

PRINCÍPIO DA LESIVIDADE E OS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO

Deminis Sevilha SALVUCCI¹
Jurandir José dos SANTOS²

RESUMO: é certo que a missão do Direito Penal é salvaguardar os bens jurídicos mais importantes para o corpo social, surgindo daí o princípio da lesividade, ofensividade ou da exclusiva proteção de bens jurídicos, de sorte que não há crime sem lesão ou perigo de lesão de bens jurídicos. Nada obstante, os chamados delitos de perigo abstrato são legítimos, salvo se demonstrado, no caso concreto, que a conduta era, desde o primeiro momento, absolutamente incapaz de expor a perigo o bem jurídico-penal tutelado.

Palavras-chave: Princípio da lesividade. Bem Jurídico. Crimes de perigo abstrato.

1 INTRODUÇÃO

Frente ao princípio da lesividade que estabelece que o Direito Penal só pode atuar para punir condutas que efetivamente tenham atacado o bem jurídico tutelado ou colocado à exposição de um perigo relevante, alguns doutrinadores ergueram-se de forma contrária à existência dos tipos penais de perigo abstrato no ordenamento jurídico.

Todavia, em algumas situações, o legislador, entendendo que determinado bem jurídico, tendo em vista sua importância ou resultado catastrófico que ocorreria com sua efetiva perda, se antecipa e cria tipos penais como forma de proteção antecipada destes bens jurídicos: são os denominados delitos de perigo.

O que será exposto no presente trabalho é que não se duvida que é legítima a tutela penal antecipada por meio dos tipos de perigo concreto e abstrato,

¹ O autor é discente do 5º ano do Curso de Direito nas Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. Estagiário do Ministério Público Federal, Procuradoria da República em Presidente Prudente/SP. *E-mail:* deminis@bol.com.br

² Orientador: Promotor de Justiça em Presidente Prudente-SP e docente do Curso de Direito nas Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP.

salvo no último caso, onde reside grande divergência doutrinária que será observada a seguir.

2 CONCEITO DE BEM JURÍDICO PENAL

Importante salientar a importância da teoria do bem jurídico para o direito penal. O bem jurídico é o ponto fixo de todos os tipos penais. Para demonstrar tal afirmação, basta compulsar os manuais clássicos de Direito Penal, para aferir que no estudo de cada tipo penal da parte especial do Código Penal, os doutrinadores sempre apontam um tópico para tratar do *bem jurídico tutelado*. Pois, o bem jurídico tutelado é elemento sempre presente na estrutura de qualquer tipo penal.

Luiz Luisi (1987, p. 50) assevera que “os bens jurídicos estão na base da criação dos tipos penais. Esta resulta da necessidade de proteção daqueles bens indispensáveis ao convívio ordenado dos homens”.

Portanto, importante fixar alguns conceitos tratados pela doutrina penal moderna.

Segundo Muñoz Conde (2004, p. 59) “Bens jurídicos são aqueles pressupostos que a pessoa necessita para sua auto-realização e o desenvolvimento de sua personalidade na vida social”.

Referido autor, ainda, busca diferenciar os bens jurídicos individuais e coletivos. Sendo os bens jurídicos individuais aqueles que afetam diretamente o indivíduo (a vida, a honra, a liberdade, o patrimônio, etc.).

De outro lado, existiriam os bens jurídicos coletivos, que são aqueles bens que afetam a sociedade como tal. Estes bens jurídicos coletivos seriam, por exemplo, a saúde pública, o meio ambiente, a seguridade social, a organização política, o sistema financeiro, entre outros.

Jescheck (2002, p. 8) dá a idéia de bem jurídico como sendo aqueles “bens vitais que são imprescindíveis para a convivência das pessoas na coletividade

e que, por isso, devem ser protegidos através da coação estatal mediante o recurso da pena pública”.

Roxin (2003, p.56), de seu turno, assevera que “Bens jurídicos são circunstâncias ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento em um quadro de um sistema social global estruturado sobre a base da concepção dos fins para o funcionamento do próprio sistema”.

Interessante também é o conceito delineado por Zaffaroni e Pierangeli (1997, p. 464) que define que o “bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam”.

Na doutrina pátria podemos citar o respeitável conceito de Heleno Cláudio Fragoso (1994, p.265) segundo o qual o “bem jurídico é um bem protegido pelo direito: é, portanto, um valor da vida humana que o direito reconhece, e a cuja preservação é disposta a norma jurídica”; Magalhães Noronha (1998, p. 115) define bem jurídico como “o bem-interesse protegido pela norma”; Francisco de Assis Toledo (1991, p. 16) por sua vez, assevera que “bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas” e Luiz Flávio Gomes (2002 p. 115) assenta que “bem jurídico, assim, não é nada mais que a expressão normativa de uma relação social conflitiva. É uma realidade ontológica preexistente”.

Destarte, podemos afirmar que bem jurídico-penal são aqueles valores imprescindíveis, extraídos da Constituição, para o desenvolvimento do ser humano e da sociedade, que devido sua importância, merece a tutela penal, sem a qual a sociedade e o indivíduo sucumbiriam.³

Registre-se, então, que somente é justificável a aplicação do direito penal quando imprescindível para assegurar as melhores condições de vida, o desenvolvimento dos cidadãos, a paz pública, o meio ambiente hígido e todos aqueles valores essenciais, tendo em vista que o direito penal sempre restringe o bem maior da liberdade individual. E aí não entra os valores morais e religiosos.

³ Nesse contexto é interessante observar a colocação feita por Nilo Batista (2005, p. 20) que citando Von Liszt apregoa que uma das finalidades do direito penal é a de evitar que se “prorrompa a guerra de todos contra todos”.

Ademais, a criminalização para estar legitimada, deverá ofender aqueles valores que a Lei Magna considerar essenciais.

3 O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE COMO GARANTIDOR DO DIREITO PENAL MÍNIMO

Importante destacar que existem três concepções sobre a atuação do direito penal na vida das pessoas. A corrente da “Lei e Ordem”, adotada principalmente nos países norte-americanos, ostenta a idéia da atuação máxima do direito penal com penas severas; a corrente abolicionista que pugna pela extinção do direito penal, eis que a defesa de bens jurídicos poderia ser buscada em outros ramos do direito, menos severos; a última e intermediária corrente é a do direito penal mínimo cuja idéia principal é que o direito penal é mesmo um mal necessário, todavia, inevitável pra proteger os bens mais socialmente relevantes.

Entre nós é venerada a idéia minimalista que, por sua vez, advoga que para racionalizar e minimizar a atuação do sistema repressivo por excelência é que foi formulada a teoria do bem jurídico penal, de sorte que o Estado só tem legitimidade para exercer o *jus puniendi* quando se vê diante de uma conduta que lesionou um bem jurídico ou o expôs em perigo de lesão.

Daí surge o adágio *nullum crimen sine injuria* – não há crime sem lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico relevante. Por isso se diz que “a lei penal tem o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais apresentados por estes efeitos lesivos e somente eles podem justificar o custo das penas e proibições. Não se pode e nem se deve pedir mais ao direito penal” (FERRAJOLI, 2002, p. 372).

Depreende-se, portanto, que pelo princípio da lesividade, ofensividade ou da exclusiva proteção de bens jurídicos exsurge a idéia de que a missão do direito penal em um Estado Democrático de Direito é tão-somente salvaguardar aqueles bens extremamente relevantes para a vida social – não há crime sem lesão a um bem jurídico. Destarte, exige-se uma valoração da conduta e não somente um

mera visão formal dela, ou seja, deve-se ter em mente o conceito material de delito e não apenas o conceito formal.

Assim, não basta que uma conduta se amolde a um tipo penal como mera infração ao dever imperativo revelado no preceito primário, mas também é necessário que a conduta lesione um bem jurídico tutelado pela norma penal. Por isso é escorreita a afirmação de Luiz Flávio Gomes (2002, p. 28): “O delito, não pode ser concebido como mera desobediência ou simples infração de um dever (simples violação do aspecto imperativo da norma). Delito é sempre uma violação a direitos de outrem”.

4 O PRINCÍPIO DA LESIVIDADE E OS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO

Questão assaz é referente a legitimidade dos chamados crimes de perigo abstrato. Primeiramente, contudo, urge consignar que, na classificação dos tipos penais, segundo a intensidade do mal visado pela conduta, os tipos podem ser de dano ou de perigo.

Nos tipos de dano “exige-se uma lesão efetiva ao bem jurídico” (PRADO, 2002, p. 210). Segundo Flávio Augusto Monteiro de Barros (2003, p. 129) “os crimes de dano ou de lesão são os que só se consumam com a perda real do bem jurídico. Exemplos: homicídio, lesão corporal, furto, dano, etc”.

Por outro lado, os tipos penais podem ser considerados como tipos de perigo que, por sua vez, dividem-se em tipos de perigo concreto e tipos de perigo abstrato.

Leciona Damásio (2001, p. 189) que o crime de perigo concreto “é o que precisa ser provado (...) O perigo, no caso, não é presumido, mas, ao contrário, precisa ser investigado e comprovado”. No mesmo sentido é o ensinamento de Luiz Regis Prado (2002, p. 210), no sentido que nos crimes de perigo concreto “o perigo integra o tipo como elemento normativo, de modo que o delito só se consuma com a sua real ocorrência par ao bem jurídico, isto é, o perigo deve ser efetivamente comprovado”. De seu turno, afirma Mir Puig (2005, p. 233) que nos crimes de perigo

concreto “requer expressamente a lei a criação de uma efetiva situação de perigo (resultado de perigo)”.

Com relação aos delitos de perigo abstrato, Luiz Regis Prado (2002, p. 210) leciona que “o perigo constitui unicamente a *ratio legis*, inerente à ação, não necessitando de comprovação”. Flávio Augusto Monteiro de Barros (2003, p. 129) alega que “há, pois, uma presunção *juris et de jure* de que de determinada conduta advém uma situação de perigo”. Juarez Cirino (2005, p. 40) assevera que nos tipos de perigo abstrato “a presunção de perigo da ação para o objeto de proteção é suficiente para sua penalização, independente da produção real de perigo para o bem jurídico protegido”.

Muito elucidativo é o magistério de Mir Puig que propõe a diferenciação entre os tipos de perigo concreto e abstrato. Para o referido autor (2005, p. 234) “nos delitos de perigo concreto o tipo requer como resultado da ação a proximidade de uma concreta lesão”, ou seja, que a ação estava a ponto de causar uma lesão a um bem jurídico determinado. Em seguida, Mir Puig leciona que, com relação aos delitos de perigo abstrato “não se exige tal resultado de proximidade de uma lesão de um concreto bem jurídico, bastando a periculosidade da conduta”.

Os delitos de perigo são na verdade instrumentos da antecipação da tutela penal, isto é, tendo em vista a relevância de determinados bens jurídicos o legislador busca antecipar sua proteção com os tipos de perigo.

Feita estas preliminares observações, parece existir na doutrina penal moderna três correntes acerca da legitimidade dos chamados delitos de perigo abstrato, uma vez que a controvérsia reside no contexto de que a punição nesses tipos penais se sustenta na periculosidade da conduta sem, contudo, afetar o bem jurídico tutelado. Haveria, então, ofensa ao princípio da lesividade?

Há forte corrente doutrinária que aponta a inconstitucionalidade dos delitos de perigo abstrato. Nesse sentido, Ferrajoli (2002, p. 383) diz que “estes tipos [os de perigo abstrato] deveriam ser reestruturados, sobre a base do princípio da lesividade, como delitos de lesão, ou, pelo menos, de perigo concreto”.

Cezar Bitencourt (2006, p. 22) afirma que, em razão do princípio da lesividade, “são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato”.

Segundo ele “somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado”.

Segue no mesmo sentido Luiz Flávio Gomes (2002, p. 35) que, tendo em vista o princípio da lesividade, assevera “que está vedada a possibilidade de o legislador configurar o delito como uma mera desobediência ou simples infração da norma ou mesmo como simples desvalor da ação (é o que se dá no perigo abstrato)”.

Ferrenha também é a crítica de Alice Bianchini (2002, p. 64-72), no sentido de que os delitos de perigo abstrato ofendem os princípios da lesividade, da dignidade da pessoa humana e da culpabilidade. Segundo a autora “na medida que o direito penal somente se deve reservar as condutas que mais gravemente ofendam bem de fundamental importância para a coexistência humana, a punição a título de perigo encontra-se ameaçada”. A citada autora afirma ainda a seguinte conclusão (2002, p. 68):

A existência concreta de perigo é, minimamente, o que se deve exigir da conduta criminalizada. Além disto, somente bem jurídico de elevada dignidade penal pode ser objeto de punição a tal título, sob pena de a criminalização da conduta representar um ato atentatório à dignidade do agente que eventualmente venha a sofrer a imposição de sanção por tê-la praticado.

De outro lado, há posicionamento favorável à tipicidade dos delitos de perigo abstrato, notadamente para proteção de bens jurídicos supra-individuais, tal como a saúde pública, a ordem econômica, meio ambiente, etc.

Em defesa dos tipos de perigo abstrato é a doutrina de Cerezo Mir. Para o autor (2006, p. 484) os delitos de perigo abstrato “se castigam certas condutas geralmente porque põe em perigo o bem jurídico. Se mantém, pois, uma conexão, ainda que de menor entidade, com o princípio da lesividade”. Segundo o autor, não teria sentido o direito penal tutelar o patrimônio e não tutelar os delitos contra a ordem socioeconômica, bem como não teria sentido tutelar a vida e a integridade física e, nada obstante, não incluir os delitos de tráfico de drogas e contra o meio ambiente.

Em tese de doutorado, Ângelo Roberto Ilha da Silva defendeu a legitimidade dos crimes de perigo abstrato, no sentido de que alguns bens jurídicos,

dada sua importância e em razão dos resultados catastróficos que um dano traria, fazem jus a uma tipicidade valorada pela conduta perigosa. Bem como Cerezo Mir, o autor defende tipos penais de perigo abstrato para tutela de bens jurídicos supra-individuais (2003, p. 101):

Assim, da mesma forma como ocorre nos crimes ambientais, os crimes econômicos apresentam bem sujeitos a ataques e que merecem ser preservados, e os crimes de perigo abstrato, por vezes, apresentam-se como o único recurso possível para empreender-se uma série e real tutela. Digase o mesmo da fé pública, quando o legislador incrimina o tipo de moeda falsa, da saúde pública, tutelada por meio da tipificação do narcotráfico, e assim por diante (...). O princípio da lesividade ou da ofensividade é, portanto, observado, sempre que o tipo penal tiver por finalidade proteger bens jurídicos, sendo que alguns, por suas características, tais como o meio ambiente, a ordem econômica, a fé pública e a saúde pública, entre outros, só podem ser, em certos casos, eficazmente tutelados de forma antecipada mediante tipos de perigo abstrato, seja em razão dos resultados catastróficos que um dano efetivo traria, seja pela irreversibilidade do bem ao estado anterior, seja pelo fato de não se poder mensurar o perigo imposto em certas circunstâncias, ou a inviabilidade de estabelecer o entrelaçamento entre múltiplas ações e um determinado resultado danoso nos moldes rigorosos do processo penal.

Segue na defesa dos tipos de perigo abstrato, notadamente nos crimes ambientais, Luiz Regis Prado, sendo que o autor assevera que (2005, p. 140) “tem-se como preferível a conformação dos preceitos penais ambientais, mormente os tipos básicos, como infrações de perigo abstrato”. Segundo o autor, com a utilização dos tipos de perigo abstrato “elide-se, destarte, o supracitado problema da causalidade dos comportamentos, que surge por ocasião da prova, evitando em muitos casos infundadas absolvições, lastreadas no *in dubio pro reo*, com reflexos na eficácia da lei penal”.

Existe ainda um terceiro posicionamento na doutrina penal moderna que embora defendam os tipos de perigo abstrato afirmam que existirá atipicidade da conduta quando se comprove, no caso concreto, a absoluta inoccorrência de perigo ao bem jurídico.

Nesta corrente, imperioso observar a lição de Mir Puig (2005, p. 234) onde afirma que “deixa de ter sentido castigar uma conduta cuja relevância penal provém da periculosidade que se supõe dela, quando tal periculosidade aparece como inexistente desde o primeiro momento”. Assim, para justificar os crimes de

perigo abstrato é necessário, efetivamente um perigo ao bem jurídico, por isso Mir Puig afirma que “Se a razão do castigo de todo delito de perigo (seja abstrato ou concreto) é sua periculosidade, sempre deverá exigir que não desapareça neles todo o perigo”.

Jescheck apóia esse pensamento. Para ele (2002, p. 283) “apesar de que a existência de um perigo concreto não pertença aos tipos de perigo abstrato, de conformidade com uma ampla opinião da doutrina, decai sua punibilidade se o perigo para o objeto jurídico estava absolutamente excluído”. Destarte, se houver uma prova contrária que evidencie uma inocuidade da conduta não há falar-se em crime.

Depreende-se que, para essa corrente, aquela presunção de perigo (nos tipos de perigo abstrato) é *juris tantum* e não *juris et de jure*, uma vez que cabe ao julgador descer ao caso concreto e verificar se realmente a conduta havia exposto perigo ao bem jurídico protegido. Parece que esta corrente é a que melhor atende a exigência básica do princípio da lesividade que determina que só há atuação do direito penal com a ofensa ou perigo de ofensa ao bem jurídico.

Para exemplificar esta terceira corrente, suponha o tipo do artigo 269 do Código Penal⁴, delito de omissão de notificação de doença, que trata-se de delito de perigo abstrato, uma vez que surge a responsabilidade penal pela omissão do médico em noticiar doença de notificação compulsória presumindo-se um resultado de perigo à saúde pública. Suponha, então, que existindo uma epidemia no local, deixe o médico de denunciar à autoridade tal doença⁵: não há falar-se em fato punível, haja vista que, desde o primeiro momento, é impossível colocar o bem jurídico (saúde pública) em perigo, uma vez que já se encontra afetado.

⁴ *in verbis*: “Art. 269. Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória”.

⁵ O exemplo é de Alice Bianchini (2002, p. 72) que o utiliza para criticar os tipos de perigo abstrato. Todavia, segundo a terceira orientação, tratar-se-ia de fato atípico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consoante acima observado, o princípio da lesividade exerce função de garantia do direito penal no Estado Democrático de Direito.

O direito penal só pode atuar frente a uma conduta que moleste o bem jurídico tutelado ou que tenha exposto a perigo de lesão, ou seja, só tem razão de ser o *jus puniendi* estatal para coibir aquelas condutas que lesionem de forma significativa aqueles bens imprescindíveis à sociedade e ao indivíduo (princípio da lesividade).

Considerando o referido princípio, com relação aos tipos penais de perigo abstrato existem três correntes de pensamento:

A primeira pugna pela inconstitucionalidade dos tipos penais de perigo abstrato, uma vez que, o legislador penal estaria repreendendo condutas que não afetariam qualquer bem jurídico, mas tão-somente punindo uma presunção de perigo.

A segunda corrente, como vimos, se ergue favorável em relação aos tipos penais de perigo abstrato, notadamente para a proteção de bens supra-individuais.

Uma terceira corrente, ao nosso ver a mais razoável, assevera que a tutela antecipada penal nos chamados crimes de perigo abstrato é legítima, desde que, diante do caso concreto, não fique demonstrado que a conduta era, desde o primeiro momento, absolutamente incapaz de expor a perigo o bem jurídico-penal tutelado.

BIBLIOGRAFIA

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal**: parte geral. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1.

CEREZO MIR, José. **Obras completas**: otros estudios. Lima: Ara Editores, 2006. v.2.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução: Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução: Miguel Olmedo Cardenete. 5 ed. rev. e ampl. Granada: Comares, 2001.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**: parte geral. 24 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. v.1.

LUISI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Fabris, 1987.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 7 ed. Buenos Aires: Euros Editores; Montevideu: B de F, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco; ARÁN, Mercedes García. **Derecho penal**: parte general. 6 ed. rev. e atual. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2004.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.v.1.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v.1.

_____. **Direito penal do ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tradução e notas: Diego-Manuel Luzón Pena et al. 2 ed. Madri: Civitas, 2003. t.1.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. 4 ed. rev. e atual. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2005.

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

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 4 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1991.