



BRACHER & DINIZ

A D V O G A D O S

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

AUTOR: BERNARDO LEANDRO BRACHER E SILVA, Advogado,
Sócio do Escritório BRACHER & DINIZ ADVOGADOS

Trabalho de Conclusão de Curso de Pós-Graduação em Direito
Constitucional, da PUC Minas

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

RESUMO

O presente estudo versa sobre “a aplicação da hermenêutica constitucional nos crimes de perigo abstrato”. Através do estudo pormenorizado da doutrina afeta ao tema, busca-se desenvolver uma análise crítica dos mecanismos de aplicação da lei penal, para que sejam atendidas as diretrizes do Estado Constitucional e Democrático de Direito, que prima pela proteção aos direitos e garantias fundamentais e pela valorização dos princípios. Nesse aspecto, pretende-se demonstrar a necessidade da análise da tipicidade material para que se apure a existência de ofensa (lesão ou perigo concreto de lesão) contra o bem jurídico protegido, através dos critérios propostos pela nova hermenêutica constitucional, que apontam a melhor solução para o conflito entre regras (tipo penal) e princípios.

Palavras-chave: Crimes de perigo abstrato. Hermenêutica constitucional. Análise. Critérios de aplicação da norma.

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

1 INTRODUÇÃO

O Direito Penal possui a função de garantir os bens jurídicos mais essenciais do indivíduo e da sociedade, assim definidos pelo legislador, que é orientado pelos valores e limites dispostos na Constituição, para que sejam estabelecidas as medidas necessárias de reação estatal com a finalidade de coibir os danos mais graves às relações humanas através de um juízo de valoração sobre as condutas lesivas ou perigosas perpetradas contra os bens jurídicos eleitos como fundamentais.

As sanções penais são estabelecidas para serem impostas àqueles que se comportam de maneira altamente reprovável ou danosa para o organismo social, cuja repercussão assume tal proporção que os demais meios de controle estatal não se mostram suficientemente eficazes para harmonizar o convívio social. Institui esse ramo do direito, portanto, uma peculiar ordem de paz pública e de tutela das relações sociais, que visa proteger a convivência humana, assegurando a solidez e a segurança da ordem jurídica por meio da coação estatal que deve estar pautada nos Princípios Informadores do Direito Penal, sob pena de violar, com a sua aplicação, um dos postulados fundamentais do Estado Constitucional e Democrático de Direito – a liberdade.

Nos últimos tempos, observa-se que o Direito Penal teve sua abrangência aumentada substancialmente devido a crescente complexidade do mundo contemporâneo e a ineficiência dos mecanismos civis e administrativos à disposição do Estado para conter os conflitos sociais. O inchaço do Direito Penal fez com que o mesmo deixasse de ser, em alguns casos, a *ultimaratio*. Nessa perspectiva, começou-se a discutir o destaque do resultado do fato delituoso, sobretudo no que se refere à mensuração do dano ou do risco concreto de dano resultante da ação humana contra um bem jurídico protegido.

Recentemente, principalmente no Brasil, os métodos clássicos de interpretação do direito – gramatical, histórico, sistemático e teleológico – passaram a ser considerados como ferramentas auxiliares de interpretação, em virtude da ascensão da Constituição como elemento normativo irradiador de sentido dos demais ramos do direito e do novo

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

status atribuído aos princípios. Os princípios deixaram a função de elementos de aplicação subsidiária para serem considerados os condutores dos valores mais importantes da sociedade. A consequência desse cenário foi a modificação do paradigma positivista para pós-positivista, que proporcionou a ruptura com a lógica da *subsunção*, em várias situações.

O estudo da ofensa (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico tutelado) em um caso concreto, se mostra como um meio eficiente e preciso de se definir qual a medida jurídica que melhor atende aos anseios sociais advindos do conflito. Significa que, em muitos casos, será necessário verificar se houve ofensa ao objeto de proteção penal para que a sanção penal seja aplicada. A simples *subsunção* do fato ao tipo, nesses casos, não será suficiente para que a conduta seja considerada típica. A tipicidade deve ser verificada formalmente e materialmente.

Nas hipóteses em que se constatar que não há tipicidade material, a regra (tipo) não poderá incidir em razão da orientação dada pela Constituição de 1988, que se manifesta através dos princípios do Direito Penal (insignificância, intervenção mínima, ofensividade, da igualdade, proporcionalidade, entre outros). No entanto, para que tal manobra seja legítima e válida, o aplicador da lei deve ser guiado pela *nova hermenêutica constitucional*, para que seja realizada a *ponderação* entre os elementos normativos antagônicos – tipo e princípio(s) – aplicáveis ao caso concreto, para que seja obtida a conclusão (sentença) mais adequada ou razoável.

A solução constitucional para a controvérsia é importante, pois é necessário que seja realizada uma análise valorativa da conduta perpetrada e, principalmente, do resultado produzido em cada caso. Destarte, essa é a melhor maneira de interpretação e de aplicação da lei, porquanto inibe a possibilidade de punição criminal aos agentes que praticarem condutas desprovidas de dano ou de perigo concreto de dano ao bem jurídico protegido.

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

2 DO DIREITO PENAL TRADICIONAL AO DIREITO PENAL CONSTITUCIONAL

Acompanhando o ideal iluminista, o Direito Penal tradicional/moderno iniciou-se entre os séculos XVIII e XIX. Seu foco era a proteção dos direitos fundamentais¹, principalmente com relação às intervenções punitivas do Estado, que era considerado fonte potencial de violência, pois poderia tanto proteger os direitos naturais do homem quanto poderia, por meio do Direito Penal, afastar o homem do gozo desses direitos. Assim, houve a necessidade de se delimitar, com precisão, o que era e o que não era permitido, sendo considerada criminosa apenas a conduta capaz de causar um dano claro e intolerável a algum bem jurídico eleito como essencial (GOMES, 2003).

Com os regimes nazista e fascista os ideais garantistas que fundaram o Direito Penal moderno foram afastados, ocasionando a ruptura da lógica do Direito como uma barreira para as arbitrariedades estatais. Após a Segunda Guerra Mundial o Direito Penal se afastou das tradições iluministas, aumentando a abrangência da tutela aos bens jurídicos, concebendo também a idéia de prevenção, resultando em uma alteração radical de paradigma ao “transformar o direito penal de *ultima* em *prima ratio*, particularmente para a ‘solução’ dos mais agudos e, com freqüência, irresolúveis problemas sociais (no campo da ecologia, da genética, da economia, das finanças, etc.)” (GOMES, 2003, p. 240).

O Estado, diante da crescente complexidade da sociedade no último século, não foi capaz de se manter vinculado aos princípios tradicionais da justiça penal – *intervenção mínima, culpabilidade, legalidade, ofensividade*, dentre outros (GOMES, 2003) – dado o descompasso existente entre os meios civis e administrativos de controle social e a necessidade de se tutelar novos bens jurídicos que surgiam. As debilidades e as falhas dos outros ramos do Direito resultaram na transferência da proteção dos bens jurídicos

¹ Nesse período os direitos fundamentais são os conhecidos como os de *primeira geração*, que cuidavam da proteção das liberdades públicas – direitos civis e políticos.

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

não-penais para o Direito Penal, o que provocou seu endurecimento. Além disso, passou a ser tarefa do Direito Penal a atribuição de punir várias ações desprovidas de *ofensividade*. A ampliação desmedida das sanções penais colocou o Direito Penal “numa situação de *superposição* ou *anteposição* em relação aos demais ramos do ordenamento” (OLIVIERA, 2008, p. 10).

A conseqüência de se inchar o Direito Penal com questões que não lhe são próprias é o aumento da fragilidade de seu sistema (OLIVEIRA, 2008, p. 10)², que se dá na “ânsia de encontrar uma *bengala jurídica* para solucionar debilidades do direito em geral” (OLIVIERA, 2008, p. 12), pois a modernidade fez com que a sociedade se preocupasse, de modo crescente, com seu futuro e com sua segurança. Nesse aspecto, o Direito Penal, “cada vez mais punitivo, preventivo e hipertrofiado” (ROMERO, 2006, p. 45), sofre influência direta da chamada *sociedade de risco*³, ao inserir em seu arcabouço bens jurídicos carregados de abstração (ROMERO, 2006).

Juarez Tavares (2003, p. 113) ao comentar as limitações sobre a intervenção do Estado na liberdade das pessoas, critica as regras existentes que estão em dissonância com os preceitos fundantes do atual Estado Constitucional e Democrático de Direito, em função da ampla liberdade de escolha dos legisladores:

O sistema jurídico, ao enunciar normas penais, nas quais se definem comportamentos criminosos e se lhes associam sanções criminais, só pode ser compreendido como um sistema delimitador; quer dizer, só pode justificar-se na medida em que trace de maneira precisa e definitiva os limites de intervenção estatal no âmbito de liberdade individual, pois só nessa condição é que estará recuperando noção de sujeito de direitos e lhe assegurando a condição de pessoa. Isto implicará necessariamente uma outra condição: a norma penal não pode simplesmente ordenar condutas, como se existira um dever jurídico geral de obediência, quer dizer, a incriminação não pode

² Esse autor afirma que “a patologia do gigantismo, ao afetar o ser humano, causa-lhe debilidade e impotência; do mesmo modo, o gigantismo legal afeta a ordem jurídica tornando-a frágil e destituída de credibilidade e respeitabilidade” (OLIVIERA, 2008, p. 10).

³ Segundo Diego Romero (2006) sociedade de risco é a denominação dada à sociedade contemporânea que conta atualmente com novas ameaças que não existiam antigamente. As ameaças decorrem das ações humanas que põem em risco sua própria sobrevivência.

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

ter por base simplesmente a decisão do autor no sentido de certo objetivo, porque isto o situa na condição de juridicamente obrigado a agir de determinada forma, quando o que se preceitua é justamente o contrário.

A ineficácia da aplicação da lei penal e a ilegitimidade para tanto, são os efeitos do inchaço do Direito Penal, que tem por objetivo dar proteção aos bens que, não raras as vezes, sequer se aproximam daqueles que realmente são fundamentais para a sociedade, sendo necessário para o cumprimento de um programa de *Direito Penal mínimo* uma massiva deflação dos bens penais e das proibições legais. O esvaziamento desse ramo do Direito – simplificação e racionalização, com a retirada dos delitos de perigo abstrato, das contravenções penais, das penas pecuniárias, das condutas puramente imorais, entre outras – causaria sua maior valorização, decorrente do aumento da efetividade e legitimidade obtidas com tal medida, em favor da tutela de bens jurídicos oriundos dos valores realmente fundamentais (FERRAJOLI, 2006, p. 436 e ss.).

Crime, formalmente, é a ação humana que corresponde à conduta descrita na lei, para a qual caberá uma pena ou uma medida de segurança e, analiticamente, de acordo com a doutrina majoritária que defende o sistema tripartido, delito é considerado como a ação típica, ilícita e culpável. Porém, segundo Luiz Flávio Gomes (2002, p. 72 e ss.), a discussão entre a concepção bipartida⁴ e a tripartida sobre o conceito analítico de crime deve ser superada por uma nova visão: a de crime como *fato punível*.

Essa nova mentalidade promove a modificação do Direito Penal, no sentido de que o resultado passou a ter maior relevância. Isso permite que se observe

o que está proibido (que integra a esfera da norma de conduta ou de valoração) e o que está sujeito à incidência de castigo penal (que faz parte da esfera da norma de sanção). [...] em linhas gerais, o fato punível possui quatro requisitos: (a) conduta típica (em sentido material); (b) ausência de causas excludentes da antijuridicidade; (c) culpabilidade; (d) punibilidade. Os dois primeiros integram o conceito de injusto penal (=antijuridicidade

⁴ Crime como fato típico e ilícito.

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

material); os dois últimos fazem parte da punibilidade em sentido amplo (GOMES, 2002, p. 76 e ss.).

A pertinência da análise da tipicidade material não significa o abandono do destacado papel que a tipicidade formal possui, principalmente porque é a base da lógica própria do Direito Penal. A tipicidade formal mostra o que é proibido (faz parte do *ius puniendi*), ao passo que a tipicidade material serve de filtro para a atividade punitiva do Estado, ao permitir que seja lançado um olhar crítico sobre a tipicidade formal e o fato concreto – conjugando-os. A tipicidade material tem o fim de garantir que a decisão seja legítima e justa diante do contexto fático, na hipótese de ter realmente ocorrido lesão ou perigo concreto de lesão, observando, ainda, se a pena prevista em abstrato para o caso é mais extrema que a gravidade da ofensa ao bem jurídico protegido (faz parte do *ius poenale*).

No Estado Teocrático, o delito era associado à idéia de pecado. No período do Iluminismo, o crime deixou de estar atrelado a uma violação moral, para ser apenas uma ofensa a um interesse ou bem de terceiro protegido pela lei penal. Criou-se, nos séculos XVIII e XIX o conceito de delito como violação a um direito subjetivo. Posteriormente, vislumbraram o conceito de delito como uma violação à ordem ética. Já outros consideravam o delito uma disfunção social. Porém, essas percepções não foram capazes de observar a característica intrínseca mais peculiar que o aspecto material do delito é portador: o delito como uma ofensa intolerável a um bem jurídico (GOMES, 2002, p. 80 e ss.).

O bem jurídico, atualmente, é conceituado como a expressão de uma liberdade, não sendo mais o resultado de uma construção doutrinária. O bem jurídico vincula-se ao eixo dos direitos fundamentais da Constituição, estabelecendo “uma estreita relação entre a função criminalizadora e o modelo de Estado adotado, isto é, entre o Direito penal e a Constituição” (GOMES, 2002, p. 88). Assim, o próprio Estado, que cria seus limites de atuação, concebe o delito com ofensa a um bem jurídico com dimensão constitucional (GOMES, 2002, p. 88). Nesse diapasão, a Constituição vincula a atividade legislativa e judiciária, na medida que a primeira deve se preocupar em criar dispositivos claros e precisos, que abriguem interesses e bens jurídicos penalmente

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

relevantes, evitando incriminar condutas que não exponham apenas o bem jurídico a perigo abstrato; já a segunda atividade deve harmonizar as normas abstratas de acordo com as peculiaridades do caso concreto, indo além da simples *subsunção* do fato à norma, visto que tanto o ofensor quanto o ofendido são igualmente portadores dos mesmos direitos e garantias fundamentais.

O Direito Penal tem como objeto a proteção dos jurídicos mais importantes para a sociedade, que estão inclusos na Constituição na forma de valores, mas não significa que todo e qualquer valor mereça a proteção do Direito Penal, porque como esse ramo “dispõe de sanções especialmente graves, não basta uma afetação de qualquer interesse de caráter ínfimo para legitimar a intervenção penal” (GRECO, 2004, p. 100) – concepção que repercute na criação, interpretação e aplicação da lei. Portanto, os bens jurídicos são “os dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência social, nos limites de uma ordem constitucional” (GRECO, 2004, p. 107)⁵.

A idéia de instituir o Direito Penal como um mecanismo de proteção dos bens jurídicos primordiais da sociedade, deve ser acrescida da visão de que esse mesmo bem precisa ser alvo de uma ofensa insuportável e inadmissível para que haja a incidência de uma sanção penal. Esse ponto de vista permite que os sistemas penais autoritários ou totalitários de outrora sirvam de lição. No atual modelo de Estado Democrático e Constitucional de Direito, os direitos fundamentais são postos à disposição da pessoa humana (GOMES, 2002, p. 14 e ss.).

Como é inadmissível a aplicação de uma pena quando não há ofensa a um bem jurídico protegido, o direito penal se vincula ao *princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos*⁶, que se presta para dar a forma ao Direito Penal. Com efeito, como o Direito Penal serve

⁵ Esse autor adota a *concepção dualista de bem jurídico*, que é defendida por “Tiedemann, Kuhlen, Schünemann, Hefendehl e, em Portugal, Figueiredo Dias, e que parece ser a posição dominante: para esta concepção, há bens jurídicos tanto individuais, quanto coletivos, e não se pode reduzir os bens jurídicos individuais à sua dimensão de interesse coletivo e nem vice-versa os bens jurídicos coletivos seriam ambos igualmente legítimos e admissíveis” (GRECO, 2004, p. 103).

⁶ No entanto, Luís Greco (2004, p. 110 e ss) sustenta que, em casos excepcionais poderá haver incriminação sem ofensa ao bem jurídico, como no caso de maus tratos a animais, cuja concepção advém das opiniões de Roxin e Hefendehl.

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

exclusivamente para tutelar os bens e interesses socialmente mais importantes, não se pode admitir que o Direito Penal proteja, segundo Luiz Flávio Gomes (2002, p. 43):

a ética, a moral, os costumes, uma ideologia, uma determinada religião, estratégia sociais, valores culturais como tais, programas de governo, a norma penal em si, etc. O Direito penal, em outras palavras, pode e deve ser conceituado como um conjunto normativo destinado à tutela de bens jurídicos, isto é, de relações sociais conflitivas valoradas positivamente na sociedade democrática.

Como já salientado acima, a tipicidade formal limita-se, no caso concreto, à simples constatação da subsunção da ação do agente ao tipo, sem observar o resultado decorrente da conduta, ao passo que a tipicidade material, visa apurar a ofensa aos bens que o legislador, por meio de um critério político, reputou como os de maior importância e relevo para a sociedade e que, conseqüentemente, foram selecionados para receber a tutela do Direito Penal. Após a constatação da tipicidade formal, deve ser analisada a tipicidade material, que será o meio de verificação do grau de lesão sofrido pelo bem jurídico abrigado pela lei penal. Muito embora a integridade de determinado bem seja importante a ponto de ser protegida pelo Direito Penal, não quer dizer que toda e qualquer lesão estará abrangida pelo tipo penal. Significa que somente os danos que tenham algum significado, isto é, que gozem de certa importância, é que estarão aptos a ensejarem uma sanção penal. Em virtude do conceito de tipicidade material, excluem-se dos tipos penais as lesões mínimas – reconhecidas como de bagatela – ou que nem mesmo sejam potencialmente lesivas, como no caso das infrações penais de perigo abstrato, para as quais deve ser mensurado o grau da potencialidade lesiva da conduta frente ao bem protegido pela lei (GRECO, 2003, p. 175).

Destarte, a afetação do bem jurídico se apresenta como um requisito da tipicidade penal. Por meio dessa concepção, se a norma tem sua razão de ser na tutela de um bem jurídico, não pode incluir em seu âmbito de proibição as condutas que não atinjam o objeto da proteção penal, ou seja, para que uma conduta seja penalmente típica é necessário que haja ofensa ou perigo concreto de ofensa a algum bem jurídico

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

protegido. Há afetação do bem jurídico por perigo quando há a possibilidade concreta de dano – risco insuportável e atual –, sem que tenha havido lesão efetiva ao mesmo.

O perigo deve ser aquele apto a provocar uma lesão ao bem ou interesse jurídico tutelado pela lei penal. Como não há espaço no Direito Penal para punição sem resultado, o bem jurídico, necessariamente, tem que ser exposto a uma situação de perigo concreto; não basta a presunção do perigo para que o fato seja considerado típico. A análise do contexto fático deve se incumbir de quantificar o grau de perigo perpetrado contra o bem jurídico, sendo certo que se o perigo oferecido pela conduta for insignificante, a tipicidade deverá ser afastada por ausência do elemento material. A norma aplicável ao caso não é revelada pela simples consideração isolada do tipo, o que implica em exclusão do âmbito de punição penal condutas minimamente dotadas de potencialidade lesiva. Deve-se, assim, negar relevância penal aos fatos de escassa *lesividade*, como nas hipóteses de perigo abstrato de lesão (REBÊLO, 2000, p. 33 e ss.).

A relevância do bem jurídico tutelado pelo Direito Penal também deve ser considerada, porque em algumas ocasiões a ação humana causadora do perigo pode ser menos grave que a própria sanção penal prevista para o fato. Quando isso ocorrer não será aplicável pena criminal ao agente, visto que o bem jurídico poderia, até mesmo, ter sido protegido por outro ramo do Direito. A conduta não terá tipicidade material, nesse caso.

Principalmente no que se refere aos delitos de perigo abstrato, observa-se que a posição relativa ao aspecto material do tipo se mostra relevante e adequada, porque se ajusta com perfeição aos Princípios Informadores do Direito Penal, para os quais não pode haver sanção criminal pela simples adequação da conduta ao tipo (tipicidade formal). Deve-se ir além, aferindo o risco produzido (tipicidade material) nos crimes de perigo, ou seja, a imputação não decorre apenas do desvalor da ação efetuada, mas advém também do desvalor do resultado (GOMES, 2002, p. 85). As vedações impostas pela Constituição impedem que haja sanção penal pela presunção de culpabilidade, pelo irrisório prejuízo ou pelo perigo mínimo de lesão ao bem jurídico protegido.

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Diante do excessivo rol de tipos penais que tratam de crimes de perigo, vê-se claramente a importância da discussão sobre a aplicabilidade de pena criminal como recurso ao combate das condutas que não causam, ao menos, perigo real ou concreto de lesão. Torna-se claro que os tipos de perigo podem trazer consigo a indeterminação, a abstração e, conseqüentemente, a sua inconstitucionalidade por violarem os *Princípios da Proporcionalidade, da Ofensividade, da Insignificância, da Intervenção Mínima* e tantos outros limitadores do poder punitivo, se esses tipos forem aplicados pelo simples exercício da *subsunção*, sem que sejam observados os resultados das condutas formalmente típicas, caso a caso.

Os princípios, como veículos condutores dos valores fundamentais da sociedade, têm a tarefa de apontar a norma a ser utilizada em concreto. Em outras palavras, os princípios conduzem a maneira de se interpretar e compreender o fato em conjunto com a lei, para, ao final, apontarem a norma a ser aplicada. Cabe, assim, ao aplicador da lei o dever de meditar sobre cada um dos detalhes da conduta formalmente típica, sobre os aspectos particulares do bem jurídico tutelado e sobre a ofensa (lesão ou perigo concreto de lesão), para verificar se a conduta é típica, ilícita, culpável e punível, como afirma Luiz Flávio Gomes (2002, p. 76 e ss.). Os princípios funcionam como verdadeiras balizas de criação e incidência normativa, pelo que garantem o respeito aos limites de regulação e atuação estatais. Todos os princípios, cada uma à sua maneira, orientam a produção legislativa e judiciária. De sorte que as regras (tipos penais) não podem constituir, no caso concreto, nenhum exagero punitivo quando das ocorrências em que não há lesão ou perigo concreto de lesão ao objeto da proteção penal (bem jurídico), pois, do contrário, a liberdade, a moral e a honra – que também detêm assento na Constituição – serão ofendidas com a aplicação desmedida da sanção prevista no tipo. A punição causa severos danos à dignidade da pessoa humana e, muitas vezes, consiste em agressão maior que a própria agressão levada a efeito pelo agente em desfavor do bem jurídico.

O Direito Penal deve ser um direito de *ultima ratio*; de uma postulação reducionista ao mínimo dos conflitos sociais, em atenção ao freqüente efeito contraproducente da

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

ingerência penal do Estado. A fragmentariedade do direito se opõe a uma visão onipresente da tutela penal, e impõe uma seleção qualitativa dos bens jurídicos ofendidos a serem protegidos. A subsidiariedade do Direito Penal, que pressupõe a sua fragmentariedade, deriva de seu *status* de remédio sancionador extremo, que deve, portanto, ser ministrado apenas quando quaisquer dos outros remédios se revelem ineficientes; sua intervenção se dá unicamente quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos jurídicos (ZAFFARONNI; PIERANGELI, 2001, p. 358).

Dessa forma, cabe aos operadores do direito a ocupação de analisar a possibilidade efetiva da lesão ao bem jurídico tutelado no momento do exame do fato em concreto. Na hipótese de o perigo ser abstrato, deve a conduta ser considerada atípica pela falta de tipicidade material. A mera *subsunção* do fato ao tipo, por si só, não caracteriza o fato ofensivo típico.

No presente trabalho, após a relação dos princípios afetos ao tema proposto, que segue adiante, é apresentado um modesto estudo sobre a maneira adequada (conforme a *nova hermenêutica constitucional*) de se realizar a coordenação entre os princípios (penais) e as regras (tipos penais) que sejam colidentes diante do caso concreto, envolvendo as questões expostas neste texto.

3 PRINCÍPIOS INFORMADORES DO DIREITO PENAL

3.1 O Princípio da Reserva Legal

A lei, como fonte imediata do Direito Penal, é o meio exclusivo para a elaboração de normas incriminadoras. Dela advém tanto a pretensão punitiva do Estado, como também a garantia dos cidadãos em seus atos cotidianos.

O Estado não pode punir um comportamento que não esteja descrito como ilícito. Assim, a legislação penal é a garantia prevista na constituição de liberdade para todos, que consiste em se poder fazer tudo aquilo que não está tipificado. Dessa forma, cabe à

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

lei penal delimitar as distinções entre as atividades consideradas legítimas e aquelas contrárias ao harmonioso convívio social, pois esse deve ser o fim de toda norma proibitiva, qual seja, evitar a prática de atitudes que possam colocar em risco a paz e a harmonia social.

Esse princípio surge como uma necessidade de se criar regras capazes de proteger os indivíduos de uma conduta arbitrária e excessiva do poder punitivo. Sua previsão consta do art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e do art. 1º, do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940).

3.2 O Princípio da Intervenção Mínima

No intuito de se manter a ordem social, o Direito Penal deve se limitar a coibir apenas os ataques mais graves aos bens jurídicos de maior relevo, o que motiva os indivíduos a agirem conforme o direito por temerem a perda da liberdade. Se a investida contra um bem jurídico não resultar em uma gravidade expressiva, a intervenção do Direito Penal será ilegítima, pois este deve ser sempre a *ultima ratio*, podendo apenas ser utilizado quando o fato social não for satisfatoriamente solucionável por outros meios.

O Direito Penal não deve ser o primeiro e único instrumento para fazer frente às tensões sociais, pois se outras formas de repressão se revelarem suficientes para o proteção de um determinado bem jurídico, a criminalização da conduta é inadequada e não recomendável (BITENCOURT, 2003, p. 11). O Direito Penal é a última opção a ser manejada pelo operador do Direito e somente deve ser utilizado quando falharem todos os meios extra-penais (civis e administrativos).

O prestígio constitucional que a liberdade possui, fundamenta a exigência do Direito Penal mínimo – a liberdade é a regra; a não-liberdade, a exceção. A não-liberdade, cuja forma jurídica é representada pela sanção penal, somente se justifica quando há absoluta necessidade social de o Estado se fazer valer desse mecanismo de intervenção.

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

3.3 O Princípio da Ofensividade

Inspirado nos bens de maior relevância – a vida, a liberdade humana e a dignidade – esse princípio constitui uma clara limitação ao poder punitivo estatal, na medida que restringe a atuação desse sistema repressor aos ataques mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, de modo que se não houver dano efetivo ou risco real de lesão ao bem objeto da proteção, a ação humana não constituirá ilícito penal. Com essa concepção, é afastada do âmbito do Direito Penal a possibilidade de se regular as ações que não causam algum tipo de perigo concreto aos bens jurídicos tutelados, tornando-se indispensável que o resultado aferido possua uma relevância tal, que justifique a imputação criminal.

A válida utilização da lei penal diante de seus métodos ordinários de aplicação exige uma extraordinariedade fática resultante da conduta para que haja incidência de sanção no caso concreto, isto é, deve haver uma causa juridicamente relevante para legitimar a pena criminal. A simples ocorrência de um crime de perigo abstrato não é suficiente para que se atribua pena em face de quem praticou a conduta formalmente típica. Se, nesses casos, o perigo não for comprovadamente alto a ponto de causar fundado temor, não haverá ofensa, portanto, não haverá crime.

As idéias acerca da aplicação da lei penal passaram, na fase *pós-positivista*, a se distanciar da utilização do tipo penal pela mera subsunção da ação ao texto normativo. A lei passou a ser interpretada conforme os diversos valores que compõem o ordenamento jurídico; a dogmática, diante das injustiças advindas da imputação criminal em situações nas quais as condutas típicas não alteravam o estado de conservação do bem tutelado, voltou sua atenção para as conseqüências do ato. Nesse contexto, a partir da necessidade de se avaliar os efeitos da conduta formalmente típica, o resultado passou a compor a tipicidade. Atualmente, a tipicidade é constituída pelo elemento formal (adequação da conduta ao modelo de ação ilícita contida no tipo) e pelo elemento material (resultado penalmente relevante decorrente da conduta típica).

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Assim, deve ser repudiada a criminalização das condutas que não ofendem o que a lei penal visa a garantir, conforme se depreende das lições de Maurício Antônio Ribeiro Lopes⁷:

No exato momento em que a doutrina evoluiu de um conceito formal a outro material de crime, adjetivando de significado lesivo a conduta humana necessária a fazer incidir a pena criminal pela ofensa concreta a um determinado bem jurídico, fez nascer a idéia da indispensabilidade da gravidade do resultado concretamente obtido ou que se pretendia alcançar. [...] Dentro de uma concepção realística do crime, os conceitos de bem jurídico e de evento típico devem ser revistos para elevar a ofensa ao interesse tutelado pela norma como requisito autônomo do tipo (princípio da ofensividade). De conformidade com ela exclui-se a punibilidade daqueles fatos adequados ao tipo, porém inofensivos enquanto inidôneos para lesionar o interesse protegido. [...] O juízo da tipicidade, para que tenha efetiva significância e não atinja fatos que devam ser estranhos ao Direito Penal, por sua aceitação pela sociedade ou dano social irrelevante, deve entender o tipo, na sua concepção material, como algo dotado de conteúdo valorativo, e não apenas sob seu aspecto formal, de cunho eminentemente diretivo. Para dar validade sistemática à irrefutável conclusão político-criminal de que o Direito Penal só deve ir até onde seja necessário para a proteção do bem jurídico, não se ocupando de bagatelas, é preciso considerar materialmente atípicas as condutas lesivas de inequívoca insignificância para a vida em sociedade (2000, p. 505 e ss).

O Princípio da Ofensividade auxilia a constatação do injusto e é informador do Princípio da Insignificância. É um dos limites constitucionais a serem observados pelo Estado quando da prática de qualquer crime, especialmente no que se refere aos delitos de perigo abstrato, porquanto esse princípio revela – em conjunto com os demais princípios – a importância do resultado para a caracterização do fato punível cuja consequência, nesse caso, é a exposição do bem jurídico tutelado a um risco concreto. A importância do perigo deverá ser avaliada por meio de um juízo de valoração da

⁷ Luiz Flávio Gomes (2002, p. 18 e ss.) possui o mesmo entendimento.

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

potencialidade lesiva da ação humana contra o bem. A conduta será materialmente típica apenas nas hipóteses em que o risco aferido for destacadamente severo.

3.4 O Princípio da Insignificância

O Princípio da Insignificância tem por finalidade ajudar o intérprete a excluir do âmbito da incidência da lei aquelas situações consideradas de bagatela.

Ao ser elaborada uma lei penal, o legislador foca sua atenção nas ações causadoras de graves lesões aos bens que se pretende proteger. O processo de tipificação é subjetivo e genérico, o que permite a incidência da norma incriminadora sobre casos em que a ofensa causada à ordem jurídica seja ínfima. A dificuldade em se legislar, no sentido de regular as condutas de pequeno porte ofensivo, faz com que algumas ações humanas sejam consideradas formalmente típicas, quando, no entanto, deveriam ser objeto de mecanismos reguladores mais brandos, ou ainda, em alguns casos, não deveriam ser objeto de nenhuma proteção estatal.

A insignificância descaracteriza a tipicidade material das condutas que, embora formalmente típicas, atinjam bens jurídicos de forma ínfima. No caso dos delitos de perigo abstrato, muitas vezes o risco de lesão se mostra pequeno, o que não enseja a imputação criminal. Outra hipótese em que esse princípio é aplicável se dá quando há um grande risco concreto de leve dano contra o bem protegido, em outras palavras, se hipoteticamente esse perigo se concretizasse, transformar-se-ia em uma irrisória lesão ao bem jurídico, o que não enseja a tipicidade material.

3.5 O Princípio da Igualdade

Está inserto na Constituição Federal (BRASIL, 1988), em seu art. 5º, *caput*, que todos são iguais perante a lei. O que significa dizer que, sendo todos os cidadãos considerados iguais diante da norma legal, esta mesma lei não pode ser editada e nem aplicada em desconformidade com a isonomia.

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

O Princípio da Igualdade orienta o legislador a editar leis que resultem em tratamento equânime aos seus sujeitos pela atuação do aplicador da lei. Visa assegurar a garantia individual e afastar favoritismos ao nivelar os seres humanos.

O mandamento constitucional da igualdade tanto abriga a igualdade formal (vedação de criação de privilégios por adoção de tratamento diferenciado que não seja razoável), bem como abriga a igualdade material (autorização da adoção de medidas na relação fática e concreta entre as pessoas, que visam efetivar uma igualdade real, em consonância com os preceitos constitucionais).

Destarte, somente após uma situação fática concreta, que envolva duas pessoas aparentemente com os mesmos pressupostos é que poderá ser verificada a ocorrência de uma relação de desigualdade entre ambos perante a lei.

No caso dos crimes de perigo é imprescindível que quando da análise da tipicidade, o resultado da conduta que se encaixa à norma abstrata seja levado em conta, a fim de se mensurar a existência e extensão da potencialidade lesiva, porque, do contrário, basta a *subsunção* da conduta ao tipo para que uma ação seja taxada de criminosa. A não observância do resultado ocasiona um patente desrespeito aos princípios penais, especialmente ao Princípio da Isonomia, posto que na hipótese de existência de duas condutas idênticas perpetradas por agentes distintos, em situações isoladas, porém semelhantes, e cujos resultados sejam diametralmente diferentes – uma ação potencialmente lesiva e a outra que não acarreta risco algum de dano –, a ausência da análise do resultado sujeita ambos os agentes a sofrerem o mesmo tratamento penal. Por isso, o operador do direito deverá, nesse caso, dar tratamento diferenciado para cada agente ao aplicar a lei penal: a conduta potencialmente lesiva levada a efeito será tida com criminosa e aquela que não colocou em risco o bem tutelado será considerada materialmente atípica.

É bem verdade que na fase de aplicação da pena, o juiz observa dentre as disposições do art. 59, do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940), as conseqüências do crime para equalizar a sanção a ser imposta ao réu. No exemplo acima, se os dois agentes fossem

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

condenados, em tese receberiam penas individualizadas na medida da repercussão da conduta. No entanto, nesse tipo de situação, utilizando-se o Princípio da Isonomia quando do juízo de tipicidade, será constatado que ambas as condutas são formalmente típicas, contudo, apenas uma delas será materialmente típica. Para esse princípio a conduta sem consequência jurídica deve ser descriminalizada visto que difere de uma ação com resultado relevante, conferindo aos desiguais um tratamento conforme suas desigualdades.

3.6 O Princípio da Proporcionalidade

Sob a égide dos valores expostos no texto constitucional, o Princípio da Proporcionalidade é um dos responsáveis por moldar o *jus puniendi* estatal. Da sua análise, extrai-se os fundamentos sobre os quais a intervenção criminal se dá em nosso país, assim como sua forma, conteúdo e limites.

Tal princípio apresenta-se como eficaz diretriz a ser seguida pelo legislador no desempenho de seu papel constitucional de determinar abstratamente, quais bens, sob qual forma de agressão e em que medida merecem ser protegidos criminalmente. De modo que, as leis devem repercutir na esfera de liberdade do cidadão, guardando sempre uma proporcionalidade entre a afetação do bem e a resposta estatal.

Esse princípio oferece, ainda, meios para um efetivo controle de aplicação das leis, permitindo que o juiz dele se utilize como instrumento para sanar a excessiva intervenção do legislador no âmbito dos direitos fundamentais do cidadão. Nessa esteira de entendimento, o Princípio da Proporcionalidade tem fundamental importância na aferição da constitucionalidade de leis interventivas na esfera da liberdade humana, porquanto o legislador poderá formular leis que se chocam com a Constituição. A constatação de que uma lei é desproporcional ocorre com a verificação da adoção de cargas coativas maiores que as razoavelmente exigíveis para a proteção do bem objeto de tutela. Para isso, basta que a lei preveja uma pena abstrata maior que a

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

lesão ou maior que o perigo causado ao bem protegido; a sanção criminal deve ser proporcional ao resultado da conduta.

Para Rogério Greco (2003, p. 82), que por sua vez, cita o professor Alberto da Silva Franco, exige-se a realização de

um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o 'estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).

No contexto dos direitos fundamentais, o Princípio da Proporcionalidade se manifesta claramente como sendo a base para se estabelecer os limites das restrições que podem incidir em uma pessoa pela persecução estatal. Esse princípio protege a sociedade contra intervenções punitivas exageradas e descabidas, que atingem o ser humano com maior intensidade que o necessário, ao vedar a aplicação de penas proporcionalmente mais lesivas ao agente quando comparadas com o resultado decorrente de sua ação ofensiva ao bem jurídico penalmente protegido.

4 HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

4.1 Do Jusnaturalismo ao Pós-Positivismo

O Jusnaturalismo moderno se iniciou no século XVI baseado na teoria da existência de pretensões humanas legítimas e de valores que não decorriam da lei (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 55). A filosofia e a política impregnavam as idéias fundantes do

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Estado Liberal, consagrando os princípios como elementos éticos e não jurídicos, eram, pois, abstratos – extratos de valores informadores da ordem jurídica (PEREIRA, 2006, 128).

No final do século XIX, buscou-se a criação de uma ciência jurídica nos moldes das ciências exatas e naturais. Surgiu, então, o Positivismo Jurídico como substituto do modelo anterior, que era considerado metafísico e anti-científico. O afastamento da moral e dos valores transcendentais, permitiu que a ciência do Direito se remodelasse, pautando-se, a partir daí, nos juízos de fato, abandonando os juízos de valor. Discussões acerca da legitimidade e justiça não eram mais travadas sob as luzes do Direito (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 55). Para os positivistas toda norma emanada do Estado possui caráter imperativo e coercitivo. A aplicação da norma se dava com a mera *subsunção* do fato ocorrido com a lei que descrevia abstratamente uma situação correspondente, o que revelava uma concepção mecânica da atividade judiciária, por afastar a possibilidade de ser efetuado qualquer juízo de valor nos moldes da fase precedente. Nesse período, com a expansão das codificações os princípios se afastaram de seu antigo *status* de instância supra-legal, pois passaram a ter origem no direito positivo. Os princípios eram denominados *princípios gerais do direito*, sendo considerados fontes normativas secundárias, aplicáveis de modo supletivo quando da ausência de regras estritas (PEREIRA, 2006, 128).

Na primeira metade do século XX, a queda do nazismo e do fascismo levou o positivismo ao declínio. Esses regimes autoritários justificavam a promoção de diversas crueldades através da articulação de leis desprovidas de valores éticos, que visavam garantir a própria manutenção dos regimes, a qualquer custo.

Atualmente, na fase pós-positivista, novas discussões sobre a interpretação e a função social do Direito abrem campo para a *nova hermenêutica constitucional*, que valoriza a utilização de princípios e admite a supremacia dos direitos fundamentais, sustentados pela dignidade da pessoa humana. O reencontro da ética com o direito promove significativas modificações no ofício dos operadores do direito, no Poder Público e na sociedade. Os princípios avocam a mesma força normativa que possuem as regras

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

jurídicas, pois deixaram de ser fontes normativas secundárias ou condutoras de valores meramente abstratos, posto que foram incorporados (explicitamente e implicitamente) pelos textos constitucionais criados no período pós-positivista, passando a ser encarada a constituição “como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 57). Segundo Paulo Bonavides, a contribuição mais significativa do esforço doutrinário no pós-positivismo é “a total hegemonia e preeminência dos princípios” (1980, p. 265).

Com efeito, o período pós-positivista é marcado pela ruptura com o modelo da plenipotenciabilidade da lei – como fonte e pressuposto do sistema –, visto que os textos constitucionais assumem essa função central (STRECK, 2005, p. 25).

A ascensão dos princípios desempenha o importante papel de abrandar a agressividade com que as punições são impostas pelo Estado contra quem ofende algum bem jurídico protegido pelo Direito Penal. Além de promover a exclusão da tipicidade material das condutas desprovidas de *ofensividade*, como ocorre nos casos de perigo abstrato de dano.

4.2 Princípios e Regras

Acarretando a superação do positivismo legalista, a dogmática reconhece a existência de duas grandes categorias normativas, que são aplicáveis às situações concretas de maneira distinta: princípios e regras. Tal distinção se deve às notáveis proposições teóricas de Ronald Dworkin e de Robert Alexy acerca das múltiplas dimensões, alcances e características que envolvem os princípios e as regras. Esses pensadores firmaram as bases das atuais discussões mundiais sobre as diferenças existentes entre essas espécies normativas, principalmente no que diz respeito ao distinto modo de aplicação de cada uma delas nas situações concretas (PEREIRA, 2006, p. 143).

As regras descrevem objetivamente o que é permitido, proibido ou obrigatório, em um conjunto restrito de situações. Sua aplicação acontece, em muitos casos, mediante o

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

silogismo da adequação fática à previsão normativa em abstrato – *subsunção* –, resultando uma conclusão. Significa que a regra incide no caso por meio da lógica do *tudo ou nada*⁸, o que não sucede com os princípios. Em outras palavras, presentes os pressupostos fáticos, ou a regra é aplicada ao caso a ela subsumido, ou é considerada inválida para o mesmo (DWORKIN, 2007).

Os princípios se diferenciam das regras principalmente em razão de seus mecanismos particulares de aplicação, conquanto são aplicados dentro das possibilidades fáticas e jurídicas oferecidas pelo caso concreto (MELLO, Celso de Albuquerque *et al*, 2001, p. 52), indicando um caminho a se seguir, em razão da sua grande carga valorativa, ética e política relevantes; representam o mundo do dever ser ideal (ALEXY, 1997, p. 133). Os princípios não se direcionam a uma hipótese única, mas sim a uma gama indeterminada de situações, sendo assim, portadores de maior abstração. Ocasionalmente, em um caso concreto, os princípios podem propor sentidos opostos ou divergentes, cujos antagonismos são solucionados através da *ponderação* – que é a maneira pela qual o intérprete deverá verificar o peso ou a importância que cada princípio exprime na situação fática, realizando concessões recíprocas entre eles. Assim, visa-se a preservação máxima de cada um dos princípios colidentes, dentro das possibilidades reais e jurídicas extraídas do caso concreto (ALEXY, 1997, p. 86).

A generalidade é uma característica que é própria tanto dos princípios quanto das regras, “mas a generalidade dos princípios é vista como de maior grau: os princípios valem para séries indefinidas de casos, enquanto as regras valem para séries definidas” (JÚNIOR, 2003, p. 293), isto é, as “regras desempenham o papel referente à *segurança jurídica* – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da *justiça* do caso concreto” (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 58).

⁸ Derivado da expressão inglesa *all or nothing*.

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

4.3 Nova Interpretação Constitucional

O movimento das codificações que se iniciou no século XIX, foi determinante para a definição da extensão e limites dos ramos jurídicos. Gerou-se, com isso, a fragmentação do direito em segmentos, causando, em certa medida, a perda do sentimento de unidade do direito. Com o advento do controle de constitucionalidade dos atos infraconstitucionais, a constituição passou a preponderar sobre as demais leis, resgatando a *unidade* do direito. Essa ruptura com o passado possibilitou a modificação da lógica do restante do ordenamento, agora influenciado diretamente pelas premissas constitucionais. A constituição transformou-se no *locus* hermenêutico do sistema jurídico, envolvendo os demais ramos do direito com os sentidos dela decorrentes. As normas inferiores tornaram-se compreendidas, interpretadas e aplicadas de modo vinculado aos preceitos constitucionais (PEREIRA, 2006, p. 119 e ss.). Assim, não há mais razão para se distinguir a hermenêutica constitucional da hermenêutica clássica⁹, visto que a primeira absorveu a segunda, que, por sua vez, adquiriu a função de auxiliar a hermenêutica constitucional (PEREIRA, 2006, p. 107 e ss.).

A partir da década de 60, do século passado, grandes inovações foram produzidas pelas idéias de Hans-Georg Gadamer, que revolucionou o panorama hermenêutico da época.

Constatou-se que a compreensão ocorre com a soma das pré-compreensões, vivências e experiências que compõem a maneira pela qual o intérprete compreende determinado objeto, moldando seu raio de visão e pré-moldando suas interações intelectivas com os fenômenos que estão postos à sua frente; o mundo se dá a partir de seu ponto de vista. O indivíduo, com suas pré-compreensões, participa da construção de sentido do objeto e, ao mesmo tempo, o objeto modifica suas pré-compreensões, dentro de uma interação dialética. Como numa *espiral* a compreensão é novamente adquirida, aperfeiçoando-se com o passar do tempo, pela fusão de *horizontes* entre o *mundo do sujeito* e o *mundado*

⁹ A hermenêutica clássica foi criada pela Escola Clássica de Direito, de Savigny. Seus métodos são o gramatical, histórico, sistemático e teleológico. Este último foi desenvolvido por Ihering. Tais métodos são impregnados pela ilusão iluminista. São postos à disposição do intérprete para a realização da “conclusão perfeita, evitando que o processo seja ‘contaminado’ pelos momentos subjetivos daquele que interpreta” (PEREIRA, 2006, p. 113).

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

objeto. Nesse sentido, o fenômeno da compreensão não se manifesta em abstrato, realiza-se em concreto – pela relação de simbiose entre a bagagem trazida pelo intérprete, o fato e o Direito posto – o que revela a atividade criativa de quem interpreta. Por isso não pode o intérprete exercer sua função confinado na redoma construída pela hermenêutica clássica. O intérprete deve enxergar as situações concretas pelas lentes concebidas por esse *giro hermenêutico* proposto por Gadamer, adequando os fatos à generalidade da norma com uma postura crítica, rompendo as barreiras da *subsunção* positivista, a fim de perceber com um maior senso de justiça, qual a extensão e qual peso deve ser dado ao melhor elemento normativo a ser aplicado no caso concreto, dentro das várias possíveis conclusões (PEREIRA, 2006)¹⁰.

No plano da hermenêutica jurídica a norma consiste no resultado da atribuição de sentido a um texto, que advém do estudo da situação concreta feita pelo intérprete, pois “ao falarmos da interpretação jurídica, devemos falar em interpretação jurídico-concreta (factual)” (STRECK, 2005, p. 26).

A interpretação da norma é mister inafastável do operador do Direito, que deve utilizar-se dos critérios e métodos de orientação hermenêutica para revelar o alcance e o sentido das normas aplicáveis. O trabalho interpretativo associa-se intimamente com a qualidade da técnica de quem formula os dispositivos legais, pois o legislador além de analisar os fatos sociais, equacionando-os mediante modelos de comportamento social, deve produzir regras mediante uma estrutura que, além de clara e objetiva, seja harmônica e coerente (NADER, 2007, p. 261 e 262).

A observância de todas as nuances da constituição – que detém a supremacia no ordenamento – deve ocorrer quando da criação de uma regra jurídica, para não ser gerada uma disposição inócua por ser inconstitucional, em algum ponto. Observa Paulo Nader (2007, p. 265) que ao elaborar uma lei ordinária, o legislador parte da compreensão do mandamento constitucional para criar a regra hierarquicamente

¹⁰ Essa evolução hermenêutica é muito bem tratada nessa importante obra. Nela foi feita uma análise profunda do desenvolvimento da interpretação normativa à luz do texto constitucional.

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

inferior, que trará em seu bojo diversas particularidades, com o objetivo de fazer cumprir os fins constitucionais.

A interpretação também é técnica de controle de constitucionalidade, porque os possíveis sentidos da norma infraconstitucional devem ser detectados pelo intérprete, que fará prevalecer aquele que mais se compatibilizar com a constituição, “ainda que não seja o que mais obviamente decorra de seu texto” (BARROSO *et al*, 2006, p. 361). Deve-se, ainda, descartar “os demais sentidos porventura inconstitucionais, ambíguos ou indeterminados” (PEREIRA, 2006, p. 104), posto que as leis e os atos normativos editados pelo poder público são presumivelmente constitucionais. Dessa maneira, se faz necessária a chamada *interpretação conforme a constituição*, que aponta qual o sentido que a norma deverá ter dentro dos vários possíveis, desde que a interpretação não contrarie texto expresso de lei, porquanto o intérprete deve se ater às possibilidades semânticas daquilo que está escrito, para não invadir a função exercida pelo legislador. Os sentidos que se chocarem com a constituição serão tidos como inconstitucionais.

Situada no topo da pirâmide normativa do ordenamento jurídico, a constituição faz irradiar seus efeitos diretamente na elaboração e aplicação da lei em razão de sua posição hierarquicamente superior no sistema. Como argumenta Oswaldo Luiz Palu (2001, p. 64), “a garantia da constituição repousa em um juízo de conformidade ou desconformidade de seus preceitos face às demais normas”, tanto do ponto de vista formal, quanto material.

Nessa vertente, destaca Lenio Luiz Streck que “a função e a hierarquia da lei têm um papel subordinado à Constituição, que não é apenas formal, e, sim, material” (2005, p. 23). Esse autor sustenta ainda que

“a revolução provocada pelo constitucionalismo do Estado Democrático de Direito não apenas submete o privado ao público: para além disto, toda a legislação (penal, processual, etc.) passa a estar submetida ao exame da parametricidade – não apenas formal, mas material – constitucional. Em outros termos, o texto não mais contém a norma; a vigência torna-se secundária

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

em relação à validade, sempre aferida a partir de uma filtragem constitucional.” (2005, p. 33).

O intérprete, ao analisar alguma lei, pode dar interpretação diversa da pretendida pelo legislador (PEREIRA, 2006, p. 112)¹¹, ao conjugá-la com os demais dispositivos vigentes no ordenamento ou então pela sua compreensão sob a égide de novas valorações emergentes no processo histórico, estabelecendo sua correlação com o sistema jurídico, que é uno. O operador do Direito deve partir da análise gramatical do texto para atingir sua compreensão sistemática, lógica e axiológica, como bem salienta Miguel Reale (2000, p. 294).

Na atual fase evolutiva do Direito, os princípios formam o núcleo do sistema jurídico, pois exercem influência sobre todo o sistema normativo ao fornecerem subsídios para sua interpretação e integração. Dos valores fundamentais são extraídos os princípios nos quais o aplicador do Direito, em sua função hermenêutica, é guiado para solucionar os assuntos mais controvertidos.

Com efeito, não apenas no âmbito dos delitos de perigo abstrato, mas também nas demais modalidades de crimes, os princípios penais se fazem presentes. A autoridade dos princípios implica na expansão da visão crítica do intérprete, que munido das diretrizes constitucionais, detém maior possibilidade de compreender os elementos caracterizadores do *fato punível*, o que legitima a decisão racionalmente articulada (ponderada) na sentença.

4.4 Ponderação e Argumentação

A ascensão dos princípios como elementos normativos condutores de valores e interesses consagrados constitucionalmente ocasionou a mudança do paradigma da *subsunção* como único método de se aplicar o direito. Aliás, como informa Lenio Luiz

¹¹ Rodolfo Viana Pereira afirma que Gadamer sustenta que os dogmas da *mens legis* e da *mens legislatoris* encontram-se superados pela nova hermenêutica constitucional.

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Streck (2005, p. 23) “a teoria da subsunção tem sido substituída por critérios mais complexos de interpretação e de argumentação”. Não é rara a ocorrência de duas ou mais premissas normativas incidentes sobre um fato, sendo capazes de gerarem conclusões opostas – quando a *tensão dialética* normativa apresenta interesses conflitantes. Nessas hipóteses a *subsunção* – que oculta as peculiaridades do caso – não se mostra suficientemente adequada para aplicar o direito. A necessidade imporá a utilização de um raciocínio mais complexo, visando sintetizar os elementos normativos envolvidos no caso para que seja produzida a norma regente do fato. Essas situações são constantemente notadas nas condutas desprovidas de *lesividade*, oportunidade na qual os princípios penais e o tipo (regra) recaem antagonicamente sobre o mesmo fato concreto.

De posse das idéias desenvolvidas por Alexy (1997), percebe-se que o total conteúdo da norma não é imediatamente apreensível em grande parte dos casos¹². Para José de Oliveira Ascensão (2005, p. 598) “é como se a lei chegasse tão-somente até certo ponto, e daí por diante deixasse um espaço vazio, que terá de ser preenchido pela valoração das circunstâncias”. Esse avanço teórico repercute diretamente tanto na criação legislativa quanto na sua interpretação, porque o pós-positivismo

assenta-se em um modelo de princípios aplicáveis mediante ponderação, cabendo ao intérprete proceder à interação entre fato e norma e realizar escolhas fundamentais, dentro das possibilidades e limites oferecidos pelo sistema jurídico, visando à solução justa para o caso concreto. Nessa perspectiva pós-positivista do Direito, são idéias essenciais a normatividade dos princípios e a ponderação de valores (BARROSO et al, 2006. p. 376).

A *ponderação* é a técnica pela qual o intérprete, diante de *casos difíceis*¹³, deverá atuar de modo subjetivo ao realizar escolhas discricionariamente, após identificar em abstrato, variados elementos normativos relevantes que apontem conclusões diferentes

¹² Isso não significa que a solução de determinado caso não possa realizar-se em termos de autêntica subsunção, hipótese em que não há necessidade de se recorrer a elementos valorativos.

¹³ Derivada da expressão inglesa *hard cases*.

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

para a solução do caso concreto. O intérprete deverá agrupar esses elementos normativos de acordo com seu sentido comum – quando houver. Em seguida, conjugará todas as circunstâncias que envolvem o caso com os elementos normativos aplicáveis, a fim de preencher os reais sentidos das normas – que somente são apreensíveis no caso concreto – para que sejam conhecidos os papéis de cada uma delas e a extensão de sua influência. Da análise conjunta das repercussões fáticas e dos elementos normativos, deverá ser apurado de acordo com o peso de cada grupo desses elementos, qual dos grupos irá preponderar em detrimento dos demais e em qual grau de intensidade projetarão a solução elegida como mais pertinente ao caso concreto, ou seja, algumas normas e suas soluções serão aplicadas com intensidade maior e outras com intensidade menor, sem que isso afete a validade das mesmas (BARROSO, BARCELLOS, 2003, p. 61 e ss.).

Destaca-se, por meio dessa digressão, que a atividade discricionária atualmente é entendida como aquela em que o agente público emite juízos decisórios direcionados à concretização dos vetores constitucionais, o que quer dizer que ambos os atos – o vinculado e o discricionário – guardam vinculação com a constituição, não havendo espaço para decisões incongruentes com o que preconizam os princípios afetos ao caso que aguarda uma decisão (MELLO, Celso Antônio Bandeira de, 2001). Em verdade é como se dentro da discricionariedade existisse apenas uma solução admitida constitucionalmente, vinculando o fator decisório pessoal aos valores e interesses que se destacam com a *ponderação* realizada em concreto.

Nas situações em que o conflito existente, no caso concreto, for entre princípios e regras – como se verifica algumas vezes entre os princípios penais e os tipos – a solução sobrevém nos moldes do conflito entre princípios. O conflito entre princípios e regras, poderá ser submetido à verificação da validade da norma a ser utilizada, através dos critérios instrumentais da *razoabilidade* ou da *proporcionalidade* (ALEXY, 1997, p. 123 e ss.). Essa antinomia entre os elementos normativos representa a disputa entre a preponderância do valor intrínseco a cada um dos elementos envolvidos. Quer dizer

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

que no âmbito penal, a disputa se faz entre a liberdade, dignidade, honra, etc. e o bem jurídico tutelado.

O parâmetro norteador do processo intelectual descrito é o princípio instrumental da *proporcionalidade* ou *razoabilidade*, que se desdobra nas sub-regras da *adequação*, *necessidade* e *proporcionalidade em sentido estrito*. O princípio da *proporcionalidade* permite ao judiciário invalidar os atos legislativos e administrativos e desempenha o papel de controlar a discricionariedade dos produtores desses atos, dentro dos limites e possibilidades oferecidas pelo ordenamento. Assim, é concebida a oportunidade ao Judiciário de criar o melhor resultado aplicável ao caso concreto, sem que na grande maioria das vezes se configure usurpação de competência. O resultado obtido nem sempre será aquele que primeiro saltar aos olhos do intérprete, pois é necessário que sua visão crítica seja aguçada com a análise das particularidades do caso.

Como a *proporcionalidade* não é um princípio expresso na Constituição Brasileira, o aplicador do direito demorou um pouco para se acostumar com a idéia de se fazer valer de um princípio que pode modificar o efeito textual da norma, que foi moldada para incidir sobre uma infinidade de casos. Antes se desprezava as particularidades que cada fato isoladamente possuía, por estar o Judiciário muito acostumado com a dinâmica positivista.

A *proporcionalidade* é um instrumento dotado da capacidade de fazer justiça no caso concreto, pois assegura a proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, garantindo a realização das finalidades constitucionais.

O Judiciário pode invalidar os atos administrativos e legislativos quando não houver *adequação* entre a finalidade perseguida e o meio utilizado para a consecução de tal objetivo; quando não houver a *necessidade* de se aplicar determinada medida excessiva, existindo outro modo que se mostra menos prejudicial para se atingir o mesmo resultado; ou quando não houver *proporcionalidade em sentido estrito*, que significa que o prejuízo com a implementação de tal medida seja maior que o benefício verificado. Ao reverso, significa que a medida válida é aquela que atinge a finalidade pretendida, pelo

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

meio menos gravoso, cujas vantagens superam as desvantagens (BARROSO, 2004, p. 218).

A legitimidade das decisões pautadas na *ponderação* deve ser controlada pela análise da racionalidade dos argumentos articulados que serviram de arrimo para a conclusão obtida.

A *argumentação* deve ser sustentada pela maior quantidade de fundamentos normativos possíveis, explícitos ou implícitos. Não se pode dissociar a *argumentação* dos elementos da ordem jurídica que gravitam em torno do fato concreto, não sendo suficientes o bom senso e o sentimento de justiça que cada pessoa ostenta. Ponderar não quer dizer que a argumentação seja estritamente de ordem moral ou lógica, a lei é que conduzirá o intérprete a concluir sobre as nuances que a norma terá no caso concreto. A *ponderação* exige do magistrado um esforço ainda maior para motivar sua decisão, porque essa técnica é utilizada nos *casos difíceis*, o que impõe a necessidade de o raciocínio ser expresso e analítico, detalhando os princípios e as regras colidentes, bem com o peso atribuído a cada um deles. A pertinência da argumentação somente é verificada quando há ampla demonstração da lógica argumentativa, o que permitirá a análise da legitimidade da decisão (BARROSO; BARCELLOS, 2003, p. 65 e ss.).

Com efeito, ao ser realizada a *ponderação* entre o bem jurídico que se quer proteger e o bem jurídico que se pretende restringir com a pena (a liberdade), o aplicador da lei deverá realizar um profundo exame de todos os detalhes do caso, observando a *ofensividade* da conduta em face do objeto de tutela da lei penal. Deve-se também conferir se a pena prevista em abstrato a ser imposta no caso real é necessária, adequada e proporcional em sentido estrito. Esse exercício intelectual há de ser desenvolvido na sentença de modo vinculado à constituição e ao texto da lei, a fim de que a norma mais justa e que melhor atende as diretrizes constitucionais seja aplicada. A motivação da sentença tem que percorrer detalhadamente todo o caminho argumentativo da *ponderação* realizada. Somente se controla a legitimidade e a validade da decisão com a descrição analítica do raciocínio que concluiu se o fato é punível ou não, evitando-se com isso o decisionismo desmedido.

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

5 CONCLUSÃO

Como ocupante do mais alto posto hierárquico do sistema normativo, a Constituição exerce influência sobre todos os ramos do direito, vinculando o modo de atuação do legislador e o aplicador da lei.

Com efeito, o Direito Penal há de ser aplicado por meio do filtro constitucional, que presa pelo respeito da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da honra, dentre tantos outros valores garantidos a todo e qualquer indivíduo.

A superação do positivismo permite que os valores constitucionais sejam efetivados sem as amarras da subsunção e dos clássicos métodos hermenêuticos, o que proporciona o exame mais detido das peculiaridades do fato concreto. Significa que a ofensa ao bem jurídico tutelado necessariamente precisa ser analisada detalhadamente. Na situação em que se verifica a inexistência de ofensa, a regra (tipo) na qual a conduta se enquadrou estará posicionada contrariamente à diversos princípios constitucionais que limitam atuação estatal pela via do Direito Penal. O conflito dos elementos normativos será solucionado pela avaliação dos reais sentidos normativos que cada um dos elementos envolvidos possuem no caso concreto, bem como sua extensão. Assim, os elementos de maior peso irão prevalecer em detrimento dos demais. O controle de legitimidade e validade da decisão decorre do desenvolvimento argumentativo do aplicador da lei que deve reunir a maior quantidade possível de elementos jurídicos para que as conclusões sejam articuladas com base no critério instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade.

Nesse aspecto, o fato formalmente típico pode ser materialmente atípico, nas hipóteses em que não há ofensa ou nas quais a ofensa é mínima. A regra (tipo), na hipótese em que não existir lesão ou perigo concreto de lesão significativos ao bem jurídico tutelado, desempenhará menor influência na solução do caso que os princípios do Direito Penal. Em outras palavras, o fato ofensivo típico é aquele cuja ofensa caracteriza efetivamente lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido, sob pena de afronta à Constituição.

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. 1997, Centro de Estudios Políticos Y Constitucionales, Madrid.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Introdução à ciência do direito**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6ª ed. rev, atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Interesse Público**, Sapucaia do Sul, v.5, n.19, p.51-80, maio/jun. 2003.

BARROSO, Luís Roberto *et al.* **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 8ª ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm> Acesso em: mar. 2009.

BRASIL. Código Penal (1940). **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acesso em: mar. 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 2ª Ed. São Paulo: Martin Fontes, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

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

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

GOMES, Luiz Flávio. Direito penal tradicional versus moderno e atual" direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, SP, v.11, n.42, p.236-241, jan/mar 2003.

GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, SP, v.12, n.49, p.89-147, Jul./Ago. 2004.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial**. 2ª ed. v.1. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Teoria constitucional do direito penal**. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2º ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso de Albuquerque *et al*; TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 28ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Crimes de perigo abstrato. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v.4, n.23, p.8-14, maio 2008.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceito, sistemas e efeitos**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2001.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Hermenêutica Filosófica e Constitucional**. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REBÊLO, José Henrique Guaracy. **Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato. **Revista IOB Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, RS, v.7, n.39, p. 43-62, ago./set. 2006.

A APLICAÇÃO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. **Estudos Jurídicos**, São Leopoldo, RS, v.38, n.1, p. 22-36, jan./abr. 2005.

TAVAREZ, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal: parte geral**. São Paulo: RT, 2001.

INFORMAÇÕES SOBRE O ESCRITÓRIO DO AUTOR

Há 10 anos o escritório Bracher& Diniz Advogados foi fundado com o intuito de propor eficientes soluções jurídicas em diversos ramos do Direito, de modo artesanal e personalíssimo.

Com uma equipe de profissionais especialistas em suas áreas de atuação, focada no atendimento pleno das necessidades de seus clientes e parceiros, a atuação do escritório baseia-se na constante busca por resultados positivos através da aplicação da lei de forma ética, responsável, transparente, objetiva e eficaz.

O constante processo de aprimoramento confere cada vez mais certeza e solidez à missão de apresentar soluções aplicando práticas de gestão jurídica de maneira arrojada e inovadora aos clientes e parceiros, através da advocacia judicial, preventiva e consultiva.

Os serviços jurídicos são desempenhados com excelência nos ramos do Direito Empresarial, Trabalhista, Cível, Imobiliário, Consumerista, Família e Sucessões.

CONTATO

Rua Rio Grande do Norte 1.560, conj. 904 – Savassi – Belo Horizonte/MG

CEP: 30.130-131

contato@abdadvogados.com.br

www.abdadvogados.com.br

(31) 3879-9689

BRACHER & DINIZ

A D V O G A D O S