

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PENAL E OFENSIVIDADE: O ESPAÇO LEGÍTIMO DE CRIMINALIZAÇÃO À LUZ DA OFENSA AO BEM JURÍDICO¹

Antônio Goya de Almeida Martins-Costa²

Resumo: Este artigo tem como escopo a compreensão do fenômeno da antecipação da tutela penal (*Vorfeldkriminalisierung*). Com este fim, procurará estabelecer, à luz do princípio da ofensividade, os limites em que seria legítima a criminalização de condutas antecipadas, sem que isso implique punição de uma mera vontade hostil ao direito ou no abandono do direito penal do bem jurídico em favor da tutela da vigência de normas de comportamento.

Palavras-chave: Antecipação da Tutela Penal. Ofensividade. Bem jurídico. Crimes de Perigo. Tentativa. Sociedade do Risco. Desvalor do Resultado. Desvalor da Ação.

1 Introdução

Nem todas as condutas criminosas são punidas no momento em que acontece o efetivo dano ao bem jurídico. Em verdade, muitos são os casos em que ocorre a proteção de espaços anteriores à efetiva afetação do interesse tutelado pela norma, através da antecipação da consumação do crime a momentos anteriores à terminação do injusto.³ Exemplos claros são a tentativa, os crimes de empreendimento e as formas de manifestação dos crimes de perigo.

Nesse sentido, ROXIN afirma que a vinculação do direito penal à proteção de bens jurídicos não exige que o fato só seja punível no caso de lesão de bens jurídicos, pois é suficiente um pôr em perigo do mesmo.⁴

A técnica de antecipação da tutela (*Vorfeldkriminalisierung*) permite a interferência do direito penal em um momento anterior à efetiva lesão do valor que se pretende proteger e, portanto, nos coloca o problema sobre o âmbito de extensão legítimo da proteção penal, pois “progressivamente ao distanciamento do bem jurídico, temos o enfrentamento de problemas

¹ Artigo elaborado a partir do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Aprovação com grau máximo pela banca examinadora composta pelo orientador, Prof. Fábio Roberto D’Avila, pelo Prof. Paulo Vinicus Sporleder de Souza, e pelo Prof. Giovanni Saavedra, em 13 de novembro de 2012.

² Formando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: Parte Geral (Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime)*. t. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 686.

⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General (Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito)*. t. I. 2ª. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 60.

de legitimação”.⁵ Vale dizer, ela traz à tona a questão sobre a partir de qual momento o direito penal estaria autorizado a atuar na proteção de um bem jurídico-penal.

Esse fenômeno de criação de tipos que antecipam o momento da consumação do delito, com o frequente abandono dos substratos materiais das normas incriminadoras, já havia sido estudado por JAKOBS na década de 1980 em seu trabalho intitulado “Criminalização no estado prévio à lesão de um bem jurídico” (*Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung*). Nesse trabalho, JAKOBS inicia suas considerações alertando que a forma com que o tema é tratado pela doutrina é de “um despreocupado positivismo”, que seria visível nos seus próprios instrumentos conceituais: a consumação possui uma concepção formal, a qual é orientada à formulação do tipo e não é baseada em critérios materiais, tornando materialmente inseguro determinar o que é o estado prévio e o limite entre a conduta prévia que ainda pode ser legitimamente castigada e a que não pode mais ser punida.⁶

Segundo esse texto, existem várias explicações plausíveis à ampla aceitação da antecipação da punibilidade, dentre as quais estão uma tendência à subjetivação que é nutrida por diversas fontes, como o princípio da culpabilidade, a orientação ao autor e a personalização do injusto.⁷ Tampouco se pode excluir – prossegue JAKOBS – que a tendência à antecipação fomenta de novo a tendência à subjetivação, porque se apoiam de modo recíproco e circular.⁸ Ainda, segundo ele, justifica-se a antecipação da punibilidade com base em argumentos preventivo-policiais, pois com ela “se ampliam os limites do permitido para prevenção na medida do permitido para repressão”.⁹

Embora a antecipação da punibilidade seja um fenômeno frequente em todos os modelos de direito penal - aí incluído o direito penal clássico -, existem dois contextos em particular que favorecem a sua ocorrência em uma maior medida e que passaremos a analisá-los: um modelo de direito penal subjetivo e o direito penal do risco.

1.1.1 Direito penal de ordem subjetiva

A história do direito penal é construída por meio de um embate entre duas formas de enxergá-lo: uma de base objetiva, fundada no desvalor do resultado, e outra de base subjetiva, fundada no desvalor da ação. Como lembrado por MANTOVANI, historicamente, o direito

⁵ D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios* (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 90.

⁶ JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. In JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 293.

⁷ Idem, ibidem. p. 294.

⁸ Idem, ibidem. p. 294.

⁹ Idem, ibidem. p. 294.

penal oscila entre dois princípios, correspondentes a modelos de direito penal opostos: o *princípio da ofensividade do fato* e o *princípio do crime como mera violação do dever*.¹⁰

O direito penal de vertente subjetiva é fundado no princípio da subjetividade,¹¹ pelo qual podem ser considerados crimes atitudes voluntárias puramente internas ou o próprio modo de ser da pessoa.¹²

Segundo MANTOVANI, esse princípio é encontrado no direito penal de tipo confessional, imbuído de teologia moral e ligado à ideia de crime-pecado.¹³ Pode ser notado no direito canônico, que possui a tendência de sancionar as atitudes voluntárias (*in maleficiis voluntas spectatur, no exitus*), ou no finalismo da *salus animarum*, em que é coerente examinar as intenções do agente.¹⁴ Mas ele é – prossegue MANTOVANI –, sobretudo, conatural ao *totalitarismo penal*, que possui a pretensão de “empossamento ideológico total” de cada cidadão, não renunciando à prerrogativa de examinar todos os pensamentos mais íntimos, de atingir as mais íntimas atitudes de dissenso.¹⁵

Portando, alerta MANTOVANI, o princípio da subjetividade dá vida a um direito penal ideológico, policialesco, terrorista, liberticida. Um *direito penal da atitude interior* ou *da suspeita*, que persegue os atos internos que são arrancados violentamente e fraudulentamente do sujeito, mediante técnicas probatórias criadas para permitir a perseguição de meros desvios internos da ideologia oficial, o dissenso mais íntimo.¹⁶ Esse princípio também origina um *direito penal da periculosidade* (*sine delicto, ante* ou *prater delictum*), que se funda não mais na ação, mas no modo de ser da pessoa, que é perseguida pelo que é e não pelo que fez. O sujeito é punido por simples estados subjetivos, por atitudes pessoais sintomáticas.¹⁷

Esse princípio é encontrado em uma tradição autoritária e inquisitiva, que jamais foi interrompida, e que está presente em um modelo de direito penal que possui seu caráter antigarantista na definição normativa de delito: o *substancialismo penal*.¹⁸

Segundo FERRAJOLI, “o primeiro aspecto da epistemologia antigarantista é a concepção não formalista nem convencional, mas sim ontológica ou *substancialista* do desvio penalmente relevante”, pois para esta concepção o objeto do direito penal “não é o delito

¹⁰ MANTOVANI, Ferrando. *Principi di diritto penale*. Padova: Cedam, 2002, p.81.

¹¹ Idem, ibidem. p. 51.

¹² Idem, ibidem. p. 52.

¹³ Idem, ibidem. p. 52.

¹⁴ Idem, ibidem. p. 52.

¹⁵ Idem, ibidem. p. 52.

¹⁶ Idem, ibidem. p. 52.

¹⁷ Idem, ibidem. p. 52.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 44.

enquanto formalmente previsto na lei, mas o desvio criminal enquanto em si mesmo imoral ou antissocial e, para além dele, a pessoa do delinquente, de cuja maldade ou antissociabilidade o delito é visto como uma manifestação contingente, suficiente, mas nem sempre necessária para justificar a punição”.¹⁹

Isso enfraquece o princípio da estrita legalidade, uma vez que ocorre “uma desvalorização do papel da lei como critério exclusivo e exaustivo de definição” do que deve ser considerado delito. Vale dizer: a punição ocorre não *quia prohibitum*, senão *quia peccatum*, ou seja, não pelo que se fez, mas sim pelo que se é.²⁰

É no substancialismo penal, justamente por fundamentar todo o direito penal no desvalor da ação, que se arvora a *teoria subjetiva*, para a qual a punição de uma conduta ocorre porque ela manifesta a vontade contrária ao direito²¹ ou a periculosidade subjetiva do autor. Para esta teoria, não há qualquer distinção entre a preparação, a tentativa inidônea, a tentativa frustrada, a tentativa acabada e a consumação, uma vez que qualquer um desses atos exterioriza a existência de uma vontade contrária ao direito.²²

Portanto, na perspectiva apresentada por essa vertente teórica, seria legítima qualquer forma de antecipação da tutela penal, uma vez que não importa a existência de uma ofensa a um bem jurídico, mas somente a vontade contrária à lei posta em ação. Podemos até nos questionar se, dentro da racionalidade da teoria subjetiva, seria apropriado se falar em antecipação da tutela, já que a antecipação é sempre referida à proteção de um bem jurídico-penal.

1.1.2 Direito penal do risco

Talvez o maior fator para a ocorrência antecipação da punibilidade seja o (tão em voga) chamado direito penal do risco, claramente caracterizado por uma preocupação preventiva.

VITTORIO MANES afirma que, no contexto da progressiva consolidação dos postulados programáticos do direito penal do risco e de seu pioneiro modelo estrutural, é frequente a afirmação da obsolescência dos mais radicados cânones garantistas ou de uma generalizada perda de legitimação do direito penal.²³

De fato, passou a ser lugar comum na doutrina que o direito penal, como tradicionalmente concebido, foi pensado para as sociedades de outros tempos e, em razão da

¹⁹ Idem, ibidem. p. 44-45.

²⁰ Idem, ibidem. p. 45-46.

²¹ FIGUEIREDO DIAS. Op. cit. p. 689-690.

²² JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 4ª ed. Granada: Comares, 1993, p. 465.

²³ MANES. Op. cit. p. 4-5.

forma pela qual a sociedade atual se estruturou e das modificações pelas quais passou, precisaria ser repensado. Alega-se isso sob o argumento de que o paradigma do direito penal é a função exclusiva de tutela subsidiária de bens jurídico-penais, cujas raízes remontam o pensamento filosófico ocidental do século XVII e o movimento do Iluminismo Penal, e a sua racionalidade se exprime “no racionalismo *cartesiano*, na doutrina *jurídico-política do individualismo liberal* e na *mundividência antropocêntrica e humanista* que comandou o movimento a favor dos direitos humanos”.²⁴

Segundo FIGUEIREDO DIAS, essa pergunta que hoje é formulada nos coloca no *topos* que, a partir da obra de ULRICH BECK, tornou-se conhecido como “sociedade do risco”. Afirma-se, lembra FIGUEIREDO DIAS, que, para a tutela dos riscos desta sociedade, o direito penal de vertente liberal não está preparado, pois manter os seus princípios clássicos significaria que o direito penal não protege as gerações futuras.²⁵ Portanto, muitos dizem que a adequação do direito penal à sociedade do risco implica em uma política criminal “que abandone a função minimalista da tutela de bens jurídicos e aceite uma função promocional e propulsora de valores orientadores da ação humana na vida comunitária”.²⁶

Isso ocorreria por diversos fatores, mas, sobretudo, em razão do surgimento de novos riscos, uma vez que essa sociedade é “caracterizada por um âmbito econômico variante e pelo aparecimento de avanços tecnológicos sem paralelo em toda a história da humanidade”.²⁷ Contudo, esse avanço acarretou um considerável aumento do *risco de procedência humana*, a ponto de ele se tornar um fenômeno social estrutural: os cidadãos estão constantemente expostos a *riscos oriundos de decisões técnicas* adotadas por outros concidadãos no manejo dessa nova tecnologia em campos como a indústria, a biologia, a genética, a energia nuclear, a informática, as comunicações etc.²⁸ Nessa sociedade tecnológica, massificada e global, os riscos para existência individual e comunitária não provêm mais de acontecimentos naturais ou de ações humanas próximas e definidas (campo de atuação do direito penal clássico), mas têm origem em condutas humanas, geralmente anônimas, capazes de produzir *riscos globais* espaço-temporalmente distanciados da ação que os causou.²⁹

Pois bem, em razão desse progresso, a delinquência dolosa tradicional (a cometida com o dolo direto ou de primeiro grau) foi substituída por novas modalidades delitivas que se

²⁴ FIGUEIREDO DIAS. Op. cit. p. 133-134.

²⁵ Idem, ibidem. p. 135.

²⁶ Idem, ibidem. p. 135.

²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 35.

²⁸ Idem, ibidem. p. 36.

²⁹ FIGUEIREDO DIAS. Op. cit. p. 134-135.

inserir no espaço aberto pela tecnologia, como, por exemplo, a *ciberdelinquência*, o desenvolvimento das formas de criminalidade organizada e, principalmente, o surgimento de novos crimes não intencionais (tanto delitos de dolo eventual como culposos), em decorrência das consequências lesivas geradas pelas *falhas técnicas*.³⁰

Nesse contexto, o direito penal “parece querer afastar, justamente, o presente das suas preocupações”: é um direito penal que quer ser, antes de tudo, preventivo, defensor de um tempo longínquo e das gerações futuras.³¹ O direito penal das sociedades do risco deseja “vestir o fato de polícia de giro”, quer agir “antes que os fatos aconteçam” (fala-se até em uma dimensão *para-penal* do próprio direito penal) e, segundo FARIA COSTA, parece nada mais querer com o desvalor dos resultados do presente, pois está preocupado apenas com o desvalor do resultado futuro, deixando de ser um direito penal do fato para se tornar um direito penal do *ante-fato* ou do *pós-fato*.³²

Assim, uma nota característica do direito penal das sociedades pós-industriais é a preferência crescente por modelos de tipificação edificados sob antecipações da tutela, notadamente com aumento exponencial de figuras de crime de perigo concreto e abstrato,³³ pois se argumenta que o direito penal não pode esperar a verificação de resultados lesivos às condições de vida da humanidade para só então intervir.³⁴ Ele deverá atuar sempre que houver qualquer contribuição significativa para “o potencial de perigo do qual o resultado lesivo irá, num futuro porventura longínquo, derivar, por mais cotidiano e anódino que esse contributo pareça, em si mesmo considerado”.³⁵

E assim, muitos adotam “uma funcionalização intensificada da tutela penal”, inteiramente pensada para as exigências próprias da sociedade do risco e defendem uma “*antecipação decidida da tutela penal* para estados prévios (e ainda muito distantes) da lesão de interesses socialmente relevantes, mesmo correndo o risco de se perder a ligação, perceptível aos destinatários das normas de proibição, entre a conduta proibida e o bem jurídico tutelado”.³⁶

Mas as causas da tensão existente entre o direito penal de vertente liberal e as exigências da sociedade do risco não se esgotam aí. Para além do aparecimento de novos riscos, há, também, o surgimento de novos interesses que passam a ser tutelados.

³⁰ SILVA SÁNCHEZ. Op. cit. p. 36

³¹ FARIA COSTA, José Francisco de. Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal hoje. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 17. n.º. 81, nov./dez. 2009, p. 39.

³² Idem, ibidem. p. 39.

³³ MANES. Op. cit. p. 03.

³⁴ FIGUEIREDO DIAS. Op. cit. p. 136

³⁵ Idem, ibidem. p. 136.

³⁶ Idem, ibidem. p. 138.

Com a reestruturação sofrida pelas sociedades pós-industriais, alguns interesses que não eram valorizados assumem uma nova valoração e adquirem dignidade penal: há “um aumento do valor experimentado por alguns dos [interesses] que existiam anteriormente, que poderia legitimar sua proteção por meio do Direito Penal”.³⁷ Esse é o caso, por exemplo, do meio ambiente e do patrimônio histórico-cultural.³⁸

Por outro lado, surgiram novos bens jurídico-penais em razão do aparecimento de realidades que antes não existiam e não eram reguladas pelo direito, cuja alteração influencia diretamente a vida dos indivíduos que se veem obrigados a viver com elas (v.g. as instituições econômicas de crédito ou de inversão).³⁹

Como o advento desses valores decorre de decisões técnicas globalizadas e massificadas, que criam “mega-riscos ameaçadores”⁴⁰ à existência da própria comunidade, esses novos valores a que direito penal é chamado a tutelar são bem jurídicos sociais, comunitários, pois afetam um conjunto indeterminado de interesses individuais.⁴¹

Segundo HASSEMER, é notável uma tendência de ser considerado como objeto de proteção não mais o interesse clássico de cada indivíduo, mas “os interesses de uma “moderna”, complexa e entrelaçada sociedade: a proteção dos bens jurídicos modernos é a proteção de *bens jurídicos universais* descritos de todo modo mais diverso”.⁴² Segundo ele, os campos em que o legislador atua invocando as grandes e atuais ameaças admitem bens jurídicos individuais apenas no campo preliminar da lesão e tratam de interesses públicos.⁴³

Ainda para HASSEMER, os objetos de proteção agregados a esses campos “são despidos de simplicidade e concretude” e “se elevaram no plano geral, ocupam grandes áreas e dissolvem-se nas suas margens”.⁴⁴ Nesse contexto – prossegue –, o direito penal deixa de ser um instrumento de controle do crime e se transforma em um sistema de orientação global.⁴⁵

Na esteira de HEFENDEHL, podemos dizer que bens jurídicos supraindividuais são aqueles que servem aos interesses de muitas pessoas, da generalidade delas.⁴⁶ É possível tornar este conceito mais preciso fazendo uso dos critérios “*não exclusão no uso*” e “*não*

³⁷ SILVA SÁNCHEZ. Op. cit. p. 33.

³⁸ Idem, ibidem. p. 33-34.

³⁹ Idem, ibidem. p. 33.

⁴⁰ FIGUEIREDO DIAS. Op. cit. p. 149.

⁴¹ HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?: bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. In *Revista electrónica de ciencia Penal y Criminología*. 04-14 (2002) p. 02.

⁴² HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal* (Einführung in die Grundlagen des Strafrechts). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 360.

⁴³ Idem, ibidem. p. 360.

⁴⁴ Idem, ibidem. p. 361.

⁴⁵ Idem, ibidem. p. 361.

⁴⁶ HEFENDEHL. Op. cit. p. 03.

rivalidade no consumo”.⁴⁷ É dizer: para que um bem jurídico possa ser considerado coletivo, todos devem poder desfrutá-lo, assim como o uso desse bem por um determinado indivíduo não pode prejudicar nem impedir que outros cidadãos o utilizem. Há, ainda, um terceiro critério delimitador: o da “*não-distributividade*”, ou seja, um bem jurídico será supraindividual “quando for conceitual, real e juridicamente impossível dividi-lo em partes e atribuir uma porção sua a um indivíduo”, pois todo “bem jurídico coletivo se caracteriza por poder ser desfrutado por cada membro da sociedade, por isso não é possível relacioná-lo em todo ou em parte a um único setor da mesma”: cada cidadão deve ser beneficiado por ele em igual medida.⁴⁸

Alega-se que para a tutela desses valores seria inviável a tipificação de condutas sob a forma de crimes de dano ou de perigo concreto, uma vez que seria impossível, salvo abstrações forçosas, se afirmar que uma determinada ação lesionou ou colocou concretamente em perigo um interesse de tão vaga corporificação,⁴⁹ bem como não se poderia exigir que o direito penal agisse somente no momento em que ocorresse uma lesão, ou um perigo que não se concretizou em um dano apenas por uma casualidade, a valores que representam as condições de existência da própria humanidade e da sociedade.⁵⁰ Então, advoga-se que a estrutura típica adequada para a tutela de um bem jurídico supraindividual seria a de crimes de perigo abstrato ou mesmo a dos chamados delitos de acumulação, mediante a técnica de antecipação da tutela penal.

Entretanto, ROXIN, lembrando o alerta de HERZOG sobre “*um pôr em perigo do direito penal mediante o direito penal do perigo*”, afirma que a antecipação da tutela por meio da tipificação de crimes de perigo não está livre de objeções quando “conduz a incriminações cada vez mais amplas no campo prévio e com bens protegidos cada vez mais inapreensíveis”.⁵¹

Essa objeção é acompanhada por MANTOVANI que, quando considera que “a história do bem jurídico é também a história dos contínuos esvaziamentos e manipulações de sua função político-garantista”, nos adverte que essa função está exposta a um duplo risco, sendo um deles - o que nos interessa no particular - o da sua “*colocação em falência*” mediante a criação de *crimes com bem jurídicos vagos* ou difusos, cujos objetos jurídicos não são bem

⁴⁷ Idem, ibidem. p. 04.

⁴⁸ Idem, ibidem. p. 04.

⁴⁹ HEFENDEHL. Op. cit. p. 05 e 10-11.

⁵⁰ FIGUEIREDO DIAS. Op. cit. p. 136.

⁵¹ ROXIN. Op. cit. p. 60.

identificáveis na sua real consistência e, em razão de seu aumento, se fala de “*volatilização*” do bem jurídico.⁵²

2 O princípio da ofensividade

Dentre toda a rede de princípios limitadores do direito de punir defendidos pelo garantismo, o limite substancial mais importante é o princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iuria*), pois, como lembra FERRAJOLI, a “necessária lesividade do resultado, qualquer que seja a concepção que dela tenhamos, condiciona toda a justificação utilitarista do direito penal como instrumento de tutela e constitui seu principal limite axiológico externo”.⁵³

Esse limite ao exercício do poder punitivo impõe a secularização do direito penal e deriva “da consideração utilitarista da ‘necessidade penal’ como ‘tutela de bens fundamentais’ não garantizáveis de outra forma”. Assim, ele “constitui o fundamento axiológico do primeiro dos três elementos substanciais ou constitutivos do delito: a natureza lesiva do *resultado*, isto é, dos efeitos que produz”.⁵⁴

Segundo VITTORIO MANES, a ofensividade está profundamente enraizada na problemática da legitimidade do próprio direito penal, questionando a sua extensão e os seus predicados possíveis de proteção, vale dizer, a qualidade e a quantidade de ofensa digna de relevância penal.⁵⁵

Esse princípio, elaborado principalmente pelos penalistas italianos, assume uma dupla feição, pois se projeta tanto na dimensão de *categoria*, quanto na de *princípio*.⁵⁶ Como categoria, a ofensividade é um “conceito descritivo de síntese”, que permite mensurar o caráter lesivo de uma conduta tipificada em relação ao bem jurídico tutelado nas suas formas de manifestação como de *dano* e *perigo*; já como princípio, a necessária ofensa “subtende problemáticas distintas e colocadas em níveis diferentes: aquele da plausibilidade da opção penal no plano político, e da instância de racionalidade que a legitima”.⁵⁷

⁵² MANTOVANI. Op. cit. p. 88-89. A maior objeção aos bem jurídicos coletivos é feita pela Escola de Frankfurt, que representada por HASSEMER, NAUCKE e ALBRECHT, propõe a concepção monista-pessoal (antropocêntrica) do bem jurídico e expurga do direito penal a função de tutela de qualquer valor que não seja expresso em um interesse individual, guardando ao direito penal o seu âmbito clássico de aplicação, chamado de “direito penal nuclear” (Cf. FIGUEIREDO DIAS. Op. cit. p. 137-138 e ROXIN. Op. cit. p. 61). Também VITTORIO MANES afirma ser o uso de bens jurídicos indeterminados ou vagos como uma técnica de contorno do princípio da ofensividade (MANES. Op. cit. p. 79 et. Seq).

⁵³ FERRAJOLI. Op. cit. p. 428.

⁵⁴ Idem, ibidem. p. 427-428.

⁵⁵ MANES. Op. cit., p.11.

⁵⁶ Idem, ibidem. p. 01.

⁵⁷ Idem, ibidem. p. 01-02.

A ofensividade atua com a racionalidade de uma política criminal constitucionalmente fundada – vale dizer, é dotada de uma afinidade direta com a “*face constitucional do ilícito penal*” – de forma que constitui “um original e formidável pêndulo para buscar pesquisar o fundamento, conteúdo e limite da intervenção penal, tanto na sua circunscrição abstrata, quanto na sua gestão concreta”.⁵⁸

Para PALAZZO, a exigência de delimitação do direito penal que o princípio da ofensividade representa opera em dois níveis: a nível legislativo, a ofensividade impediria que o legislador construísse tipos penais com fatos que em abstrato são inofensivos; em nível jurisdicional-aplicativo, o princípio imporá ao juiz o dever de excluir o crime em fatos que apresentam conformidade com a norma incriminadora, mas se mostram concretamente incapazes de ofender ao bem jurídico.⁵⁹

Portanto, o crime sempre deve estar consubstanciado na ofensa de um bem jurídico, não sendo concebíveis crimes sem ofensa. Isto porque a ofensividade integra e pressupõe o princípio da materialidade, uma vez que, enquanto a materialidade impede a incriminação de meras atitudes internas, a ofensividade veda a punição de fatos materiais inofensivos, desempenhando uma função de delimitação do ilícito penal e, conseqüentemente, recusando qualquer modelo de direito penal de vertente subjetiva, fundado na vontade criminosa ou na periculosidade do agente.⁶⁰

Esse princípio propõe uma função teleológico-racional do direito penal, afirmando que o seu fim é a tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal,⁶¹ ou seja, que o antijurídico penal só é legítimo diante da tutela de um bem jurídico-penal. É dizer: só haverá crime quando da conduta seja possível a verificação de um dano ou o pôr em perigo ao interesse protegido pela norma, pois nos ordenamentos de legalidade formal o delito é um *fato ofensivo típico*.⁶²

Essa concepção é mais compatível com um direito penal do fato e tem a vantagem de dar maior concretude ao ilícito quando exige a presença de um resultado que possa ser imputado à conduta realizada. Assim, o resultado não é concebido como o *evento*

⁵⁸ Idem, ibidem. p. 02.

⁵⁹ PALAZZO, Francesco. *Valores Constitucionais e Direito Penal: Um Estudo Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 79-80.

⁶⁰ MANTOVANI. Op. cit. p.81.

⁶¹ FIGUEIREDO DIAS. Op. cit.. p. 113-114. A ofensividade não só é capaz de questionar as formas de ofensa, como também representa “*o ponto de fuga que pode orientar a escolha dos objetos de tutela, e, portanto, a «problemática do bem jurídico», aspirando a oferecer uma «juridicização» à luz do traçado constitucional*” (MANES. Op. cit. p. 02). De igual forma: MANTOVANI. Op. cit. p. 82 et seq. D’AVILA. Op. cit. p. 39 et seq. PALAZZO. Op. cit. p. 80 et seq.

⁶² MANTOVANI. Op. cit. p.82

naturalístico, como a “mutação do mundo fenomênico que tem significação para o Direito”,⁶³ mas como *resultado jurídico*, compreendido como um elemento essencial ao crime e que necessariamente estará presente: “a consequência lesiva da ação (positiva ou negativa), que consubstancia ofensa ao interesse protegido pela norma”.⁶⁴

Nesta senda, o ilícito é construído a partir do desvalor que expressa o resultado jurídico, concedendo-lhe uma posição privilegiada na estrutura do delito. O bem jurídico assume o papel de “pedra angular do ilícito típico”⁶⁵ e a ofensividade passa a expressar um desvalor do resultado autônomo, independente de outras formas de desvalor que possam integrar a ilicitude: a “ofensividade ganha, dessa maneira, plena autonomia e, por decorrência, capacidade de fundamentação e delimitação do ilícito.”⁶⁶

Para tanto, segundo D’AVILA, existem dois níveis distintos de valoração do resultado. O primeiro consiste numa valoração positiva, no qual se avalia o próprio bem jurídico “como expressão axiológica irradiante e simultaneamente condensadora da intencionalidade normativa”. Da tensão existente entre a negação e a afirmação deste valor positivo (bem jurídico) resulta o segundo nível de valoração, o da própria ofensividade, em qual a negação do valor expressará um conteúdo de desvalor que, em determinados níveis, poderá tornar-se jurídico-penalmente interessante.⁶⁷

Há, nesta compreensão objetiva do ilícito penal, uma preponderância do desvalor do resultado sobre outras formas de desvalor (como o desvalor da ação), sem, contudo, negar-lhes importância. Isso ocorre porque a função do direito penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos, sendo inadmissível a existência de um ilícito penal sem que ocorra a negação da intencionalidade normativa expressa através do dano ou perigo criado ao valor primário.⁶⁸

Portanto, o princípio da ofensividade desempenha um relevante papel no estudo das incriminações antecipadas, uma vez que questiona o âmbito possível (legítimo) da extensão do direito penal (a quantidade de ofensa digna de relevância penal); vale dizer, ele traz o problema da compatibilidade do “*grau da antecipação da tutela do bem jurídico*”.⁶⁹

⁶³ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 44.

⁶⁴ Idem *ibidem*. p. 46- 47.

⁶⁵ D’AVILA, Fabio Roberto. Teoria do Crime e Ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. In *Ofensividade em Direito Penal: Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009, p. 76.

⁶⁶ Idem *ibidem*. p. 76.

⁶⁷ Idem *ibidem*. p. 76.

⁶⁸ Idem, *ibidem*. p. 77.

⁶⁹ MANTOVANI. Op. cit., p. 82.

2.1 Fundamentação positiva do princípio da ofensividade

Para que o princípio da ofensividade possa desempenhar as suas funções de cânone de política criminal e critério hermenêutico orientador da escolha legislativa das condutas que serão incriminadas e que circunscreva a aplicação das normas aos casos dotados de uma concreta ofensa ao bem jurídico, é necessário buscar o seu fundamento de direito positivo, pois em sua ausência tal princípio perde em muito a sua força vinculante.⁷⁰

Essa investigação, como somos lembrados por FERRAJOLI, possui como objeto uma questão jurídico-constitucional e, portanto, de legitimação interna do direito penal, que não admite como resposta juízos axiológicos, mas somente asserções baseadas em uma análise jurídico-positiva.⁷¹

Muito embora o princípio da ofensividade não possua uma previsão legislativa expressa, a doutrina italiana rastreou, no plano da legislação ordinária, o seu fundamento na disposição do crime impossível, uma vez que este não é punido quando a conduta for inidônea para ofender o interesse tutelado pela norma.⁷²

Ainda no plano da legislação infraconstitucional, é possível encontrar uma codificação do princípio da ofensividade nas disposições relativas à relação de causalidade no Código Penal brasileiro, uma vez que seu art. 13 estabelece que a existência do crime depende da verificação concreta de um resultado, o qual, em razão da existência de crimes formais, só pode ser concebido como resultado jurídico (lesão ou perigo ao bem tutelado pela norma).

Entretanto, para que o princípio da ofensividade exerça plenamente a sua função político-garantista, impõe-se buscar a sua fundamentação a nível constitucional. Isso porque, enquanto a necessária ofensa for estabelecida em nível infraconstitucional, ela não exercerá força vinculante em relação a crimes construídos em aberta exceção a suas diretrizes.⁷³ Como para esses delitos não é possível uma correção hermenêutica, a efetivação do princípio da ofensividade só é possível por meio da declaração de inconstitucionalidade do crime ou pela sua não-aplicação por parte do juiz.⁷⁴

A raiz constitucional da necessária ofensa é apontada, antes de tudo, como uma consequência direta de um modelo de “Estado democrático, laico, pluralista e tolerante, no

⁷⁰ D’AVILA. Op. cit. p. 49.

⁷¹ FERRAJOLI. Op. cit. p. 435.

⁷² D’AVILA. Op. cit. p. 52-53.

⁷³ Idem, ibidem. p. 53.

⁷⁴ Idem, ibidem. p. 53.

qual a liberdade do cidadão é um valor supremo” e estaria “em clara oposição a um modelo de crime estabelecido a partir da mera violação do dever”.⁷⁵

Conforme MANTOVANI, o princípio da ofensividade possui fundamento constitucional como diretriz de política criminal e constitui o “baricentro” do direito penal constitucionalizado, uma vez que exprime a opção da Constituição por um direito penal de base objetiva. Esta constitucionalização do princípio da ofensividade, segundo o autor, decorre da raiz histórico-política da Constituição, surgida como reação a certos modelos de Estado que foram experimentados, e do princípio geral pelo qual um direito constitucionalmente assegurado, como o direito supremo da liberdade pessoal, não pode sofrer o sacrifício da pena, a não ser para tutelar outro interesse.⁷⁶

Em linha semelhante, FERRAJOLI afirma que o princípio da ofensividade desempenhou historicamente um papel essencial na definição do moderno Estado de Direito e no desenvolvimento de um direito penal mínimo, “facilitando uma fundamentação teleológica nem ética, senão laica e jurídica, orientando-o para a função de defesa dos sujeitos mais frágeis por meio da tutela de direitos e interesses considerados *necessários* ou *fundamentais*”⁷⁷ e que seria ilógico admitir “privações de um bem constitucionalmente primário, como é a liberdade pessoal, se não se fizer presente o intuito de evitar ataques a bens de categoria igualmente constitucional”.⁷⁸

Assim, VITTORIO MANES afirma que o cânone da ofensividade constitui um critério interpretativo em matéria penal voltado a “uma hermenêutica constitucionalmente guiada (recuperando assim, definitivamente, a hereditariedade da chamada «concepção realista do crime», e com ela as tímidas e discutidas aberturas para um conceito de antijuridicidade orientado em sentido substancial)”.⁷⁹

2.2 Valor constitucional absoluto ou relativo do princípio da ofensividade.

Uma das questões centrais do princípio da ofensividade é a de se há a possibilidade dele ser derogado em favor de certas incriminações que não atendem às suas exigências,⁸⁰ porquanto existem delitos em que não é possível a correção hermenêutica por meio da necessária ofensa, notadamente “os crimes irremediavelmente *sem ofensa*, porque neles a

⁷⁵ Idem, ibidem. p. 54.

⁷⁶ MANTOVANI. Op. cit. p. 83.

⁷⁷ FERRAJOLI. Op. cit. p. 429.

⁷⁸ Idem, ibidem. p. 435-436.

⁷⁹ MANES. Op. cit. p. 2-3.

⁸⁰ D'AVILA. Op. cit. 57.

tutela é antecipada aos atos meramente preparatórios ou a punibilidade é estendida aos comportamentos meramente sintomáticos ou às meras intenções ofensivas”.⁸¹

Esta questão concerne, portanto, à “capacidade e extensão vinculante do princípio da ofensividade, no que tange à interpretação e delimitação do ilícito-típico”,⁸² cuja compreensão é de fundamental importância no presente estudo.

A este questionamento tem-se dado duas respostas distintas: *a)* para alguns, a ofensividade constitui um princípio constitucional, entretanto dotado de valor relativo e, assim, suscetível de derrogação; *b)* para outros, em razão de seu valor constitucional, a ofensividade possui um valor absoluto, devendo todos os delitos atender às suas exigências, sob pena de revogação.

Defendendo o primeiro posicionamento, MANTOVANI afirma ser a ofensividade um “princípio *regular*”, que pode sofrer as derrogas “necessárias” para a prevenção de ofensas a bens primários, individuais, coletivos e institucionais,⁸³ uma vez que o Estado possui o dever constitucional de reconhecer os direitos fundamentais de todos os homens e de protegê-los, ainda que por meio da tutela de bens-meio, adotando técnicas de tutela não só repressivas, mas também preventivas para atingir essa finalidade.⁸⁴ Essa concepção, aceitando a existência de crimes sem ofensa, fundamenta a derroga do princípio da ofensividade em questões de prevenção geral e admite a sua excepcional punição na presença das seguintes condições: o *nível* do bem jurídico (que deve ser constitucionalmente orientado), da *necessidade preventiva da tutela* e da adequada *tipificação* da conduta, que deve ser a “premissa idônea” da comissão de crimes ofensivos de grau elevado.⁸⁵

Representam o segundo posicionamento – o de que a ofensividade deve ser aplicada incondicional e necessariamente, independentemente da conformação assumida pelo delito – autores como MARINUCCI, DOLCINI e FIORE.⁸⁶ Para eles, como a ofensividade é um princípio constitucional, o legislador possui o dever de construir os tipos legais em conformidade com as exigências da necessária ofensa e, no plano aplicativo, o juiz é obrigado a corrigir essas inconformidades ou, no caso de impossibilidade de reconstrução do tipo à luz da ofensa, a declarar a inconstitucionalidade do delito, não sendo admitidas exceções.⁸⁷

⁸¹ MANTOVANI. Op. cit. p. 83.

⁸² D’AVILA. Op. cit. 57.

⁸³ MANTOVANI. Op. cit. p. 83.

⁸⁴ Idem, ibidem. p. 84.

⁸⁵ Idem, ibidem, p. 101.

⁸⁶ D’AVILA. Op. cit. p. 59.

⁸⁷ Idem, ibidem. p. 59-60.

Relativamente à solução desta questão, acompanhamos D'AVILA, que situa o problema no plano que entendemos correto, quando afirma que uma “recepção constitucional do princípio da ofensividade, ao que nos parece, desloca também a discussão acerca do seu âmbito de aplicabilidade para o plano constitucional”. Portanto, não devemos analisar a possibilidade de derroga segundo o quadro da legislação ordinária e à luz das suas necessidades preventivas, mas somente segundo uma perspectiva constitucional.⁸⁸

Para tanto, D'AVILA repensa a relação entre a ofensividade e as diretrizes de prevenção geral a partir das concepções de *princípios* e *regras*, pois “a chave para dilucidação” do problema residiria na sua diferenciação.⁸⁹ Segundo o autor, ambas as categorias integram o conceito de norma, porém existem “diferenças significativas de conteúdo” entre elas. Seguindo esta distinção de conteúdo, os princípios são normas que constituem *exigências de otimização* em uma *convivência conflitual* e admitem a sua ponderação. Por outro lado, “as regras estão submetidas a uma lógica de tudo ou nada, a uma convivência antinômica”.⁹⁰

Pois bem, entre os princípios de um ordenamento jurídico-constitucional, que constituem e indicam as ideias básicas da ordem constitucional, tem papel destacado o princípio do Estado de Direito, pois sustenta “a proposição de uma ‘ordem de paz’ garantida pelo ordenamento jurídico” e possui como tarefa fundamental de tutela de bens reconhecidos pelo ordenamento jurídico, de forma que a proteção de bens jurídicos constitui “um princípio constitucional impositivo como princípio geral fundamental, densificador do princípio estruturante do Estado de direito e, ainda, por consequência, estruturante de todo o ordenamento jurídico penal”.⁹¹

Desse princípio geral fundamental de tutela de bens jurídicos decorrem outros dois princípios que devem ser considerados no problema: o princípio da ofensividade, que exerce uma função político-garantista, pois está fundado “na necessidade de tutela, especialmente, do *bem jurídico-constitucional liberdade*, sobre o qual incide a norma penal incriminadora”, e o princípio da *intervenção penal necessária*, um “princípio constitucional impositivo”, que se fundamenta na necessidade de proteção de bens reconhecidos pelo ordenamento jurídico-penal.⁹²

⁸⁸ Idem, ibidem. p. 61-62.

⁸⁹ Idem, ibidem. p. 63.

⁹⁰ Idem, ibidem. p. 64.

⁹¹ Idem, ibidem. cit. p. 65.

⁹² Idem, ibidem. p. 66.

Como destaca D'AVILA, estes dois princípios conjugados conformam a ideia central de tutela de bens jurídicos, de maneira que não é possível se falar em um na ausência de outro.⁹³ É da relação existente entre estes dois princípios, que possuem uma existência conflitual, que surgirá a zona de tensão na qual se insere a discussão acerca de se a ofensividade é dotada de valor absoluto ou relativo.⁹⁴

Portanto, a terminologia “princípio absoluto ou relativo”, empregada por MANTOVANI para se referir à possibilidade de derroga da ofensividade, é absolutamente inadequada, pois a discussão não trata da plenitude do valor concedido à necessária ofensa, mas sim da ponderação entre o princípio da ofensividade e do princípio da intervenção.⁹⁵ Entretanto, isso não legitima que este possa extrapolar os limites daquele, porque o espaço gerado pela tensão entre os dois princípios é responsável apenas pela conformação dos limites da própria ofensividade, pois dessa ponderação “obtem-se o desenvolvimento das hipóteses de ofensividade admissíveis em um conceito *lato* de ofensividade e, por sua vez, o *âmbito possível de tutela jurídico-penal*”.⁹⁶ Ademais, como ambos os princípios integram o princípio principal de tutela de bens jurídicos, eles têm seu alcance restrito ao âmbito de proteção do princípio principal, pois não é possível que, em nome de um valor contido no princípio da intervenção necessária, esta extrapole os limites da ofensividade e vá além do seu próprio *domínio normativo*, o que representaria uma inconstitucionalidade.⁹⁷

Além disso, podemos rastrear a fundamentação constitucional da ofensividade, como um princípio que não pode sofrer derroga em favor de crimes sem ofensa, na norma constitucional do direito à liberdade, pois ela não é um simples princípio constitucional, uma vez que dotada de certo conteúdo não sujeito à ponderação.⁹⁸ Ou seja, o direito à liberdade é uma *norma constitucional de caráter duplo*: é, ao mesmo tempo, regra e princípio, em razão “de uma vinculação de ambos os níveis, quando da inclusão de uma ‘cláusula restritiva referida a princípios e, com isso, sujeita à ponderação’, no momento de sua formulação”.⁹⁹ Portanto, em âmbito constitucional, existem duas normas que devem ser consideradas: o princípio da liberdade e a regra da liberdade.¹⁰⁰

⁹³ Idem, ibidem. p. 67.

⁹⁴ Idem, ibidem. p. 67.

⁹⁵ Idem, ibidem. p. 68.

⁹⁶ Idem, ibidem. 68.

⁹⁷ Idem, ibidem. p. 68-69.

⁹⁸ Idem, ibidem. p. 70.

⁹⁹ Idem, ibidem. p. 70.

¹⁰⁰ Idem, ibidem. p. 70.

Disso resulta que o direito fundamental à liberdade não pode ser ponderado irrestritamente, uma vez que o seu conteúdo de regra não pode ser violado,¹⁰¹ pois atende à lógica de tudo ou nada. Essa característica do direito fundamental a liberdade possibilita o desenvolvimento de uma formulação que evidencia tanto o seu conteúdo rígido de regra quanto seu conteúdo flexível de princípio, cuja mútua vinculação permite a ponderação deste direito fundamental, desde que observados certos limites.¹⁰²

Segundo essa formulação, qualquer tipificação penal é resultante de um processo de ponderação de princípios, mais especificadamente, do balanceamento feito entre o direito à liberdade e outros interesses considerados carentes de tutela jurídico-penal.¹⁰³ Portanto, o processo de criminalização primária é “a límpida concretização legislativa, em nível infraconstitucional, de uma ponderação que imporá ao direito constitucional à liberdade, uma necessária restrição”.¹⁰⁴ Ou seja, o tipo incriminador representa “uma concretização legislativa *restritiva* do direito fundamental à liberdade”.¹⁰⁵

Isso nos leva a uma dupla conclusão: 1) do ponto de vista formal, a fim de atender a uma exigência de hierarquia normativa, o interesse protegido deve possuir nível constitucional, ser dotado de uma referência, ainda que indireta, à Constituição;¹⁰⁶ 2) do ponto de vista material, apenas a necessidade de tutela de interesses axiologicamente compatíveis justificará a restrição ao direito fundamental à liberdade, o que impossibilita a proteção de interesses que não podem ser considerados bens jurídicos.¹⁰⁷

Logo, é correto afirmar que o direito à liberdade somente pode ser restringido por meio de uma norma incriminadora quando a sua “ponderação com o princípio da intervenção penal estiver fundada na real necessidade de proteção de *bens jurídicos* dotados de suficiente consistência axiológica”,¹⁰⁸ nunca para a tutela de outros interesses meramente preventivos, o que significa que o princípio da ofensividade é dedutível do texto constitucional.

2.3 Os crimes sem ofensa (ou de escopo)

Compreendido o valor constitucional do princípio da ofensividade como princípio que não pode sofrer ponderações frente a interesses geral-preventivos, fica evidente a

¹⁰¹ Idem, *ibidem*. p. 71.

¹⁰² Idem, *ibidem*. p. 71

¹⁰³ Idem, *ibidem*. p. 71.

¹⁰⁴ Idem, *ibidem*. p. 71

¹⁰⁵ Idem, *ibidem*. p. 71.

¹⁰⁶ Idem, *ibidem*. p. 72.

¹⁰⁷ Idem, *ibidem*. p. 72.

¹⁰⁸ Idem, *ibidem*. p. 72.

ilegitimidade de qualquer crime em que não esteja presente uma ofensa, ainda que sob a forma de um dano potencial a um bem jurídico-penal.

Os *crimes sem ofensa*, também chamados de *crimes de escopo*, são aqueles em que a conduta é punida não em razão da ofensa ao bem jurídico, mas pela mera realização de situações que interessa ao Estado que não se realizem.¹⁰⁹ Nesses delitos está ausente até mesmo a mera colocação em perigo do bem jurídico tutelado, pois, ou a incriminação é antecipada a fases pré-ofensivas do *iter criminis* ou está ausente o próprio objeto jurídico da norma.¹¹⁰ Assim, a tutela é estendida a atos meramente preparatórios e a punibilidade atinge comportamentos meramente sintomáticos manifestados pelas intenções ofensivas.¹¹¹ Portanto, não é possível sua correção hermenêutica em consonância com as exigências do princípio da ofensividade. Assim, conforme afirma MANTOVANI, os crimes sem ofensa “propõe o problema do *grau de antecipação da tutela do bem jurídico*, compatível ou não com o princípio da ofensividade”.¹¹²

Dentre as espécies de crimes de escopo destacam-se: 1) os crimes-função, 2) os crimes de dolo especial de ulterior ofensa, 3) os crimes de suspeita, 4) os crimes-obstáculo e 5) os crimes de perigo abstrato e presumido.

1) Crimes-função: segundo MANTOVANI, esses delitos caracterizam o “moderno direito penal acessório” e são utilizados para a tutela de uma função pelo Estado, ou seja, eles servem para a Administração Pública buscar a solução de um conflito de interesses.¹¹³ Logo, consistem na mera inobservância das normas administrativas destinadas à solução deste conflito¹¹⁴ e à organização de determinado setor,¹¹⁵ como ocorre, p. ex., nas normas penais que regulam o campo do mercado e da concorrência¹¹⁶ ou da poluição ambiental.¹¹⁷

2) Crimes de dolo especial de ulterior ofensa: os crimes de dolo específico são a forma mais simples de enfraquecimento do princípio da ofensividade.¹¹⁸ Dentro da categoria “crimes de dolo específico”, destacam-se, pela antecipação da tutela e pela ausência de ofensa ao bem jurídico, os chamados *crimes de dolo especial de ulterior ofensa*.¹¹⁹ Nesses delitos são

¹⁰⁹ MANTOVANI. Op. cit. p. 95.

¹¹⁰ Idem, ibidem. p. 95. Por isso, em muitos casos, se confunde o objeto jurídico da norma com a finalidade buscada por ela.

¹¹¹ Idem, ibidem. p. 83.

¹¹² Idem, ibidem. p. 98.

¹¹³ Idem, ibidem. p. 88.

¹¹⁴ Idem, ibidem. p. 88.

¹¹⁵ ANGIONI, *apud* D'AVILA. Op. cit., p. 61.

¹¹⁶ Idem, ibidem. p. 61.

¹¹⁷ MANTOVANI. Op. cit. p. 95.

¹¹⁸ Idem, ibidem. p. 98.

¹¹⁹ Idem, ibidem. p. 98.

punidas condutas em que a ofensa é prevista não como um resultado objetivo do delito, mas apenas *intencional*. São criminalizadas ações que são, portanto, em si, inofensivas.¹²⁰ São exemplos o crime previsto no art. 501, do Código Penal Italiano, ou a modalidade de evasão de divisas prevista no *caput* do art. 22 da Lei nº. 7.492/86.

3) Crimes de suspeita: são caracterizados por comportamentos não ofensivos a um interesse, mas que permitem *presumir* a realização não comprovada de um crime ou a sua futura comissão.¹²¹ Afrontam não só o princípio constitucional da ofensividade, mas também o da responsabilidade pessoal, da presunção de não culpabilidade e da ampla defesa.¹²² Não constituem nem comissão nem omissão de um fato típico, mas simplesmente um *estado individual* que por si mesmo constitui uma infração, o qual é incriminado somente em razão das suspeitas que suscita.¹²³ Essa última ideia diferencia fatos meramente preventivos de fatos típicos ofensivos.

4) Crimes-obstáculo: os crimes obstativos representam as hipóteses mais significativas de crimes sem ofensa.¹²⁴ Os crimes-obstáculos são aquelas incriminações extremamente antecipadas e que não atingem comportamentos ofensivos a um bem, pois visam à prevenção da realização das ações efetivamente lesivas ou perigosas,¹²⁵ punindo atos que são a premissa idônea da realização de outros crimes.¹²⁶ Portanto, abarcam uma “uma esfera de atos anteriores à própria tentativa punível, porque em si não são «diretos em modo inequívoco» à comissão de outros crimes”, de maneira que podem resultar tanto na comissão de um delito, como também em fatos penalmente irrelevantes.¹²⁷ Assim, os delitos obstativos, também chamados de crimes de perigo indireto, correspondem a uma antecipação da tutela a um momento anterior à efetiva colocação em perigo, pois incriminam “o perigo de uma situação perigosa” para o bem jurídico.¹²⁸

Dentro dessa categoria estão inseridos: *a)* os *crimes de posse* de coisas, eventualmente utilizáveis para cometer delitos lesivos ao bem tutelado; *b)* os *crimes de atividade* só *eventualmente antecessora* ao pôr-em-perigo ou à lesão de bens tutelados; *c)* os crimes meramente *antecedentes* à comissão de crimes (ex. crimes de associação criminosa);

¹²⁰ Idem, *ibidem*. p. 98.

¹²¹ Idem, *ibidem*. p. 100.

¹²² Idem, *ibidem*, p. 100.

¹²³ MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*. v. 1. Bogotá: Temis, 1954, p. 303.

¹²⁴ MANTOVANI. Op. cit. p. 100.

¹²⁵ Idem, *ibidem*. p. 100.

¹²⁶ Idem, *ibidem*. p. 100.

¹²⁷ Idem, *ibidem*. p. 100.

¹²⁸ VALENTI, *apud* D'AVILA. Op. cit. p. 61.

5) Crimes de perigo abstrato e perigo presumido: na forma como normalmente são entendidos, é evidente a incompatibilidade dos crimes de perigo abstrato e perigo presumido com o princípio da ofensividade, pois são geralmente concebidos como aqueles crimes em que o perigo não é elemento integrante da tipicidade, mas simples elemento motivador da proibição de uma conduta que é dotada de uma *perigosidade típica*, possuidora um perigo genérico e indeterminado para o bem jurídico e, portanto, não precisa ter sua real ocorrência demonstrada no caso em concreto.¹²⁹ Por outro lado, o princípio da ofensividade possui sua essência e concretização na ofensa (lesão ou pôr-em-perigo do interesse tutelado),¹³⁰ a qual exprime a antijuridicidade do fato.¹³¹

Na medida em que nesses delitos nem sempre a ofensa ao interesse tutelado estará presente concretamente, os crimes de perigo abstrato e perigo presumido podem constituir delitos sem ofensa,¹³² razão pela qual podemos dizer que, *da forma como tradicionalmente concebidos*, esses crimes são incompatíveis com o princípio da ofensividade e que, portanto, são ilegítimos, restando dois caminhos possíveis: 1) a completa revogação de qualquer crime de perigo abstrato do ordenamento jurídico; ou 2) a sua recuperação hermenêutica frente às exigências da ofensividade.

Defende a primeira solução FERRAJOLI, que afirma que os sistemas que possuem crimes sem ofensa prescindem da lesão a bens jurídicos concretos e, frequentemente, antecipam a punição para a simples colocação abstrata em perigo.¹³³ Segundo ele, os crimes de perigo abstrato e presumido, que possuem redação não taxativa e aberta,¹³⁴ são marcados pelo caráter altamente hipotético ou improvável do resultado lesivo e por castigarem não a ofensa, mas a simples desobediência ao direito por uma ação que em si considerada é inócua, uma vez não há necessidade da subsistência concreta de perigo algum.

Por isso, os delitos de perigo abstrato e presumido deveriam ser reconstruídos, em conformidade com o princípio da ofensividade, como delitos de dano ou, no máximo, de perigo concreto, “segundo mereça o bem em questão uma tutela limitada ao prejuízo ou antecipada à mera colocação em perigo”; já os delitos que não forem suscetíveis de recuperação devem ser suprimidos.¹³⁵

¹²⁹ FIGUEIREDO DIAS. Op. cit. p. 309. ROXIN. Op. cit. p. 407. ANTOLISEI. Op. cit. p. 263.

¹³⁰ MANTOVANI. Op. cit. p. 92.

¹³¹ BETTIOL. Op. cit. p. 276. MUÑOZ CONDE, Francisco; MERCEDES ARÁN, García. *Derecho Penal: Parte General*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 320.

¹³² MANTOVANI. Op. cit. p. 98.

¹³³ FERRAJOLI. Op. cit. p. 98.

¹³⁴ Idem, ibidem. p.436.

¹³⁵ Idem, ibidem. p. 440.

No tocante à segunda solução, foram muitas as reconstruções do conceito de crime de perigo abstrato feitas, tentando recuperá-los à luz das exigências dos princípios da culpabilidade e da ofensividade.¹³⁶ Essas posições reconhecem a ilegitimidade dos crimes de perigo abstrato quando fundamentados exclusivamente no desvalor da ação ou em uma presunção absoluta de perigo. Por outro lado, afirmam a autônoma capacidade do perigo para intervir de forma prejudicial na intencionalidade jurídico-penalmente relevante que o tipo de perigo protege,¹³⁷ ou seja, ele é dotado de um conteúdo de significação para o bem jurídico tutelado.¹³⁸ Portanto, identificam no perigo um legítimo desvalor do resultado.¹³⁹ Desvalor este que não está representado no futuro, no provável dano que a norma pretende evitar, mas na própria situação perigosa que é em si mesma ofensiva a bens jurídicos, razão pela qual os crimes de perigo não devem ser entendidos como a manifestação de um direito penal preventivista, legitimados somente pela intenção de prevenir futuras situações danosas.¹⁴⁰

Nesse sentido, D'AVILA, seguindo FARIA COSTA, entende o perigo como uma noção autônoma que, elaborada a partir de uma relação entre a conduta e a probabilidade de ocorrência do resultado desvalioso, se desvincula de tais elementos e adquire “efetiva autonomia como objeto real”, que pode ser analisado.¹⁴¹ Assim, o perigo obtém, “mediante a devida abstração, plena autonomia como noção normativa relacional dotada de desvalor, e, outrossim, capaz de conferir ao tipo de perigo o necessário desvalor do resultado”.¹⁴²

No que concerne aos crimes de perigo abstrato, alega-se que são delitos de grande valia político-criminal e dotados “de potencialidade suficiente para preencher um relevante espaço na estrutura dogmática do ilícito-típico”.¹⁴³ É dito que eles são úteis ao combate dos perigos da sociedade do risco, motivo pelo qual o direito penal não pode abrir mão dos benefícios da antecipação da tutela penal, pois é necessária a criminalização desses delitos em função das necessidades de proteção de particulares bens jurídicos ou formas de agressão.¹⁴⁴

Em face disso, os danos desse afastamento do bem jurídico devem ser minimizados.¹⁴⁵ “pode-se renunciar ao ‘resultado’ na forma de uma lesão ao bem jurídico ou inclusive ao próprio perigo concreto, *mas não se pode elevar a tentativa inidônea em protótipo do fato*

¹³⁶ Sobre as diversas formulações, ver: D'AVILA. Op. cit. p. 112 et. seq.

¹³⁷ D'AVILA. Op. cit. p. 93.

¹³⁸ Idem, ibidem. p. 95.

¹³⁹ Idem, ibidem. p. 94.

¹⁴⁰ Idem, ibidem. p. 96.

¹⁴¹ Idem, ibidem. p. 99.

¹⁴² Idem, ibidem. p. 100.

¹⁴³ Idem, ibidem. p. 111.

¹⁴⁴ GRASSO, *apud* D'AVILA. Op. cit. p. 111.

¹⁴⁵ MARINUCCI, *apud* D'AVILA. Op. cit. p. 111.

punível".¹⁴⁶ Na busca dessa minimização dos danos, são propostos dois critérios mínimos a toda figura delitiva: uma ameaça ao bem jurídico que começa a tomar forma com o início dos atos de execução e a idoneidade do perigo proporcional à natureza do bem.¹⁴⁷

Dentre todas as tentativas de releitura dos crimes de perigo abstrato, a que entendemos mais frutuosa é a que foi elaborada por FARIA COSTA. Para bem compreendê-la, inicialmente, devemos entender a forma como o autor enxerga a ofensividade.¹⁴⁸ Sua leitura da ofensividade é feita a partir da perversão da relação matricial “onto-antropológica de cuidado-de-perigo”, constituída pela relação de cuidado do *eu* para com o *outro*.¹⁴⁹ Essa relação, por meio da intervenção legislativa, adentra no campo da normatividade jurídico-penal na elaboração da figura típica¹⁵⁰ e “encontrará a sua mais pura expressão, quando mediatizada por um concreto bem jurídico-penal”.¹⁵¹ a sua *ratio essendi* é a mediação de bens jurídicos.¹⁵²

Para essa concepção, os crimes de perigo abstrato são dotados de um autônomo desvalor do resultado, que deve ser buscado na intencionalidade normativa representada por essa categoria de delitos:¹⁵³ quando o legislador criminaliza o perigo a um bem jurídico, ele pretende “conservar, sem oscilações, a tensão primitiva da relação matricial de cuidado”.¹⁵⁴ O núcleo do desvalor do resultado das figuras de perigo abstrato se encontra nessa oscilação, na forma de ofensa que é chamada de desvalor de cuidado-de-perigo.¹⁵⁵

Portanto, embora o injusto de perigo abstrato se satisfaça apenas com a interferência na esfera de manifestação do interesse que não é concretamente posto em perigo, o bem jurídico continua sendo a categoria normativa pela qual é erigido o seu ilícito típico.¹⁵⁶ Vale dizer, a interferência na esfera de manifestação da intencionalidade normativa do bem jurídico, que retira a *tranquilidade de sua expressão*, afeta os elementos necessários para a manutenção da tensão primitiva da relação de cuidado-de-perigo.¹⁵⁷

Assim, para os delitos de perigo abstrato não é necessário que um bem jurídico esteja concretamente presente na relação de perigo, pois, como diz D’AVILA, “esta categoria de

¹⁴⁶ STRATENWERTH, *apud* D’AVILA. Op. cit. p. 111.

¹⁴⁷ MARINUCCI, *apud* D’AVILA. Op. cit. p. 111.

¹⁴⁸ D’AVILA. Op. cit. p. 159.

¹⁴⁹ FARIA COSTA, *apud* D’AVILA. Op. cit. p. 106.

¹⁵⁰ FARIA COSTA, *apud* D’AVILA. Op. cit. p. 106.

¹⁵¹ D’AVILA. Op. cit. p. 106.

¹⁵² *Idem*, *ibidem*. 160.

¹⁵³ *Idem*, *ibidem*. p. 160.

¹⁵⁴ *Idem*, *ibidem*. p. 161.

¹⁵⁵ *Idem*, *ibidem*. p. 161.

¹⁵⁶ *Idem*, *ibidem*. p. 161.

¹⁵⁷ *Idem*, *ibidem*. p. 161.

crime busca, como instrumento de ampla proteção do bem jurídico, *proteger o campo de atuação desse mesmo bem jurídico*”.¹⁵⁸

Destarte, o bem jurídico não é visto de uma forma estática, mas como uma categoria dinâmica, a qual possui um campo de atuação que representa um espaço necessário à sua existência e ao alcance da completude de sua intencionalidade normativa, razão pela qual a ele é concedida dignidade penal.¹⁵⁹ Logo, é justificado o alargamento da proteção penal do bem jurídico até a esfera de sua manifestação:¹⁶⁰ o resultado dos crimes de perigo abstrato é a criação de uma instabilidade na esfera de manifestação do bem jurídico.¹⁶¹

Para o accertamento da ofensividade nos crimes de cuidado-de-perigo são propostos os seguintes critérios, que constituem os elementos matrizes de uma concepção geral de perigo abstrato: 1) a não exigência de um bem jurídico concretamente colocado em perigo; e 2) a necessidade de uma situação relacional que expresse minimamente o conteúdo conformador da noção de perigo.¹⁶²

Além dos elementos matrizes da concepção geral de perigo, há um critério objetivo-normativo extremo: a exigência de uma *possibilidade não-insignificante* de dano ao bem jurídico.¹⁶³ Essa probabilidade deve ser aferida em um juízo único, *ex ante* de base total, ou seja, que considere todas circunstâncias do fato (inclusive as não conhecidas pelo autor), de objetiva e real possibilidade não-insignificante de lesão ao bem jurídico protegido.¹⁶⁴

3 Há compatibilidade entre o princípio da ofensividade e a antecipação da tutela penal?

3.1.1 Princípio da ofensividade e direito penal de ordem subjetiva

Parece claro que, na medida em que o princípio da ofensividade impõe uma concepção objetiva do direito penal nos termos do que acima foi exposto, ele é absolutamente incompatível com uma concepção subjetiva do direito penal, que possui o seu principal fundamento no desvalor da ação. Na verdade, o direito penal de base subjetiva está arvorado em um princípio que é o oposto do princípio da ofensividade: *o princípio do fato como mera*

¹⁵⁸ Idem, ibidem. p. 161-162.

¹⁵⁹ Idem, ibidem. p. 162.

¹⁶⁰ Idem, ibidem. p. 162.

¹⁶¹ Idem, ibidem. p. 164.

¹⁶² Idem, ibidem. p. 168.

¹⁶³ Idem, ibidem. p. 172.

¹⁶⁴ Idem, ibidem. p. 172.

violação do dever, pelo qual “o crime é concebido como violação de um mero «*dever de obediência*», «*de fidelidade*» às normas estatais, como «rebelião» à vontade coletiva”.¹⁶⁵

Em um direito penal dessa ordem, a antecipação da punibilidade pode ser feita de forma irrestrita, atingindo, inclusive, atitudes voluntárias puramente internas ou o próprio modo de ser da pessoa,¹⁶⁶ razão pela qual é evidente a sua inconstitucionalidade.

De fato, todas as formas de leitura do princípio da ofensividade feitas no contexto de uma concepção subjetiva do direito penal aconteceram em Estados autoritários,¹⁶⁷ como o nacional-socialista e o socialista.

Para o Direito nacional-socialista, era admitida uma distinção entre lei e Direito, que atuavam independentemente.¹⁶⁸ O Direito era visto como fruto do espírito e de valores de um momento histórico:¹⁶⁹ ele é “função e resultado da *Volksgemeinschaft*, como instrumento através do qual o espírito objetivo, atuante no organismo real do povo, ordena a vida coletiva”.¹⁷⁰

Assim, o Direito estava além das leis, pois era visto como a expressão da comunidade.¹⁷¹ O Direito do Estado nazista era marcado por um antinormativismo, uma vez era considerado imanente à comunidade.¹⁷² Nesse contexto, ele era regido por fontes materiais, como o “espírito objetivo” e o “sadio sentimento do povo”.¹⁷³ Essa visão foi transportada ao direito penal nacional-socialista, como demonstra a reforma do parágrafo do art. 2º. do Código Penal alemão, que admitiu a analogia em direito penal, conforme “o são sentimento do povo”.¹⁷⁴

O direito penal nazista fundava a concepção de delito na vontade criminosa do agente, na “vontade rebelde que se insurge contra a ordem que regula e abraça a vida da comunidade do povo”.¹⁷⁵ Ele desmaterializava e eticizava a ideia de crime, entendendo-o como puro ato de “infidelidade” às regras da nova comunidade.¹⁷⁶ Os defensores das ideias da escola de Kiel

¹⁶⁵ MANTOVANI. Op. cit., p. 81.

¹⁶⁶ Idem, *ibidem*, p. 52.

¹⁶⁷ Idem, *ibidem*, p. 81.

¹⁶⁸ REALE JÚNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*. São Paulo: Bushatsky, 1974, p. 11.

¹⁶⁹ Idem, *ibidem*, p. 11.

¹⁷⁰ Idem, *ibidem*, p. 12.

¹⁷¹ Idem, *ibidem*, p. 12.

¹⁷² Idem, *ibidem*, p. 13.

¹⁷³ Idem, *ibidem*, p. 12.

¹⁷⁴ Idem, *ibidem*, p. 13.

¹⁷⁵ Idem, *ibidem*, p. 14.

¹⁷⁶ MANTOVANI. Op. cit. p. 81.

entendiam que o fato exteriorizava a vontade do agente contrária à comunidade, sendo merecedora de punição.¹⁷⁷

Para a escola de Kiel, a cada tipo penal há um tipo de autor próprio (*tipo normativo de autor*), existindo a possibilidade de, por meio do tipo normativo de autor, estender-se o âmbito da lei penal à vontade delituosa, que era “normativamente revelada e encarnada pelo agente”.¹⁷⁸ Esse direito penal degradou o fato ofensivo a bens jurídicos à entidade desprezível,¹⁷⁹ pois o crime punia o autor em razão do seu modo de ser imoral e do seu geral sentimento antijurídico.¹⁸⁰

Igualmente, o direito penal soviético admitia a analogia para a punição de fatos graves à sociedade comunista, mesmo que não estivessem previstos em lei.¹⁸¹ Portanto, a concepção de crime socialista está fundada na *periculosidade social* da ação, que afeta a “estrutura do Estado soviético ou o regime da ditadura do proletariado”.¹⁸²

Segundo MANTOVANI, os códigos penais de países socialistas consagravam uma cláusula geral da punibilidade de qualquer *fato socialmente perigoso* para a sociedade socialista.¹⁸³ O juízo da periculosidade social era feito mediante a comparação da tensão dialética entre o “bem específico” tutelado pela norma e o “bem jurídico genérico”, que era externo a ela e representava o interesse da comunidade socialista.¹⁸⁴ Nesse quadro, o princípio da ofensividade era um instrumento para fugir da reserva legal, pois, no caso de conflito de interesses entre o bem jurídico específico e genérico, deveriam ser considerados crimes todos os fatos considerados perigosos para a sociedade socialista.¹⁸⁵

Portanto, a concepção subjetiva do direito penal é característica do totalitarismo penal, de “um direito penal ideológico, policialesco, terrorista, liberticida”.¹⁸⁶ O Estado não reconhece mais a pessoa como cidadão,¹⁸⁷ mas como inimigo:¹⁸⁸ “despojar desse modo o sujeito de sua esfera privada não corresponderá ao direito penal dos cidadãos, senão ao direito penal dos inimigos”.¹⁸⁹

¹⁷⁷ REALE JÚNIOR. Op. cit. p. 15.

¹⁷⁸ Idem, ibidem. p. 15.

¹⁷⁹ MANTOVANI. Op. cit. p. 81.

¹⁸⁰ Idem, ibidem. p. 81.

¹⁸¹ REALE JÚNIOR. Op. cit. p. 17.

¹⁸² Idem, ibidem. p. 17.

¹⁸³ MANTOVANI. Op. cit. p. 82.

¹⁸⁴ Idem, ibidem. p. 82.

¹⁸⁵ Idem, ibidem. p. 82.

¹⁸⁶ Idem, ibidem. p. 81.

¹⁸⁷ JAKOBS. Op. cit. p. 296.

¹⁸⁸ Idem, ibidem. p. 298.

¹⁸⁹ Idem, ibidem. p. 313.

3.1.2 Princípio da ofensividade e direito penal do risco

Como afirma ROXIN, de um ponto de vista político-criminal, a questão que se coloca é se a introdução do *topos* da sociedade do risco no direito penal significa o fim da proteção de bens jurídicos.¹⁹⁰

É evidente que a resposta à questão será positiva se optarmos pela adoção de uma visão funcionalista exacerbada, que, buscando atender as exigências da sociedade do risco, tutela apenas a vigência das normas. Essa concepção do direito penal possui uma “verdadeira inimizade pelo *axioma onto-antropológico* do direito penal e por uma *ordem axiológica* (mínima, mas nem por isso menos essencial) que daí por força há-de resultar”.¹⁹¹ Na medida em que enxergamos no princípio da ofensividade uma força vinculante constitucional, a adoção desse direito penal funcionalizado é inviável, mesmo em uma sociedade do risco.

Por outro lado, um modelo do direito penal fundado na necessária ofensa não é incompatível com a antecipação da punibilidade que nos é imposta pelas necessidades político-criminais das sociedades pós-industriais. Nesse ponto, com precisão, FIGUEIREDO DIAS afirma que “reconhecer como função exclusiva do direito penal a tutela subsidiária de bens jurídicos não implica limitar a intervenção da sanção criminal apenas aos casos em que se verifique uma efectiva lesão do bem jurídico”.¹⁹² Basta pensarmos nos casos da punição da tentativa e dos crimes de perigo concreto,¹⁹³ cuja legitimidade e substrato material são por todos reconhecidos.

É dizer: a moldura criada pelo tensionamento entre a necessária ofensa e os interesses de política criminal possui como centro de referência uma forma de ofensa extrema, que é representada pelo dano/violação, o máximo atingimento do bem jurídico.¹⁹⁴ Ao lado desse centro de referência, afloram diversas figuras normativas, representativas das diferentes formas de ofensa,¹⁹⁵ sob as vestes de crimes de perigo, pois, como já foi dito, a zona de tensão gerada pelo conflito entre a ofensividade e o princípio da intervenção penal é responsável pelo traçado do contorno dos limites da própria ofensividade.

Portanto, o real problema enfrentado pelo princípio da ofensividade na sociedade do risco é o da demarcação dos limites que representam a fronteira estabelecida entre aquilo que pode ser legitimamente punido e aquelas condutas castigadas por uma razão puramente geral-preventiva, e que, em si mesmas consideradas, não apresentam qualquer desvalor do resultado

¹⁹⁰ ROXIN, *apud* FIGUEIREDO DIAS. Op. cit. p. 144.

¹⁹¹ FIGUEIREDO DIAS. Op. cit. p. 145.

¹⁹² Idem, *ibidem*. p. 144.

¹⁹³ Idem, *ibidem*. p. 144-145.

¹⁹⁴ D’AVILA. Op. cit. p. 90

¹⁹⁵ Idem, *ibidem*. p. 91.

(crimes sem ofensa). Em outras palavras, deve ser identificado o máximo grau de afastamento que a conduta pode ter do bem jurídico, sem que, com isso, perca como referência, pelo menos, do perigo a ele criado.

Pois bem, parece claro que aqui toda a discussão gira em torno da legitimidade dos crimes de perigo abstrato e das demais formas de perigo não-concreto. Quando tratamos especificadamente sobre o tema, já afirmamos que se esses delitos forem entendidos como aqueles em que há uma presunção absoluta de perigo, nos quais não é necessária a ocorrência concreta de um perigo ao bem jurídico, eles constituem crimes sem ofensa.

Mas, então, devemos interpretar os delitos de perigo abstrato como crimes de perigo concreto e, quando isso não foi viável, revogá-los, ou é possível fazer uma releitura desses crimes em que ainda se pode rastrear um substrato material mínimo?

A nosso ver – com a ressalva de que não entendemos ser este o espaço adequado para a adoção de uma posição definitiva sobre o tema –, a proposta feita por D'AVILA consegue dar uma resposta satisfatória à segunda das interrogações. Isso porque a exigência, em um juízo *ex ante* de base total, da ocorrência de uma probabilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico, é um instrumento capaz de excluir a punição de uma série de condutas que nunca trariam qualquer risco ao interesse tutelado pela norma e, ao mesmo tempo, é capaz de expressar um autêntico desvalor do resultado, assim como a antijuridicidade da conduta, através da interferência no espaço de manifestação do bem jurídico, compreendido na sua perspectiva dinâmica.

Estabelecido o crime de perigo abstrato (entendido como crime de cuidado-de-perigo) como o limite em que é admitido o máximo distanciamento da conduta em relação ao bem jurídico,¹⁹⁶ devemos definir os pressupostos das hipóteses em que poderia ocorrer a antecipação da tutela penal, sob pena de admitirmos que ela está legitimada para a punição de qualquer conduta que represente um perigo ao bem jurídico e que possa se tornar a arquitetura típica por excelência dos nossos códigos penais, quando deveria ocorrer apenas em casos excepcionais.

É lógico que o simples fato de o crime preencher os pressupostos que estabeleceremos não significa que o delito necessariamente deva ser criminalizado de forma antecipada, uma vez que a escolha da técnica de tutela do bem jurídico está sempre condicionada à *necessidade* de se recorrer a esse meio e ao *menor sofrimento* que é possível infligir ao agente. Assim, dois critérios que devem sempre ser observados.

¹⁹⁶ D'AVILA. Op. cit. p. 89.

Pois bem, o primeiro critério que deve ser observado para a antecipação da tutela penal é que a conduta deve criar um perigo idôneo e inequívoco para o bem jurídico,¹⁹⁷ pois não podemos elevar a tentativa inidônea a protótipo de fato punível.¹⁹⁸ Além disso, esse perigo deve ser proporcional à natureza do bem tutelado,¹⁹⁹ pois só podem ser tutelados de forma antecipada os valores de importância constitucional.

A linguagem da Constituição estabelece ente os bens constitucionalmente relevantes *diferentes categorias* que se traduzem em diversos *graus de importância*:²⁰⁰ o bem pode ser de categoria *primária*, de categoria *secundária* ou de categoria *fundamental*. A legitimidade das normas incriminadoras sob o perfil da *amplitude* e da *intensidade* da tutela penal é derivada dos nexos entre a relevância do bem e a sua categoria.²⁰¹

Assim, para a tutela de um bem fundamental, o qual é indispensável para a integridade das instituições e para a sobrevivência da própria sociedade, pode-se recorrer ao uso de figuras de crimes de cuidado-de-perigo, incriminando-se até mesmo os perigos mais remotos.²⁰² Admitem a tutela tanto por meio de crimes de cuidado-de-perigo quanto por meio de perigo concreto os bens de importância primária, que são aqueles indispensáveis para a sobrevivência das instituições e da ordem constitucional.²⁰³ Já os bens de importância secundária podem ser tutelados no máximo mediante o uso de crimes de perigo concreto.²⁰⁴

Esta ideia é sintetizada por DOLCINI e MARINUCCI quando afirmam que “*quanto menos grave é a ofensa* (e a gravidade da ofensa decresce à medida que se afasta do e lesão), *tanto mais elevada deve ser a categoria do bem*”.²⁰⁵

4 Considerações finais.

A partir deste trabalho foi possível concluir que a legitimidade da antecipação da tutela penal está condicionada à referência que a conduta incriminada deve manter em relação ao valor tutelado, pois, embora seja admitido certo distanciamento do bem jurídico, este nunca pode ser perdido de vista.

¹⁹⁷ MARINUCCI, *apud* D’AVILA. Op. cit. p. 111.

¹⁹⁸ STRATENWERTH, *apud* D’AVILA. Op. cit. p. 111.

¹⁹⁹ MARINUCCI, *apud* D’AVILA. Op. cit. p. 111.

²⁰⁰ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e Escolha de Bens Jurídicos. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 4, Fasc. 2, abril/jun. 1994, p. 191.

²⁰¹ Idem, *ibidem*. p. 192.

²⁰² Idem, *ibidem*. p. 192.

²⁰³ Idem, *ibidem*. p. 192-194

²⁰⁴ Idem, *ibidem*. p. 195.

²⁰⁵ Idem, *ibidem*. p. 194.

Isso ocorre porque o crime deve ser dotado de uma necessária ofensividade, uma vez que a ofensividade, como norma constitucional de caráter duplo, possui força vinculante, não sendo admitidos crimes sem ofensa (v. g. crimes-função, crimes-obstáculo, crimes de dolo especial de ulterior ofensa, crimes de suspeita...). Logo, a ofensividade, através das diversas formas de ofensa, é responsável justamente pelo traçado dos limites em que seria legitimamente admitida a punibilidade antecipada.

Como, a partir da exigência de uma necessária ofensividade, a pedra angular do injusto é a ofensa a bens jurídicos dotados de dignidade penal, a antecipação nunca deve estar fundamentada em uma projeção de um futuro desvalor do resultado, característico de um direito penal puramente preventivo, senão em um atual resultado desvalioso: a negação da intencionalidade normativa que o perigo ao bem jurídico representa.

Igualmente, como nessa compreensão objetiva do ilícito penal há uma preponderância do desvalor do resultado sobre o desvalor da ação, não são legítimas as incriminações antecipadas fundadas exclusivamente em um dever de obediência às normas estatais ou na periculosidade subjetiva do agente.

A forma de ofensa em que é admitido o máximo grau de distanciamento do bem jurídico é a ofensa de cuidado-de-perigo, na qual deve existir uma objetiva e real possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico, constatada em um juízo *ex ante* de base total. Ademais, sempre que ação não for idônea e inequívoca à colocação do bem jurídico em perigo o crime deve ser excluído.

Entendemos que só assim será possível uma fundamentação racional e laica da antecipação da tutela penal. Fundamentação que se mostra compatível com um Estado democrático de Direito e com a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos e é apta para diagnosticar e corrigir os crimes sem ofensas.

Referências

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale: parte generale*. 15ª ed. Milano: Giuffè, 2000.

BETTIOL, Giuseppe. *Diritto Penale*. 9ª ed. Padova: Cedam, 1976.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. *Ofensividade em Direito Penal: Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e Escolha de Bens Jurídicos. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 4, Fasc. 2, abril/jun. 1994.

FARIA COSTA, José Francisco de. Apontamentos para umas reflexões mínimas e tempestivas sobre o direito penal hoje. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 17. n.º. 81, nov./dez. 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: Parte Geral (Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime)*. t. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal* (Einführung in die Grundlagen des Strafrechts). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros?: bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. In *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 04-14 (2002).

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. 4ª ed. Granada: Comares, 1993.

JAKOBS, Günther. *Estudios de derecho penal*. Madrid: Civitas, 1997.

MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*. v. 1. Bogotá: Temis, 1954.

MANES, Vittorio. *Il Principio di Offensività nel Diritto Penale: Canone di Política Criminale, Criterio Ermeneutico, Parametro de Ragionevolezza*. Torino: G. Giappichelli, 2005.

MANTOVANI, Ferrando. *Principi di diritto penale*. Padova: Cedam, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco; MERCEDES ARÁN, García. *Derecho Penal: Parte General*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

PALAZZO, Francesco. *Valores Constitucionais e Direito Penal: Um Estudo Comparado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Antijuridicidade concreta*. São Paulo: Bushatsky, 1974.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General (Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito)*. t. I. 2ª. ed. Madrid: Civitas, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.