

# ANÁLISE PERFUNCTÓRIA ACERCA DO PODER DE PUNIR DO ESTADO NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO – CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE E TEORIA DO BEM JURÍDICO



Autores: Delton R. S.

Meirelles<sup>1</sup>

Esther Bentus Benayon<sup>2</sup>

Juliana Barbosa Torres<sup>3</sup>

## RESUMEN

La historia de la humanización de las penas es ampliamente considerado como el ajuste gradual a una proporcionalidad entre el delito y la pena no se traduce en perjuicio para el sentido legal de cada comunidad. En el curso de la historia, a medida que más estudios, más los resultados de la evolución en el campo de la acción estatal, tanto en las elecciones y la redacción de la conducta de cargo, así como el enjuiciamiento penal. Esas actividades gubernamentales, al mismo tiempo, la construcción de nuestro Estado constitucional y democrático de derecho, sufren sus propias limitaciones, explícita o implícitamente, proporcionada por los componentes originales, cuando inauguró el nuevo orden constitucional. En este sentido, se destacan entre otros, debido a la limitación del principio de perjudicial, cuyo concepto va en contra de la pena actual de los delitos de peligro abstracto, en el que muchos estudiosos sostienen es inconstitucional por violar el principio de perjudicial. En este sentido, tenemos la intención de llevar este trabajo, una evaluación de la legitimidad del poder del Estado para sancionar los delitos, en términos de peligro abstracto. Para ello será necesario la consideración del principio de la ofensiva, así como las teorías que tratan de conceptualizar el criminales. Todo esto en un intento de contribuir y enriquecer la legislación penal nacional-cultural.

## INTRODUÇÃO

É cediço que cada vez mais se impõe a doutrina de proteção de bens jurídicos como missão primordial do direito penal. Em face dessa nova concepção de proteção de bens jurídicos, alguns tipos penais vêm recebendo um novo tratamento pela jurisprudência, bem como pelo poder legislativo, no exercício de sua função típica de confecção de leis incriminadoras.

Isso porque, na esteira do dispositivo constitucional que traz a proibição das penas desumanas e degradantes está inserido implicitamente o princípio da proporcionalidade das penas, já que somente a pena proporcional à gravidade do fato cometido é humana e respeita a dignidade da pessoa, sendo, portanto, não degradante.

---

<sup>1</sup> Profesor adjunto e subjefto de el departamento de derecho procesal de la Universidade Federal Fluminense (SPP/UFF). Coordinador de el Laboratorio Fluminense de Estudos Processuais (LAFEP/UFF). Doctor en Derecho (UERJ).

<sup>2</sup> Professora auxiliar do Departamento de Direito Aplicado da Universidade Federal Fluminense (DDA/UFF), mestranda em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF.

<sup>3</sup> Mestranda en Sociología y Derecho en la Universidade Federal Fluminense – PPGSD/UFF, línea de investigación: *el acceso a la justicia y la crítica de las instituciones políticas y jurídicas*. Licenciada en Ciencias Sociales por la Universidad Federal Fluminense - UFF.

De fato, quando o legislador buscou tipificar as condutas lesivas (tipos penais), o fez com base na consideração da proporcionalidade que deve haver entre os delitos e as penas, que passa diretamente pela análise do bem jurídico e de sua possível ofensa – lesão ou perigo de lesão. Indubitavelmente, extrai-se do nosso sistema o princípio da lesividade e sua adoção busca claramente afastar da incidência de aplicação da lei penal aquelas condutas que, embora desviadas, não afetem qualquer bem jurídico de terceiros.

Assim sendo, imprescindível tecer considerações acerca do bem jurídico que, por mais que não pareça, se afigura como conceito jurídico indeterminado, diante das inúmeras tentativas de conceituação. Em unanimidade, o bem jurídico representa interesse da coletividade que merece necessária proteção penal. Tais bens jurídicos são eleitos discricionariamente pelo legislador, todavia, contemporaneamente, busca-se limitar tal seleção, estabelecendo parâmetros a atuação legislativa que deve ser pautada no escopo constitucional.

Nesse sentido, a tarefa de selecionar bens parte, inicialmente, de sua valoração consoante uma concepção minimalista, a qual protege bens e interesses realmente importantes à coletividade. O critério de seleção será, pois, valorativo-cultural, variando de acordo com as necessidades e anseios de cada época e de cada sociedade, sendo, portanto, tal seleção revestida de natureza política.

Nesse contexto, existe uma liberdade política na escolha dos bens jurídicos que serão resguardados pela ordem penal. Considerando que tal liberdade pode oscilar conforme interesses em conflito, caracterizadores de nossa sociedade plural, impende estabelecer limitações a esse poder.

Na verdade, essas limitações serão condicionadas à própria estrutura estatal e para não serem questionadas e derrubadas, devem ser extraídas do próprio texto constitucional, implícita ou explicitamente.

Assim, quaisquer bens jurídicos eleitos, bem como condutas incriminadoras, deverão sempre obedecer aos princípios penais fundamentais (intervenção mínima, humanidade, razoabilidade, adiante explicados e correlacionados).

Destaca-se, pois, dupla influência do princípio da lesividade na atuação estatal. De um lado, influencia o legislador na eleição dos bens jurídicos de forma mais imparcial e, de outro lado, influencia o juiz que, atualmente, diante das situações concretas, não se deve conformar com a mera subsunção formal do fato à norma, devendo aferir na hipótese julgada se o comportamento que se busca incriminar lesionou ou colocou em perigo o bem jurídico protegido e, nos casos em que isso não ocorra, declarar a sua atipicidade.

Entre os princípios constitucionais limitadores da atividade do Estado (tanto legislativa-preventiva, quanto judicante-repressiva), destaca-se o princípio da ofensividade, consubstanciado na idéia de que certa conduta só poderá ser punida se afetar minimamente o

bem jurídico eleito para ser tutelado pelo direito penal, causando-lhes ao menos lesão ou perigo concreto de lesão.

Ademais, quanto ao critério fixador dos bens a serem tutelados, destaca-se que o poder público encontra enorme dificuldade em classificá-los, posto que Estado Democrático e Constitucional de Direito, centralizador de diversos interesses conflitantes, motivo pelo qual deve proteger, com exclusividade, os bens considerados essenciais à existência do indivíduo em sociedade.

## I CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

O princípio da ofensividade, também chamado de princípio da lesividade, preleciona que não existe delito sem ofensa – lesão ou perigo concreto de lesão – a um bem jurídico. É o célebre axioma *nullum crimen sine injuria*.

A partir daí, infere-se que toda norma penal incriminadora exteriorizará necessariamente a existência de um bem jurídico. E, para que esteja completo o delito, deverá ter havido ofensa a esse bem jurídico, motivo pelo qual existem teóricos que sustentam a teoria do crime como “fato ofensivo típico”, objeto de apreciação em tópico posterior.

Apesar de muitos não conferirem a devida importância ao princípio da ofensividade, ao longo do presente estudo, verificaremos que ele se revela como um princípio norteador da atuação estatal no âmbito do direito criminal.

Nesse sentido, destacam-se duas funções típicas do princípio da lesividade no direito penal. A primeira se consubstancia na função político-criminal de tal princípio, que constitui um limite ao direito de punir do Estado no sentido de vincular o legislador às escolhas das condutas a serem criminalizadas; isto é, não pode, pelo menos, não deve o legislador eleger condutas criminalizantes que não afetem minimamente o bem jurídico tutelado; deve, por outro lado, analisar a gravidade da afetação do bem a fim de inferir se tal conduta é lesiva ou não à sociedade como um todo, o que justificará ou não a repressão penal. Para tanto, obviamente, deve-se ter por base os princípios penais, tal como o da intervenção mínima, subsidiariedade do direito penal, necessidade das penas, proporcionalidade, etc.

A segunda é a função interpretativa, também denominada de dogmática, que se revela sobre o instante em que se interpreta e se aplica concretamente o direito penal, momento em que se deve valorar a mínima ofensividade da conduta ao bem.

Enquanto que a primeira função atua limitando o *jus puniendi*, na medida em que norteia as escolhas do legislador, a segunda função atua limitando o *jus poenale*, na medida em

que se dirige diretamente ao aplicador da lei penal, seja o mero intérprete ou mesmo o magistrado.

De qualquer forma, impende consignar que, não obstante possuam espectros limitadores diversos e atuação diferida, as duas funções não são incomunicáveis; pelo contrário, são complementares. Tanto é que, nas hipóteses em que o legislador deixa de cumprir o seu papel de criminalizar condutas considerando a ofensa ao bem jurídico, essa tarefa se transfere improrrogavelmente aos aplicadores da lei penal (intérprete e juiz).

Frise-se que também Nilo Batista, em sua obra, destacou quatro principais funções do princípio da ofensividade<sup>4</sup>. São elas: a) proibir a incriminação de uma atitude interna (*cogitationis poenam nemo patitur*); b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor (ex: autolesão, tentativa de suicídio, uso de drogas); c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

Nesse sentido, a afetação concreta (lesão ou perigo concreto de lesão) do bem jurídico é uma condição *sine qua non* do *jus puniendi* e do *jus poenale* e, por conseguinte, do próprio *jus libertatis*, isto é, a sua *ratio essendi*.

Ademais, o princípio da ofensividade está relacionado com a maioria dos princípios de direito penal e todos, conjuntamente, atuam para limitar o poder punitivo do Estado, como se verá a seguir.

## **II PRINCÍPIOS QUE INCIDEM LIMITANDO A ATUAÇÃO DO DIREITO PENAL**

Uma análise simples das nossas fontes de direito penal, em especial, as normas, as construções jurisprudenciais dos tribunais e os próprios princípios, facilmente induzem que existem vários princípios que norteiam, em conjunto, a atuação do direito penal no Brasil. Entre eles, podemos citar, antes de deduzir um raciocínio lógico: a – necessidade/proporcionalidade; b – exclusiva proteção de bens jurídicos; c – legalidade/taxatividade/anterioridade; d – ofensividade; e – fragmentariedade e subsidiariedade.

Considerando-se que o direito penal, por razões de necessidade, é o mais importante meio de repressão e controle social, só deve intervir nas hipóteses absolutamente necessárias (princípio da *ultima ratio* ou subsidiariedade ou mesmo proporcionalidade/necessidade), protegendo bens jurídicos elegidos como relevantes à sociedade (princípio da exclusiva

---

<sup>4</sup> BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

proteção de bens jurídicos), diante de condutas externas, descritas previa e claramente numa lei penal incriminadora (princípio da legalidade/anterioridade/taxatividade), com potencialidade de resultar, de modo intolerável (princípio da fragmentariedade), lesão ou perigo concreto de lesão (princípio da ofensividade/lesividade) ao bem juridicamente protegido. Eis a sistemática que envolve os mais importantes princípios informadores da intransponível relação entre princípio da ofensividade, bem jurídico e limites à atuação do direito penal.

### **III APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO: CONSIDERAÇÃO DO DELITO COMO “FATO OFENSIVO TÍPICO” E TEORIAS DO BEM JURÍDICO**

Sabe-se que a orientação mais básica da doutrina, apesar de majoritária, é admitir a aplicação do princípio da ofensividade em delitos que comportem lesão/dano ao bem jurídico tutelado, ou seja, crimes materiais. Isso porque, de acordo com a tese adotada pelo Código Penal<sup>5</sup>, só haverá crime se houver lesão ou perigo de lesão; mas sempre se refere à lesão quando se trata de qualificar os delitos. Logo, ainda que se admita a observância desse princípio nos crimes de perigo, estes seriam da modalidade perigo concreto de lesão.

Assim, a regra é que, ao analisar a conduta criminosa, deve-se considerar a lesão ou, ao menos o perigo de lesão ao bem jurídico. Sem lesão ou perigo concreto de lesão não se fala em ofensividade ao bem jurídico, o que, por conseguinte, acarretaria a não punição daquela conduta, por ausência de lesividade que, como já dito, é condição *sine qua non* à aplicação da pena.

Nessa esteira que surge a concepção do delito como “fato ofensivo típico”, centrada na tutela de bens jurídicos e sua necessária ofensividade, de ampla aplicação prática pelos nossos tribunais<sup>6</sup>, no que se refere à inocuidade lesiva da falsidade – falsidade inidônea, hipótese de preferencial incidência de tal princípio.

Nesses casos, aplica-se o célebre axioma *falsitas quae nemini nocet non punitur*, pelo qual o fato imputado não subsiste em termos penais quando concretamente não reúne capacidade para ofender o bem jurídico protegido pela norma incriminadora.

---

<sup>5</sup> Arts. 13 e 17 do CP, que firmam a concepção realista do delito, segundo a qual a infração penal consiste no fato humano ofensivo a um interesse penalmente protegido.

<sup>6</sup> RECURSO ESPECIAL. PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO. FALSIFICAÇÃO NITIDAMENTE GROSSEIRA. INCABÍVEL A CONFIGURAÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ART. 304 DO CÓDIGO PENAL.

1. A falsificação nitidamente grosseira de documento afasta o delito inculcado no art. 304 do Código Penal, tendo em vista a incapacidade de ofender a fé pública e a impossibilidade de ser objeto do mencionado crime.

2. Recurso não conhecido. STJ, REsp 838344 / RS – Rel. Min. Laurita Vaz. 5ª Turma, julgado em 03/04/2007, DJ 14/05/2007, p. 386.

De acordo com a classificação de crimes, existem crimes de dano e de perigo<sup>7</sup>, este último se dividindo em perigo concreto<sup>8</sup> e abstrato<sup>9</sup>.

Como já foi falado, não há problema de aplicação do princípio da ofensividade nem nos crimes de dano nem nos crimes de perigo concreto, pois estará se punindo a lesão, no primeiro, e o perigo de lesão ao bem jurídico, no segundo.

Todavia, recentemente, os crimes de perigo abstrato têm sofrido resistência por parte da doutrina que não verifica, no caso concreto, a potencialidade de dano existente no comportamento do agente, o que frontalmente violaria o princípio da lesividade. Até porque se encontra premente dificuldade na delimitação correta dos tipos que integrariam os delitos de perigo abstrato, tópico adiante explicado.

Nesse sentido, surgiu posicionamento acerca da impropriedade da criminalização de condutas que não causam lesividade (lesão ou perigo de lesão) mínima ao bem jurídico, por entenderem que estes crimes, chamados de perigo abstrato, não estão de acordo com a tese eleita pelo código, ofendendo, pois, o princípio da lesividade e, por conseguinte, a própria constituição.<sup>10</sup>

Dessa forma, os que defendem a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, fundamentando sua incoerência com um direito penal garantista e mínimo (princípio da subsidiariedade do direito penal/*ultima ratio*), sustentam que, pela teoria do código penal, só há crime se houver lesão ou perigo concreto de lesão (princípio da lesividade)<sup>11</sup> e, considerando que os crimes de perigo abstrato são exatamente aqueles em que se configura o crime sem que tenha havido ao menos exposição do bem jurídico a perigo concreto, pois este é presumido, neles o princípio da ofensividade estaria violado. Além disso, esses tipos penais violariam

---

<sup>7</sup> Crimes de dano são aqueles que impescindem de efetiva lesão ao bem jurídico para consumarem-se. A conduta do agente, portanto, é dirigida finalisticamente a produzir o resultado, que necessariamente será dano ou lesão para o bem protegido pelo tipo penal, a exemplo do que ocorre nos crimes de homicídio e lesão corporal. Contudo, há casos em que a conduta do agente não está dirigida finalisticamente a produção do resultado lesão, causando apenas uma situação de perigo àquele bem juridicamente protegido pelo tipo penal. Assim, os crimes de perigo são criados para punir comportamentos perigosos antes que causem dano ou lesão ao bem jurídico. Logo, os crimes de perigo são, em regra, subsidiários, sendo absorvidos pelos crimes de dano quando estes vierem a acontecer.

<sup>8</sup> Os crimes de perigo concreto são aqueles cuja situação de perigo, supostamente criada pelo agente, precisa ser demonstrada no caso concreto. Dessa forma, analisa-se o caso concreto para concluir se o comportamento do agente trouxe ou não perigo ao bem juridicamente protegido pelo tipo. Ex.: arts. 132, 133 e 250 do CP.

<sup>9</sup> Consoante definição de Rogério Greco, *diz-se abstrato o perigo quando o tipo penal incriminador entende como suficiente, para fins de caracterização do perigo, a prática do comportamento – comissivo ou omissivo -, por ele previsto. Assim, os crimes de perigo abstrato são reconhecidos como de perigo presumido.* Ex.: arts. 135 e 137 do CP.

<sup>10</sup> GRECO, Luis. “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, nº 49. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>11</sup> Essa dedução pode ser extraída pelo art. 13 do CP, que exige resultado jurídico para a ocorrência do crime. Esse resultado jurídico, segundo a melhor doutrina, possui natureza normativa e é exatamente a ofensa ao bem jurídico que se expressa em lesão ou perigo concreto de lesão. Sem o resultado jurídico, portanto, não há que se falar em crime (art. 17 do CP).

também o princípio constitucional da presunção de inocência, por presumirem um perigo e a culpabilidade do agente<sup>12</sup>.

Considerando os princípios constitucionais da legalidade e lesividade, emerge de sua conexão a concepção de delito com “fato ofensivo típico”, na medida em que nosso sistema optou pela materialidade ofensiva do delito, consubstanciada na necessidade de causação de ofensa mínima – lesão ou perigo de lesão.

Com essa concepção substancial de delito, abandona-se a idéia de direito penal da conduta para adotar a concepção do direito penal da ofensividade, buscando interligar ainda mais o bem jurídico com sua respectiva ofensa, na tentativa de limitar a atuação estatal, tornando-a cada vez mais imparcial e segura. Assim, passa a tipicidade a contar com um novo requisito, qual seja, a ofensa ao bem jurídico. Nesse sentido, além de considerar o esquema subsuntivo do fato à norma, o fato será típico quando o bem jurídico inserto na norma incriminadora é afetado por lesão ou perigo; só assim poder-se-á justificar a privação da liberdade individual como sanção.

Contemporaneamente, o “fato ofensivo típico” surge como mais um limite da intervenção penal, despontando grande problemática quando da avaliação dos delitos de perigo abstrato. Contemplada a ótica do direito penal da ofensividade, parece não haver dúvidas de que necessitamos pôr em ação uma revisão substancial tanto do direito positivo, como também de suas derivações (orientações jurisprudenciais, interpretações), deixando de lado as teorias subjetivistas que permitiram a criminalização de ofensas que não causaram ao menos perigo concreto de lesão.

Logo, hoje o princípio da ofensividade se revela manifestamente um dos limites essenciais à conceituação do punível. Por conseguinte, o fato passará a ser punível quando, além de ser típico (adequação formal do fato ao dispositivo incriminador), tenha causado ofensividade mínima (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal), sem prejuízo dos demais requisitos formulados no conceito analítico de crime.

Dessa forma, despontam teóricos e aplicadores do direito que estão interpretando nosso sistema constitucional com a orientação que parte da premissa de que não há crime sem ofensa a bem jurídico. E, considerando que o bem jurídico integra a tipicidade, passa qualquer delito a ser considerado como “fato ofensivo típico”. O injusto penal, portanto, passa a exigir dois requisitos, quais sejam, “fato ofensivo típico” e ausência de exclusão da ilicitude.

Para tanto, o legislador não se pode olvidar de traduzir claramente no tipo penal a modalidade da ofensa, levando-se em consideração os parâmetros tecidos para conceituação e

---

<sup>12</sup> A respeito do princípio constitucional da presunção de inocência, a maioria da doutrina destaca sua tríplice função: 1ª) regra de tratamento – ninguém deve ser tratado como culpado; 2ª) regra de julgamento – *in dubio pro reu* e 3ª) regra probatória – não se deve presumir a condenação até que ela advenha e transite em julgado. Assim, ao admitir-se os crimes de perigo abstrato, estar-se-ia violando regra de tratamento constitucional, consubstanciada no princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII.

delimitação de bem jurídico e de sua respectiva ofensa. Certo é que, quanto mais o legislador se aprofunde na concretização do bem jurídico protegido e defina com precisão o tipo de ofensa punível, mais segurança estará conferindo ao sistema penal, bem como mais adequação aos escopos constitucionais.

Descrevendo as figuras típicas com clareza de modo a reconhecer a ofensividade da conduta, o legislador estará outorgando, inclusive, parâmetro de controle da atividade jurisdicional, na medida em que esta deverá aferir se, no caso concreto, a conduta que se busca incriminar causou efetiva lesão ou perigo descritos no próprio tipo penal.

Assim, explicada a problemática do nosso sistema<sup>13</sup>, passamos à análise da aplicação do princípio em comento aos crimes de perigo abstrato. Certamente essa análise é complexa e comportará o aprofundamento na teoria do bem jurídico bem como nas estruturas do delito.

Considerando que toda incriminação visa defender um bem jurídico, esta expressão *bem jurídico* pode ser compreendida sob duas óticas: uma dogmática (imanente ao sistema) e outra político-criminal (transcendente ao sistema).

Pela perspectiva dogmática, toda norma abrigará um bem jurídico que justifique a proteção penal. Isso pode ser facilmente constatado na maioria das condutas incriminadas por nossa legislação.<sup>14</sup>

Contudo, esse conceito dogmático não deve servir de base para amparar o poder de incriminar, na medida em que é elaborado pelo legislador e, portanto, por ele próprio disponível. Mister se faz, na conjuntura contemporânea, que se trabalhe com um conceito político-criminal de bem jurídico; isto é, deve-se considerar o próprio bem jurídico como forma de limitar o poder de incriminar e não apenas como conceito (im) posto pelo legislador. Ressalte-se que essa discussão só é relevante porque o conceito de bem jurídico nunca foi confeccionado em seu aspecto político-criminal; se o fosse, certamente não precisaríamos de tantas divagações, pois o próprio conceito dogmático de bem jurídico seria construído com fundamento fornecido pelo conceito político-criminal.

---

<sup>13</sup> Como se não bastasse a presunção de perigo do bem jurídico, contemporaneamente, encontramos no sistema penal crimes de perigo abstrato apenados mais severamente que os crimes de perigo concreto. EX: art. 308 da Lei 9.503/97 (*Participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, desde que resulte dano potencial à incolumidade pública ou privada: Penas - detenção, de seis meses a dois anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor*) e art. 129 do CP (*Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano*). Conclui-se daí que a proporcionalidade também pode ser analisada em conjunto com o princípio da igualdade, na medida que resulta contrário a ambos os princípios a previsão da mesma pena para infrações de transcendência e afetação diversas.

<sup>14</sup> Ex: Meio ambiente – crimes ambientais; fé pública – crimes de falso; administração pública e sua probidade – crimes de corrupção; incolumidade pública – crimes de perigo comum; saúde pública – crimes de drogas; segurança no trânsito – crimes de trânsito; etc.



Assim, apenas recentemente, destacando-se aí como pioneiro Juarez Tavares, começou-se a propor um conceito de bem jurídico como limitador do poder de punir do Estado, bem como de diretriz para o próprio legislador.

Para alcançar as duas finalidades propostas do conceito de bem jurídico (diretriz para legislar e limitador do *jus puniendi*), para não haver maiores questionamentos, este deve ser extraído da própria constituição, que, infelizmente, classificada como analítica<sup>15</sup>, possui espectro muito aberto, tornando-se, às vezes, vaga ou imprecisa.

Isso não é de todo problemático, mas devido ao seu caráter aberto, pode acabar por excluir algum bem, interesse ou valor, de forma inapropriada, o que gerará a impossibilidade de tutela pelo direito penal. Logo, apesar das inúmeras propostas doutrinárias, ainda não foi possível chegar-se a um conceito uniforme de bem jurídico que sirva de parâmetro de orientação para o legislador.

Em debate puramente terminológico, os mais conhecidos filósofos de direito penal já formularam inúmeras definições de bem jurídico, que vão desde “interesse juridicamente protegido” – Liszt a “valor objetivo que a lei reconhece como necessitado de proteção” – Mezger, passando por “valor elementar da vida em comunidade” – Welzel, “unidade funcional social” – Rudolphi, “pretensão de respeito” – Schmidhäuser, “relação real da pessoa com um valor concreto reconhecido pela comunidade” – Otto, etc.

Sabe-se, contudo, que pelo princípio da proporcionalidade, constitucionalmente insculpido, se depreende que o bem jurídico tenha suficiente relevância para justificar uma ameaça da privação da liberdade em geral, bem como uma efetiva limitação da mesma no plano concreto. Eis o denominador comum a qualquer tentativa de definição.

Assim, imperioso entender que, no momento de definição do conceito mais adequado de bem jurídico, existem quatro questões fundamentais, adiante destacadas. Primeiramente, deve-se compreender que o valor/interesse, para ser eleito como bem jurídico, deve ser de importância fundamental para alguém, genericamente considerado, de modo que a existência ou o bem estar desse alguém estariam ameaçados caso tal incriminação não existisse. Em segundo lugar, mister considerar o destinatário da importância fundamental do bem jurídico. Melhor explicando, para quem o bem jurídico deve ter importância fundamental? Para os indivíduos, para a coletividade ou para os dois?<sup>16</sup> Indubitavelmente, teremos de partir de uma concepção

---

<sup>15</sup> Segundo o célebre constitucionalista Pedro Lenza, *constituições analíticas são aquelas que abordam todos os assuntos que os representantes do povo entenderem fundamentais*.

<sup>16</sup> Na Alemanha, destacaram-se três posicionamentos acerca do assunto: a) concepção dualista de bem jurídico, construída por Tiedeman e Kuhlen, que vislumbravam que o bem jurídico eleito deveria ser de importância fundamental tanto para o indivíduo, isoladamente considerado, quanto para a coletividade; b) concepção monista-pessoal de bem jurídico, encabeçada por Hassemer, que visualizava que o bem jurídico bastava ser de importância fundamental para o indivíduo; e c) concepção monista-estatal ou monista-civilista, cujos representantes eram Binding e Weigend, cujo pensamento era de que bastava a importância fundamental do bem jurídico para a sociedade, coletivamente considerada.

dualista de bem jurídico, considerando que este deverá ser de fundamental importância para o indivíduo, bem como para a sociedade, para poder ser eleito.

Em terceiro lugar e já anteriormente explicado, deve-se levar em consideração a gravidade da conduta e sua efetiva ou potencial lesão ou perigo de lesão a que expõe o bem jurídico<sup>17</sup>.

Por último, resta saber se o bem jurídico deve ser entendido em perspectiva realista ou idealista, isto é, se devem ser consideradas situações concretas ou se o conceito pode restringir-se ao plano teórico.

Normalmente, a maioria das centenas de pessoas que se arriscam a conceituar o bem jurídico, o definem como valor, interesse, ou seja, como entidade ideal, algo desmaterializado, transcendente... De fato, esses conceitos são indesejáveis, pois se afastam da realidade do direito penal, aumentando as possibilidades de criação de bens jurídicos indiscriminadamente, a fim de se legitimar qualquer norma que se deseje aplicar.

Assim, confiança, ordem, segurança e incolumidade públicas, conceitos jurídicos extremamente indeterminados, poderiam ser mais facilmente entendidos como bens jurídicos se o conceito destes não se referirem-se a apenas meras entidades ideais, mas considerassem dados concretos. Por essas e outras razões seria mais satisfatório trabalhar com um conceito de bem jurídico realista, considerando símbolos concretos, assim como já foi sugerido por Juarez Tavares.

Ressalte-se que a realidade que aqui se propõe não significa o mesmo que realidade empírica, pois o mundo real não se esgota naquilo que se pode inferir por meio de investigação de ciências naturais. A liberdade sexual, por exemplo, é uma realidade, apesar de não lhe ser essencial o aspecto empírico.

Assim, considerando que a medida repressiva penal, em regra, é a pena e, portanto, limitadora do direito fundamental de liberdade, esta deve ser proporcional a uma conduta igualmente grave. Logo, seria manifestamente contrário aos princípios constitucionais do sistema proteger os bens jurídicos de forma absoluta, ou seja, de todo e qualquer ataque, inclusive ínfimo, sem requerer, para tanto, um mínimo de afetação do bem.

Nesse sentido, considerando a perspectiva político-criminal do conceito de bem jurídico, segundo Luis Greco, bens jurídicos seriam, portanto, *dados fundamentais para*

---

17 Assim, por mais importante que seja o bem jurídico, em ataque ínfimo, o mesmo não pode ensejar a intervenção do Direito Penal. Vejamos: HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal estabeleceu requisitos à incidência do princípio da insignificância que são a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada (HC nº 84.412/SP, Min. Celso de Mello, publicado no DJ de 19/11/2004). 2. Para fins de aplicação de tal princípio, o estelionato praticado deve ser de valor ínfimo e não ser capaz de gerar prejuízo ao patrimônio da vítima, como ocorre no caso dos autos, em que o valor do prejuízo causado à vítima é de R\$ 50,00 (cinquenta reais), não revelando a atitude do paciente lesividade suficiente para justificar a condenação. 3. Ordem concedida. HC 139015 / SP. 6ª Turma. Min. Relator Og Fernandes. Julgado em 06/10/2009, DJ 26/10/2009.

*realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional*<sup>18</sup>.

Não obstante a dificuldade de se chegar a um denominador comum para conceituar bem jurídico sob uma perspectiva político-criminal, resta saber se esse conceito será considerado como condição necessária para a incriminação. Esse assunto, ainda muito pouco explorado, é de difícil resposta.

Alguns filósofos, como Hassemer, que sustentam que incriminações sem bens jurídicos são formas de terrorismo estatal, entendem que a idéia de bem jurídico deve ser limitadora da atividade legislativa de produção de tipos penais incriminadores. Contudo, na Alemanha, há cada vez mais autores, como Hefendehl, que defendem, excepcionalmente, a legitimidade de incriminações sem bem jurídico, chamadas de “delitos de comportamento”. Essa teoria já foi encampada aqui no Brasil, quando, por exemplo, da tipificação da conduta prevista no art. 32 da Lei 9.605/98<sup>19</sup>.

Com base no crime citado, a causação de sofrimentos a um cão (maus tratos a animais) não afeta de modo algum qualquer esfera individual nem coletiva. Nesse caso, na esteira daquilo que defende Roxin, a tutela penal de animais é hipótese de incriminação sem bem jurídico.

Alem dessa hipótese, Roxin traz mais duas exceções à idéia de bem jurídico como condição necessária de punição, quais sejam, a proteção penal do embrião e dos interesses das gerações futuras. Justificando as seleções, se é verdade que não há conexão direta entre esses interesses que busca se incriminar com indivíduos hoje concretamente existentes, nem à coletividade, também é verdade que a sua manifesta fragilidade justifica a proteção criminal.

Em síntese, a regra é da necessariedade de bem jurídico como condição da incriminação e da confecção de tipos penais. E esse conceito de bem jurídico será buscado, primeiramente, nos valores fundamentais, tanto individuais como coletivos (concepção dualista), que nossa constituição consagra. Excepcionalmente, consoante a melhor doutrina, há que se admitir, incriminações sem bem jurídico, como é o caso da proteção penal dos animais, das plantas, dos embriões e das gerações futuras, pela relevância e fragilidade que esses valores representam.

---

<sup>18</sup> GRECO, Luis. “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, nº 49. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

<sup>19</sup> Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa. § 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos. § 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

#### **IV PERPLEXIDADE: TENTATIVA DE DELIMITAÇÃO DOS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO**

Após criticar os instrumentos teóricos de definição de crimes, buscando limitar o poder do legislador de incriminar, seguindo o filósofo alemão Wahlers, por trás da denominação única de “crime de perigo abstrato” se esconde uma infinidade de situações heterogêneas, sendo que o caminho correto para que os crimes de perigo abstrato desempenhem sua função sem se transformar em terrorismo estatal é classificá-los em três grupos, além de enunciar os requisitos de legitimidade que cada qual tem de atender.

Assim, distinguem-se três espécies de delitos de perigo abstrato, quais sejam, os delitos de ação concretamente perigosa, os delitos de cumulação e os delitos de preparação. Os primeiros proíbem uma conduta que acarrete uma situação não mais controlável pelo agente e, portanto, perigosa, como por exemplo, a causa de aumento de embriaguez ao volante. Os segundos proíbem uma conduta que, isoladamente considerada, não é perigosa, contudo, passa a sê-lo quando é praticada por muitas pessoas, tal como ocorre nos delitos ambientais<sup>20</sup>. Por fim, os terceiros proíbem uma conduta não diretamente lesiva, mas que criam perigo de lesão para o próprio agente o para que terceiro cometa ação lesiva, como no caso de entrega de objetos perigosos sem a adequada fiscalização e informação.

Há de se reconhecer, portanto, que, apesar de serem possíveis incriminações de delitos de perigo abstrato, estas não podem ser feitas em sua totalidade, sendo necessário, pois, fazer a distinção entre os crimes de perigo abstrato legítimos dos ilegítimos, usando como base a classificação acima apresentada. Dessa forma, será alcançada a verdadeira finalidade do direito penal, qual seja, reprimir condutas necessárias e evitar incriminações injustas, desnecessárias e que não afetem minimamente o bem jurídico relevante de tutela social.

Assim, de nada vale recusar radicalmente a incriminação de delitos de perigo abstrato sem fundamentação teórica, devendo-se, outrossim, delimitar corretamente os conceitos de bem jurídico, bem como de perigo concreto e abstrato, passando por uma análise das funções do direito penal, considerando os princípios inerentes ao sistema. Dessa forma, será possível análise detalhada dos crimes de perigo abstrato, desenvolvendo-se critérios específicos de legitimidade ao longo do tempo, que ainda não de ser formulados.

#### **CONCLUSÃO**

---

<sup>20</sup> Lei 9605/98.

Diante de todo o exposto, não podemos nos afastar da idéia de conceber o direito penal como instrumento que tutela os bens jurídicos mais relevantes de forma mínima e essencial, entendendo que sua intervenção somente se justifica quando o bem jurídico tutelado recebe ofensa, que pode se materializar em lesão ou perigo de lesão.

Daí se extrai a carga limitativa do princípio da ofensividade, pelo qual deve se pautar a atividade estatal, tanto no ramo legislativo – atividade preventiva de eleição/tipificação das condutas criminosas, como no ramo jurisdicional – atividade repressiva no julgamento e aplicação das penas que devem, sem sombra de dúvidas, guardar relação de proporcionalidade com a conduta, considerando-se a política criminal adotada para criminalizar/apenar delitos.

Assim, o direito penal inspirado no paradigma da ofensividade guarda consonância com a concepção de que a pena deve ser proporcional, necessária e mínima e deve se justificar pela punição e prevenção de novas ofensas.

Logo, não basta para a sociedade jurídica contemporânea a mera conformidade literal da conduta ao tipo legal (subsunção formal), sendo necessária a clara ofensa ao bem jurídico, sob forma de lesão ou perigo concreto de lesão, na medida em que o art. 13 do Código Penal exige resultado jurídico.

Dessa forma, contata-se que aquela antiga classificação de crimes em delitos materiais, formais e de mera conduta já não se prestam tanto ao sistema, possuindo valor relativo; mais própria ao sistema é, pois, a distinção entre delitos de lesão e delitos de perigo concreto.

Por fim, se propõe a adoção completa do direito penal pautado na ofensividade, que deve se mostrar presente tanto no direito positivo quanto no casuístico, não se admitindo mais a incriminação de condutas que não causam sequer perigo concreto de lesão ao bem jurídico eleito como de necessária proteção penal.

## **REFERÊNCIAS**

BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal: parte geral*. Tradução de André Estefam. Revisão, prólogos e notas de Edilson Mougenot Bonfim. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. Vol.1. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

GOMES, Luis Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Luis. “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, nº 49. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. 10ª edição. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Penal: parte especial: introdução á teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa*. Niterói, RJ: Impetus, 2005.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13ª edição, rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e constituição*. 3ª edição, ver, atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

ZAFFARONI, E. Raul. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.