto, prejudicar a coletividade.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é a base de todos os direitos fundamentais do homem. Neste sentido, são as afirmações de Silva (2002, p.72), “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.

Nas afirmações de Fachin (2012, p. 02) “a Constituição é o ápice da pirâmide jurídica, ou a base do ordenamento jurídico do Estado”. Partindo deste pressuposto afirmado pelo jurista e pelo disposto no inciso III do artigo primeiro da Magna Carta, tem-se que a Dignidade da Pessoa Humana carece ser entendida nos mesmos moldes da teoria garantista, defendida por Ferrajoli.

No que tange à ciência penal, tem-se que a dignidade humana possui íntima relação com o Direito Penal Garantista. Este, por sua vez, é defendido pela doutrina criminológica de aplicação processual penal, difundida pelo jurisconsulto Luigi Ferrajoli, como resposta ao exacerbado

poder punitivo conferido ao Estado, como um freio que tem o poder de limitar o poder punitivo do Estado nos estritos ditames legais.

Juridicamente, o Garantismo Penal tem por escopo viabilizar um sistema que garanta os direitos dos cidadãos perante a imposição do Estado de forma clara, objetiva e delineada de forma a não deixar dúvidas quanto à sua aplicação.

O pai desta teoria apresenta, na sua obra, um modelo de aplicação da lei penal, visando a ampliação da liberdade do homem em detrimento da restrição do poder estatal, buscando minimizar o poder punitivo estatal. Trata-se de uma solução para a histórica antítese entre liberdade do homem e poder estatal (FERRAJOLI, 2002, p. 29 - 33).

Com base nos ensinamentos do pai desta Teoria, o Garantismo Penal pode ser conceituado como um modelo de direito que consiste em liberdade regrada, um meio termo entre o pensamento abolicionista de LoukHulsman e o Estado liberal.

Neste diapasão, o Garantismo Penal está intimamente atrelado ao princípio da Dignidade da pessoa Humana. Neste sentido, ensina Canotilho (2009, p. 41)

“[...] relacionando a dignidade humana com o Direito Penal, estatui que sendo a dignidade humana o fundamento máximo do modelo de Estado de Direito, não há que se ter dúvida quanto a aplicação da sanção penal apenas quando há uma concreta lesão ou perigo para o bem jurídico protegido pela norma.

“Sendo o Direito Penal o cerne do sistema repressivo do Estado” (FACHIN, 2012, p.24), imprescindível é que nenhuma de suas normas principiológicas possa ferir o disposto na Lei Maior.

Conforme assevera Fachin (2012, p.24) “a humanidade, no decorrer do tempo, viveu horrores praticados contra pessoas acusadas de terem cometido algum delito”; esses horrores praticados pelo Estado, vai de encontro ao constitucionalismo moderno, que tem a missão de humanizar o Direito Penal.

Neste sentido, Fachin cita as palavras de Prado (2012, p. 24)

O legislador ordinário deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, em razão do caráter limitativo da tutela penal. [...] Encontram-se, portanto, na norma constitucional, as linhas substanciais prioritárias para a incriminação

ou não de condutas. O fundamento primeiro da ilicitude material deita, pois suas raízes no texto magno.

A virtude da Norma constitucional constituir os fundamentos e os valores da época vivente, onde não se cria os valores à norma legal, mas se limita a proclamá-los e dar-lhes um especial tratamento jurídico (PRADO, 2003, p. 93). Como bem assevera Fachin (2012, p. 24) “O legislador Penal está vinculado às Normas constitucionais, (regras e princípios), dela não podendo se afastar”.

Nada mais relevante do que unir o Garantismo Penal à ideia de inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, porque afinal, buscando apenas a *ultima ratio*, a Lei não pode julgar condutas que não lesam bens jurídicos, sob a responsabilidade de julgar quem não teve a intenção de prejudicar, e ainda mais, agir na esfera do livre arbítrio do indivíduo, uma vez que este pode escolher praticar um ato ilícito ou não.

#### 4.2 PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL

Segundo o dicionário acadêmico de Direito Aquaviva (1999, p. 331) “Princípio é um pressuposto lógico imprescindível da norma legislativa e constitui o espírito da legislação, mesmo quando não expresso em seu corpo [...]”. Mas, o que seria Princípios? Sobre “Princípios”, disserta Morvan (2008, p. 3)

A primeira noção, metafísica, foi inaugurada por Aristóteles, atribuindo à filosofia a missão de importar os "primeiros princípios" (arché) das ciências, princípios estes que estão ao alcance apenas de uma razão intuitiva criada pela indução [...]. Por outro lado, os juristas modernos (WINDSCHEID, IHERING, GÉNY, BOULANGER, BASDEVANT, BATIFFOL e POUND) não consideram mais o princípio como uma proposição geral indutora de regras particulares (fonte de novas deduções), produto puro de um pensamento indutivo, com frequência confundida com a *ratio juris* que resulta da analogia. Esta acepção comum mostra ser fortemente reducionista: mesmo no estreito terreno da lógica jurídica o princípio reveste uma dimensão mais ampla. A segunda vertente estende-se nos domínios da lógica jurídica, no interior da ciência do direito. Os princípios da lógica designam, por um lado, um corpo de regras resultantes de uma elaboração metódica, refletida (pensada), dispostas em uma ordem sistemática e, de outro lado, os axiomas fundantes deste edifício racional. [...] O princípio normativo, de acordo com a última vertente, não descreve um objeto ou uma forma de conhecimento (ou seja, sob ponto de vista ontológico, relevante para a filosofia), nem um axioma ou sistema de regras construídas pela razão (ou seja, sob o ponto de vista lógico, relevante para ciência do direito), mas, sim, descreve uma norma jurídica que estabelece um dever-ser (assim, sob ponto de vista normativo, relevante somente ao Direito).

Logo, tem-se que um princípio normativo estabelece um dever ser, um dever cumprir o que por este é determinado, na Lei Maior que rege o perfil do Estado que a transcreveu. A

ordem utilizada na parte especial do Código Penal demonstra o perfil do Estado que o editou (PRADO, 2009, p. 18). Segundo este mesmo autor "Código penal de 1940, na parte especial cuida especificamente dos crimes contra a pessoa". Sobre o CP vigente, afirma Prado (2009, p. 19)

Não se pode negar, entretanto, que a sequência dos bens jurídicos na parte especial de um código tende a refletir a opção do legislador quanto a determinação do grau de importância da pessoa humana em face do Estado.

Faz-se necessário esclarecer que o tipo penal é o instrumento utilizado pelo Estado para que determinado bem de relevo possa, efetivamente, ser protegido. Sendo por meio do tipo penal que são criadas as infrações penais, proibindo-se ou impondo-se certas condutas, sob a ameaça de sanção (GRECO, 2009, p. 19).

Entretanto, não basta somente observar a legalidade do ato, é preciso que se observe se o ordenamento proposto está em conformidade com a Lei maior. Por Greco (2009, p. 20)

Incontestável a conquista obtida mediante a exigência da legalidade. Contudo, hoje em dia, não se sustenta um conceito de legalidade de cunho meramente formal, sendo necessária, outrossim, investigar a respeito de sua compatibilidade material com o texto que lhe é superior, vale dizer a constituição. [...] Não basta que o legislador ordinário tenha tomado as cautelas necessárias no sentido de observar o procedimento legislativo correto, a fim de permitir a vigência do diploma legal por ele editado. Deverá, outrossim, verificar se o conteúdo, a matéria objeto da legislação penal, não contradiz os princípios expressos e implícitos constantes de nossa Lei Maior.

De sorte que, no Estado Democrático de Direito em que vivemos, se os tipos penais criados pelo legislador ordinário não se submeterem ao que determina a Legislação Maior, este estará invalidado, por ser inconstitucional. Neste sentido afirma Ferrajoli (*apud* GRECO, 2009, p. 21)

No Estado de direito o princípio da sujeição não só formal como também material da lei (ordinária) à lei (constitucional) possui um valor teórico geral, do qual resulta a diferente estrutura lógica das implicações mediante as quais formulamos o princípio de mera e o de estrita legalidade. Esta sujeição substancial concretiza-se nas diferentes técnicas garantistas por meio das quais o legislador e os demais poderes públicos são colocados a serviço, por meio de proibições ou obrigações impostas sob pena de invalidade, da tutela ou satisfação dos diferentes direitos da pessoa.

Nesta seara, imperioso destacar o fundamento do Princípio da Legalidade, nascido da Revolução Francesa, das ideias iluministas, com fundamento político, assentando-se no conceito de que existe uma razão comum a todos os homens que encontram expressão comum na lei e carecem de decisão que não dependam unicamente da vontade, mas que tenha por bases preceitos predeterminados.

O Princípio da legalidade impõe particularidades no que se relaciona a competência para a criação de normas penais incriminadoras e normas penais favoráveis, impõe a exigência da intervenção judicial na aplicação ou na apreciação da responsabilidade criminal e a proibição de uma dupla condenação pelo mesmo fato.

Desta forma a garantia dos direitos individuais está amparada no Princípio da Legalidade, porquanto limita o poder de punir do Estado e determina de que forma este pode exercer seu poder punitivo.

O Estado tem o freio do poder punitivo através dos princípios decorrentes do Princípio da Legalidade: Princípio da Intervenção Mínima, Princípio da Proporcionalidade, Princípio da Humanidade, Princípio da Culpabilidade, que nas palavras de Mirabete e Fabbrini (2010, p. 41) “forma um todoindivisível [...] imprescindível [...] em um Direito Penal com fundamentos materiais do Estado Democrático de Direito”.

Fernando Capez (2004, p.14) afirma que “decorrem do Princípio da dignidade da pessoa humana, os Princípios orientadores e limitadores do Direito Penal”. Desta forma, tem-se que o convívio entre os indivíduos de uma sociedade exige o estabelecimento de regras indispensáveis, com base em normas disciplinadoras.

A esse conjunto de Normas dá-se o nome de Direito Positivo, predeterminado por Princípios Constitucionais, e positivados no Código Penal e Código de Processo Penal.

Neste ponto necessário se faz transcrever o conceito formal de crime, proveniente da ciência do Direito Penal, cujo aspecto científico é notório. Os elementos oriundos da fragmentação analítica do conceito formal são o Fato Típico, o Antijurídico, o Culpável e Punível.

Para a teoria finalista da ação, que foi a adotada pelo Código Penal vigente, será típico o fato praticado pelo agente se este atuou com dolo ou culpa na sua conduta, se o fato é típico, culpável e punível.

Nesta seara destacam-se os elementos que integram a culpabilidade para a teoria adotada pelo Código Penal, que são: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa. Não presente algum desses elementos, estará isento de pena o agente, ou seja, praticou crime, mas não é culpável, assim, não lhe é aplicada a sanção. O Princípio da ofensividade vem agregar o quesito valor ao conceito de crime.

## 5. A INCONSTITUCIONALIDADE E O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE (LIMITADOR DO JUS PUNIENDI)

O Brasil está sob a égide de um Estado pluralista, laico, onde os cidadãos são livres para fazer ou deixar de fazer tudo o que a Lei não proíbe. Um dos valores mais em voga hodiernamente é a tolerância, dada a nossa diversidade de credos e etnias, sem considerar a diversidade em outras áreas do relacionamento humano. Preza-se o respeito pelas diferenças.

A frase “todo poder emana do povo” é típica de um Estado constitucional que reconhece no ser humano a dignidade como valor inviolável. O preceito expresso no inciso I do art. 3º da constituição “é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Tais pressupostos não condizem com um Direito Penal que contemple a presunção como fato punível.

Desta forma o Direito Penal em respeito á constituição deve ter como instrumento a proteção de bens jurídicos tutelados, um delito concreto, definido, que ofenda a esses bens jurídicos na forma de lesão ou perigo concreto de lesão.

O Direito Penal, com supedâneo no Princípio da ofensividade vai ao encontro da pena mínima necessária para reparar e prevenir delito futuro, se aproximando do ideal de Beccaria e outros doutrinadores do Iluminismo.

Nas palavras de Gomes (*et al*, 2015, p. 33)

O fato cometido formalmente típico (adequado à letra da Lei), para se transformar em crime também deve afetar o bem jurídico protegido pela norma penal; a norma penal não é apenas impositiva (determinativa); antes de tudo ela é valorativa (existe para proteger um bem jurídico, que foi valorado positivamente); se a norma protege um valor que se transforma (no direito penal) em bem jurídico, não há crime sem lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

Assim sendo, a tipicidade será formada por novo requisito, qual seja o da ofensa ao bem jurídico tutelado de forma valorativa. Sobre este diapasão, Gomes (*et al*, 2015, p. 33) “ninguém pode ser punido por mera intenção. A propecta concepção da culpabilidade é o limite subjetivo da responsabilidade penal. A ofensividade é o patamar mínimo para que isso aconteça”.

O perigo abstrato, presumido, vai de encontro ao Princípio da ofensividade, fere o Princípio da presunção de inocência, portanto, inconstitucional.

Neste sentido, são as palavras de Gomes (*et al*, 2015, p. 33):

Em virtude do Princípio da ofensividade está proibido no direito penal o perigo abstrato presumido. [...] No perigo abstrato o legislador passa a cumprir papel processual, dispensando a acusação de provar a perigosidade (ou lesividade) real da conduta do agente. O legislador sai do campo da delimitação do âmbito do proibido para interferir na esfera probatória. Trata-se de uma atividade imprópria e inconstitucional, por violação ao Princípio da presunção de inocência (que somente pode ser derrubada quando há prova da culpabilidade do agente).

Kazmierczak (2007) aduz que “no direito penal regido pelo dogma da ofensividade não basta comprovar a idoneidade lesiva da conduta. Também é mister verificar a real afetação do bem jurídico, que constitui o desvalor do resultado”.

Sobre um dos axiomas do modelo garantista *nullanecessitassine injuria* - não há necessidade de lei penal sem lesão, partindo do pressuposto que as normas penais são normas de valoração e a ofensividade é requisito *si nequa non*. Neste sentido, Gomes (2011):

Se as normas penais são, primordialmente, normas de valoração e se a ofensividade é requisito imprescindível ao conceito de delito (de acordo com a teoria constitucionalista do delito), não há como admitir qualquer fato punível sem ofensa ao bem jurídico, isto é, sem resultado jurídico (que significa lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido).

*Nullanecessitassine injuria* está ligado ao Princípio da ofensividade do fato, do qual o agente se defende, devendo se irradiar sobre a interpretação da letra da lei. Conforme se posiciona Gomes (2007, p. 474):

Por força do princípio da ofensividade não se pode conceber a existência de qualquer crime sem ofensa ao bem jurídico [...] tal princípio irradia consequências tanto no aspecto da política criminal (devendo incidir sobre a criação das leis) quanto no dogmático-interpretativo e de aplicação da lei penal.

Tem-se dessa forma que o crime em abstrato, presumível, não lesa bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, uma vez que não exige um resultado lesivo ao bem protegido.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A realidade demonstrada não se trata em considerar certo ou errado a falta de ofensividade aos bens jurídicos do sujeito passivo no cometimento de um ilícito considerado de perigo abstrato, considerar possível ou impossível, legítimo ou ilegítimo; trata-se de inconstitucionalidade.

A inconstitucionalidade existe quando uma norma que está abaixo da Constituição (onde todas estão) vem a confrontá-la no sentido em que, existindo deliberação constitucional – no

caso, o Princípio da Ofensividade – esta venha a positivar situação onde o direito fundamental de outrem fique deturpado – aqui, o do sujeito ativo.

Veja-se que, considera conduta lesiva, aquela que de fato, lesa direito de outrem, não havendo quem tenha sofrido com uma conduta, o único que paga pelo ato é quem praticou, mesmo não tendo prejudicado ninguém.

Ainda que se use a premissa de que, “é melhor prevenir do que remediar”, o Estado não pode intervir no livre arbítrio dos cidadãos, uma vez que, o Estado não tem poder de adentrar no pensamento humano e saber quem está prestes a cometer um ilícito, tornando-se obsoleto julgar apenas alguns crimes como de perigo abstrato.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Acadêmico de Direito**. Jurídica Brasileira: São Paulo, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Almedina, 2009.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense Jurídica, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Título Original: Diritto e ragione, tradutores etall. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; DAHER, Flávio. **Princípios Constitucionais Penais: à luz da Constituição e dos Tratados Internacionais**. LivroeNet. Atualidades do Direito. 2015.

\_\_\_\_\_. **Não há crime sem ofensa ao bem jurídico**. Publicado em 11 de junho de 2011. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/nao-ha-crime-sem-ofensa-ao-bem-juridico/>>. Acesso em outubro de 2015.

\_\_\_\_\_. (coord.); MOLINA, Antonio García-Pablos de; BIANCHINI, Alice. **Direito Penal – introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**, vol. II. 6.ed. Niterói, RJ: Ímpetos, 2009.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manoel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal: Parte Geral**. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Princípio da ofensividade como pressuposto sobre Jus Puniendi: enfoque sobre o conceito Material do Delito à luz da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://www.direitopositivo.com.br/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=35>>. 2007. Acesso: outubro de 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. **Manual do Direito Penal**. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORVAN, Patrick; NASCIMENTO, Carlos Eduardo Bistão (trad.). **O que é um princípio? Pensando Direito**, São Paulo. 2008. Disponível em: <<http://carlosnascimento.over-blog.com/article-24392282.html>>. Acesso em: outubro de 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Penal**. 4.ed. São Paulo: revista dos Tribunais, 2008

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

REALE JUNIOR, Miguel. **Instituição de Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

STEFAN, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado**. São Paulo. Saraiva, 2012.

TRINDADE, André Karam. **Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli**. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-08/diario-classe-raizes-garantismo-pensamento-luigi-ferrajoli>>. Acesso em outubro de 2015.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.