

OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO COMO FORMA DE PROTEÇÃO A BENS JURÍDICOS

DIAS, Luciano Nendza¹

Resumo:

O presente trabalho foi basicamente elaborado com pesquisas bibliográficas, revistas jurídicas online especializadas, além de outros artigos sobre o tema, por se tratar de assunto polêmico e atual. Demonstra uma análise reflexiva sobre o conceito de bem jurídico, suas funções, tendo como base a Constituição Federal que traça os princípios norteadores e os pressupostos essenciais do Estado Democrático de Direito. O enfoque é baseado nos princípios constitucionais penais, com especial observância ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, sempre lembrando a importância que tem em analisar a existência de lesão ou perigo de lesão aos bens de maior importância para o ser humano. Por sua vez, os crimes de perigo abstrato podem proteger com eficiência a bens jurídicos tutelados.

Palavras-chave: Bem jurídico; Funções político-criminais; Exclusiva proteção de bens jurídicos.

ABSTRACT HAZARD CRIMES AS A PROTECTION OF LEGAL PROPERTY

Abstract:

The present work was basically elaborated with bibliographical researches, specialized online juridical magazines, besides other articles on the subject, because it is controversial and current subject. It demonstrates a reflexive analysis on the concept of legal good, its functions, based on the Federal Constitution that outlines the guiding principles and essential assumptions of the Democratic State of Law. The focus is based on the constitutional principles of criminal law, with particular regard to the principle of exclusive protection of legal assets, always remembering the importance of analyzing the existence of injury or danger of injury to assets of greater importance to the human being. In turn, abstract danger crimes can effectively protect protected legal assets.

Keywords: Well legal; Functions political-criminal; Exclusive protection of legal interests.

Introdução:

1 Delegado de Polícia do Departamento de Polícia Civil do Estado do Paraná.

Pelo motivo de o Direito Penal ter um caráter residual, é possível valorar apenas os bens mais importantes e relevantes, aqueles que a sociedade considera como sendo de valor concreto para a manutenção da paz e harmonia social, sendo somente estes os merecedores da tutela dada pela legislação criminal.

Assim, toda manifestação do Direito Penal deverá ser norteadas por princípios constitucionais e penais, desde a elaboração das leis penais até a aplicação da lei no caso concreto. Não se pode perder de vista o princípio da ofensividade, lesividade, fragmentariedade e o caráter subsidiário.

Nesta esteira, os crimes de perigo de abstrato, ainda que haja questionamento sobre a sua compatibilidade com o ordenamento constitucional, é sem sombra de dúvida um meio eficaz para proteção de diversos bens jurídicos importantes para a harmonização da sociedade.

1. Bem Jurídico – Penal E Constituição:

A vida em sociedade leva as pessoas a valorizarem coisas que são desejadas e competidas por muitos. Essa valoração decorre de diferentes fatores, como satisfazer às necessidades, a carência, a realização de vontades, o que se torna vital e tenha utilidade, dentre outros.

Portanto, quando algo passa a ter um significativo valor, torna-se um bem.

Inicia-se, então, o interesse de tutelar esse bem, proteção essa que no mundo do direito é feita através da normatização. Tutelado pela legalidade, esse bem passa a se apresentar como um bem jurídico, e tendo a proteção dada pelo legislador penal os doutrinadores o considera como bem jurídico tutelado penalmente. Por essa razão, para permanecer a paz social seria necessário adotar certas atitudes que apontem para a tutela desses bens. Desta forma, dentre muitos bens que existem, o Direito escolhe alguns para tutelar, tornando-os assim, bens jurídicos.

Considerando bem existencial, vale dizer que é o bem de máxima importância para o homem ou para a coletividade, que quando cercada de grande valoração social, deve ter proteção jurídica. São exemplos de bens existenciais e de muita relevância para o indivíduo a vida, a liberdade sexual, a honra, o meio-ambiente, o patrimônio, dentre outros.

Importante observar o conceito de substrato subjetivo, que significa o interesse que o ser humano tem em relação a um determinado bem existencial. Por exemplo a vida. A vida é um bem existencial, e o interesse que o ser humano tem por ela, pelo seu surgimento, pela sua preservação, por evitar o seu fim, sua destruição, é chamado de substrato subjetivo do bem jurídico.

O substrato do bem jurídico é uma relação social que se vincula a uma coisa material ou imaterial que tem como objeto um bem ou interesse pessoal (existencial), mas para que essa coisa se transforme em um bem jurídico, tem que ter um significado social, ou seja, ter um interesse para o ser humano e que tenha uma valoração positiva do legislador.

Por conseguinte, bem jurídico é quando o Direito reconhece esse interesse que o ser humano tem por um bem existencial. É o Direito que faz a transformação do interesse do homem pelo bem existencial em bem jurídico.

Entretanto, é importante fazer a observação de que não é possível para o Direito Penal fazer proteção de todos os bens jurídicos contra todas as agressões ou as que estiverem a beira de acontecer, pois assim, estaria evitando o necessário desenvolvimento e a evolução da sociedade.

Assim, o Direito Penal tem a definição de crime quando há lesão a um bem jurídico tutelado. Essa proteção existe porque o legislador apreciou a conduta delitiva como não sendo de acordo com os interesses da comunidade, pois houve uma supervalorização daquele bem jurídico, sendo muito importante que tivesse uma proteção

de forma coercitiva, com o intuito de constranger o criminoso a não mais praticar agressões ao bem de outrem.

O tipo penal impede determinadas condutas por considerá-las danosas ao bem jurídico; desse modo, conclui-se que a norma criminal existe para a defesa desses bens. Este é o ponto central, o motivo de ser da legislação repressora. A tipificação penal se manifesta para castigar as ações que colidem com a proteção dos bens jurídicos.

Indicada a Constituição como o único meio legítimo apto a direcionar o conceito de bem jurídico-penal, operar de maneira delimitada e necessária para a fixação do poder punitivo, com critérios eficientes, primeiramente é preciso entender como a Constituição marca sua influência no Direito Penal, moldando-o com seus valores.

Os princípios constitucionais de Direito Penal, mostram um conteúdo característico e tipicamente finalístico, como o princípio da legalidade dos crimes e das penas e seus consequentes, como: princípio da irretroatividade da lei prejudicial, princípio da tipicidade, princípio da proibição das penas cruéis, entre outros. Eles fazem parte do sistema penal por motivo do próprio conteúdo, com caracteres constitucionais substanciais, enquanto se enquadram dentro dos parâmetros do poder punitivo que posicionam a pessoa humana no íntimo do sistema penal.

Os princípios, especialmente penais, tendem à comprovação dos direitos do homem e do cidadão e a limitar o papel do Estado na garantia e efetivação dos direitos mencionados.

De acordo com Francesco C. Palazzo (1989, p.23):

Os princípios influentes em matéria penal, ou valores pertinentes à matéria penal, a segunda classe de princípios que entrelaçam a Constituição e o Direito Penal, referem-se ao conteúdo da regulamentação penal. Diferentemente dos princípios de Direito Penal constitucional, delimitam a matéria penalmente disciplinada, não apenas a forma penal da tutela ou o modo da disciplina penalística. Eles se atêm à específica matéria constitucionalmente relevante (economia, administração pública, matrimônio e família), da qual traçam, frequentemente, os grandes rumos disciplinadores. Embora previsto no texto constitucional, seu conteúdo se revela heterogêneo e, por isso, não exatamente característicos do Direito Penal; impõem-se tanto ao legislador civil, ou administrativo, como ao penal que intervier.

Demarcando a construção punitiva, se passou ao aperfeiçoamento teórico, retirando da Constituição concretas consequências subordinantes do poder criminalizador. Sendo assim, as teorias que vinculam bem jurídico e Constituição são bem variáveis, pois umas apresentam uma relação flexível com o texto constitucional e outras apresentam

uma relação mais estrita. Dessa estrutura teórica, procede a uma maior ou menor restrição ao poder de punir do Estado.

Aos olhos de Evandro Pelarin (2002, p.129):

Ressalte-se porém que, por um outro ângulo, os princípios básicos do Direito Penal, ligados à interpretação constitucional de caráter geral, exprimem uma postura descriminalizante, enquanto os influentes em matéria penal apontam um novo dimensionamento do Direito Penal, ao encontro da tutela de valores constitucionais reputados penalmente relevantes.

A partir dessa organização principiológica, capaz de dar uma conceituação de bem jurídico-penal, pode-se retirar da Constituição consequências subordinantes e concretas do poder criminalizador.

Em uma visão mais estrita do que seria o bem jurídico penal, mas sem se distanciar da principiologia constitucional, esse conceito pode ser conceituado de duas formas, conforme tratar-se de bem tutelado pelo Direito Penal ou não. Na visão mais genérica do que seria bem jurídico, desponta a dicção da lição de Bianchi, Molina e Gomes (2013, p.232):

[...] é o bem relevante para o indivíduo ou para a comunidade (quando comunitário não se pode perder de vista, mesmo assim, sua individualidade, ou seja, o bem comunitário deve ser também importante para o desenvolvimento da individualidade da pessoa) que, quando apresenta grande significação social, pode e deve ser protegido juridicamente. A vida, a honra, o patrimônio, a liberdade sexual, o meio-ambiente etc. são bens existenciais de grande relevância para o indivíduo.

Não menos importante, segue a eminente conceituação do jurista Bitencourt (2012, p.38) como sendo “[...] bens vitais da sociedade e do indivíduo, que merecem proteção legal exatamente em razão de sua significação social. [...] A soma dos bens jurídicos constitui, afinal, a *ordem social*”.

Já no tocante ao significado de bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, os mesmo autores acima bem o definem como sendo aquele que

[...] compreende os bens existenciais (pessoais) valorados positivamente pelo Direito e protegidos dentro e nos limites de uma determinada relação social conflitiva por uma norma penal (bem jurídico-penal = bem existencial + valoração positiva + tutela por uma norma penal). Sendo certo que a norma penal somente tutela o bem no contexto de uma relação conflitiva. (BIANCHI, MOLINA E GOMES, 2013, p. 233)

Por fim, tecidas essas considerações sobre o bem jurídico tanto na ótica constitucional quanto na estrita, passa-se a analisar as teorias que sustentam a positivação e proteção desses bens.

1.1 Teoria Constitucionalista:

Grande é o número de doutrinadores que sustentam a Constituição como a referência de maior capacidade para que a teoria do bem jurídico cumpra uma crítica função e agindo como forma limitadora do *ius puniendi*.

Parece ser fora de dúvida que a Constituição tem como concepção de delito quando há uma ofensa a um bem jurídico, como também consagra o princípio da ofensividade. Aliás, é desse raciocínio que se pode partir para o desenvolvimento da teoria constitucionalista do delito.

Segundo Alice Bianchi, Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes (2009, p. 261):

O ponto de partida da tese de que a Constituição exerce direta influência no conteúdo das normas penais consiste em considerar que os valores fundamentais constitucionalizados constituem os elementos axiológicos, de natureza ético-jurídica, que conferem unidade, fundamento e legitimidade ao conjunto da ordem jurídico-política da comunidade. São valores que estão em permanente inter-relação e que acabam conformando um autêntico sistema axiológico constitucional, vertebrado ao redor do valor-síntese que é o da dignidade da pessoa humana.

A Constituição material assim chamada, exatamente por se tratar de conteúdos essenciais (substanciais) e por ter baseada na pessoa e em seus direitos fundamentais a estrutura da realidade jurídico-política do Estado, conta com interpretativa eficácia que incontestavelmente se amplia a todo o ordenamento jurídico.

O sistema de valores (axiológico) subscrito pelo preceito fundamental do Estado supõe um referência verdadeira material para toda norma que integra o ordenamento jurídico. A interpretação e construção de cada componente normativo devem ser conduzidas pela condição incontestável de que o teor das normas referidas, incluindo-se as penais, com certeza se ajuste, para que tenha validade material ao atributo no campo de valores que, em definitivo estabelece o verdadeiro significado e alcance do texto da Constituição.

O jurista Luiz Regis Prado (2014, p.73-74), define: “A noção de bem jurídico implica a realização de um juízo de positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano.”

Pensando dessa forma, os bens que são suscetíveis a proteção penal podem ser citados como exemplo, os direitos constitucionais do cidadão, os valores que são tutelados objetivamente e outros que vão se inserindo no ciclo de garantias do Estado

Democrático e Social de Direito ou que lhes tem conexão. Basicamente, o critério como ponto de partida para deduzir um contexto valorativo deve ser os princípios constitucionais que são reconhecidos como fundamentais para a ordem social e política.

Nesse modo, a natureza do bem jurídico constitucionalmente falando, analisa por último se há ou não possibilidade de tutela, sendo que o significado de transgressão determina a medida certa que corresponde na escala de valores.

Mais uma vez palavras de Regis Prado (2014, p.89):

A Constituição, sobretudo em uma sociedade democrática, há de ser o ponto jurídico-político de referência primeiro em tema de injusto penal - reduzido às margens da estrita necessidade – como afirmação do indispensável liame material entre o bem jurídico e os valores constitucionais, amplamente considerados.

Daí se mostra importante a coerência entre o bem tutelado penalmente e os valores fundamentais. Para fins constitucionais, a desproporção entre bem jurídico e medida/espécie de pena, encontra sua oposição nas normas que sustentam a igualdade e a justiça no sentido substancial, a partir do instante em que uma sanção sem proporção seria uma evidente e clara injustiça contra os dois princípios.

Os doutrinadores Alice Bianchi, Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes (2009, p.270), dizem que:

Não há como deixar de admitir, por conseguinte, a presença de alguns limites materiais na atividade criminalizadora do Estado, é dizer, na hora de se decidir sobre o âmbito do jurídico-penalmente relevante ou no momento de revisá-lo, é indispensável que se considere a relevância constitucional do bem jurídico. Aliás, além disso, também é fundamental constatar a importância social do bem jurídico, além de sua pertinência pessoal (ou individual).

Portanto, o legislador, além de respeitar certos limites em sua atividade incriminadora, sendo estes limites negativos, encontra algumas barreiras criadas pelas proibições constitucionais, sejam elas implícitas ou explícitas de incriminação.

2. Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos:

Uma missão importantíssima que o Direito Penal tem, é a proteção dos bens jurídicos. Reconhecida também pelo pensamento moderno como o alvo primordial do Direito Penal, essencial ao indivíduo e à comunidade.

É de tamanha importância, pois não existe delito sem que haja lesão a um bem jurídico ou um perigo de lesão a ele.

Com influência da doutrina italiana, esse aspecto de ofensa ou lesão costuma ser denominado como princípio da *ofensividade* ou da *lesividade*. Apesar disso, convém salientar que o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos age nas fases legislativas, quando da criação do injusto e judicial quando da aplicação da lei penal. Significa, portanto, o abrigo da exigência de que tanto a figura delitiva quanto a conduta do agente acarreta uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido.

Disso ressalta que o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos abarca a ideia de lesividade ou ofensividade, visto que a lesividade é inata ao delito que necessitadamente há de supor uma lesão ou perigo de lesão a um determinado bem jurídico.

É interessante observar também, que a noção de perigo de ofensa ou ofensa é passível de escala, sendo a maior ou a menor, ou seja, grave, média ou leve, não podendo se tratar de um conceito absoluto.

Sob esse ponto de vista, a tutela penal só é válida quando for socialmente necessária (princípio da necessidade), essencial para garantir as condições de vida, a paz social e o desenvolvimento, levando em conta os parâmetros superiores da dignidade e da liberdade da pessoa humana. Enfatizando que, é muito melhor prevenir os crimes do que puni-los.

Luiz Regis Prado (2014, p. 147), em sua obra sobre a parte geral do Código Penal, explicita que "O bem jurídico, como bem do direito, conjuga o individual e o social (de natureza material ou espiritual) e tem suficiente importância para manter a livre convivência social."

O conceito de bem jurídico materialmente falando, reside nas experiências sociais, sobre a qual recaem juízos de valor, primeiro pelo constituinte e depois pelo legislador ordinário. Trata-se de um conceito precisamente valorado e relativo, ou seja, válido para determinado momento histórico-cultural e para um determinado sistema social.

Para defini-lo, o legislador deve sempre observar as diretrizes da Constituição e os seus valores, em razão da limitação da tutela penal. Portanto, deve ser encontrado na norma constitucional as linhas prioritárias para a incriminação ou não de condutas. Só dessa forma a noção de bem jurídico pode colocar em prática uma função restritiva verdadeiramente.

Voltando a falar do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, nota-se que uma das mais importantes missões ou finalidades do Direito Penal é configurar um

sistema que possa tutelar o indivíduo perante as agressões de outros indivíduos e até mesmo diante da intervenção do Estado através da proteção dos bens jurídicos mais essenciais da pessoa, para assim, poder desenvolver sua personalidade e realizar sua vida em comunidade.

Essa premissa é hoje totalmente majoritária, principalmente no direito pátrio, pois essa missão que trata da tutela de bens jurídicos, além de construir uma garantia necessária do Direito Penal, também surge como uma das primordiais proposições de um programa político-criminal de um Estado democrático de Direito, que seja fundado em valores essenciais, conforme a concepção de que o Estado deve estar em função da pessoa e não a serviço dos que governam ou obtém o poder.

O que foi dito acima, não podendo ser de outra forma, revela o núcleo primordial do denominado princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, que ao lado de muitos outros princípios fundamentais, detém a função de limitar o *ius puniendi* do Estado.

O papel do Direito Penal tampouco é proteger todos os bens jurídicos considerados importantes, admitindo-se, porém, que o Direito Penal é o último meio de que deve se utilizar para a proteção de bens jurídicos, ou seja, se valer dele como a *ultima ratio*.

Assim, decorrem outros princípios como o da intervenção mínima e o da insignificância que também estão na seara da exclusiva proteção dos bens jurídicos feita pelo Direito Penal. Embora haja tipificação para determinadas condutas, pode o juiz em face de algumas condições deixar de aplicar a lei penal por não haver ofensa digna de mover o braço forte estatal, que é o Direito Penal.

Os autores Alice Bianchi, Antonio García-Pablos e Luiz Flávio Gomes (2009, p 232) sabiamente mencionam:

[...] a função que cumpre o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos (de impedir que o Estado venha a utilizar o Direito Penal para a proteção de bens que não contam com legitimidade para isso), conclui-se, no que diz respeito à sua natureza jurídica, que ele constitui (mais) uma barreira – um limite material ao Direito punitivo estatal, que já não está autorizado, por intermédio de uma criminalização, a tipificar meras atitudes morais ou éticas das pessoas (enquanto tais).

O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos está ligado, na verdade, com o denominado Direito Penal do fato, ou seja, onde cada um deve ser responsabilizado pelo o que faz e não pelo o que pensa ou é.

3. Delitos de Perigo e Delitos de Dano:

Devido aos princípios jurídicos penais e constitucionais já expostos - a intervenção mínima, ofensividade, fragmentariedade, dentre outros -, há significativa influência na classificação dos delitos, pois a forma que eles atingem os bens tutelados determinará se a conduta tipificada se coaduna de acordo com cada classificação e aceção principiológica da proteção desses bens.

Classicamente os delitos são classificados em delito de resultado ou material, aquele que para a sua configuração é necessária a ocorrência de um resultado material naturalístico previsto no tipo; delito formal que para sua configuração o tipo prevê um resultado, embora não seja necessário para sua caracterização; e delito de mera conduta que para configurar basta o agente praticar a conduta prevista no tipo que já se configura, não cabendo nesses delitos a tentativa.

A título de exemplificação, o art. 121 do CP – matar alguém – é delito material, haja vista para sua caracterização o resultado morte ser necessário. O art. 317 do CP – corrupção passiva – é na sua forma simples delito formal, pois para sua configuração basta o agente solicitar, aceitar ou receber vantagem indevida, independentemente se essa vantagem será efetivamente recebida pelo agente. O art. 150 do CP – violação de domicílio – é exemplo de delito de mera conduta já que “[...] o comportamento exaure o conteúdo do tipo legal, isto é, a sua simples realização consuma o delito. Esta espécie delitiva carece do resultado como elemento objetivo do tipo (natural ou material)” (PRADO, 2014, p.237).

Conforme a lição acima, observa-se que o jurista ainda subdivide o delito de resultado de acordo com a teoria que se adota, seja ela naturalística ou jurídica. Assim Luiz Regis Prado (2014, p.237) preleciona:

Teoria naturalística: resultado vem a ser o efeito natural da conduta previsto no tipo, ligado pelo nexo de causalidade. Admite a distinção entre delitos de resultado e delitos de mera conduta. Teoria jurídica: resultado é efeito da conduta que lesa ou põe em perigo o objeto protegido pela norma penal.

Contudo, superada essa classificação clássica, atualmente a doutrina avançou em analisar os delitos sob o prisma constitucional seguindo os princípios já expostos, para posteriormente chegar à conclusão se o crime realmente lesa o bem jurídico tutelado e se deve ser levado adiante pelos órgãos de persecução penal. Simplesmente, porque condutas que não lesam nenhum bem jurídico, por qualquer forma, não tem relevância para o Direito Penal, ainda que o legislador tenha se distanciado desses princípios e tipificados condutas inócuas.

Com a moderna doutrina penalista surgem novas classificações que serão analisadas a seguir, ponderando sempre a principiologia penal-constitucional.

3.1 Delitos de Perigo:

De antemão tem que se observar que a doutrina desdobra os delitos de perigo em abstrato e concreto, que serão adiante explicitados. Por ora, a análise será do delito de perigo com seu antagônico delito de dano, próximo item do trabalho.

Ressalta-se que os doutrinadores ainda que apontem alguma diferença terminológica entre delito e crime, a autora deste trabalho doravante utilizará dos termos como sinônimos.

Na lição do jurista Rogério Greco (2009, p.196), definindo o delito de perigo:

[...] crimes de perigo, que podem ser subdivididos em perigo abstrato e perigo concreto, constituem uma antecipação da punição levada a efeito pelo legislador, a fim de que o mal maior, consubstanciado no dano, seja evitado. Assim, podemos dizer que, punindo-se um comportamento entendido como perigoso, procura-se evitar a ocorrência do dano.

Ainda no mesmo sentido de subdividir o delito de perigo em abstrato e concreto, Luiz Regis Prado (2014, p.31-32) assim o define: “[...] delitos de perigo: basta a existência de uma situação de perigo – lesão potencial. Dividem-se em: delito de perigo concreto [...] e delito de perigo abstrato”.

O conceito de perigo para o Direito Penal, segundo Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p.50) é: “que expõem a perigo um bem jurídico tutelado pela lei penal, ou seja, cujo preceito de não turbação ao bem jurídico tenha por consequência uma pena”.

Esse autor busca nos registros históricos de como o conceito de perigo para o Direito Penal foi surgindo ao longo do tempo. Ele buscou um brilhante exemplo de uma incriminação que havia na Roma antiga, “[...] que incriminava o fato de colocar-se um vasilhame sobre o peitoril da janela, ainda que não ocorresse lesão aos transeuntes” (SILVA, 2003, p.50).

Logo, é possível perceber que a tipificação de condutas, ainda que não gerasse um dano em concreto, já era desde tempos antigos uma forma de evitar que o bem fosse lesado, isto é, um eminente caráter preventivo.

Com isso a noção de perigo foi sendo desenvolvida pelas codificações penais, e atualmente a doutrina moderna muito se debate acerca desse tema, pois como se verá adiante, nem sempre os delitos de perigo estão em consonância com o atual estágio do bem jurídico penal e constitucional conforme seus princípios.

Seguindo em mais alguns conceitos sobre os crimes de perigo, ainda sem adentrar na sua subdivisão, são assim conceituados por renomados juristas penalistas. Para Júlio Fabbrini Mirabete (2007, p.124) “[...] nos crimes de perigo, o delito consuma-se com o simples perigo criado para o bem jurídico”, e para Fernando Capez (2005, p.261) os crimes de perigo “para a consumação, basta a possibilidade de dano, ou seja, a exposição do bem a perigo de dano”.

3.2 Delitos de Dano:

Conforme já mencionado, o delito de perigo tem seu contraposto o delito de dano, pois o primeiro a norma não exige uma lesão efetiva do bem jurídico tutelado, já no segundo para a configuração do delito é necessária a efetiva lesão ao bem de forma que o próprio tipo penal traça um resultado, seja naturalístico ou jurídico.

O jurista Luiz Regis Prado (2010, p.240), define de forma sucinta o que é o delito de dano, mas utilizando a expressão delito de lesão de forma sinônima, assim para esse autor, “delito de lesão: a conduta delitativa provoca um dano concreto ou material. Trata-se de uma especificação do delito de resultado”.

O exemplo emblemático de delito de dano seria o próprio art. 163 do CP, capitulado como crime de dano, que para sua devida configuração o agente deverá destruir, inutilizar ou deteriorar a coisa alheia. Nesse caso, o bem jurídico tutelado é o patrimônio, assim somente mediante uma constatação de que o bem patrimonial sofreu alguma avaria de alguma ordem, que esse delito será caracterizado.

Outro exemplo de delito de dano é o art. 121 do CP – matar alguém – em quem o bem jurídico protegido é a vida, e caso o agente intente contra esse bem vindo a tirar a vida de alguém, o resultado morte é o dano que o tipo penal prevê para sua configuração.

Como se pode observar, o delito de dano tem uma forte ligação com o delito de resultado, ou seja, necessita-se de um resultado naturalístico ou material para que o crime se configure, e esse resultado é indissociável ligado ao dano ao bem jurídico protegido pena norma penal.

O art. 158 do CPP a seguir transcrito: “Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”, fica evidente que isso se relaciona aos delitos de dano, pois somente com o exame de corpo de delito verifica-se se houve o efetivo dano ao bem

jurídico. Portanto, para a justa causa para a ação penal dos delitos de danos é necessário o que dispõe esse artigo do CPP.

3.3 Delitos de Perigo Concreto:

Os delitos de perigo concreto são aqueles que embora não haja uma previsão de um dano ou resultado necessário para a sua configuração, o tipo penal prevê algo concreto que deverá ocorrer para que a conduta seja tipificada como delito de perigo concreto. O exemplo clássico da doutrina é o crime de incêndio previsto art. 250 do CP: “Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem”. Nesse delito, o próprio tipo penal prevê o perigo que a conduta deverá provocar para que o delito seja caracterizado, ou seja, além do incêndio deve-se expor a perigo a vida, integridade física ou o patrimônio de outrem, sendo esse o fato concreto do perigo.

Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p.68), que muito se dedicou a analisar os delitos de perigo concreto e abstrato, define o delito de perigo concreto:

Crime de perigo concreto é aquele segundo o qual, para o aperfeiçoamento do tipo, exige-se a verificação efetiva do perigo, devendo este ser constatado caso a caso. No delito que se cuida, consoante quase totalidade da doutrina, o perigo é indicado no modelo legal, ou seja, constitui elemento do tipo.

Por fim, ainda seguindo o entendimento, Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p.71), conclui:

Em suma, os crimes de perigo concreto caracterizam-se pela exigência de constatar-se o perigo caso a caso e, como afirmarmos, têm em regra o perigo indicado no tipo. Em certos casos, mesmo que o perigo não esteja indicado no tipo de forma expressa e este seja impreciso, aberto, não poderá configurar crime de perigo abstrato. Ou seja, ausente a taxatividade, dever-se-á, para adequar-se às exigências constitucionais, e para que a legitimidade não reste arranhada, considerar a infração penal como sendo de perigo concreto.

O mesmo autor Silva (2003, p.71) ainda indica em sua obra que há doutrinadores que não aceitam a expressão “crimes de perigo” preferindo a expressão “crime de perigo efetivo”. E continua Silva (2003, p.72) “porém, o legislador formula alguns tipos em que o perigo deve ser demonstrado vez a vez e outros em que o perigo é presumido”.

3.4 Delitos de Perigo Abstrato:

Os delitos de perigo abstrato são assim definidos, segundo Renata Carvalho Derzié Luz (2012, p.2):

Os crimes de perigo abstrato ou presumido são aqueles cujo perigo é insito na conduta e presumido, segundo a doutrina majoritária, juris et de jure. Eles prescindem da comprovação da existência da situação em que se colocou em perigo o bem jurídico protegido.

Então o legislador descreve uma conduta e traça implicitamente um perigo que aquela conduta poderia causar, mas para a tipificação não precisa especificar nenhum dano. Ou seja, a norma penal não pede um dano efetivo ou pelo menos em potencial. A conduta por si só, elevada a *status* criminal, é suficiente para incriminar o agente que pratica os atos ali descritos.

Há autores que entendem ser essa espécie de delito como um delito de dano presumido. Mas, continua a mesma autora Luz (2012, p.2) que “No entanto, como regra, os delitos de perigo abstrato devem manter a presunção absoluta, pressupondo que estejam adequadamente tipificados”.

Porque em se tratando de delitos de danos presumidos, aqueles que defendem sua constitucionalidade, pelo menos admitem que possam haver prova em contrário, isto é, o agente acusado pode demonstrar nos autos que a sua conduta, embora de delito de perigo abstrato, no caso não houve sequer uma lesão mínima ao bem jurídico tutelado, impondo-lhe sua absolvição.

Deste modo, relativizando o perigo abstrato, o jurista Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p.77-78) defende que

[...] de crime de perigo abstrato, em que o perigo é (deve ser) insito na conduta, hipótese verdadeiramente possível de presunção relativa ocorre quando o legislador, de forma equivocada, empreende uma tipificação sem atender ao bom senso e à natureza da ação criando um modelo de perigo abstrato de forma artificial, ou seja, em situações nas quais o perigo não é, no plano da realidade, inerente à conduta. Noutras palavras, o delito se ajustaria a um modelo de perigo concreto em que o perigo poderá ocorrer ao desencadear a conduta, mas não necessariamente ocorre, e o exemplo mais esclarecedor é o do avanço do semáforo vermelho.

Já no acaloramento das discussões sobre a inconstitucionalidade dos delitos de perigo abstrato, a doutrina e a jurisprudência se dividem, mas por ora, a linha de argumentação que será defendida é no sentido da constitucionalidade apoiada inclusive pela jurisprudência dos tribunais superiores, sobretudo do STF. Pierpaolo Cruz Bottini (2012) preleciona em seu artigo:

[...] os crimes de perigo abstrato são legítimos e constitucionais, desde que o magistrado se certifique de que, no caso concreto, aquele comportamento

específico tinha *potencialidade* para lesionar ou colocar em risco o bem jurídico protegido pela norma penal, que não era *absolutamente inócuo*.

E por fim, sedimentando o entendimento sobre a constitucionalidade dos delitos de perigo abstrato, seguindo parte da doutrina, Bottini (2012) arremata que "a materialidade dos delitos de perigo abstrato reside na *periculosidade* da ação, e propõe até a substituição de sua denominação, que passariam a ser designados como tipos de *periculosidade*."

Há entendimento firmado do STF de que não se podem erradicar os delitos de perigo abstratos, já que foi opção do legislador baseada em princípios modernos e legitimadores, embora o STJ já aponta alguma divergência mas de modo ainda sem maior significância. Segue o acórdão do STF corroborando a tese da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato:

CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional. (HC 102087 do STF)

Ainda que no caso acima seja sobre arma de fogo, trata-se de um excelente exemplo em que a potencialidade lesiva da conduta pode macular o bem jurídico, mesmo que no caso prático não tenha existido um resultado naturalístico. O mesmo ocorre com a embriaguez ao volante, que basta o condutor estar sob efeito de álcool ou substância de efeito análogo que configura o potencial lesivo da conduta em por em risco o bem jurídico da segurança viária e integralidade física própria ou alheia.

Considerações Finais:

No presente estudo, conseguiu-se compreender a importância do conceito de bem jurídico para o Direito Penal. É de suma importância determinar corretamente o bem jurídico, pois é através desta interpretação que se faz uma eficaz política-criminal, como também uma interpretação correta da norma penal.

O bem jurídico consegue desenvolver seu limite, pois antes de tudo, representa uma realidade em si mesmo, cujo conteúdo não depende do juízo do legislador, justamente por ter um valor social preexistente, não podendo ser criado por norma, mas sim por um contexto da realidade humana.

É uma consideração importante a relação que a Constituição tem com o Direito Penal, pode-se observar que se trata de um alicerce para a proteção do bem jurídico, partindo da ideia de poder limitar a atividade do Estado na preservação e proteção de bens jurídicos, sempre colocando em ênfase o Princípio da Exclusiva Proteção de Bens Jurídicos.

Então, feita a análise, conclui-se que a sociedade moderna demanda novas formas de proteção dos seus interesses, sendo que nesse contexto, à luz da Constituição Federal de 1988, o legislador lança mão das tipificações dos crimes de perigo abstratos, dentro dos limitadores princípios do direito constitucional-penal, a fim de buscar a harmonia e pacificação social.

Referências:

BIANCHINI, Alice. MOLINA, Antonio García-Pablos de. GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013. – (coleção ciências criminais; v. 1./ coordenação Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches Cunha).

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta**. Consultor Jurídico, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstrato-nao-sao-mera-conduta>>. Acesso em: 20 jun. de 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: vol. 01. parte geral**. 18ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Legislação penal especial: vol. 1. 6ª Ed.** – São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal: vol. 01. parte geral**. 24ª Ed. São Paulo. Atlas. 2007.

NASCIMENTO, Artur Gustavo Azevedo. **Política criminal e eleição dos bens jurídicos**. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1026. Acesso em: 02 jul. 2018

PELARIN, Evandro. **Bem jurídico – penal**: um debate sobre a descriminalização. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. v. 1: parte geral, arts. 1º a 120 - 10 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed Revista dos Tribunais, 2010.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Porto Alegre: Fábris Editor, 1989.

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