

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO -
UNDB
CURSO DE DIREITO

JOÃO FELIPE MARTINS AMORIM

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

São Luís

2023

JOÃO FELIPE MARTINS AMORIM

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharela em Direito.

Orientadora: Prof. Danielly Thays Campos

São Luís

2023

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Centro Universitário – UNDB / Biblioteca

Amorim, João Felipe Martins

A (in)constitucionalidade dos crime de perigo abstrato. /
João Felipe Martins Amorim. __ São Luís, 2023.
69 f.

Orientador: Profa. Danielly Thays Campos.
Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito –
Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco –
UNDB, 2023.

1. Crime de perigo abstrato. 2. Princípios constitucionais.
3. Bem jurídico. 4. Inconstitucionalidade. I. Título.

CDU 343.232

JOÃO FELIPE MARTINS AMORIM

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: 05 / 12 /2023.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Ma. Danielly Thays Campos

Orientadora

Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

Prof. Dr. Carlos Hélder Carvalho Furtado Mendes

Avaliador

Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

Prof. Me. Nonnato Masson Mendes dos Santos

Avaliador

Centro Universitário Unidade de Ensino Superior Dom Bosco

AGRADECIMENTOS

A despeito do clichê, gostaria de primeiramente agradecer a Jeová, pois sem Ele nada disto seria possível. Esta folha em branco não seria capaz de conter as retribuições que lhe são devidas.

Ademais, o agradecimento aos meus pais não poderia vir em momento posterior a este. Vocês foram, são, e continuarão sendo, em todos os aspectos possíveis, minha maior fonte de alegria. Nada do que fiz até este momento poderia ter razão maior senão o desejo de orgulhá-los.

Por isso é que aqui faço questão de citá-los nominalmente: Obrigado à minha amada mãe Mariclea, a quem devo cada átomo do meu ser; Obrigado ao meu pai Werber, que apesar de não ter meu sangue tem meu mais profundo amor e carinho; E obrigado meu pai Lackson, que, apesar de distante, sempre esteve comigo. A vocês somente posso dizer: Obrigado.

Não seria eu escrevendo este texto se deixasse de fazer uma menção honrosa aos meus avós. Francisca e João não puderam me ver concluindo esta etapa da minha jornada, não poderão me ver finalizando meu curso e nem me tornando o profissional que desejo ser, mas com certeza foram as duas figuras mais importantes para que isso tudo pudesse acontecer. O choro do meu avô no dia que sai de casa para buscar este sonho ficará para sempre guardado na minha mente.

Agradeço ainda a todos os meus familiares, na pessoa da minha tia Olinda, aquela que talvez tenha sido a pessoa que mais me incentivou a correr atrás disto. E menciono nominalmente aquelas que me acolheram em sua casa durante estes anos, à minha avó Silvia e a minha tia Yndara, obrigado.

Além disso, não poderia de forma alguma deixar de mencionar aquela que foi a minha maior companhia durante estes anos, aquela que me amparou, que me inspirou e, acima de tudo, me amou. À minha querida namorada - e futura esposa - Karine, obrigado. Você com certeza tornou todo este trajeto infinitamente mais fácil.

Gostaria ainda de mencionar aqui aqueles que foram meus companheiros de batalha durante estes cinco anos de surto e caos: João, Gabi, Mari, Janine e Letícia. Vocês sempre farão parte da minha história.

Por fim, à minha orientadora, Danielly Campos, uma profissional exemplar e professora inspiradora, obrigado. Ainda nos encontraremos pelos corredores da vida.

*“Palavras são, na minha nada humilde
opinião, nossa inesgotável fonte de magia.
Capazes de causar grandes sofrimentos, e
também de remediá-los.”*

(Alvo Dumbledore - J.K. Rowling)

RESUMO

Tendo em vista que ainda há uma séria discussão doutrinária sobre a compatibilidade material dos crimes de perigo abstrato para com a constituição federal de 1988, esta pesquisa debruçou-se sobre a possível inconstitucionalidade desses tipos penais, a fim de analisar se os crimes de perigo abstrato são, ou não, constitucionais. Para tanto, buscou-se, em um primeiro momento, analisar o conceito e as modalidades de crimes presentes no ordenamento jurídico brasileiro, identificar os principais princípios constitucionais aplicáveis à discussão proposta e compreender o conceito e características dos bens jurídicos. Realizou-se, então, uma análise das principais correntes doutrinárias sobre o tema, bem como um estudo sobre o posicionamento jurisprudencial mais atual. Diante disso, verificou-se que os crimes de perigo abstrato, apesar de possuírem significativa defesa no âmbito teórico, ainda não se mostram compatíveis com os preceitos constitucionais, de forma que devem ser considerados materialmente inconstitucionais.

Palavras-chave: Crime de perigo abstrato. Princípios constitucionais. Bem Jurídico. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

Bearing in mind that there is still a serious doctrinal discussion about the material compatibility of crimes of abstract danger with the 1988 federal constitution, this research focused on the possible unconstitutionality of these criminal types, in order to analyze whether crimes of abstract danger are constitutional or not. To this end, we initially sought to analyze the concept and types of crimes present in the Brazilian legal system, identify the main constitutional principles applicable to the proposed discussion and understand the concept and characteristics of legal assets. An analysis of the main doctrinal currents on the topic was then carried out, as well as a study of the most current jurisprudential positioning. In view of this, it was found that crimes of abstract danger, despite having a significant theoretical defense, are still not compatible with constitutional precepts, so they must be considered materially unconstitutional.

Keywords: Abstract dangerous crime. Constitutional principles. Very Legal. Unconstitutionality.

LISTA DE SIGLAS

CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CPB	Código Penal Brasileiro
CTB	Código de Trânsito Brasileiro
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O CRIME NO DIREITO PENAL BRASILEIRO	13
2.1 DO CONCEITO.....	13
2.2 DAS MODALIDADES DE CRIME	17
2.2.1 Do Crime Doloso e Culposo	18
2.2.2 Crimes Formais Materiais e de Mera Conduta	20
2.2.3 Crime de Dano e Perigo	23
3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS	26
3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	26
3.2 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA	30
3.3 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE	32
4 O BEM JURÍDICO	37
4.1 UMA PEQUENA DIGRESSÃO HISTÓRICA	37
4.2 O BEM JURÍDICO E A CONSTITUIÇÃO	41
4.3 A SOCIEDADE DE RISCO E O BEM JURÍDICO	44
5 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO	48
5.1 CONCEITO, EXEMPLOS E JURISPRUDÊNCIA	48
5.2 O PERIGO NA SOCIEDADE DO RISCO	55
5.3 DAS CRÍTICAS DOUTRINÁRIAS	58
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
REFERÊNCIAS	65

1 INTRODUÇÃO.

O Direito Penal, enquanto ramo do direito que estuda e engloba as normas e determinações jurídicas que conceituam as infrações de natureza penal e suas conseqüentes sanções, também pode ser entendido como um conjunto de princípios e valores que objetivam nortear a aplicação da lei penal (Bittencourt, 2020).

Não à toa, no ordenamento jurídico brasileiro, diversos são os princípios – em especial os de origem constitucional - que devem ser aplicados no direito penal. Entre eles pode-se citar o princípio da Legalidade, Intervenção Mínima, Ofensividade entre outros. Este último possui um especial grau de relevância no seio jurídico, em destaque para a sua relação com os chamados crimes de perigo abstrato. Isso porque o princípio da ofensividade, ou lesividade como também é chamado, determina que só podem ser criminalizadas aquelas condutas que afetam de maneira negativa um bem jurídico, não sendo possível a utilização da normal penal como resposta meramente ética para os problemas sociais. (Greco, 2017)

Em contrapartida, os crimes de perigo abstrato parecem ir de encontro a este princípio, visto que tais crimes são tidos como aqueles em que não é necessário a comprovação de real perigo a um bem jurídico, uma vez que se presume o *juris et de jure*. Em outras palavras, basta que o agente pratique a conduta tipificada para que tenha a consumação do crime, não havendo necessidade de comprovação da situação de perigo, pois esta é presumida pelo legislador (Greco, 2017).

Dessa forma, tendo em vista que, pelo menos a uma primeira análise, os crimes de perigo abstrato parecem confrontar o princípio da ofensividade, é importante que nos se pergunte: Seriam os crimes de perigo abstrato, constitucionais ou inconstitucionais?

Diante de tal indagação, se faz necessário entender direito penal sempre serviu, ao longo da história, como um dos principais meios utilizados pelo Estado para controle e organização social. Nada obstante, com o surgimento do Estado liberal, influenciado fortemente pelas ideias iluministas e pelas concepções do liberalismo clássico, diversos foram os autores e teorias que nasceram com intuito

não só de compreender, mas de gerar mecanismos capazes de limitar o poder punitivo do Estado.

Acontece que, com o advento da sociedade moderna, há uma maior complexidade nas relações sociais, onde não se busca somente limitar o poder estatal, mas também criar meios de proteção aos bens juridicamente tutelados que possuem igual relevância social. É justamente nessa conjuntura que nascem os crimes de perigo abstrato. O fundamento mais comum é que estes buscam justamente proteger bens jurídicos antes mesmo que estes sofram qualquer tipo de agressão, seja pelo alto grau de relevância que possuem, seja pela impossibilidade de criar outros meios mais eficazes para sua manutenção plena.

Diante desta dicotomia que se apresenta entre limitar o poder estatal a fim de proteger os direitos e garantias individuais e o dever do Estado em proteger os bens jurídicos relevantes é que se faz necessária um estudo aprofundado sobre o tema.

Ademais, não há consenso na doutrina brasileira sobre o assunto, dividindo-se claramente entre aqueles que reconhecem a constitucionalidade de tais crimes e aqueles que a rejeitam completamente, sendo este último o entendimento majoritário. Em contrapartida a jurisprudência pátria segue no sentido, quase que absoluto, de entender pela sua constitucionalidade. Sendo assim a relevância desta pesquisa se pauta não só em seus elementos meramente teóricos – que já seriam mais que suficientes para sua justificação -, mas também em seus reflexos práticos no direito penal brasileiro.

Nada obstante à relevância e complexidade deste trabalho, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, onde fora formulada uma hipótese para o problema apresentado, afim de esta se prove verdadeira ou falsa. Sendo assim a pesquisa se classifica como exploratória, uma vez que faz um levantamento bibliográfico de artigos, livros, revistas e documentos sobre o tema (Gil, 2008).

Em razão dos fatos aqui apresentados é que se busca, por meio desta pesquisa, analisar se os crimes de perigo abstrato são constitucionais ou inconstitucionais quando confrontados com os princípios que regem o direito penal brasileiro. Para isso se faz necessário, de maneira subsidiária, compreender o real conceito de crime de perigo abstrato e de bem jurídico, e como estes conceitos se comunicam com os mesmos princípios constitucionais .

Importa ressaltar que esta pesquisa foi dividida em quatro capítulos principais. No primeiro capítulo da fundamentação se traz um estudo sobre o “crime” no direito brasileiro, fazendo-se um estudo aprofundado sobre as suas principais modalidades e classificações. Já no segundo capítulo estão presentes as investigações acerca do conceito e relevância da figura do “bem jurídico”, onde se analisa sua compreensão ao longo da história do direito até a atual concepção adotada pela doutrina penalista no Brasil. Já no capítulo terceiro é feita uma análise minuciosa de três princípios constitucionais: Ofensividade, Lesividade e Intervenção mínima. Por fim, o quarto capítulo se traz à tona a discussão sobre a constitucionalidade ou não dos crimes de perigo abstrato por meio de uma análise da divergência doutrinária que se apresenta atualmente, bem como sobre a posição adotada pelos Tribunais superiores.

2 O CRIME NO DIREITO PENAL BRASILEIRO.

No direito penal brasileiro, o crime é um conceito central e fundamental. O sistema penal se baseia na premissa de que certas condutas são consideradas ilícitas e merecem ser punidas. Nesse sentido, o crime é definido como uma conduta humana que viola as normas estabelecidas pelo Código Penal ou por outras leis penais. Dessa forma, tem-se que o Código Penal é a principal legislação utilizada para estabelecer os tipos de crimes e suas respectivas penas, os classificando em diferentes categorias, como crimes contra a vida, contra o patrimônio, contra a dignidade sexual, entre outros como os que serão objetos da presente pesquisa.

Destaca-se que, para que um ato seja considerado crime, é necessário que haja uma conduta voluntária que se enquadre na descrição legal de um determinado delito. Além disso, é preciso que haja a culpabilidade do agente, ou seja, a capacidade de entender a ilicitude do ato praticado e de agir de acordo com essa compreensão.

Nessa toada, é importante ressaltar que a finalidade do direito penal no Brasil não é apenas a punição, mas também a prevenção e a ressocialização do infrator. Desse modo, o sistema penal busca a promoção de justiça, proteção à sociedade e a reabilitação do indivíduo que cometeu um crime.

Nada obstante este é um tema que por si só já possui um amplo campo de discussão. O estudo acerca do que viria a ser o “crime” e como ele pode, e deve, ser classificado não é atual e ainda está longe de chegar ao fim. Por este motivo é que de forma alguma se pretende aprofundar-se sobre o tema e muito menos exauri-lo. O que se busca aqui é somente, e tão somente, criar uma base sólida e fértil para que mais à frente se possa estudar a figura do crime de perigo abstrato sem maiores dificuldades.

2.1 DO CONCEITO.

Ao longo da história, o conceito de crime foi intensamente debatido, passando por diversas correntes de pensamento e doutrinas penais variadas. Para o fim a que este estudo se destina importa destacar os três principais conceitos, ou abordagens, para a definição do que viria a ser o “crime”. São, portanto, o conceito Material, Analítico e Formal. O conceito formal diz respeito à definição de crime a partir de

uma abordagem técnica, onde crime seria qualquer conduta que se configurasse em desobediência ao proibitivo penal. O conceito material, por sua vez, preocupa-se com o núcleo do fato que se busca punir, analisando o grau de lesividade da conduta criminosa. Por fim, o conceito Analítico procurava conceituar o crime a partir de uma análise de cada um dos seus elementos constitutivos, conforme se verá mais adiante. (Bittencourt, 2020).

Significa dizer que o crime enquanto ato formal, conforme os ensinamentos de Damásio de Jesus (1980), seria a desconformidade da atitude analisada para com o texto legal que o proibia de agir daquela forma ou lhe exigia uma conduta diversa. É dizer, a identificação do que viria a ser crime partiria de uma busca meramente técnica, sem analisar os outros aspectos anteriores à mera desobediência ao texto formal.

Em contrapartida, o crime, enquanto elemento material ser estudado, parte do pressuposto de que a conduta tida como crime deveria sempre corresponder a uma ofensa a determinado bem jurídico. Dessa forma, superava-se uma abordagem meramente técnica e passava-se a analisar o núcleo de justificação da criminalização daquela conduta específica, de maneira se pudesse identificar seu objetivo principal, ou seja, a proteção de bens juridicamente tutelados (Noronha, 1983).

Ademais, feita esta pequena explanação sobre os conceitos Material e Formal do crime, para os fins a que este trabalho se destina, necessário se faz uma abordagem mais detalhada sobre o conceito Analítico.

Nesse sentido, destaca-se que a conceituação analítica do crime, ou seja, aquela que busca analisar cada um dos elementos que constituem o injusto penal, perpassa ainda pela divisão doutrinária sobre a quantidade de seus elementos.

A concepção tripartida (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), que é, substancialmente, a adotada por Hungria, desenvolveu-se na doutrina alemã, encontrando sua expressão clássica mais acabada nas obras de v. Liszt e Beling, do início do século. O requisito da antijuridicidade, objetivamente considerada, remonta à obra de Ihering (1867), elaborada na perspectiva do direito privado. O requisito da culpabilidade, como característica geral, compreendendo o dolo e a culpa *stricto sensu* como determinação da vontade contrária ao dever, é oriunda de A. Merkel. A tipicidade como característica do crime foi introduzida por Beling (Hungria, 1978, p. 494).

Isso porque até antes desta concepção, muito se falava de uma análise do injusto penal como sendo uma qualidade bipartida, onde seria necessário somente a identificação da tipicidade e antijuridicidade/ilicitude, de forma que a análise da culpabilidade deveria ser realizada somente na determinação do quantum da pena, e não na análise da constituição do crime.

Nessa linha de intelecção, assevera Assis Toledo que:

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídico-penais) protegidos. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à mostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime (Toledo, 1994, p. 80).

Nesse sentido, o referido autor destaca que entre as variadas definições propostas pela corrente analítica, a mais aceitável pela doutrina majoritária é justamente aquela que entende o crime como sendo constituídos por três elementos centrais, quais sejam, a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade. Cada uma sendo indispensável para a caracterização da conduta como crime, de forma que ausência de uma delas afasta a daquela ação específica a qualidade de crime (Toledo, 1994)

Esta conceituação do crime como fato típico, ilícito e culpável é acompanhado por diversos outros doutrinadores, tais como Rogério Greco, Magalhães Noronha, Luiz Regis Prado, e Cezar Roberto Bittencourt.

Portanto, para que um fato (ação humana) seja considerado crime, se faz necessário que tal ação se enquadre nos três elementos acima delineados, ou seja, o fato-crime necessita corresponder um fato típico, ilícito e culpável, sob pena de não ser criminalizado.

Dessa forma, fato típico é todo aquele que corresponde um tipo penal, é dizer, a descrição em lei dos elementos do fato punível, pela qual o legislador limita e individualiza das condutas com relevância penal. Nesse sentido, pode-se entender o tipo como sendo a descrição exata da conduta proibida (Welzel, 1977 *Apud* Bittencourt, 2020).

Conclui-se, portanto, que a tipicidade penal pode, e deve, ser entendida como sendo a situação na qual há uma perfeita adequação ou subsunção da conduta (comissiva ou omissiva) praticada pelo agente a um tipo penal incriminador (Greco, 2017).

Sendo reconhecida a tipicidade da conduta que se busca enquadrar no conceito de crime, passa-se a tentar reconhecer o segundo elemento da Teoria tripartida.

A ilicitude de uma conduta, nesse contexto, refere-se a uma análise um pouco mais detalhada do fato-crime. Isso porque existem situações previstas em lei, nas quais determinadas ações, ainda que típicas, perdem sua antijuridicidade em razão da permissão legal - como aquelas elencadas no artigo 23 do Código penal Brasileiro de 1941 -, e passam, dessa forma, a serem consideradas jurídicas, ou seja, lícitas.

Dessa forma, a ilicitude de uma conduta passa a ser encontrada por exclusão, é dizer, não estando a ação praticada prevista no rol de excludentes de ilicitude, esta pode, por fim, ser considerada antijurídica (Greco, 2017).

Por fim, sendo reconhecida a tipicidade e ilicitude da conduta, deve-se buscar agora último elemento constitutivo do crime, qual seja, a culpabilidade. Segundo os fundamentos de Bittencourt (2020) ainda citando os ensinamentos de Hans Welzel (1977), podemos entender a culpabilidade como sendo uma valoração subjetiva acerca da conduta do agente que pratica um fato típico e antijurídico, mas que, por sua vez, se fundamenta na não omissão da ação contrária ao Direito de forma voluntária.

Significa dizer que uma conduta será considerada culpável quando o agente que praticar o fato típico e ilícito, o fizer, ainda que podendo escolher, naquelas circunstâncias, agir de outra forma. A partir desta ideia, é possível que se analise a conduta (ação) criminosa – e por consequência, os elementos do crime – com base em duas teorias: a Teoria Causalista e a Teoria Finalista.

Para a teoria Causalista se faz dispensável a análise da vontade no momento da ação, uma vez que o crime se configuraria a partir da existência de ato/ação e o resultado no mundo exterior. Nesse sentido, busca-se tão somente a identificação do nexo de causalidade, sendo completamente dispensável a análise do dolo ou culpa.

A principal crítica que se pode fazer à teoria Causalista se dá pelo fato de que esta não cria qualquer associação entre o resultado consequente da conduta criminosa e a estado psíquico do agente que pratica a ação. É dizer, a teoria causalista deixa de analisar o conteúdo da vontade da própria ação, inexistindo ua

diferenciação clara entre a conduta dolosa e a conduta culposa, preocupando-se exclusivamente com o nexos causal entre a conduta praticada e o resultado alcançado por esta. Nesse sentido, tem-se que:

A doutrina então elaborada concebe a ação naturalisticamente, como conduta voluntária que causa modificação no mundo exterior, sendo estranha a qualquer valor e excluindo qualquer apreciação normativa. Ação é posição de causa, e como tal, neste primeiro momento, isenta de qualquer valoração própria do mundo do direito. Por isto, essa teoria também se chama causal (Hungria, 1978, p. 495).

Em sentido contraposto, a teoria finalista busca justamente enquadrar na análise da culpabilidade, e de todos os outros elementos do crime, a finalidade do agente criminoso, de forma que reconhece a imprescindibilidade da análise do dolo e da culpa para a configuração do crime.

Ainda sobre o tema, Nelson Hungria esclarece que:

Aqui está o ponto básico da teoria finalista: o conteúdo da vontade integra o conceito de ação. Não basta estabelecer apenas que houve vontade, pois assim a ação fica diluída, apresentando-nos a teoria clássica um tronco, com extremidades bem construídas, mas sem cabeça, não passando de um fantasma (Hungria, 1978, p.501)

Ademais, o referido autor complementa afirmando que a

Ação humana é exercício de atividade dirigida a um fim, sendo a ação, pois, acontecimento final e não apenas causal. A finalidade funda-se no fato do conhecimento causal do homem, das possíveis conseqüências de sua atividade em determinada extensão, dispondo, assim, de diversos fins, e dirigindo o planejamento de sua atividade para obtenção desses fins. (Hungria, p. 503)

Conclui-se dessa forma, que, para o enquadramento da conduta humana como “crime” se faz necessário que se analise todos os seus três elementos essenciais, ou seja, sua tipicidade – adequação do fato ao tipo incriminador -, a sua ilicitude – desconformidade completa do fato para com as determinações legais – e, por fim, sua culpabilidade – possibilidade de exigir de conduta diversa daquela praticada -.

2.2 DAS MODALIDADES DE CRIME.

Os crimes, dentro do espectro de estudo da doutrina penal, perpassam por diversas subdivisões, divisões estas que acabam sendo de incontestável importância, pois repercutem para além do campo conceitual e teórico. Suas implicações são evidenciadas na aplicação prática da norma, ou seja, dentro do processo.

Analisar, a partir da conduta delitiva, se um crime vem a ser culposo ou doloso, formal ou material, de dano ou de perigo, repercute diretamente na correta aplicação do direito e, para além disso, abre espaço para discussões ainda mais interessantes, vez que a própria punibilidade vem a ser alvo de questionamento pela doutrina a partir da classificação empregada.

Sendo assim, essa seção irá se debruçar acerca de três subdivisões dadas pela doutrina acerca de crime, quais sejam a diferenciação entre crime doloso e culposo, crime formal e material e por fim crime de dano e de perigo.

2.2.1 Crime doloso e culposo.

Segundo os ensinamentos de Bittencourt (2020) entendemos que a classificação de um determinado crime como doloso refere-se à natureza do elemento volitivo que caracteriza as infrações penais.

Instituído por meio do artigo 18, I, do Código Penal Brasileiro, o legislador define o crime doloso como sendo aquele praticado quando o agente quer o resultado ou assume o risco de produzi-lo. Percebe-se, portanto, que o conceito adotado é o que mais se adequa ao dolo pretendido pelo legislador (Pereira, 2011).

O texto legal assim destaca:

Art. 18 - Diz-se o crime: [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

Crime doloso [\(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; [\(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#) (Brasil, 1940)

A doutrina tradicional majoritária, por sua vez, caracteriza o dolo como uma derivação da relação psíquica, segundo qual o conteúdo volitivo, ou seja, parte da vontade, se estabelece entre o indivíduo e o resultado representado (Viana, 2017).

Ademais, Busato (2018) revela o dolo direto como uma vontade de realização do resultado típico que procede nas circunstâncias em que se desenvolve a conduta e que é capaz de identificar um intenso compromisso para com a produção do resultado. Para o autor, o crime somente será considerado doloso quando houver de fato o compromisso para que ocorra o resultado.

Nesse sentido, o dolo é o requisito subjetivo do tipo penal, no qual consiste na consciência e vontade em realizar a conduta. Não se pode confundir com o desejo, pois, no dolo o agente quer o episódio do resultado como consequência de seu próprio comportamento; contudo, no desejo o agente meramente espera que o resultado venha a ocorrer em decorrência do comportamento de terceiro ou episódios alheios (Nucci, 2017).

A doutrina especializada ainda costuma dividir a figura do dolo em duas espécies: o dolo direto, e o dolo indireto. O dolo direto é aquele em que o sujeito quer o resultado diretamente, de maneira que há implicações no mundo externo, como consequência corresponde à intenção e à vontade do causador. Já o dolo indireto, respaldado legalmente no artigo 18 do Código Penal, preceitua que a vontade do sujeito não está voltada para a obtenção de um resultado particular, todavia, sabendo que algo possa ocorrer, assume, o risco de causá-lo, de forma que desvaloriza as consequências de seus atos (Nucci, 2017).

Já o crime na modalidade culposa refere-se ao fato delituoso cometido por aquele que age sem o dever de cuidado que normalmente se espera. Nestes casos o agente age com negligência, imprudência ou imperícia.

Entende-se que é uma conduta previsível e, ainda, poderia ser evitada. Ou seja, apesar de não ter sido vontade de quem agiu, o resultado indesejado se deu por falta de atenção. Nesse caso, quem comete um crime culposos deixa de observar um dever de cuidado, por imprudência, negligência ou imperícia. De acordo com o Código Penal, tem-se que: Imprudência é quem agiu de forma precipitada, sem cuidado ou cautela; Negligência é o descuido ou desatenção, deixando de observar precaução normalmente adotada na situação; a Imperícia é quem agiu sem habilidade ou qualificação técnica para fazê-lo.

A doutrina também costuma fazer subdivisões nos crimes culposos, de forma que omumente fala-se em culpa consciente e culpa inconsciente.

A culpa consciente, ou culpa *ex lascívia*, ocorre nas situações em que, embora o agente preveja o resultado, espera que este não ocorra, não o aceita como possível. Ou seja, existe quando o sujeito prevê o resultado da conduta, entretanto, em razão de sua habilidade ou experiência, acredita que não ocorrerão efeitos lesivos (previsão + confiança). Nessas situações, em nenhum momento o agente quer ou assume o risco da ocorrência do resultado, ele apenas prevê e confia na sua habilidade de evitar o efeito lesivo ao direito de outrem — por exemplo, se um caçador avistar um companheiro próximo a um animal que deseja abater e, confiando em sua habilidade de atirador, disparar contra o animal, mas atinge o companheiro, ocorrerá culpa consciente (Greco, 2017).

A culpa inconsciente, ou culpa *ex ignorantia*, ocorre nas situações em que o agente não prevê o resultado de sua conduta, embora este seja previsível — por exemplo, se, ao atirar um objeto pela janela, um indivíduo atingir, involuntariamente, uma pessoa que estiver passando pela rua, ocorrerá culpa inconsciente, já que sua ação foi motivada pela confiança de que, naquele momento, ninguém transitaria pelo local. A culpa inconsciente, regra no ordenamento jurídico, refere-se ao clássico crime culposo, o agente agrega um risco proibido à situação que o fará responder na modalidade culposa clássica. Nessas situações, a violação do dever de cuidado ocasiona a lesão ao bem jurídico protegido (Estefam, 2019).

2.2.2 Crimes formais, materiais e de mera conduta.

Há outras modalidades de crimes que necessitam de uma análise diferente daquela que se limita a entender suas intenções e elementos subjetivos, evoluindo para uma classificação que dá um salto a mais, e passa a estudar o ponto evolutivo seguinte da conduta, ou seja, o momento de sua consumação e, por via de consequência, seus resultados.

Nesse sentido, a doutrina costuma, com base nos tipos de resultados possíveis do cometimento de um crime, os dividir em crimes formais, crimes de mera conduta e ainda os crimes materiais.

Há tipos penais que dependem da produção de resultados naturalísticos para que possam se consumir; outros, embora prevendo tal resultado, não o

exigem, bastando que o agente pratique a conduta descrita no núcleo do tipo; além desses, há infrações penais que não preveem qualquer resultado, narrando tão somente o comportamento que se quer proibir ou impor, sob a ameaça de uma sanção penal (Jesus, 2011).

Por isso, surge a necessidade de identificar as infrações penais, distinguindo os crimes em: material, formal e de mera conduta. Assim, nos termos do relatado inicialmente, crime material é aquele cuja consumação depende da produção naturalística de determinado resultado, previsto expressamente pelo tipo penal, a exemplo do que ocorre com os arts. 121 e 163 do Código Penal.

Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Dano

Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. (Brasil, 1940)

No primeiro exemplo, com base no art. 121 do CPB, observa-se que o texto normativo constitui como crime o “homicídio”. Esta conduta, por sua, se traduz na conduta humana que causa a morte de um terceiro. “Causar morte” implica necessariamente na transformação do mundo externo – ou real – uma vez que aquele que anteriormente estava vivo, passa ao estado de morte.

No crime de Dano, por exemplo, a ideia continua a mesma. O legislador traz como conduta típica, destruir, deteriorar ou inutilizar uma coisa alheia no art. 163 do Código Penal (Brasil, 1940). Nesse sentido, o resultado naturalístico também de se apresenta de maneira indubitável, visto que ato de destruir uma coisa constitui alteração de sua natureza material e orgânica, constituído, assim, modificação do mundo externo.

Dessa forma, somente haverá a consumação do delito de homicídio com o resultado morte da vítima, constante do tipo penal em questão; da mesma forma, somente podemos falar em dano consumado quando houver a destruição, deterioração ou inutilização da coisa alheia, conforme preconiza o art. 163 do Código Penal.

Por outro lado, há infrações penais que preveem um resultado naturalístico, mas não exigem sua ocorrência para efeitos de reconhecimento da consumação. São os chamados crimes formais, também conhecidos

doutrinariamente como delitos de resultado cortado ou crimes de consumação antecipada.

Nessas infrações penais, o legislador antecipa a punição, não exigindo a produção naturalística do resultado previsto pelo tipo penal, a exemplo do que ocorre com o delito tipificado no art. 159 do Código Penal, que prevê o crime de extorsão mediante sequestro, dizendo: Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate (Brasil, 1940).

Nesse caso, basta que tenha havido a privação da liberdade, não importando que o agente tenha, ou não, conseguido a obtenção da vantagem. A prática da conduta descrita no núcleo do tipo já possui, portanto, o condão de fazer com que a infração penal se consuma, independentemente da produção naturalística do resultado por ele previsto expressamente (obtenção da vantagem, como condição ou preço do resgate) (Brandão, 2001).

Em arremate, observa-se que o próprio Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema no HC 86.127/RJ, onde esclareceu que:

Cuidando-se de crime formal, sequestrada a vítima e exigido o resgate, ocorre a consumação, ainda que não se tenha conseguido a vantagem econômica almejada (Súmula 96/STJ). Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial (HC 86.127/RJ, 5.^a T., rel. Napoleão Nunes Maia Filho, 21.02.2008.).

O crime de mera conduta (ou de simples atividade), como a própria denominação diz, não prevê qualquer produção naturalística de resultado no tipo penal. Narra, tão somente, o comportamento que se quer proibir ou impor, não fazendo menção ao resultado material, tampouco exigindo sua produção, a exemplo do que ocorre com a violação de domicílio, tipificada no art. 150 do Código Penal.

Essa particularidade do crime de mera conduta não permite concluir que, nele, não exista qualquer resultado. O resultado que se exige para a diferenciação entre os crimes material, formal e de mera conduta é tão somente o naturalístico, ou seja, aquele que causa uma modificação perceptível no mundo exterior.

Sobre esta diferenciação, Cezar Roberto Bittencourt (2020, p. 630) critica esta comum subdivisão, alertando que:

Na verdade, temos dificuldade de constatar com precisão a diferença entre crime formal e de mera conduta porque se trata de uma classificação imprecisa, superada pela moderna dogmática jurídico-penal. Com efeito, como já referimos, os crimes de resultado abrangem tanto os resultados de dano como os resultados de perigo. Nesses termos, os crimes ditos formais podem constituir crimes de resultado de perigo para o bem jurídico protegido pela norma penal. Na realidade, a classificação que consideramos mais adequada, em função da técnica legislativa utilizada na redação dos tipos penais, é aquela que distingue os crimes de resultado dos crimes de mera conduta, por que o elemento a ser considerado, nesse âmbito, é se, para a consumação do crime, há a exigência da produção de algum tipo de resultado: nos crimes materiais podem ser diferenciadas as espécies de resultado (de dano ou de perigo, como veremos no tópico seguinte), enquanto nos crimes de mera conduta, a simples ação ou omissão já é suficiente para a sua consumação.

Dessa forma, superado estas modalidades, tem-se ainda que se perfazer necessária análise sobre talvez aquela que seja a classificação mais importante para o bom desenvolvimento deste trabalho, qual seja, os crimes de perigo e os crimes de dano.

2.2.3 Crimes de Dano e Crimes de Perigo.

Crimes de dano são aqueles que, para a sua consumação, deve haver a efetiva lesão ao bem juridicamente protegido pelo tipo. A conduta do agente, portanto, é dirigida finalisticamente a produzir o resultado, acarretando dano ou lesão para o bem protegido pelo tipo penal, a exemplo do que ocorre com os crimes de homicídio e lesão corporal. Por outro lado, pode o comportamento do agente não estar dirigido finalisticamente a produzir dano ou lesão ao bem juridicamente protegido pelo tipo, causando-lhe, contudo, uma situação de perigo.

André Estefam (2018, p. 889) define como crime de perigo como sendo:

aquele que mesmo sem destruir ou diminuir o bem-interessante penalmente protegido, representa, todavia, uma ponderável ameaça ou turbação à existência ou segurança de ditos bens interessante, com relevante probabilidade de dano.

Cria-se, portanto, uma infração penal de perigo para que seja levada a efeito a punição do agente antes que seu comportamento perigoso venha, efetivamente, causar dano ou lesão ao bem juridicamente protegido.

Dessa forma, os crimes de perigo são, em geral, de natureza subsidiária, sendo absorvidos pelos crimes de dano quando estes vierem a acontecer. Por essa

razão é que os crimes de perigo subdividem-se em crimes de perigo abstrato e crimes de perigo concreto.

Diz-se abstrato o perigo quando o tipo penal incriminador entende como suficiente, para fins de caracterização do perigo, a prática do comportamento – comissivo ou omissivo – por ele previsto. Assim, os crimes de perigo abstrato são reconhecidos como de perigo presumido (Bittencourt, 2020).

Os crimes de perigo abstrato são aqueles cujo perigo é ínsito na conduta e presumido, segundo a doutrina majoritária, *juris et de jure* (Estabelecido por lei e considerado por esta como verdade). Na visão de José Francisco de Faria Costa (2000), os crimes de perigo concreto, o perigo constitui elemento de tipo legal, ao passo que nos crimes de perigo abstrato o perigo não é elemento do tipo, mas tão só sua motivação.

Ao tipificar os crimes de perigo abstrato, deve se observar a necessidade que decorre da natureza de cada bem jurídico, ou seja, as figuras delituosas assim tipificadas devem atender ao reclamo de tutela baseado na lesividade que a ação encerra, em razão da inerência do perigo que guarda em si. Perigo este, que deve ser próprio do comportamento, sendo, no momento de sua construção, calcado na experiência (Queiroz, 2008).

Miguel Reale, em obra voltada a análise dos crimes e perigo abstrato, afirma que:

na construção do modelo típico dos crimes de perigo abstrato, o legislador, adstrito à realidade e à experiência, torna puníveis condutas que, necessariamente, atendida a natureza das coisas, trazem ínsito um perigo ao bem objeto da tutela (Reale, 2015, p. 234 *Apud* Bittencourt, 2020, p. 765).

Na visão do referido autor, a conclusão da situação de perigo criada pela prática do comportamento típico, é realizada *ex ante*, independentemente da comprovação, no caso concreto, de que a conduta do agente tenha produzido, efetivamente ou não, a situação de perigo que o tipo procura evitar.

A doutrina aponta como exemplo dessa infração penal o crime de omissão de socorro, previsto pelo art. 135 do Código Penal, de forma que para a doutrina majoritária, o simples fato de deixar de prestar assistência, quando possível

fazê-lo, sem risco pessoal, nas situações por ele elencadas, já se configuraria no delito de omissão de socorro (Greco, 2017).

Já os chamados crimes de perigo concreto são aqueles cuja situação de perigo supostamente criada pela conduta do agente precisa ser demonstrada no caso concreto. A sua visão, ao contrário daquela realizada nos crimes de perigo abstrato, é sempre *ex post*, ou seja, analisa-se o comportamento praticado pelo agente depois da sua realização, a fim de se concluir se, no caso concreto, trouxe ou não perigo ao bem juridicamente protegido pelo tipo. Como exemplo de crime de perigo concreto pode-se destacar o crime de perigo para a vida ou saúde de outrem, previsto pelo art. 132 do Código Penal.

Aqui, para que se possa levar a efeito a responsabilidade penal do agente, será preciso demonstrar que, com o seu comportamento, expôs a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente. Atualmente, os crimes de perigo abstrato têm sido combatidos pela doutrina, uma vez que não se verifica, no caso concreto, a potencialidade de dano existente no comportamento do agente, o que seria ofensivo ao princípio da lesividade.

Concluindo, a visão do perigo de natureza abstrata, considerado como presumido, é sempre feita *ex ante*, bastando a prática do comportamento comissivo ou omissivo previsto pelo tipo para que se entenda como criada a situação de perigo. Ao contrário, o crime de perigo concreto exige sempre um raciocínio *ex post*, ou seja, é preciso demonstrar que a conduta do agente, analisada no caso concreto, criou, efetivamente, uma situação de risco para os bens jurídicos de terceiros, pois, caso contrário, o fato será considerado atípico (Zaffaroni, 2011).

3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS.

Os princípios constitucionais penais são de extrema relevância para o tema aqui discutido. Isso acontece pelo fato de que é somente por meio de um entendimento concreto sobre as características, limites e consequências da aplicação dos princípios penais que se poderá analisar se os crimes de perigo abstrato de fato são compatíveis com a Constituição Federal do Brasil de 1988, uma vez que estes princípios desempenham papel fundamental na interpretação e entendimento sobre os limites impostos pela Carta Magna na função legiferante do Estado.

Nesse sentido, importe destacar que os princípios, independentemente do seu núcleo de aplicação – seja penal, civil, tributário – podem ser entendidos como valores fundamentais que norteiam todo um conjunto de normas, desde sua criação até sua aplicação. Dessa forma, os princípios constitucionais são de real relevância para o estudo de qualquer aspecto legal que se deseje pesquisar, posto que todas as normas infraconstitucionais decorrem ou, no mínimo, devem estar de acordo com esta.

Em brilhante esclarecimento, Celso Antonio Bandeira de Melo (2002, pag. 807) ao ensinar sobre os princípios do Direito, destaca que:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intersecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome: sistema jurídico positivo.

Vê-se, de pronto, que os princípios constitucionais desempenham papel de extrema relevância para o estudo do direito, em especial no que diz respeito a análise da constitucionalidade dos tipos penais, uma vez que estes possuem ligação direta com a Constituição Federal e necessitam de sua conformidade para com tais princípios a fim serem considerados aptos a operar no ordenamento jurídico.

3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

O princípio da Legalidade é aquele que determina que nenhum fato pode ser considerado como crime antes de que exista lei específica o determinando como tal, bem como proíbe que se aplique qualquer pena criminal antes de prévia cominação legal. Segundo Assis Toledo, autor que possui obra dedicada exclusivamente ao estudo dos princípios constitucionais penais, o princípio da Legalidade constitui uma real limitação do poder estatal, é dizer, limitar o poder do Estado em interferir na vida individual de cada sujeito (Toledo, 1994, p. 21).

Significa dizer que o sistema jurídico penal deve reconhecer a existência de direitos inerentes à qualidade de todo e qualquer ser humano, direitos estes que devem ser respeitados, inclusive pelo Estado. O autor citado retro esclarece que, em que pese deva o Estado abster-se de interferir nos elementos eminentemente privados da vida dos sujeitos, não se pode, ao mesmo tempo, negar por completo o direito – e dever – do Estado de estabelecer determinadas restrições e limitações às liberdades individuais. (Toledo, 1994, p. 21).

Nesse sentido, entende-se que se faz necessário criar limites mais bem definidos possíveis para se possa criar um sistema de equilíbrio entre a atuação do Estado e sua interferência nos direitos fundamentais dos indivíduos, e a garantia que os sujeitos poderão exercer tais direitos sem a interferência excessiva e descontrolada por parte do Estado, em especial quando se trata de do exercício do seu poder punitivo.

Nessa mesma linha de intelecção, pode-se afirmar que:

A gravidade dos meios que o Estado emprega na repressão do delito, a drástica intervenção nos direitos mais elementares e, por isso mesmo, fundamentais da pessoa, o caráter de *ultima ratio* que esta intervenção deve ter, impõem necessariamente a busca de um princípio que controle o poder punitivo estatal e que confine sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo (Conde e García, 1991, *Apud* Bittencourt, 2020, p. 119).

Nesse sentido, o princípio analisado surge a partir da ideia liberal de que o Estado, enquanto ente de controle social e fiscalizador das relações, necessita estar sob a égide de limites e garantias claras e bem definidas. Beccaria e Feuerbach são os principais precursores dessa temática, sendo Feuerbach, inclusive, o criador do famoso enunciado: “*Nullum crimen nulla poena sine lege*” (Toledo, 1994).

Bittencourt (2020. p. 120) ainda elucida a questão determinando que:

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente.

A relevância deste princípio é tamanha, que sua formalização fora devidamente registrada no art. 5º, XXXIX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, cuja redação, de forma clara e objetiva, assim dispõe “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. (Brasil, 1988)

Todavia, a análise do princípio da legalidade não se limita somente à sua conceituação, o que não configura tarefa simples, mas torna-se ainda mais complexa na medida em que seu estudo perpassa por seus diversos desdobramentos. Afirma-se isso porque de tal princípio se extrai outras determinações legais que merecem igual atenção. Assis Toledo (1994), por exemplo, esclarece que este princípio desmonta em quatro outros princípios, que são estes:

- a) *Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*
- b) *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*
- c) *Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*
- d) *Nullum crimen, nulla poena sine lege certa*

Estes quatro princípios podem ser entendidos de forma relativamente simples. O *Lex praevia* determina que uma lei não pode retroagir no tempo a fim de que produza seus efeitos de forma negativa para o sujeito. Este princípio, também conhecido como Irretroatividade da Lei Penal, está positivado no art. 5º, XL, da Constituição Federal e no próprio art. 1º da Lei nº 2.848 de 1940.

Ao trazer a expressão “lei anterior” o constituinte e o legislador trazem a ideia que não pode uma conduta ser punida com base em lei que não existia ao tempo da prática da conduta, uma vez que não tal atitude causaria grande e ineficaz insegurança para os indivíduos. Significa dizer que a lei utilizada para fundamentar a condenação de uma pessoa pela prática do crime imputada não pode ter entrado em vigor após a prática da conduta descrita como crime, posto que ao tempo da prática

da conduta esta não era considerada crime pela lei penal, uma vez que esta era inexistente. (Toledo, 1994).

Já o *lex stricta*, conforme destacado por Assis Toledo (1994), deve ser entendido como a determinação de que o intérprete da Lei deve estar sempre limitado pelo disposto no próprio texto legal. Vê-se que tal princípio possui como destinatário final aquele julga, de forma que proíbe este de realizar interpretações que impliquem na aplicação da lei penal para além daquilo que ela mesmo determinou como seu campo de atuação.

Autores como Zaffaroni (2011) vão ainda além, esclarecendo que o conteúdo semântico da lei penal configura-se como verdadeiro limite ao poder punitivo do Estado, ou seja, sua aplicação deve estar sempre atrelada a uma interpretação coerente e concisa do texto legal, sob pena de tornar a norma penal sem sentido próprio, de forma que possa “servir a qualquer senhor”.

Prova disto é que o subprincípio da *Lex stricta*, desemboca na proibição da analogia, ou seja, na fundamentação ou no agravamento da punibilidade pela analogia, com exceção da analogia *in bonam partem*. É dizer, não pode alguém ser condenado por uma conduta que não se enquadre em todos os elementos do tipo penal descrito na norma, estando proibido o julgador de condenar este sujeito somente pelo fato de a sua conduta assemelhar-se com aquela do tipo, mas não a compreender em sua totalidade, “a não ser quando tal analogia lhe for mais benéfica” (Toledo, 1994, p. 22)

Analogia, segundo Juarez Cirino (2007), seria o método comparativo de grupos de casos, ou seja, representaria a aplicação da lei penal em casos não previstos, mas que são semelhantes àqueles previstos.

O *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* determina que a constituição de um tipo penal, ou seja, a criação de um crime, somente pode se dar por meio de uma “lei” em sentido estrito. Nesse sentido, proibi-se que se estabeleçam novos tipos penais por outros meios que não sejam aqueles do processo formal de criação de Lei, proibindo-se o uso de medidas provisórias, portarias ou mesmo com base no direito consuetudinário, seja para sua criação, ou para sua fundamentação ou agravamento. (Toledo, 1994)

E por fim, o *lex certa*, nos informa que as leis penais necessitam obrigatoriamente serem bem definidas, é dizer, deixar o mínimo de margem subjetiva possível, uma vez que

leis penais indefinidas obscuras favorecem interpretações judiciais idiossincráticas impedem ou dificultam o conhecimento da proibição favorecendo a aplicação de penas com lesão do princípio da culpabilidade outro aspecto da relação entre os princípios formadores do conceito de crime (Cirino, 2003, p. 23)

Dessa forma, finalizando-se os apontamentos necessários sobre o princípio da Legalidade, passa-se a análise sobre o outro princípio que configura importe elemento dentro desta pesquisa, qual seja, o princípio da Intervenção Mínima.

3.2 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA.

O princípio da Intervenção Mínima determina que o direito penal somente será aplicado - ou somente se criminalizará uma conduta - quando não houverem outros meios adequados ou menos violentos para tal. Isto se dá justamente em razão do fato de que, mesmo existindo um direito penal liberal e garantista, pautado no princípio da Legalidade, o Estado ainda precisa de mais amarras, a fim de impedi-lo de criar tipos penais iníquos e sem razão, bem como penas cruéis e degradantes (Bittencourt, 2020).

O mesmo autor nos esclarece que:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável (Bittencourt, 2020 p. 127).

Nesse sentido, o direito penal não pode - ou não deve - ser utilizado para resolver qualquer pretensão estatal de controle social quando houver outros meios para tal. Sendo a pena criminal a intervenção mais profunda que o sujeito pode receber, se torna crucial que se pesquise se há outras formas de intervenção não

penais para o caso. Sendo inexistente ou insuficiente estes meios de proteção, assim o Estado poderá lançar mão da criminalização da conduta.

Custa salientar ainda que a análise sobre as implicações deste princípio podem variar de acordo com a cultura, a sociedade e o momento histórico. Em uma primeira revista a Intervenção Mínima se materializa como limitação à própria atividade legiferante do Estado, determinado que o legislador, no momento da tipificação das condutas, deve refletir sobre a real necessidade de se utilizar o direito penal.

Nesse contexto de ideias, percebe-se que este princípio, em conformidade com o princípio da Legalidade, também funciona como limitador do poder punitivo do Estado, indicando somente deve recair a proteção penal sobre aqueles bens jurídicos mais relevantes que não podem ser abarcados pela proteção dos demais ramos do direito, como o direito civil ou administrativo.

Da interpretação deste princípio é possível que se extraia dois elementos característicos do direito penal e que decorrem diretamente da Intervenção Mínima: o caráter Fragmentário e Subsidiário.

A Fragmentariedade do direito penal caracteriza-se pelo fato de que não pode este ramo do direito intervir na proteção de todos os bens jurídicos, sendo necessário que o legislador escolha somente os mais importantes entre aqueles que não podem ser protegidos por meios extrapenais. Por isso diz-se que fragmentário, posto que a proteção não poderá ser total, mas tão somente parcial/fragmentária.

Sobre o caráter fragmentário decorrente da Intervenção Mínima, Rogério Greco (2017) em comentários sobre o Código Penal e valendo-se dos ensinamentos de Muñoz Conde (1988), afirma que:

Conforme esclarece Muñoz Conde, “nem todas as ações que atacam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, nem tampouco todos os bens jurídicos são protegidos por ele. O Direito penal, repito mais uma vez, se limita somente a castigar as ações mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, daí seu caráter ‘fragmentário’, pois de toda a gama de ações proibidas e bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, o Direito Penal só se ocupa de uma parte, fragmentos, se bem que da maior importância. (Greco, 2017, p. 22 *Apud* Conde, 1988, p.71-72)

No que diz respeito ao caráter subsidiário, tem-se que este é o mais evidente de todos, uma vez que se materializa por meio do entendimento de que somente se lançará mão do direito penal quando as soluções trazidas pelos outros

ramos do direito não se mostrarem suficientemente eficazes para a proteção almejada, de forma que o direito penal servirá como verdadeiro substituto no caso de inexistência de meio extrapenal.

É nesse sentido que se vê o direito penal como subsidiário, uma vez que primeiro se deve buscar outras formas para proteger o bem jurídico e, somente caso não se ache este outro modo de resolução, é que se poderá utilizar a punição criminal.

Ademais, Greco (2017), desta vez em seu Curso de Direito Penal, salienta que o princípio da Intervenção Mínima se manifesta ainda em dois momentos distintos. O primeiro é no momento de criação das leis, onde o legislador deve observar se o direito penal de fato é o ramo do direito mais adequado para proteger o bem jurídico em destaque, conforme já mencionado. O segundo momento, também direcionado o legislador, diz respeito à necessidade de retirar do ordenamento jurídico os tipos penais que anteriormente se tinham como passíveis de proteção, mas que atualmente, em razão da mutação social/cultural, não mais requerem tal proteção (ex: adultério). Nesse sentido:

As vertentes do princípio da intervenção mínima são, portanto, como que duas faces de uma mesma moeda. De um lado, orientando o legislador na seleção dos bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade; de outro, também servindo de norte ao legislador para retirar a proteção do direito penal sobre aqueles bens que, no passado, gozavam de especial importância, mas que hoje, com a evolução da sociedade, já podem ser satisfatoriamente protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico (Greco, 2017, p. 129).

Conclui-se, pois, que o princípio da Intervenção Mínima, que determina que a criminalização de uma conduta humana somente se justifica quando este for o único e mais eficaz meio de conferir proteção a bens jurídicos relevantes, constitui importante princípio dentro da lógica constitucional e penal, o que servirá de base para os próximos debates trazidos por esta pesquisa.

3.3 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE.

O princípio da Ofensividade, ou Lesividade, nada mais é do que fruto da tentativa de limitação do poder estatal – este que é, na verdade, um ponto comum entre quase todos os princípios constitucionais que possuem relevância no âmbito criminal -. Não à toa, o princípio da Ofensividade parece ser a expressão máxima

dessa limitação, sendo comumente definido como a determinação de que o Estado somente poderá criminalizar condutas que efetivamente tenham violado, ou no mínimo, colocado em estado de perigo concreto, um bem jurídico relevante.

Nesse sentido, Damásio de Jesus (2011, p. 41) afirma que:

O Direito Penal só deve ser aplicado quando a conduta ofende um bem jurídico, não sendo suficiente que seja imoral ou pecaminosa. Entre nós, esse princípio pode ser extraído do art. 98, I, da Const. Federal, que disciplina as infrações penais de menor potencial “ofensivo”. Para um setor da doutrina, o princípio da ofensividade (*nullum crimen sine injuria*) requer, para a existência (material) do crime, que a conduta produza uma lesão efetiva ou um perigo concreto ao bem juridicamente tutelado.

Dessa forma, pode-se entender o princípio da Ofensividade por meio do axioma “*nullum crimen sine injuria*”, ou seja, não há crime sem ofensa. Nesse sentido, Bittencourt (2020, p. 145) em seu Tratado de Direito Penal, preceitua que:

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado.

Nessa mesma linha de intelecção, o referido autor continua sua explicação afirmando que a Lesividade possui dois efeitos principais. O primeiro diz respeito ao seu poder em interferir na atividade legiferante, fornecendo parâmetros bem definidos para que o legislador não criminalize qualquer conduta, devendo se limitar àquelas que invariavelmente representem verdadeira, real ou concreta ofensa ao um bem juridicamente tutelado. Por outro lado o princípio supra também tem o condão de condicionar o intérprete da norma tipificada ao dever de encontrar no caso em concreto, a presença da violação ao bem jurídico, ou a configuração do estado de perigo real (Bittencourt, 2020).

Nilo Batista (2007, p. 92), fazendo verdadeira análise aprofundada sobre este importante preceito constitucional, assevera que o princípio da lesividade possui quatro funções bem definidas. São elas:

- a) ***Proibir a criminalização de uma atitude interna***; significa dizer que ninguém poderá ser punido pelos seus pensamentos, intenções ou desejos

internos, devendo o direito penal se limitar a atuar somente em ações concretas. Nesse contexto a atuação do direito penal se materializa somente a partir do momento no qual o agente passa a “agir” ou se “omitir” de determinada ação. Não à toa, não se pune a mera cogitação.

- b) **Proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor;** esta qualidade se manifesta, por exemplo, por meio da impossibilidade do Estado punir violências que não transbordem para a esfera dos bens jurídicos de terceiros, mas se mantenham na do próprio autor. Nesses casos, temos o suicídio, a autolesão ou os crimes impossíveis.
- c) **Proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais;** nessa perspectiva se busca impedir que o Estado puna o indivíduo e não a conduta, isso porque somente pode-se aceitar a existência de um direito penal da ação, e não do autor. Portanto, características individuais - ou ainda que coletivas - mas que dizem respeito somente aos predicados do agente não podem servir de base para interferência do direito penal -. Nesta perspectiva, o “direito penal do autor” poderia dar margem para os mais variados tipos de perseguição, aumentando a possibilidade de desenvolvimento de Estados autoritários e ditadores, onde estes poderiam facilmente se valer do direito penal como forma de combater grupos sociais e políticos considerados inimigos ou ameaçadores.
- d) **Proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico;** Deste aspecto do princípio da ofensividade apreende-se que o direito penal somente poderá atuar em situações em que houver evidente violação a bens jurídicos, sendo impossível que exista a criminalização de condutas meramente reprováveis do ponto de vista social, como, por exemplo, usar ou não barba, professar determinada religião, ter ou não ter tatuagens ou até mesmo ser adepto de determinadas práticas sexuais, devendo o direito penal se limitar à proteção dos bens jurídicos relevantes. Ou seja, a conduta que não afete nenhum bem jurídico, ou afete outros

elementos da vida social e/ou privada - aquilo que não for considerado bem jurídico -, não deverá ser protegido pelo direito penal.

Dessa forma, o princípio da ofensividade caracteriza importante tópico desta pesquisa, visto que possui um diálogo direto com os chamados “crimes de perigo abstrato”. Como visto anteriormente, os crimes de perigo abstrato são aqueles nos quais o estado de perigo do bem jurídico é presumido, ou seja, se presume *o juris et de jure*. Nesses casos frisou-se ser dispensável a prova de que a conduta humana de fato colocou o bem jurídico tutelado em risco, pois, por meio da análise empírica do legislador, já houve a ocorrência tal perigo.

Em sentido totalmente contrário, pelo menos à primeira vista, vai o princípio da Lesividade/Ofensividade. Isso porque, como bem detalhado neste tópico, este princípio determina que para que uma conduta seja considerada crime, se faz necessário que ela viole ou coloque em risco concreto um bem protegido pelo tipo.

Dessa forma, quando este princípio se confronta com os crimes de perigo abstrato, logo se percebe uma aparente falha teórica, visto que nestes últimos poderá inexistir a concretização do estado de perigo e ainda assim a conduta será criminalizada.

Essa percepção é compartilhada por diversos doutrinadores nacionais e estrangeiros. Luigi Ferrajoli (2002, p. 378), pai do garantismo penal, preconiza, ao fazer sua crítica ao direito penal italiano, que:

Temos assistido a uma crescente antecipação da tutela, mediante a configuração de delitos de perigo abstrato ou presumido, definidos pelo caráter altamente hipotético e até improvável do resultado lesivo e pela descrição aberta e não taxativa da ação, expressada por fórmulas como "atos preparatórios", "dirigidos a", ou "idôneos para pôr em perigo" ou semelhantes.

No que diz respeito especificamente ao confronto entre os crimes de perigo abstrato e o princípio da lesividade, Ferrajoli ainda afirma que tais crimes são aqueles nos quais não se requer a comprovação do perigo real e concreto, de forma que o Estado de lesividade implementado pelo suposto perigo é completamente presumido, inclusive nas hipóteses onde não houve perigo. Nesses crimes, afirma o autor, o que se está punindo é a mera desobediência formal do texto legal por parte

de ação que não deveria possuir relevância para o direito penal, de forma que os crimes de perigo abstrato deveriam ser modificados a fim de constituírem tipos penais de dano ou, no mínimo, de perigo concreto (Ferrajoli, 2002, p. 381).

Em contrapartida, alguns outros doutrinadores, bem como a própria Corte Suprema brasileira possuem um entendimento contrário, aderindo à constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, como se verá mais adiante.

Para esta parcela da doutrina e jurisprudência, os crimes de perigo abstrato não encontram óbice no princípio da Ofensividade, Intervenção Mínima e Legalidade quando se analisa a fundo a teoria do Bem Jurídico e suas implicações para a análise do perigo na atual Sociedade de Risco.

Dessa forma, indispensável é o estudo do Bem Jurídico no âmbito do direito brasileiro, bem como suas aplicações práticas, uma vez que tal entendimento concretiza importante elemento para a compreensão total do caminho desenhado até o presente momento no que diz respeito à implicações materiais dos princípios aqui estudados.

4 O BEM JURÍDICO.

Até o presente momento, muito se falou sobre o conceito de crime e de como este possui relação direta com a proteção aos bens juridicamente tutelados. Destacou-se ainda que os princípios constitucionais da Intervenção Mínima Legalidade e Ofensividade, em alguns de seus aspectos, justificam-se pela necessidade de se localizar, dentro do núcleo da relação material do crime, a presença de violação a determinado Bem Jurídico.

Necessário se faz, portanto, que se analise mais à fundo qual o conceito de deste importante elemento para a compreensão da matéria aborda, bem como suas principais implicações na atual sociedade.

4.1 UMA PEQUENA DIGRESSÃO HISTÓRICA.

Com o desenvolvimento e aperfeiçoamento da vida em sociedade, natural foi o aumento da complexidade das relações e das atividades sociais. A figura do Estado, portanto, nasce num momento histórico no qual os homens necessitavam reger com maior grau de segurança suas relações e conexões a fim de que estas pudessem se desenvolver sem maiores entraves e dificuldades. Este leviatã se desenvolveu de tal forma e assumiu tal poder na sociedade que, já no século XVIII, inspirados pelas ideias alcançadas pelo iluminismo que acarretaram na Revolução Francesa (1789), começaram a surgir concepções variadas sobre a figura do Estado, tais como a de que o direito penal deveria cuidar não só do ato de punir por punir, mas deveria assumir um papel limitador do *ius puniende* do Estado, de forma a restringi-lhe as áreas e formas de atuação (Estefam, 2018).

É justamente nesse limiar de ideais, que o entendimento já abordado nesta pesquisa sobre a necessidade de identificar de maneira bem definida onde e como o direito penal iria interferir, ou seja, quais bens seriam tutelados, nasce. Percebe-se, a partir daí, a necessidade de se conceituar a figura do Bem Jurídico, uma vez que importante seria conseguir distinguir um verdadeiro delito de uma simples atitude interior e sem qualquer lesão ao direito (Bittencourt, 2020).

Nesse contexto, Binding (final do século XIX), estabeleceu um dos primeiros conceitos sobre bem jurídico, afirmando que o bem seria um interesse

tutelado pelo Estado e a norma funcionaria como o principal meio para sua efetivar a proteção desse interesse. Tal conceito ainda restava muito amplo e geral, pois não trazia qualquer tipo de conceito sobre os bens jurídicos, apenas se limitado a mudar sua denominação para algo tão indefinido quanto já era (Estafam, 2018).

Dessa forma, em meados do início do século XX, Franz Von Lizst concebeu a ideia de que não era a simples vontade do legislador que dava origem ao Bem Jurídico, mas sim a própria vida humana por meio da sua expressividade natural que produzia interesses próprios, de forma que a atividade legislativa, é dizer, a proteção jurídica, apenas conferia esses interesses o status formal de bem jurídico (Bittencourt, 2020).

Diante dessa concepção, Lizst em sua célebre obra “Tratado de Direito Penal Alemão”, afirma que:

Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo ou da coletividade. É a vida, e não o direito, que produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicílio, o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do poder público. A necessidade origina a proteção, e, variando os interesses, variam também os bens jurídicos quanto ao número e quanto ao gênero. (Lizst, 1899, p. 94 *Apud* Bittencourt, 2020 p. 885)

A teoria de Lizst, apesar de conferir importante mudança teórica no estudo do bem jurídico, não foi isenta de críticas. O que se percebe é que esta nova concepção possui melhoria para com sua antecessora, pois não mais se pautava em uma análise puramente legalista com fazia Binding, o que, todavia, não era suficiente.

Em que pese Lizst não tenha trazido grandes evoluções, sua teoria configura importante mudança no pensamento da época ao mudar a ótica da análise, de forma que o foco agora não era a simples atividade legislativa do Estado, mas sim as concepções sociais e sobre quais aspectos da vida privada e coletiva deveria recair o poder estatal por meio do direito penal.

Seus censores, todavia, afirmavam, por exemplo, que Lizst não conseguia responder quais os interesses humanos tinham relevância suficiente a ponto de serem escolhidos pelo legislador para o processo de proteção. (Bittencourt, 2020)

Nesse contexto, buscava-se entender até que ponto a indefinição das questões sociais poderiam interferir no conceito de bem jurídico, dada a sua

mutabilidade constante. Significa dizer que a teoria apresentada não conseguia se fundamentar no simples “interesse social”, uma vez que tal interesse também estava em constante mudança, sendo que aquilo que era um consenso social sobre merecimento de proteção, não o era antes e poderia não mais ser no futuro (Estafam, 2018).

Dessa forma, a teoria de Lizst ainda possuía lacunas que necessitavam de preenchimento, dada sua generalidade e imprecisão técnica. Foi então que já no âmbito da teoria finalista, Welzel, segundo os ensinamentos de Assis Toledo (1994, pág. 16) afirmava que o bem jurídico “era um bem vital ou individual que, devido ao seu significado social, é juridicamente protegido.” Esta definição foi crucial para que o mesmo autor chegasse a sua concepção própria sobre o tema, culminado assim na conceituação defendida nos seguintes termos:

bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas (Toledo, 1994, Pág. 18).

Este conceito, por sua vez, apesar de guardar semelhança para com seus antecessores, representa uma drástica evolução, uma vez que não mais se limita à simples atividade estatal ou mesmo foca apenas nas questões de interesse social.

Percebe-se agora uma delimitação maior no que diz respeito a quais interesses sociais deveria ser alvo da proteção estatal, sendo que estes deveriam ser somente aqueles valores ético-sociais determinantes para a boa convivência ou que possuísse uma valor em si mesmo, com a vida por exemplo.

Todavia, o caminho apresentado pela Teoria Finalista parecia ser uma faca de dois gumes. Isso porque, na medida em que se autoriza o Estado a buscar a proteção dos bens necessários à paz social, também o autoriza a criminalizar qualquer conduta que, na sua perspectiva, fosse danosa para a vida em comunidade. Em obra dedicada ao estudo do bem jurídico, Regina Maria Godoy esclarece que:

As teorias sociológicas afastaram-se da preocupação de formular um conceito material de bem jurídico, demonstrando certa fragilidade em se impedir o arbítrio do intérprete na busca dos específicos objetos de tutela. A adoção de uma perspectiva puramente funcionalista revela grande ineficácia delimitadora, uma vez que ao Estado estaria permitida a

incriminação de valores morais, por exemplo, diante da alegação de disfuncionalidade do sistema (Godoy, 2010, p. 30).

O que se percebe ao longo dos estudos é que, apesar dos inúmeros teóricos que se debruçarem sobre o tema, ainda hoje, a discussão sobre o conceito mais adequado de Bem Jurídico produz sérias discussões, sendo alvo de divergências e conflitos.

Ainda nesse sentido André Estefam assevera que, a partir de uma abordagem funcionalista, “Claus Roxin, cuja definição encontra-se dentre as mais aceitas, define-o como “todos os dados que são pressupostos de um convívio pacífico entre os homens, fundado na liberdade e na igualdade””. (Roxin, 2012, p. 35 *Apud* Estefam, 2018, p. 47)

Esta definição, todavia, parece, na visão de alguns filósofos, ainda tão generalista quanto poderia ser, uma vez que poderia possibilitar que o Estado, na ânsia de tentar proteger todo qualquer interesse social, adquirisse tal poder ao ponto de interferir em áreas que não lhe competem, como também o poderia fazer quando das teorias finalistas sobre o tema.

Por isso que Bittencourt (2020, p. 778) destaca que:

Se uma concepção predominantemente liberal concede ao Direito Penal uma função protetora de bens e interesses, uma concepção comunitarista pode, por sua vez, degenerar numa orientação predominantemente imperialista e, portanto, reguladora de vontades e atitudes internas, como ocorreu, por exemplo, com o nacional-socialismo alemão.

Isto significa dizer que ao dar poder ilimitado ao Estado a fim de que este promova a paz e controle social almejado, pode-se colher a consequência contrária. Isso porque o estado poderia passar a justificar qualquer de suas ações com base na necessidade de proteção social aos bens jurídicos, tornado-se opressor e tendo, ainda, uma justificativa socialmente aceita para tais atos.

Em razão disso é que parece ser mais assertiva e lógica a sua conclusão, no sentido de que:

O bem jurídico está relacionado à finalidade de preservação das condições individuais necessárias para uma coexistência livre e pacífica em sociedade, garantindo, ao mesmo tempo, o respeito de todos os direitos humanos. Nesses termos, a criação de normas e a exegese do Direito Penal estão estritamente vinculadas à dedução racional daqueles bens essenciais. Significa, em última instância, que a noção de bem jurídico-

penal é fruto do consenso democrático em um Estado de Direito. (Bittencourt, 2020, p. 280)

Na concepção do referido autor o Bem Jurídico deveria ser aquele valor ético-social indispensável para a vida em comunidade como também para a preservação das condições pessoais/privadas, de forma a se proporcionar uma coexistência salutar entre os direitos sociais e individuais.

4.2 O BEM JURÍDICO E A CONSTITUIÇÃO.

Até o presente momento muito se viu sobre as diversas teorias que buscavam, e ainda buscam, conceituar a figura do Bem Jurídico. Nesse sentido, percebe-se que nem mesmo aquelas teorias ou abordagens mais aceitas conseguiram exaurir o tema, o que demonstra verdadeira dissonância teórica no que diz respeito ao melhor entendimento sobre a conceituação de Bem Jurídico, seja pela abordagem pela qual se entende estes como um interesse social protegido pelo legislador, como faziam Binding e Lizst (definição eminentemente positivista), seja pela teoria finalista do Welzel, ou ainda pela teoria funcionalista de Claus Roxin.

Esta discussão apresenta sua importância justamente no consenso de que a figura do “Bem Jurídico” caracteriza elemento indispensável para a conceituação material de crime, deixando verdadeira lacuna teórica no estudo deste.

Nesse sentido, o que se extrai das diversas doutrinas pesquisadas é que, em que pese não haja consenso sobre um conceito único sobre o Bem Jurídico, podendo ser este um interesse social, um valor ético ou um bem individual, a doutrina majoritária parece entrar num acordo no que diz respeito ao entendimento de que, independentemente de qual seja o conceito adotado, indispensável se faz a sua concretização, ou seja, sua proteção no campo prático. Dessa forma, é necessária a utilização de um “mediatizador” que, através de parâmetros bem definidos e limites claros, ligue o legislador com a escolha do bem que será tutelado, qual seja a própria Constituição (Oliveira, 2010).

Miguel Tassarine de Oliveira (2010) esclarece que a escolha da Carta Magna como esse instrumento mediatizador se dá pelo fato de que é justamente nesse documento que estão as indicações dos valores mais caros àquela sociedade que a própria constituição organiza, e é nesse mesmo documento que o legislador

poderá encontrar, ainda que de maneira implícita, os direitos fundamentais e indispensáveis para a manutenção da vida privada e comunitária.

Nesse contexto de ideias, tem-se que:

O ponto de partida da tese de que a constituição exerce direta influência no conteúdo das normas penais, consiste em considerar que os valores básicos constitucionalizados constituem os elementos axiológicos de natureza ético-jurídica, que conferem unidade, fundamento e legitimidade ao conjunto da ordem jurídico-política da comunidade, são valores que esta em constante inter-relação e que acabam conformando um autêntico sistema axiológico constitucional, vertebrado ao redor do valor-síntese que o da dignidade da pessoa humana (Gomes, 2011, p. 87)

Dessa forma, percebe-se da visão do autor, que é do sistema axiológico inaugurado pela constituição que se pode extrair os valores norteadores das demais normas que serão incluídas no ordenamento jurídico daquele Estado, funcionando como verdadeira bússola, posto que serve com referência material para a confecção e interpretação das normas infraconstitucionais, inclusive e em especial as penais.

O autor ainda esclarece que não está a falar da simples leitura/interpretação gramatical da constituição, não é somente a constituição formal, mas sim a “constituição material”, é dizer, a constituição enquanto sistema axiológico que serve para o estudo do Bem Jurídico. (Gomes, 2011, p. 88)

Esta última deve ser compreendida como o conjunto de valores, princípios e direitos fundamentais de uma ordem jurídica que fazem referência ainda à própria realidade material da constituição, mesmo que não estejam expressamente positivados no texto (Cunha, 1995, *Apud* Oliveira, 2010).

É justamente nesse contexto de ideias que nascem as teorias constitucionais de bem jurídico que, em linhas gerais, partem do entendimento de que:

O bem jurídico protegido pelo direito penal deve ter, ao menos indiretamente, respaldo constitucional, sob pena de não possuir dignidade. É inconcebível que o direito penal outorgue proteção a bens que não são amparados constitucionalmente, ou que colidam com os valores albergados pela Carta, já que é nela que são inseridos os valores da sociedade que a produz. (Bianchini, 2007, p. 42)

Há necessidade, todavia, que se destaque a existência de duas abordagens distintas sobre limitação imposta pela constituição para a identificação e proteção dos bens jurídicos, quais sejam: o Limite Positivo e o Limite Negativo.

Esta última se manifesta por meio de uma concepção que confere maior liberdade ao legislador no momento de escolha dos bens jurídicos que tutelados e a forma como sua atividade legiferante atuará. Isso porque na perspectiva da constituição como limite negativo do Direito Penal, entende-se como legítima a criação de tipos penais que protejam qualquer bem jurídico, desde que tal proteção não configure ofensa direta ou indireta à Constituição vigente, ainda que o valor possivelmente ofendido não esteja previsto de maneira expressa no texto constitucional (Oliveira, 2010).

Nessa linha argumentativa Alice Bianchini (2007, pág. 44), ao tratar sobre o tema, esclarece que nesse sistema:

A Constituição seria utilizada como parâmetro de legitimação da lei penal, porém, sem exaurir-se na proteção única e exclusiva dos bens nela albergados. Nessa perspectiva, outros, mesmo que não mencionados diretamente pela Constituição, poderiam ser criminalizados. Para tanto, exige-se, como condição, a inexistência de antagonismo entre o bem protegido e a ordem constitucional.

Dessa forma, tem-se que, com base na perspectiva da Constituição como Limite Negativo ao Direito Penal, a escolha de quais seriam os bens jurídicos a serem tutelados pelo legislador não precisaria estar atrelada aos bens expressos pela Carta Magna, pois desta resultam apenas limites proibitivos para determinadas criminalizações. É dizer, significa que não se faz necessário a observância da relevância constitucional do bem jurídico, mas a simples inexistência de ofensa ao texto constitucional (Oliveira, 2010).

Em sentido contrário, tem-se a Constituição como Limite Positivo para o Direito Penal. Para esta corrente não basta que o tipo penal busque proteger um bem jurídico que não ofenda a constituição, uma vez que isto garantiria perigosa liberdade para o legislador, mas se faz necessário que o bem jurídico escolhido, esteja expressa ou implicitamente previsto no texto constitucional, ou seja, ao contrário da perspectiva negativa, é indispensável que o bem tenha relevância constitucional. (Oliveira, 2010).

Miguel Tassarine de Oliveira (2010) esclarece que o raciocínio empregado obedece a uma lógica muito simples. Ela se baseia na ideia de que, se o direito penal tem como principal objetivo a proteção de interesses e valores fundamentais necessários para bom desenvolvimento social, e são justamente esses valores que

estão presentes na Carta Magna, nada mais justo e adequado que o legislador penal busque somente no texto constitucional os bens jurídicos que deseja proteger, como decorrência lógica dos princípios da fragmentariedade e intervenção mínima.

Ademais, o referido autor ainda argumenta no sentido de que o direito penal somente deve atuar ao redor de bens jurídicos que possuam relevância constitucional como forma obedecer a uma lógica de proporcionalidade. Nesse sentido, entende que, se a intervenção do direito penal tem como consequência a privação da liberdade e do patrimônio do sujeito criminoso, e estes são direitos fundamentais conferidos de maneira expressa e taxativa pela constituição, os direitos fundamentais – leia-se bens jurídicos – também necessitam ter a mesma relevância constitucional. (Oliveira, 2010).

É por esse motivo que Franco Bricola (1975, p. 15), importante penalista italiano citado por Miguel de Oliveira (2010, p. 99) em seus estudos sobre o tema, afirma que “a sanção penal pode ser adotada somente em presença da violação de um bem, o qual, senão em de igual grau de relativamente ao valor (liberdade pessoal) sacrificado, seja ao mesmo dotado de relevância constitucional”.

Sobre a proporcionalidade, importante ressaltar que:

Não se trata para todos os defensores da necessária relevância constitucional do valor penalmente protegido, a exigência de uma equiparação “total” entre valor ofendido pelo agressor - valor restringido pela sanção penal, mas pelo menos, de uma não profunda desproporção, da garantia de que só se restringirão valores fundamentais do agressor face a uma ofensa de valores também muito importantes para a vida em comum. (Cunha, 1995, p. 169 *Apud* Oliveira, 2010, p. 100).

Esta é uma teoria que, assim como qualquer outra, não esteve livre de críticas. Luis Flávio Gomes (2002) destaca que apesar de seu brilhantismo teórico, a teoria positiva desconsidera o condicionamento histórico da constituição, de forma que limitaria e impossibilitaria a atividade do legislador penal que buscasse proteger bens jurídicos que surgissem posteriormente em razão do desenvolvimento cultural, social, e econômico que, obviamente, não estariam protegidos pela constituição.

4.3 A SOCIEDADE DE RISCO E O BEM JURÍDICO.

O termo Sociedade de Risco comumente é utilizado para se referir aos atuais paradigmas da sociedade moderna Pós-Revolução Industrial, onde as micro e

macro relações sociais ganharam novos contornos, em especial com o desenvolvimento de uma comunidade global cada vez mais conectada o que se traduz inequivocadamente, no aumento de confrontos individuais e coletivos (Rosa, 2007).

Significa dizer, nesse sentido, que a atual sociedade se pauta em um verdadeiro “*looping*”, onde o desenvolvimento industrial e tecnológico é impulsionado e justificado pelas relações sociais cada vez mais complexas e abrangentes, e estas relações, por sua vez, são pautadas e influenciadas diretamente pelo desenvolvimento técnico-industrial.

O sociólogo britânico Anthony Giddens (2006, p. 36), traz o seguinte esclarecimento:

As culturas tradicionais não tinham um conceito de risco porque não precisavam disso. Risco não é o mesmo que infortúnio ou perigo. Risco se refere a infortúnios ativamente avaliados em relação a possibilidades futuras. A palavra só passa a ser amplamente utilizada em sociedades orientadas para o futuro – que vêem o futuro precisamente como um território a ser conquistado ou colonizado. O conceito de risco pressupõe uma sociedade que tenta ativamente romper com seu passado – de fato, a característica primordial da civilização industrial moderna.

Seguindo o mesmo entendimento, Túlio Arantes Bozola (2014, p. 46), utilizando-se dos ensinamentos de Jesus Maria Silva Sanchez (2011) determina que:

Além da sociedade do risco tecnológico tem-se a sociedade de objetiva insegurança onde a coletividade não abre mão do desenvolvimento técnico, da comercialização de novos produtos, utilização de novas substâncias cujos possíveis efeitos nocivos são desconhecidos mas a incorporação desses novos fatores a vida privada tem gerado incerteza sociais

Nessa linha de intelecção o autor compreende que os riscos são resultados de uma busca desenfreada pelo controle dos acontecimentos futuros, fazendo com que os riscos deixassem de ser mero aborrecimento casuístico e passassem a integrar o próprio núcleo das relações sociais, de forma que as consequências de determinados atos não se limitam apenas àqueles que compõem a relação, mas extrapolam para toda a sociedade (Bottini, 2010).

Não à toa, segundo as lições de Machado (2005), o direito penal passa a atuar de maneira cada vez mais enérgica em diferentes ordenamentos jurídicos ao redor do mundo, buscando dar respostas aos riscos da atual sociedade, o que,

inegavelmente, confere elevado poder de interferência na esfera privada da liberdade individual.

É justamente nesse contexto de ideias que os crimes de perigo abstrato surgem com grande relevância, vez que o Estado passa a buscar, por meio da criminalização preventiva, condutas cada vez mais abrangentes e, até certo ponto, incertas. Significa dizer que em razão da concepção de risco social inerentes às atividades sociais, profissionais, e de geração de riqueza, o Estado passa a atuar na busca pela proteção de mais, maiores e mais amplos bens jurídicos, uma vez que a insegurança obriga esta instituição a atuar de forma cada vez mais preventiva e intransigente.

Pierpaolo Cruz Bottini (2010, p. 93), em obra dedicada exclusivamente ao estudo dos crimes de perigo abstrato afirma que:

A falta de clareza na redação dos tipos penais, o largo emprego de normas abertas ou em branco, a fluidez dos bens jurídicos decorre, em última instância, do paradoxo do risco, pois ao mesmo tempo em que desejamos sua suspensão, dependemos dele para a manutenção da estrutura econômica e social atual.

Por sua vez, Jesus Maria Silva Sanchez, em obra dedicada a investigar as causas e consequências da expansão penal, afirma que:

A sociedade de risco ou da insegurança, conduz, pois, inexoravelmente, ao Estado vigilante ou Estado da prevenção. E os processos de privatização e liberalização da economia, em que nos encontramos imersos, acentuam essa tendência. Nesse contexto policial-preventivo, a barreira de intervenção do Estado nas esferas jurídicas dos cidadãos se adianta de modo substancial. Com efeito, as intervenções de inspeção (supervisoras, de controle) podem ser puramente rotineiras: de fato, para iniciar uma inspeção não se exige a justificativa de existência de indícios concretos de perigo para a ordem administrativo-policia. O procedimento de inspeção – intensificando ainda mais o princípio fundamental que se expressa no procedimento sancionador de infrações administrativas formais – aparece então claramente norteado por um critério gerencial em relação aos riscos. (Sanchez, 2011, p. 165)

Pode-se afirmar, nessa linha de intelecção, que com o atual desenvolvimento social decorrente do desenvolvimento tecnológico, os indivíduos passam a sentir a necessidade de se proteger contra os riscos inerentes à atividade social, buscando, no direito penal, a amenização de sua insegurança, de forma que este passa se portar como verdadeiro *Soft Law*, culminando na criação de tipos

penais de perigo abstrato como forma de tutelar as condutas sociais inerentemente perigosas para bens jurídicos cada vez menos específicos. (Hassemer, 2003)

Todavia, a legitimação dos tipos penais de perigo presumido não se basta na justificativa baseada exclusivamente na necessidade resposta aos riscos da atual sociedade e para a proteção preventiva de bens jurídicos de elevado valor social, sob pena de se cair na banalização do direito penal.

5 DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO.

Realizada toda a construção teórica e dogmática sobre os temas e conceitos que norteiam e sustentam a discussão sobre a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato frente aos princípios extraídos da Constituição Federal de 1988, se faz indispensável analisar mais à fundo o conceito de Crime de Perigo Abstrato, fazendo-se uma análise de tipos penais que se enquadrem nessa definição e como a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem decidindo no que concerne à sua compatibilidade material com a constituição.

5.1 – O CONCEITO, EXEMPLOS E JURISPRUDÊNCIA.

Como já destacado no Tópico 2.2.3 do início desta pesquisa, o crime de perigo abstrato costuma ser conceituado como aquele tipo penal que, para a sua consumação, não exige que a conduta do agente criminoso cause dano ao bem jurídico tutelado pela norma, bastando que o a gente pratique a conduta descrita no texto legal, posto que esta, pela concepção do legislador penal, já possui, por sua própria natureza, o poder de gerar um estado de perigo.

Para uma melhor compreensão faz-se necessário que se entenda que a legislação penal não cuida somente das condutas que causem efetivo dano a determinado bem jurídico, mas atua também na reprimenda de atos que exponham tais bens a um estado de perigo. Os chamados crimes de perigo concreto são um exemplo do alegado. Nestes tipos penais, o legislador cuida de ações que, apesar de não atingirem diretamente um bem jurídico, o colocam, no caso concreto, a um perigo mediato. O perigo, nesse sentido, é analisado por meio de uma valoração probabilística de superveniência de dano para o bem jurídico protegido pela norma ocasionado pelo perigo que a conduta desenvolvida pelo sujeito representa (Bittencourt, 2020).

Dessa forma, temos que:

de um ponto de vista puramente lógico, o perigo consiste na mera possibilidade de um evento temido, não podendo ele, entretanto, assumir importância prática, senão quando essa possibilidade apresente certa relevância, de vez que, psicologicamente, o temor de um evento normalmente não é suscitado senão quando se reconhece relevante

possibilidade de sua verificação (Grispigni, 1920, p. 104, *Apud* Hungria, 1978, p. 18).

Nesse sentido, ao contrário dos crimes de perigo concreto, onde se faz necessária a comprovação efetiva de que a conduta pratica expôs o bem jurídico a um perigo real, sendo admitida a prova em contrário, os crimes de perigo abstrato são aqueles cujo perigo é ínsito na conduta e presumido, segundo a doutrina majoritária, *juris et de jure* (estabelecido por lei e considerado por esta como verdade).

Observa-se que ao construir o modelo típico de crimes abstratos perigosos, os legisladores combinaram realidade e experiência e identificaram comportamentos que inevitavelmente trazem consigo um perigo inerente pela sua própria natureza aos objetos protegidos pela norma jurídica.

Acredita-se, portanto, que a conclusão sobre a situação de perigo causada pela prática de comportamento típico é feita *ex ante*, independentemente de haver evidências no caso específico de que o comportamento do ator causou de forma eficaz ou ineficaz a situação de perigo para o bem jurídico que o tipo penal buscava resguardar.

Como exemplos, podemos citar o art. 306 da Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) que criminaliza a conduta de conduzir veículo automotor sob efeito de álcool, e o tipo penal disposto no art. 14 da Lei nº 10.826/2003 que trata do porte de arma de fogo sem munição.

O crime de embriaguez ao volante está previsto no art. 306 da Lei nº 9.503/97, também conhecido como Código de Trânsito Brasileiro, no Capítulo XIX “Dos Crimes De Trânsito”, Seção II, onde trata de “Crimes em “Espécie”.

Este delito, todavia, já passou por algumas alterações em sua redação, o que causou, ao logo do tempo, alterações na sua classificação dogmática. Como prova disso, temos que a redação original do art. 306 era a seguinte: “Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”. (Kist, 2013)

Observe que o texto original continha a descrição de um tipo penal que possuía, para a sua concretização, três elementos básicos: estar o agente conduzindo o veículo em uma via pública, estar ele sob a influencia de álcool e, por fim, expor à perigo a incolumidade física de outra pessoa (Faria, 2015).

Pela análise do texto legal logo se percebe que originalmente o crime de embriaguez ao volante tratava-se de um crime de perigo concreto, visto que o tipo penal atraía a necessidade de demonstração do efetivo estado de perigo causado pela conduta delituosa perpetrada pelo agente ativo, sendo este um elemento essencial para aferição da culpa da tipicidade da ação, vez que a exposição ao dano em potencial caracterizava-se como elemento constitutivo do próprio tipo penal.

Esta redação, por sua vez, sofreu uma considerável alteração já no ano de 2008 pela Lei nº 11.705 que, convertendo a Medida Provisória nº 405 editada pelo Presidente da República, trouxe modificações ao texto e, conseqüentemente, ao próprio tipo penal. A redação passou então a determinar que se considerava como crime: “conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência” (Brasil, 2008).

Aqui já é possível notar significativa mudança na natureza do crime trazido pelo Código de Trânsito. Os elementos indispensáveis à caracterização do tipo passaram a ser: conduzir o veículo em via pública e possuir uma concentração de álcool no sangue superior a 6 (seis) decigramas por litro. Nesse sentido, percebe-se que o tipo penal abandonou por completo a necessidade de efetiva comprovação de que a conduta do agente em dirigir sob efeito de álcool, tenha colocado em risco potencial a incolumidade física de outrem, tratando-se agora de crime de perigo abstrato, onde é desnecessária a presença do estado de perigo, vez que esta passou a ser presumida pelo legislador (Faria, 2015).

Acontece que com o aumento do policiamento da chamada “Lei Seca”, iniciou-se a discussão sobre a obrigatoriedade do uso do bafômetro nas diligências policiais frente ao princípio da não incriminação extraído do art. 5º, LXIII da CRFB/88 que determina que ninguém poderá ser obrigado a produzir provas contra si mesmo. Dessa forma, o tema chegou ao Superior Tribunal de Justiça por meio do REsp 1.111.566/DF que acatou a tese defensiva e determinou que aqueles que fossem parados nas *blitz* poderiam se negar a realizar o teste do bafômetro. (Faria, 2015)

Como que em resposta quase que imediata, fora publicada a Lei 12.760/2012 que novamente alterou o texto legal, assim determinando:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: [\(Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012\)](#)

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por: [\(Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012\)](#)

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou [\(Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012\)](#)

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora. [\(Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012\)](#)

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova. [\(Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014\)](#) [\(Vigência\)](#)

Pela nova – e atual – redação, o legislador a um só tempo manteve o tipo penal como crime de perigo abstrato, dispensando por completo a necessidade da existência do estado de perigo, e buscou a solução para o problema da comprovação material da conduta, dispensando um nível limite de álcool no sangue e exemplificando nominalmente outras formas de comprovar a prática delituosa (Kist, 2013).

Nesse sentido, tem-se que o tipo penal previsto no art. 306 do CTB é um exemplo característico de crime de perigo abstrato, sendo perceptível que para a sua configuração o legislador propositalmente dispensou a necessidade de comprovação que o condutor, ao conduzir um veículo sob efeito de álcool ou outra substância que altere capacidade psicomotora, tenha de fato exposto outra pessoa a um risco de vida concreto. (Kist, 2013)

A discussão sobre a constitucionalidade deste crime, por sua vez, não encerrou-se facilmente, tendo o Supremo Tribunal Federal exposto seu entendimento por meio do HC 109269/MG, no qual a Suprema Corte fixou a seguinte jurisprudência:

HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO TIPO PENAL POR TRATAR-SE DE CRIME DE PERIGO ABSTRATO. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

I - A objetividade jurídica do delito tipificado na mencionada norma transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção de todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas.

II - Mostra-se irrelevante, nesse contexto, indagar se o comportamento do agente atingiu, ou não, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado. Precedente.

III – No tipo penal sob análise, basta que se comprove que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que esteja caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado e, portanto, configurado o crime.

IV – Por opção legislativa, não se faz necessária a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal.

V – Ordem denegada.

(STF - HC: 109269 MG, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 27/09/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011)

Dessa forma, o STF deu por encerrada a discussão, esclarecendo que considerava o crime do art. 306 do CTB como crime de perigo abstrato e totalmente constitucional, visto que o tipo buscava não só a proteção individual, mas sim manter a ordem e incolumidade pública resguardadas, sendo a conduta prevista no artigo mencionado perigosa por sua própria natureza, o que justificava sua criminalização antecipada.

Assim como o crime de embriaguez ao volante, o crime de Porte Ilegal de Arma de Fogo também constitui um clássico exemplo do crime de perigo abstrato, já tendo sua constitucionalidade discutida no âmbito dos tribunais superiores.

Este crime está previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/2003 que assim leciona:

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. (BRASIL, 2003)

Por se tratar de alteração legal, a tipificação da conduta passou a ser amplamente discutida nos tribunais, especialmente nos casos em que o a gente portava arma sem qualquer tipo de munição. Dessa forma, já no ano de 2005, o Supremo Tribunal Federal foi confrontado pela tese de atipicidade conduta descrita no art. 14 da referida lei quando o suposto agente criminoso estivesse portando arma desmuniada, conforme se pode extrair do RHC 81057/SP.

No julgamento do recurso o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que, nos casos que o agente traz consigo arma de fogo e não

possui ao lançar da mão munições adequadas, estar-se-ia diante de uma conduta atípica, uma vez que a prática perpetrada pelo então criminoso não alcançaria o objeto material do tipo penal. (Faria, 2015)

Este, todavia, não foi um entendimento que se sustentou por muito tempo. Já no ano de 2012, o STF novamente foi confrontado pela discussão envolvendo a figura normativa do art. 14 da Lei 10.826/03 quanto à sua compatibilidade para com a Constituição Federal de 1988 por meio HC 102087/MG, oportunidade na qual o Supremo Tribunal fixou novo entendimento, desta vez pela constitucionalidade do tipo penal. Observe:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A) TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CÔNTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. 1.1. Mandatos constitucionais de criminalização: A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. 2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional. 3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa. 4. ORDEM DENEGADA.

(STF - HC: 102087 MG, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 28/02/2012, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-159 DIVULG 13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012 EMENT VOL-02657-01 PP-00068)

Dessa forma, a então composição da Corte Suprema de Justiça sustentou entendimento sobre a constitucionalidade da criminalização da conduta de portar arma de fogo, ainda que esta esteja desmuniada, sob o argumento de que o legislador, quando da tipificação da conduta delituosa, não estava simplesmente discutindo a proteção de bens jurídicos individuais, mas sim a forma mais eficaz de conferir proteção a bens jurídicos supraindividuais e coletivos por meio da criminalização de condutas que, empiricamente, se sabe possuir elevado grau de periculosidade.

Tal precedente é mais um exemplo de como o Supremo Tribunal Federal assentou entendimento de que os crimes de perigo abstrato não podem ser tidos por inconstitucionais pela sua simples natureza, mas possuem justificação na busca pela proteção preventiva de bens jurídicos coletivos almejada pelo Poder Legislativo que, incapaz de criar mecanismos mais eficazes, lança mão dos crimes perigo abstrato.

Esta é uma perspectiva que, apesar das divergências vem ganhando certo espaço dentro da doutrina brasileira. O seu principal ponto de partida encontra respaldo justamente numa abordagem que cuida de levar em consideração novas abordagens sobre a chamada sociedade de risco

5.2 – O PERIGO NA SOCIEDADE DE RISCO.

Como já debatido em tópicos anteriores, a sociedade de risco representa importante elemento dentro da discussão sobre a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. Isso se dá pelo fato de que esta nova perspectiva sobre as relações sociais e seus reflexos no Direito Penal possui diversas consequências para a análise da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato.

Nesse sentido, tem-se que o conceito de sociedade de risco é frequentemente utilizado para se referir às condições atuais da sociedade moderna pós-revolução industrial, em que as relações sociais adquiriram novos contornos, especialmente com o desenvolvimento de comunidades globais cada vez mais interligadas, o que acaba culminando no aumento de tipos de conflitos, não somente em quantidade, como em natureza.

Para esta corrente de pensamento, a sociedade moderna, que está pautada principalmente no desenvolvimento técnico-industrial, acabada por originar relações sociais – tanto numa esfera mais reduzida, como a família, quanto em ciclos com uma cadeia maior de envolvidos - cada vez mais complexas. (ROSA, 2017)

É justamente desta complexidade que se é possível avaliar o conceito de risco. Anthony Giddens (2006) esclarece que o Risco não se trata de uma incerteza para com as consequências futuras de determinado ato ou relação. Muito pelo contrário, o Risco se refere justamente aos infortúnios previamente avaliados em relação às possibilidades futuras que, dada a complexidade de tais relações, se mostram maiores em número e em dificuldade de resolução.

Por isso é que Bottini (2010) afirma que as relações sociais ganham contorno diferenciado quando do surgimento de novas tecnologias. Na visão do autor os perigos surgem como consequência de uma busca desenvolvida para dominar os eventos que poderão ocorrer no futuro, resultando na transformação dos

riscos de simples incidentes isolados da vida cotidiana para sua caracterização como elemento essencial nas interações sociais. Isso significa que as ramificações de certas ações não se restringem exclusivamente aos participantes diretos da situação, mas se estendem por toda a sociedade.

É exatamente nesse contexto de ideias que o Estado passa atuar - em especial por meio do direito penal - de maneira cada vez mais intransigente nas relações sociais. Ora, se cada vez mais e maiores são as incertezas para com consequências futuras das relações construídas no hoje, maior será a interferência do poder estatal na tentativa de regular essas relações e proteger os bens jurídicos que poderão sofrer com estas consequências futuras. (Bottini, 2010)

A figura do crime de perigo abstrato ganha aqui especial relevo, posto que se trata de uma das principais ferramentas utilizadas pelo Estado para proteger bens jurídicos que julga como merecedores, ante a antecipação da conduta criminosa, tendo-se a consumação do tipo penal antes mesmo que se verifique, no caso concreto, a efetiva ofensa ao bem juridicamente tutelado.

Destaca-se que Bottini (2010) chama atenção para o processo conhecido como “Administrativização” do direito penal, por meio do qual, aquele que deveria ser a última ferramenta em razão do princípio da Intervenção Mínima, passa ser utilizado como mera resposta imediatista e administrativa aos problemas sociais, tendo, contudo, repercussões mais severas do que aquelas verdadeiramente administrativas.

Como resposta a esta problemática o autor estabelece que se deve analisar o tipo penal de perigo presumido também com base na teoria do bem jurídico, no sentido que o legislador somente poderia criminalizar as condutas que guardarem em si a essencialidade de serem perigosas por sua própria natureza. Assim afirma que:

O abalo social que legitima a repressão é revelado inicialmente pela da conduta, e não pelo resultado material *ex post*. A consolidação de um direito penal que proteja, de maneira racional e funcional, os bens jurídicos diante dos novos riscos exige, em alguns momentos, a antecipação da tutela. O que se faz necessário é a configuração de limites preciosos para a atuação repressiva estatal, por meio da construção de uma política criminal racional e teleológica que impeça, em nome do alargamento da proteção de interesses fundamentais, o exercício irracional dos *ius puniendi*, e isso somente será possível com uma metodologia funcional que pautar o sistema penal pelas premissas básicas do modelo de Estado vigente (Bottini, 2006, p. 100).

O autor propõe, nesse sentido, que o estado também deve criar mecanismos penais que sejam capazes de efetivamente proteger determinados Bens Jurídicos expostos aos atuais riscos sociais. Dessa forma, supostamente, se justificaria a criação de crimes de perigo abstrato, desde que estes estejam limitados a condutas eminentemente perigosas.

Aqui é possível observar singela evolução argumentativa no que diz respeito à legitimação dos crimes de perigo abstrato, uma vez que não se está mais falando em simples justificativa utilitarista como resposta a um problema social, mas sim em adequar os crimes de perigo abstrato a uma verdadeira política penal pautada na necessidade decorrente da sociedade de risco e em conformidade com a Teoria do Bem Jurídico.

Nesse sentido a segunda parte da premissa se justificaria pelo fato de que, determinadas condutas, quando praticadas, possuem, pela sua própria natureza, a potencialidade de expor um Bem Jurídico a risco. Esta situação por sua vez acaba criando uma “situação de crise” para o bem juridicamente tutelado, o que deveria também ser entendido como lesão ao bem jurídico (Gallas, 1972 *Apud* Joffily, 2016).

Sob a ótica empregada, pode-se afirmar que a potencialidade – incerteza - de exposição ao perigo também constitui uma forma de lesão ao direito tutelado, ou seja: “A lesividade não é verificada apenas nos comportamentos que danificam bens jurídicos, mas abarca também a ameaça real ou potencial do objeto de tutela, que revela condutas penalmente relevantes” (Bottini, 2006 p. 100).

O autor ainda complementa afirmando que:

A presunção *iuris tantum* de perigo passa a ser *iuris et de iure*, ou seja, absoluta e irrefutável, que atinge a materialidade do injusto e o aproxima dos crimes de desobediência, em que a mera violação da norma já legitima a intervenção penal sobre o comportamento. Nestes casos, a dúvida, a incerteza, a obscuridade que recai sobre as atividades restritas pelas medidas de precaução pesa contra o acusado, que terá que demonstrar a inocuidade de seu comportamento em um contexto em que nem a ciência pode oferecer respostas claras sobre a questão (Bottini, 2006, p. 101).

Dessa forma, tem-se que, desde que estejam de acordo com os limites legais, os crimes de perigo abstrato não poderiam ser considerados imediatamente inconstitucionais, vez que sua construção atenderia aos anseios da atual sociedade

de risco e, ao mesmo tempo, atenderia à teoria do bem jurídico, devendo o juiz no caso concreto, analisar sistematicamente se aquela conduta possuía ou não a potencialidade de expor o bem jurídico penal a um estado de perigo.

5.3 DAS CRÍTICAS DOUTRINÁRIAS.

Em que pese os tribunais superiores possuam jurisprudência pacífica sobre a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato e parte da doutrina já reconheça sua legitimação com base nos contornos da Sociedade de Risco, conforme destacado no tópico anterior, grande parte da doutrina mais tradicional continua a rejeitar por completo a figura dos crimes de perigo presumidos, votando pela sua inconstitucionalidade quando confrontados com a Carta Magna de 1988.

Doutrinadores como Luis Flávio Gomes, Cesar Roberto Bittencourt e Damásio de Jesus são críticos ferrenhos desta modalidade de crime, sustentando suas indignações nos princípios da Intervenção Mínima, Legalidade e, principalmente, no princípio da Ofensividade, todos estes já estudados e debatidos ao longo do Capítulo 3.

Para estes autores, o princípio da lesividade deve ser levado à sério quando da criminalização de determinada conduta. Conforme se extrai das explicações contidas no Tópico “3.3 - Princípio da Lesividade”, este axioma determina que somente podem ser alvo do direito penal aquelas condutas que provoquem efetivo dano a um bem juridicamente tutelado ou, no mínimo, o exponham a um risco real.

Diante deste princípio, Damásio de Jesus (2009) leciona a ideia de que a presunção de perigo absoluta, que é caracterizador dos crimes de perigo abstrato, ofende ao princípio da lesividade, uma vez que não se permite ao autor a prova de que sua conduta não expôs o bem jurídico tutelado a risco real, ou seja, não lhe é permitido a demonstração da inocuidade de sua conduta.

Nesse sentido, o raciocínio se pauta na ideia de que a presunção *jures et de jure*, é dizer, a presunção absoluta de que a conduta criminalizada sempre vai comportar risco, pode – e vai – eventualmente, criminalizar condutas que não colocaram em perigo o bem jurídico que o tipo penal buscava proteger, de forma que o agente criminoso, sem a chance de demonstrar a inocuidade de sua conduta, visto

que o tipo penal é indiferente para com tal requisito, poderá sofrer com a mão do Estado mesmo sem ter ofendido qualquer bem jurídico.

Nesse contexto de ideias, tem-se que:

A presunção, de natureza absoluta (*juris et de jure*), não permite que o acusado demonstre a inocuidade de seu comportamento, que sua conduta não se mostrou efetivamente perigosa. Como o diz LUIZ FLÁVIO GOMES, criticando a adoção de infrações penais de perigo abstrato em nossa legislação e sua aceitação pelos tribunais, “mesmo quando a conduta mostra-se inócua, em termos de ofensa ao bem jurídico protegido, de acordo com ampla jurisprudência, impõe-se a condenação” (A questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido, São Paulo, 1994, p. 4 e 5, n. 6 e 8), o que ofende o princípio constitucional da lesividade [...]. Por isso, a adoção de crimes de perigo abstrato não se mostra adequada ao moderno Direito Penal, que se fundamenta na culpabilidade. [...] Conclusão: não são admissíveis delitos de perigo abstrato ou presumido em nossa legislação (Jesus, 2009, p. 20).

Em resumo, significa dizer que a existência dos crimes de perigo abstrato abre a possibilidade criminalização de condutas que, quando praticadas em certas condições, não importem em qualquer tipo perigo, o que constitui séria afronta ao princípio da ofensividade.

Nesse mesmo sentido, Zaffaroni (2006), esclarece que além da problemática de não se admitir prova em contrário, os crimes de perigo presumido constituem problemática no que diz respeito à própria natureza dos tipos penais, uma vez que se mostra incompreensível e ilógico pensar na criminalização de condutas que não afetam bens jurídicos, enquanto o direito penal possui razão de ser na tutela desses bens. O autor afirma que:

a afetação do bem jurídico é um requisito da tipicidade penal, mas não pertence à tipicidade legal, apenas a limitando. 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 afetam o bem jurídico. Conseqüentemente, para que uma conduta seja plenamente típica é necessário que tenha afetado o bem jurídico. Embora se trate de um conceito que nos proporciona um claro instrumento de interpretação do tipo penal, pode acontecer que o tipo legal tenha configurado, e, no entanto, o bem jurídico não tenha sido atingido (Zaffaroni, 2006, p. 483).

As críticas aos crimes de perigo abstrato também se encontram presentes na obra do Luigi Ferrajoli, na qual, em defesa ao Princípio da Intervenção Mínima, sustenta que:

Se o direito penal é um remédio extremo, devem ficar privados de toda relevância jurídica os delitos de mera desobediência, degradados à categoria de dano civil os prejuízos reparáveis e à de ilícito administrativo todas as violações de normas administrativas, os fatos que lesionam bens não essenciais ou os que são, só em abstrato, presumidamente perigosos, evitando, assim, a 'fraude de etiquetas', consistente em qualificar como 'administrativas' sanções restritivas da liberdade pessoal que são substancialmente penais. [...] O mesmo pode-se dizer dos denominados 'crimes de perigo abstratos' ou 'presumido', nos quais tampouco se requer um perigo concreto, como perigo que corre um bem, senão que se presume, em abstrato, pela lei (Ferrajoli, 2002, p. 440)

Rogério Greco citando as palavras do professor Ferrajoli, afirma que a tipificação dos crimes de perigo concreto constituem, em última análise, crimes de mera desobediência ao texto formalmente tipificado, posto que se trata de uma violação meramente formal em decorrência de uma ação que não possui relevância no âmbito do direito penal, ou seja, é inócua em si mesma. Significa dizer que não possui nenhum grau de relevância em razão de sua completa ausência de lesividade para qualquer bem jurídico. (Ferrajoli, 2003, p. 383 *Apud* Greco, 20im17, p. 289).

O que se percebe é que grande parte da doutrina ainda reconhece a incompatibilidade material dos tipos penais que constituem os crimes de perigo abstrato quando estes são confrontados com os princípios da legalidade, intervenção mínima e ofensividade, uma vez que tais crimes, ainda que analisados sob a ótica da Sociedade de Risco, não encontram terreno fértil na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Isto se dá pelo fato de que estes tipos penais geram uma interferência ilegítima do poder público e um alargamento de suas funções, atuando por meio direito penal, que deveria ser a *ultima ratio*, em situações onde não há qualquer ofensa a algum Bem Jurídico, indo de encontro ao princípio da Lesividade.

Significa dizer que, ainda que se analise os crimes de perigo abstrato sob o prisma da sociedade de risco onde as novas relações sociais ganham contornos cada vez mais imprecisos e amplos, o que supostamente justificaria uma interferência maior do estado nestas relações, ainda não se poderia falar que tais crimes seriam legítimos. O que se percebe é que o risco desta nova sociedade não interfere no núcleo da discussão, é dizer, não serve para modificar os conceitos debatidos até o presente momento, como o próprio conceito de crime, de bem jurídico e ainda menos dos princípios constitucionais penais.

Ainda que se parta da ideia de que o Estado precisa atuar de forma mais enérgica em razão do risco inerente das atuais relações sociais, não se pode abstrair desta concepção o fato de que a atividade legiferante deste mesmo Estado na esfera penal ainda está limitada pelos conceitos e princípios estudados, como o princípio da Ofensividade, Lesividade e Intervenção Mínima, de forma que a presença de novos ou maiores riscos, não justifica a não observação destes princípios e não legitima, de imediato, a criminalização de qualquer conduta escolhida pelo legislador que não se adeque aos preceitos constitucionais.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Quando do início desta pesquisa constatou-se que os crimes de perigo abstrato surgem a partir da necessidade do Estado organizar e exercer o seu controle social por meio do seu poder punitivo. Além disso, destacou-se que diante das novas e mais complexas relações interpessoais – a chamada sociedade de risco – o Estado busca cada vez mais a proteção antecipada de Bens Jurídicos atuando diretamente na antecipação da punição de atos que poderiam, em tese, ofender algum bem jurídico relevante.

Esta justificativa, todavia, encontrava forte embaraço quando confrontada com alguns dos princípios constitucionais aplicáveis ao direito penal, presentes, ainda que implicitamente, na Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, como o princípio da Legalidade, Intervenção Mínima e, principalmente, o princípio da Ofensividade, de maneira que a discussão sobre a constitucionalidade de tais crimes se mostra de grande importância.

O objetivo geral desta pesquisa era, portanto, realizar uma análise profunda sobre a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, objetivo este plenamente alcançado, posto que ao longo da pesquisa caminhou-se sobre todos os temas necessários para se chegar a uma conclusão satisfativa sobre o tema.

Para que se fosse possível chegar a tal conclusão e responder à questão principal deste trabalho, se tinha como indispensável a compreensão acertada sobre o conceito material de crime e suas diversas modalidades, como os crimes formais, materiais, dolosos, de dano e, especialmente, os crimes de perigo. Este objetivo foi inteiramente atingido quando da análise minuciosa de tais conceitos e classificações ao decorrer do primeiro subtópico do desenvolvimento.

Ademais, a investigação sobre o conceito e as principais características do Bem Jurídico, apesar de não apresentar uma conclusão estática e inequívoca, restou satisfatória, posto que atendeu a seu objetivo de construir uma base teórica sedimentada para a discussão sobre a relação dos crimes de perigo abstrato e o princípio da lesividade e, por fim, de sua conseqüente inconstitucionalidade.

Necessário destacar ainda que, a hipótese apresentada referente à incompatibilidade material dos crimes de perigo abstrato para com a Constituição Federal de 1988, em razão de sua desobediência aos princípios da Lesividade e

Intervenção Mínima, bem como sua ingerência para com a teoria do bem jurídico, restou plenamente testada pelo estudo aprofundado dos temas que cercavam esta discussão, e confirmada por meio da demonstração da inconstitucionalidade tal de modalidade de crimes.

Nesse sentido, conclui-se, portanto, que a discussão sobre a constitucionalidade dos crimes de perigo presumido deve, de fato, perfazer o caminho dos princípios constitucionais trazidos pela Carta Magna de 1988, de forma que a sua inconstitucionalidade se mostra ser a conclusão mais acertada. Isto se dá pelo fato de que, em que pese haja variadas teses de defesa sobre a compatibilidade material destes tipos penais para com a constituição, o que se percebe é que os crimes de presunção absoluta de perigo não encontram respaldo no texto constitucional.

Nesse contexto de ideias, destacou-se, ao longo deste trabalho, que o princípio da Lesividade atua como verdadeiro limitador do poder punitivo do Estado, determinando que somente podem ser alvo de criminalização, aquelas condutas que ofendam ou constituam perigo real e concreto para determinados bens jurídicos. Por sua vez o princípio da Intervenção Mínima esclarece que atividade estatal de criminalização deveria recair somente em *ultima ratio*, ou seja, quando não mais forem suficientes outras formas de preservação do bem tutelado.

Em todo caso, os crimes de perigo abstrato, ainda que justificados por um suposto bem-estar social e na necessidade de antecipação de cautela na sociedade de risco, atentam contra a ordem constitucional, uma vez que legitima o Estado a criminalizar condutas que, a depender do caso concreto, não ofendem, nem expõe a risco real o bem jurídico que se buscava proteger, não obedecendo, portanto, ao princípio da Ofensividade. Ademais, percebe-se que o fenômeno da Administrativização do direito penal ganha ainda mais força, de forma que aquele que deveria ser a *ultima ratio*, passa a ser utilizado para resolução de conflitos que poderiam ser facilmente resolvidos na esfera administrativa, indo novamente de encontro ao princípio da Intervenção Mínima.

Dessa forma, percebe-se que a utilização dos tipos penais de perigo abstrato não se mostra razoável quando analisados sobre o prisma constitucional, de forma que todos aqueles que se qualificam como crimes de perigo presumido ou perigo abstrato deveriam ser extirpados do ordenamento jurídico brasileiro ou, ainda,

alterados para que se constituíssem com crimes de perigo concreto, de maneira que se possa resguardar não só a presente ordem jurídica, mas a própria liberdade humana.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, David Teixeira de. **A culpabilidade e o conceito tripartido do crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo**. 14^o Edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11^a ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BIANCHINI, Alice. **Direito Penal: Introdução e Princípios Fundamentais**. Volume I. São Paulo. Editora: Revista dos Tribunais, 2007.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Parte Geral – Coleção Tratado de direito penal volume 1** - 26. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. - 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BOZOLA, Túlio Arantes. **Os crimes de perigo abstrato no direito penal contemporâneo: critérios para sua legitimação a sociedade de risco**. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13224>. acesso em: 08/09/2023.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria jurídica do crime**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06/11/2023.

BRASIL. Lei nº 10.826 de 23 de dezembro de 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm. Acesso em: 06/11/2023

BRASIL. Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997. **Código de Transito Brasileiro**. 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503compilado.htm. Acesso em: 06/11/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 109.269/MG. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. DJe-195 10.10.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 81057/SP. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 29/04/2005.

BUSATO, P. C. **Direito Penal: Parte Geral**. 4^a ed. São Paulo: Atlas, 2018.

CARRARA, Francesco. **Programa do Curso de Direito Criminal**; Saraiva, 1956, vol. 1º.

COSTA, José Francisco de Faria. **O Perigo em Direito Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**, 2ª Edição. São Paulo: Editora Forense, 2005.

ESTEFAM, André. **Direito penal : parte geral (arts. 1º a 120)** , 7ª ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

FARIA, Rômulo Vinicius Oliveira de. **Análise dos Crimes de Perigo Abstrato à Luz da Constituição**. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <https://www.unirio.br/ccjp/arquivos/tcc/2015-1-romulo-vinicius-oliveira-de-faria-2010-2-361.060>. Acesso em: 19/10/2023

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

GIDDENS, Anthony. **As Consequências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 2006.

GODOY, Regina Maria Bueno de. **A proteção dos bens jurídicos como fundamento do direito penal**. São Paulo: 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp141076.pdf>. Acesso em 02/10/2023.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. Por Luiz Flávio Gomes; Antonio García-Pablos de Molina; Alice Bianchini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRECO, Rogério. **Código Penal: Comentado** – 11. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral, volume I** – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

HASSEMER, Winfried. **Características e crises do moderno direito penal**. Tradução de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal, nº 18, fev/mar, São Paulo: Editora Síntese, 2003.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários Ao Código Penal**. 4. ed. ver. E Atual. Vol VII. Por Heleno Fragoso. Rio de Janeiro: 1978

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal. 1º V. 2ª Edição, ampliada e atual.** São Paulo: Saraiva, 1980.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal.** São Paulo: Saraiva, 2014.

KIST, Dario José. **A configuração atual do crime de embriaguez ao volante: art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro.** 2013. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8211/A-configuracao-atual-do-crime-de-embriaguez-ao-volante-art-306-do-Codigo-de-Transito-Brasileiro>. Acesso em: 10/11/2023

LEONARDO LOPES, Jair. **Curso de direito penal, parte geral.** 3ª Ed. Rev. Atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito Criminal: Parte Geral.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do Risco e direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais.** São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2005.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de direito penal.** Campinas: Bookseller, 1997.

MASSON, Cleber. **Direito penal – parte geral, v. 1.** 3ª ed. São Paulo: Método, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato. **Manual de direito penal – parte geral, v. I.** 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal. v. 1.** 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal : parte especial – arts. 121 a 212 do Código Penal** – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Miguel Tassarine de. **Bem Jurídico Penal e Constituição.** São Paulo: 2010. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp134821.pdf>. Acesso em: 02/10/2023.

PEREIRA, J. R. M. **Uma análise da atual aplicação do dolo eventual.** 2011. 28 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado) - Faculdade do Norte Novo de Apucarana, Apucarana, PR, 2011.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal Parte Geral.** – 4º ed. – Rio de Janeiro. Editora Lunen Juris, 2008.

RIBEIRO, T. G. **Elementos subjetivos do tipo penal e os limites fronteiriços entre o dolo eventual e a culpa consciente.** Revista Científica Semana Acadêmica, Fortaleza, v. 1, 2016.

ROSA, Fabiano da. **O Direito Penal Na Sociedade De Risco: Reflexos Sobre Os Tipos Penais**. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp050894.pdf>. Acesso em: 09/09/2023.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **Aproximação ao direito penal contemporâneo** - Col. direito e ciências afins - Vol. 7. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 2ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal** - 5 ed. - São Paulo: Saraiva, 1984.

VIANA, E. **Dolo como compromisso cognitivo**. 1º ed. São Paulo: MacialPons, 2017.

WELZEL, Hans. **O Novo Sistema Jurídico-Penal**, 3ª Edição. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro-parte geral**. V1.9.Ed. rev e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.