

Crimes de perigo abstrato como meio para proteção de bens jurídicos

Lucimara Aparecida Silva Antunes de Oliveira*

Sumário: 1 Introdução. 2 Os bens jurídicos protegidos nos crimes de perigo abstrato. 3 Criminalização de condutas sem proteção a bens jurídicos - legitimidade. 4 Existência de crimes de perigo abstrato para proteção de bens jurídicos. 5 Conclusões. 6 Referências bibliográficas.

1 Introdução

O Direito Penal tem como função primordial a proteção de bens jurídicos. Bens jurídicos são aqueles bens mais importantes, quer para a o indivíduo, quer para a sociedade¹. Vasta é a discussão a respeito do que seriam, de fato, bens jurídicos, mas é sabido que são os valores e direitos (vida, integridade física, propriedade, dentre outros) inerentes a toda pessoa. Ao criminalizar uma conduta, busca o Estado assegurar a própria existência da sociedade, pois não se pode considerar legítimo um poder constituído que não garanta aos seus governados a proteção mínima aos seus direitos básicos. O Estado, por meio do Direito Penal, tem o dever de proteger bens jurídicos.

O presente trabalho tem como objetivo discutir sobre a legitimidade do uso da técnica dos crimes de perigo abstrato para proteção de bens jurídicos. Não se busca resolver totalmente o que fora levantado, mas ao menos chamar atenção para uma nova realidade, a dos riscos inerentes à evolução biotecnológica ou mesmo à evolução social, e a necessidade de outros meios de proteção, dentre os quais estão os crimes de perigo abstrato.

2 Os bens jurídicos protegidos nos crimes de perigo abstrato

O Direito Penal tem como função principal a proteção de bens jurídicos². Esse entendimento não é pacífico, mas é o que melhor se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito. O controle, por si só, sem o escopo de proteção de bens jurídicos, vai de encontro aos princípios constitucionais do Direito Penal³ e à própria concepção de Estado Democrático de Direito, que veda o arbítrio estatal. Daí a importância de se definir o que seriam bens jurídicos, tendo em vista que, em regra, somente a lesão ou perigo de lesão a bens jurídicos é que justificam a intervenção penal.

Tratando-se de crimes de perigo abstrato, a definição de bens jurídicos por eles protegidos é de suma importância. Conhecendo-se o bem jurídico a ser tutelado, busca-se melhor técnica para tal: crimes de dano, de perigo concreto ou de perigo abstrato. Importante, a princípio, é delimitar conceitos de bens jurídicos para então se demonstrar quais são aqueles protegidos pelos crimes de perigo abstrato.

Sobre o conceito de bem jurídico, disserta Claus Roxin:

Em um estado democrático de direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, a propriedade, etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção, etc.) sempre e quando isto não se possa alcançar de forma melhor. Todos esses objetos legítimos de proteção de normas que subjazem a estas condições eu as denomino bens jurídicos (ROXIN, 2006, p.17 e 18).

Desse modo, define o autor os bens jurídicos como

circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o

* Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialista em Ciências Criminais pelo IEC Puc Minas e pós-graduanda em Direito Empresarial pelo Ceajufe - Centro de Estudos Jurídicos na Área Federal, servidora pública do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, lotada na 34ª Vara Cível da Comarca de Minas Gerais como Oficial de Apoio Judicial - Escrevente de Pauta.

¹ Claus Roxin conceitua bens jurídicos como "circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias pra uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. A diferença entre realidades e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso, por exemplo, da vida humana, mas que eles também possam ser criados por ele, como é o caso das pretensões no direito Tributário" (ROXIN, 2006, p.19).

² Para Jackobs, o direito penal tem como função a reafirmação da existência da norma.

³ Vejam-se os princípios constitucionais do Direito Penal na obra *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, de Nilo Batista.

funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos (ROXIN, 2006, p.18 e 19).

Os bens jurídicos podem ser materiais ou imateriais, bem como individuais ou coletivos.

Roxin (2007, p.28) trata brevemente da proteção antecipada de bens jurídicos na obra *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*, no qual cita como exemplos a condução de veículos em estado de embriaguez e o estelionato de seguros, previstos no Código Penal alemão, nos art. 316 e 265, respectivamente, que são típicos crimes de perigo abstrato. Defende o autor que a antecipação da punibilidade só se justifica se for feita de forma fundamentada. Não descarta o autor a proteção aos bens jurídicos por meio dos crimes de perigo abstrato.

Claus Roxin considera ponto principal do injusto penal a criação de riscos não permitidos, e não a causação de um resultado (Roxin, 2007, p.41). Por essa teoria, justifica-se a proteção a bens jurídicos por meios de crimes de perigo abstrato, pois a lesão ao bem jurídico é evitada pela antecipação da punibilidade, ao passo que, caso se espere pela ocorrência do resultado, não haveria razão para a intervenção penal, em certos casos.

Pode-se inferir, pelo exposto acima, que quaisquer bens jurídicos (vida, saúde, liberdade, propriedade) podem ser passíveis de proteção por meio dos crimes de perigo abstrato. Nesse sentido, discorre Luís Greco (2004, p. 119): “Nos crimes de perigo abstrato, o problema, em geral, não está no bem jurídico a ser protegido, pois este é o mesmo dos crimes de dano e de perigo concreto de dano [...]”. Pierpaolo Cruz Bottini (2007, p.195) defende que os bens jurídicos passíveis de ser tutelados pelo direito penal são os bens jurídicos difusos como meios de proteção a interesses individuais. Bens jurídicos individuais, então, devem ser protegidos, em regra, por crimes de perigo concreto ou de lesão. Para explicar sua teoria, o autor defende que o crime de perigo abstrato é absorvido pelo crime de lesão sempre que todos os que forem expostos ao risco forem de fato atingidos. Não se atingindo todos, tratar-se-á de bem jurídico difuso, devendo o autor responder a título de dano e exposição ao perigo.

Em resumo: pode-se afirmar que os crimes de perigo abstrato podem proteger os mesmos bens jurídicos protegidos pelos crimes de perigo concreto e de dano. A titularidade do bem é que deve ser de origem difusa. Não se sabe, em se tratando de crime de perigo abstrato, quais são os indivíduos destinatários da proteção, o que, entretanto, não retira sua legitimidade para proteção de bens jurídicos quando necessário.

3 Criminalização de condutas sem proteção a bens jurídicos - legitimidade

O princípio da lesividade, segundo Luiz Flávio Gomes (2002, p. 42), está intimamente ligado ao princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos. Isso porque a classificação de crime sobre seu potencial lesivo tem por base o bem jurídico tutelado. Para ele, não são admissíveis crimes que não existam para tutelar bens jurídicos. Luigi Ferrajoli, semelhantemente, aborda o fato de o delito existir para proteção de bens jurídicos, não devendo haver criminalização de meras desobediências e o que ele chama “regras de etiqueta”:

Se o direito penal é um remédio extremo, devem ficar privados de toda relevância jurídica os delitos de mera desobediência, degradados à categoria de dano civil os prejuízos reparáveis e à de ilícito administrativo todas as violações de normas administrativas, os fatos que lesionam bens não essenciais ou os que são, só em abstrato, presumidamente perigosos, evitando, assim, a ‘fraude de etiquetas’, consistente em qualificar como ‘administrativas’ sanções restritivas da liberdade pessoal que são substancialmente penais (FERRAJOLI, 2006, p. 440).

Preceitua ainda o ilustre autor:

O mesmo pode-se dizer dos denominados ‘crimes de perigo abstratos’ ou ‘presumido’, nos quais tampouco se requer um perigo concreto, como perigo que corre um bem, senão que se presume, em abstrato, pela lei; desta forma, nas situações em que, de fato, nenhum perigo subsista, o que se castiga é a mera desobediência ou a violação formal da lei por parte de uma ação inócua em si mesma. Também estes tipos deveriam ser reestruturados, sobre a base do princípio de lesividade, como delitos de lesão, ou, pelo menos, de perigo concreto, segundo mereça o bem em questão um tutela limitada ao prejuízo ou antecipada à mera colocação em perigo (FERRAJOLI, 2006,P.440).

Luís Greco apresenta uma visão diferente acerca da obrigatoriedade de existência de bem jurídico a ser tutelado quando da criminalização de uma conduta, sem, contudo, ser essa criminalização um arbítrio estatal. Existem bens, conforme leciona o ilustre estudioso, que não são abarcados pelo conceito de bem

jurídico, mas que merecem igualmente proteção penal, dada sua importância pelos indivíduos. Defende Luís Greco que

O bem jurídico é, em regra, necessário para legitimar uma incriminação. Mas somente em regra, sendo possíveis exceções: uma delas é o crime de maus-tratos a animais, incriminação legítima, apesar de não tutelar dado necessário à realização de indivíduos, nem tampouco à subsistência do sistema social (GRECO, 2004, p.111).

A questão crucial, segundo Greco, não é o que se protege, mas como se protege. Para o autor, todos os bens jurídicos podem ser protegidos quer por meio de crimes de perigo concreto, ou perigo abstrato ou de lesão. Ele considera simplórias as discussões generalizadas sobre a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. Ele defende que não é imprescindível a existência de bens jurídicos para que se criminalize uma conduta. Para ele, o conceito de bem jurídico comporta exceções que são os crimes de maus-tratos aos animais e as levantadas por Roxin, que são a proteção aos embriões e aos interesses de gerações futuras (GRECO, 2004, p. 109 e 111).

Desse modo, entende Greco que condutas que afetem bens que não estão contidas nos considerados bens jurídicos são passíveis de proteção penal, sem qualquer problema, porque, embora não essenciais para vivência social, são de suma importância para as pessoas em geral. E o direito existe para as pessoas, e não estas para o direito.

4 Existência de crimes de perigo abstrato para proteção de bens jurídicos

Grande é a discussão doutrinária acerca da legitimidade da proteção de bens jurídicos por meio dos crimes de perigo abstrato. Entende-se, em suma, que essa técnica legislativa ofenderia os princípios da lesividade e da culpabilidade. Desse modo, discorre Daniela de Freitas Marques sobre a legitimidade dos crimes de perigo abstrato:

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

Na mesma esteira, preleciona o ilustre mestre Luigi Ferrajoli:

Temos assistido a uma crescente antecipação da tutela, mediante a configuração de crimes de perigo abstrato ou presumido, definidos pelo caráter altamente hipotético e até improvável do resultado lesivo e pela descrição aberta e não taxativa da ação, expressada por fórmulas como 'atos preparatórios', 'dirigidos a', ou 'idôneos para pôr em perigo' ou semelhantes. Isso sem contar com a persistência de resíduos pré-modernos, como a penalização de ações praticadas pelo agente contra si próprio - desde a embriaguez ao uso imoderado de entorpecentes - ou de delitos de opinião contra a religião (FERRAJOLI, 2006, p. 436).

A técnica do perigo abstrato vai, por vezes, de encontro à dogmática tradicional. Daí não ser aceita pela maioria dos estudiosos brasileiros. O fato de não poder ser explicado doutrinariamente não retira dos crimes de perigo abstrato sua finalidade de proteção de certos bens jurídicos contra danos de extensões desconhecidas. A sociedade, a vivência dos indivíduos, não se encontra à mercê dos estudiosos do direito. Este regula relações entre os seres humanos e riscos que surgem a cada dia. É natural que a doutrina não consiga acompanhar a evolução das relações sociais e o surgimento de novos riscos.

Ocorre que, para proteção de certos bens jurídicos, sobretudo os coletivos, necessário se faz que o direito penal venha a se antecipar à lesão ou ao perigo concreto de lesão. Francisco Assis Toledo entende ser admissível penalizar condutas que sejam ao menos potencialmente lesivas aos bens jurídicos, embora não demonstre concordar com sua legitimidade. Assegura o autor:

A criação legal de figuras delitivas que não impliquem lesão real ou potencial a bens jurídicos seria, com efeito, a admissão de um sistema penal que pretendesse punir o agente pelo seu modo de ser ou de pensar. Apesar disso, não se pode negar a existência de resíduos dessas figuras em certos tipos penais, ou em alguns códigos vigentes. A punição da tentativa impossível, contemplada em vários países latino-americanos (não no Brasil) e

na atual legislação penal alemã, é um exemplo de punição do ânimo. Os denominados crimes de perigo abstrato são outro exemplo (TOLEDO, 2000, p.19).

Apesar da controvérsia doutrinária, não se pode ignorar o crescimento das hipóteses de tipificação de crimes de perigo abstrato na legislação brasileira. Várias são as causas de ampliação do número de crimes de perigo abstrato. Pierpaolo Cruz Bottini (2007, p. 125) defende que são suas causas:

- . alto potencial lesivo de algumas atividades e produtos;
- . dificuldade de elucidação ou de previsão de nexos causais derivado da aplicação de novas tecnologias;
- . tutela de bens jurídicos coletivos (meio ambiente, ordem tributária, saúde pública) dada a dificuldade de se constatar a efetiva lesão ou o perigo concreto de lesão;
- . atos perigosos por acumulação, ou seja, atos que, isolados, não ameaçam o bem, mas, reiterados, produzem consequências incalculáveis, como, por exemplo, as condutas que tipificam os crimes ambientais.

O autor sintetiza com muita propriedade as razões de ampliação dos crimes de perigo abstrato. Percebe-se, com isso, que a proteção de bens jurídicos por meio dos crimes de perigo abstrato não configura algo negativo, conforme se tem dito na doutrina. Não se pode tratar da mesma maneira situações diversas. Os riscos atuais devem ser tratados de forma compatível, tendo em vista que, caso se espere que haja a lesão efetiva, os prejuízos à coletividade poderão ser sem precedentes e de difícil ou improvável reparação.

Não se pode, de maneira simplória e superficial, concluir que não deve o direito penal lançar mão da técnica do perigo abstrato, expressão do princípio da precaução, sem cometer o erro de, pela generalização, deixar-se de proteger bens importantes de consequências irremediáveis apenas por não se ter certeza do perigo de dano. A antecipação pode ser necessária em certos casos, tendo em vista que o desconhecimento de algo não quer dizer que este não exista de fato.

5 Conclusões

Os crimes de perigo abstrato devem ser entendidos como uma técnica de que o legislador pode lançar mão para tipificar condutas para proteção antecipada de bens jurídicos. A antecipação da punibilidade se justifica devido ao surgimento de novos riscos, cujas consequências, por muitas vezes são irremediáveis.

Não se defendeu, no presente trabalho, a flexibilização dos princípios garantistas do direito penal, mas não se pode negar que é necessária uma releitura dos mesmos quando se trata do direito penal do risco. Existem, porém, certos limites que não podem ser ultrapassados, nem pela prevenção de danos irreparáveis, pois, a pretexto de se proteger certos bens jurídicos, cometem-se atrocidades, proibindo condutas arbitrariamente com o fundamento de serem perigosas. O perigo, para legitimar a antecipação da tutela penal, deve ser tal que haja um equilíbrio entre os benefícios da punição *a priori* e a manutenção dos princípios do direito penal.

Acredita-se também que a própria dogmática penal deve ser relida, tendo em vista que a nova criminalidade que enseja a criação de crimes de perigo abstrato requer uma nova estrutura do delito, sob pena de ser uma “exceção” à dogmática. Ora, não se pode falar em exceção, mas em um ramo do direito penal que está em construção, que não tem respostas a todos os questionamentos dos estudiosos. O que se pode dizer é que o direito penal do risco busca proteção de modo peculiar, apropriado à nova realidade. Busca-se a antecipação para uma proteção efetiva, e não a punição por si só, que não enseja reparação.

Conclui-se ainda que os crimes de perigo abstrato não afrontam o princípio da lesividade, tendo em vista que existem, a princípio, para proteção antecipada de bens jurídicos em face de novos riscos, de prejuízos incalculáveis por vezes. A lesão dá-se pela própria exposição ao perigo, núcleo do tipo.

Os crimes de perigo abstrato são legítimos se obedecerem a uma técnica legislativa clara e que o bem jurídico protegido seja de antemão identificável, sob pena de afrontarem o princípio da legalidade e de serem meros crimes de desobediência.

Insta esclarecer que não se pode aplicar o que aqui se defende de forma desmedida. Os verdadeiros limites do direito penal do risco só serão traçados com o tempo e com os erros do legislador e do aplicador do direito.

6 Referências bibliográficas

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2002.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da preocupação, direito penal e sociedade de risco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Brasil, v.14, n. 61 , p. 44-121, jul./ago. 2006.

- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Os crimes de perigo abstrato e o Supremo Tribunal Federal ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/371/405, 2008. Acesso em 19.03.2009.
- BRASIL, Senado. *Constituição da República Federativa do Brasil*. www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm, acesso em 19.03.2009.
- BUNG, Jochen. Direito penal do inimigo como teoria da vigência da norma e da pessoa. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Brasil, v.14, n. 62 , p. 107-133, set./out. 2006.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. *(Re) pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. 925 p.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. Ed rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- GOMES, Luiz Flávio. *Bem jurídico penal e Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.
- GOMES, Luiz Flávio - *A Constituição Federal e os crimes de perigo abstrato*. http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070214091633277, 15.02.2007 acesso em 19.03.2009.
- GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 116 p.
- GOMES, Luiz Flávio. *Muñoz Conde e o direito penal do inimigo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 826, 7 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7399>>. Acesso em: 17.08.2008.
- GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito... *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Brasil, v.12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004.
- GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Brasil, v.13, n. 56, p.80-112, set./out. 2005.
- GRECO, Rogério. *Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2008.
- JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 81p.
- JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. Tradução: Gersélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 142 p.
- MARQUES, Daniela de Freitas. *Sistema jurídico-penal: do perigo proibido e risco permitido*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, 496 p.
- MONIZ, Helena. Aspectos do resultado no direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Brasil , v.13, n. 57, p.9-43, nov./dez. 2005.
- OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. **Crimes de perigo abstrato**. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre , v.4, n.23 , p.8-14, maio 2008.
- PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. *Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de projetos de pesquisa*. Belo Horizonte, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 103 p.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Brasil, v.12, n. 47, p.31-45, mar./abr. 2004.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Madrid: Civitas, Tomo I, p. 407.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. *La expansion del derecho penal - Aspectos de la política criminal nas sociedades postindustriales*. 2. ed. Civitas, 2001.

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

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 362 p.

TRENNEPOHL, Terence. *Direito ambiental*. Obra recomendada para concursos públicos. 3. ed. Salvador: Editora Podium, 2008.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Manual de direito penal: parte geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.