

ANA PAULA PEREIRA EVANGELISTA

CRIME DE PERIGO ABSTRATO, CONSTITUCIONAL OU INCONSTITUCIONAL?

João Monlevade

2015

ANA PAULA PEREIRA EVANGELISTA

CRIME DE PERIGO ABSTRATO, CONSTITUCIONAL OU INCONSTITUCIONAL?

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Coordenação de Curso
Direito da Faculdade Doctum de João
Monlevade - Rede de Ensino Doctum,
como requisito parcial para a obtenção
do título de bacharel em Direito.**

**Área de concentração: Direito Penal e
Constitucional**

Prof. Orientador: Alberto Gomes Vieira

João Monlevade

2015

ANA PAULA PEREIRA EVANGELISTA

CRIME DE PERIGO ABSTRATO, CONSTITUCIONAL OU INCONSTITUCIONAL?

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado e aprovado, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito, na Faculdade Doctum de João Monlevade - Rede de Ensino Doctum, em 2015.

Média final: _____

João Monlevade, de _____ de 2015.

.....
Alberto Gomes Vieira
Professor Orientador

.....
MSc. Maria da Trindade Leite
Professora TCC II

.....
Fabiano Thales de Paula Lima
Coordenador de Curso

Dedico,
Aos meus pais, Maria Luzia e Paulo (*in
memoria*) por lutar comigo para que meu
sonho se realizasse;

Aos meus irmãos Carol e Marcos, pelo
carinho e compreensão ao longo desse
percurso;

Aos meus sobrinhos Samuel, Paulo César,
Arthur e Maria Eduarda, por deixar os
meus dias de aflição mais leves e alegres.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela força espiritual para realização desse trabalho;

Aos meus amigos e colegas de curso, pela cumplicidade, ajuda e amizade ao longo de todo esse sonho;

Ao meu professor orientador, Alberto Gomes Vieira, que se dispões a enfrentar esse desafio junto comigo e me orientar nesse trabalho.

"Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra."
(BANDEIRA DE MELO, online)

RESUMO

O presente trabalho analisa a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, uma vez que existe divergência doutrinária acerca do assunto, já que para uma parte dos doutrinadores e operadores do direito, tais crimes ferem a Constituição Federal, violando princípios constitucionais-penais, colocando em risco a dignidade humana, a justiça e a liberdade, tendo em vista que o Direito Penal deve ser sempre a última *ratio*, ou seja, só deve tutelar os bens jurídicos mais relevantes para a sociedade e deve intervir o mínimo possível, preservando-se assim o *status libertatis* do cidadão. No entanto, outra parte da doutrina defende que os crimes de perigo abstrato são constitucionais, pois na Constituição não há nada que vede a tipificação de tais crimes. Assim, necessário se faz diferenciar o crime de perigo concreto do crime de perigo abstrato; Conceituar o crime de perigo abstrato; identificar os princípios constitucionais do direito penal; analisar as divergências doutrinárias sobre a constitucionalidade do crime de perigo abstrato; analisar as jurisprudências acerca da aplicação dos crimes de perigo abstrato e exemplificar a aplicação do crime de perigo abstrato.

Palavras-chave: Crime. Perigo abstrato. Constitucionalidade. Divergência. Doutrinária. Princípios constitucionais-penais. Justiça. Liberdade. Dignidade humana.

ABSTRACT

This paper analyzes the constitutional it of abstract danger of crimes, since there is doctrinal disagreement on the matter, since for some of the scholars and operator so flaw, such crimes violated the Federal Constitution, violating constitutional, criminal principles, endanger in human dignity, justice and freedom, considering that the criminal law should always be the last resort, is it should only protect the most significant legal in tereststo society and should intervene as little as possible, thus preserving it liberates status of citizens. However, another part of the doctrine argues that the abstract danger of crimes are constitutional because the Constitution there is nothing that prohibits the characterization of such crimes. So, it has to differentiate the real danger of the crime of abstract danger crime; Conceptualize abstract danger crime; identify the constitutional principles of criminal law; examine the doctrinal disagreements over the constitutional it of abstract danger crime; analyzing case law on the application of abstract danger of crimes and exemplify the application of abstract danger crime.

Keywords: Crime. Abstract danger. Constitutionality. Doctrinal divergence. Criminal-constitutional principles. Justice. Freedom. Human dignity.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO	11
2.1	Direito penal funcional e perigo abstrato	14
2.1.1	Estrutura material dos crimes de perigo abstrato	17
2.2	Demonstração de periculosidade	20
3	DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS	22
4	DIVERGENCIAS QUANDO A CONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE PERIGO ABSTRATO	27
4.1	Posicionamentos favoráveis a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato.....	27
4.2	Posicionamentos favoráveis a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato	31
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	41
	REFERENCIAS	43

1 INTRODUÇÃO

O trabalho discorre sobre o Crime de Perigo Abstrato, cujo enfoque principal é a divergência doutrinária acerca da sua constitucionalidade ou não de tal modalidade de crime, sendo que a maioria o entende por inconstitucional.

Tendo em vista a evolução da sociedade e a tendência de um minimalismo penal, o tema gera variadas discussões e questionamentos, inclusive no âmbito constitucional. Então, a questão norteadora é: o Crime de Perigo Abstrato é constitucional ou inconstitucional?

No Direito Penal brasileiro, prevalece a teoria finalista, pela qual o sujeito é responsabilizado por sua conduta, mediante a comprovação do resultado que causou danos ou perigo aos bens jurídicos alheios. No caso dos crimes de perigo abstrato, a comprovação do resultado não existirá, visto que nesta espécie de crime, incrimina-se a mera conduta do agente, sem que esta resulte em danos ou perigo a outrem.

Tais crimes se opõem a diversos princípios constitucionais e não obedecem a uma estrutura típica formal e por conseguinte, limita diversos direitos fundamentais, como por exemplo a liberdade.

O conceito de crime de perigo abstrato, os princípios constitucionais penais utilizados para demonstrar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de tais crimes, as jurisprudências atuais da aplicação dos delitos e os posicionamentos doutrinários acerca do mesmo estão elencados neste trabalho.

O tema é relevante, visto que o Direito Penal deve ser sempre a *ultima ratio*, só deve tutelar os bens jurídicos mais significativos para a sociedade e deve intervir o mínimo possível, preservando-se assim o *status libertatis* do cidadão.

Cabe ressaltar ainda que, diante do moderno conceito de tipicidade penal conglobante, de cunho bem mais garantista que o conceito de tipicidade meramente formal, e que vem ganhando cada vez mais importância em todos os ordenamentos jurídicos dos atuais Estados Democráticos de Direito, a materialidade assume, ao lado

da adequação de uma conduta a um tipo penal descrito em lei como crime ou contravenção, suma importância para a configuração da tipicidade daquela conduta, razão pela qual, os crimes de mero perigo abstrato, por serem desprovidos de materialidade, ou seja, de lesão ou risco de lesão efetiva a bens jurídicos penalmente protegidos pelo ordenamento jurídico penal, dentro desse conceito de tipicidade conglobante, passariam a não ser mais considerados como fatos típicos e via de regra, deixariam de ser crimes.

A abordagem teórica está embasada em artigos e doutrinas de Bitencourt (2007), Borba, (2014), Bottini (2006).

Portanto, foi necessária uma análise da utilização dos chamados crimes de perigo abstrato como meio de tutela de bens jurídicos, mais precisamente, a análise da constitucionalidade desta espécie de crime, ressaltando que, conforme já foi dito, a questão ainda é polêmica e seus estudos encontram-se em constante avanço na nossa doutrina atual.

2 DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

No Direito Penal Brasileiro, o crime é definido como fato típico, ilícito e culpável e é classificado doutrinariamente. Essa classificação é o nome dado ao fato ou à infração pela doutrina, que pode ser: o crime formal, permanente, crime doloso, culposo, de dano, de perigo, e o crime de perigo abstrato, entre outros.

No entanto, antes de entrar no tema central do trabalho, necessário se faz entender o que é o crime de perigo, e fazer uma distinção entre crime de perigo concreto e essa espécie de crime.

O crime de perigo é aquele que se consuma tão somente com a possibilidade de dano ao bem jurídico, e pode ser individual ou coletivo, concreto ou abstrato. Nos crimes de perigo individual, o que está em risco é o interesse de uma só pessoa ou de um grupo limitado de pessoas. Já nos crimes de perigo coletivo, são os interesses de um número indeterminado de pessoas que estão em risco.

No de perigo concreto, o perigo não é presumido, deve ser investigado e comprovado materialmente. Já no crime de perigo abstrato, o perigo é presumido, não precisa de comprovação material.

O crime de perigo abstrato é conceituado pelos doutrinadores como:

Segundo o doutrinador Capez (2007, p. 263), é o crime no “[...] qual a situação de perigo é presumida, como no caso de quadrilha ou bando, em que se pune o agente mesmo que não tenha chegado a cometer nenhum crime.”

Para Bitencourt (2007, p.213), “o perigo abstrato é presumido *juris et de jure*. Não precisa ser provado, pois a lei contenta-se com a simples prática da ação que pressupõe perigosa.”

Conforme Jesus (2010, p.229), o crime de perigo abstrato, “[...] é considerado pela lei em face de determinado comportamento positivo ou negativo. É a lei que o presume *juris et de jure*. Não precisa ser provado. Resulta da própria ação ou omissão.”

Nesse sentido, para a lei basta a simples prática da ação que presume ser perigosa para se caracterizar tal crime e é utilizado pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado externo.

São alguns exemplos de crimes de perigo abstrato:

- a) Lei 10.826/03, Artigo. 14 - Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.
- b) Lei 9.503/97, artigo 306 - 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.
- c) Decreto Lei 2848/40 - artigo. 288. Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes.
- d) Art. 288-A. Constituir, organizar, integrar, manter ou custear organização paramilitar, milícia particular, grupo ou esquadrão com a finalidade de praticar qualquer dos crimes previstos neste Código: (Incluído dada pela Lei nº 12.720, de 2012);
- e) Decreto Lei 2848/40 - artigo. 135. Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública (VADE MECUM, 2014)

É a prescrição normativa cuja completude se restringe à ação, ao comportamento descritivo no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato, assim, o crime de perigo abstrato, além de não exigir um resultado naturalístico, também não exige sequer um risco efetivo e plausível da ocorrência real desse resultado, ao contrário do que ocorre com os delitos de lesão ou de perigo concreto.

A definição jurídica de tal modalidade delitiva dependerá não da previsão de uma conduta com probabilidade concreta de dano, isto é, de um resultado efetivamente perigoso para a vida social, mas da prática de um comportamento simplesmente contrário a uma lei formal, em outras palavras, a simples realização de um ato proibido pelo legislador, sem causar necessariamente dano ou sequer um perigo efetivo à ordem jurídica. Ou seja, pune-se ainda que não ocorra o dano efetivo do bem jurídico, ou, ao menos, sua possibilidade concreta. Pune-se, pois, a pura violação normativa. (ROMERO, 2004, online)

Com a nova configuração da sociedade, o surgimento de novos riscos e suas características respondem por este fenômeno, por diversos motivos, por isso constituem o núcleo central do chamado direito penal de risco.

Um motivo para o aumento dos crimes de perigo abstrato é o alto potencial lesivo de algumas atividades e produtos, e os resultados desencadeados pela utilização de novas tecnologias que afetam, ou têm o potencial de afetar, um volume crescente de bens jurídicos, bem como a dificuldade de elucidação de nexos causais da aplicação de tais tecnologias.

Assim, os delitos de perigo abstrato são empregados pelo legislador penal para restringir riscos em atividades de alto potencial lesivo, em situações em que a relação de causalidade é de difícil comprovação.

Surgem regulamentos direcionados ao controle à segurança destes contextos de riscos, não com o objetivo de proibir a utilização dos insumos tecnológicos disponíveis, mas para organizar seu emprego de maneira racional, evitando possíveis instabilidades decorrentes da ausência de regras específicas que solidificam expectativas de interação. (BOTTINI, 2006, p. 68)

A consolidação deste objetivo se faz, muitas vezes, através do direito penal, para incidir como medida de reforço e de inibição do descumprimento das medidas de organização destes ambientes de interação massificada.

A pena nestes delitos, não surge como ameaça a comportamentos que atacam diretamente bens jurídicos, mas como mecanismos de controle da vigência das regras de organização.

Assim, os crimes de perigo abstrato geram punições pelo mero descumprimento da lei formal, sendo que o perigo não é elementar do tipo, mas apenas a motivação para sua criação, ou seja, estando presente a probabilidade de dano ou não, o crime estará configurado.

Característica principal desses delitos é que o castigo punitivo recai na própria conduta do agente, sem requerer eventual lesão ao bem jurídico protegido, ou, menos ainda, cogitar, sequer, dolo respectivo a causação de resultado danoso em determinado objeto tutelado pelo Direito.

2.1 Direito penal funcional e perigo abstrato

A defesa de determinado modelo dogmático para a construção dos delitos de perigo abstrato, exige a compreensão prévia dos fundamentos do sistema penal e deve estar fundamentada na construção de um sistema metodológico aplicável a toda dogmática penal que refletirá, em última análise, a opção por uma forma de reação do gestor de risco diante da organização social contemporânea.

A técnica dos delitos de perigo abstrato constitui-se numa das características mais visíveis do desenvolvimento atual das legislações penais, acentuando-se seu uso nos campos mais problemáticos da regulação positiva, nos quais se sente a necessidade de política de segurança mais aguda, como, por exemplo, no direito penal econômico e do meio ambiente, até mesmo para facilitar e diminuir os problemas processuais – dificuldades na produção de provas, na verificação dos sujeitos ativos - nas averiguações destes delitos.(ROMERO, 2004, online)

O direito penal tem o objetivo de preservar o funcionamento do modelo social no qual ele é criado e se reproduz, e o alcança através da manutenção de expectativas de convivência. Os princípios e os valores formadores do modelo político de Estado, que garantem a funcionalidade das relações nele desenvolvidas, são o objeto da tutela dos instrumentos de controle social, dentro das quais se inclui o direito penal.

Nesta percepção funcionalista, os institutos que compõe o sistema penal, como a ação, a relação de causalidade, os critérios de imputação, o conteúdo do dolo, a antijuridicidade, da culpabilidade, e outros, não são estabelecidos primeiramente, como conceitos fechados e absolutos, aplicáveis aos fatos concretos através da mera operação lógico-racional, mas são construídos e interpretados de acordo com sua finalidade de manter a estabilidade da organização social sobre a qual se projetam.

O poder político no Brasil é o Estado Democrático de Direito, logo, os institutos do direito penal devem ser funcionais para manter e reproduzir suas premissas e seus princípios. A descrição do direito penal como instrumento funcional de estabilização social deve, no entanto, ser complementada, a fim de identificar qual o modelo de organização política vigente, sobre o qual serão sustentados os institutos dogmáticos do sistema.

Os aspectos desse modelo de Estado, expresso na Constituição Federal, indicam o exercício do poder fundado na soberania popular, orientado ao respeito à pluralidade e à dignidade da pessoa humana, logo, o direito penal deve estar pautado por estas premissas em todas as manifestações.

Assim, todos os institutos penais devem observar, respeitar e trabalhar pela vigência dos preceitos do modelo brasileiro, o seu conteúdo material estará voltado para a consolidação dos princípios que o sustentam. É sob este aspecto que os crimes de perigo abstrato devem ser compreendidos e analisados.

O fundamento que o Estado Democrático de Direito elege é a dignidade da pessoa humana. Por conta disso, o livre desenvolvimento do ser humano em um ambiente comunicativo e a possibilidade de optar pela construção do modo de vida que melhor convier, são as diretrizes para a construção de todos os princípios norteadores do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, do direito penal.

A utilização legítima do direito penal, no Estado Democrático de Direito, somente se faz necessário diante de condutas que atentam contra a dignidade da pessoa humana ou contra bens e valores que permitam sua existência material, caso contrário, implica a eliminação, ainda que temporária, da dignidade humana, porque compromete a liberdade de vida do indivíduo.

Por isso, a reação violenta do Estado, caracterizada pela pena, só pode ser dirigida aos atos que ameaçam a integridade das estruturas sobre as quais as relações sociais e as relações de produção se sedimentam, e, no Estado Democrático de Direito, esta estrutura é a dignidade humana, é a liberdade de autodeterminação que somente pode exercida em sua plenitude quando o cidadão tem à sua disposição os bens necessários e para sua interação comunicativa com dos demais membros da sociedade. (BOTTINI, 2006, p. 72)

O princípio base sobre o qual se constrói funcionalmente o direito penal, é a dignidade da pessoa humana, que limita o uso da pena para um âmbito restrito de condutas, quais sejam, as que afetam os bens jurídicos indispensáveis à autodeterminação do indivíduo.

Os bens jurídicos indispensáveis são aqueles essenciais para proteger a dignidade humana, quais sejam, a vida, a integridade física, a saúde, a liberdade, e a sua identificação deve ser feita sob uma ótica funcional. Assim, o rol de bens jurídicos

passíveis de proteção penal deve ser composto por aqueles bens intimamente ligados à capacidade do indivíduo de construir seu próprio modo de vida. No entanto, esta legitimidade fica mesmo evidente quando nos deparamos com bens difusos, cuja titularidade não é mais individual, mas de uma coletividade.

A sociedade contemporânea necessita de proteção de bens transindividuais, e a organização social do Estado, como instituição voltada para a preservação de condições individuais e coletivas vitais para a dignidade humana, enseja o amparo de direitos sociais constitucionais.

O indivíduo se constrói por meio da interação com outros, sendo necessário o compartilhamento de bens entre muitos ou todos os cidadãos. Bens jurídicos inerentes ao funcionamento da sociedade não são de titularidade dos indivíduos, como: o meio ambiente, a saúde pública, a ordem econômica, mas sim de toda a coletividade, a supressão desses afetaria o desenvolvimento de cada cidadão.

Os bens jurídicos de proteção penal coletivos seriam o meio ambiente, a ordem econômica, a saúde pública, sem referentes antropológicos que os liguem com interesses particulares de um indivíduo. Porém, de acordo com Bottini (2006,p.75) “[...] a elevação destes interesses à categoria de bens penalmente protegidos pode levar à dissolução do próprio conceito de bem jurídico.”

Assim, necessário se faz, uma análise crítica do conceito de bem jurídico, principalmente, quanto aos bens difusos, para evitar uma expansão irracional do direito penal.

Para o direito penal brasileiro o bem jurídico é um bem protegido pelo direito, um valor da vida humana que o direito reconhece, e cuja preservação é disposta na norma jurídica.

Por isso, os bens transindividuais só podem ser alcançados se forem compreendidos como contextos necessários para garantir a existência de interesses individuais indispensáveis para a materialização da dignidade humana, e não apenas como mera somatória dos bens jurídicos individuais.

O que se questiona não é a legitimidade da proteção dos bens jurídicos coletivos, mas a determinação do substrato material que justifique a intervenção penal, uma vez que, o conteúdo de proteção desses é diferente do conteúdo dos bens individuais, tendo em vista que quando afetados, geralmente não permitem a aferição dos prejuízos individualizáveis, pois não se pode quantificar a parcela de cada indivíduo em relação ao todo.

O respeito à dignidade da pessoa humana, espinha dorsal do modelo de organização da sociedade brasileira, exige que o direito penal se ocupe, exclusivamente, de atos que interfiram nas condições de livre desenvolvimento do indivíduo. Estas condições podem ser particulares (vida, integridade física) ou coletivas (meio ambiente, segurança no trânsito), mas sempre relacionadas com o mundo de vida (é “mundo” de vida mesmo, e não “modo” de vida) e a liberdade de determinação. (BOTTINI, 2006, p. 77)

Deste modo, a proteção penal de bens jurídicos coletivos é legítima, desde que dentro de uma política criminal guiada pela proteção da liberdade de autodeterminação do ser humano, que só pode ser concebida através do indivíduo e não de instituições.

Assim, os crimes de perigo abstrato devem descrever condutas que afetam bens jurídicos individuais ou coletivos, pelo menos potencialmente, desde que sempre preservando a dignidade da pessoa humana, mesmo nos casos de proteção imediata, especialmente no que se refere à sua utilização como mero instrumento simbólico para responder aos anseios da população por maior segurança frente aos novos riscos.

2.1.1 Estrutura material dos crimes de perigo abstrato

O conceito e estrutura de aplicação das normas penais devem manter a funcionalidade do direito penal dentro do Estado Democrático de Direito, uma vez que a premissa basilar é a dignidade da pessoa humana e por isso, a natureza jurídica dos tipos penais de perigo abstrato deve se adequar ao sistema penal e aos princípios sobre os quais se fundamentam.

Nesse sentido, entende o doutrinador Bottini que:

Se o tipo penal de perigo abstrato se direciona unicamente à proteção de bens jurídicos, não haverá legitimidade na incidência da norma penal sobre atos que não maculem os interesses dignos da tutela penal, mesmo se desalvorados pela redação legislativa. Logo, os crimes em análise não são formais, mas são construídos pelo conceito e pelo conteúdo dos bens jurídicos aos quais estão atrelados. (BOTTINI, 2006, p. 79)

No crime de perigo abstrato, o risco advindo da conduta é absolutamente presumido por lei, bastando apenas a violação da norma. Porém, o que prevalece no ordenamento jurídico brasileiro é a teoria finalista, ou seja, o sujeito será responsabilizado diante do resultado alcançado, não admitindo, pois, a teoria em que o sujeito seja punido por mera conduta do ilícito penal.

A conduta típica não tem sua estrutura completa na mera realização da conduta descrita no texto legal, no mero juízo de correspondência comparativa entre condutas e tipo, mas precisa caracterizar uma ação socialmente intolerável.

As consequências da conduta não é o comportamento em si, mas no núcleo do injusto penal, que se vincula a falta de resultado, que destacasse a antijuricidade dos efeitos dos comportamentos.

Porém, essa construção apresenta problemas, uma vez que sua aplicação comprometeria a punição da tentativa e a previsão de crimes de perigo abstrato, que não apresenta resultados externos e impediria a exclusão da materialidade típica da atividade lesiva nos casos de risco permitido ou de exclusão do âmbito de abrangência da norma penal.

Por outro lado, motivar a legitimidade da atuação penal na necessidade de agir conforme o direito, sem menção aos efeitos concretos do comportamento, afeta os princípios e limites que acompanham o exercício do *ius puniendi* do Estado Democrático de Direito, como a lesividade, a subsidiariedade e a fragmentariedade. Ajustar a materialidade da ação penal apenas na conduta ilícita separa a norma penal dos limites de proteção de bens jurídicos, e legitimar a atuação do direito repressor sobre práticas cujo conteúdo do injusto se esgota em um comportamento imoral, ou reprovável do ponto de vista ético, sem relação com interesses dignos de tutela penal.

O injusto penal não está suficientemente fundamentado nem no resultado, nem na conduta em si, mas em algum outro fato objetivo que abrigue a potência de resultado lesivo da atitude e que seja reconhecível pelo agente no momento da prática do ato.

Este elemento, que caracteriza a tipicidade material, deve acompanhar uma conduta humana (desvalor de ação), pois a norma penal se dirige unicamente a esta categoria de ações e, ainda, refletir uma imagem de resultado

prejudicial possível ou provável, que justifique a ameaça de repressão (desvalor de resultado) (BOTTINI, 2006, p. 81)

Assim, é fundamental que a conduta típica seja reprovável materialmente e permita a aplicação da periculosidade ou do risco.

O risco é o elemento central da conduta típica, em qualquer espécie delitiva, que permite superar a divisão entre o desvalor da ação e do resultado, e define um critério jurídico e normativo da ação penalmente relevante. Para que uma conduta seja penalmente típica, será necessária a presença de um risco relevante para um bem jurídico, mesmo que abstrato ou potencial.

Tal elemento, é o substrato mínimo sobre o qual se constroem todos dos delitos, de forma que não existe diferença qualitativa entre os crimes de perigo abstrato, concreto e os de lesão, pois os três estão ligados ao mesmo fundamento valorativo, qual seja, a periculosidade do comportamento humano, assim, é a intensidade do risco que difere estas espécies típicas e não o aspecto material.

Nos crimes de perigo abstrato, o injusto típico, se verifica pelo risco da conduta, sendo necessário que a ação ou omissão crie um perigo potencial para o bem jurídico tutelado, que não precisa ser efetivado na ameaça ou lesão específica. Porém, é necessária a comprovação típica da conduta, sua periculosidade, a perturbação a que foi exposto o bem jurídico.

Logo, fica afastada a aplicação formal dos tipos de perigo abstrato a qualquer comportamento contrário à norma penal, que será inadequada a um direito penal funcional Democrático de Direito, em primeiro lugar porque não prestaria a defender bens jurídicos, uma vez que não há perigo potencial no ato; em segundo lugar, porque restariam maculados os princípios já explicitados da subsidiariedade, da fragmentariedade, da lesividade e da proporcionalidade. (BOTTINI, 2006, p. 83)

Nesse sentido, os crimes de perigo abstrato não são aplicados a qualquer conduta típica, visto que por não haver perigo potencial, não defenderia bens jurídicos tutelados, uma vez que tal conduta não causa lesão efetiva.

O conhecimento sobre os riscos da conduta são elementos sobre os quais se estrutura o juízo *ex ante* da periculosidade, elemento indispensável para a tipicidade objetiva dos crimes de perigo abstrato, o que exige que o interprete se transporte ao passado

e avalie o ato praticado e sua periculosidade diante das regras de experiência geral e normal dos fatos.

A forma delitiva dos crimes de perigo abstrato, se constrói materialmente de modo a apontar uma solução uniforme nos casos de comportamentos que violam a norma penal e que, no entanto, não assumem potencial ofensivo diante da realidade em que são utilizados.

2.2 Demonstração da periculosidade

A problemática que se enfrenta sobre a periculosidade nos tipos de perigo abstrato está no ônus da demonstração da materialidade delitiva do caso concreto, ou seja, quem deverá demonstrar a presença ou ausência eventual de risco na conduta descrita como típica nos crimes de perigo abstrato?

De um lado, o Estado, como detentor do *ius puniendi*, pode afirmar que a obrigação de demonstrar o perigo da conduta no caso concreto é do réu, tendo em vista que já proibiu o comportamento através do dispositivo legal. Por outro lado, existe a previsão constitucional da presunção da inocência e o princípio consagrado do direito penal de encarregar a parte acusatória de evidenciar o injusto material da conduta.

A primeira teoria para resolver a questão do ônus da demonstração de periculosidade nos crimes de perigo abstrato é a aplicação da chamada fórmula negativa, que prevê a exclusão da tipicidade do fato quando restar demonstrada a ausência completa de possibilidade de lesão aos bens jurídicos. Haveria uma presunção da existência do perigo quando verificada uma prática conforme ao tipo penal, conferindo aos crimes de perigo abstrato a característica de delitos de presunção refutável de perigo.

Porém, por mais que a fórmula negativa, busque relativizar a incidência do injusto que acompanha os tipos de perigo abstrato, não há meio de compatibilizá-la com o princípio da presunção de inocência. A inversão do ônus da prova é admitida no direito brasileiro apenas para equilibrar uma relação faticamente desigual, quando uma das partes possui informações ou capacidades de litigância que demande mecanismos para recomposição do equilíbrio da lide.

Assim, fica claro que a inversão do ônus da prova não se aplica no direito penal, quando o indivíduo é colocado diante do Estado para defender-se da imputação fática e da pretensão punitiva sobre o comportamento desvalorado, tendo em vista que não há inferioridade do demandado, mas sim, o poder público agindo contra um cidadão, assim, não há legitimidade em exigir que o acusado demonstre a irrelevância da conduta.

A segunda teoria, é a formula positiva de aplicação dos tipos de perigo abstrato, em que a tipicidade se verifica quando demonstrada, no curso da ação penal, a relevância da conduta e seus atributos de antijuridicidade.

Nesse sentido, exige-se do órgão acusador a demonstração da periculosidade *ex ante* da conduta e, conseqüentemente, da materialidade delitiva dos crimes de perigo abstrato, tendo em vista que as regras processuais presentes no Estado Democrático de Direito determinam que os elementos de fundamentação da sanção sejam demonstrados pela parte que pretende sua pretensão punitiva e a periculosidade, como elemento do tipo penal, não constitui exceção.

Assim, os crimes de perigo abstrato devem ser perpetrados com meios idôneos e contra objetos próprios, ou seja, tem que apresentar periculosidade, do contrário não serão punidos, tendo em vista que os comportamentos somente adquiriram atribuição típica se representarem um risco não permitido para bens jurídicos-penais.

3 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS-PENAIIS

Os princípios constitucionais penais estão amparados pela Constituição Federal, artigo 5º como garantias do cidadão perante o poder punitivo do Estado e tem a função de orientar o legislador na adoção de um sistema penal voltado para os Direitos Humanos.

Assim, antes de tratar da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, necessária se faz, uma análise dos princípios Constitucionais Penais, para após demonstrar a incompatibilidade dos mesmos com tais crimes, tendo em vista que é sobre esse viés que gera toda divergência do tema.

a) Princípio da legalidade ou reserva legal

Não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, e está previsto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, inciso XXXIX e no artigo 1º do Código Penal Brasileiro.

Em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e combinando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida. (BITENCOURT, 2007, p.11)

Tal princípio veda a retroatividade como criminalização ou agravação da pena de fato anterior, o costume como fundamento ou agravação de pena de fato anterior, o recurso à analogia para criar hipóteses que, de alguma forma, venham a lesar o autor, seja criando crimes, seja incluindo novas causas de aumento de pena, de circunstâncias agravantes, etc, limitando assim o poder punitivo do Estado, pois garante o máximo respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos que é próprio de um Estado Democrático de Direito.

Se aplica aos crimes, a contravenções penais, as penas e as medidas de segurança, em consonância com o artigo 1º do Código Penal.

b) Princípio da intervenção mínima

É o responsável por orientar e limitar o poder de incriminar do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta somente se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico.

Esse princípio se subdivide em dois: a subsidiariedade e a fragmentariedade. O princípio da subsidiariedade consiste na limitação da atuação do Direito Penal para aqueles casos em que os demais ramos do Direito não conseguiram solucionar o conflito. Isto significa que o Direito Penal é a *ultima ratio*. Já o princípio da fragmentariedade, consiste na proteção de bens jurídicos que tem valores imprescindíveis para a sociedade.

O Direito penal, deve portanto, interferir o menos possível na vida em sociedade, devendo ser solicitado somente quando os demais ramos do direito comprovadamente, não forem capazes de proteger aqueles considerados da maior importância. (GRECO, 2012, p.47)

Assim, é preciso esgotar todos os outros meios de proteção ao bem jurídico, para então, socorrer-se ao Direito Penal como meio de controle social. Nesse sentido, o nosso ordenamento jurídico institui o princípio da intervenção penal mínima ao passo que proíbe um Direito Penal Máximo que viola o Estado Democrático de Direito.

c) Princípio da lesividade

Para tal princípio, somente existe crime se ofender gravemente a um bem jurídico de terceiros.

Os princípios da intervenção mínima e da lesividade são como 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 e 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. (GRECO, 2012, p.51)

Assim, só poderá ser punida a conduta que resultar danosa a um bem jurídico penalmente tutelado ou que represente um perigo provável de dano a este bem.

d) Princípio da culpabilidade

Para o princípio da culpabilidade, não há crime sem culpabilidade, e pode ser extraído do texto constitucional, principalmente no princípio da dignidade da pessoa humana e se encontra positivado no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal que diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Diz respeito a reprovação social, quanto a conduta injusta.

[...] pelo princípio em exame, não há pena sem culpabilidade, decorrendo daí três consequências materiais: a) não há responsabilidade objetiva pelo simples resultado; b) a responsabilidade penal é pelo fato e não pelo autor; c) a culpabilidade é a medida da pena. (BITENCOURT, 2007, p.16)

Assim, não basta que a conduta seja típica ou antijurídica, deve ser considerada culpável para ser punida. Para isso, é preciso capacidade de culpabilidade, que consiste na ciência da ilicitude e exigibilidade da conduta, a culpabilidade deve ser a medida da pena e a conduta deve ser realizada com culpa ou dolo.

e) Princípio da ofensividade

Pelo princípio da ofensividade, é exigência de que somente os fatos ofensivos aos bens jurídicos mais relevantes podem ser alvo da criminalização e de futura sanção penal. O crime somente será tipificado, quando a conduta do agente ofender um bem jurídico, sendo necessário que se produza uma lesão efetiva ou um perigo concreto ao bem jurídico tutelado.

O Direito penal só deve ser aplicado quando a conduta ofende um bem jurídico, não sendo suficiente que seja imoral ou pecaminoso. Entre nós, esse princípio pode ser extraído do artigo 98, I, da Constituição Federal, que disciplina as infrações penais de menor potencial “ofensivo”. (JESUS, 2010, p.52)

Assim, o princípio da ofensividade, atua como um controlador de limites de tipicidade penal formal e somente se admite a configuração da infração penal quando o interesse já selecionado sofrer ataque efetivo, representado por um perigo concreto ou dano.

O legislador deve se abster de tipificar condutas incapazes de lesar, ou colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal.

f) Princípio da adequação social

De acordo com o princípio da Adequação Social, todo o comportamento social que, mesmo sendo considerado como perigoso, se não afrontar o sentimento social de justiça, não pode ser considerado criminoso, nem tampouco punido pelo Direito Penal, uma vez que a sociedade precisa conviver com eles de forma harmoniosa.

No entanto, certas condutas, mesmo típicas, precisam ter relevância por serem aceitas no meio social, tendo em vista que existe um descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido. O comportamento que se adapta a determinada descrição típica formal, adequando-se ao socialmente permitido, não realiza materialmente a descrição típica.

Embora sirva de norte para o legislador, que deverá ter a sensibilidade de distinguir as condutas consideradas socialmente adequadas daquelas que estão a merecer a reprimenda do Direito Penal, o princípio da adequação social, por si só não tem o condão de revogar tipos penais incriminadores. Mesmo que sejam constantes as práticas de algumas infrações penais, cujas condutas incriminadas a sociedade já não mais considera perniciosas, não cabe, aqui, a alegação, pelo agente, de que o fato que pratica se encontra, agora, adequado socialmente. Uma lei somente pode ser revogada por outra, conforme determina o *caput* do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil. (GRECO, 2009, p.58)

Assim, o princípio da adequação social deverá ser aplicado com muita cautela, tendo em vista que as condutas devem ser analisadas para que se possa distinguir os comportamentos que devem ser punidos pelo direito penal, dos comportamentos que estão adequados socialmente e tal princípio, também não revoga lei, pois essa somente pode ser revogada por outra lei.

g) Princípio da presunção da inocência

Conforme o princípio da presunção da inocência, que está previsto na Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, LVII, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Dele decorre a exigência de que a pena não seja executada enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória. Somente depois de a condenação tornar-se irreversível é que podem ser impostas medidas próprias da fase de execução. (JESUS, 2010, p.53)

O texto constitucional não declara a inocência do acusado. Porém, demonstra o fato de ele não ser necessariamente o possuidor da culpa pela prática do fato que lhe é imputado. Assim, a ação ou omissão necessita ser comprovada de alguma forma, durante o processo, para que não seja desrespeitado o princípio em comento.

h) Princípio da precaução

O Princípio da Precaução é a garantia contra os riscos potenciais que, de acordo com o estado atual do conhecimento, não podem ser ainda identificados. Este Princípio afirma que a ausência da certeza científica formal, a existência de um risco de um dano sério ou irreversível, requer a implementação de medidas que possam prever este dano.

Assim, a aplicação deste princípio implica na adoção de medidas anteriores à ocorrência de um dano concreto, especialmente quando inexista certeza sobre a extensão e consequências da lesão.

Diante do que foi exposto acima, surge a divergência sobre a constitucionalidade do crime de perigo abstrato, tendo em vista que parte da doutrina entende que esse tipo penal fere os princípios constitucionais penais acima descritos.

4 DIVERGENCIAS QUANDO A CONSTITUCIONALIDADE DO CRIME DE PERIGO ABSTRATO

A inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato é um assunto que vem gerando divergências no mundo do direito, uma vez que a sociedade vem passando por transformações significativas e essas, vem causando interferências importantes e diretas na aplicação do Direito penal.

A sociedade pós-moderna, em função das novas transformações, tornou-se uma sociedade formada pela ótica da presunção ou probabilidade de danos, isso porque, por se mostrar uma sociedade de risco ou de perigo de acordo com uma realidade em que prevalecem os crimes de perigo abstrato.

Basta ver a desproporcionalidade que há entre determinadas penas cominadas a crimes de perigo e outras aplicáveis a delitos de lesão. Nessa esteira, o desequilíbrio entre as espécies delitivas quando o Código Penal determina as punições para o crime de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (art.124), cuja pena é detenção, de 1 [um] a 3 [três] anos, e o crime de perigo de contágio venenoso, com a intensão de agente de transmitir a doença (art. 130, § 1º), penalizado com reclusão, de 1[um] a 4 [quarto] anos e multa. (HOLANDA, 2012, p.15)

As espécies de crimes de perigo abstrato vêm sendo utilizados em demasia, o que antes era exceção passou a ser utilizados com exagero, fazendo com que o Direito Penal fique cada vez mais tomado por tantas figuras preventivas e o bem jurídico clássico mais desvalorizado, à medida que se acolhem novos bens jurídicos dependentes de uma maior proteção.

4.1 Posicionamentos favoráveis a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato

Estudiosos, operadores do direito e alguns doutrinadores, entendem que os crimes de perigo abstrato são inconstitucionais, pois ferem alguns dos princípios constitucionais penais.

Cezar Roberto Bitencourt entende que o crime de perigo abstrato é inconstitucional, tendo em vista que afronta o Princípio da ofensividade, pois, para que a conduta seja

tipificada como crime, é necessário que haja, pelo menos, um perigo real e efetivo de dano a um bem juridicamente protegido.

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 protegido pela norma penal. (BITENCOURT, 2004, p.20)

Nesse sentido, a intervenção repressiva do Estado pelo Direito Penal, somente se faz necessário quando houver perigo concreto e efetivo ao bem jurídico penalmente tutelado, ou seja, quando a conduta proibida do agente restar ofensiva a bens socialmente relevantes. Assim, o indivíduo não poderia ser punido pela simples presunção de perigo se a conduta não ofender o bem jurídico tutelado.

Doutrinadores como Annelise Freitas Macedo Oliveira, Diego Romero, Fabricio da Mata Correia, entendem que o crime de perigo abstrato fere os princípios constitucionais da lesividade, da adequação social e da intervenção mínima, da presunção da inocência, da legalidade, culpabilidade.

Com relação ao princípio da legalidade, o crime de perigo abstrato não contém uma descrição completa da conduta do agente a ser punida. Para Oliveira (2014, online) “ [...] tais crimes ferem o princípio da legalidade, haja vista que os seus tipos penais não realizam a devida descrição da conduta a ser punida. ”. Assim, a conduta é vista de forma incompleta, razão pela qual, não se exige um resultado normativo, presumindo-se a parte do tipo não descrita.

No que se refere ao princípio da culpabilidade, nos crimes de perigo abstrato a presunção legal de perigo viola o direito penal da culpa e conflita radicalmente com a presunção da inocência protegido pela Constituição, tendo em vista que nosso Código Penal consagrou a culpabilidade como fundamento da responsabilidade penal da pessoa.

Por consequência, violam também o princípio da presunção de inocência dado que não se harmonizam com a presunção legal de perigo. O acusado deve ser considerado presumidamente inocente até que haja sentença condenatória penal transitada em julgado, que tenham por base provas produzidas em respeito ao princípio do devido processo legal que é um direito fundamental presente em um sistema garantista. (OLIVEIRA, 2014, online)

Além disso, em caso dúvida sobre a existência do fato ou sua autoria, deve-se aplicar o *in dubio pro reo*, ou seja, decidir-se pela inocência do réu, uma vez que a norma infraconstitucional não pode ignorar tal disposição, assim, não se pode presumir o acusado culpado sem que se prove efetivamente que foi ele quem gerou o perigo ao bem jurídico protegido.

Para Greco (2009, p.89) “Os resultados que não foram causados a título de dolo ou culpa pelo agente não podem ser a ele atribuídos, pois que a responsabilidade penal, de acordo com o princípio da culpabilidade, deverá ser sempre subjetiva”.

Já de acordo com Oliveira (2014, online.) “[...] o princípio da ofensividade é violado sempre que se incrimina uma conduta que não tenha causado uma lesão ao bem juridicamente tutelado, ou, ao menos, exposto esse bem jurídico a determinado perigo de lesão. ”. Isso quer dizer que, o crime de perigo abstrato é inconstitucional, pois o mesmo não exige um resultado efetivo de dano, somente a presunção de lesão.

Conforme entendimento de Romero, o crime de perigo abstrato fere o princípio da lesividade, uma vez que, o agente é punido pela conduta que pressupõe ser lesiva, mesmo que não tenha causado qualquer dano ao bem jurídico de outrem.

[...] o princípio da lesividade demonstra o “*perigo*” que representa a construção de tipos penais de perigo abstrato, através dos quais é punida a ação humana por mera vontade do legislador, sem a necessária comprovação de que algum bem jurídico relevante tenha sofrido ao menos o perigo concreto de lesão. (ROMERO, 2004, online)

Razão pela qual, os crimes de perigo abstrato, por serem desprovidos de materialidade, ou seja, de lesão ou risco de lesão efetiva a bens jurídicos penalmente protegidos pelo ordenamento jurídico penal, dentro desse conceito de tipicidade conglobante, passariam a não ser mais considerados como fatos típicos e via de regra, deixariam de ser crimes.

O crime de perigo abstrato, também fere o princípio da presunção da inocência, visto que não se podendo presumir a culpabilidade de alguém sem a necessária comprovação através do devido processo legal, assim, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, bem como, ainda, viola o princípio Constitucional da igualdade, pelo simples fato de o cidadão ter menos

acesso a busca de meios absolutórios para a conduta abstratamente considerada criminosa.

Por derradeiro, frise-se que a excessiva tipificação dos crimes de perigo abstrato, em flagrante contradição aos princípios que são vigas-mestras do ordenamento constitucional e penal brasileiro, representa essa exacerbada preocupação prevencionista do direito criminal da sociedade contemporânea, que quer antecipar a punição de condutas, com o fim de prevenir perturbações e garantir segurança, usando, para isso, o recurso do simbolismo da lei penal e da intimidação dos cidadãos com o estigma da punição criminal. (ROMERO, 2004, online)

O crime de perigo abstrato opera uma inversão no ônus da prova no processo penal, pois ao órgão acusador não é necessário provar qualquer situação concreta, mas somente, a violação da norma jurídica. Com isso, o acusado tem poucas possibilidades de defesa

Assim, o acusado deve ser considerado presumidamente inocente até que haja sentença condenatória penal transitada em julgado, que tenham por base provas produzidas em respeito ao princípio do devido processo legal, que é um direito fundamental presente em um sistema garantista.

Quanto ao princípio da lesividade, uma conduta só poderá ser considerada criminosa quando de fato ultrapassar a pessoa do agente, efetivamente atingindo injustamente direito de terceiro, o que afasta por completo a existência do crime de perigo abstrato.

Para Correia (2013, online), “Envolvendo a questão dos crimes de perigo abstrato pode-se invocar ainda o princípio da adequação social, que também não considera típica a conduta que seja aceita pela sociedade”.

Os princípios da lesividade e da adequação social, advêm do princípio da intervenção mínima do Direito Penal, uma vez que o aspecto minimalista da intervenção mínima e a finalidade do direito penal é proteger os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade. Assim, somente os bens de maior relevância é que receberão a devida atenção do legislador penal que, para protegê-los, terá o dever de criar os tipos penais incriminadores, proibindo ou determinando a prática de comportamentos, sob a ameaça de uma punição.

Vê-se, portanto, que a importância desses princípios e a contribuição deles para o direito penal é inquestionável, e antecipa-se à própria criação da figura

típica. E retomando o pensamento sobre os crimes de perigo abstrato, maior é a dificuldade de sua aceitação no meio jurídico justamente por força desses princípios, haja vista que até pela fragmentariedade que os cercam, reforça o entendimento de que eles não devam ser tratados pelo Direito Penal, mas talvez para outro ramo (*ultima ratio*). (CORRÊA, 2013, online)

Nesse contexto, o doutrinador entende que a constitucionalidade de tais crimes nutre várias discussões, uma vez que estão em jogo princípios importantes para a manutenção de um Direito Penal justo e eficaz.

O entendimento pela inconstitucionalidade do crime de perigo abstrato pelos doutrinadores acima citados e vários outros, é fundamentado pela teoria da tipicidade conglobante, em que, de acordo com Grego (2009, p.159) “ a conduta praticada pelo agente é considerada antinormativa, isto é, contrária à norma penal, e não imposta ou fomentada por ela, bem como é ofensiva a bens de relevo para o Direito Penal. ”.

Assim, a ideia de que os crimes de perigo abstrato são inconstitucionais, pois, só existe crime quando o resultado jurídico for relevante. Sendo assim, caso a lesão fique apenas no espectro da probabilidade, não há tipicidade axiológica.

4.2 Posicionamentos favoráveis a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato.

Outra parte da doutrina defende que os crimes de perigo abstrato são constitucionais, pois, na Constituição não há nada que vede a tipificação de tais crimes. Além de entenderem que é obrigação do Estado proteger o bem jurídico, coibindo condutas lesivas desde seu início, procurando não lhe dar qualquer chance de desdobramento capaz de convertê-la em perigo concreto e até em dano efetivo.

Dentre eles estão: Pierpaolo Cruz Bottini; Jorge Cesar de Assis; Dalila Maria Zanchet; Odon Dantas Pinto, que em seus artigos entendem que tais crimes são constitucionais, além dos Tribunais Superiores, como o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Para Bottini (2006, p. 92) “ À luz de todas as considerações anteriores, que pugnam pela necessidade de averiguação de periculosidade nos delitos abstratos, deve ser

enfrentada a legitimidade dos tipos penais de precaução. ”. Ou seja, deve se verificar, sob o âmbito do princípio da precaução, a possibilidade de tipificar condutas cujos efeitos nocivos não são comprovados cientificamente.

A peculiaridade da tipificação objetiva estaria vinculada à materialização da periculosidade, verificada através de uma construção que observe a realidade dos fatos e dos conhecimentos científicos disponíveis no momento em que se verifica a atividade contrária à norma penal.

A imposição da constatação da periculosidade da conduta da maneira proposta não seria adequada para fazer incidir a norma penal sobre atividades em que não houvesse certeza científica de risco, ou seja, aquelas relacionadas com o princípio de precaução. No entanto, é justamente o risco um dos pilares para a percepção da periculosidade da conduta na situação concreta, e sua ausência prejudicará a materialidade da previsão legal dos tipos de perigo abstrato que tais atividades possuem.

O princípio da precaução seria o fundamento material que supriria a falta da periculosidade, e dessa forma, contribuiria para a elaboração de um procedimento de imputação para os delitos de perigo abstrato que prescindisse da constatação efetiva de potencial lesivo.

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

Assim, a demonstração de periculosidade da conduta, recai sobre a parte acusatória, não exige grandes considerações, uma vez que o tipo penal não prevê resultado e nem situação concreta de perigo.

Para Bottini, o crime de perigo abstrato não é inconstitucional, uma vez que a Constituição descreve um deles, inclusive o equiparando a crime hediondo, qual seja, o crime de Tráfico de Drogas, que embora não seja clara sua descrição no que refere

o tráfico de drogas, fica evidente que determina a criminalização do comércio de substâncias entorpecentes, independentemente de seu resultado concreto sobre a saúde dos eventuais usuários.

No entanto, devem ser interpretados sistematicamente, uma vez que cabe ao intérprete, ou seja, ao juiz, a constatação de que o comportamento não é nocivo para afetar o bem jurídico tutelado pelo Direito, é necessária a verificação da periculosidade da conduta, mesmo que em abstrato, de colocar em perigo tais bens jurídicos.

Essa parece ser a única interpretação coerente com o texto constitucional — que admite os crimes de *perigo abstrato* — e com a consagração da ideia de que o Direito Penal tem como norte a *exclusiva proteção de bens jurídicos*. Do contrário, teremos o *Direito Penal de autor*, que pune comportamentos sem qualquer potencialidade de causar resultados lesivos com a justificativa única de que revelam a *periculosidade* do agente. (BOTTINI, 2012, online.)

Em outras palavras, os crimes de *perigo abstrato* são legítimos, desde que o magistrado se assegure de que, aquele comportamento específico, no caso concreto, tinha potencial para lesionar ou colocar em risco o bem jurídico protegido pela norma penal.

Para Pinto, em seu artigo publicado no site *Âmbito Jurídico*, entende que:

Os principais argumentos contrários aos crimes de perigo abstrato são que eles vão de encontro aos princípios da ofensividade, intervenção mínima, presunção de inocência e culpabilidade. No entanto, ao compreender os crimes de perigo abstrato como delitos de lesão, não há falar em desobediência ao princípio da ofensividade, e, tampouco, aos demais. Isso equivale a dizer, que a simples adoção da técnica de perigo abstrato não acarreta, automaticamente, na violação de vários princípios do Direito Penal. (PINTO, 2011, online.)

Parte da doutrina entende o crime de perigo abstrato como delito de lesão, em que não visam proteger antecipadamente um bem jurídico, mas tutelam a própria integridade dos mesmos diante de uma perturbação específica.

Em seu artigo sobre a Constitucionalidade do Crimes de Perigo Abstrato, publicado na Revista Jurídica Consulex, entendem que, defender constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, não é ignorar o princípio da intervenção mínima, mas evitar a insuficiência da intervenção do Estado, que em última análise, tem por escopo a proteção dos bens jurídicos mais relevantes ao convívio social. (Assis, Zanchet, 2011, p.65).

Nesse sentido, os Tribunais, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal também entendem que os crimes de perigo abstrato são constitucionais, haja vista as decisões preferidas sobre o assunto, conforme se pode verificar nas jurisprudências abaixo.

Processo: RHC 110258 DF
 Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI
 Julgamento: 08/05/2012
 Órgão Julgador: Primeira Turma
 Publicação: DJe-101 DIVULG 23-05-2012 PUBLIC 24-05-2012
 MIN.DIASTOFFOLI
 MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 DAVI SEBASTIÃO DE ALMEIDA
 Parte(s): DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO
 DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL
 PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

EMENTA 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 brasileiro. 2. Esta Suprema Corte entende que, com o advento da Lei nº 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.

Decisão

Decisão: Preliminarmente, ficou vencido o Senhor Ministro Março Aurélio, que suscitara a impossibilidade de julgamento na Turma deste recurso ordinário em habeas corpus. Na sequência, por unanimidade, a Turma negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli. 1ª Turma, 8.5.2012. (BRASIL, 2012, online).

STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 766402 RS

Processo: ARE 766402 RS
 Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI
 Julgamento: 22/04/2014
 Publicação: DJe-081 DIVULG 29/04/2014 PUBLIC 30/04/2014
 JONATHA ROSA DA CRUZ
 ADRIANO MARCOS SANTOS PEREIRA E OUTRO(A/S)
 Parte(s): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
 PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE
 DO SUL
 MARCELO FALCI RODRIGUES

Decisão: Vistos. Jonatha Rosa da Cruz interpõe agravo visando impugnar decisão (fls. 436 a 448) que não admitiu recurso extraordinário. Insurge-se, no apelo extremo, contra acórdão proferido pela Primeira Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, assim do: “APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 16 DA LEI Nº 10.826/03. PRELIMINAR DE NULIDADE POR INOBSERVÂNCIA DO ART. 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. A finalidade da inquirição de testemunha é a busca da verdade real pelo juiz, de forma que inexistente qualquer impedimento para que o magistrado formule questionamentos, o que está previsto expressamente no parágrafo único do art. 212 do CPP. PRELIMINAR DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO REJEITADA. O crime de porte ilegal de arma de fogo é classificado como crime de perigo presumido, que atinge a segurança pública, uma vez que o sujeito passivo do fato criminoso é a coletividade. A não observância dos requisitos legais para portar uma arma de fogo constitui, sem dúvida, situação de perigo e dano à sociedade, seja pela possibilidade de eventual acidente, seja pela indução à prática de outros delitos. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO QUE SE IMPUNHA. A pena de multa é cumulativa com a pena privativa de liberdade e não pode ser excluída. A reincidência é circunstância agravante expressamente prevista no código penal, sendo que sua aplicação pelo juiz, quando comprovada, é de cunho obrigatório, não ofendendo o princípio ne bis in idem. Além do que, a aplicação de maior censurabilidade da conduta do réu reincidente é orientação consentânea com o princípio da igualdade. Não se pode dar o mesmo tratamento ao réu primário e ao criminoso habitual. Apelo improvido. (fl. 332). Opostos embargos de declaração (fls. 113/116. v. 3), foram eles rejeitados (fls. 2/4 . v. 4). O agravante, nas razões do extraordinário, alega violação ao princípio do devido processo legal, tendo em vista a não adoção do procedimento previsto no artigo 212 do Código de Processo Penal, diante da alteração de sua redação pela Lei nº 11.690/08. Aduz, ainda, que, cresce a corrente que sustenta a inconstitucionalidade dos delitos de perigo abstrato, em face dos princípios do estado de inocência e da ofensividade. (fl. 368). Afirma, por fim, que foram violados os princípios da individualização da pena, da legalidade e do in dubio pro reo. Examinados os autos, decido. Anote-se, inicialmente, que o agravante foi intimado do acórdão recorrido após 3/5/07 (fl. 6 do v. 4), quando já era plenamente exigível a demonstração da repercussão geral da matéria constitucional objeto do recurso, conforme decidido na Questão de Ordem no AI nº 664.567/RS, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 6/9/07. Todavia, apesar da petição recursal ter trazido a preliminar sobre o tema, não é de se proceder ao exame de sua existência, uma vez que, nos termos do art. 323 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com a redação introduzida pela Emenda Regimental nº 21/07, primeira parte, o procedimento acerca da existência da repercussão geral somente ocorrerá quando não for o caso de inadmissibilidade do recurso por outra razão. No caso, o inconformismo não merece prosperar. Sucede que, sobre eventual transgressão aos preceitos constitucionais citados, forçoso concluir que o Tribunal a quo ao decidir a questão se ateu ao exame da legislação infraconstitucional (CP, arts. 59 e 44; CPP, arts. 212 e 386, IV). Portanto, a violação, se ocorresse, seria indireta ou reflexa, o que não enseja recurso extraordinário. Ressalte-se que a jurisprudência desta Suprema Corte é assente no sentido de que a afronta aos princípios da legalidade, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, não configura ofensa direta e frontal à Constituição da

República. Nesse sentido, confira-se: AI nº 603.952/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Menezes Direito, DJ de 27/6/08; AI nº 651.927/SP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 30/5/08; AI nº 649.191/DF-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJ de 1º/6/07; AI nº 622.527/AP-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 18/5/07; AI nº 562.809/SP-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJ de 18/5/07; e AI nº 563.028/GO-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 11/5/07, entre outros. Como se não bastasse, entender de forma contrária ao acórdão atacado, como pretende o ora agravante, demandaria um reexame aprofundado do contexto fático-probatório dos autos, além de outros elementos intimamente ligados ao mérito da própria ação penal, o que é inviável na via eleita. Incidência, portanto, da Súmula nº 279/STF. Perfilhando esse entendimento, destaco o seguinte julgado: “AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA AO ART. 5º, INCISOS LIV E LV. INVIABILIDADE DO REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA STF Nº 279. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INQUÉRITO. CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO DOS TESTEMUNHOS PRESTADOS NA FASE INQUISITORIAL. 1. A suposta ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa passa, necessariamente, pelo prévio reexame de fatos e provas, tarefa que encontra óbice na Súmula STF nº 279. 2. Inviável o processamento do extraordinário para debater matéria infraconstitucional, sob o argumento de violação ao disposto nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição. 3. Ao contrário do que alegado pelos ora agravantes, o conjunto probatório que ensejou a condenação dos recorrentes não vem embasado apenas nas declarações prestadas em sede policial, tendo suporte, também, em outras provas colhidas na fase judicial. Confirmação em juízo dos testemunhos prestados na fase inquisitorial. 4. Os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo. 5. Agravo regimental improvido” (RE nº 425.734/MG-AgR, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 28/10/05). De outra parte, cumpre registrar que a jurisprudência contemporânea da Corte tem se orientando no sentido de que, “mostra-se irrelevante, no caso, cogitar-se da lesividade da conduta de portar apenas a munição, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para cuja caracterização não importa o resultado concreto da ação” (HC nº 113.295/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 6/12/12). Por último, anoto que o Plenário desta Corte, no julgamento do RE nº 543.000/RS, com Repercussão Geral reconhecida, Relator o Ministro Marco Aurélio, por unanimidade, firmou o entendimento da constitucionalidade da reincidência como causa do aumento de pena. O julgado está assim ementado: “AGRAVANTE – REINCIDÊNCIA CONSTITUCIONALIDADE – Surge harmônico com a Constituição Federal o inciso I do artigo 61 do Código Penal, no que prevê, como agravante, a reincidência” (DJe de 3/10/13). Ante o exposto, conheço do agravo para negar seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 22 de abril de 2014. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente. (BRASIL, 2014, online)

STF - RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO: ARE 680868 MG

Processo: ARE 680868 MG

Relator(a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 24/08/2012

Publicação: DJe-171 DIVULG 29/08/2012 PUBLIC 30/08/2012

Parte(s): JONILSON RODRIGUES DA SILVA
JÉSSICA ONÍRIA FERREIRA DE FREITAS E OUTRO(A/S)
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Decisão: Trata-se de agravo interposto nos próprios autos contra decisão que não admitiu recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais do nos seguintes termos: “DISPARO DE ARMA DE FOGO – ATIPICIDADE DA CONDUTA – INOCORRÊNCIA – CONDENAÇÃO MANTIDA. Restando devidamente comprovado que o apelante efetuou disparo de arma de fogo de dentro da Cia. de Polícia Militar, portanto, em local habitado, deve ser mantida a condenação pelo crime descrito no art. 15 da Lei Federal 10.826/2003, ainda que o réu tenha atirado em direção a local ermo, eis que, nesta modalidade de conduta, pouco importa a direção do tiro, desde que este tenha sido efetuado em local habitado. Recurso não provido.” Opostos embargos declaratórios, estes foram rejeitados ao fundamento de ausência de omissão. No recurso extraordinário, interposto com fulcro na alínea a do permissivo constitucional, alega-se que o acórdão recorrido, ao considerar que a direção dos disparos efetuados seria indiferente para a configuração do crime, violou o art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal. O recorrente afirma que o crime de disparo de arma de fogo consubstancia um “tipo aberto, que não especifica qual resultado pretende-se evitar por meio da tipificação da conduta.” Sustenta-se, ainda, nas razões recursais, que a presunção de perigo abstrato atenta contra o princípio da ofensividade e que os crimes de perigo abstrato violam os princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, notadamente o princípio da legalidade. Assim, pleiteia-se que o recorrente seja absolvido, com esteio no art. 286, III, do Código de Processo Penal, por inexistência de infração penal. O Tribunal a quo não admitiu o recurso extraordinário invocando o óbice da Súmula 279/STF que veda o revolvimento fático-probatório. Contra referida decisão de inadmissibilidade foi interposto agravo nos próprios autos (fls. 304-312), que repisa a tese exposta no recurso extraordinário. É o relatório. No caso concreto, é incontroverso que o réu disparou arma de fogo em local habitado, qual seja, na Cia. de Polícia Militar. Portanto, o recurso não demanda o reexame de provas, uma vez que o núcleo da controvérsia cinge-se à subsunção da conduta do recorrente ao tipo descrito no art. 15 da Lei Federal 10.826/2003 e à verificação de ofensa ao princípio da ofensividade nos crimes de periculosidade presumida. Segundo a tese desenvolvida pela defesa, embora os tiros tenham sido efetuados em local inegavelmente habitado, não houve subsunção ao tipo penal porque os disparos foram direcionados a local ermo. Nesse ponto o Tribunal a quo teceu as seguintes considerações: “Diz o art. 15 da Lei Federal nº 10.826/03: Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime. Trata-se de tipo penal de múltipla conduta, eis que prevê quatro situações diversas, quais sejam: disparar arma de fogo em local habitado, disparar em suas adjacências, em via pública ou em direção a esta. No caso dos autos, ao contrário do que afirma a defesa, o réu disparou a arma em local habitado, eis que estava em uma Cia. de Polícia Militar, na qual estavam presentes vários policiais e funcionários. Nesta modalidade de conduta, ou seja, disparar arma de fogo em local habitado, a lei não faz qualquer alusão ao destino do tiro e, portanto, pouco importa a direção do disparo, tendo em vista que, das condutas descritas, a única que faz menção à direção do disparo é ‘em direção a via pública’, supõe que o réu não esteja em lugar habitado, como meio de subsumir a ação ao tipo.” Portanto, no que diz respeito à subsunção da conduta ao tipo do art. 15 da Lei Federal nº 10.826/03, a questão limita-se à interpretação do dispositivo infraconstitucional, o que configuraria violação

indireta à Constituição Federal. Relativamente à tese de que os delitos de perigo abstrato violam o princípio da ofensividade, a questão já foi enfrentada por esta Suprema Corte, em sede de habeas corpus em que se questionava a constitucionalidade do crime de porte de arma desmuniçada. Sobre o tema, confirmam-se o HC 104410, Segunda Turma, de minha relatoria, DJe 27.3.2012 e o HC 102087, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, DJe 14.8.2012, o último ementado nos seguintes termos: “HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A) TIPICIDADE DA CONDOTA. 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 significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XXI, XXII, XXIII, XXIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierteninhaltlichenkontrolle). 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”. Logo, não prospera a alegação de inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, a exemplo do crime de disparo de arma de fogo, incidente na espécie. Ante o exposto, nego provimento ao presente recurso (art. 544, § 4º, II, a, CPC). Publique-se. Brasília, 24 de agosto de 2012. Ministro GILMAR MENDES Relator Documento assinado digitalmente. (BRASIL, 2012, online)

TJ-RS - Apelação Crime: ACR 70038325551 RS

Processo: ACR 70038325551 RS
 Relator(a): Rosane Ramos de Oliveira Michels
 Julgamento: 25/07/2013
 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal
 Publicação: Diário da Justiça do dia 27/03/2014

Ementa

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO. PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA E MINISTERIAL. PRELIMINAR: INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO.

Descabida a alegação de inconstitucionalidade do art. 33, da Lei nº 11.343/06, especialmente porque a própria Constituição Federal cuidou de rotular o tráfico como crime inafiançável e insuscetível de graça ou anistia. MÉRITO. PLEITO DEFENSIVO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Perfeitamente demonstrada a prática do tráfico de entorpecentes pelos acusados, não há como dar guarida ao pleito absolutório. INSURGÊNCIA MINISTERIAL. CONDENAÇÃO PELA ASSOCIAÇÃO. PROVIMENTO. Por outro lado, merece prosperar a insurgência ministerial, uma vez que do contexto da apreensão depreende-se um juízo seguro de que os réus estavam associados para a prática do tráfico de maneira estável e com divisão de tarefas. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE REDIMENSIONAMENTO. Postula a defesa à fixação da pena-base no mínimo legal. No caso, da simples leitura da sentença combatida, verifica-se que a pena já restou fixada no mínimo legal, carecendo a defesa de interesse recursal, pelo que não se conhece do pedido. PLEITO MINISTERIAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA, PREVISTA NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI DE TÓXICOS. A minorante em debate reflete a intenção do legislador em abrandar a pena daquele que teve envolvimento isolado com o tráfico de drogas, não fazendo das práticas ilícitas seu meio de vida. Trata-se, assim, da plena aplicação do princípio da proporcionalidade. Ademais, decidir em contrário violaria a cláusula de reserva de plenário, nos termos da Súmula

Vinculante nº 10. Mantenho a minorante fixada na origem, porquanto esta é a única tese trazida nas razões para o afastamento da minorante. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. PENA DE MULTA. CUSTAS JUDICIAIS. PLEITO DE ISENÇÃO. Quanto ao pleito de afastamento da multa, por configurar pena prevista cumulativamente com a pena privativa de liberdade e, portanto, consequência da decisão condenatória, não pode ser desta desvinculada. A dispensa do pagamento, por eventuais dificuldades financeiras enfrentadas, constitui matéria a ser deliberada pelo Juízo das Execuções. ANÁLISE DE OFÍCIO. FIXAÇÃO DA PENA DE MULTA. Seguindo firme orientação deste órgão fracionário, no sentido de que a incidência de causa minorante também deve alcançar a pena de multa aplicada, reduz-se a pena de multa para 417 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato. APELAÇÃO DEFENSIVA PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA PARTE, DESPROVIDA. APELO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. (Apelação Crime Nº 70038325551, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rosane Ramos de Oliveira Michels, Julgado em 25/07/2013). (BRASIL, 2013, online)

Assim, que para os tribunais, a criação dos delitos de perigo abstrato não constitui uma atuação inconstitucional por parte do legislador, mas sim, na atuação de forma preventiva do Estado, com o objetivo de evitar que o bem jurídico sofra alguma lesão.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve por foco a análise da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, haja vista a existência da divergência doutrinária acerca do assunto. Os conceitos básicos para o desenvolvimento desta pesquisa foram vistos, tais como a distinção entre crime de perigo concreto e o crime de perigo abstrato e os elementos necessários para a configuração deste último. Foram apresentados, ainda, os princípios constitucionais penais que se relacionam ao tema sob análise.

Após, foram apresentados os argumentos favoráveis e desfavoráveis à constitucionalidade dos mencionados tipos penais, sendo mencionado, em síntese, que: para uma parte da doutrina, o crime de perigo abstrato é inconstitucional, tendo em vista fere princípios basilares da Constituição Federal e do Direito Penal. No entanto, para outra parte da doutrina, o crime de perigo abstrato é constitucional, uma vez que foi recepcionado pelo ordenamento pátrio e a sua tipificação tem o objetivo de proteger bens jurídicos tutelados, evitando que os mesmos sofram algum tipo de lesão.

As divergências sobre os crimes de perigo abstrato não acabam aqui, uma vez que com o desenvolvimento da sociedade e o surgimento de novas tecnologias, ampliam-se o surgimento de novos bens jurídicos que precisam ser tutelados e mais eficazmente protegidos. Para isso é necessário que a legislação penal esteja de acordo com a Constituição Federal e com os Princípios por ela abarcados explícita e implicitamente, para que se tenha segurança jurídica.

Muito embora os crimes de perigo abstrato sejam considerados constitucionais por uma parte da doutrina, ao argumento de que buscam a proteção de bens jurídicos que são importantes para o indivíduo e a sociedade, é possível concluir que razão assiste àqueles doutrinadores que opinam pela inconstitucionalidade dos delitos de perigo abstrato, já que de fato estes ferem princípios constitucionais básicos como: os princípios da lesividade, ofensividade, culpabilidade e outros.

Ao longo do curso de Direito é ministrada a lição de que o crime é um fato típico, ilícito e culpável, e que deve gerar uma lesão ao bem juridicamente protegido, uma vez que

o Direito penal brasileiro segue a teoria finalista, em que o sujeito será responsabilizado pelo resultado alcançado. E que o sujeito somente é considerado culpado após sentença condenatória transitada em julgado, depois de passar pelo devido processo legal, obedecendo os princípios da ampla defesa e do contraditório. Nos crimes de perigo abstrato, além de não exigir um resultado naturalístico, também não se exige para sua consumação, sequer um risco efetivo e plausível da ocorrência real desse resultado, ao contrário do que ocorre com os delitos de lesão ou de perigo concreto.

Diante disso, tipificar condutas que não causam lesão a um bem jurídico, além que não seguir a teoria do crime abarcada pela nossa legislação, também fere os princípios acima relacionados, além de inverter o ônus da prova, uma vez que para que o sujeito não seja punido, ele próprio deve provar que sua conduta não coloca em risco nenhum bem jurídico.

Por tudo isso, conclui-se que a manutenção e defesa de tais tipos penais em nosso ordenamento jurídico implica em ofensa grave aos direitos fundamentais duramente conquistados pelo atual Estado Democrático de Direito brasileiro.

REFERENCIAS

- ASSIS, Jorge Cesar; ZANCHET, Dalila Maria. Da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, Ano XV, n. 354, out.2011.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 1.v.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 1.v.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstrato-nao-sao-mera-conduta>>. Acesso em: 26. set.2015.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Dos crimes de perigo abstrato**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 14, n.61, p.66-111, jul-ago, 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário com agravo**: ARE 680868, Minas Gerais, 24 ago 2012.
- BRASIL. Tribunal de Justiça. **Apelação Crime**: ACR 70038325551, Rio Grande do Sul, 27 jul 2013.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso ordinário em habeas corpus**: RHC 110258, Distrito Federal, STF, 15 abr 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário com agravo**: ARE 766402, Rio Grande do Sul, STF, 22 abr 2014.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2007.1.v.
- CORRÊA, Fabricio da Mata. **A Inconstitucionalidade dos Crimes de Perigo Abstrato**. Disponível em <<http://fabriciocorrea.jusbrasil.com.br/artigos/121941326/a-inconstitucionalidade-dos-crimes-de-perigo-abstrato>>. Acesso em: 15 mar.2015.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. 1.v.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. 1.v.
- HOLANDA, Julianne do Nascimento. A (in)constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. **Consulex**, Brasília, ano XVI, n. 360, p. 15, jan.2012
- JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral**. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1.v.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. Site de frases jurídicas, Frase da epigráfe, disponível em: <<http://marapauladearaujo.blogspot.com.br/p/frases-juridicas.html>> Acesso em: 30 out 2015
- OLIVEIRA, Annelise Freitas Macedo, **A inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato**. Disponível em:<<http://jus.com.br/artigos/31075/a-inconstitucionalidade-dos-crimes-de-perigo-abstrato>>. Acesso em: 15 mar 2015.
- PINTO, Odon Dantas. **Crime de perigo abstrato como delito de lesão. Caso paradigma: Porte ilegal de arma desmuniçada, sem munição acessível**. In: Âmbito Jurídico, Rio

Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8887>. Acesso em 23 set 2015.

ROMERO, Diego. **Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato**: Âmbito Jurídico, Rio Grande, VII, n. 18, ago 2004. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4633>. Acesso em 23 set 2015.

VADE MECUM. **Compacto: obra coletiva**. Luiz Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 11.ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.