

**REDE DE ENSINO DOCTUM  
UNIDADE SERRA**

**YANN KÁSSIO OBERMÜLLER NOVELLI**

**OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO NO DIREITO BRASILEIRO: DIREITO  
PREVENTIVO OU MEDIDA INCONSTITUCIONAL?**

**SERRA/ES  
2019**

**YANN KÁSSIO OBERMÜLLER NOVELLI**

**OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO NO DIREITO BRASILEIRO: DIREITO  
PREVENTIVO OU MEDIDA INCONSTITUCIONAL?**

**Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado ao Curso de Direito da  
Rede Doctum de Ensino, como  
requisito parcial à obtenção do título  
de Bacharel em Direito.**

**Área de Concentração: Direito Penal.**

**Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Fabiane Aride  
Cunha.**

**SERRA/ES**

**2019**

## RESUMO

O presente artigo pretende demonstrar o conflito existente a respeito do tema “crimes de perigo abstrato”, onde doutrinadores (Estefam, Capez, etc) e jurisprudências (STF) defendem a ideia da constitucionalidade destes crimes caracterizando-o como uma medida preventiva, e de outro lado, doutrinadores como Bottini, Luiz Flavio Gomes e diversas jurisprudências (STF) tendem à ideia da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, visto que estes vão de encontro a diversos princípios penais constitucionais.

**Palavras-chave:** Conflito. Crimes de Perigo Abstrato. Constitucionalidade. Inconstitucionalidade. Princípios.

## ABSTRACT

This article aims to demonstrate the existence of the existing conflict regarding the theme of abstract danger crimes, where indoctrinators (Estefam, Capez, etc) and jurisprudence (STF) defend the idea of the constitutionality of these crimes characterizing it as a preventive measure, and of On the other hand, indoctrinators such as Bottini, Luiz Flavio Gomes and several jurisprudences (STF) tend to the idea of the unconstitutionality of crimes of abstract danger, since they go against several constitutional criminal principles.

**Key words:** Conflict. Abstract Danger Crimes. Constitutionality. Unconstitutionality. Principles.

## SUMÁRIO

|  |           |
|--|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO .....</b>  | <b>6</b>  |
| <b>2 CONCEITUAÇÃO DE CRIME .....</b>                                 | <b>7</b>  |
| <b>2.1 Conceito Legal.....</b>                                       | <b>7</b>  |
| <b>2.2 Conceito Formal de Crime .....</b>                            | <b>7</b>  |
| <b>2.3 Conceito Material de Crime .....</b>                          | <b>7</b>  |
| <b>2.4 Conceito Analítico de Crime.....</b>                          | <b>8</b>  |
| <b>2.5 Crime de Perigo .....</b>                                     | <b>9</b>  |
| 2.5.1 Crime de Perigo Concreto .....                                 | 9         |
| 2.5.2 Crime de Perigo Abstrato .....                                 | 10        |
| <b>3. PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS .....</b>                    | <b>11</b> |
| <b>3.1 Princípio da Lesividade .....</b>                             | <b>11</b> |
| <b>3.2 Princípio da Intervenção Mínima.....</b>                      | <b>12</b> |
| <b>3.3 Princípio da Fragmentariedade .....</b>                       | <b>12</b> |
| <b>3.4 Princípio da Legalidade .....</b>                             | <b>13</b> |
| <b>3.5 Princípio da Insignificância ou Bagatela.....</b>             | <b>13</b> |
| <b>3.6 Princípio da Proporcionalidade.....</b>                       | <b>14</b> |
| <b>4. A INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO.....</b> | <b>15</b> |
| <b>REFERÊNCIAS.....</b>  | <b>19</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato por irem de encontro a diversos princípios penais constitucionais (lesividade, fragmentariedade, bagatela). Com isso, buscará expor os conceitos e as classificações de crime, demonstrando com exemplos a aplicabilidade da inconstitucionalidade em crimes de perigo abstrato, um exemplo, disso é o crime de porte de arma de fogo sem munição.

Ainda no tocante ao tema, serão apontadas jurisprudências e doutrinas (Bottini, Muñoz, Grecco, etc) com o intuito de demonstrar o conflito existente entre os crimes de perigo abstrato e os princípios supracitados. Diante das teorias apresentadas por esses especialistas, observa-se que estes tendem a adotar a teoria da inconstitucionalidade dos crimes, desta forma, constata-se que não há concordância da aplicação dos crimes de perigo abstrato em um Direito Penal que é baseado no princípio penal constitucional da lesividade, visto que o crime de perigo abstrato não produz um resultado jurídico, ou seja, uma lesão ao bem jurídico tutelado.

Sendo assim, no estudo acerca do tema será adotada a metodologia doutrinária, onde serão analisadas leis, doutrinas, jurisprudências para chegar a uma conclusão se o crime de perigo abstrato é direito preventivo ou uma medida inconstitucional.

O método dialético será utilizado em busca de identificar o processo, expor os conflitos existentes e as condições envolvidas na análise do problema escolhido. Em segundo plano, o método dedutivo será utilizado para comparar uma premissa maior (onde os crimes de perigo abstrato são considerados legais de acordo com a legislação penal) a uma premissa menor (onde os crimes de perigo abstrato são considerados inconstitucionais por irem de encontro aos princípios penais constitucionais), para assim chegar a uma conclusão sobre o tema.

Por fim, cumpre salientar que a escolha do presente tema decorre da necessidade de analisar de forma mais aprofundada o referido assunto, a fim de averiguar a constitucionalidade do mesmo, visto que a existência dos crimes de perigo abstrato vai de encontro a diversos princípios constitucionais (lesividade, legalidade, etc.) e, por este motivo, na visão de diversos doutrinadores, essa classificação de crime é considerada inconstitucional.

## **2 CONCEITUAÇÃO DE CRIME**

### **2.1 Conceito Legal**

Ao abordar a respeito dos crimes de perigo abstrato, se faz necessária a conceituação de crime, apresentando sua evolução e suas devidas qualificações. O artigo 1º da Lei de Introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-1940) expõe:

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (Decreto-lei n. 2.848, de 7-12-1940)

Não há como deixar de citar que o atual Código Penal não traz o conceito de crime em seus artigos, ficando para os juristas e doutrinadores o dever de conceituá-lo.

### **2.2 Conceito Formal de Crime**

O conceito formal de crime parte da ideia que consiste na violação à lei penal vigente. O autor Fragoso (1995, p.144) descreve o conceito formal de crime como uma conduta contrária ao Direito, a que lhe atribui pena, ou seja, crime é a prática de uma conduta que se encaixa perfeitamente nas condutas definidas na legislação como crime. Pode-se observar que no Conceito Formal de Crime ocorre a exploração do crime partindo da lei, segue aquilo que está na norma.

### **2.3 Conceito Material de Crime**

Neste conceito, além da conduta estar descrita na lei como criminosa, é necessário que haja ofensa ao princípio da lesividade, ou seja, que esta resulte em uma lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado (a vida, o patrimônio, etc.). Para Medina (2008, p. 258) é uma ação ou omissão que contraria os interesses da sociedade, constituindo uma lesão ou ameaça concreta de lesão a um bem jurídico. Verifica-se que se a conduta não lesiona ou oferece perigo de lesão a um bem jurídico tutelado, o fato não será considerado crime. Porém, para Luiz Alberto

Machado (1987, p.78) pelo fato de este ser detentor de uma amplitude conceitual que não serve à formulação dogmática por sua volatilidade e insegurança conceituais. Assim o conceito material puro é incompetente, pois estabelece como crime, o dano, além do perigo de dano presumido, desobediência, etc. Observa-se que o conceito material contemporâneo de crime passa a abarcar outros bens jurídicos além do material, citando, por exemplo, o psicológico e a moral.

## **2.4 Conceito Analítico de Crime**

Dentro do conceito analítico de crime existem duas vertentes, são elas: a bipartida e a tripartida. Dentro da teoria bipartida, o crime é fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade responsável pela realização da dosagem da pena. Para a teoria tripartida, o crime é fato típico, antijurídico e culpável. Os citados conceitos sofrem grande influência das teorias causalista e finalista.

A teoria causalista define que a conduta consiste em um comportamento voluntário que gera um efeito. Para essa teoria a vontade leva a conduta, e a conduta leva ao resultado. O principal foco de discussão desta teoria é que esta não estabelece uma diferença entre a conduta dolosa ou culposa, já que não leva em consideração a vontade do agente, deixando esta função para a culpabilidade que definirá o dolo ou a culpa pelo querer interno de quem praticou a conduta.

Diante disso, no ano de 1930 Hanz Welzel criou a teoria finalista demonstrando que a conduta consiste no comportamento humano, consciente e voluntário, dirigido a uma finalidade, ou seja, a conduta é um acontecimento final e não um procedimento causal. Na vertente finalista, o dolo e a culpa deixaram de integrar como elementos da culpabilidade e passar a serem analisados junto à conduta do agente.

Dentro da teoria bipartida, o crime é fato típico e ilícito, logo, a culpabilidade não faz parte do conceito analítico de crime, sendo apenas pressuposto para aplicação e dosagem da pena, essa teoria é seguida por doutrinadores, como: Flávio Augusto Monteiro de Barros, Renê Ariel Dotti, Damásio de Jesus, Cleber Masson e Julio Fabrini Mirabete. No que tange ao conceito bipartido, este se encaixa apenas na teoria finalista, visto que a causalista analisa o dolo e a culpa dentro da culpabilidade e, para o conceito bipartido, a culpabilidade não integra a estrutura do crime.



Dentro da teoria tripartida o crime é analisado como fato típico, antijurídico e culpável. Esta vertente é seguida por alguns doutrinadores, como: Francisco Assis de Toledo, José Frederico Marques, Guilherme Nucci, David Teixeira de Azevedo, Hanz Welzel. Verifica-se que a vertente tripartida possui conformidade com as duas teorias, tanto a causalista, como a finalista, o próprio criador do finalismo, Hanz Welzel, definia o crime como um fato típico, antijurídico e culpável. Diante disso, Luiz Augusto Freire Teotônio (2002, p.63) diz:

Não é correta a afirmação de alguns doutrinadores de que o finalismo apenas se afina com a corrente, bipartida, que considera a culpabilidade como mero pressuposto de aplicação da pena. Welzel considerado o pai do finalismo, seus discípulos, bem assim os autores que introduziram a doutrina no Brasil, João Mestieri, Heleno Fragoso e Assis de Toledo, entre outros nunca disseram que o crime formava-se apenas pelo fato típico e ilícito, considerando a culpabilidade como um dos seus elementos ou requisitos.

Observa-se que Teotônio defende que a ideia da teoria finalista se afina apenas com a corrente bipartida está incorreta, visto que o crime é formado por fato típico, ilícito e culpável, diversos doutrinadores, como Hans Welzel, Fragoso, Mestieri apoiam esse mesmo pensamento.

## **2.5 Crime de Perigo**

Rogério Grecco (apud NAVARRO, 2015) classifica os crimes de perigo como aqueles que:

Não exigem a produção efetiva de dano, mas sim, a prática de um comportamento típico que produza um perigo de lesão ao bem juridicamente protegido, vale dizer, uma probabilidade de dano. O perigo seria, assim, entendido como probabilidade de lesão a um bem jurídico-penal.

Nota-se que Grecco conceitua crime de perigo como qualquer comportamento que produza perigo de lesão ao bem protegido. Com esse conceito, observa-se que os doutrinadores e legisladores querem proibir comportamentos que tenham a possibilidade de dano ou a probabilidade de ocasionar uma lesão ao bem jurídico tutelado.

### **2.5.1 Crime de Perigo Concreto**

A respeito do tema, Rogério Grecco (2011, p.109) traz a seguinte explicação:

A sua visão, ao contrário daquela realizada nos crimes de perigo abstrato, é sempre ex post, ou seja, analisa-se o comportamento praticado pelo agente, depois da sua realização, a fim de concluir se no caso concreto, trouxe ou não perigo ao bem juridicamente protegido pelo tipo. Como exemplo de crime de perigo concreto podemos destacar o crime de perigo para a vida ou saúde de outrem, previsto pelo art. 132 do Código Penal.

Dessa forma, constata-se que os Crimes de Perigo Concreto são aqueles em que a situação de perigo contra o bem jurídico protegido é confirmada, ou seja, a mera presunção de perigo não é suficiente para caracterizá-lo.

### 2.5.2 Crime de Perigo Abstrato

Conceituando Crime de Perigo Abstrato, o Professor Fernando Capez (2011, 286) traz em seu livro que é aquele crime, no qual a situação de perigo é presumida, como no caso da quadrilha ou bando, em que se pune o agente mesmo que não tenha chegado a cometer nenhum crime, pois naquele, diferente do crime de perigo concreto, a situação de perigo é presumida, bastando à possibilidade de dano ou lesão para condenar o agente. Em entrevista ao Jornal Carta Forente, o Professor Pierpaolo Cruz Bottini define os crimes de perigo abstrato como (PIERPAOLO, 2011):

Crimes de perigo abstrato são aqueles que não exigem a lesão de um bem jurídico ou a colocação deste bem em risco real e concreto. São tipos penais que descrevem apenas um comportamento, uma conduta, sem apontar um resultado específico como elemento expresso do injusto. Podemos citar como exemplo o crime de dirigir embriagado (Lei 9.503/97 "Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência"). O tipo penal não exige a lesão ou a morte de alguém, e também não prevê que seja demonstrado que alguém foi exposto a um risco concreto pelo veículo dirigido pelo condutor embriagado. Descreve apenas um comportamento e determina a aplicação da pena, independente do resultado. Os crimes de perigo abstrato têm sido largamente utilizados pelo legislador nos últimos tempos, não apenas nos crimes de trânsito, mas também na área ambiental, biossegurança, crimes financeiros, dentre outros. Justamente por esta ampliação legislativa dos crimes de perigo abstrato que a doutrina tem dedicado mais tempo ao estudo desta técnica de tipificação.

Como se pode observar, para que o crime de perigo abstrato seja consumado

exige-se apenas a situação de perigo presumida, não sendo necessária uma situação de perigo concreta para sua consumação, como é o caso do exemplo citado pelo professor Pierpaolo.

### 3. PRINCÍPIOS PENAIS CONSTITUCIONAIS

De acordo com GOMES (2009, p.64), os princípios constitucionais penais:

Acham-se ancorados no princípio-síntese do Estado Constitucional e Democrático de Direito, que é o da dignidade humana. A força imperativa do princípio da dignidade humana (CF, art. 1.º, III) é incontestável. Nenhuma ordem jurídica pode contrariá-lo. A dignidade humana, sem sombra de dúvida, é a base ou o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais. Qualquer violação a outro princípio afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana. O homem (o ser humano) não é coisa, não é só cidadão, é antes de tudo, pessoa (dotada de direitos, sobretudo perante o poder punitivo do Estado).

Os princípios constitucionais são normas contidas na Constituição Federal, que servem de base para todo o Sistema Jurídico Brasileiro. A aplicação do direito penal é supervisionada e baseada nos princípios constitucionais apresentados em 1988.

#### 3.1 Princípio da Lesividade

O princípio que Rogério Sanches (*apud* SANCHES, 2013) conceitua como o princípio da ofensividade ou lesividade (*nullumcrimensineiniuria*) exige que do fato praticado ocorra lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, ou seja, só ocorre a caracterização do crime com efetiva e comprovada lesão do bem jurídico tutelado. Para que um crime material seja tipificado há necessidade que haja ao menos um perigo concreto, não podendo ser ampliada a sua aplicação aos casos de perigo abstrato. Cezar Roberto Bitencourt afirma que, “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” (Bitencourt, 2008, p. 22). O mesmo doutrinador segue dizendo:

O princípio da ofensividade (ou lesividade) exerce função dupla no direito penal em um Estado Democrático de direito: a) função político – criminal

esta função tem caráter preventivo informativo, na medida em que se manifesta nos momentos que antecedem a elaboração dos diplomas legislativos - criminais; b) função interpretativa ou dogmática - esta finalidade manifesta-se a posteriori, isto é, quando surge a oportunidade de operacionalizar-se o Direito penal, no momento em que se deve aplicar, in concreto, a norma penal elaborada. (Bitencourt, 2008, p. 22)

Observa-se então que não há crime sem ofensa a um bem jurídico, seja pela criação de um dano, seja pela criação de uma possibilidade de dano, podendo ser punida apenas a conduta que tenha como resultado um dano efetivo ou um perigo concreto a este bem.

### **3.2 Princípio da Intervenção Mínima**

Sobre este princípio, Muñoz Conde (2001, p. 59 e 60) diz que:

O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do direito.

No mesmo entendimento, o doutrinador Cezar Roberto Bitencourt diz que:

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanções ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização será inadequada e desnecessária. Se para o restabelecimento da ordem jurídica forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o direito penal deve ser a *ultima ratio*, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade.

Observa-se que o princípio da intervenção mínima defende que o Direito Penal só deverá ser utilizado nos últimos casos, apenas em circunstâncias em que os outros ramos do direito brasileiro não serão suficientes. Este princípio defende que existem condutas que não deverão ser criminalizadas e tipificadas pelo Direito Penal, pois outros ramos do direito conseguem resolver as questões.

### **3.3 Princípio da Fragmentariedade**

Este princípio também é chamado de Fragmentário do Direito Penal. Segundo Masson (2013, p.41), o princípio da fragmentariedade “estabelece que nem todos os ilícitos configuram infrações penais, mas apenas os que atentam contra os valores fundamentais para a manutenção e o progresso do ser humano e da sociedade”. O Estado, portanto, não deverá considerar crime todas as condutas que causem alguma lesão a qualquer bem jurídico. Pelo contrário, o princípio em questão orienta a selecioná-las de forma mais criteriosa (*apud* SOUZA, 2017).

### 3.4 Princípio da Legalidade

O princípio supracitado encontra-se no artigo 1º do **Código Penal Brasileiro**, mas também está presente no inciso XXXIX, do artigo 5º da CF, ambos com a mesma letra: não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. É importante ressaltar que, segundo este princípio, para caracterização do crime é necessária a definição em lei, da mesma forma que os artigos do Código Penal ou de legislação específica. Segundo Juarez Cirino dos Santos (2007, p.20):

O princípio da legalidade é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito, porque proíbe (a) a retroatividade como criminalização ou agravamento da pena de fato anterior, (b) o costume como fundamento ou agravamento de crimes e penas, (c) a analogia como método de criminalização ou de punição de condutas e (d) a indeterminação dos tipos legais e das sanções penais (art.5º, XL, CF). O significado político do princípio da legalidade - regra principal da teoria da validade da lei penal no tempo, expresso nas fórmulas de Lex praevia, de Lex scripta, de lex stricta e de lex certa, incidentes sobre os crimes, as penas e as medidas de segurança da legislação penal, pode ser assim sumariado.

Portanto, o objetivo é realizar o controle do poder punitivo do Estado, vedando a tipificação de crimes, a criação de diversos costumes, seja por medida provisória, por decreto, por portaria, por resolução ou por regulamento, buscando segundo Cezar Roberto Bittencourt e Luiz Régis Prado (1996, p.81-88) que citam Muñoz Conde e Mercedes Garcia: “confinar sua aplicação em limites que excluam toda arbitrariedade e excesso do poder punitivo”.

### 3.5 Princípio da Insignificância ou Bagatela

Segundo Prado (2014, p. 125), devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetem infimamente a um bem jurídico-penal. Ou seja, ocorre em casos de crime de perigo abstrato, onde a situação de perigo é presumida e não confirmada. Sendo assim, traduz a ideia de que o Direito Penal não deve abranger causas irrelevantes, sem potencial para causar lesão significativa a bem jurídico alheio. Por tratar-se de um princípio que se encontra implícito na legislação penal, o Supremo Tribunal Federal decidiu que se faz necessária a observação de alguns pontos, quais sejam: A) a mínima ofensividade da conduta do agente, B) nenhuma periculosidade social da ação, C) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e D) inexpressividade da lesão jurídica provocada. Este princípio rege que uma conduta cujo resultado não é definido como grave o suficiente, não deverá receber uma punição.

### 3.6 Princípio da Proporcionalidade

Este princípio também é conhecido como “princípio da proibição do excesso”, “princípio da razoabilidade” ou “princípio da convivência das liberdades públicas”. Com base nisso, para Jesus (2011, p. 53), o princípio da proporcionalidade “determina que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato. Significa que a pena deve ser medida pela culpabilidade do autor. Daí dizer-se que a culpabilidade é a medida da pena”. Ou seja, a pena não pode ser maior do que a participação do agente, esta deve ser proporcional, como o próprio nome já diz. Nesse sentido veja um excerto acerca do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade extraído da obra do Ministro Barroso (2018):

Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: **a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito)** (BARROSO, 2018, p. 168).

Como exposto pelo Ministro Barroso, o princípio da Proporcionalidade é mais utilizado quando existe um conflito entre outros princípios do Direito Penal, é uma forma de solução para o problema. Observando sua obra pode-se entender que

Barroso defende que a pena imputada ao apenado não pode ser superior à sua participação.

#### **4. A INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO**

Inicialmente, deve-se considerar que existe posicionamento diverso do defendido no presente estudo, no sentido em que os crimes de perigo abstrato são vistos como constitucionais por serem uma medida preventiva do Estado para evitar mal posterior. A respeito disso, Fernando Capez (2011, p. 43) diz:

Entendemos que subsiste a possibilidade de tipificação dos crimes de perigo abstrato em nosso ordenamento legal, como legítima estratégia de defesa do bem jurídico contra agressões em seu estágio ainda embrionário, reprimindo-se a conduta, antes que ela venha a produzir um perigo concreto ou um dano efetivo. Trata-se de cautela reveladora de zelo do Estado em proteger adequadamente certos interesses. Eventuais excessos podem, no entanto, ser corrigidos pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

Como se pode observar da explanação de Capez, há o entendimento que os crimes de perigo abstrato são uma cautela reveladora de zelo do Estado em proteger adequadamente certos interesses, ou seja, como citado antes, esta qualificação de crime é uma forma do Estado proteger seus interesses e prevenir dano aos bens juridicamente tutelados. No mesmo entendimento, o Professor André Estefam (2012, p.161) diz:

Muito embora seja a questão cercada de polêmica, acreditamos serem válidos os crimes de perigo abstrato ou presumido. Isto porque o legislador age conforme a Constituição quando seleciona condutas socialmente perniciosas e potencialmente lesivas, incriminando-as em seus estágios iniciais. Cuida-se de atividade legislativa, decorrente da soberania estatal, que não ofende a dignidade da pessoa humana ou a presunção de não culpabilidade; pelo contrário, trata-se de agir de modo preventivo, antes que a lesão ao bem esteja consumada. Com efeito, a maneira mais eficaz de prevenir o roubo ou o homicídio não é prender o ladrão ou o assassino, algo reconhecidamente necessário, mas evitar que ele saque a arma ou a dispare.

Em suma, essa corrente defende que, os crimes de perigo presumido são constitucionais, visto que esse tipo penal não viola os princípios constitucionais, mas pretende agir como medida preventiva, com o objetivo de evitar que o bem jurídico tutelado sofra determinada lesão. Confirmando o entendimento, o Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do HC 96.072 – RJ julgando a respeito da infração

do porte de arma de fogo desmuniada, descrito no art. 14 da Lei n. 10.826/2003, onde foi aplicado o entendimento acima a respeito do crime de perigo abstrato, conforme segue:

PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 da Lei 10.826/2003. TIPICIDADE RECONHECIDA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ORDEM DENEGADA. I. A objetividade jurídica da norma penal transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da liberdade individual e do corpo social como um todo, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança coletiva que a lei propicia. II. Mostra-se irrelevante, no caso, cogitar-se da eficácia da arma para a configuração do tipo penal em comento, isto é, se ela está ou não muniada ou se a munição está ou não ao alcance das mãos, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para cuja caracterização não importa o resultado concreto da ação. III - Habeas corpus denegado.

Verifica-se que em julgamento, o STF decidiu por seguir o defendido pelos Professores Fernando Capez e André Estefam, adotando o entendimento em que os crimes de perigo abstrato são definidos como de medida preventiva, com o objetivo de evitar posteriores lesões ao bem jurídico.

Por outro lado, vale ressaltar que doutrinadores ergueram a tese que os crimes de perigo abstrato são inconstitucionais devido ao conflito existente entre estes e os princípios penais constitucionais citados neste artigo. Em um Estado Democrático de Direito, onde a função do Direito Penal é de garantir a tutela dos bens jurídicos de maior relevância, garantindo a dignidade humana de todos os indivíduos (*apud* SOUZA, 2017). Isto posto, para que o Estado consiga proteger os bens jurídicos tutelados se faz necessária a tipificação de condutas que efetivamente lesem o bem jurídico, ou seja, é necessária uma efetiva e comprovada lesão ao bem tutelado para que o Direito Penal possa atuar e punir o agente.

Nessa perspectiva, é importante destacar o pensamento de Rogério Grecco, que, tomando como base o Professor Luiz Flávio Gomes, diz (*apud* CORRÊA, 2013):

[...] todos os tipos penais que prevêm delitos de perigo abstrato não sustentariam. No mesmo sentido, adverte Mariano Silvestroni que os delitos de perigo abstrato não podem ser admitidos em um direito penal baseado no princípio da lesividade.

Observa-se que Grecco destaca que os crimes de perigo abstrato não possuem força para se sustentar no sistema jurídico brasileiro, uma vez que vão de encontro a diversos princípios penais constitucionais já citados neste estudo. Como



explica Bottini (2013, p.154):

[...] 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 *nullumcrimensineiniuria* 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.

Destarte, constata-se que conforme o princípio da lesividade, para que uma conduta seja passível de punição pelo Direito Penal é necessária a efetiva e comprovada lesão ao bem jurídico tutelado, de forma que serão atípicos os atos que não afetem os bens e interesses protegidos. Antes de um bem ser defendido pelo Direito Penal é necessária a comprovação de que nenhum outro ramo do direito pode protegê-lo.

No que tange a subsidiariedade do Direito Penal, Bottini (2013, p.159) diz:

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.

Sendo assim, pode-se dizer que tipificar condutas menos gravosas, que não trazem lesão jurídica ou perigo comprovado ao bem jurídico tutelado, traz apenas prejuízos a eficiência do Direito Penal. Nesta ideia, detecta-se que os crimes de perigo abstrato vão de encontro também aos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade que, respectivamente, defendem a tese de que o Direito Penal deve ser a última instância a ser acionada e que deverá selecionar condutas “criminosas” de uma forma mais criteriosa.

Tomando como base o princípio da proporcionalidade, Jesus (2011, p. 53) explica que este princípio “determina que a pena não pode ser superior ao grau de responsabilidade pela prática do fato. Significa que a pena deve ser medida pela culpabilidade do autor. Daí dizer-se que a culpabilidade é a medida da pena”. Isto posto, e analisando o crime de posse de arma de fogo, se faz necessária a seguinte pergunta: como fazer a proporção de uma pena onde o agente porta uma arma de

fogo sem munição? Neste caso, é notório que o agente com posse de arma de fogo sem munição não apresenta perigo real e comprovado a nenhum bem jurídico tutelado, apenas perigo presumido.

Compartilhando do mesmo entendimento, o Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do HC: 99.449/ MG que teve como relator o Ministro Cezar Peluso, ocorrido no dia 25/08/2009 decidiu da seguinte forma:

Arma de fogo. Porte ilegal. Arma desmuniçada, sem disponibilidade imediata de munição. Fato atípico. Falta de ofensividade. Atipicidade reconhecida. Absolvição. HC reconhecido para esse fim.

Dessa forma, pode-se observar que o sujeito somente seria punido no caso de porte ilegal de arma de fogo se esta se encontrasse com munição ou se tivesse por perto. Por outro lado, caso não fosse possível a lesão a bens jurídicos tutelados, como o entendimento acima exposto pelo STF, o fato seria considerado como insignificante para o Direito Penal. Observa-se também que a jurisprudência pátria concorda com a doutrina majoritária (*apud* CORRÊA, 2013):

RHC-99.449/MG – PORTE ILEGAL DE ARMA SEM MUNIÇÃO – Fato atípico – Falta de ofensividade – Atipicidade reconhecida – Absolvição – HC concedido para esse fim – Inteligência do art. 10 da Lei 9.437/97 (transcrições). Acórdão publicado no DJE de 12.02.2010.

Sendo assim, verifica-se que a hipótese de existência de um crime que se consuma apenas com a verificação de uma situação hipotética de perigo vai de encontro a diversos princípios. Na jurisprudência exposta acima, ocorreu a absolvição do réu por falta de ofensividade no crime de porte ilegal de arma sem munição. Observa-se que a existência de crimes que exigem apenas a situação de perigo presumido não se sustentam em um país que tem sua legislação penal baseada no princípio da lesividade, que tem como uma de suas principais funções a proibição da incriminação de condutas que não afetem qualquer bem jurídico.

Diante disso, o professor Fernando Capez (2006, p.62) diz em seu livro: “Não há dúvida de que um fato para ser típico necessita produzir um resultado jurídico, qual seja, uma lesão ao bem jurídico tutelado. Sem isso não há ofensividade, e sem esta não existe crime”. Constata-se que para Capez, não há como tipificar um crime que não produz um resultado jurídico, não cause uma lesão ao bem jurídico tutelado. Ademais, pode-se concluir que a existência de

crimes cuja consumação ocorrem com a simples verificação de uma situação hipotética de perigo não deveriam existir, visto todos os conflitos existentes destacados acima. A existência destes vai de encontro ao próprio sistema democrático proposto pela Constituição Federal de 1988, onde em seu Artigo 5º, Inciso XXXIX, defende o princípio da legalidade.

## **CONCLUSÃO**

Diante o exposto, observa-se a grande divergência existente entre as definições do crime de perigo abstrato, de um lado autores e jurisprudências defendendo este como uma medida preventiva, e de outro lado, outros autores e outras jurisprudências que defendem a ideia de que a existência de crimes de perigo abstrato vai de encontro aos princípios penais constitucionais defendidos pela Constituição Federal.

Conforme diversos autores, em uma legislação penal onde se é adotado o princípio da lesividade como base, conclui-se que a ideia dos crimes de perigo abstrato não pode existir, uma vez que vai de encontro aos princípios que norteiam a legislação penal e constitucional vigente, e ainda, pode se dizer que tipificar condutas menos gravosas, que não trazem lesão jurídica ou perigo comprovado ao bem jurídico tutelado, traz apenas prejuízos a eficiência do Direito Penal. Nesta ideia, detecta-se que os crimes de perigo abstrato vão de encontro também aos princípios da intervenção mínima e da fragmentariedade que, respectivamente, defendem a tese de que o Direito Penal deve ser a última instância a ser acionada e que deverá selecionar condutas “criminosas” de uma forma mais criteriosa.

Sendo assim, observa-se também a grande divergência existente entre as decisões proferidas por tribunais e uma solução para o presente conflito seria a padronização destas decisões, a fim de criar um entendimento superior para encerrar a diferença entre as decisões prolatadas pelos tribunais.

## **REFERÊNCIAS**

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 3ª Ed. Uberlândia: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL, Código Penal. *Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)> Acesso em 02 de março de 2019.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988, 168p.

BRASIL, Lei de Introdução ao Código Penal. *Decreto-Lei nº 3914, de 09 de dezembro de 1941*. Disponível em: <[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3914.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm)> Acesso em 02 de março de 2019.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, Volume 1.

COLHADO, Junyio. *Conceito de crime no Direito Penal brasileiro*. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/47517/conceito-de-crime-no-direito-penal-brasileiro>>. Acesso em 15 de out. de 2019.

CORRÊA, Fabrício da Mata. *A inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato*. Disponível em: < <https://fabriciocorrea.jusbrasil.com.br/artigos/121941326/a-inconstitucionalidade-dos-crimes-de-perigo-abstrato>> Acesso em 02 de março de 2019.

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

GRECCO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 18ª Ed. São Paulo, Impetus, 2016, Volume I.

GOMES, Luiz Flávio. *O que se entende por princípio da intervenção mínima?* Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1437844/o-que-se-entende-por-principio-da-intervencao-minima>>. Acesso em 02 de Março de 2019.

JESUS, Damasio de. *Direito Penal: Parte Geral*. 32ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, Volume I.

JORDACE, Thiago. *Princípio da insignificância como elemento da tipicidade e sua aplicabilidade*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c058f544c737782d>>. Acesso em 15 de out. de 2019.

MASSON, Cleber. *Direito Penal: Parte Geral Esquematizado*, 3ª Edição. Florianópolis: Método: 2013, Volume 3.

MEDINA, Rafael de Castro Alves. *Direito penal acadêmico: parte geral/Rafael de Castro Alves Medina (Org.)*, 1ª ed. – Rio de Janeiro: De Andréa Ferreira & Morgado Editores, 2008, p. 258.

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

NAVARRO, Camila. *Crime de perigo*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44876/crime-de-perigo>>. Acesso em 02 de março de 2019.

NEVES, Heloíse. *Inconstitucionalidade dos Crimes de Perigo Abstrato*. Disponível em <<https://heloiseneves.jusbrasil.com.br/artigos/546321245/inconstitucionalidade-dos-crimes-de-perigo-abstrato>>. Acesso em 16 de out. de 2019

NUCCI, Guilherme Souza. *Manual de Direito Penal: Parte Geral - Parte Especial*, 10ª Edição. Rio de Janeiro; Editora Forense, 2014.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 13ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SANCHES, Rogério. *Princípio da lesividade (ou ofensividade): breves comentários*. Disponível em: <<https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121815101/principio-da-lesividade-ou-ofensividade-breves-comentarios>>. Acesso em 21 de fevereiro de 2019.

SILVA, César Dario Mariano da. *Manual de direito penal*. 6ª ed. São Paulo: GZ, 2009.

SOUZA, Leandro Castaldelli de. *A inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato*. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Juridica/article/view/6028/5737>>. Acesso em 02 de março de 2019.

SOUZA, Thiago. *A (in)constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato*. Disponível em <[https://www.academia.edu/20794057/A\\_IN\\_CONSTITUCIONALIDADE\\_DOS\\_CRIMES\\_DE\\_PERIGO\\_ABSTRATO](https://www.academia.edu/20794057/A_IN_CONSTITUCIONALIDADE_DOS_CRIMES_DE_PERIGO_ABSTRATO)>. Acesso em 15 de out. de 2019.

TEOTÔNIO, Luiz Augusto Freire. *Culpabilidade concepções e modernas*. São paulo: editora minelli, 2002.