

**AJES – FACULDADE DO VALE DO JURUENA**  
**BACHARELADO EM DIREITO**

**EVANDRO KSIOZEK DE SOUZA**

**ANÁLISE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO A LUZ DA CONSTITUIÇÃO**

**JUÍNA - MT**

**2020**

**AJES – FACULDADE DO VALE DO JURUENA**  
**BACHARELADO EM DIREITO**

EVANDRO KSIOZEK DE SOUZA

**ANÁLISE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO A LUZ DA**  
**CONSTITUIÇÃO**

Projeto de Pesquisa, apresentado ao curso de Bacharelado em Direito, da AJES-Faculdade do Vale do Juruena, com requisito parcial para aprovação da disciplina TCC II. Sob orientação do Professor Caio Fernando Gianini Leite.

**JUÍNA - MT**

**2020**

**AJES – FACULDADE DO VALE DO JURUENA**  
**BACHARELADO EM DIREITO**

SOUZA, Evandro Ksiozek de. **Análise dos crimes de perigo abstratos a luz da constituição**. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso) – AJES – Faculdade do Vale do Juruena, Juína- MT, 2020.

**Data da defesa: 26/11/2020.**

**MEMBROS COMPONENTES DA BANCA EXAMINADORA**

---

**Presidente e orientador: Prof. Me. Caio Fernando Gianini Leite**

**AJES**

---

**Membro titular: Prof. Me. Igor Felipe Bergamaschi**

**AJES**

---

**Membro titular: Prof. Me. Maurício Zanotelli**

**AJES**

## DECLARAÇÃO DE AUTOR

*Eu, Evandro Ksiozek de Souza, portador da Cédula de Identidade – RG nº MT 24131059 SSP/MT, e inscrito no Cadastro de Pessoas Físicas do Ministério da Fazenda – CPF sob nº 045497701-80, DECLARO e AUTORIZO, para fins de pesquisa acadêmica, didática ou técnico-científica, que este Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado Análise dos crimes de perigo abstrato a luz da constituição, pode ser parcialmente utilizado, desde que se faça referência à fonte e ao autor.*

*Autorizo, ainda, a sua publicação pela AJES, ou por quem dela receber a delegação, desde que também seja feita referência à fonte e ao autor.*

*Juína – MT, 26/11/2020.*

---

*Evandro Ksiozek de Souza*

## **DEDICATÓRIA**

Dedico primeiramente a Deus, aos meus pais,  
amigos e familiares que, direta ou  
indiretamente, contribuíram para realização  
deste trabalho.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, agradeço a Deus, que nos momentos difíceis sempre deu forças para continuar.

Em segundo lugar, ao meu orientador Prof. Me. Caio Fernando Gianini Leite por ter aceitado o meu pedido de orientação, compartilhado comigo uma pequena parcela de seu vasto conhecimento jurídico.

Agradeço ainda a Celia Cristina Ksiozek e Jorge Fermino de Souza, meus pais, que não mediram esforços para me proporcionar uma graduação no nível superior que atendesse à minha escolha profissional e que fosse de qualidade.

E por fim, agradeço a todos os meus amigos e familiares que estiveram ao meu lado ao longo desta caminhada.

*Pessoas vencedoras não são aquelas que não falham,  
são aquelas que não desistem*

*Autor desconhecido*

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo abordar um assunto de grande relevância no Direito Penal, a constitucionalidade dos tipos penais. Destaca-se os crimes de perigo abstrato. Como finalidade, tem-se a análise do assunto à luz da Constituição Federal brasileira, com o objetivo de verificar a constitucionalidade destes tipos penais. Serão analisados os compreendimentos do Supremo Tribunal de Justiça sobre o tema, do mesmo modo os entendimentos que transpassam os ensinamentos da doutrina. Serão verificados se os crimes de perigo abstrato se encontram conforme os preceitos constitucionais, principalmente quanto aos princípios da legalidade, intervenção mínima, lesividade, proporcionalidade e precaução. Será conceituado o bem jurídico, assim como determinar os tipos de crime de perigo abstrato. Ao final demonstrar que este tema é de grande relevância visto que os crimes de perigo abstratos não obedecem a uma estrutura típica e com isso acaba violando alguns princípios de cunho constitucional. Desse modo conclui-se que os crimes de perigo abstratos podem ser inconstitucionais.

**Palavras-chave:** Perigo Abstrato; Constituição Federal; Direito Penal.

## **ABSTRACT**

This paper aims to address a subject of great relevance in Criminal Law, the constitutionality of criminal types. The crimes of abstract danger stand out. As a purpose, there is the analysis of the subject in the light of the Brazilian Federal Constitution, with the objective of verifying the constitutionality of these criminal types. The Supreme Court of Justice's understandings on the topic will be analyzed, as well as the understandings that go beyond the teachings of the doctrine. They will be verified if the crimes of abstract danger are in accordance with the constitutional precepts, mainly regarding the principles of legality, minimum intervention, injury, proportionality and precaution. The legal good will be conceptualized, as well as to determine the types of crime of abstract danger. In the end, demonstrate that this topic is of great relevance since the abstract crimes of danger do not obey a typical structure and with that end up violating some constitutional principles. Thus, it is concluded that abstract danger crimes can be unconstitutional.

**Keywords:** Abstract danger; Federal Constitution; Criminal Law.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2. CRIMES: CONCEITOS E BEM JURÍDICO</b> .....	14
2.1 CONCEITO DE CRIME.....	14
2.2 FATO TÍPICO.....	17
2.3 ANTIJURIDICIDADE.....	19
2.4 CULPABILIDADE.....	20
2.5 CRIME DOLOSO E CULPOSO.....	21
2.6 CRIMES DE DANO E CRIMES DE PERIGO.....	22
2.7 CRIMES DE PERIGO.....	24
2.8 BEM JURÍDICO.....	26
<b>3. CRIME DE PERIGO ABSTRATO</b> .....	<b>31</b>
<b>4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS</b> .....	<b>37</b>
4.1 LESIVIDADE E INTERVENÇÃO MÍNIMA.....	38
4.2 LEGALIDADE.....	39
4.3 PROPORCIONALIDADE.....	40
4.4 PRECAUÇÃO.....	42
4.5 TENTATIVA DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO.....	43
4.5.1 Negativa à tentativa nos Crimes de Perigo Abstrato.....	45
4.5.2 Defensores da tentativa nos Crimes de Perigo Abstrato.....	47
4.5.3 Críticas às Teorias Expansionistas.....	48
<b>5. A INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO</b> .....	<b>54</b>
5.1 O PORTE DE ARMA SEM MUNIÇÃO.....	58
5.1.1 Legitimidade da Criminalização do Porte.....	60
5.1.2 Ordem Denegada.....	61
5.2 PERIGO ABSTRATO NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO.....	64
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>69</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>72</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Essencialmente dinâmico, o direito surge em meio a uma sociedade que se encontra em contínua transformação, apresentando ao âmbito jurídico diversas discussões por vezes revestidas de assuntos polêmicos. Entre os inúmeros debates, surgem os crimes de perigo abstrato, principalmente quando verificados diante da aplicabilidade de acordo com os princípios fundamentais do Direito Constitucional.

Entende-se que a busca pelo convívio em sociedade, determinando relações com base nos princípios éticos e morais, acaba necessitando de uma maior presença da aplicação da justiça por meio do direito, expressos em normas, onde para alguns podem ser considerados como mandamentos direcionados à liberdade humana no sentido de restringi-la em benefício da sociedade, tendo em vista que tal liberdade não pode ser reduzida, sob pena de encontrar o caos.

Verifica-se, para tanto, ao Estado o poder de continuação da coexistência pacífica das pessoas, ordem social e controle das relações, inclusive privando seus membros do direito natural de liberdade.

O Brasil, segundo os termos da Constituição da República Federativa do Brasil, “constitui-se como um Estado Democrático de Direito, estando imbuído do dever de assegurar a paz social, promovendo a justiça e igualdade”.

Em observação à função social humanitária determinada pelo Estado Democrático de Direito, é dever do Estado aplicar as punições determinadas às pessoas fundamentando-as de caráter humanitário e social, tendo como base os princípios constitucionais, principalmente a dignidade do cidadão e seus derivados como princípios da legalidade, ofensividade, adequação social, intervenção mínima, culpabilidade, presunção de inocência e lesividade.

O presente trabalho buscar apresentar um pouco mais da aplicação dos crimes de perigo abstrato como forma de tutela de bens jurídicos, verificando a constitucionalidade desta espécie de crime, pois, não obedecem a uma estrutura típica forma, encontrando variados princípios constitucionais.

Um elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social, e nesse sentido pode ser compreendido como uma valor que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes. Sendo um valor e, entretanto, um

objeto de preferência real e não simplesmente ideal ou funcional do sujeito, o bem jurídico condiciona a validade da norma e, simultaneamente, subordina sua capacidade à demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo.

Deve-se entender o bem jurídico como uma rede de atributos do cidadão que, quando prejudicado, apresenta um conflito entre duas ou mais pessoas. Esses atributos se destacam em grande número e formas e com níveis de abstração distintos.

Contudo, ressalta-se que por mais abstrato que um bem jurídico possa transparecer, ele apenas será legal quando apresentada a existência de relação entre este e uma ou mais pessoas.

Dessa forma, apenas aparecerá um bem jurídico no momento que de fato acontecer afetação a um valor da condição de um sujeito ou de sua projeção social.

Para apresentação dos crimes de perigo, é preciso diferenciar suas espécies, quais sejam: perigo concreto e perigo abstrato. É preciso, de forma igual, distinguir entre o dolo de perigo e o dolo de dano.

Não se confunde o dolo de perigo com o dolo de dano e nem com culpa consciente, necessitando ser entendido de maneira autônoma. Para caracterização do dolo de perigo, o agente deve estar consciente de sua conduta e do resultado lesivo que ocasionará, colocando em perigo o bem penalmente tutelado, criando um vínculo de causalidade entre a conduta e o resultado.

O dolo de dano surge no momento que o autor anseia um resultado danoso ao bem jurídico tutelado operando, se omitindo com a finalidade de possibilitar que ocorra ou assumindo o risco da produção de um resultado danoso, ainda que não o anseie, mas que não se preocupa com sua ocorrência.

Dessa forma, os crimes de dano se distinguem dos crimes de perigo no momento da análise do bem jurídico tutelado, principalmente à provável lesão a este bem.

Para que se caracterize os crimes de perigo concreto é necessário a criação da situação de perigo ao bem juridicamente tutelado.

Contudo, o conceito de perigo também pode ser caracterizado como um conceito normativo de cunho emocional, ou seja, tem-se um fundo emocional, visto que o conceito de perigo é resultado de um procedimento de caráter intelectualíssimo, necessita de um sentimento de temor e com isso provoca uma reação instintiva que surge em todos os seres humanos, quando se encontram ameaçados.

Sendo assim, o agente, além de praticar a conduta prevista no tipo penal, necessita criar um provável dano, situação que deverá ser comprovada para efeitos de consumação típica.

Os crimes caracterizados como perigo abstrato procuram evitar o dano mesmo em condutas que não causem dano a um bem tutelado pelo direito, existindo uma presunção *juris et de jure*, originando a punição pelo descumprimento da lei formal. Dessa forma, será punido quem apresente a probabilidade real de dano efetivo do bem jurídico.

No que se refere à presunção do perigo abstrato, sua posição é pela não arbitrariedade, visto que o legislador a elabora “a partir da constatação de existência de condutas particulares que, por experiência lógica, apresentam uma situação real de perigo.

O anseio do Direito não é somente atingir as condutas que ocasionam concretamente e diretamente um dano a um bem jurídico tutelado, mas, de forma prévia, investir contra agentes que pratiquem atos danosos a terceiros e que causem sentimento de insegurança à sociedade.

Dessa forma, os crimes de perigo abstrato criam a punição pelo descumprimento mero da lei formal. Nestes crimes, o perigo não é elementar do tipo, ao contrário dos crimes de perigo real, devendo somente existir a motivação para sua consumação, isto é, presente ou não a possibilidade de dano configurado o tipo penal.

O presente trabalho tem como objetivo apresentar as análises dos crimes de perigo abstrato à luz da Constituição brasileira e os pontos favoráveis e controversos sobre o tema.

## 2. CRIMES: CONCEITOS E BEM JURÍDICO

Importante que antes de analisar toda a perspectiva do que se trata a modalidade dos crimes de perigo abstratos, é indispensável que seja conceituado o crime em si, assim como as modalidades que o abrange.

Não pretende-se fazer uma análise profunda acerca das teorias pois existem diversas, mais sim trazer conceitos que possam preparar o terreno acerca dos crimes de perigo abstratos, com isso dar início a discussão a respeito do tema e assim expor o estudo necessário para chegar a uma conclusão se o crime de perigo abstrato resiste a uma análise a luz da constituição.

### 2.1 CONCEITO DE CRIME

Primeiramente, antes de passarmos a uma análise mais profunda acerca dos crimes de perigo abstrato, é imprescindível que tratemos do que vem a ser crime, quais suas modalidades, suas particularidades. Não se pretende aqui fazer um estudo profundo do conceito de crime *latu sensu*, tendo em vista que a doutrina é vastíssima e existem diversas teorias a respeito. Nem se adentrará para o estudo das teorias conceituadoras do crime. O que se busca é trazer conceitos básicos a fim de delimitar o terreno para que se possa abordar os crimes de perigo abstrato com mais propriedade. Buscar-se-á expor as características do crime.

No Brasil, não existe um conceito legal de crime. Não há qualquer lei definindo o que se considera crime no ordenamento jurídico pátrio. Sendo assim, fica a cargo da doutrina delinear o conceito de crime.

Rogério Greco ensina que:

Embora o crime seja insuscetível de fragmentação, pois é um todo unitário, para efeitos de estudo, faz-se necessária a análise de cada uma de suas características ou elementos fundamentais, isto é, o fato típico, a antijuridicidade, e a culpabilidade. Podemos dizer que cada um desses elementos, na ordem em que foram apresentados, é um antecedente lógico e necessário à apreciação do elemento seguinte.<sup>1</sup>

Traz ainda, em sua obra, uma preciosa citação dos ensinamentos do eminente autor alemão Hans Welzel: A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em delito. A culpabilidade – a responsabilidade pessoal por um fato

---

<sup>1</sup> GRECO, Rogério. **Código Penal**: comentado. 7. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 89.

antijurídico – pressupõe a antijuridicidade do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior.<sup>2</sup>

Seguindo o mesmo posicionamento, Assis Toledonarra que:

[...] dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita e culpável.<sup>3</sup>

Como bem narrado, em relação a ação em delito acaba que se destacam a tipicidade, licitude e culpabilidade, embora alguns penalista deferenderem outra concepção.

O crime em nossa sociedade inclui um fenômeno social e uma realidade. Existe no dia a dia das pessoas, porém não pode ser classificado como um conceito imutável, estático e único no espaço e no tempo. O conceito de crime evoluiu e mudou ao longo do tempo. Atualmente, após várias alterações, o "Direito Penal" não contém mais a definição exata de crime.

Dessa forma, inúmeras escolas criminais conceituam o crime de maneiras diferentes. Dessas escolas, ainda existem vários conceitos, e esses conceitos ainda têm níveis de subdivisão. Portanto, há de se destacar ainda o conceito de crime como matéria, forma e análise. O conceito material refere-se à definição de verdade, que determina o conteúdo do fato que deve ser punido. O conceito formal corresponde à definição nominal, ou seja, a relação entre o termo e o nome a que se refere. O conceito de análise é muito importante porque aponta os elementos que constituem um crime.

Zaffaroni, sabiamente, conceitua delito como:

Conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária ao ordenamento jurídico (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que atuasse de outra maneira nessa circunstância, lhe é reprovável (culpável).<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução de Juan Bustus Ramirez. Chile: Jurídica de Chile, 1987. p. 9-10.

<sup>3</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**: de acordo com a lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p.44.

<sup>4</sup> ZAFFARONI, E. Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. E. Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.p.89.

O tipo é formal, uma descrição objetiva das mudanças no mundo externo. Sistema antijurídico também é formalmente definido como a prática de comportamento típico que viola a lei. A culpabilidade é apenas a psicologia entre o ator e o fato, conceituada como uma relação psicológica pura, limitando a prova de que existe uma conexão entre eles.

Como resultado, verifica-se que a tipicidade e a antijuridicidade se qualificam na própria ação, tornando-as objeto e considerando a finalidade da ação. Portanto, a antijuridicidade e a tipicidade não podem ser consideradas como fatores puramente objetivos, porque o clássico e o neoclassicismo estão sendo defendidos atualmente por conterem fatores subjetivos e objetivos.

Com base nesse conceito, pode-se observar que o conceito de culpa considera fatos como a imputabilidade e exequibilidade do agente, bem como a possibilidade de o agente compreender a ilegalidade dos fatos praticados. Nesse sentido, a culpa inclui o julgamento que não aprova o autor dos fatos típicos e antijurídicos desde que verificada a imputabilidade e consciência da contra-lei. Portanto, o culpado é o veredicto do porta-voz do comportamento, que atinge o agente que pode estar ciente do comportamento ilegal e ainda assim violará a lei quando necessário.

Há quem defenda que a punibilidade também integra o conceito de crime, sendo este, portanto, fato típico, antijurídico, culpável e punível. Existe ainda, de outro lado, outra corrente que defende que o crime é conduta típica e antijurídica, considerando a culpabilidade como pressuposto para aplicação da pena.

Damásio de Jesus traz o seguinte ensinamento:

[...] somente o *fato típico*, i. e., o fato que se amolda ao conjunto de elementos descritivos do crime contido na lei, é penalmente relevante. Não basta, porém, que o fato seja típico para que exista crime. É preciso que seja contrário ao direito, *antijurídico*. [...] Resulta que são características do crime sob o aspecto formal: 1º) o fato típico e 2º) a antijuridicidade.<sup>5</sup>

Seguindo o mesmo caminho e orientação acerca do que integra conceito de crime e suas condutas, Mirabete sustenta que:

Para a existência do crime é necessária uma conduta humana positiva (ação em sentido estrito) ou negativa (omissão). É necessário, ainda, que essa conduta seja típica, que esteja descrita na lei como infração penal. Por fim, só haverá crime se o fato for antijurídico, contrário ao direito por não estar protegido por causa que exclua sua injuridicidade. Assim, são características do crime, sob o aspecto analítico: a) a tipicidade; b) a antijuridicidade. Fato típico é o comportamento

---

<sup>5</sup> JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.p.14.

humano (positivo ou negativo) que provoca, em regra, um resultado, e é previsto como infração penal. [...] a culpabilidade não é característica, aspecto ou elemento do crime, e sim mera condição para se impor a pena pela reprovabilidade da conduta.<sup>6</sup>

Compreende-se que existem diversos posicionamentos a respeito da conceituação de crime, de suas características, seus elementos. Contudo, não é este o objeto desta pesquisa, razão pela qual não adentraremos mais a fundo nesta discussão.

Sendo assim, sem embargo aos outros posicionamentos, conceituaremos crime como fato típico, antijurídico e culpável. Cada aspecto do crime tem suas particularidades. Trataremos brevemente de cada uma delas.

## 2.2 FATO TÍPICO

Para entender o que é um fato típico, primeiro precisamos definir o que é, de fato, tipo penal. Tipo penal nada mais é que a descrição – que deve ser interpretada restritivamente – da conduta que, por meio da lei, se busca impedir. Toda conduta que se encaixe exatamente no que narra o dispositivo legal é considerada típica. Por exemplo, o tipo penal trazido no art. 121 do Código penal, “matar alguém”, busca impedir que um indivíduo mate outra pessoa. Portanto, quando uma pessoa mata alguém, sua conduta é típica.

Percebe-se que é necessário tipificar o comportamento que deve ser considerado crime e agir de acordo com seu tipo, fato típico, isto é, comportamento compatível com o que a lei considera ilegal.

Sem os crimes típicos, não haveria comportamentos que fossem classificados como equivalentes às características da lei anterior, ou seja, sem as leis anteriores não haveria crimes sem definir os comportamentos típicos como crimes típicos.

Para que haja crime, em primeiro lugar, é necessário que exista uma conduta, que pode ser positiva (ação) ou negativa (omissão). Por exemplo, o tipo penal do art. 155 do Código Penal, pressupõe uma ação do agente. Já o tipo penal do art. 135<sup>8</sup> do mesmo diploma, pressupõe uma omissão. Nos dizeres de Damásio E. de Jesus, fato típico “é o comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca um resultado (em regra), e é previsto na lei penal como infração.”<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.p.54.

<sup>7</sup> JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.p.112.

Rogério Greco assevera que “tipo, como a própria denominação induz, é o modelo, o padrão de conduta que o Estado, por meio de seu único instrumento – a lei –, visa impedir que seja praticada, ou determinada que seja levada a efeito por todos nós”.<sup>8</sup>

Claus Roxin argumenta que:

Querendo o Direito penal proteger bens jurídicos contra os ataques humanos, isto só será possível na medida em que o Direito penal proíba a criação de riscos não permitidos e, ademais, valere a infração na forma de uma lesão do bem jurídico como injusto penal. Portanto, ações típicas são sempre lesões de bens jurídicos na forma de realização de riscos não permitidos, criados pelos homens.<sup>9</sup>

Em síntese, fato típico é toda conduta praticada pelo agente que se adequa perfeitamente ao modelo abstrato previsto na lei penal, isto é, a um tipo penal incriminador, violando, por consequência um bem jurídico protegido pela norma.

Segundo Damásio, o fato típico é composto por quatro elementos: 1º) conduta humana dolosa ou culposa; 2º) resultado; 3º) nexos de causalidade entre a conduta e o resultado; 4º) enquadramento do fato material (conduta, resultado e nexos) a uma norma penal incriminadora.<sup>10</sup>

A conduta compreende, como exposto anteriormente, uma ação ou omissão dolosa (quando se busca o resultado) ou culposa (quando o resultado advém involuntariamente pela imprudência, negligência ou imperícia do agente). O resultado é a modificação do *status quo ante*. O nexos causal, em breve síntese, é o elo que liga a ação ou omissão ao resultado, ou seja, o resultado necessita ser fruto da conduta, deve ser sua consequência, caso contrário, inexistente nexos causal.

O enquadramento do fato material a uma norma penal incriminadora pressupõe uma interpretação restritiva, ou seja, a conduta necessita ser exatamente igual ao que a norma penal anteviu. A esse enquadramento chamou-se tipicidade, que engloba os conceitos de tipicidade formal e tipicidade conglobante.

Quando alguns autores pretendem usar a injustiça típica como sintoma adicional para evidenciar o perigo, relativizam-no: um sintoma que pode ser negado ou confirmado por outrem. Esta posição refere-se a estar próximo da sociedade, conceito de perigo. Em outras palavras, se houver algum sintoma que mostre dano social, incluindo crime, então é razoável tomar medidas de segurança.

---

<sup>8</sup> GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 7. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.p.44.

<sup>9</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução: Luis Greco. 2 ed. Renovar, 2008.p.32.

<sup>10</sup> DAMÁSIO, Luiz. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p.11.

Tomar medidas de segurança visando ações ilegais sem a necessária finalidade objetiva, e utilizando padrões de perigo incertos e instáveis como única base das medidas de segurança, transformando a liberdade individual em um princípio flexível, para o Estado (seja ou não arbitrário) conceda permissão. Usa-se as restrições mais incomuns de liberdade para responder a esses casos.

Neste caso, a tomada de medidas ilegais para atingir medidas de segurança com o propósito de ações injustas típicas ou tipos de ações antecipadas tem uma função de garantia tripla: Primeiro, ela aumenta o prognóstico de perigo, porque os sujeitos mostram sua habilidade. Os criminosos se transformam em crimes injustos; em segundo lugar, reforça a eficácia do princípio da legalidade, pois as medidas de segurança só são aplicadas quando conflitam com os requisitos da lei; por fim, segue o princípio da intervenção mínima, que coloca o país no combate ao crime, a função preventiva é minimizada.

A função de punição não é apenas típica, mas também antijurídico. A combinação dos dois é o requisito básico do crime e geralmente é uma manifestação de antijuridicidade.

### 2.3 ANTIJURIDICIDADE

Ao contrário da tipicidade (que é um juízo de fato), a antijuridicidade é um juízo de valor, é objetivo e independente das condições do autor do fato. Quer se trate de um agente capaz ou incapaz, matar é ilegal. A culpa e a atribuição serão diferentes.

E, por se tratar de um juízo de valor, é preciso ter em mente a intenção de afetar o patrimônio jurídico. Se os ativos legais protegidos não estiverem em risco, não haverá ações anti-legais importantes.

Diz-se então que um fato é antijurídico quando ele é contrário ao direito, ou seja, quando a conduta praticada é proibida pela lei. Primeiramente, devemos analisar se o fato é típico, caso o seja, verificamos se a conduta é antijurídica, pois existem casos em que, mesmo sendo típico o fato não é antijurídico, como nos casos previstos no art. 23 do Código Penal, que são as causas de exclusão da ilicitude.

Nesse sentido, se um agente desferir disparos de arma de fogo contra outra pessoa, vindo a matá-la, ele se enquadra no art. 121 do Código penal. Se, porém, na mesma hipótese, o agente só tivesse desferido os disparos por ter sido alvejado previamente, temos a hipótese de legítima defesa, prevista no art. 23, II do Código Penal. Portanto, o fato seria típico, pois matou alguém,

porém, não seria antijurídico, pois há um dispositivo na lei penal autorizador da conduta do agente nesta hipótese.

Sendo assim, temos que o fato somente será antijurídico quando houver norma vedando tal comportamento, e, caso haja, não será antijurídico se houver norma permissiva. Contudo, nos termos do art. 5º, II da Constituição Federal, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Ainda assim, mesmo o fato sendo típico e antijurídico, para que constitua crime, precisa ser culpável.

O sistema anti-jurídico deve ser entendido como o juízo de valor que constitui a essência do crime, para que o sistema jurídico atribua ao comportamento um caráter indesejável. Como um julgamento de valor, os anti-leis não podem ser limitados por leis e regulamentos, porque os possíveis regulamentos normativos são direcionados ao comportamento e não aos julgamentos de valor.

O antijuridicidade da lei não é apenas o elemento do crime, mas também o principal elemento do crime. Isso torna a questão do direito penal significativa, "é tornar o crime inerentemente mau". O antijurídico de direito representará precisamente o crime. A comparação entre os fatos e o valor jurídico contido na norma.

Ao se referir à ilegalidade ou anti-legalidade, deve-se entender como um dos elementos constitutivos do crime, aliado a fatos típicos, culpa e punição. Mesmo assim, ele ainda mantém a importante posição dos insultos, e destaca-se que o fatos de os crimes típicos constituem os componentes materiais (externos, objetivos) e morais (psicológicos, subjetivos) dos crimes, respectivamente; os insultos são sua essência e podem ser manipulados.

O sistema antijurídico é um elemento do crime. Este elemento não deve ser confundido com fatos anti-legais, que são o próprio crime. Os fatos antijurídicos são compostos de anti-leis, enquanto o anti-leis é abstratamente considerado uma relação contraditória.

## 2.4 CULPABILIDADE

Pessoas que cometem um ato ilegal de forma consciente (intencionalmente) ou não (culpadas) se sentirão culpadas. Por outro lado, na teoria normativa, a culpa é o veredicto de inocência do autor do ato, em que todos têm a responsabilidade de agir de acordo com a lei e as normas, e o contrário leva à culpa pessoal.

Damásio de Jesus conceitua culpabilidade como "juízo de reprovação, reprovabilidade,

censurabilidade, juízo de valor que recai sobre o sujeito que praticou o fato típico e antijurídico”. Contudo, para este autor, a culpabilidade não integra o delito, é apenas pressuposto da pena, como já discutido anteriormente.<sup>11</sup>

Rogério Greco conceitua como “juízo de reprovação pessoal que se faz sobre a conduta ilícita do agente”. Segue o autor dizendo que, de acordo com a concepção finalística, são elementos integrantes da culpabilidade: a) imputabilidade; b) potencial consciência sobre a ilicitude do fato, e; c) exigibilidade de conduta diversa.<sup>12</sup>

Culpabilidade, portanto, é um juízo de valor que se faz sobre um agente que praticou a conduta ilícita, maduro e capaz de assimilar as consequências do crime, que poderia ter agido de outra forma. Os conceitos não diferem, apontam todos para mesma direção.

Portanto, tendo uma pessoa ter praticado um fato típico, antijurídico e culpável, podemos, então, dizer que praticou crime.

## 2.5 CRIME DOLOSO E CULPOSO

Diz-se que um crime é doloso quando o agente quis ou assumiu o risco de produzir o resultado. O crime é culposo quando, mesmo não querendo, o agente deu causa por imprudência, negligência ou imperícia. Destaque-se que a regra imposta pelo Código Penal é a modalidade dolosa, sendo punível o fato culposo apenas quando houver previsão legal.

O mais simples conceito de dolo é “vontade”, ou seja, quando o agente age dolosamente, ele age com vontade, buscando atingir o resultado. Há um desejo de produzir o resultado. Este é o dolo direto, o sujeito busca determinado resultado.

Dolo é a vontade consciente do comportamento criminoso e a prática do comportamento típico. Em geral, o dolo existe quando você deseja o comportamento e suas consequências, é quando você deseja punir alguém e esse comportamento é protegido por lei.

O agente deve estar ciente desse comportamento ilegal, pois quem agir de boa fé e acreditar que não se opõe à lei e à ordem não será punido.

De outro lado, existe ainda a possibilidade de o agente, mesmo não agindo no sentido de tentar concretizar determinado resultado, ele vislumbra que por meio de seus atos o resultado

---

<sup>11</sup> JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.p.13.

<sup>12</sup> GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 7. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.p.46-47.

pode acontecer e ele assume esse risco. É o chamado dolo eventual. O dolo eventual é equiparado ao dolo direto para os fins do direito penal brasileiro.

Por exemplo, quando um agente deseja matar alguém e para isso desfere disparos de uma arma de fogo contra essa pessoa, que acaba por morrer. Esse é o dolo direto. Temos o dolo eventual, porém, quando alguém possui o desejo de apenas dar um tiro em seu inimigo, independente das consequências. Mesmo sabendo que sua conduta pode resultar na morte da outra pessoa, ele não se importa. Realizando o ato e vindo a vítima a morrer, o agente será enquadrado no art. 121 do Código penal na modalidade dolosa, em virtude de seu dolo eventual.

Existe culpa quando o agente não vislumbra o risco ou a hipótese de atingir determinado resultado, mas em virtude da não atenção aos deveres de cuidado que qualquer ser humano deveria ter, ou seja, por sua imprudência, negligência ou imperícia, deu causa ao resultado.

Dentro do conceito de culpa, temos a culpa consciente. Assemelha-se ao dolo eventual, mas não é igual. Na culpa consciente o agente prevê que o resultado lesivo pode ocorrer, mas, confiando em si mesmo, levianamente, embora sinceramente, acredita que poderá evitar o resultado.

Damásio de Jesus dá um elucidativo exemplo no qual em uma caçada o sujeito verifica que um animal se encontra perto de seu companheiro. Prevê que atirando na caça e errando poderia matar seu amigo. Contudo, confia em sua pontaria. Atira, erra e mata o homem. Esta é a clássica hipótese de culpa consciente. Não responderá o agente por homicídio doloso, mas culposo.<sup>13</sup>

Tais classificações são muito importantes no ato de verificação do crime e no de aplicação da pena. O que temos visto é a aplicação cada vez mais frequente do instituto do dolo eventual, que por vezes acaba sendo exagerado. Passaremos agora à análise final deste capítulo, que será a respeito do crime de dano e do crime de perigo.

## 2.6 CRIMES DE DANO E CRIMES DE PERIGO

De acordo com Claus Roxin, citado anteriormente, ações típicas são sempre condutas que lesionam um bem jurídico. Sendo assim, o legislador está submetido ao princípio do bem jurídico, devendo a norma penal proteger este bem.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.p.22.

<sup>14</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução: Luis Greco. 2 ed. Renovar, 2008.p.39.

Quando determinada conduta lesiona efetivamente o bem jurídico protegido pela norma, temos o crime de dano. Pela própria definição é possível interpretar seu sentido. Por exemplo, o artigo 121 do Código Penal (homicídio) protege o bem jurídico vida. Logo quando uma pessoa mata alguém há uma lesão ao bem jurídico, sendo, portanto, crime de dano.

Nesse sentido, temos a definição de Greco:

Cria-se uma infração penal de perigo para que seja levada a efeito a punição do agente antes que seu comportamento perigoso venha, efetivamente, a 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.<sup>15</sup>

Ocorre que o legislador, com o fito de proteger determinados bens jurídicos, estabelece vedações a condutas que possam colocar o bem protegido em risco. Quando a vedação imposta pela lei não está condicionada a um dano, mas apenas a uma possibilidade de lesão, temos o crime de perigo. Sendo assim, não é necessário que o bem jurídico seja lesionado, basta que o agente pratique determinada conduta prevista pela lei que ponha em risco o bem jurídico. Podemos exemplificar tal situação quando a lei atribui como crime o ato de dirigir embriagado.

O bem jurídico protegido é a vida, a incolumidade física dos indivíduos, contudo, o simples fato de alguém estar dirigindo bêbado não pode ser interpretado como lesionador do bem jurídico protegido, mas é claro que o põe em risco, existindo a possibilidade (aumentada pelo status pessoal do agente) de que o bem venha a ser violado.

Art. 251 - Expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, mediante explosão, arremesso ou simples colocação de engenho de dinamite ou de substância de efeitos análogos: Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa.  
§ 1º - Se a substância utilizada não é dinamite ou explosivo de efeitos análogos: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.<sup>16</sup>

Os crimes de perigo se dividem em dois: perigo concreto e perigo abstrato. No primeiro, faz-se necessário que se comprove que a conduta criou efetivamente a situação de perigo ao bem jurídico, como é o caso do crime previsto no artigo 309 da lei 9.503/97, pois é necessário que se prove que a conduta gerou de fato um perigo de dano. Já no segundo, o perigo é presumido, ou seja, basta que o agente pratique a conduta prevista pela lei para que a infração penal seja verificada. Não se verifica se houve ou não dano, na realidade, isto é indiferente,

---

<sup>15</sup> GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal** – Parte Especial. 5. ed, Volume II. Niterói/RJ. Editora Impetus, 2008, p. 109.

<sup>16</sup> Presidência da República. **Código Penal**, Título VIII, Capítulo I. Dos Crimes Contra a Incolumidade Pública. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm). Acessado em 01/12/2020.

como é o caso do ato de dirigir embriagado, do porte ilegal de armas, dentre outros.

Podemos dizer que no perigo concreto há uma presunção relativa (*juris tantum*) da ocorrência do perigo. Isso quer dizer que a conduta descrita pode provocar ou não o perigo ao bem jurídico protegido, por isso deve-se provar que efetivamente gerou o risco.

Já no perigo abstrato há uma presunção absoluta (*juris et de jure*) de ocorrência do perigo. O Estado não abre mais margem para discussão, interpretando que a conduta tipificada sempre vai gerar perigo ao bem jurídico protegido. Um exemplo é o art. 33 da lei de Drogas:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.<sup>17</sup>

Há ainda quem vá além e classifique crimes de perigo individual, perigo coletivo, perigo atual e iminente, perigo futuro. Mas, para nós, são apenas manifestações das modalidades perigo concreto e abstrato. Assim, como não nos é imprescindível, não as explicitaremos.

## 2.7 CRIMES DE PERIGO

Há uma clássica distinção entre crimes materiais, formais e de mera conduta. Para entendê-las é preciso entender onde se insere o resultado no *iter criminis* (cogitação, decisão, preparação, execução, consumação e exaurimento).

Nos crimes materiais, como é o caso do homicídio (art. 121 do CP), o resultado encontra-se na própria consumação. O crime ocorre (consumação) ao mesmo momento em que se atinge o resultado.

---

<sup>17</sup> Presidência da República. **Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas)**, Título IV, Capítulo II – Dos Crimes. [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm). Acessado em 01/12/2020.

Nos crimes formais, há uma previsão, no próprio tipo penal, do resultado. Entretanto, o resultado é indiferente para a configuração do delito. O resultado não está na consumação, mas no exaurimento. Pune-se a busca pelo resultado, não a sua obtenção. Um exemplo clássico é a extorsão mediante sequestro (art. 159 do CP). Neste tipo penal o objetivo de obter a vantagem é essencial para a sua formação, pois caso o agente não possuísse este fim, configuraria apenas sequestro. Ora, quem busca algo pode obter ou não. Nos tipos penais o resultado está presente e é debatido, entretanto, sua obtenção não é pré-requisito para a configuração do crime, bastando a sua busca.

Nos crimes de mera conduta não há qualquer debate acerca do resultado. Ele é indiferente. Qualquer conduta pode gerar resultado, obviamente. Entretanto o resultado não é sequer debatido pelo tipo penal. Ignora-se o resultado e pune apenas a mera prática da conduta. Exemplo clássico é a violação de domicílio (art. 150 do CP). Neste tipo penal o objetivo do agente podem ser inúmeros (furtar, se divertir, matar, etc.). Apesar disso, não interessa qual o fim do agente, não interessa o resultado que ele pretende. Apenas o fato de praticar a conduta descrita já consuma o delito.

Assis Toledo entende que:

[...] os crimes de perigo não se equiparam rigorosamente aos formais. Conforme registra Eduardo Correia, o crime de perigo pode ser formal do ângulo do resultado final que quer evitar, mas é um crime material, como no exemplo da fabricação de moeda falsa, considerado o fato que caracteriza o perigo. Tal distinção, segundo o autor citado, tem relevância para a admissibilidade da tentativa.<sup>18</sup>

Pierpaolo Bottini, por sua vez, assevera que:

Em síntese, o crime de perigo abstrato não é de mera conduta, mas exige uma materialidade, um desvalor de resultado, consubstanciada na periculosidade do comportamento — que não se confunde com a exigência de lesão nem de perigo concreto. O reconhecimento dessa materialidade é a única forma de compatibilizar a técnica legislativa de descrição de uma mera conduta típica com o princípio de exclusiva proteção aos bens jurídicos, consagrado pela dogmática penal.<sup>19</sup>

Para nós, contudo, sem embargos, os crimes de perigo não se inserem em nenhuma destas modalidades. Embora se configurem independentemente do resultado, a produção deste resultado encontra papel chave, pois o Estado entende que a prática da conduta tipificada vai

---

<sup>18</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**: de acordo com a lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.p.114.

<sup>19</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p.6.

gerar o resultado, o que, por meio dos crimes de perigo, tenta evitar. Na concepção estatal o resultado é certo, a diferença é que por meio da lei tenta evitar a sua produção.

Desta forma, nos delitos de perigo (abstrato ou concreto) o resultado encontra papel fundamental, pois só é indiferente que ocorra ou não por ser uma tutela penal antecipada pelo Estado, que, se não fosse isso, o resultado seria obtido. Logo, se difere dos delitos de mera conduta, pois apesar de em ambos não se analisar a produção do resultado, nos de perigo o resultado é presumido e nos de mera conduta não se faz qualquer valoração acerca do resultado.

Também difere dos crimes materiais e dos formais, no sentido de que o resultado não está nem na consumação, nem no exaurimento. Poderíamos dizer que, de maneira modificada, o resultado se ligaria à própria execução.

## 2.8 BEM JURÍDICO

Antes, contudo, de partirmos para a análise dos princípios constitucionais- penais, importante para nós aqui estabelecer o que seria, afinal, bem jurídico.

Esse conceito de bem jurídico tem como premissa a teoria do objeto criminal da criminologia do Iluminismo, que é contrária ao direito penal teocrático, e como base para determinar o conteúdo dos conceitos criminais gerais, é a teoria naturalista da teoria do contrato social. Diante disso, o Estado é considerado uma decisão conjunta das pessoas e tem como objetivo garantir aos cidadãos a mais ampla liberdade, portanto, sua função legítima fundamental é a proteção dos direitos dos cidadãos.

Como discutiremos mais a frente, num dado momento histórico os homens se juntaram e decidiram criar um Estado para regular todas as relações. O objetivo era assegurar a segurança e a liberdade de todos. Posteriormente, com o advento da democracia, em especial por conta da Revolução Francesa, a liberdade individual se tornou tema central. Dessa forma, surgiu a ideia de que o Estado somente poderia intervir nas liberdades individuais quando fosse realmente necessário, quando as liberdades dos outros cidadãos estivesse posta em risco. Ou seja, a função do Estado é assegurar a liberdade de todos, nem que para isso tivesse que limitar um pouco o exercício dessa liberdade generalizada.

É neste sentido que Roxin afirma:

Em um Estado democrático de Direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos

humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.), sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor.<sup>20</sup>

Todos estes objetos legítimos de proteção das normas que subjazem a estas condições eu os denomino bens jurídicos. Podemos então entender, nos ideais de Roxin<sup>21</sup>, bem jurídico como interesse protegido por determinada norma.

É compreensível que os interesses jurídicos correspondam a interesses vitais para as comunidades ou indivíduos e, pela sua importância social, esses bens serão dignos de proteção jurídica. A partir disso pode se conceituar os bens jurídicos como os "valores morais-sociais" escolhidos pela lei para garantir a paz social.

Roland Hefendehl, por sua vez, defende que:

El bien jurídico ha de tratarse de un objeto del mundo real, sometido a las leyes físicas. Esta simple frase posee quizá mayor claridad y operatividad que las abstractas definiciones utilizadas por la doctrina que en ocasiones ha llegado a referirse al bien jurídico como un bien ideal e intangible. Así a lo que se llega es a una mera construcción de conceptos que no resulta útil al combinarla con la estructura del delito: para un valor intangible es ciertamente indiferente que el peligro que se cierne a su alrededor sea concreto o abstracto.<sup>22</sup>

A questão que se traz é saber de onde podemos extrair os bens jurídicos. A resposta é simples. Do epicentro axiológico do ornamento jurídico nacional, ou seja, da Constituição Federal. Entretanto, não é necessário que estejam explícitos no texto constitucional.

Podemos entender que os bens jurídicos passíveis de proteção pelo Direito Penal são os direitos, garantias e liberdades fundamentais, juntamente com as garantias institucionais. Embora massivamente elencados no artigo 5º da Constituição, o §2º deste artigo dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Isso quer dizer que o rol do artigo 5º não é taxativo e que podem existir bens jurídicos implícitos. Contudo, mesmo que não contidos expressamente, se submetem aos preceitos emanados pela Lei Maior.

---

<sup>20</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução: Luis Greco. 2 ed. Renovar, 2008.p.51.

<sup>21</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução: Luis Greco. 2 ed. Renovar, 2008.p.52.

<sup>22</sup> HEFENDEHL, Roland. **¿Debe Ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros?** Bienes Jurídicos Colectivos y Delitos de Peligro Abstracto. Traduzido por Eduardo Salazar Ortuño. Anales de Derecho. Universidad de Murcia. n. 19, 2001.p.49.

O direito penal define como crime o dano aos bens jurídicos protegidos quando ocorre atos criminosos que são incompatíveis com os interesses individuais e da comunidade e, como os ativos legais estão superestimados, deve ser protegida de forma obrigatória para forçar os infratores a não atacar os interesses dos outros.

Porém entende-se que o direito penal visa proteger interesses jurídicos, por isso não deve ter caráter preventivo. Em outras palavras, você não deve punir uma pessoa que não cometeu um ato ilegal, ou seja, não prejudicou nenhum bem legal.

Os bens jurídicos têm várias funções. No entanto, a função política criminal constitui um dos principais critérios para o problema da limitação e individualização que se destinam a ser objeto da tutela criminal.

Luiz Regis Prado, seguindo este entendimento, nos ensina que:

O legislador deve sempre basear-se na Constituição e nos valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, tendo em conta o caráter limitativo da tutela penal. Aliás, o próprio conteúdo liberal do conceito de bem jurídico exige que sua proteção seja feita tanto pelo Direito Penal como ante o Direito Penal. Encontram-se, portanto, na norma constitucional as pautas substanciais para a incriminação ou não de condutas.<sup>23</sup>

Luís Greco por sua vez prega que:

*O conceito político-criminal de bem jurídico é possível.* Ele tem de estar arrimado na Constituição, mas não se limita a meramente refletir os valores que a Constituição consagra, uma vez que somente valores fundamentais podem justificar a gravidade da intervenção penal (princípio da subsidiariedade). Estes valores podem ser tanto do indivíduo, como da coletividade, merecendo acolhida a concepção dualista de bem jurídico. Assim sendo, definimos bem jurídico como dado fundamental para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social.<sup>24</sup>

Desta forma, bem jurídico, entre nós e para os fins dessa pesquisa, pode ser entendido como interesse penalmente relevante fundamentado na Constituição.

Por fim, há ainda bens jurídicos coletivos e individuais. Os coletivos dizem respeito à sociedade como um todo, ou seja, é um interesse de todos, sem ser possível definir os indivíduos de fato afetados pela conduta violadora. Já os individuais, como o próprio nome já sugere, dizem respeito a cada cidadão, individualmente, separadamente.

Esta diferenciação deve ser analisada de maneira detida, pois o que temos visto é a

---

<sup>23</sup> PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p.9.

<sup>24</sup> GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 7. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.p.64.

criação de penas cada vez mais severas pelo Estado, sob o argumento de que se trata da proteção de bens jurídicos coletivos. Entretanto, muitas vezes, os supostos bens jurídicos coletivos, nada mais são que a soma de bens jurídicos individuais.

Roland Hefendehl nos alerta sobre este problema:

Siempre que se oiga que un tipo delictivo debe proteger la validez del ordenamiento jurídico, la seguridad colectiva o el orden público o la seguridad del tráfico, debería colocarse junto a éstos una luz roja de alarma. ¿Qué es realmente la seguridad del tráfico? En nuestra opinión es simplemente la protección de los bienes jurídicos individuales (como la vida o la salud) de los participantes en el tráfico automovilístico. No se trata, pues, de un bien jurídico colectivo.<sup>25</sup>

Ou seja, entende-se que a segurança no trânsito será a proteção dos direitos de cada indivíduo, como a vida e sua saúde, não sendo assim um bem jurídico coletivo.

O que aparenta é que o mais importante não é conceituar o bem jurídico, Se este for realmente o escopo do direito penal. O verdadeiro desafio do punidor é descobrir as limitações das normas penais feitas pelo legislador. Este é o desafio político do direito penal, isto é, o que sancionar e como sancionar. Além disso, em opiniões diferentes, não existe um pressuposto claro que visa permitir que os legisladores tenham o direito de decidir sobre os seus crimes.

Não há dúvida de que a missão fundamental dos juristas do direito penal não é apenas definir o que é legal, mas também descobrir os limites da proteção proporcionada pelas normas penais. Por fim, cabe destacar que, entre os diversos conceitos de restrição do direito penal, entendemos que o mais aceitável é estabelecer o direito do Estado à punição com base em valores constitucionais.

Assim, do ponto de vista pessoal, podemos concluir que os bens jurídicos tutelados existem quando estão incorporados no valor reconhecido pela Constituição, pelo que já existe o regime das penas legais. Nesse sentido, os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem ser considerados a encarnação do valor constitucional relativo aos direitos fundamentais. É assim que os bens jurídicos se transformam em bens jurídicos dignos de proteção penal ou judicial-penal.

Nesse ponto, é necessário perceber que os bens jurídicos não são histórica e socialmente estanques. Pelo contrário, revelam uma variabilidade, até certo ponto óbvia: se a função do direito penal é proteger os bens jurídicos que o ser humano tem de realizar o mais livremente

---

<sup>25</sup> HEFENDEHL, Roland. **¿Debe Ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros?** Bienes Jurídicos Colectivos y Delitos de Peligro Abstracto. Traduzido por Eduardo Salazar Ortuño. Anales de Derecho. Universidad de Murcia. n. 19, 2001.p.51.

possível na sociedade, então esses bens serão considerados a todo o momento protegido pelo direito penal.

No entanto, deve-se destacar que o impacto da evolução social no desenvolvimento atual do direito penal tem levado a uma tendência do contorno tradicionalmente claro apresentado por um único bem jurídico para o mais vago e intangível conceito de contorno jurídico. Dissipar em casos extremos, esse fenômeno se reflete em mercadorias supra-individuais do estado de direito.

No contexto do sistema aberto de uma sociedade pluralista baseada em uma sociedade de valores e baseada no mundo da vida de todos, a compreensão do verdadeiro significado dos crimes contra bens jurídicos deve levar em conta os participes dessa comunicação. Perceba a visão de possibilidades ilimitadas de compreensão para a autorrealização social. Nesse sistema, os interesses jurídicos receberão mais atenção pública, mas ainda continuam a representar um padrão básico insubstituível, e a partir dele seu cumprimento de funções deve ser medido, de modo a medir a legalidade do direito penal em cada caso concreto .

Em termos gerais, os bem protegido são itens materiais ou não materiais com valor. Portanto, eles entendem tudo o que é importante para nós, por isso são polêmicos e enfrentam certos perigos. Entre eles, a lei seleciona pessoas que são dignas de proteção e as eleva como bens jurídicos.

De forma simples e compreensível, os bens jurídicos são tudo o que é protegido por lei, ou seja, são valores moral-sociais escolhidos pela lei para garantir a paz social e colocá-la sob sua proteção. Evite que eles sejam expostos ao perigo de ataque ou dano real.

### 3. CRIME DE PERIGO ABSTRATO

Crimes de perigo abstrato são os que onde não existe a necessidade de lesão de um bem jurídico ou a colocação deste bem em risco real. São tipos penais que apresentam somente um comportamento, não apontando um resultado específico como elemento expresso do injusto.

No que se refere a antecipação da tutela penal, principalmente sua efetuação por meio dos delitos de perigo, e mais focalizada nos delitos de perigo abstrato nos últimos anos, tem se construído, seja no meio acadêmico, administrativo ou político, na tônica do assunto político criminal da sociedade.

Segundo Roxin, crime de perigo abstrato é “aquele que se castiga a conduta tipicamente perigosa como tal, sem que no caso concreto tenha ocorrido um resultado de exposição a perigo”.<sup>26</sup>

A técnica dos crimes de perigo abstrato se forma em uma das características mais transparentes do desenvolvimento das legislações penais, destacando-se sem utilização nos campos mais complexos da regulação positiva, onde existe a necessidade de política de segurança mais severa, como no direito penal econômico e do meio ambiente, com o objetivo de facilitar e atenuar os problemas processuais, como dificuldades na produção de provas, verificação dos sujeitos ativos, nas averiguações destes crimes.

Esta compreensão se justifica na particularidade preventiva que o Direito Penal apresenta, direcionado à redução de risco, e não somente na ideia de punição, de vingança institucionalizada pela lesão do objeto assegurado pela lei, do Direito Penal Clássico.

Kindhauser explica que não há a possibilidade de desconsiderar que o Direito Penal da sociedade busca excluir o crime de lesão, onde o bem jurídico tutelado sofre um dano substancial, do centro de sua tipologia conceitual, se alterando para o lugar do crime de exposição do bem jurídico tutelado a perigo abstrato. O autor destaca que é crime de perigo abstrato pois o tipo penal não apresenta uma necessidade de real exposição do bem jurídico a qualquer perigo, mas sim finaliza o tipo legal da descrição de uma conduta perigosa em si mesma.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> ROXIN, Claus. **Estudios de Direito Penal**. Tradução: Luis Greco. 2 ed. Renovar, 2008.p.89.

<sup>27</sup> KINDHÄUSER, Urs. **Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa**. Tradución Claudia López Díaz. Colección de Estudios n.º 09. Universidade Externado de Colombia. 1996.p.14.

Uma particularidade que se destaca nestes crimes é que o castigo punitivo recai na própria conduta do agente sem ocasionar lesão ao bem jurídico protegido ou cogitar de dolo respectivo a causa de resultado danoso em determinado objeto tutelado pelo Direito.

Destaca-se que os crimes de perigo abstrato não procuram atribuir-se a algum dano específico ou prejuízo social efetuado pela conduta, senão evita-la, prevenindo e assegurando o bem jurídico de lesão antes de sua exposição a perigo real. Ao utilizar esta modalidade delitiva, quer o Direito Penal possibilitar a sensação de segurança ao corpo social.

A definição jurídica desta modalidade delitiva será dependente não da previsão de uma conduta com possibilidade real de dano, ou seja, de um resultado realmente perigoso para a vida social, mas da prática de um comportamento simplesmente contrário a uma lei formal, isto é, a simples realização de um ato proibido pelo legislador, sem ocasionar dano ou perigo concreto à ordem jurídica. Pune-se ainda que aconteça o dano efetivo do bem jurídico ou sua probabilidade real. Pune-se a violação normativa.

Portanto, o direito penal inclui regras definidas e julgamentos de valor objetivos. Como esses tipos de tendências são mais inclinados do que os outros, a generalidade da desvalorização das ações ou desvalorizações como resultado de crimes também muda proporcionalmente. Por exemplo, em um caso de homicídio, o elemento principal não é claro, porém, em um crime com perigo abstrato, o elemento mais importante é a desvalorização da ação. Como o comportamento é subjetivo, a desvalorização como comportamento principal sempre indica que o esboço da norma é principalmente determinar a norma. Por outro lado, considerando suas dimensões objetivas, a desvalorização do resultado está principalmente relacionada ao padrão como avaliação.

Jakobs destaca que as condutas punidas por meio dos crimes de perigo abstrato são aquelas que perturbam não somente a ordem pública, mas lesionam um direito à segurança, compreendida no sentido antes referido, no sentido normativo.<sup>28</sup>

O legislador costuma concretizar centralmente os postulados normativos, e o faz de tal modo que ele mesmo descreve – também sem mencionar de modo algum o resultado desejado da ação – a configuração dos comportamentos contrários à norma e com isso, o que se vai produzir descentralizadamente fica reduzido à simples de em que caso se dá tal configuração de comportamento. Assim, a lei proíbe coisas muito diferentes, desde o falso testemunho até a condução de veículo sob a influência de bebidas alcoólicas, e o faz também quando o indivíduo não vê resultado perigoso de seu comportamento, e quiçá, tampouco poderia vê-lo: nesses crimes de perigo

---

<sup>28</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte General**. 2ª edición. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S/A, 1997, p.11.

abstrato, o tipo de comportamento se define como não permitido por si mesmo é dizer, centralizadamente, sem atender a especialidades não centrais.<sup>29</sup>

Neste contexto, o legislador possibilitou ao julgador a atribuição de buscar potencialidades com danos, assim como ocorrer a competência para elaborar bases normativas relacionadas a punir de forma antecipada as condutas. Surgiram assim, normas com previsões semelhantes, que ofereceram ao juiz um amplo espectro decisório, sem previsão específica do campo de atuação do agente ou do desvalor de sua atuação.

Percebe-se que o legislador facilita as direções da punição criminal, pois se renuncia a prova de um dano e a prova da causalidade entre a conduta e o resultado, já que este é presumido, nas procuras de uma repressão efetiva ao crime.

JAKOBS fala da ilegitimidade da incriminação em áreas adjacentes à lesão do bem jurídico; GRAUL rejeita a presunção de perigo dos crimes de perigo abstrato; SCHRÖDER propôs admitir a prova da ausência de perigo; CRAMER pretendeu redefinir o perigo abstrato como probabilidade de perigo concreto. Por outro lado, destacando a finalidade de proteção de bens jurídicos atribuída aos tipos de perigo abstrato, aparentemente indissociáveis de políticas comprometidas com o controle ecológico, o controle das atividades econômicas e, de modo geral, a garantia do futuro da Humanidade no planeta, HORN e BREHM propõe fundar a punibilidade do perigo abstrato na contrariedade ao dever, como um perigo de resultado (e não como resultado de perigo) e FRISCH pretende compreender os delitos de perigo abstrato como delitos de aptidão (Eignungsdelikte), fundado na aptidão concreta ex ante da conduta para produzir a consequência lesiva.<sup>30</sup>

Desta forma, os crimes de perigo abstrato possuem danosidade presumida, não dependente da produção de lesão ou perigo concreto ao interesse tutelado pela norma penal.

Ao agir desta forma, o legislador executa uma inversão da carga probatória no processo penal, pois excluindo o dano e o nexos de causalidade a situação delitiva fica mais simples de ser comprovada. No que se refere ao caso concreto, não é preciso provar qualquer situação concreta, somente a violação da norma jurídica, o que permite ao acusado poucas chances de defesa.

Os tipos de perigo são fontes de inúmeras discussões, ocasionando problemas na interpretação e aplicação da lei, visto que realizam verdadeira virada conceitual no Direito Penal, propondo criminalizar condutas por elas mesmas, presumindo a existência de um fato perigoso.

---

<sup>29</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte General**. 2ª edición. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S/A, 1997.p.11.

<sup>30</sup> SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **A Globalização e as Ciências Sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.p.18.

Destaca-se, contudo, que a conduta do indivíduo é fenômeno ocorrente no plano da experiência não podendo ser jamais presumida ou imaginada, mas sim verificada.

De forma clara, dessa utilização dos tipos de perigo abstrato, ocasiona afronta ao enunciado de Direito Penal clássico e inobservância ao princípio constitucional da ofensividade, visto que não existe crime sem resultado.

De fora fica, em verdadeiro rigor, todo o reino de legitimidade da punição de condutas cujo traço essencial não está no facto de o perigo se ter concretamente desencadeado, mas sim e diferentemente em o perigo ser considerado como mera motivação para o legislador punir tal conduta. Ao sancionar-se penalmente um comportamento dentro destes parâmetros de valoração somos confrontados com a inexistência de uma qualquer ofensividade relativamente a um concreto bem jurídico.<sup>31</sup>

Batista destaca que este princípio transporta para o terreno penal a questão geral da alteridade do Direito: ao contrário da moral – não se olvidando da relevância jurídica que possam ter atitudes anteriores, relacionadas, como motivo ou fim de agir, a um sucesso externo.<sup>32</sup>

Neste contexto, Streck apresenta que apenas a lesão concreta ou a efetiva possibilidade de lesão a algum bem jurídico é que pode ocasionar uma intromissão penal do Estado, pois caso contrário, o Estado estabelecerá responsabilidade objetiva no direito penal, punindo condutas por si mesmas, violando os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, conquistas do Estado Democrático de Direito.<sup>33</sup>

Desta forma, pode-se destacar a tipificação demasiada dos crimes de perigo abstrato, em contradição aos princípios que são bases do ordenamento constitucional e penal do Brasil, representando uma grande preocupação prevencionista do direito criminal da sociedade, que a par de uma transformação social processada a velocidade da comunicação mundial, de um processo tecnológico imprevisível, aplicado o recurso do simbolismo da lei penal e intimidação dos indivíduos com o estigma da punição criminal.

Algumas doutrinas do direito penal minimalista muitas vezes negam a legitimidade de crimes perigosos abstratos, porque acreditam que é um progresso exagerado devido a barreiras. Embora não haja necessidade de maiores considerações, a rejeição final parece incorreta, embora seja necessário perceber que o uso de técnicas abstratas de tipificação de crimes perigosos deve corresponder ao uso de outros elementos em um determinado tipo de

---

<sup>31</sup> COSTA, Jose Francisco de Faria. **O Perigo em Direito Penal**. Coimbra Editora. 1992.p.23.

<sup>32</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 1999.p.38.

<sup>33</sup> STRECK, Lênio Luis. **O “Crime de Porte de Arma” à Luz da Principiologia Constitucional e do Controle de Constitucionalidade: Três Soluções à Luz da Hermenêutica**. 2001.p.97.

composição. O caminho conseguiu compensar o andamento do crime. Representa uma barreira de atribuição.

Portanto, de fato, um conjunto de situações específicas apareceu recentemente na doutrina, que são consideradas entre o perigo concreto e o perigo abstrato, denominado crime de perigo abstrato-concreto, atitude ou crime potencial prejudicial, ou mesmo crime perigoso. Por exemplo, crimes de consumo de produtos que podem prejudicar a saúde humana ou pelo uso excessivo de tais elementos normativos, ou seja, crime de poluição artística.

Obviamente, se o caso se referir ao consumo exclusivo de um produto produzido por um produtor identificado, e no caso de poluição de uma determinada hidrovia utilizada apenas pela vítima identificada, se estiver contaminada, pode haver homicídio criminoso ou soluções para crimes de ferimento pessoal e fornecer a especificidade necessária e desejável. No entanto, uma vez que o produto é distribuído em grandes quantidades e vendido a qualquer pessoa, ou a poluição vem do ar, eles se beneficiarão com o ciclo do vento, oceano ou rio e se beneficiarão dele. A relação de causa e efeito se perde no anonimato.

No entanto, de fato, apesar da existência dessa situação específica, parece errado pensar que eles também podem produzir categorias típicas além de riscos abstratos ou específicos, mas embora tenham razões básicas diferentes dos riscos puros, eles são típicos, tecnicamente falando, os dados estatísticos são, na verdade, um crime perigoso abstrato, porque não há uma descrição específica de requisitos perigosos específicos na descrição típica.

Cabe aqui ressaltar que há tentativa em todos os crimes resultantes, e no caso de crimes reais resultantes (como homicídio), é mais viável entender suas penalidades, pois colocará em perigo esse bem jurídico, e no final, você vai se machucar. Por outro lado, em crimes perigosos concretos ou abstratos, o "perigo perigoso" será punido. Uma situação como esta põe em causa a possibilidade de punir tais tentativas, pois as barreiras de imputação irão tão longe que o sofrimento dos interesses jurídicos será muito remoto. Portanto, embora seja tecnicamente viável, a possibilidade de tentar crimes perigosos abstratos é extremamente limitada.

Por definição, a punição das tentativas não prejudica o propósito do litígio, mas não contradiz a teoria da proteção legal de bens. Foi apenas na tentativa de conduzir um processo penal, mas ainda não foi perfeito. No entanto, os atos criminosos visam danos a bens legítimos. Nesse caso, a exigência de proteção do patrimônio jurídico não será abandonada porque é determinada pela dupla desvalorização: desvalorização do comportamento e do resultado. Nessa tentativa, nos deparamos com a mesma desvalorização da ação do crime realizado, pois

embora os interesses jurídicos não sejam prejudicados, ainda existem perigos, inclusive a desvalorização do crime.

Na verdade, mesmo o direito penal que visa a proteção do patrimônio jurídico visa proibi-lo de garantir "valor comportamental", como o respeito à vida e à propriedade alheia. Isso é totalmente correto, porque manter o valor das ações também pode proteger o patrimônio legal.

#### 4. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Como analisado anteriormente, a necessidade de um Direito Penal mais abrangente, que acompanhasse o desenvolvimento da sociedade, levou ao legislador a criação dos crimes de perigo abstrato. Assim, foi possível a tutela de novos bens jurídicos e uma maior proteção de uma sociedade cercada de riscos.

Primeiramente, é válido definir o papel do Direito Penal. Para Rogério Greco, o Direito Penal tem a finalidade de proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade e que não podem ser tutelados por outro ramo do direito.<sup>34</sup> Para Pierpaolo Cruz Bottini o Direito Penal tem o objetivo de preservar o funcionamento do modelo social no qual ele é criado e se reproduz, e o alcança por meio da manutenção de expectativas de convivência. Nesse sentido os institutos que compõe o Direito Penal, como a ação, a causalidade, os critérios de imputação, a causalidade, não são formados por conceitos fixos, mas são construídos e analisados para manter a estabilidade da organização social que estão inseridos.<sup>35</sup>

Outro ponto a ser considerado é a Constituição do Brasil e o modelo de organização do poder político vigente que é o Estado Democrático de Direito. Isso determina que o poder popular é soberano e que a pluralidade e dignidade da pessoa humana devem ser respeitadas. Dentro desse contexto se apresenta também o Estado Constitucional de Direito, que é movido pela supremacia da Constituição, ou seja, a normatividade constitucional deve ser respeitada, sendo assim os poderes públicos devem sempre as observar.

É nesse contexto que devem ser analisados os crimes de perigo abstrato e sua constitucionalidade, que é colocada em dúvida por muitos. Assim, será feita adiante uma análise de alguns princípios constitucionais aplicados ao Direito Penal para que se possa contextualizar mais claramente a questão. Além disso, será realizada também uma análise de algumas jurisprudências sobre esse tipo de crime.

---

<sup>34</sup> GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 7. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.p.73.

<sup>35</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p.90.

#### 4.1 LESIVIDADE E INTERVENÇÃO MÍNIMA

Para Rogério Greco, “os princípios da intervenção mínima e da lesividade são como que duas faces de uma mesma moeda. Se, de um lado, a intervenção mínima somente permite a interferência do Direito Penal quando estivermos diante de ataques a bens jurídicos importantes, o princípio da lesividade nos esclarecerá, limitando ainda mais o poder do legislador, quais são as condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal”.<sup>36</sup>

O princípio da lesividade tem como função, de acordo com Nilo Batista, proibir a incriminação de uma atitude interna; proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.<sup>37</sup> Já de acordo com Pierpaolo Cruz Bottini de acordo com o princípio, somente será penalmente relevante a conduta que lesiona o bem jurídico protegido, de forma que serão atípicos os atos que não afetem os interesses tutelado.<sup>38</sup>

Portanto, em uma primeira análise, seria possível concluir que os crimes de perigo abstrato não estão em acordo com o princípio da lesividade visto que não existe um dano efetivo para os bens jurídicos. Porém, por outro lado, caso seja feita uma revisão do conceito de lesividade acoplando também situações onde há a desestabilização de expectativas diante de atividades arriscada, com mero potencial de perigo.<sup>39</sup> Os crimes de perigo abstrato passam a estar de acordo com o princípio.

Já o princípio da intervenção mínima indica que o direito penal deve interferir o mínimo possível na vida dos indivíduos. Assim, sempre que um bem jurídico puder ser protegido por outra esfera do Direito, deve-se abrir mão da opção legislativa penal. Assim, os crimes de perigo abstrato não ferem obrigatoriamente o princípio da intervenção mínima. Deve ser observado se a norma criada poderia ser tutelada por outro ramo do direito, como o direito civil ou administrativo. Cabe aqui ressaltar que na sociedade de risco existe certa dificuldade outros meios controlarem os riscos restando ao Direito Penal essa função.

---

<sup>36</sup> GRECO, Luís. **"Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato** - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito... Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Brasil, v.12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2009.p.34.

<sup>37</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 2004.p.54.

<sup>38</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p.69.

<sup>39</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p.69.

A declaração dos Direitos das Pessoas e Cidadãos vem com intervenções mínimas para garantir que a intervenção estatal a nível individual só seja necessária quando absolutamente necessária. Apenas em casos extremos poderá recorrer à intervenção do direito penal. Portanto, em princípio, a disciplina das relações jurídicas deve ser deixada para outros departamentos jurídicos.

Nesse sentido pontua Pierpaolo Cruz Bottini que “A dificuldade dos demais meios de controle social em lidar com os novos riscos termina por transferir ao direito penal a tarefa de sua gestão, o que nem sempre é adequado, útil e racional”. O que justifica, portanto, a atuação do atual direito penal.<sup>40</sup>

Crimes que não causaram danos reais ou ameaças específicas aos bens legais protegidos são inconstitucionais. Como resultado, crimes com riscos abstratos (ou hipotéticos) se tornam inconstitucionais, em que o tipo de crime descreve um determinado comportamento sem exigir uma ameaça específica aos itens legais protegidos.

## 4.2 LEGALIDADE

Rapidamente nos cumpre dizer que a legalidade dispõe através da Constituição Federal<sup>41</sup> que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, ou seja, o único meio existente que poderá impor qualquer tipo de restrições será mediante lei.

Portanto, as penas criminais devem ser estipuladas na lei no sentido formal, devem ser formuladas antes da implementação e devem ter conteúdo específico. Você não pode efetivamente conceder ao juiz arbitral a aplicação da multa desejada antes de cometer o crime. Penalidades incertas violam a Constituição Federal.

Os ensinamentos de Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco trazem o seguinte argumento.

A Constituição estabelece, no art. 5º, XXXIX, que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Cuida-se da legalidade ou da reserva legal estrita em matéria penal. [...] Essas disposições encontram fundamentos vinculados à própria ideia de Estado de Direito, baseados especialmente no princípio liberal e nos princípios democrático e da separação de Poderes. De um lado enuncia-se que qualquer intervenção no âmbito das liberdades há de lastrar-se em uma lei. De

---

<sup>40</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p.69.

<sup>41</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

outro, afirma-se que a decisão sobre a criminalização de uma conduta somente pode ser tomada por quem dispõe de legitimidade democrática.<sup>42</sup>

Essa análise nos permite dizer que o Estado pode interferir na liberdade de cada indivíduo, porém, essa intervenção deverá ser em forma de lei, visto que sem lei, não há como se falar em um Estado democrático de direito. Assim as ações que o Estado que tende em limitar quaisquer liberdades do indivíduo devem ser pautadas em lei. Vale lembrar que a Constituição Federal é estabelecida como lei suprema.

#### 4.3 PROPORCIONALIDADE

O princípio da proporcionalidade tem como finalidade equilibrar os direitos individuais e os anseios da sociedade, ponderando assim a atuação do legislador. O princípio apesar de não ser expressamente tratado na constituição, está indiretamente embutido em alguns dispositivos.

Uma das características da pena deve refletir os interesses da defesa social e da garantia pessoal consagrada nos direitos do condenado. O direito à impunidade não deve ultrapassar o grau de dano causado pelo crime. A pena é a "alma de todas as penas". É uma medida obrigatória do direito penal. Para atingir os seus objetivos de segurança e judiciários, busca indenizar adequadamente os atos criminosos. Portanto, a proporcionalidade deve constituir um possível fenômeno de equilíbrio.

Ao analisar a proporcionalidade das sentenças, convém dizer que o poder punitivo pertencente ao estado se abre desta forma com um certo número medidas baseadas em soluções escalonadas, que podem ser medidas em dinheiro ou em quantidade de Tempo. Essa ordem gradativa é a essência da justiça criminal, pois se não houver maior igualdade ou padrão proporcional para presidir a distribuição das penas, isso não será alcançado, para que todo criminoso receba a devida recompensa.

Zaffaroni entende que:

Já que é impossível demonstrar a racionalidade da pena, as agências jurídicas devem, pelo menos, demonstrar que o custo em direitos da suspensão do conflito mantém uma proporcionalidade mínima com o grau da lesão que tenha provocado. Temos aí o princípio da proporcionalidade mínima da pena com a magnitude da lesão.<sup>43</sup>

---

<sup>42</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 477.

<sup>43</sup> ZAFFARONI, E. Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. E. Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 230.

A punição desnecessária para defesa social é injusta. A punição é somente quando a renda máxima é obtida por meio do processo misto de expiação e ajuste social, e a dor é mínima.

Para Alberto Silva Franco, o “Princípio da Proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que possa alguém ser privado (gravidade da pena).”<sup>44</sup>

No mesmo sentido, Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco nos ensinam que:

Em muitos casos, a eleição da sanção penal pode-se conter no âmbito daquilo que se costuma denominar “discrição legislativa”, tendo em vista desenvolvimentos históricos, circunstâncias específicas ou opções ligadas a certo experimentalismo institucional. A ordem constitucional confere ao legislador margens de ação para decidir sobre quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais. É certo, por outro lado, que a atuação do legislador sempre estará limitada pelo princípio da proporcionalidade. Assim, na dogmática alemã é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais, como proibições de intervenção. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais, como imperativos de tutela (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. (...) As determinações constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade, como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A ideia é a de que a intervenção estatal por meio do direito penal, como ultima ratio, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade.<sup>45</sup>

Então, vemos que a doutrina estabelece que o princípio da proporcionalidade possui dois aspectos básicos: proibição de excessos e proteção inadequada. Essa dimensão também é obrigatória para os legisladores.

Por um lado, quando o estado restringe a liberdade pessoal, não pode exceder a punição para certas violações da lei. Por outro lado, a proteção fornecida pelo estado não pode ser insuficiente, ou seja, precisa proteger integralmente os direitos fundamentais. Em outras palavras, as ações do estado devem ser ideais, devem ser proporcionais Influência comportamental.

Além disso, deve-se considerar que o princípio da proporcionalidade pode ser dividido em três subprincípios (requisitos) sendo eles: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

---

<sup>44</sup> FRANCO, Alberto Silva. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.p.99.

<sup>45</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 475.

A adequação diz respeito ao fim pretendido e aos meios adotados para consegui-lo, devendo os meios serem adequados para que se chegue ao fim pretendido. Já a necessidade indica que os meios ou medidas adotadas deve ser realmente necessária ou exigível perante a sociedade. E por último, a proporcionalidade em sentido estrito, é um sistema de valoração que determina que as vantagens que serão obtidas serão maiores que qualquer desvantagem.

Para uma análise dos crimes de perigo abstrato frente o princípio da proporcionalidade é necessário considera-los individualmente. A criação desses crimes não representa por si só alguma inconstitucionalidade.

O que pode ocorrer com base no princípio da proporcionalidade é a não obediência dos critérios já expostos anteriormente o que os tornaria inconstitucional Assim, os crimes de perigo abstrato se tornariam inconstitucionais, por exemplo, caso incriminassem ato ou comportamentos que não tenham aptidão nem potencial para produzir qualquer perigo concreto. Dessa forma, devem ser incriminados comportamentos que coloquem realmente em risco algum bem jurídico.

De acordo com a necessidade, deve ser observado se não existem medidas mais eficazes para proteção do bem jurídico objeto do crime de perigo abstrato e menos gravosas aos direitos individuais, caso existam, o crime passa a ser inconstitucional. Por último deve ser sempre observado também a proporcionalidade em sentido estrito. Os crimes de perigo abstrato devem passar pela valoração para que estejam de acordo com o princípio.

#### 4.4 PRECAUÇÃO

Esse princípio é adotado nos casos onde não se tem uma previsão exata dos danos e consequências que podem ser gerados por certa conduta ou atividade. Esse princípio se difere do princípio da prevenção, pois nesse caso a periculosidade é constatada pela ciência.

Assim o princípio da precaução se distingue do princípio da prevenção, devido a prevenção visar prevenir as consequências de um determinado comportamento já são conhecidas. A causalidade foi comprovada cientificamente ou pode frequentemente ser derivada da lógica. Por outro lado, o princípio da precaução visa prevenir por não saber que consequências e reflexos uma determinada ação ou aplicação científica pode ter sobre o meio ambiente no espaço ou no tempo. Existe incerteza científica.

Assim, é um importante meio de se proteger possíveis danos onde não existe a certeza científica de que poderão ocorrer, mas a prevenção não pode ser postergada. Atualmente é muito utilizado na preservação do meio ambiente.

Nesse sentido pontua Pierpaolo Cruz Bontini que no Brasil, o princípio da precaução vai, aos poucos, sendo incorporado na legislação e na construção de decisões judiciais. A lei de Biossegurança (11.105/2005) faz menção expressa ao princípio. Além disso, o Brasil ratificou e incorporou no ordenamento jurídico três diplomas internacionais que mencionam o princípio: a Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Convenção sobre a Diversidade Biológica e o Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro.<sup>46</sup>

O princípio da precaução está diretamente relacionado à busca da proteção do meio ambiente e da segurança da integridade da vida humana. Este princípio busca um comportamento antes que ocorram danos ambientais.

Porém, deve-se considerar que a utilização do princípio da precaução deve ser ponderada, pois, é necessário que exista a suspeita da periculosidade na conduta, um indicio de risco. Nesse sentido, o princípio não torna por si só os crimes de perigo abstrato legitimados.

#### 4.5 TENTATIVA DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

No que se refere às tentativas em crimes de perigo abstrato, é um tema bastante controverso. Não introduz nos casos que em existe um consenso da doutrina pela sua inadmissibilidade, como apresenta Antolisei, se referindo à vedação da tentativa nos crimes culposos, frente a ausência de tipo subjetivo doloso; nas contravenções, vedação essa que também se faz presente no art. 4 do Decreto-Lei 3688 de 1941; de forma igual nos crimes de atentado.<sup>47</sup>

Pode-se indicar como fator do debate, a proximidade dos crimes de perigo abstrato aos crimes de mera conduta, no que se refere aos quais também é duvidosa a presença da tentativa, assim como apresentou Sanchez, reconhecendo três correntes sobre o tema. A primeira se refere aos que negam qualquer outra forma de punição que não seja a consumação; a que possibilita

---

<sup>46</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta**. 2007.p.122.

<sup>47</sup> ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale: Parte Speciale**, I. Milano: Giuffrè, 1977.p.198.

a tentativa inacabada; e a corrente mais expansiva, onde aceita a punição de todas as etapas, sem qualquer limitação.<sup>48</sup>

Essa análise deve ter base nas particularidades de cada tipo penal, não baseado somente em uma análise geral dessa espécie delitiva. Permite como medida político-criminal para proteção de bens jurídicos fundamentais à disposição do Código Espanhol, que possibilita a punição de atos precatórios, basicamente nos casos de induzimento, instigação dos tipos executados de forma taxativa. Contudo, questiona os casos onde ocasionaria evidente confusão entre atos de execução e preparatórios de crimes de mera conduta, expandindo-se consideravelmente a tutela penal. Nesse caso, existiria a consumação com a mera conduta de facilitação do trabalho dos imigrantes ilegais, ou seja, a participação, ato preparatório, seria considerada como consumação do crime.

No entanto, questionou que em alguns casos haveria uma clara confusão entre a execução do ato e a preparação para um ato puramente criminoso, ampliando sobremaneira a guarda criminal. Nesse caso, apenas promover o trabalho da imigração ilegal é perfeito, ou seja, para participar, uma espécie de preparação será considerada como a finalização do crime.

Guirao entende que a impossibilidade da tentativa em crimes de mera conduta estaria ligada à defesa da teoria objetivo-formal, pois somente haveria a tentativa com o início da execução do verbo típico, confundindo-se tentativa e consumação. Admite que parece inadequada uma tentativa idônea acabada em crimes de mera conduta. Se a tentativa acabada for a produção de todo o necessário para a consumação, essa somente será possível se o plano do agente for tomado como parâmetro. Maiores dúvidas haveriam no caso da tentativa inacabada inidônea, principalmente, por aqueles que defendem a teoria objetivo-formal. Conclui que deve ser realizada uma análise da estrutura dos tipos concretos, sendo aceita a tentativa inacabada para os tipos penais que pudessem ser fragmentados em diversos atos.<sup>49</sup>

Entende-se que os crimes que são baseados apenas no comportamento não podem estar ligados à defesa da teoria formal objetiva, pois as tentativas são feitas apenas quando verbos típicos começam a ser executados, o que vai confundir tentativa e perfeição. Ele admitiu que uma tentativa válida deve determinar em comportamento puro. Se a tentativa final é completar todo o trabalho necessário, isso só é possível se o plano do agente for usado como parâmetro.

---

<sup>48</sup> SANCHEZ, acala Maria. **El tipo de injusto en los delitos de mera actividad**. Granada: Comares, 2001. p.86

<sup>49</sup> GUIRAO, alcácer Rafael. **Enjuiciamiento del peligro, tentativa y delitos de peligro in Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, v. 5, n. 9, set. 1999, p. 415-64.

A questão da tentativa nos crimes de perigo abstrato foi abordada pela doutrina de modo semelhante, chegando-se, inclusive, a conclusões extremas, ou admitindo-a irrestritamente ou vedando-a, até mesmo para os crimes de perigo concreto.

Antes de tratar sobre a legitimidade dessa punição, cabe a indicação das referidas correntes doutrinárias.

#### 4.5.1 Negativa à tentativa nos Crimes de Perigo Abstrato

Algumas doutrinas consideram impossível a existência de tentativa em crimes de perigo abstrato, pois, essa seria caracterizada pelo perigo de dano ou de maior dano, o que se surgir, ainda que remotamente, levaria à consumação do mesmo. Assim, qualquer ato anterior à formação do documento, seria mero ato preparatório ou inadequado para expor o bem jurídico ao perigo. Além disso, a tentativa de crimes de perigo abstrato unissubsistentes não seria possível. Também Soler afirma que, geralmente, a tentativa é tida como impune, por se tratar de crime de perigo abstrato.

Welzel indica que nos crimes de mera atividade haveria uma equiparação entre tentativa e consumação. Assim, a tentativa de empreender, isto é, a tentativa da tentativa seria impune. Conclui que o mesmo dar-se-ia com a tentativa de meros delitos preparatórios, modalidade de crimes de perigo abstrato.<sup>50</sup>

Na doutrina portuguesa, Almeida Fonseca permitiria a tentativa nos crimes de empreendimento, mas não nos crimes de perigo, tanto concreto como abstrato. Segundo ele, a consumação seria indiferente para a realização do tipo nos crimes de perigo, assim, a tentativa já seria a própria consumação do delito. Já nos crimes de empreendimento e de perigo com dolo de dano, havendo a possibilidade de previsão de resultado, caberia a tentativa. Não admite, contudo, a tentativa nos crimes de perigo, pois ela necessita de dolo de dano, o que é diverso de dolo de perigo.<sup>51</sup>

Palma, ao questionar sobre a relação entre tentativa e os crimes de perigo, conclui pela necessidade de se estabelecer como pressuposto da discussão a natureza jurídica da tentativa, isto é, entendê-la como mera forma de antecipação da tutela penal ou um ilícito com materialidade própria diante da relação entre o evento projetado e o dano. Aceita a segunda

---

<sup>50</sup> WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán:** parte general, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p.12.

<sup>51</sup> ALMEIDA FONSECA, Jorge Carlos de. **Crimes de empreendimento e tentativa.** Coimbra: Almedina, 1986. p.55.

opção, concluindo que não haveria justificativa, ante o princípio da ofensividade, em conceber tentativas de certos crimes de perigo que corresponderiam a uma dupla antecipação da tutela penal.<sup>52</sup>

Entende-se que é necessário tomar a natureza jurídica da tentativa como pré-requisito para a discussão, ou seja, entendê-la apenas como proteção penal esperada ou ato ilícito de sua importância. Deste jeito. A relação entre eventos antecipados e danos. Aceita a segunda opção, por acreditar que, com base no princípio ofensivo, não há justificativa para se conceber certas tentativas de crimes perigosos, e essa tentativa corresponde à dupla expectativa de proteção penal.

Ao se fazer uma analogia entre tentativa nos crimes de perigo abstrato e nos de mera conduta, caberia a menção de certos autores. Pimentel entende que nos crimes de mera conduta haveria uma ofensa presumida, de dano ou de perigo, logo, a razão de punir estaria na própria conduta, não, no resultado. Nesses crimes, a simples conduta caracterizaria o crime, sem qualquer resultado, sem a possibilidade de tentativa, apenas de consumação ou atos atípicos.<sup>53</sup>

Também segundo Findaca e Musco, a tentativa não seria admissível nos crimes de consumação antecipada e nos crimes de atentado, já que, nesses modelos, a tentativa equivale à consumação. Além disso, seria sem sentido imaginar “atos dirigidos de modo inequívoco” a “atos dirigidos de modo inequívoco”. No caso dos crimes de perigo, os autores aderem à corrente contrária à tentativa, por entendê-la uma extensão excessiva dos limites da punibilidade, punindo-se o perigo do perigo.<sup>54</sup>

Manzini também não vê a possibilidade de tentativa em delitos de perigo abstrato. Crê que, se não houver a completude da conduta, não há perigo para o bem jurídico e, se houver, haveria a consumação do mesmo. Assim, antes da consumação, haveria apenas atos preparatórios, não, tentativa.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> PALMA, Maria Fernanda. **Da “tentativa possível” em Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2006. p.44.

<sup>53</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes de mera conduta. Tese de livre docência** - Universidade de São Paulo, 1959. p.78.

<sup>54</sup> FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Derecho penal: parte general**. Bogotá: Temis, 2006. p.39-40

<sup>55</sup> MANZINI, Vincenzo. **Trattato de Diritto Penale Italiano**. V.6, Torino: Fratelli Bocca, 1915. p. 49.

#### 4.5.2 Defensores da tentativa nos Crimes de Perigo Abstrato

Na doutrina nacional, Magalhães Noronha entende que no crime de perigo é possível a tentativa, desde que apresente um iter, compor-se de fases, suscetível, portanto, de fracionamento. Também Marques acredita ser admissível tentativa nos crimes de perigo, baseado no mesmo fundamento.<sup>56</sup> Zaffaroni e Pierangelli afirmam que a legislação brasileira admite a tentativa em todos os crimes, inclusive os crimes de perigo e os denominados crimes de “pura atividade”. Nesses últimos, a tentativa seria possível, desconsiderando-se a teoria formal-objetiva. Somente abrem exceção para os crimes dolosos que se desenvolvem em um ato só, sem iter criminis, os chamados unissubsistentes, desde que se respeite o plano concreto do autor.<sup>57</sup> No mesmo sentido, Noronha aceita a tentativa nos crimes de perigo, desde que apresentem um iter criminis fracionável.<sup>58</sup>

Na doutrina italiana, Vaninni defende que, nos crimes de perigo abstrato, o perigo é presumido pela norma, podendo nem existir minimamente. Nesse caso, a tentativa não se referiria a um ato executivo capaz de consumir o delito, isto é, bastaria uma análise formal, visando à consumação. Adverte, contudo, que nos crimes de perigo abstrato, se for provada a inexistência de perigo ao bem jurídico, derrubando a presunção de periculosidade da conduta, haveria tentativa inidônea.<sup>59</sup>

Na doutrina italiana, há concordância parcial com a possibilidade de tentativa de crimes perigosos abstratos, portanto, nesses crimes, se ficar provado que não há perigo para os interesses jurídicos e derrubada a presunção de comportamento perigoso, haverá tentativas.

Discorda de Rocco que entende como insuficiente o perigo de perigo para a intervenção penal, já no caso de tentativa de crimes de perigo concreto. Vaninni adverte que nem sempre a tentativa nos crimes de perigo seria irrelevante, já que qualquer grau de perigo pode apresentar ofensividade suficiente para criminalização. Não considera importante a objeção à tentativa nos crimes de perigo, pela necessidade de um perigo mais grave na tentativa do que em um perigo consumado. Na tentativa basta o perigo, não se tratando de certo grau de perigo. Essa aceitação de qualquer grau do perigo ficaria evidente na equiparação entre a tentativa imperfeita e a

---

<sup>56</sup> NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**, v.4, São Paulo, Saraiva, 1986. p.12.

<sup>57</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Da tentativa, doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 144.

<sup>58</sup> NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**, v.4, São Paulo, Saraiva, 1986. p.12.

<sup>59</sup> VANNINI, Ottorino. **Il problema giuridico del tentativo**. Milano: Giuffrè, 1943. p.33.

perfeita, a qual, por ter utilizado de todos os meios de execução, produziria maior grau de perigo ao bem jurídico.<sup>60</sup>

Não aceita a ideia de que os crimes de perigo abstrato equivaleriam às tentativas dos crimes de dano. Os crimes de perigo abstrato seriam crimes autônomos, e, sua tentativa deveria ser admitida da mesma forma que de um crime de dano. E, conclui que o principal seria a forma, a autonomia do delito em relação aos demais, já que cada tipo de delito protegeria o bem jurídico de um tipo de intensidade de ofensa. Assim, não exclui a tentativa dos crimes de perigo abstrato, mas, também não aceita que todos os crimes de perigo abstrato permitam a tentativa. Não caberia tentativa nos casos em que qualquer ato executivo, já exporia o bem jurídico ao perigo, consumando o delito. Conclui que ou surge o perigo, consumando-se o crime; ou ele é ausente e essa conduta deveria ser tipificada como outro tipo penal.

Caberia tentativa, por outro lado, nos crimes de perigo abstrato que não se consumam com a exposição ao perigo de um bem jurídico, mas a consumação baseia-se na realização de uma conduta capaz de fracionamento. Mirto sustenta que a dificuldade de se punir a tentativa, em crimes de perigo abstrato, seria baseada em um fundamento lógico- jurídico, embora proponha a possibilidade de tentativa também nesses crimes.<sup>61</sup>

#### 4.5.3 Críticas às Teorias Expansionistas

A tentativa em crimes de perigo abstrato poderia vir a ser legitimada com base na necessidade de prevenção geral de condutas potencialmente perigosas a bens jurídicos. Nesses casos, acaba-se por aproximar a busca pela otimização da proteção de bens jurídicos à punição da mera violação da norma, diante da responsabilização por danos remotos.

Segundo Roxin, o injusto penal estaria sistemática e dogmaticamente condicionado pelas garantias de liberdade dos cidadãos opondo-se à proteção do indivíduo e da sociedade. A teoria do injusto como prática de um risco não permitido para um bem jurídico-penal, no âmbito de alcance do tipo, seria baseada na prevenção geral positiva, entendendo-se como tarefa mais importante do Direito Penal evitar o risco ao indivíduo e à sociedade, principalmente, no contexto da sociedade de risco. Assim, para fundamentar a ideia de proteção, utiliza-se a teoria da prevenção geral, a qual trata sobre a instrução da sociedade sobre as proibições legais, por

---

<sup>60</sup> ROCCO, Arturo. **Opere giuridiche, L'oggetto del reato e della tutela penale, Contributo alle teoria generali del reato e della pena.** Roma: Foro Romano, 1932. p.89.

<sup>61</sup> MIRTO, Pietro. **La falsità in atti.** Milano: Dott. A. Giuffrè, 1955. p. 112.

meio de ameaças penais e da execução da pena. A teoria da prevenção geral teria como objetivo a prevenção de delitos, atuando sobre a comunidade, sendo, por isso, geral. Além disso, reafirmaria o Direito como ordem ética, com base na necessidade de convencimento da sociedade para ser fiel ao ordenamento jurídico, principalmente na pós-modernidade. Acaba, portanto, intervindo na consciência do cidadão, trazendo um meio para a legitimação da pena, pela reafirmação dos valores vigentes.<sup>62</sup>

Para impor limites à teoria da prevenção geral positiva, cria o conceito da responsabilidade, tendo por objeto tanto a necessidade preventiva como a culpabilidade. Assim, a teoria do ilícito trataria da seleção de atos para se tornarem objetos de proibições penais, enquanto que a categoria da responsabilidade visaria solucionar o problema dos pressupostos com base nos quais o agente poderá ser responsabilizado penalmente pelo injusto que praticou. Assim, apesar da renúncia à teoria da retribuição na teoria unificadora da pena de Roxin, mantém a culpabilidade como limite aos fins preventivos. A culpabilidade pressupõe a autonomia de vontade, impossibilitando qualquer ideia determinista que possa vir de fins preventivos.

Jakobs, entretanto, ao tratar da relação entre a pena e a finalidade do Direito Penal em estabilizar certo ordenamento, não percebe qualquer vinculação entre culpabilidade e pena para a manutenção do ordenamento jurídico. Considera que a pena não seria uma reação contra a culpabilidade. Além disso, não aceita a culpabilidade como um fator limitativo da pena, já que se a culpabilidade devesse limitar o que seria necessário para a prevenção, deveria oferecer por si só a medida da pena, sem considerar fins preventivos. De modo contrário, a culpabilidade somente existiria enquanto houvesse uma harmonia com o fim preventivo. Nesse caso, a culpabilidade não seria fundamento e limite da pena, por ter sido definida de modo impuro, baseada em fins preventivos. Apenas seria possível que a culpabilidade, como derivação da prevenção geral, limitasse a pena necessária para alcançar a prevenção especial e, só quando estiver referindo-se aos fins da culpabilidade poderia oferecer uma medida para a limitação.<sup>63</sup>

Jakobs conceitua culpabilidade como confiança na correção da norma, sendo a prevenção geral apenas a intimidação geral. A pena deveria relacionar-se somente com a preservação da confiança na norma, isto é, à prevenção geral. Acredita existir uma ideia

---

<sup>62</sup> ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução: Luis Greco. 2 ed. Renovar, 2008.

<sup>63</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte General**. 2ª edición. Madrid, Ediciones Jurídicas S/A, 1997.

preventiva geral dentro do conceito corrente de culpabilidade. Tal intervenção impede que se preserve a segurança da norma, entendida por ele como a real medida da pena.<sup>64</sup>

Diante da fundamentação da teoria da prevenção geral, é importante a análise das teorias de interpretação dos crimes de perigo abstrato que aceitam a mera desobediência do preceito legal, sem qualquer preocupação material, visando, apenas, os fins preventivos- gerais da pena.

A teoria de Kratzsch demonstra uma priorização da necessidade de pena, baseada na teoria preventivo-geral. Essa tendência é verificada na sua recomendação da intensificação do uso de crimes de perigo abstrato ou de pura atividade, para abranger casos em que seja necessária a pena, embora inexista uma real possibilidade de lesão ao bem jurídico. A finalidade dessa teoria seria a eliminação de qualquer componente de risco; através de regulações completas, sem lacunas. Na concepção do Direito Penal, como sistema de regulação, através do domínio do risco, as lesões que ameaçam aos bens devem ser contrapostas a um sistema de regras que tente eliminar os riscos. Por outro lado, mantém uma noção sobre o injusto que parte da premissa de que a possibilidade real de prejuízo ou afetação do bem jurídico, não seria condição necessária do mesmo. Já considera como injusto, um estado avançado da conduta, tido como perigo abstrato, dependente somente do acaso para a perturbação do bem. Esse perigo abstrato de produção do resultado seria um desvalor de resultado, servindo as normas penais para a conservação preventiva dos bens jurídicos.<sup>65</sup> Também Otto afirma que os crimes de perigo abstrato seriam um autêntico adiantamento da proteção de bens jurídicos individuais, prevenindo condutas perigosas.<sup>66</sup>

Assim acredita que os estados comportamentais avançados são injustos, são considerados perigos abstratos e dependem apenas de oportunidades para interferir nas mercadorias. O perigo abstrato de produzir resultados será a desvalorização dos resultados, atendendo assim às regras penais de proteção preventiva dos bens jurídicos.

O próprio Roxin, ao tratar dos crimes de perigo abstrato, defende a legitimidade, no caso das ações em massa, mesmo em caso de inexistência de perigo, com base em fins preventivos gerais (didáticos). O Legislador, nesse caso, atuaria visando manter o tabu de certas condutas. Da mesma forma como fundamenta sua teoria sobre a tentativa inidônea, baseada na impressão negativa ao direito, isto é, pela perturbação à paz jurídica, ao invés da exposição ao perigo de um bem jurídico, sem que exista fundamento para a aplicação da pena, com base no princípio

---

<sup>64</sup> JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte General**. 2ª edición. Madrid, Ediciones Jurídicas S/A, 1997.

<sup>65</sup> KRATZSCH. **Verhaltensteuerung und Organisation im Strafrecht**. Berlin, München, 1985, p. 5, 110-9.

<sup>66</sup> OTTO. **Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts**. in ZStW 96, 1984, pp. 363.

da ofensividade, procura desenvolver uma teoria que justifique o direito vigente alemão, o qual pune tentativas não perigosas. Defende que o Direito Alemão se baseia em uma justificativa dual para a tentativa: ou o perigo concreto ao bem jurídico ou a quebra da vigência da norma. A fundamentação dessa diferenciação seria o Código Penal alemão, embora, defenda a tese objetiva do perigo como a mais adequada.

Tal fundamento da tentativa é bastante criticado por Alcácer Guirao<sup>67</sup>. Segundo ele, o fundamento da punição da tentativa através da noção hegeliana de lesão ao Direito presente em Welzel<sup>68</sup> legitima a punição da tentativa como quebra o poder espiritual do ordenamento, desautorizando a autoridade moral das normas jurídicas e debilitando os valores ético-sociais das mesmas.

Dessa forma, identifica a teoria da prevenção geral positiva como um fim do Direito Penal, considerando a ofensividade do delito como o dano comunicativo-simbólico da vigência da norma.

Conclui que essa concepção seria incapaz de propor um limite definido de punição para a tentativa, permitindo que se puna, inclusive, a tentativa inidônea. Não aceita, portanto, a teoria da impressão que parte de uma visão subjetivista, permitindo a punição de tentativas irreais, conforme defendido por Welzel. Alcácer Guirao conclui que um alto nível de normatização sem referência empírica não traria possibilidade de criar uma hierarquia das potencialidades lesivas de diferentes ações. Afirma que essa teoria somente pode ser aplicada em abstrato, sendo incapaz de oferecer um critério de delimitação no caso concreto, já que a noção de quebra de vigência da norma é vazia de conteúdo.

O conteúdo, isto é, o desvalor do resultado somente poderia estar baseado no perigo para o bem jurídico, o qual será determinado por requerimentos fáticos. Assim, se o único resultado relevante é a quebra da vigência da norma, o qual pode ser produzido com uma ação inidônea, o resultado penalmente relevante se funde e confunde com a lesão da norma pela ação. Dessa forma, a própria distinção entre desvalor da ação e do resultado torna-se desnecessária.

Alcácer Guirao, contudo, é adepto de uma posição conciliadora. Apenas aceita a proteção da vigência das normas em um Estado Democrático, quando ela referir-se à proteção

---

<sup>67</sup> ALCÁCER GUIRAO, Rafael. **Enjuiciamiento del peligro, tentativa y delitos de peligro in Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**, v. 5, n. 9, set. 1999, pp. 415-64.

<sup>68</sup> WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán: parte general**, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p.12.

aos bens jurídicos, como tutela da liberdade objetivamente. Já a tutela da vigência das normas, ocupa-se de tutelar subjetivamente o desenvolvimento da liberdade, isto é, refere-se à confiança, segurança, na vigência das normas. Conclui por haver uma complementaridade entre ambos os fins, mas, adverte que apenas defende a tutela a confiança na vigência das normas, nos casos em que houver um fim diretivo de condutas, determinado por um Legislador legítimo democrático.<sup>69</sup>

Tal interpretação, apesar de bastante controversa, já encontra suas raízes na interpretação de Roxin sobre a teoria de Welzel, na qual busca compatibilizar ambas as teorias. Segundo Roxin, Welzel sustenta que a missão central do Direito Penal não consistiria na proteção de bens jurídicos, mas em assegurar a vigência dos valores éticos- sociais positivos, como a proteção de respeito à vida, saúde, liberdade, etc. Essa posição inclui a proteção de bens jurídicos concretos dentro da prioritária proteção de valores elementares da atitude interna.

Roxin adverte que Welzel não busca impor qualquer atitude interna “positiva” por meio do Direito Penal, mas apenas o respeito aos bens jurídicos protegidos no Código Penal e o reconhecimento das normas. Roxin acredita que Welzel cometeu um engano em relação aos fins e meios, já que a teoria welzeniana, que busca estabilização das normas, somente pode levar à prevenção geral positiva, mas, percebe que não seria esse o seu objetivo final.

Acredita que o desenvolvimento de conceitos como “respeito à vida”, seriam manifestações do ideal de proteção a bens jurídicos. Assim, Welzel teria por finalidade a proteção de bens jurídicos, cujo meio seria a prevenção geral positiva.

Polaino Navarrete tenta conciliar a tutela da vigência das normas e a de bens jurídicos como fundamento para a punição das tentativas. Assim, defende que toda ação delitiva significaria uma infração à norma, portanto, toda pena seria uma reação à violação da norma. Dessa forma, também a tentativa deveria ser vista como um tipo de violação à norma, a qual requereria uma reação normativa proporcional. Mas, ao mesmo tempo, o injusto da tentativa estaria baseado também na concreta exposição ao perigo do bem jurídico.<sup>70</sup>

Greco, por outro lado, ao tratar da prevenção geral positiva como fundamento para legitimar a intervenção penal, critica o recurso a essa teoria para basear uma pretensa missão

---

<sup>69</sup> WELZEL, Hans. **Derecho Penal alemán: parte general**, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. p.15.

<sup>70</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel. **El injusto de la tentativa em el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura**. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado. in Revista Poder Judicial, n. 72, 2003, pp.59-88.

de “guia ético-social” da população, sendo o Direito Penal responsável pelo “aprendizado” do condenado e de toda a sociedade.

Afirma, ainda que, “ela nunca operou em favor da liberdade”, apesar de não negar totalmente a teoria da prevenção geral positiva. Admite, contudo, que o Direito Penal não pode “deseducar” a sociedade, através de sua ineficácia. Essa teoria limita, mas, de nenhuma forma, fundamenta o Direito Penal.

## 5. A INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

A ideia dos crimes de perigo abstrato não serem compatíveis com a CF vigente parte do visível conflito desses crimes com os princípios penais constitucionais citados neste estudo. Por mais que a criação dos crimes de perigo abstrato atenda às espécies de inconstitucionalidade previstas na doutrina, uma norma infraconstitucional deve sempre respeitar os princípios constitucionais, sejam eles tácitos ou expressos.

Em um Estado Democrático de Direito, a função do Direito Penal é de garantir a tutela dos bens jurídicos de maior relevância, garantindo a dignidade humana de todos os indivíduos. Para que o Direito Penal garanta a efetiva proteção dos bens jurídicos que se busca tutelar, sem que ocorra excessiva limitação a garantias e direitos fundamentais, devem ser tipificadas as condutas que efetivamente lesem os bens jurídicos que a norma visa proteger.

É necessário que ocorra de fato uma lesão significativa a um importante bem jurídico tutelado pelo Direito para que a esfera penal abranja o fato e o torne típico perante o ordenamento. Como já estudado, o princípio da lesividade ou ofensividade faz-se presente no ordenamento jurídico brasileiro para materializar os preceitos epigrafados.

Como explica Bottini:

[...] pode-se afirmar que a atuação de um direito penal funcionalizado, em prol de um Estado Democrático de Direito, está pautada pela proteção de bens jurídicos necessários à garantia da dignidade humana. Logo, a norma penal somente será legítima se tutelar um interesse fundamental do ser humano. Para materializar esta assertiva e conferir-lhe operacionalidade, surge o princípio da lesividade. O conceito de *nullum crimen sine iniuria* estabelece que somente será penalmente relevante a conduta que lesiona o bem jurídico protegido, de forma que serão atípicos os atos que não afetem os interesses tutelados.<sup>71</sup>

O que se entende é que a implementação do direito penal funcionalizado é pautada por um Estado democrático de direito e é um guia para a proteção do patrimônio jurídico necessário à proteção da dignidade humana.

Portanto, as regras do direito penal são legais apenas quando protegem os interesses humanos básicos. Para concretizar esta afirmação e torná-la efetiva, os seguintes princípios.

Ora, os crimes de perigo abstrato conflitam diretamente com o princípio da lesividade. Este exige que haja efetiva ofensa, em proporção significativa a bem jurídico relevante para que o Direito Penal possa abranger a situação, ao passo que aqueles tipificam condutas

---

<sup>71</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Manual de direito penal**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2013. P.123.

automaticamente, sem necessidade de comprovação de perigo real. Ao aceitar a premissa de que o princípio da lesividade está presente no ordenamento jurídico pátrio significa aceitar que o Direito Penal possui caráter fragmentário em relação a qualquer outro meio de punição estatal.

Antes que o Direito Penal abranja qualquer situação, deve haver a certeza de que nenhum outro ramo do Direito é capaz de proteger o bem jurídico eventualmente lesado, tal como o Direito Civil ou o Direito Administrativo.

Acerca do caráter subsidiário do Direito Penal, explica Bottini que outro ponto importante a ser ressaltado é que, mesmo diante da falha de outros instrumentos do controle de riscos, o direito penal não tem o escopo de proteger os bens jurídicos tutelados de todos os ataques possíveis. O contexto social atual, por ser dinâmico e estar fundado na criação e aceitação de riscos como elemento integrante da organização, tem a exposição de bens jurídicos a perigo como um fenômeno natural. O direito penal não pode atuar sobre toda e qualquer periculosidade, sob pena de macular o modo de produção e a estrutura política e social. O risco integra o cotidiano e sua supressão por completo não é possível.<sup>72</sup>

Conclui-se, portanto, que tipificar condutas menos gravosas, que não causem lesões a bens jurídicos importantes apenas traz prejuízos à eficiência do Direito Penal.

A limitação da atuação do Direito Penal decorre justamente da acentuada reprovação social às condutas tipificadas. Esta situação garante eficiência ao referido ramo do Direito no sentido de sinalizar quais condutas são mais repugnantes para o meio social.

Em contrapartida, ocorrendo inflação penal, tipificando-se condutas que não exigem tutela deste ramo do Direito, o efeito é de perda tanto de autoridade como de eficiência do Direito Penal. Desta forma, identifica-se a rejeição dos crimes de perigo abstrato sob a luz do princípio da fragmentariedade ou subsidiariedade.

Cabe excepcionar os casos em que seria possível a criação de crime de perigo abstrato sem que o princípio da fragmentariedade fosse lesado, nos dizeres de Bottini, “O manejo da energia nuclear, da engenharia genética, do sistema financeiro e outras atividades, pela magnitude dos danos possíveis, são passíveis de proibição por tipos penais de perigo abstrato, sem que seja maculado o princípio da fragmentariedade”.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Manual de direito penal**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2013. p. 123-124.

<sup>73</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Manual de direito penal**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2013. p. 125-126.

Dando seguimento ao cruzamento dos crimes de perigo abstrato com os princípios penais constitucionais, obrigatória é a menção do princípio da proporcionalidade. Deve sempre haver proporcionalidade entre a gravidade da lesão a bem jurídico causada pelo agente e a sanção imposta pelo Estado como resposta à infração. Portanto, a pena cominada a determinado fato típico não deve exceder ao limite a que se destina o Direito Penal.

Não só a pena, mas a própria tipificação da conduta deve ser reconsiderada, caso não tutele bem jurídico essencial para a garantia da dignidade da pessoa humana.

Tomemos por base o delito previsto no art. 306 do CTB:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência. 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 miligramas 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).

I - Concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligramas 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).<sup>74</sup>

Questionável é a tipificação da referida conduta, tanto à luz do princípio da proporcionalidade, como do princípio da adequação social. Dada a baixíssima quantidade de álcool necessária no organismo do agente para que se configure o delito, entende-se que a repressão do sistema jurídico penal aqui presente não é condizente com o interesse da sociedade como um todo, dada a restrição desproporcional que o tipo penal traz ao bem jurídico.

Não parece proporcional, nem socialmente adequado, que um condutor de veículo automotor, com baixa alteração de suas capacidades psicomotoras, ciente de sua condição e tomando todas as cautelas humanamente possíveis para conduzir seu veículo com segurança, e, não causando nenhum dano efetivo a bem jurídico algum, seja punido na esfera criminal por sua conduta.

Ou seja, no caso de baixas capacidades psicomotoras, um condutor de automóvel que está ciente da sua própria situação e toma todas as precauções possíveis para conduzir um automóvel com segurança e não causará danos efetivos, com isso, não parece não ser proporcional que qualquer pessoa possa ser punida na área penal por suas ações.

---

<sup>74</sup> BRASIL. LEI Nº 9.503, DE 23 DE SETEMBRO DE 1997. **Código de trânsito brasileiro.**

Ora, é possível que, por ter ciência de sua condição, as cautelas e medidas de segurança, em sentido amplo, tomadas pelo condutor, façam com que ele conduza seu veículo com maior segurança do que se estivesse com suas capacidades psicomotoras absolutamente inalteradas.

Na referida situação, em caso de eventual condenação, nem mesmo o princípio da insignificância ou bagatela seria respeitado, tendo em vista que há outros meios menos gravosos e mais adequados à situação do que condenação do indivíduo na esfera criminal.

No sentido de que a conduta deve representar um mínimo de perigo concreto para a configuração da prática delitiva, decidiu o STJ, no julgamento que:

[...] tratando-se de crime de porte de arma de fogo, faz-se necessária a comprovação da potencialidade do instrumento, já que o princípio da ofensividade em Direito Penal exige um mínimo de perigo concreto ao bem jurídico tutelado pela norma, não bastando a simples indicação de perigo abstrato.<sup>75</sup>

Logo, nota-se que o delito não se consuma com o mero porte da arma de fogo, mas somente se for comprovado que a arma possui potencial ofensivo.

Portanto, criminalizando a posse ilegal de armas de fogo, de acordo com as disposições da Lei de Desarmamento devem ser interpretadas para estudar a tipicidade, com isso deve obedecer ao princípio da ofensividade.

Porque as armas, munições ou acessórios envolvidos em uma situação específica não são adequados, ou seja, no caso do porte de arma sem munição não é capaz de provocar lesividade. Como medida justa, este fato deve ser considerado irrelevante para o Direito Penal, pois se considera que pode ser gerada uma condenação criminal quando da interpretação legislativa dos órgãos judiciais.

Ou seja, no caso de porte de arma sem munição, não pode causar danos. Como medida justa, deve-se considerar que esse fato nada tem a ver com o direito penal, pois se acredita que as condenações penais podem ser geradas quando os órgãos judiciais são interpretados legislativamente.

Entende-se então que as armas desmuniada não representam qualquer risco a qualquer momento, ou causam perigo ao coletivo, envolvendo a confirmação de que é impossível acontecer o resultado, e esse resultado é um elemento necessário para formar um fato típico.

---

<sup>75</sup> BRASIL. Superior tribunal de justiça. Processo penal. <http://portal.stf.jus.br/>

## 5.1 O PORTE DE ARMA SEM MUNIÇÃO

O art. 12 da Lei nº 10.826/03 pune, com detenção de um a três anos, as condutas de possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa.<sup>76</sup>

Trata-se de crime de perigo, que dispensa a efetiva lesão ao bem jurídico tutelado, configurando-se com sua simples exposição a risco. O perigo, na posse de arma, munições ou acessórios, é aliás abstrato, em razão do qual a própria lei presume perigosa a ação, dispensando-se sequer a comprovação de que houve efetivo risco de lesão ao bem jurídico.

Em outras palavras, este é um crime perigoso, que evita danos reais à propriedade legal protegida e a torna própria uma simples tolerância ao risco. O perigo de posse de armas, munições ou acessórios é, na verdade, abstrato, portanto, a própria lei considera a ação perigosa, e até isenta a prova de que há risco de dano efetivo aos itens legais.

O STJ decide reiteradamente pela inaplicabilidade da bagatela nos crimes relativos às armas de fogo:

É pacífico nesta Corte Superior o entendimento no sentido de que é inaplicável o princípio da insignificância aos crimes de posse e de porte de arma de fogo e ou munição, ante a natureza de crimes de perigo abstrato, independentemente da quantidade de munição ou armas apreendidas.<sup>77</sup>

A teor dos precedentes desta Corte, o porte ilegal de munição, ainda que não associado a arma de fogo de calibre compatível, é lesivo à segurança pública e compromete a paz social. Por tal razão, em princípio, é incabível a aplicação do princípio da insignificância ao crime previsto no art. 12 da Lei n. 10.826/2003.

A sentença descreve a apreensão em poder do acusado de seis munições de uso permitido, em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, o que é suficiente para caracterizar a tipicidade material da conduta, pois a natureza dos projéteis não estava descaracterizada mediante utilização em obra de arte, para confecção de chaveiro etc.

Em setembro de 2010, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça considerou, em um caso de relatoria do ministro Jorge Mussi, que é irrelevante o fato de o agente não portar a arma

---

<sup>76</sup> BRASIL. LEI Nº 10.826, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2003. **posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas.**

<sup>77</sup> BRASIL. **Superior tribunal de justiça.** Processo penal. <http://portal.stf.jus.br/>.

de fogo no momento da apreensão da munição. Isso porque o porte ilegal de munição é considerado delito de perigo abstrato.

No entanto, a 6ª Turma já tinha decidido, no julgamento de um Recurso Especial em setembro de 2009, que a arma, para ser arma, tem de ser eficaz. Logo, a munição necessita da presença da arma para configurar um perigo. Por falta de potencialidade lesiva, não comete o crime de porte ilegal de munição aquele que, sem a presença da arma, carrega a munição.

O Supremo Tribunal Federal reputa constitucionalmente legítima a norma de direito penal que define os crimes de perigo meramente abstrato:

Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – HC 104.410/RS, Rel. Min. GILMAR MENDES – RHC 116.280/ES, Rel. Min. LUIZ FUX, v.g.):  
“‘HABEAS CORPUS’. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIAS. MANDADOS 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.<sup>78</sup>

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.

Em outras palavras, os legisladores criminais não consideram o dano a um bem jurídico legal ou o risco de dano específico como uma condenação criminal. Com base em dados empíricos, os legisladores selecionam grupos ou categorias de ações que geralmente trazem riscos desnecessários aos interesses jurídicos.

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

---

<sup>78</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Processo penal. <http://portal.stf.jus.br/>.

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.

Assim, o legislador pode determinar quais são as medidas mais adequadas e necessárias para proteger efetivamente um determinado bem jurídico dentro de uma ampla gama de avaliação e tomada de decisão, de modo que possam escolher um fato típico de direito penal preventivo. Nesse caso, apenas as atividades legislativas que ultrapassem o limite proporcional são consideradas inconstitucionais.

#### 5.1.1 Legitimidade da Criminalização do Porte

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.

Em termos de experiência, a legalização da disseminação de normas é obviamente um dano ao comportamento, pois a segurança pública protege indiretamente a vida pessoal, a liberdade e a saúde física e mental. Os atos proibidos têm benefícios públicos e sociais claros. São armas que são diferentes de outros objetos e relíquias culturais e têm suas características de dano inerentes. O dano é inerente 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.

### 5.1.2 Ordem Denegada

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, no âmbito da jurisdição penal tem apresentado posição diversa.<sup>79</sup>

O STF decidiu recentemente que a tipicidade material pode ser afastada na posse de munição se, no caso concreto, a conduta não se revela perigosa, como no caso da posse, na própria residência do agente, de um projétil desacompanhado de arma de fogo:

A 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal que, em agosto de 2009, concedeu Habeas Corpus a um portador de arma de fogo sem munição. Os ministros da turma entenderam que porte ilegal de arma de fogo desmuniçada, sem que o portador tenha as balas em mãos, não configura o tipo previsto no artigo 10 da Lei 9.437/97.

Em julgado de setembro de 2009, a 1ª Turma do STF também considerou que o porte de munição não configura o crime de porte ilegal de arma de fogo. O caso tratava de um homem que guardava em sua casa sete cartuchos de munição de uso restrito, como recordação do período em que foi sargento do Exército.

Não é possível vislumbrar, nas circunstâncias, situação que exponha o corpo social a perigo, uma vez que a única munição apreendida, guardada na residência do acusado e desacompanhada de arma de fogo, por si só, é incapaz de provocar qualquer lesão à incolumidade pública.<sup>80</sup>

O ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), concedeu de ofício o Habeas Corpus para absolver Raphael Fernandes Silva Santos do crime de posse ilegal de munição de uso restrito (artigo 16 do Estatuto do Desarmamento). O relator aplicou ao caso o princípio da insignificância por considerar que a posse de uma única munição, de festim, desacompanhada de arma de fogo não tem potencialidade lesiva.<sup>81</sup>

Entendeu o Ministro César Peluso que, “a chamada tipicidade material somente se daria quando houvesse dano, ou risco de dano, ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal”.

Assim se alguém é foi preso com apenas uma munição em seu bolso, sem qualquer outro acessório ou chance de uso por arma de fogo, não gerando este comportamento qualquer

---

<sup>79</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Supremo tribunal federal**. HABEAS CORPUS 102.087 MINAS GERAIS. <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629960>.

<sup>80</sup> LEWANDOWSKI, Ricardo. **Trancada ação penal contra homem que mantinha munição calibre 22 em casa**. <http://www.stf.jus.br>.

<sup>81</sup> MELLO, Celso. **Supremo tribunal federal**. HABEAS CORPUS 149.450 DISTRITO FEDERAL. <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC149450.pdf>.

risco de dano real ao bem jurídico protegido ou a qualquer outro, em que pese a conduta encontrar adequação ao modelo legal, falta-lhe a tipicidade material, sendo imperiosa.

Além disso, o mero porte de munição sem a arma de fogo respectiva ou qualquer outro dispositivo de acionamento revela a insignificância da conduta, bem como a desproporcionalidade da pena cominada para o tipo penal.

Como entende o Tribunal Superior, embora seja considerado um crime perigoso abstrato, a posse de munição desacompanhada não constitui um fato típico, porque não tem potencial prejudicial.

Portanto, não basta verificar se a conduta é adequada para ameaçar os direitos protegidos pelo direito penal. O comportamento inofensivo não pode ser punido porque a função do direito penal é proteger os valores sociais em risco.

Levando-se em consideração o ato de porte de arma sem a munição ou simplesmente porte de munição sem a arma, segundo o princípio do crime, também conhecido como princípio de fato ou de proteção exclusiva de propriedade exclusiva, é necessário confirmar sua atipicidade.

Quando uma infração penal não causa dano real ou perigo real de dano a bens jurídicos, não há como confirmar os bens jurídicos protegidos como crime, neste caso a segurança coletiva.

Assim se o comportamento não oferece perigos específicos e reais (ou seja, ataques efetivos a itens legais protegidos), sem a premissa de crime, as reivindicações punitivas e intervencionistas do Estado serão restringidas, pois todos os comportamentos que não tenham conteúdo ofensivo não serão considerados atípicos.

Trago a lição de Luiz Flávio Gomes (Arma Desmuniçada versus Munição Desarmada): “A conduta, para criar um risco proibido relevante, nos termos da incriminação contemplada no Estatuto do Desarmamento, deve reunir duas condições: (a) danosidade efetiva da arma, leia-se, do objeto material do delito (potencialidade lesiva concreta), e (b) disponibilidade (possibilidade de uso imediato e segundo sua específica finalidade). O resultado da soma dessas duas categorias (ou exigências) nos dá a ideia exata da ofensa típica a um bem jurídico supraindividual (certo nível de segurança coletiva) ou, mediatamente, aos bens individuais (vida, integridade física etc.).<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. RT, 2011, p.32.

O crime de posse ou porte de arma ilegal, em síntese, só se configura quando a conduta do agente cria um risco proibido relevante (que constitui exigência da teoria da imputação objetiva).

Esse risco só acontece quando presentes duas categorias: danosidade real do objeto + disponibilidade, reveladora de uma conduta dotada de periculosidade. Somente quando as duas órbitas da conduta penalmente relevante (uma, material, a da arma carregada, e outra jurídica, a da disponibilidade desse objeto) se encontram é que surge a ofensividade típica.

Nos chamados ‘crimes de posse’ é fundamental constatar a idoneidade do objeto possuído. Arma de brinquedo, arma desmuniada e o capim seco (que não é maconha nem está dotado do THC) expressam exemplos de inidoneidade do objeto para o fim de sua punição autônoma.

Exatamente nesse mesmo sentido acha-se a munição desarmada (leia-se: munição isolada, sem chance de uso por uma arma de fogo) assim como a posse de acessórios de uma arma.

Não contam com nenhuma danosidade real. São objetos (em si mesmos considerados) absolutamente inidôneos para configurar qualquer delito. Todas essas condutas acham-se formalmente previstas na lei (Estatuto do Desarmamento), mas materialmente não configuram nenhum delito. Qualquer interpretação em sentido contrário constitui, segundo nosso juízo, grave ofensa à liberdade e ao Direito penal constitucionalmente focado.

Luiz Flávio Gomes questiona e Alice Bianchini questionam a própria legitimidade constitucional dos crimes de perigo abstrato, por entenderem não se configurar, juridicamente, a existência de ilícito penal, sem que, ao menos, ocorra perigo real e concreto (situação de risco potencial efetivo, portanto) a um dado bem jurídico.<sup>83</sup> Valendo destacar, nesse mesmo sentido, por expressiva, a lição de Cezar Roberto Bitencourt:

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. Por essa razão, são ‘inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato’, pois, no âmbito do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico

---

<sup>83</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. RT, 2011.p.21.

protegido pela norma penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal.<sup>84</sup>

Ensinou o ministro Vicente Cernicchiaro quando do julgamento, pelo E. Superior Tribunal de Justiça, do RS, de que foi Relator:

A infração penal não é só conduta. Impõe-se, ainda, o resultado no sentido normativo do termo, ou seja, dano ou perigo ao bem juridicamente tutelado. A doutrina vem, reiterada, insistentemente renegando os crimes de perigo abstrato. Com efeito, não faz sentido punir pela simples conduta, se ela não trazer, pelo menos, probabilidade (não possibilidade) de risco ao objeto jurídico. (...). A relevância criminal nasce quando a conduta gerar perigo de dano. Até então, a conduta será atípica. Para o caso a conduta é atípica porque é insignificante.<sup>85</sup>

Como disse o ministro Celso de Mello, naquele julgamento já citado, o postulado da insignificância – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente; (b) a nenhuma periculosidade social da ação; (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e; (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público em matéria penal.

A análise objetiva da posse irregular de um cartucho de munição de festim desacompanhado de arma de fogo – conduz ao reconhecimento da configuração do fato insignificante, a descaracterizar, no plano material, a tipicidade penal da conduta.

## 5.2 PERIGO ABSTRATO NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

É apreciável que se seja destacado como é tratado o crime de perigo abstrato a luz do código de trânsito brasileiro, assim como trazer o um recurso especial acerca o tema para melhor entendimento.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.582.413 - RJ (2016/0044032-8) RELATOR: MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO RECORRIDO: RICARDO ALEXANDRE RANGEL PINTO ADVOGADO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

---

<sup>84</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. Volume 1. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 28

<sup>85</sup> CERNICCHIARO, Vicente. **Porte Ilegal de Arma sem Munição.** Supremo Tribunal de Justiça. <https://jusbrasil.com.br>.

RELATÓRIO O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ: O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (Apelação Criminal n. 0026203-40.2009.8.19.0014).<sup>86</sup>

O Juiz de primeiro grau absolveu sumariamente o acusado da imputação de conduzir veículo automotor em estado de embriaguez, com fulcro nos arts. 386, III, e 397, III, ambos do Código de Processo Penal. Argumentou ser caso de denúncia inepta, "vez que não descreve o comportamento fático caracterizador da chamada direção anormal, sendo tal indispensável, segundo doutrina e jurisprudência, as quais atualmente me filio, para que se possa falar em ofensa ao bem jurídico tutelado, qual seja, a segurança viária." A decisão foi integralmente mantida no Tribunal de origem.

Alega a recorrente negativa de vigência aos arts. 306, caput e seu parágrafo único, da Lei n. 9.503/1997, que trata do Código de Trânsito Brasileiro, bem como aos arts. 41, 395, I e III, e 397, III, do Código de Processo Penal.

Aduz que o tipo penal em vigor ao tempo da prática criminosa não mais exigia 'a direção anormal', bem como a atual norma em vigor não exige a comprovação de alteração da capacidade psicomotora para caracterizar o crime de embriaguez ao volante quando a concentração de álcool no sangue ou no ar expelido dos pulmões é superior aos limites estabelecidos na lei.

Assere que, se a denúncia imputa ao recorrido o injusto típico do crime do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, e esta imputação está escorada em prova mínima contida no inquérito policial, [...], descabe a rejeição pelo argumento de inépcia.

Requer o provimento do recurso, "reformando-se o v. decisum recorrido, o qual manteve íntegra a r. sentença que absolveu sumariamente o recorrido, determinando-se o prosseguimento do processo.

Apresentadas contrarrazões e admitido o recurso, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo seu provimento:

EMENTA RECURSO ESPECIAL. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI N. 9.503/1997. DELITO DE TRÂNSITO PRATICADO APÓS A LEI N.º 11.705/2008 E ANTES DA LEI N.º 12.760/2012. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE POTENCIALIDADE LESIVA NA CONDUTA. CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL POR LITRO DE SANGUE

---

<sup>86</sup> (STJ - REsp: 1582413 RJ 2016/0044032-8, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 07/04/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/04/2016).

IGUAL OU SUPERIOR A 6 DG. VERIFICAÇÃO POR BAFÔMETRO. FATO TÍPICO. PRESENTE JUSTA CAUSA. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu, reiteradamente, que o crime do art. 306 do Código de Trânsito, praticado após a alteração procedida pela Lei n. 11.705/2008 e antes do advento da Lei n. 12.760/2012, como na hipótese, é de perigo abstrato. É desnecessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva da conduta e basta, para tanto, a constatação de que o réu conduzia automóvel, em via pública, com a concentração de álcool igual ou superior a 6 dg por litro de sangue, o que equivale a 0,3 mg por litro de ar expelido dos pulmões, aferida por meio de etilômetro.

2. Considerando que o recorrido foi submetido a teste de aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro) e que o acórdão recorrido traz indícios concretos de que o réu foi flagrado dirigindo veículo automotor com concentração de álcool igual a 0,41 mg de ar expelido pelos pulmões – valor esse superior ao que a lei permite –, não se pode falar em ausência de justa causa para a persecução penal do crime de embriaguez ao volante.

3. Recurso especial provido para, afastada a atipicidade da conduta do recorrido, determinar o prosseguimento da ação penal.<sup>87</sup>

Voto - o senhor Ministro Rogerio Schietti cruz (relator):

I. Admissibilidade – O recurso é tempestivo e foram preenchidos os demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual merece conhecimento.

II. Contextualização – O paciente foi denunciado, nas penas do art. 306, da Lei n. 9.503/1997, por haver, no dia 13/8/2009, de forma livre e consciente, conduzido o veículo automotor caminhão Mercedes Benz 1519, azul, placa LHU 6309/RJ, em via pública, sob a influência de álcool, com concentração de álcool por litro de sangue superior a seis dg, conforme resultado do teste do etilômetro acostado aos autos do inquérito que instrui a presente peça.<sup>88</sup>

O Juiz de primeiro grau absolveu sumariamente o acusado da imputação de conduzir veículo automotor em estado de embriaguez, com fulcro nos arts. 386, III, e 397, III, ambos do Código de Processo Penal. Argumentou ser caso de denúncia inepta, vez que não descreve o comportamento fático caracterizador da chamada direção anormal, sendo tal indispensável, segundo doutrina e jurisprudência, as quais atualmente me filio, para que se possa falar em ofensa ao bem jurídico tutelado, qual seja, a segurança viária.

A decisão foi integralmente mantida no Tribunal de origem:

A sentença apelada deve ser mantida, porque de acordo com as circunstâncias dos autos. Conforme se extrai da inicial acusatória, o paciente foi denunciado como incurso nas sanções do art. 306 da Lei n. 9.503/97, pois foi abordado quando conduzia um caminhão Mercedes Benz 1519, azul, placa LHU 6309/RJ, com concentração de álcool por litro de sangue superior a 06 decigramas, conforme resultado do teste do etilômetro acostado à fl. 06. Como é sabido, para a caracterização do crime previsto no art. 306 do Código Brasileiro de Trânsito, ainda que suprimida tal condição pela nova redação dada ao artigo pela Lei n. 11.705/08, é necessário que o agente esteja

---

<sup>87</sup> (STJ - REsp: 1582413 RJ 2016/0044032-8, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 07/04/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/04/2016).

<sup>88</sup> CRUZ, Rogerio Schietti. RECURSO ESPECIAL Nº 1.582.413 – RJ. <https://stj.jusbrasil.com.br>.

sob a influência de álcool ou qualquer outra substância psicoativa que determine dependência. De igual forma, para que a conduta imputada ao agente seja considerada típica, é necessário que o mesmo esteja com a concentração de álcool no sangue superior a 06 decigramas, o que equivale a 0,3 miligramas por litro de ar expelido dos pulmões, e que esteja conduzindo veículo de maneira a colocar em risco a segurança viária, o que não é o caso dos autos. Pelo que se observa da exordial, nenhum comportamento anormal na direção de veículo automotor foi descrito, o que é condição obrigatória para a caracterização do delito em questão. Ademais, a inicial acusatória sequer descreve a concentração de álcool aferida pelo etilômetro, sendo totalmente genérica, o que evidencia a sua inépcia, tal como reconhecido pelo juízo a quo. Assim, não constituindo o fato descrito na inicial acusatória como crime, correta a sentença que absolveu sumariamente o réu, pois evidente a ausência de justa causa para a propositura da ação penal (art. 397, III, do Código de Processo Penal). Na verdade, a hipótese sob exame, da forma como narrada na inicial, constitui apenas infração administrativa, prevista no art. 165 do Código Brasileiro de Trânsito, o que sujeitará o infrator a uma multa (cinco vezes) e a suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses. Deve ser consignado que a circunstância narrada nos presentes autos decorre unicamente do furor legiferante que grassa o sistema jurídico nacional, com leis que violam princípios elementares, constitucionais, jurídicos e lógicos, como é o caso da "Lei Seca". A "Lei Seca" é uma verdadeira aberração jurídica, por pretender reprimir casuísmos já compreendidos genericamente nas infrações decorrentes de imprudência ou negligência, como é o caso de dirigir embriagado, falar ao celular, excesso de velocidade, ultrapassar sinal vermelho, desviar a atenção por uma mulher bonita, entre outras dezenas de casuísmos, impossíveis de serem regradados, de forma nenhuma significando a aprovação de alguém dirigir embriagado, pois é juridicamente impossível a prevenção da imprudência, mas unicamente a punição de seu resultado, compatível com o que se entende por crime culposos, que nada mais é a falta de cuidado ante um resultado previsível.<sup>89</sup>

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu, reiteradamente, que o crime do art. 306 do Código de Trânsito, praticado após a alteração procedida pela Lei n. 11.705/2008 e antes do advento da Lei n.º 12.760/2012, como na hipótese, é de perigo abstrato. É desnecessária a demonstração da efetiva potencialidade lesiva da conduta e basta, para tanto, a constatação de que o réu conduzia automóvel, em via pública, com a concentração de álcool igual ou superior a 6 dg por litro de sangue, aferida por meio de etilômetro.

Assim, o fato descrito na denúncia é típico, mesmo quando a exordial acusatória não faz menção a perigo concreto.

Ilustrativamente:

1. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte, o crime do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo abstrato e dispensa a demonstração de potencialidade lesiva na conduta, configurando-se pela condução de veículo automotor em estado de embriaguez. [...] (REsp n. 1.508.716/RS, de minha relatoria, 6ª T., DJe 19/11/2015) [...] 2. Praticado após a alteração procedida pela Lei n.º 11.705/08 e antes do advento da Lei n.º 12.760/12, o crime previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo abstrato, sendo despendida a demonstração de potencialidade lesiva na

---

<sup>89</sup> (STJ - REsp: 1582413 RJ 2016/0044032-8, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 07/04/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/04/2016).

conduta. Precedentes. (HC n. 192.051/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª T., DJe 12/9/2013, destaquei).<sup>90</sup>

No mesmo sentido é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Recurso ordinário em habeas corpus. Embriaguez ao volante (art. 306 da Lei nº 9.503/97). Alegada inconstitucionalidade do tipo por ser referir a crime de perigo abstrato. Não ocorrência. Perigo concreto. Desnecessidade. Ausência de constrangimento ilegal. Recurso não provido. 1. A jurisprudência é pacífica no sentido de reconhecer a aplicabilidade do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro delito de embriaguez ao volante, não prosperando a alegação de que o mencionado dispositivo, por se referir a crime de perigo abstrato, não é aceito pelo ordenamento jurídico. 2. Esta Suprema Corte entende que, com o advento da Lei n. 11.705/08, inseriu-se a quantidade mínima exigível de álcool no sangue para se configurar o crime de embriaguez ao volante e se excluiu a necessidade de exposição de dano potencial, sendo certo que a comprovação da mencionada quantidade de álcool no sangue pode ser feita pela utilização do teste do bafômetro ou pelo exame de sangue, o que ocorreu na hipótese dos autos. 3. Recurso não provido. (RHC n. 110258, Rel. Ministro Dias Toffoli, 1ª T., DJe 24/5/2012).<sup>91</sup>

Dessa forma, o delito de embriaguez ao volante, conforme descrito no tipo acima, já era crime de perigo abstrato, sendo despicienda a demonstração de potencialidade lesiva na conduta, de maneira que a simples condução de automóvel, em via pública, com a concentração de álcool igual ou superior a 6 dg por litro de sangue, aferida por meio de etilômetro, configura o delito previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

Na hipótese, o recorrido foi submetido a teste de aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro) e ficou demonstrado que ele foi flagrado na direção de veículo automotor com concentração de 0,41 mg de álcool por litro de ar expelido dos pulmões, acima, portanto, do limite permitido por lei, o que configura o delito tipificado no art. 306 do CTB.

À vista do exposto, dou provimento ao recurso especial para, afastada a atipicidade da conduta, determinar o prosseguimento da ação penal.

---

<sup>90</sup> (STJ - REsp: 1582413 RJ 2016/0044032-8, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 07/04/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/04/2016).

<sup>91</sup> (STJ - REsp: 1582413 RJ 2016/0044032-8, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 07/04/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/04/2016).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos, portanto, que no debate acerca da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato existem dois lados. Enquanto um busca extirpar da esfera penal a figura do perigo abstrato, o outro a aceita, com reservas. Apesar de estarmos longe de termos uma doutrina pacífica sobre o assunto, vimos que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal é favorável à constitucionalidade destas modalidades criminosas.

Pelos ensinamentos de Alexy, entendemos que os princípios não são aplicados na modalidade “tudo ou nada”, mas que em havendo um conflito de interesses, devemos efetuar um juízo de ponderação, ou seja, qual é o interesse mais importante para os indivíduos.<sup>92</sup>

Nesta toada, o Estado, com o fim de proteger a segurança dos indivíduos estabelece critérios para definir quais condutas possuem grande probabilidade de violar bens jurídicos de suma importância para os indivíduos. Pegando um exemplo concreto, o Estado julgou mais importante tentar evitar acidentes de trânsito causados por embriaguez do que a liberdade do indivíduo de beber e dirigir.

Diante disso, a fim de proteger a segurança das pessoas, o Estado estabeleceu normas para definir quais ações têm maior probabilidade de violar os bens jurídicos mais importantes para as pessoas físicas. Para dar um exemplo específico, o Estado acredita que evitar não somente os acidentes de trânsito causados por embriaguez, mais punir o agente porte ilegal de arma de fogo é mais importante.

Em outras palavras, é mais importante a vida e a incolumidade física dos indivíduos do que o direito de beber, mesmo que bem pouco, e dirigir. Assim, a forma mais adequada para buscar este fim, ou seja, para evitar a lesão do bem jurídico, o Estado se valeu de um crime de perigo abstrato, indubitavelmente legitimado pelo interesse social.

Podemos dizer que, no caso do perigo concreto, o Estado entende que a conduta pode ou não colocar o bem jurídico em perigo de sofrer dano. Sendo assim, por haver a possibilidade de não haver perigo, este deve ser provado.

Já no perigo abstrato, o Estado, na sua experiência, não abre mais espaço para debate, presumindo absolutamente que o bem jurídico já foi exposto ao perigo de lesão. No seu entender

---

<sup>92</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

aquela conduta sempre coloca o bem jurídico tutelado. Desta forma, pune a mera conduta.

Dessa forma, a questão que se coloca é saber se o Estado poderia presumir absolutamente, pela experiência, que a conduta vai causar lesão ao bem jurídico protegido.

Como bem destacou o Ministro Gilmar Mendes, quanto ao julgamento pelo STF:

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.<sup>93</sup>

Em outras palavras, com base em dados empíricos, os legisladores selecionam grupos de ação ou categorias que geralmente trazem riscos desnecessários aos interesses jurídicos. O surgimento de crimes perigosos abstratos não representa em si o comportamento inconstitucional dos legisladores criminais. Normalmente, comportamentos que geram perigo de forma abstrata muitas vezes acabam como a melhor escolha ou a medida mais eficaz para proteger o bem jurídico tanto individual quanto coletivo.

Além disso, o Direito não pode ser um ciência estática no tempo, sob pena de ver sua eficácia cada vez mais ser reduzida. As novas dinâmicas sociais demandam do Estado novas formas de atuação. As demandas da sociedade atual levaram ao Estado a adotar essa postura garantista.

O que se entende é que não se quer mais esperar que o bem jurídico ser lesionado para, só então, punir o agente. Dessa forma, nos dizeres de Gilmar Mendes acima transcrito, “a tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou medida mais eficaz”.

Portanto, a conclusão que se chega é de que os crimes de perigo abstrato, não são, por si só, inconstitucionais. Como o próprio Claus Roxin sustenta, existem modalidades especiais de lesões a bens jurídicos, sendo legítimo que o legislador tipifique tais condutas, a fim de evitar males maiores para a sociedade.<sup>94</sup>

Embora se entenda pela constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, sua tipificação pelo legislador deve se dar de forma cuidadosa e responsável, respeitando, inclusive,

---

<sup>93</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013

<sup>94</sup> ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**, Tomo I, 2ª Edición Alemana. Madrid, Civitas. 1997.

os mais diversos princípios e mandamentos constitucionais, pois o que temos visto nos dias atuais é um desejo crescente de prevenir os crimes, de se antecipar e evitar a lesão a bens jurídicos.

O Estado passou a aprovar uma lei criminal anterior para garantir a segurança de seus cidadãos, pois essa é a razão de sua existência. No entanto, à medida que avançamos, devemos realizar um autoexame, para não sofreremos com as punições do Estado.

Nessa concepção, o Estado passa a adotar um direito penal prévio, com o fito de assegurar a segurança de seus cidadãos, pois é a sua razão de ser. Entretanto, na medida em que avançamos, temos que nos fiscalizar para que num futuro próximo não estarmos punindo, por meio do Direito Penal, as pessoas pelo que elas são capazes de fazer e não pelo que, de fato, fizeram.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBECHE, Thiago Solon Gonçalves. **O novo art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro: aboliu-se o critério da concentração etílica?** Jus Navigandi, 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br>.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de direito penal**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 4ª ed., Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. Volume 1. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BORBA, Maurício. **A Inconstitucionalidade dos Crimes de Perigo Abstrato**. Disponível em: <<http://www.unifacs.br>.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial 1.111.566/DF. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. DJe 04/09/2012. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n. 102087/MG. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 11/10/2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus n. 109.269/MG. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. DJe-195 10.10.2011. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. LEI Nº 9.503, DE 23 DE SETEMBRO DE 1997. **Código de trânsito brasileiro**. Disponível em: <[legislacao.presidencia.gov.br](http://legislacao.presidencia.gov.br).

BRASIL. LEI Nº 10.826, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2003. **posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. **Superior tribunal de justiça**. Processo penal. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 81057/SP. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 29/04/2005. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral, volume 1 / Paulo César Busato. – 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **A falácia do denominado crime de perigo abstrato de perigosidade real**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <<http://ambito-juridico.com.br>.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CERNICCHIARO, Vicente. **Porte Ilegal de Arma sem Munição**. Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em: <<https://jusbrasil.com.br>.

CORRÊA, Fabricio da Mata. **A Inconstitucionalidade dos Crimes de Perigo Abstrato**. JusBrasil. 2012. Disponível em: <<http://fabriciocorrea.jusbrasil.com.br>.

COSTA, Jose Francisco de Faria, **O Perigo em Direito Penal**. Coimbra Editora. 1992.

CRUZ, Rogerio Schiatti Cruz. RECURSO ESPECIAL Nº 1.582.413 – RJ. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br>.

DAVICO, Luana Vaz. **Os princípios constitucionais** – análise descomplicada. Disponível em: <<http://kuanadavico.jusbrasil.br>.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do Direito**. 20ª ed. São Paulo: SARAIVA, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978.

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

FILHO, Tenyson Alberto Silva de Oliveira. **Da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato**. 2014.

FLORENCE, Ruy Celso Barbosa. **Princípios constitucionais penais**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3710, 28 ago. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br>.

FONSECA, José Geraldo da. **A nova Lei Seca e o crime de perigo abstrato**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, 20 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br>>.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal**. RT, 2011.

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

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 7. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Especial**. 5. edição, Volume II. Niterói/RJ. Editora Impetus, 2008.

HEFENDEHL, Roland. ¿**Debe Ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros?** Bienes Jurídicos Colectivos y Delitos de Peligro Abstracto. Traduzido por Eduardo Salazar Ortuño. Anales de Derecho. Universidad de Murcia. n. 19, 2001.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte General**. 2ª edición. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas S/A, 1997.

JESUS, Damásio E. **Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do código de trânsito** (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997). 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

JESUS, Damásio E. **O Direito Penal e o Processo Penal no Próximo Milênio**. Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, ano 2, nº 3, 1977.

KINDHÄUSER, Urs. **Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa**. Traducción Claudia López Díaz. Colección de Estudios n.º 09. Universidade Externado de Colombia. 1996.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Trancada ação penal contra homem que mantinha munição calibre 22 em casa**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

LOVATTI, Sheila Lustoza. **O uso simbólico do Direito Penal**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 67, ago 2009. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/>>.

MARQUES, Daniela de Freitas. **Sistema jurídico-penal: do perigo proibido e risco permitido**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de direito penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 9. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Antonio José Lima. **Crimes abstratos face ao princípio da ofensividade**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas)**, Título IV, Capítulo II – Dos Crimes. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Código Penal**, Título VIII, Capítulo I. Dos Crimes Contra a Incolumidade Pública. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>.

RIBEIRO, Pedro Melo Pouchain. **A constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato**. Jus Navigandi, Teresina. Disponível em: <<http://jus.com.br>>.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**, Tomo I, 2ª Edición Alemana. Madrid, Civitas. 1997.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: 2009.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Tradução: Luis Greco. 2 ed. Renovar, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza (org.). **A Globalização e as Ciências Sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.

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

STRECK, Lênio Luis. **O “Crime de Porte de Arma” à Luz da Principiologia Constitucional e do Controle de Constitucionalidade: Três Soluções à Luz da Hermenêutica**. 2001.

STJ - REsp: 1582413 RJ 2016/0044032-8, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 07/04/2016, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/04/2016). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/>>.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal: de acordo com a lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Tradução de Juan Bustus Ramirez e Sergio Yañes Pérez. Chile: Jurídica de Chile, 1987.

WUNDERLICH, Alexandre. **Delitos do Perigo Abstrato: uma crítica necessária**. 2015.

ZAFFARONI, E. Raúl. **Direito Penal Brasileiro**: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. E. Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal** – Parte general. Buenos Aires: Ediar, 1996.