

A INCOERÊNCIA DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO FACE AO PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA E SEUS COROLÁRIOS

Fabiane Aride Cunha¹
Talyson Dutra Madeira²

RESUMO

No presente trabalho pretendeu-se analisar a incoerência dos crimes de perigo abstrato à luz do princípio da intervenção mínima e seus corolários, questionando-se a validade dessa espécie de crime no ordenamento jurídico pelo viés principiológico. Para tanto, buscou-se, mediante dados doutrinários e jurisprudenciais, elucidar o conceito e a causa da criação do crime de perigo abstrato pelo Estado-legislativo, o que resultou na constatação do princípio da prevenção como uma de suas causas principais, originando-se o conflito entre tais princípios, assim como a conclusão de que a validade do crime em estudo é controvertida, não havendo a preponderância absoluta de nenhum deles, os quais, a depender do caso concreto, deve prevalecer.

Palavras chaves: Ausência de perigo concreto. Corolários. Crimes de perigo abstrato. Liberdade. Princípio da intervenção mínima.

1 INTRODUÇÃO

Busca-se no presente trabalho demonstrar a incompatibilidade dos crimes de perigo abstrato sob à ótica dos princípios da intervenção mínima e seus

¹ Especialista Em Direito Público pela UNIFOA-RJ, em 2008. Graduada em Direito pela Universidade Vila Velha - UVV. Professora Universitária.

² Graduando no Curso de Direito, na Rede de Ensino Doctum.

corolários, assim como, a influência negativa que tais crimes exercem acerca dos direitos fundamentais da pessoa humana, mitigando a liberdade do cidadão em busca de um efeito, a prevenção.

A importância deste trabalho revela-se no fato de que a existência de tipos penais desta natureza tem sido cada vez maior na atualidade, visto que a sociedade vem vivenciando um processo de desenvolvimento e globalização intensificado, o que junto a esta evolução acarretou maiores riscos e possibilidade de delinquir, ensejando ao legislador a necessidade da prevenção sobre condutas que não apresentam lesividade concreta. O que traz, em contrapartida, violação aos princípios do Direito Penal, lhe afastando de sua finalidade originária e histórica.

2 COMENTÁRIOS SOBRE OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

O presente tema merece atenção e investigação, tendo em vista que nos dias atuais existem diversos crimes de perigo abstrato presentes no ordenamento jurídico brasileiro, como, por exemplo, os previstos nos artigos 12 e 14, posse e porte ilegal de arma de fogo, respectivamente, da lei 10.826/03 (estatuto do desarmamento), crimes que, para configuração, não é necessária a ocorrência do perigo de dano concreto, iminente e perceptível (CAPEZ, 2011), o que gera uma mitigação indevida do direito à liberdade do cidadão, uma vez que, o Direito Penal, ramo da ciência jurídica que seleciona e tipifica as condutas suscetíveis de privação da liberdade, tem, dentre seus princípios reitores, o da lesividade, segundo o qual, somente deve haver a criminalização das condutas que representam e geram perigo de dano concreto à sociedade, ou seja, as que trazem consigo a possibilidade de um dano iminente e perceptível, que, por isso, merecem a regulamentação do Direito penal, tendo em vista serem concretamente perigosas à sociedade (JESUS, 2015).

A existência desses crimes no ordenamento provoca, além da inversão da finalidade do Direito Penal, a restrição e vulnerabilidade da liberdade do cidadão, que, já proibido de praticar as condutas criminalizadas,

indevidamente, correm o risco de, caso venha praticá-las, seja por qual motivo for, por exemplo, defesa, poderão ser privados de sua liberdade.

Ainda representam uma intervenção desproporcional do Estado, o qual, segundo o princípio da intervenção mínima só deve intervir quando os outros ramos do direito não forem suficientes, sob pena de mitigação desarrazoada da liberdade das pessoas.

Portanto, pelas razões expostas, justifica-se o estudo do tema, a fim de analisar a incoerência da realidade do Direito Penal à luz do princípio da intervenção mínima e seus corolários.

2.1 Conceito dos Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Lesividade

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. (BOTINNI, 2011).

O princípio da lesividade ou ofensividade é aquele que impede o legislador de criminalizar condutas que não lesionam ou ao menos oferecem risco concreto aos bens jurídicos tutelado pelo Ordenamento Penal.

A discussão sobre a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato tem sido cada vez maior na sociedade, haja vista que a edição de normas criminalizando condutas de perigo abstrato tem aumentado nos últimos anos, o que, por conseguinte, vem acarretando inúmeros debates acerca do tema na doutrina e jurisprudência e, inclusive, causando temor e repúdio na sociedade, que, vê sua liberdade sendo mitigada por normas incompatíveis com os princípios do Direito Penal, especificamente, o da lesividade mínima. (JESUS, 2015).

De acordo com o entendimento do ilustre doutrinador Fernando Capez,

“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.” (CAPEZ, 2011).

Na mesma linha, é o entendimento de Luiz Flávio Gomes, que aduz: "todos os tipos penais que prevêm delitos de perigo abstrato não sustentariam". (ROMERO, 2012).

Dessa forma, é conclusivo que os tipos penais, cujo objeto sejam condutas que não oferecem lesividade concreta aos bens jurídicos tutelados pelo ordenamento jurídico devem ser elididos dos diplomas criminalizadores, isto é, não merecem permanecer na categoria que ocupam, uma vez que, conforme já explanado, não se sustentam sob a ótica do princípio da lesividade, um dos reitores do Direito Penal.

2.2 Reflexões Sobre o Direito Penal

O Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação, conforme classificação proposta por Nucci (2011).

A finalidade do Direito Penal é proteger os bens jurídicos mais importantes para a sobrevivência da própria sociedade (GRECO, 2012).

Bem jurídico, é o bem escolhido pelo ordenamento jurídico para ser tutelado e amparado. Quando se constituir em bem jurídico deveras relevante, passa ao âmbito de proteção penal, permitindo a formação de tipos criminalizadores, coibindo as condutas potencialmente lesivas ao referido bem jurídico penal (NUCCI, 2011).

O Direito Penal, assim como os demais ramos da ciência jurídica, está vinculado a princípios, os quais funcionam como diretrizes à regulamentação e atuação do legislador, que, em algumas circunstâncias, tais como, clamor social, política e sensacionalismo, pode atuar com excessos, ensejando, por conseguinte, o desvio da finalidade da seara criminal e, ainda, violações às

garantias impostas pela carta maior (CAPEZ,2011).

2.3 Princípios Reitores do Direito Penal

A fim de evitar situações como as supramencionadas, a doutrina criou princípios, os quais foram, inclusive, aderidos pelo Estado Democrático de Direito brasileiro em sua Constituição de 1988. Dentre tais princípios, destacam-se o da Intervenção Mínima e os paralelos e corolários, como o da subsidiariedade, da ofensividade e fragmentariedade. Na lição de Nucci (2011), tais princípios enfatizam a idéia, segundo a qual o direito penal não deve interferir de forma demasiada na vida do indivíduo, retirando-lhe autonomia e liberdade, uma vez que a lei penal não deve ser utilizada como a única e primeira opção do legislador para compor conflitos existentes em sociedade, os quais, pelo atual nível de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes.

Como bem destaca Mercedes García Arán "o direito penal deve conseguir tutela da paz sem prejudicar a dignidade, o livre desenvolvimento da personalidade ou a igualdade e restringindo ao mínimo a liberdade" (ARAN,1993, p.36).

O direito penal deve ser visto como subsidiário aos demais ramos do Direito. Fracassando outras formas de punição e de composição de conflitos, lança-se mão da lei penal para coibir comportamentos desregrados, que possam lesionar bens Jurídicos tutelados (CAPEZ, 2011).

Luiz Luisi (2003) sustenta que o Estado deve evitar a criação de infrações penais insignificantes, impondo penas ofensivas à dignidade humana. Tal postulado encontra-se implícito na Constituição Federal, que assegura direitos invioláveis, como a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade, bem como colocando como fundamento do Estado democrático de direito a dignidade da pessoa humana. Daí ser natural que a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se tome possível, caso seja estritamente necessária a imposição da sanção penal, para

garantir bens essenciais ao homem.

Ante ao princípio da lesividade/ofensividade, o Estado não pode criar tipos penais que não geram autenticamente lesões aos bens jurídicos tutelados. Conforme preleciona Fernando Capez "o legislador deve se abster de formular descrições incapazes de lesar ou, pelo menos, colocar em real perigo o interesse tutelado pela norma" (CAPEZ, 2011, p.41).

Dessa forma, insta dizer que os tipos penais de perigo abstrato não poderiam encontrar espaço no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que nos crimes de perigo abstrato não existe a efetiva lesão/dano ao bem jurídico tutelado, pois a probabilidade de ocorrência de dano está presumida no tipo penal, independentemente de prova e ocorrência (JESUS, 2015).

Na mesma linha segue o entendimento de Lênio Luiz Streck (2006), o qual aduz:

Ora, será demais lembrar que somente a lesão concreta ou a efetiva possibilidade de lesão imediata a algum bem jurídico é que pode gerar uma intromissão penal do Estado? Caso contrário, estará o Estado estabelecendo responsabilidade objetiva no direito penal, punindo condutas in abstracto, violando os já explicitados princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da secularização, conquistas do Estado Democrático de Direito.

Segundo Romero (2004), o emprego dos tipos penais de perigo abstrato afrontaria o enunciado do Direito Penal clássico *nullum crimen sine injuria* e, ainda, o princípio da lesividade o qual sentencia que não há crime sem resultado.

Contudo, inobstante a existência dos princípios supra e a expectativa sobre a imperatividade deles, é possível encontrar no ordenamento jurídico atuações da lei penal que vão de encontro a estes, como, por exemplo, os crimes previstos no artigo 28 da Lei 11.343/2006 (posse de substância entorpecente) e nos artigos 12 a 16 da Lei 10.826/2003 (posse e porte ilegal de armas e munições de calibres restritos).

Os crimes de perigo abstrato são defendidos por vários doutrinadores como Fernando Capez, Miguel Reale Júnior, Guilherme de Souza Nucci e outros, e justificado com base nos princípios da precaução, prevenção e plena proteção dos bens jurídicos pelo Estado.

2.4 Princípio da Proteção, Prevenção e a Potencialidade Lesiva da Sociedade Moderna

Diz-se que a criação dos tipos penais em tela se justifica pela sociedade do século atual, na qual o homem e o planeta vivem cercados pelo perigo, decorrente do exacerbado avanço tecnológico desprovido da consciência da finitude dos recursos naturais; os crimes de perigo abstrato são vistos como a forma encontrada pelo legislador para tentar barrar a criminalidade oriunda da sociedade posta na atualidade. Desta forma, verifica-se que os crimes de perigo abstrato funcionam como instrumento de prevenção, ante aos riscos que esta sociedade contemporânea produz. (ROMERO, 2004).

Miguel Reale Júnior chega a dizer que a presunção de dano presente nos tipos penais de perigo abstrato não é arbitrária e desvinculada da realidade, já que o legislador a constrói a partir da constatação da existência de conduta particulares, que, pela experiência e lógica, revelam ínsita situação de perigo (REALE, 1997).

Fernando Capez (2010) afirma que:

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.

2.5 Entendimento do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal sedimentou entendimento no sentido de inexistir inconstitucionalidade nos tipos penais de perigo abstrato. Vejamos as ementas de alguns julgamentos do STF sobre a matéria:

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 municiada 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.

Ainda:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A) TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbot), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbot). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observar o princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle) b) controle de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.

2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De

acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.

3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa.

4. ORDEM DENEGADA.

Desse modo, observa-se que a criação dos crimes de perigo abstrato reflete uma prevenção do legislador aos riscos que a sociedade contemporânea traz, em detrimento dos princípios da intervenção mínima e os seus paralelos e corolários, como o da subsidiariedade, da ofensividade e fragmentariedade, os quais refletem uma visão garantista e limitadora do Direito Penal.

Assim, considerando as razões e questões expostas, resta verificar se os crimes de perigo abstrato devem prevalecer, tendo em vista o princípio da lesividade de um lado e o da prevenção do outro. Levando em conta que, sob à ótica daqueles princípios a matéria regulamentada pelos tipos penais em tela deveria ser tratada por outros ramos do Direito, os quais não afetariam a liberdade da pessoa e, conseqüentemente, primariam pela Dignidade da Pessoa Humana.

3 CONCLUSÃO

Diante de todos os dados obtidos no decorrer da pesquisa, em primeiro plano verificou-se a incoerência dos crimes de perigo abstrato à luz do princípio da intervenção mínima e seus corolários.

No entanto, após o aprofundamento acerca desses crimes, especialmente, sobre a razão de existência, fora constatado o princípio da prevenção e o da proteção aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, os quais possuem total reciprocidade e consonância, na medida que, com a evolução da sociedade, fora necessário uma maior proteção por parte do Estado, que, verificou a insuficiência de criminalizar somente condutas que geram lesão concreta aos bens jurídicos, passando, a partir dessa análise, a intervir sobre as condutas que apresentam mero perigo de dano, uma vez que a prevenção, nos dias atuais, tornou-se mais eficaz do que a repressão.

Portanto, vemos que a criação dos crimes de perigo abstrato é justificada à luz do princípio da prevenção e da plena proteção aos bens jurídicos, uma vez que o avanço da sociedade, especialmente, no que diz respeito a globalização, trouxe a necessidade de adoção à uma política criminal preventiva, tornando-se os crimes de perigo abstrato um meio de prevenir a prática de conduta potencialmente lesiva.

INHERITANCE OF ABSTRACT HAZARD CRIMES FACING THE PRINCIPLE OF MINIMUM INTERVENTION AND ITS COROLLARS

ABSTRACT

In this paper we intend to analyze the incoherence of crimes of abstract danger in light of the principle of minimum intervention and its corollaries, questioning the validity of this kind of crime in the legal system by the principled approach. In order to do so, it was sought, through doctrinal and

jurisprudential data, to elucidate the concept and cause of the creation of the crime of abstract danger by the legislative state, which resulted in the finding of the principle of prevention as one of its main causes, originating the conflict between such principles and the conclusion that the validity of the crime under study is controversial, and that there is no absolute pre- dominance of any of them, which, depending on the particular case, must prevail.

Key words: Abstract danger crimes. Principle of minimum intervention.
Corollary. Freedom. No concrete danger.

3 REFERÊNCIAS

ARÁN, Derecho Penal: parte general. Valência. Tirant lo Blanch, 1993. BOTTINI, Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstrato-nao-sao-mera-conduta>>, acessado em 24 de maio de 2018.

BRASIL, Código penal brasileiro, decreto-lei 2.448, de 07 de dezembro de 1940, Brasil-site do planalto, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>, acessado em 20 de maio de 2018.

CAPEZ, Curso de Direito Penal parte geral, 15.ed. São Paulo, Saraiva, 2011. v.1, 646p.

GRECCO, Curso de Direito Penal parte geral, 14.ed. Rio de Janeiro, Impetus, 2012. v.1, 408p.

GRECCO, Curso de Direito Penal parte geral, 36.ed. Rio de Janeiro, Saraiva, 2015. v.1, 1087p.

JESUS, Direito Penal parte geral, 36.ed. São Paulo, Saraiva, 2015. v.1,1296p.

LUIZI, Os Princípios Constitucionais Penais. 2 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 2003.

NUCCI, Manual de Direito Penal parte geral e especial,7.ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, 1151p.

REALE, Lições preliminares do direito penal. São Paulo: Saraiva, 19 ed.,1997.

ROMERO, Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato, disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5722/reflexoes-sobre-os-crimes-de-perigo-abstrato>>, acessado em 22 de maio de 2018.

STRECK, Lênio Luiz. Hermenêutica jurídica penal em crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.