



PUC-SP

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
SETOR DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO**

ROGERIO NEMETI

**CRIMES DE PERIGO ABSTRATO
UM ESTUDO À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA OFENSIVIDADE E DA
PRECAUÇÃO**

Professor Orientador: Dr. Oswaldo Henrique Duek Marques

São Paulo

2015



PUC-SP

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
SETOR DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO**

ROGERIO NEMETI

***CRIMES DE PERIGO ABSTRATO
UM ESTUDO À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA OFENSIVIDADE E DA
PRECAUÇÃO***

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, sob orientação do Professor Doutor Oswaldo Henrique Duek Marques.

Professor Orientador: Dr. Oswaldo Henrique Duek Marques

São Paulo

2015

TERMO DE APROVAÇÃO

ROGERIO NEMETI

CRIMES DE PERIGO ABSTRATO ***UM ESTUDO À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA OFENSIVIDADE E DA*** ***PRECAUÇÃO***

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, sob orientação do Professor Doutor Oswaldo Henrique Duek Marques.

Banca Examinadora

Aprovado em ____ / ____ / 2015.

AGRADECIMENTOS

A Daniela, minha mulher amada, companheira eterna, pela compreensão e cooperação infindáveis, com quem divido os sonhos e as agruras.

Aos meus filhos, Enzo e Enrico, razões de minha vida.

Aos meus pais, a quem devo o que sou.

A toda a minha família, pela solidez de nosso convívio.

Aos amigos de escritório, que me ensinam a cada dia e que me incentivam a ir em frente.

Ao professor Oswaldo Henrique Duek Marques, que, ao longo desses anos, não só me ensinou o Direito como também me deu lições preciosas de vida. Sua honradez e honestidade me fizeram um homem e um profissional melhor.

Aos demais professores e amigos da PUC de São Paulo, que me auxiliaram no desenvolvimento do trabalho.

NEMETI, Rogerio. *Crimes de perigo abstrato – Um estudo à luz dos princípios da ofensividade e da precaução*. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2015.

RESUMO

O que se pretende com o presente estudo é analisar a validade e a legitimidade dos crimes de perigo abstrato à luz do princípio da ofensividade ou da lesividade. O problema que surge é o da crescente adoção desse tipo de delito, com alicerce no princípio da precaução, como forma de controle da chamada Sociedade do Risco. É que, como se sabe, nos crimes de perigo abstrato, não se exige sequer que o bem jurídico seja exposto ao risco, sendo certo que, nesses casos, há apenas uma probabilidade da colocação do bem jurídico em risco. Assim, o que se pretende discutir no presente trabalho, é se esse tipo de incriminação ofende a estrutura do delito e os postulados básicos do Direito Penal Clássico.

Palavras-chave: Crimes de perigo abstrato. Princípio da ofensividade. Princípio da lesividade. Princípio da precaução. Bem jurídico.

NEMETI, Rogerio. *Crimes de perigo abstrato – Um estudo à luz dos princípios da ofensividade e da precaução*. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2015.

ABSTRACT

The aim with this study is to analyze the validity and legitimacy of the abstract danger's crimes to the principle of offensiveness or harmfulness. The problem that arises is the increasing adoption of this type of offense, with foundation in the principle of precaution, in order to control the call of Risk Society. Because, as know, in the abstract danger's crimes, it is not required the legal asset is exposed to risk, given that in such cases there is only a probability of placing the legal asset at risk. So, what we intend to discuss in this paper, it is whether this type of crimes offends the structure of the felony and the basic tenets of criminal law classic.

Keywords: Abstract danger's crimes. Principle of offensiveness. Principle of harmfulness. Precautionary Principle. Legal right.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. PRINCÍPIOS DA OFENSIVIDADE E DA PRECAUÇÃO	16
1.1 Introdução ao estudo dos princípios	16
1.2 Princípio da lesividade ou ofensividade	21
1.3 Princípio da precaução	38
1.3.1 Desenvolvimento histórico do princípio da precaução	42
2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO	45
2.1 Notas introdutórias	45
2.2 Crimes de dano e crimes de perigo	49
2.3 Crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato	56
2.4 Análise dos crimes de perigo abstrato à luz dos princípios da ofensividade e da precaução	62
CONCLUSÃO	92
BIBLIOGRAFIA	96

INTRODUÇÃO

O Direito Penal moderno tem que acompanhar as mudanças sociais. Nesse contexto, descriminaliza condutas antes atentatórias à paz social, como aconteceu, por exemplo, com o adultério e, ao mesmo tempo, se atualiza para criar novos tipos penais, notadamente para fazer frente aos crescentes índices medidores da criminalidade.

A interação social, portanto, demanda novas intervenções do Direito Penal, podendo-se detectar fenômenos que refletem nitidamente um alargamento ou incremento do conceito de risco, justificando a antecipação da tutela penal para antes da produção do resultado jurídico, punindo condutas que não têm sequer potencial, concretamente considerado, de lesar o bem jurídico que se visa proteger.

É nesse contexto que surgem os crimes de perigo abstrato, como reflexo de uma transição entre um Direito Penal baseado em princípios garantistas, de índole constitucional, e um Direito que se converte em instrumento político, a chamada *política criminal*, notadamente no âmbito das tutelas penais do meio ambiente, do sistema financeiro e econômico, entre outras.

Os chamados crimes de perigo subdividem-se, como se sabe, em crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato. No entanto, somente a última modalidade será objeto de estudo, porque, nesses casos, não há, grosso modo, sequer necessidade de ameaça de lesão ao bem jurídico que a norma visa proteger.

São nesses casos (dos crimes de perigo abstrato) que a oposição entre os princípios da ofensividade e da precaução se mostra mais acentuada, dando margem a críticas quanto à existência e validade de tipos penais dessa natureza.

O ponto central do estudo reside, portanto, na força principiológica que deve prevalecer em relação aos crimes de perigo abstrato; ou seja, qual dos dois princípios (da ofensividade ou da precaução) se sobressai.

Este estudo não pode ser feito sem que se leve em consideração aspectos sociais que, de regra, movem o trabalho legislativo, sobretudo no campo penal. Invariavelmente, a sociedade reclama do Estado respostas rápidas e eficientes no combate à criminalidade, notadamente diante de casos concretos de repercussão midiática, como se isso fosse possível.

Não se pode olvidar, entretanto, que a técnica legislativa, no que diz respeito à estrutura do tipo penal, nem sempre é observada; ou, então, nem sempre deve ser observada, quando se tem em mente ou como propósito a garantia ou a proteção de um bem coletivo, cuja ameaça de lesão já é, por si só, bastante para criminalizar a conduta, independentemente de qualquer resultado.

Isso porque não se pode perder de vista que, segundo preceitua Raul Pariona Arana¹,

[...] a sociedade atual é complexa. Os avanços tecnológicos, científicos e o fenômeno da globalização transformaram a sociedade tradicional convertendo-a em uma ameaçada por riscos. Desde uma perspectiva sociológica se afirma que nos encontramos em uma “sociedade de risco”.

É nesse contexto que o Estado lança mão do Direito Penal para minimizar os riscos, ampliando o leque de condutas típicas, punindo não o fato gerador de um resultado penalmente relevante, mas o simples agir de modo a pôr em risco o controle social.

¹ ARANA, Raúl Pariona. El derecho penal moderno, **Revista Penal Tirant lo Blanch**, v. 20, 2007, p. 156, tradução nossa. No original: “La sociedad actual es compleja. Los avances tecnológicos, científicos y el fenómeno de la globalización han transformado a la sociedad tradicional convirtiéndola en una amenazada por riesgos. Desde una perspectiva sociológica se afirma que nos encontramos en una ‘sociedad de riesgo’.”

A partir desse fenômeno, de incremento da criação de tipos penais de perigo, é que Hassemer propõe uma estratégia de contenção da expansão do Direito Penal, à qual denominou de *Direito de Intervenção*, e que tem como principal objetivo debater a dicotomia entre o Direito Penal de Expansão e o Direito Penal Mínimo.

Não obstante a necessária atuação do Estado frente ao aumento da criminalidade, bem como da *aparente* eficiência desse modelo legislativo de criação de crimes de perigo abstrato, não se pode perder de vista a obediência a princípios básicos do Direito Penal, pouco enfrentados pela doutrina.

O que parece servir de lastro para a tipificação de crimes de perigo abstrato, repita-se, é o princípio da precaução, como garantidor da ordem social. De outro lado, como expoente maior do princípio da precaução, há o consagrado princípio da lesividade ou ofensividade, que tem como principal requisito a exigência de lesão ao bem jurídico-penal.

Estudamos ambos os princípios, ainda que de forma concisa, para depois ingressarmos no estudo dos crimes de perigo abstrato, tema central do presente trabalho.

O interesse pelo tema decorre de uma inquietação e de uma dificuldade que temos em aceitar a tipificação de condutas tidas como perigosas sem que seja necessário, ao menos em tese, a demonstração da possibilidade real de exposição a perigo do bem jurídico tutelado.

Pretendemos, assim, a partir dessa discussão, analisar a validade e a necessidade do crescimento do Direito Penal do Perigo, em face de alguns princípios constitucionais em matéria penal, que serão vistos ao longo do trabalho, em capítulos próprios ou inserido no estudo específico dos crimes de perigo abstrato.

Dessa forma, o presente trabalho tem por objeto entender, à luz dos princípios da ofensividade ou da lesividade, na dogmática penal clássica, de um lado, e da precaução, no contexto social como um todo, mormente aplicado ao processo legislativo-penal, de outro, a existência

das normas penais incriminadoras caracterizadas pela ausência de ofensa concreta a bens jurídico-penais, sem perder de vista os princípios da presunção de inocência, da intervenção penal mínima e do Direito Penal como *ultima ratio*, todos umbilicalmente ligados ao tema.

O que se almeja, sem a pretensão de se esgotar o tema, é responder ou, ao menos, provocar a reflexão sobre a necessidade, licitude e eficácia desse tipo de criminalização, validada pela política criminal e largamente aceita entre nós e nos ordenamentos estrangeiros.

Assim, o objetivo do presente trabalho é analisar os crimes de perigo abstrato à luz dos princípios que com ele estão umbilicalmente relacionados, dada a importância do tema, sobretudo em tempos de incremento da criminalização e dos conflitos sociais que daí decorrem.

Essa análise enfrentará, principalmente do ponto de vista dogmático, a validade do Direito Penal de Perigo, representado, neste estudo, pelos crimes de perigo abstrato, tomando como paradigma os princípios norteadores do Direito Penal Clássico, notadamente os princípios da ofensividade ou lesividade e da intervenção penal mínima.

Partimos, portanto – e digo isso desde logo –, da premissa de que os crimes de perigo abstrato ofendem a estrutura do delito e, por isso, não se coadunam com os postulados do Direito Penal Clássico; não concebemos, assim, a ideia de que possa haver um crime sem que haja ao menos uma possibilidade real de ofensa ao bem jurídico tutelado.

O problema que pretendemos enfrentar com o presente estudo tem o propósito de esclarecer se a tipificação das condutas de perigo abstrato não ofende dogmática e constitucionalmente a estrutura do delito, ante a ausência total de ofensividade da conduta, revelada no brocardo *nullum crimen sine iniuria*.

O que observamos, e pretendemos discutir no presente trabalho, é que se vêm punindo ações que nem sequer ameaçam de lesão o bem jurídico tutelado pela norma penal – o que ocorre com os chamados

crimes de perigo abstrato –, tudo com vistas a diminuir ou controlar os riscos presentes e crescentes na sociedade moderna.

Segundo Raúl Pariona Arana²,

[...] com o objetivo de proteger os interesses sociais frente a estes riscos, o legislador recorreu ao Direito penal. Os esforços do legislador contemporâneo tiveram, e ainda tem, como objetivo a ampliação dos comportamentos penalmente relevantes.

Sobretudo nos dias atuais, em que se fala e de fato se tem uma banalização da criminalidade, a sociedade organizada reclama do Estado uma atuação enérgica e imediata de combate ao crime, com o endurecimento das penas e a criação de novas leis penais, criando novas figuras típicas.

Pierpaolo Cruz Bottini³, sobre o assunto, afirma:

O direito penal atual, com suas características marcantes de expansão sobre novos contextos, não surge por acaso. Os novos tipos, os institutos dogmáticos desenvolvidos, a metodologia de sua aplicação tem relação íntima com o contexto social no qual ele é produzido e reproduzido. O surgimento ou o desenvolvimento de conceitos jurídicos está vinculado ao modo de organização da sociedade.

Nesse contexto, como desdobramento do problema que é apresentado, a indagação que se faz é a seguinte: até que ponto nos beneficiamos da ampliação da tutela penal, punindo condutas que apenas provavelmente porão em risco o bem jurídico protegido, criminalizando condutas de perigo, sem que haja probabilidade real de lesão do bem jurídico, como é o caso dos crimes de perigo abstrato, na contramão do postulado do *Direito Penal Mínimo (ultima ratio)*?

² **Ibid.** No original: “Con el objeto de proteger los intereses sociales frente a estos riesgos, el legislador ha recurrido al Derecho penal. Los esfuerzos del legislador contemporáneo han tenido, y tienen aún, como objetivo la ampliación de los comportamientos penalmente relevantes.”

³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 21.

Isso torna o tema atual e relevante e parece justificar o presente trabalho.

A importância da discussão desse tema, a nosso sentir, reside, principalmente, no alargamento desenfreado do Direito Penal e, conseqüentemente, do sistema punitivo e da privação da liberdade individual.

Essa ampliação da tutela penal tem, sem sombra de dúvida, relação umbilical com a liberdade do indivíduo, o que torna relevante o estudo do tema, sobretudo em países como o Brasil, em que a tipificação de condutas criminosas em certo ponto serve para selecionar ou excluir classes sociais, marginalizando ainda mais a base da camada social.

A partir de perspectivas de política criminal é possível identificar, diga-se uma vez mais, que o problema reside na contradição, aparente ou não, entre os princípios e garantias que regem o Direito Penal Clássico e sua adequação aos reclames de uma sociedade do risco. É essa contradição que justifica, a nosso ver, o estudo do tema.

Segundo Pierpaolo Cruz Bottini⁴,

[...] o direito penal e seus institutos caracterizam-se como mecanismos de controle social e, por isso, recebem os valores e cumprem os objetivos do modelo social em que se inserem [...]. Assim, estudar os crimes de perigo abstrato, ou qualquer outro elemento dogmático exige a reflexão sobre o contexto no qual ele se desenvolve e sobre os conflitos que compõem o tecido social.

Adotando o método de pesquisa científica ou teórica, com pesquisas doutrinárias e posições da jurisprudência, dividimos o trabalho em capítulos, nos quais serão abordados, de per si, além do tema central, ou seja, os crimes de perigo abstrato, os princípios a ele relacionados.

⁴ *Ibid.*, p. 21-22.

Valendo-se, principalmente, do método dialético, procuramos descrever a realidade, ou seja, a forma como o Direito enfrenta e delimita o tema, e refletir acerca dessa realidade. De maneira didática e esquematizada, as explicações da realidade serão baseadas em oposições de ideias acerca do tema, destacando os elementos de conflito entre as oposições, para, ao final, explicar uma nova situação que surgirá desse conflito.

Assim, logo após essa introdução, no Capítulo 1, estudamos os princípios relacionados ao tema, dando início por uma introdução geral acerca da posição e da relevância dos princípios no ordenamento jurídico. Esse Capítulo estará dividido de forma a observar, em subtítulos próprios, o princípio da ofensividade ou da lesividade, assim como o princípio da precaução. Ao longo desse estudo, ainda que de forma não explícita, veremos, também, os princípios da inocência ou da não culpabilidade e do Direito Penal Mínimo.

O que se pretende é manter uma relação entre tais princípios e os crimes de perigo abstrato, adiantando-se, desde já, que o princípio da precaução é o que fundamenta a adoção dos crimes de perigo abstrato, ao passo que o da ofensividade se contrapõe, a nosso ver, com essa espécie de incriminação.

Os demais princípios relacionados ao Direito Penal não serão objeto de estudo, uma vez que não estão diretamente ligados ao tema proposto.

No Capítulo 2, examinamos os crimes de perigo abstrato propriamente dito, mediante um estudo dogmático desse tipo penal incriminador e sua relação com os princípios que os cercam, sem perder de vista o contexto em que se inserem tais princípios e os crimes de perigo abstrato, ou seja, a sociedade de risco e a necessidade de controle desses riscos, como justificativa para a criação desses tipos penais.

Ao final desse estudo, esperamos ter contribuído para uma análise científica do assunto, e não apenas do ponto de vista político-criminal, provocando ao menos uma reflexão acerca do incremento desenfreado de crimes que sequer põem em risco o bem jurídico tutelado pela norma penal.

Como solução, nos parece que a melhor técnica é a de exigir que a conduta seja ao menos capaz de lesionar o bem jurídico, de forma concreta, como ocorre com os crimes de perigo concreto; ou, então, de punir a conduta que atinja o bem jurídico, na modalidade culposa, se assim for permitido pelo tipo penal, ante a inobservância do dever objetivo de cuidado do agente.

Assim procuramos demonstrar ao longo do presente estudo.

PRINCÍPIOS DA OFENSIVIDADE E DA PRECAUÇÃO

1.1 Introdução ao estudo dos princípios

Tendo em vista que a presente dissertação tem como objetivo analisar e debater os crimes de perigo abstrato em face da estrutura do delito e de princípios constitucionais de natureza penal, é de suma importância fazer uma abordagem de alguns desses princípios, que, segundo Ariella Toyama Shiraki⁵, “exercem evidente influência na definição dos contornos do sistema penal”.

Etimologicamente, o termo “princípio” tem vários significados, entre os quais o de momento em que algo tem origem, causa primária, elemento predominante na constituição de um corpo orgânico, preceito, regra ou lei, fonte ou causa de uma ação.

No sentido jurídico, não se poderia fugir de tais noções, de modo que, de acordo com Guilherme de Souza Nucci⁶, “o conceito de princípio indica uma ordenação que se irradia e emana dos sistemas de normas, servindo de base para interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo”.

⁵ SHIRAKI, Ariella Toyama. A legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo: uma análise à luz dos princípios da lesividade e da intervenção mínima. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 83, p. 7-52, mar.-abr. 2010, p. 30.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 79.

Os princípios de direito, de acordo com Luiz Henrique Urquhart Cademartori⁷, “se constituem em espécie do gênero norma jurídica, porém assumindo caráter fundamental ou generalíssimo, dentro do ordenamento jurídico”.

Há, de acordo com Paulo Bonavides⁸, uma investigação doutrinária feita por Ricardo Guastini, que recolheu das lições de diversos juristas seis conceitos diversos de princípio, a seguir examinados:

Em primeiro lugar, o vocábulo “princípio” diz respeito a normas providas de um alto grau de generalidade.

Em segundo lugar, o vocábulo “princípio” é utilizado para se referir a normas providas de um alto grau de indeterminação e que, por isso, requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos.

Em terceiro lugar, emprega-se a palavra “princípio” para se referir a normas de caráter “programático”.

Em quarto lugar, o uso que se faz, algumas vezes, do termo “princípio” é para se referir a normas cuja posição na hierarquia das fontes de Direito é muito elevada.

Em quinto lugar, segundo o autor, o uso que se faz da expressão “princípio” é no sentido de se designar ou de se referir a normas que desempenham uma função “importante” e “fundamental” no sistema jurídico ou político, ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico (por exemplo, o Direito Civil, o Direito do Trabalho etc.).

Em sexto lugar, finalmente, os juristas em geral se valem da expressão “princípio” para designar normas dirigidas aos órgãos de aplicação, ou seja, os juízes, cuja

⁷ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito. **Os princípios de direito no contexto do ordenamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 80-81.

⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 527.

específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos que se apresentam concretamente.

O Direito Penal Moderno se baseia em certos princípios fundamentais próprios do Estado Democrático de Direito. Tais princípios, em sua grande maioria, encontram-se dispostos nos artigos da Constituição Federal, principalmente, de forma explícita, em seu artigo 5.º.

Como nos ensina Cezar Roberto Bitencourt⁹, “todos esses princípios são de garantia do cidadão perante o poder punitivo estatal e estão amparados pelo novo texto constitucional de 1988 (art. 5.º)”. Em determinados casos, algumas dessas garantias e princípios encontram-se não explicitamente, mas implicitamente na Constituição, e, de acordo com Paulo de Souza Queiroz¹⁰, embora não estejam previstos expressamente, decorrem da lógica do sistema de valores que a Constituição consagra, como o princípio da proporcionalidade (em sentido lato) e o princípio da lesividade (ou de exclusiva proteção de bens jurídicos).

Tais princípios representam sérias limitações, formais e materiais, ao poder punitivo do Estado, e por isso constituem autênticas garantias, visto que oponíveis pelo indivíduo ao exercício desse poder punitivo do Estado.

Afirma Claus Roxin¹¹ que o Estado, agindo dessa maneira, “pretende proteger o bem jurídico (vida, integridade física, honra) duplamente: através do Direito Penal e ante o Direito Penal, cuja utilização exacerbada provoca precisamente a situação que pretende combater”.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 40.

¹⁰ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 37.

¹¹ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 2. ed. Lisboa: Vega; Universidade de Direito e Ciência Jurídica, 1993. p. 28.

Todos esses princípios, de acordo com Bitencourt¹², constantes, “explícita ou implicitamente, em nossa Constituição, têm a função de orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista”.

Ainda assim, para Bitencourt¹³,

[...] poderíamos chamar [esses princípios] de princípios reguladores do controle penal, princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou simplesmente de Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito.

Ao discorrer sobre os princípios pertinentes ao Direito Penal, Juarez Cirino dos Santos¹⁴ afirma que

[...] o Direito Penal das sociedades contemporâneas é regido por princípios constitucionais sobre crimes, penas e medidas de segurança, nos níveis de criminalização primária e de criminalização secundária, indispensáveis para garantir o indivíduo em face do poder punitivo do Estado. A distinção entre regras e princípios como espécie da categoria normas jurídicas é a base da teoria dos direitos fundamentais e a chave para resolver problemas centrais da dogmática penal constitucional.

Assim, as normas jurídicas compreendem regras e princípios jurídicos, sendo consideradas elementos essenciais para o ordenamento jurídico, pois estabelecem o que é conveniente para o mundo real.

Ainda seguindo a linha de raciocínio de Cirino dos Santos, “os princípios são normas jurídicas de otimização das possibilidades de

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral cit., p. 40.

¹³ Ibid.

¹⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007. p. 19.

realização jurídica dos mandados, das proibições e das permissões na vida real”.¹⁵

A procura desses princípios exprime um esforço no sentido de que, em um mesmo lapso de tempo, o Direito Penal possa ser então caracterizado e determinado. Diante disso, explica Nilo Batista:¹⁶

Existem efetivamente alguns princípios básicos que, por sua ampla recepção na maioria dos ordenamentos jurídico-penais positivos da família romano-germânica, pela significação política de seu aparecimento histórico ou de sua função social, e pela reconhecida importância de sua situação jurídica – condicionadora de derivações e efeitos relevantes –, constituem um patamar indeclinável, com ilimitada valência na compreensão de todas as normas positivas.

De acordo com Nilo Batista¹⁷, tais princípios, embora identificados ou assimilados pelo Direito Penal através de norma expressa, ou através do conteúdo de muitas normas a eles adequadas, não deixam de ter um sentido programático, e aspiram ser a plataforma mínima sobre a qual possa se elaborar o Direito Penal de um Estado Democrático de Direito.

Seguindo essa mesma ótica de pensamento, aduz Mauricio Antonio Ribeiro Lopes¹⁸:

O certo é que apenas sob o fundamento de um Estado Democrático de Direito se pode pensar na reconstrução de um sistema penal mais harmonizado com o sentido garantidor da liberdade que tanto se busca com a forma de redução das potencialidades interventivas do Estado sob a esfera de direitos mais caros da sociedade e do indivíduo.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 61.

¹⁷ Id., p. 61-62.

¹⁸ LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da legalidade penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 419.

Embora muitos preceitos fundamentais com reflexos na esfera criminal possam ser extraídos da Constituição, como em seu artigo 5.º, o exame aqui compreendido restringir-se-á ao Princípio da Lesividade ou da Ofensividade, haja vista sua suposta incompatibilidade com os crimes de perigo abstrato, e ao Princípio da Intervenção Mínima, que, de acordo com Shiraki¹⁹, está “aparentemente maculado pelo fenômeno contemporâneo de expansão do Direito Penal, decorrente não apenas da edição de novas normas incriminadoras, mas também da flexibilização das regras de imputação”.

Em capítulo próprio estudaremos também o princípio da precaução, no qual se fundam e se justificam a adoção e a validade dos crimes de perigo abstrato.

1.2 Princípio da lesividade ou ofensividade

Neste item estudaremos o princípio da ofensividade ou da lesividade, segundo o qual, em resumidas letras, não há crime sem que haja ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora.

É este princípio, a meu sentir, que fere a incriminação antecipada, por meio dos crimes de perigo abstrato, se contrapondo à ideia de crime sem lesão.

Alguns autores, como Luiz Flávio Gomes²⁰, ao abordarem o tema, preferem utilizar a expressão *ofensividade* em vez de *lesividade*, uma vez que, segundo Gomes, ofensa seria o gênero de que seriam espécies a

¹⁹ SHIRAKI, Ariella Toyama. A legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo: uma análise à luz dos princípios da lesividade e da intervenção mínima cit., p. 30.

²⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 11.

lesão e o perigo concreto de lesão, preferindo o termo ofensividade em ordem a evitar eventuais confusões entre gênero e espécie.

Ângelo Roberto Ilha da Silva²¹, por sua vez, afirma que “não são poucos os autores que aproximam demasiadamente os conceitos de ofensividade e lesividade. Assim o fazem, dentre outros, Peña Cabrera, Palazzo, Silva Franco, dentre outros [sic]”.

Contudo, o presente estudo não tem o propósito de se aprofundar na questão nem tampouco fará a distinção entre os termos lesividade e ofensividade, mas sim utilizará ambas as expressões em seu corpo, tratando-as, portanto, como sinônimas, sem qualquer distinção.

Assevera Luiz Flávio Gomes²²:

O fato do princípio da ofensividade não ter no Brasil (ainda) a devida atenção, seja da doutrina, seja da jurisprudência, não é suficiente para negar sua relevância como princípio cardeal do atual Direito Penal. (...) Todos os fundamentos constitucionais invocados na Itália contam com (firme) correspondência na Constituição brasileira. Isto posto, não resta a menor dúvida de que o princípio da ofensividade ostenta consagração constitucional (ao menos implícita) também no Brasil.

O princípio da lesividade ou ofensividade, muitas vezes designado como *nullum crimen sine iniuria* (não há crime sem ofensa), ou também como princípio da necessária ofensa, consiste, conforme nos ensina Ângelo Roberto Ilha da Silva²³, “precisamente na consideração de que toda incriminação deva ter por finalidade a proteção de bens jurídicos de lesões ou exposições a perigo”, ou, melhor explicando, a fórmula legal deve reproduzir uma conduta que seja apta a vulnerar um bem merecedor da tutela penal; ou, ainda, nas palavras de Ariella

²¹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 92.

²² GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 58.

²³ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição** cit., p. 92.

Toyama Shiraki²⁴, este princípio estabelece que a intervenção jurídico-penal “somente se justifica para proteger bens jurídicos fundamentais de lesões ou exposições a perigo concreto, do que decorre que toda conduta criminalizada mostre-se apta a vulnerá-los”.

Muitos autores conceituam o Princípio da Lesividade. Entre eles, Nilo Batista²⁵, citando Roxin, explicita seu conteúdo, afirmando que apenas pode ser sancionado o agir de um indivíduo que lesione direitos de terceiros e que não seja, meramente, um comportamento pecaminoso ou imoral. Cabe ao Direito Penal tão somente tutelar a ordem pacífica externa da sociedade, não sendo de sua alçada educar moralmente as pessoas.

Já Francesco Palazzo²⁶ conceitua o Princípio da Lesividade como sendo “aquele por meio do qual um fato não pode constituir ilícito se não for ofensivo ao bem jurídico protegido”.

Levando em consideração o Princípio da Lesividade, Janaina Conceição Paschoal²⁷ assim acentua a necessidade de tal princípio:

[...] ter-se como missão exclusiva do Direito Penal (limitando-se seu campo de aplicação e incidência) a proteção de bens jurídicos relevantes ao convívio da sociedade, podendo-se recorrer à intervenção mínima punitiva tão-só quando tais bens forem lesados ou postos em perigo concreto de lesão.

Ainda segundo a autora²⁸, o princípio da lesividade

[...] traz a exigência de que, a despeito de todo comportamento, em tese, atentatório a bem jurídico dever ser criminalizado, a efetiva incidência do Direito Penal

²⁴ SHIRAKI, Ariella Toyama. A legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo: uma análise à luz dos princípios da lesividade e da intervenção mínima cit., p. 30.

²⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro** cit., p. 91.

²⁶ PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989. p. 78.

²⁷ PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 4.

²⁸ Id., p. 16.

resta subordinada à ocorrência, de fato, de lesão ou perigo concreto ao bem jurídico protegido.

Sendo este um princípio constitucional que proíbe a incriminação de condutas que não lesem o bem jurídico protegido, e que consiste, portanto, em proibir a criminalização de condutas que não resultem em lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico, ensina Bitencourt²⁹ que, “para que se tipifique um crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico protegido”. Ou seja: somente a conduta que ingressar na esfera de interesses de outra pessoa, ofendendo efetivamente um bem jurídico, deverá ser punida, sendo tal princípio fundamental para legitimar o Direito Penal no Estado Democrático de Direito.

Dessa mesma maneira entende Luiz Regis Prado³⁰:

[...] não há delito sem que haja lesão ou perigo de lesão (princípio da Lesividade e da Ofensividade) a um bem jurídico determinado. Sob essa perspectiva, a tutela penal só é legítima quando socialmente necessária (princípio da necessidade), imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em conta os ditames superiores da dignidade e da liberdade da pessoa humana.

Acerca da conceituação, Cirino dos Santos³¹ afirma:

O princípio da lesividade proíbe a cominação, a aplicação e a execução de penas e de medidas de segurança em hipóteses de lesões irrelevantes, consumadas ou tentadas, contra bens jurídicos protegidos em tipos legais de crime. Em outras palavras, o princípio da lesividade tem por objeto o bem jurídico determinante da criminalização, em dupla dimensão: do ponto de vista qualitativo, tem por objeto a natureza do bem jurídico lesionado; do ponto de

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral cit., p. 52.

³⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 147.

³¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral cit., p. 25.

vista quantitativo, tem por objeto a extensão da lesão do bem jurídico.

Uma vez que tal princípio se insere no campo de uma proteção constitucional, somente podem ser incluídos na categoria de criminosos, segundo Paulo de Souza Queiroz³², certos comportamentos que sejam ofensivos ao bem jurídico protegido de outrem, independentemente de o bem ser particular ou público, compreendendo como tal os pressupostos existenciais e instrumentais de que a pessoa precisa para sua autorrealização dentro da vida social, e, portanto, não permitindo a criminalização de condutas que não atinjam seriamente o bem jurídico protegido constitucionalmente ou que representem apenas má disposição de interesse próprio.

Isso sem perder de vista que se vive sob a proteção de um Estado pluralista, onde se tem total liberdade de pensamento, religião, credo e culto, o que leva a entender que um dos valores mais relevantes na realidade constitucional é a capacidade de tolerar certos atos.

Conforme completa Shiraki³³: “Se assim não fosse, o ato ilícito penal passaria a corresponder a mera violação de dever legal, algo incompatível com o Estado Democrático de Direito brasileiro, de caráter pluralista e laico”.

Seguindo essa ideia, Luiz Flávio Gomes³⁴ ensina:

[...] é evidente que o direito não pode perseguir finalidades transcendentais ou éticas, não pode contemplar o homem como mero “objeto” de tratamento em razão de uma presumida inclinação antissocial, nem tampouco reprimir a mera desobediência. O único modelo de Direito Penal e de delito compatível com nossa Constituição, em consequência, é o de um Direito Penal como instrumento de proteção de bens jurídicos e de um

³² QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal**: parte geral cit., p. 60.

³³ SHIRAKI, Ariella Toyama. A legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo: uma análise à luz dos princípios da lesividade e da intervenção mínima cit., p. 31.

³⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal** cit., p. 59.

delito estruturado como ofensa concreta a esses bens jurídicos, na forma de lesão ou perigo concreto de lesão. Destoa dessa estrutura constitucional qualquer teoria do fato punível fundada no mero desvalor da ação. Não há delito sem desvalor do resultado (afetação a bens de terceiras pessoas).

As discussões acerca de tal princípio

[...] adquirem especial relevância na seara dos bens jurídicos supraindividuais, os quais, pela sua própria natureza, estão sujeitos a graves e irreversíveis turbações, sem que se possa atribuí-las a condutas individualmente consideradas.³⁵

Em outras palavras, trabalha-se com as condutas que, isoladamente, se revelam idôneas a lesionar ou expor a perigo concreto o bem juridicamente protegido pelo Estado.

Estabelece-se, portanto, que o princípio da necessária ofensa pode ser considerado, de acordo com Ferrajoli³⁶, como uma “afiada navalha descriminalizadora, idônea para excluir, por injustificados, muitos tipos penais consolidados, ou para restringir sua extensão por meio de mudanças estruturais profundas”, operando, assim, ainda segundo o autor, como um “critério polivalente de minimalização das proibições penais”³⁷.

Diferentes funções são atribuídas a esse princípio por diferentes autores, como, por exemplo, Nilo Batista, que enumera quatro funções, e Luiz Flávio Gomes, que enumera apenas duas funções.

A primeira função estabelecida por Batista³⁸ é a de proibir a incriminação de uma atitude interna, já que, de acordo com o autor, as ideias e convicções, os desejos, aspirações e sentimentos dos homens não

³⁵ SHIRAKI, Ariella Toyama. A legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo: uma análise à luz dos princípios da lesividade e da intervenção mínima cit., p. 31.

³⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 438.

³⁷ Id., p. 440.

³⁸ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro** cit., p. 92.

podem construir o fundamento de um tipo penal, mesmo que essas atitudes estejam ligadas à prática de um crime.

O projeto mental do conhecimento de um crime (cogitação) não é passível de incriminação, isso não querendo dizer que o Direito Penal não tenha interesse nas atitudes internas do homem, mas, em qualquer caso, é indispensável que esse ato interno esteja claramente associado a uma conduta externa.

A segunda função principal defendida por Batista³⁹ é a vedação à incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor.

Nesse contexto e sob esse aspecto, não são passíveis de punição os atos preparatórios ao agir de um ato delitivo, a teor do disposto no artigo 14, inciso I, do Código Penal, bem como a simples junção entre duas pessoas para cometerem um crime, desde que a conduta criminosa não venha a ser praticada, como prevê o artigo 31 do Código Penal.

De igual forma em relação ao crime impossível (art. 17 do Código Penal), o mesmo ocorrendo quanto à autolesão, em que, mesmo que haja uma clara afetação a um bem jurídico, não é ultrapassado o âmbito do próprio autor.

A terceira função aduzida por Batista⁴⁰ visa proibir a incriminação de meros estados ou condições existenciais, restando conhecida pelo próprio Direito a autonomia moral do indivíduo. De acordo com Zaffaroni⁴¹, “um direito que reconheça e ao mesmo tempo respeite a autonomia moral da pessoa jamais pode apenar o ser, senão o fazer dessa pessoa, já que o próprio direito é uma ordem reguladora de conduta”, sob pena de uma indesejável involução ao Direito Penal de autor, onde o homem responde pelo que é, mas não pelo que faz, como nos ensina Nilo Batista⁴²:

³⁹ Ibid.

⁴⁰ Id., p. 93.

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 1, p. 107.

⁴² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro** cit., p. 93.

O que é vedado pelo princípio da lesividade é a imposição de pena (isto é, a constituição de um crime) a um simples estado ou condição deste homem, refutando-se, pois, as propostas de um Direito Penal de autor e suas derivações mais ou menos dissimuladas (tipos penais de autor, culpabilidade pela conduta ao longo da vida etc.).

A quarta e última função designada por Batista⁴³ para o supradito princípio é a da vedação à incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico, ou direito à diferença, como denomina Zaffaroni, quando afirma:

Não se pode castigar ninguém porque use barba ou deixe de usá-la, porque corte ou não o cabelo, pois com isso não se ofende qualquer bem jurídico, e o direito não pode pretender legitimamente formar cidadãos com ou sem barba, cabeludos ou tonsurados, mais ou menos vestidos, mas tão-só cidadãos que não ofendam bens jurídicos alheios.

De forma mais restritiva, o princípio da necessária ofensa é colocado por Luiz Flávio Gomes⁴⁴, conforme dito acima, como tendo dupla função.

A primeira delas é a político-criminal, “caracterizada por sua incidência quando se decide pela incriminação de um agir”⁴⁵, ou, em outras palavras, é o momento em que se decide pela incriminação da conduta. Essa primeira função se desenvolve no plano político-criminal, constituindo “um limite ao direito de punir do Estado (ao *ius puniendi*), no momento de suas decisões incriminadoras”.

⁴³ Id., p. 94.

⁴⁴ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal** cit., p. 28.

⁴⁵ TEIXEIRA, Eduardo Tergolina. Os princípios da ofensividade e da proporcionalidade como necessárias exigências à legitimação da intervenção punitiva. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília, n. 1, p. 89-123, jan.-jun. 2009, p. 102.

Particularmente, orienta-se no sentido de que os tipos penais sejam criados respeitando-se o axioma *nulla lex sine iniuria*” (não há lei sem crime)⁴⁶.

A segunda função é chamada de interpretativa ou dogmática. Como explica Gomes⁴⁷, dá-se no instante em que se interpreta e se aplica concretamente o Direito Penal (o *ius penale*) e é dirigida ao intérprete e ao aplicador da lei penal. Relativamente à segunda função, “de caráter dogmático (interpretativo) e aplicativo da lei penal, tem [ele] feição material (garantista), incumbindo-lhe a constatação, depois de praticado o fato, da concreta presença de uma lesão ou um perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido”⁴⁸.

Essa dupla função atribuída ao princípio da lesividade, de acordo com Gomes⁴⁹, “não são duas funções estanques (e incomunicáveis). Ao contrário, são complementares”: quando o legislador não consegue cumprir seu papel de criminalizar a conduta em termos lesivos ao bem jurídico tutelado, essa tarefa se transfere ao intérprete e ao juiz, como nos ensina Eduardo Tergolina Teixeira⁵⁰:

Caso o legislador, quando do exercício de sua atividade, não formule o tipo penal em termos ofensivos, incumbirá ao intérprete, ao aplicador da lei penal proceder à devida adequação (ou interpretando o tipo em termos ofensivos, enquadrando sua incidência tão-somente) aos casos em que se vislumbrar a afetação intolerável a um bem jurídico ou – caso isso não se mostre viável – declarando-se a competente inconstitucionalidade.

O intérprete e o juiz deverão, portanto, se orientar com assento na máxima *nullum crimen sine iniuria*, aplicando-a ao caso concreto toda vez que o legislador não cumprir o *nulla lex sine iniuria*.

⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal** cit., p. 99.

⁴⁷ Id., p. 28.

⁴⁸ TEIXEIRA, Eduardo Tergolina. Os princípios da ofensividade e da proporcionalidade como necessárias exigências à legitimação da intervenção punitiva cit., p. 102.

⁴⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal** cit., p. 28.

⁵⁰ TEIXEIRA, Eduardo Tergolina. Os princípios da ofensividade e da proporcionalidade como necessárias exigências à legitimação da intervenção punitiva cit., p. 102.

Assim, não há como se conceber a existência de uma conduta típica sem que ela afete um bem jurídico, na medida em que os tipos penais são, em verdade, manifestações de tutela jurídica desses bens jurídicos. Não se desconhece que o delito é mais que uma simples lesão a um determinado bem jurídico; entretanto, tal lesão é indispensável para que se configure a tipicidade.

Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli⁵¹ entendem que a indispensabilidade da existência de uma lesão a um dado bem jurídico, para que se configure a tipicidade, tem o condão de justificar o papel de extrema importância que o bem jurídico desempenha na teoria do tipo, pois confere à lei penal o verdadeiro sentido teleológico, na medida em que, sem a existência de um bem jurídico, o tipo penal carece de um “para que?”, inviabilizando qualquer interpretação teleológica da lei penal.

Luiz Flávio Gomes e William Terra de Oliveira⁵², por seu turno, nos ensinam que “a existência de um delito está vinculada a uma efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela lei”, e que se determina o injusto a partir da verificação da ocorrência de uma real ofensa a um bem jurídico qualquer.

Tal verificação é essencial à noção de delito, posto que, conforme dito acima, não há juízo de antijuridicidade sem que haja lesão a um bem da vida social. A lesão, portanto, a um bem juridicamente tutelado é requisito indispensável para que se cogite da existência de um crime.

Estudando a tipicidade ou a atipicidade material, à luz da nova teoria da tipicidade conglobante, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli⁵³ ainda lecionam:

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 462.

⁵² GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, William Terra de. **Lei das armas de fogo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 48.

⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral cit., p. 560-561.

Fica claro que a afetação do bem jurídico é um requisito da tipicidade penal, mas não pertence à tipicidade legal, apenas a limitando. Se a norma tem sua razão de ser na tutela de um bem jurídico, não pode incluir em seu âmbito de proibição as condutas que não afetam o bem jurídico. Consequentemente, para que uma conduta seja penalmente típica é necessário que tenha afetado o bem jurídico. Embora se trate de um conceito que nos proporciona um claro instrumento de interpretação do tipo legal, pode acontecer que o tipo legal tenha se configurado e, no entanto, o bem jurídico não tenha sido atingido. Isto só pode ser estabelecido na tipicidade conglobante, ainda que, é justo reconhecer, se trate de casos excepcionais.

Os autores acima referidos ainda nos ensinam que o bem jurídico pode ser afetado de duas formas distintas: ou através de um dano (ou lesão), ou através de um perigo.

Haverá dano ou lesão nas situações em que a relação de disponibilidade entre o sujeito e o ente foi verdadeiramente afetada, ou seja, quando se impediu a disposição daquele ente, de forma permanente ou transitória. Cite-se como exemplo, nesses casos, o que ocorre com o crime de furto, previsto no artigo 155 do Código Penal⁵⁴, em que a vítima tem seu bem retirado de sua esfera de vigilância com a subtração: ou seja, há uma alteração naturalística.

Por outro lado, haverá afetação pelo perigo quando a relação de disponibilidade entre o sujeito e o ente for apenas exposta a determinado perigo. É preciso ressaltar que, nesses casos, a tipicidade requer apenas a colocação em perigo. Isso ocorre, normalmente, em crimes em relação aos quais não se tem uma vítima isoladamente determinada, como, por exemplo, no crime previsto no artigo 14 da Lei 10.826/2003⁵⁵, que pune

⁵⁴ Art. 155, CP: “Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel”.

⁵⁵ Art. 14, Lei 10.826/2003: “Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo,

o porte ilegal de arma de fogo. Veja-se que não há necessidade de colocação de nenhum ente (bem) em perigo. Basta a mera conduta em si mesma.

Como se pode perceber, dessas duas formas de afetação se extrai uma classificação dos tipos penais, que poderão ser identificados como tipos de dano e tipos de perigo.

Ainda segundo Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli⁵⁶, os tipos penais de perigo trouxeram consigo sérios problemas de interpretação, sendo um deles a dificuldade de se determinar o perigo.

Atualmente, conclui-se que o perigo só poderá ser valorado através de um juízo *ex ante*, ou seja, a partir do ponto de vista de um observador que se situe no momento em que se realiza a conduta. Ressalte-se que a valoração não se dará através de um juízo *ex post*, pois o perigo é sempre uma incerteza, e, após a ocorrência da conduta, geralmente já não há qualquer incerteza.

Prosseguem esses autores⁵⁷ explicando que os crimes de perigo foram divididos em crimes de perigo abstrato e crimes de perigo concreto e que o perigo concreto passou a ser entendido como o verdadeiro perigo, em contraposição ao perigo abstrato, que se afiguraria como uma simples possibilidade.

Entretanto, para eles, tal visão é insustentável, pois no caso o perigo abstrato seria, em verdade, um “perigo do perigo”. É interessante observar que, em caso de tentativa de um crime de perigo abstrato, se se assumisse o acima aduzido, teríamos o “perigo de perigo de perigo”, o que não faz nenhum sentido.

acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ibid.

Dessa forma, para Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, não há tipos de perigo concreto e de perigo abstrato, mas sim tipos penais que ensejam a prova efetiva do perigo a que se submeteu determinado bem jurídico.

Mais tarde, em nova obra, Zaffaroni⁵⁸ volta a tratar da tipicidade conglobante, reforçando a ideia de que a ofensa ao bem jurídico é necessária.

Diz o autor, neste contexto, que o Estado Argentino, sua terra natal, não pode se intrometer na vida de ninguém, senão para mediar um conflito, em função do princípio republicano de governo e do princípio da lesividade, este estampado no artigo 19 da Constituição Argentina, nos seguintes termos:

As ações privadas dos homens, que de nenhum modo ofendam a ordem e a moral pública, nem prejudiquem terceiro, estão reservadas somente a Deus, e isentas da autoridade dos magistrados. Nenhum habitante do País será obrigado a fazer o que não manda a lei, nem privado do que ela não proíbe.⁵⁹

Diz o autor que tal limite é uma barreira intransponível ao poder do Estado em geral e ao poder punitivo em particular. A norma constitucional prevista no artigo 19, qual seja, do princípio da lesividade, não só exige que haja uma lesão, senão, ademais, requer que esta seja juridicamente imputável ao agente.

Zaffaroni afirma, ainda, que uma ação e um resultado não lesivo só constituem um indiferente penal, e uma ação e um resultado lesivo, mas não imputável objetivamente a alguém, só constitui um acidente.

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de derecho penal:** parte general. Buenos Aires: Ediar, 2006. p. 369-370.

⁵⁹ No original: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

Assim, a lesividade só se comprova, e o tipo penal somente se perfaz, se se constatar a afetação ao bem jurídico, por dano ou por perigo certo, ou concreto, de forma significativa. A imputação, por sua vez, ainda segundo o autor, se verifica com a comprovação de que o agente foi autor de um fato e teve o domínio da ação.

Como se vê, o Direito Penal não se contenta apenas com a definição formal de tipicidade: sem efetiva ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal o fato é atípico, embora a conduta encontre definição numa norma penal incriminadora.

Nesse sentido, merece destaque decisão emblemática proferida pelo Desembargador Nereu José Giacomolli⁶⁰, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Quando não há lesão ou perigo concreto a um bem jurídico, o fato não se reveste de tipicidade no plano concreto. A ofensividade a um bem jurídico integra o tipo penal, de modo que, além da previsão abstrata, da conduta, da causa, do resultado, o tipo se perfectibiliza na vida dos fatos se houver ofensa relevante a um bem jurídico.

[...] A infração penal não é mera violação da norma. É mais que isto, é violação do bem jurídico, numa perspectiva de resultado e de relevância da ofensa ao bem jurídico protegido. A tutela ao bem jurídico há de ser averiguada do ponto de vista positivo, ou seja, de que somente há transgressão da norma quando efetivamente existe um ataque ofensivo ao valor tutelado.

[...] Afastada a efetiva ofensa ao bem jurídico, o tipo penal abstrato não se perfectibiliza no plano concreto da realidade da vida.

[...] Fere a dignidade humana a condenação por um fato que não lesa, de forma concreta, o bem jurídico eleito,

⁶⁰ TJRS, 6.^a Câm. Crim., Ap. Crim. 70020250650, rel. Des. Nereu José Giacomolli, DJ 16.08.2007.

como a aplicação de uma sanção criminal se não houve relevância no ataque. A ausência de ataque não autoriza a reação punitiva, sob pena do ser humano ser considerado mero objeto.

Portanto, na esteira das ponderações retro perfiladas, é forçoso reconhecer que a conduta que não tem o condão de oferecer, ao menos, risco concreto a um bem jurídico é penalmente atípica, razão pela qual não merece a sanção rigorosa do Direito Penal, com aplicação de pena que, qualquer que seja ela, será maculada pela desproporcionalidade e pela desnecessidade. É o caso dos crimes de perigo abstrato.

Isso porque, entre outros motivos, embora o fato seja formalmente típico (tipicidade por subsunção), é materialmente atípico, vez que não terá o condão de ofender o bem jurídico tutelado pela norma penal, ante a ausência de potencialidade lesiva, além da desproporcionalidade entre a conduta e a pena eventualmente aplicada.

Relevante destacar a posição adotada por Luiz Flávio Gomes⁶¹ ao defender a moderna *teoria constitucionalista do delito*, fundada numa leitura do Direito Penal à luz da Constituição, que enfoca o delito como uma ofensa *concreta* ao bem jurídico protegido pela norma penal (*nullum crimen sine iniuria*):

Sublinhe-se, de outro lado, que, por força do princípio da intervenção mínima, essa ofensa deve ser real ou concreta, transcendental, grave e intolerável e o bem jurídico altamente relevante. Crime, portanto, nada mais é que uma ofensa *real ou concreta, transcendental, grave e intolerável* a um bem jurídico *relevante* protegido pela lei.

É possível notar, portanto, que, para que uma conduta se caracterize como ilícito penal, necessário se faz que haja uma ofensa concreta ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal ou, então, que ao

⁶¹ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal:** parte geral: teoria constitucionalista do delito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 77.

menos a conduta tenha potencial para colocar em risco, embora sem ofender, o bem jurídico. É o que ocorre, neste último caso, com os crimes de perigo concreto.

Já os crimes de perigo abstrato, por sua vez, não exigem, para sua configuração, que o bem jurídico seja posto em risco, mas, ao contrário, se contentam com a mera e remota possibilidade de risco, sem fundamento em nenhum dado concreto.

Nota-se, pois, com base nos estudos acima, que os crimes de perigo abstrato não se sustentam à luz do princípio da lesividade ou ofensividade, norteador do Direito Penal Clássico.

Não se desconhece, entretanto, que os crimes de perigo abstrato são uma realidade, com assento constitucional e amparo doutrinário. O Egrégio Supremo Tribunal Federal e o Colendo Superior Tribunal de Justiça assim já decidiram:

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.⁶²

Os crimes de perigo abstrato são os que prescindem da comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado, ou seja, não se exige a prova do perigo real, pois este é presumido pela norma, sendo suficiente a periculosidade da conduta, que é inerente à ação. As condutas punidas por meio dos delitos de perigo abstrato são as que perturbam não apenas a ordem pública, mas lesionam o direito à

⁶² STF, HC 102087, rel. Min. Celso de Mello, j. 28.02.2012; HC 104410, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06.03.2012.

segurança, daí por que se justifica a presunção de ofensa ao bem jurídico tutelado. A simples criação dos crimes de perigo abstrato não representa comportamento inconstitucional. Contudo, não há como se negar que os princípios da intervenção mínima e da lesividade ensejam um controle mais rígido da proporcionalidade de tais delitos, uma vez que se deverá examinar se a medida é necessária e adequada para a efetiva proteção do bem jurídico que se quer tutelar.⁶³

No entanto, ainda em sede jurisprudencial, o próprio Superior Tribunal de Justiça tem decidido, no que toca à necessidade de potencialidade lesiva da conduta, ser esta indispensável, exigindo, pois, um mínimo de perigo concreto ao bem jurídico tutelado pela norma, não bastando a simples indicação de perigo abstrato.⁶⁴

Nessa linha:

A doutrina penal moderna repudia o denominado crime de perigo abstrato. O crime é fenômeno socialmente negativo. Daí o resultado evidenciar dano, ou perigo de dano ao bem juridicamente tutelado. Perigo, por sua vez, entendido como probabilidade (não mera possibilidade) de dano. Cumpre, por isso, afastar o mero perigo abstrato que traduz idéia de somente em tese o objeto jurídico ser afetado. [...] A moderna doutrina de direito penal considera o resultado normativamente. O aspecto físico é secundário. Entende-se-lhe como “dano” ou “perigo” ao bem juridicamente tutelado. O “perigo”, por seu turno, probabilidade (não mera possibilidade) de dano. Com isso, renegam-se os crimes de perigo abstrato.⁶⁵

Mas prevalece, salvo em casos específicos, o entendimento segundo o qual os crimes de perigo abstrato são validamente aceitos.

⁶³ STJ, HC 201000196447, rel. Min. Jorge Mussi, j. 03.05.2012.

⁶⁴ STJ, REsp 201001532869, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 08.06.2011; AGRHC 201100094966, rel. Min. Haroldo Rodrigues, j. 11.04.2011.

⁶⁵ STJ, RHC 199800923500, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 02.02.1999.

Veremos doravante, no item que segue, o princípio da precaução, que, ao que parece, serve de lastro, pilar mestre, para a consagração e validação dos crimes de perigo.

1.3 Princípio da precaução

Como já foi dito anteriormente, se há um princípio em que se fundam e se fundamentam os crimes de perigo, sobretudo os crimes de perigo abstrato, esse princípio é o da *precaução*.

A garantia da ordem social, por meio das leis penais, sobretudo na atualidade, em que se propala o aumento da criminalidade, justifica, segundo seus defensores, a criminalização de condutas, em número crescente, sem que haja a necessidade de essa conduta ofender de forma concreta e objetiva o bem jurídico protegido pela norma incriminadora.

A esse fenômeno a doutrina convencionou chamar de *crime de tutela antecipada*, e isso se traduz, em linguagem popular, no brocardo *é melhor prevenir do que remediar*. Ou seja, a precaução é necessária e justifica a incriminação de condutas, em que pese a ofensa – a meu sentir – ao princípio da ofensividade.

O professor Pierpaolo Cruz Bottini⁶⁶, em obra específica sobre os crimes de perigo abstrato, cuidou de definir o princípio da precaução, assim o fazendo:

O termo “precaução” deriva do latim tardio *precautionis*, que significa cautela antecipada. O princípio da precaução, princípio da prudência ou princípio da cautela pode ser conceituado como a diretriz para a adoção de medidas de regulamentação de atividades, em casos de

⁶⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato** cit., p. 48-49.

ausência de dados ou informações sobre o potencial danoso de sua implementação.

Segundo o conceito apresentado, o princípio da cautela ou da prudência, sinônimos do princípio da precaução, se caracteriza pela necessidade de regulamentação de condutas, nos casos em que não há dados ou informações sobre aquilo que se pretende tutelar.

Ainda segundo preceitua Bottini⁶⁷, se a periculosidade for passível de ser demonstrada cientificamente ou evidenciada por dados estatísticos, em que pese a necessidade do controle de riscos, não há falar em princípio da precaução, uma vez que há, repita-se, informações sobre os riscos, vale dizer, há certeza científica ou, pelo menos, evidências da periculosidade.

De outro lado, se não houver certeza científica nem constatações estatísticas precisas sobre os potenciais efeitos da atividade, surge, então, o princípio da precaução, como norte para a tomada de medidas de regulamentação.

A depender da situação – existência ou não de dados científicos ou evidências estatísticas sobre os riscos –, surge a diferenciação entre *precaução* e *prevenção*; daí a explicação de Bottini⁶⁸:

Desta forma, ou a periculosidade do comportamento é evidenciada por constatações científicas, e o gestor aplica medidas de prevenção, ou se revela apenas indiciária, diante do que são tomadas medidas de precaução. Importa ressaltar, a delimitação precisa dos termos utilizados no presente trabalho, que a precaução se diferencia da prevenção. O princípio da prevenção, ao contrário da precaução, orienta medidas de restrição a atividades cuja periculosidade é constatada pela ciência, ou pela evidência estatística. Desta forma, o princípio da prevenção será a diretriz para a restrição de uma

⁶⁷ Id., p. 49.

⁶⁸ Id., p. 50-51.

atividade diante da evidência de um perigo ou dano possível, quando houver um risco já diagnosticado.

Já o princípio da precaução tem seu âmbito de aplicação no conjunto de técnicas ou produtos em relação aos quais não existe certeza científica ou constatação estatística sobre seus efeitos potenciais. O princípio da precaução, portanto, surge na seara do cientificamente desconhecido.

Essa distinção entre precaução e prevenção não é apenas uma questão doutrinária ou de nomenclatura: é essencial para o estudo desse princípio como fundamento para os crimes de perigo abstrato.

A importância dessa definição ganha relevo diante do fato em apreço, em que a aplicação desse princípio é voltada para a regulamentação de uma conduta penal, com a definição de um fato criminoso, acompanhada de uma sanção penal, que, em regra, é a privação da liberdade.

Deve-se ter em conta, portanto, a gravidade da intervenção estatal e dos princípios e limites que regulam o exercício do poder punitivo. Vale dizer, parafraseando Bottini, que a possibilidade de utilização da pena para restringir certos comportamentos exige que as condutas ostentem um grau de periculosidade intolerável para a manutenção do equilíbrio social, acarretando danos ou perigos a bens indispensáveis à vida em comum. Ao contrário, aquelas condutas que não apresentem tais características estarão fora do âmbito de abrangência da norma criminal.

Explicando a importância da distinção entre a precaução e a prevenção, utilizados como norte ou guia na produção de normas penais de perigo, Bottini explica:

Se entendermos que o direito penal é um dos instrumentos utilizados pelo gerente de riscos para fazer valer as medidas restritivas adotadas, fica evidente a necessidade de distinção entre condutas sobre as quais incidem regras de prevenção e condutas sobre as quais incidem regras de precaução. A gravidade que reveste as

primeiras é maior do que a gravidade que reveste as últimas, diante do grau de conhecimento que a ciência tem de ambas. Isto significará, como será demonstrado mais adiante, que as primeiras são passíveis de proteção por ameaças e sanções mais incisivas do que as últimas. Deste fato decorre a necessidade de avaliação crítica sobre a legitimidade de utilização do direito penal em âmbito de precaução. A possibilidade do exercício do poder punitivo será limitada ao terreno da prevenção, no qual estão as condutas cujos efeitos danosos são conhecidos pela ciência.

Como visto, em resumo, a diferença entre precaução e prevenção reside na quantidade ou qualidade de informações que se tem em relação a determinado fato, comprovados cientificamente ou provados estatisticamente.

Assim, quando os dados ou fatos podem ser comprovados pela ciência ou evidenciados estatisticamente, estamos diante do *princípio da prevenção*; de outra banda, se houver ausência de dados ou se tais dados não puderem ser tidos como provados, isto é, não há certeza científica, estamos falando do *princípio da precaução*.

Esse último é o que baliza, segundo a doutrina, os crimes de perigo abstrato.

Desde logo já é possível, no meu sentir, fazer uma crítica, ainda que simplista: a *precaução*, como fundamento para a adoção de figuras típicas de perigo abstrato, é utilizada em casos em que há ausência de dados científicos ou estatísticos, como visto acima (ao contrário da *prevenção*); e, nesse caso, é leviano, para dizer o mínimo, criminalizar condutas, *ultima ratio* do sistema de controle social, com alicerce apenas em dados empíricos.

De todo modo, o princípio da precaução é que vem servindo de base ou sustentação para a adoção de crimes de perigo abstrato, conforme dito acima, como corolário da denominada *política criminal*.

1.3.1 Desenvolvimento histórico do princípio da precaução

Pouco se escreveu e se escreve sobre o princípio da precaução, mormente no âmbito do Direito Penal. Ele aparece quando se trata dos crimes de perigo abstrato, embora a maioria dos autores o ignore, sobretudo no estudo do Direito Penal do Meio Ambiente, como forma de prevenção (termo não empregado tecnicamente). Aliás, é tratando do Meio Ambiente que esse princípio é empregado pela primeira vez.

Pierpaolo Cruz Bottini⁶⁹, que escreveu mais detidamente sobre esse princípio, em sua obra sobre os crimes de perigo abstrato, reafirma que a adoção de medidas de controle de atividades cujos potenciais de criação de danos são desconhecidos se institucionalizou na Alemanha, nos anos 60, para a proteção do meio ambiente. O *Vorsorgeprinzip* (princípio da precaução) surge, então, para balizar a política de proteção ambiental na Alemanha, com a imposição de regras para impedir ou minimizar uma ameaça de danos ambientais irreversíveis, mesmo que os conhecimentos científicos até então acumulados não confirmassem tal risco.

Explicando os motivos que levaram à criação desse princípio, Bottini⁷⁰ assim elucida:

Os sistemas de gestão de risco se tornaram obsoletos porque partiam do patamar do risco conhecido que, aos poucos, vai cedendo diante da incapacidade científica de desvendar a periculosidade inerente às atividades humanas. Este fenômeno leva à necessidade de substituição do saber nomológico por outras bases, que orientam a atuação do gestor do risco. O princípio da precaução surge, então, como alternativa capaz de pautar

⁶⁹ Id., p. 51.

⁷⁰ Id., p. 52.

a administração dos riscos e ocupar os espaços de regulamentação institucional de atividades.

O princípio da precaução surge, de forma expressa, pela primeira vez, no direito internacional, no Ato de Poluição do Ar, de 1974, e, depois, na Carta Mundial da Natureza, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1982.

O primeiro tratado internacional a referir o termo é a Convenção de Viena, de 1985, que dispõe sobre “medidas de precaução”. A partir daí, o princípio da precaução vai se expandindo gradativamente no plano internacional, sendo mencionado na Declaração Ministerial da Segunda Conferência do Mar do Norte, de 1987, na Convenção de Bamako, de 1991, além de outras Cartas, até sua consagração na Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992.⁷¹

Mencionam, ainda, o princípio a Convenção sobre Diversidade Biológica e o Convênio de Paris para a Proteção do Meio Marinho do Atlântico Nordeste, ambos de 1992, e o protocolo de Cartagena sobre Biossegurança, do ano de 2000, entre outros.

Na União Europeia, o princípio da precaução é tratado no inciso 2 do artigo 174 do Tratado da União Europeia e na Resolução sobre segurança alimentar, aprovada pelo Comitê Parlamentar Misto do Espaço Econômico Europeu, ambos de 1999.

Nos dias de hoje, o princípio da precaução vai além do âmbito ao qual foi originalmente atrelado, o do meio ambiente, para incidir sobre variados campos, como a saúde pública, os direitos de consumo e, sobretudo, o Direito Penal.

Entre nós, o princípio da precaução aparece expressamente na Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), em seu artigo 1.º. Ademais, o Brasil ratificou e incorporou ao nosso ordenamento jurídico três diplomas internacionais que fazem referência ao princípio da precaução: a Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e

⁷¹ Id., p. 52.

Desenvolvimento, a Convenção sobre a Diversidade Biológica e o Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro sobre Mudança no Clima.⁷²

Como visto, o princípio da precaução é realidade no direito comparado e entre nós, sobretudo em matéria de regulamentação de proteção ambiental, como também no Direito Penal, ainda que não expressamente, para conferir substrato à criação de normas incriminadoras voltadas à proteção de bens supraindividuais, por meio dos tipos penais de perigo.

Vejamos agora, no capítulo que segue, os crimes de perigo abstrato propriamente dito, com foco na validade de tais tipos penais, tendo em vista a estrutura do delito e as regras e princípios do Direito Penal Clássico, de um lado, e o princípio da precaução, de outro.

⁷² Id., p. 53.

CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

2.1 Notas introdutórias

Como dito anteriormente, é objeto do presente trabalho analisar a validade do Direito Penal de Perigo, representado, aqui, pelos crimes de perigo abstrato, tomando como paradigma os princípios norteadores do Direito Penal Clássico, notadamente os princípios da ofensividade ou lesividade e da intervenção penal mínima.

O ponto central do trabalho, portanto, são os crimes de perigo abstrato.

Entretanto, com vistas a uma melhor compreensão do tema, cumpre tratar do chamado Direito Penal do Risco, em contraposição ao Direito Penal Clássico. Isso porque os crimes de perigo abstrato, objeto do presente estudo, constituem uma das formas de expressão desse Direito Penal do Risco.

Para se compreender o Direito Penal do Risco, é preciso que se tenha em mente que a sociedade atual passou por uma transformação, deixando de ser uma sociedade industrial para se tornar, hodiernamente, uma sociedade altamente tecnológica, massificada e global.

Essa nova faceta social traz como característica, dentre muitas outras, a possibilidade de produção de riscos pela conduta humana. Não que antes a conduta humana não pudesse produzir riscos, mas a questão reside no fato de que, em uma sociedade global e massificada, a produção de riscos se torna mais perceptível. É importante compreender que nessa nova estrutura social nem sempre os riscos são realmente

maiores, mas a sensação de risco, a sensação de perigo, se torna cada vez mais presente na vida do homem.

Assim, na sociedade do risco, viver é, ao mesmo tempo, objetivamente seguro e subjetivamente inseguro, pois se convive com perigos e inseguranças subjetivas. Objetivamente seguro, na medida em que o avanço tecnológico contribui para a diminuição dos riscos existentes. Contudo, é subjetivamente inseguro, na medida em que a percepção dos riscos é maior, bem como a consciência da existência deles também o é.

Reflexo disso é o fato de que, cada vez mais, a sociedade clama por respostas do Estado e do Direito, na busca pela neutralização desses riscos.

Com isso, o discurso do risco influencia o próprio Direito, na medida em que a sociedade do risco, na tentativa de se preservar, requer um Direito Penal expansivo, que tutele novos bens jurídicos, em sua maioria supraindividuais.

Renato de Mello Jorge da Silveira⁷³ nos ensina que, embora seja paradoxal a ideia de proteção antecipada de uma determinada lesão, sobretudo quando muito se fala acerca da necessidade de mínima intervenção do Direito Penal, certo é que isso se justifica através da nova criminalidade identificada nas sociedades pós-industriais, o que contribuiu para a ampliação da análise desse fenômeno de expansão.

Tal expansão do Direito Penal e, principalmente, a necessidade de tutela desses novos bens jurídicos advindos da sociedade do risco, bem como de minimização dos riscos existentes na sociedade, fizeram com que o Direito Penal Clássico se veja ameaçado, uma vez que, na lógica do discurso do risco, não há lugar para a observância de seus princípios basilares, como, por exemplo, o princípio da intervenção mínima.

⁷³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 90.

Segundo Diego Romero⁷⁴, ao se tentar aumentar a segurança social, comprometeu-se a estrutura clássica do Direito Penal, pois se passou a aceitar que fossem punidos resultados prováveis ou possíveis, embora não concretos, desde que se vislumbraresse neles um potencial perigo.

Prosseguindo, o referido autor afirma:

Cada vez mais se acentua uma ideologia punitiva, ampliando o campo das condutas penalmente condenáveis, mesmo sem estarem ligadas a um resultado danoso, ou sem apresentarem uma direta, ou perceptível, situação de dano próximo.

Põe-se em relevo, então, um dos traços mais evidentes do Direito Penal hipertrofiado, que consiste precisamente na criminalização adiantada ou antecipada de algumas condutas frente ao que tradicionalmente foi considerado seu núcleo básico: a lesão.

Dessa forma, observa-se que ao Direito Penal coube uma função simbólica, eis que a finalidade a que se presta nesta nova lógica é a minimização do risco, produzindo, assim, a almejada segurança. Trata-se, pois, de um papel de prevenção, com vistas a proteger determinados bens jurídicos.

Assim, o Direito Penal, na lógica do risco, ou, mais precisamente, o Direito Penal do Risco, tenta estabelecer que o crime decorre de um conceito ligado à ideologia da segurança, e desse modo enseja a antecipação da proteção penal, por meio da “criminalização antecipada do perigo, a fim de se evitar que o planeta corra riscos ou catástrofes anunciadas.”⁷⁵

É a partir daí que se estabelece o que se pode denominar de dogmática do risco.

⁷⁴ ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 39, ago.-set. 2006, p. 60.

⁷⁵ Id., p. 60-61.

Acerca da questão, assevera Diego Romero⁷⁶:

Nesse diapasão, o legislador oportunizou ao julgador a atribuição de procurar potencialidades danosas, bem como se deu a competência para criar bases normativas destinadas a punir antecipadamente condutas. Nasceram daí normas com previsões genéricas, que concederam ao juiz um amplo espectro decisório, sem previsão específica do campo de atuação do agente, ou do desvalor de sua atuação.

Nota-se, pois, que o legislador facilita os caminhos da punição criminal, pois, se renuncia a prova de um dano e a prova da causalidade entre a conduta e o resultado, já este é presumido, na busca de uma efetiva repressão ao crime.

É nesse contexto que se inserem os crimes de perigo abstrato. Como bem leciona Raúl Arana⁷⁷, levando em consideração a lógica da sociedade do risco:

Se se pretende uma intervenção preventiva do Direito Penal em nossa sociedade, se necessita de uma intervenção por meio dos delitos de perigo abstrato. Os delitos de resultado seriam inúteis para atingir estes objetivos.

Entretanto, para ele⁷⁸:

A simples funcionalidade de uma norma penal não fundamenta sua legitimidade. Isso significa que as diferentes normas penais não podem ser legitimadas

⁷⁶ Id., p. 57.

⁷⁷ ARANA, Raúl Pariona. El derecho penal moderno cit., p. 160, tradução nossa. No original: “Si se pretende una intervención preventiva del Derecho penal en nuestra sociedad, se precisa una intervención mediante los delitos de peligro abstracto. Los delitos de resultado serían inútiles en la consecución de estos objetivos.”

⁷⁸ Id., p. 160-161, tradução nossa. No original: “La simple funcionalidad de una norma penal no fundamenta su legitimidad. Esto significa que las diferentes normas penales no pueden ser legitimadas solamente bajo la consideración de que un ordenamiento jurídico penal orientado a la efectiva protección de bienes jurídicos no puede renunciar a dichos tipos penales.”

somente sob a consideração de que um ordenamento jurídico orientado à proteção efetiva dos bens jurídicos não pode renunciar a tais tipos penais.

Em outras palavras, a legitimidade, ainda que necessária, não é suficiente para pressupor a intervenção do Direito Penal, na medida em que toda intervenção do Direito Penal constitui uma afronta a direitos fundamentais do cidadão.

Acerca da função simbólica que se atribui ao Direito Penal, verificou-se no Brasil, ao longo dos anos, de forma crescente, o surgimento de inúmeras condutas de perigo abstrato, sem que, no entanto, se verificassem quaisquer resultados efetivos. Disso se depreende que a adoção de um Direito Penal do Perigo pode não ser capaz de demonstrar que esse tipo de criminalização não é medida apta a efetivamente produzir segurança ou, quiçá, sensação de segurança.

Seus efeitos são, assim, apenas simbólicos, ou seja, dão a falsa impressão da existência de mecanismos aptos a prevenir possíveis lesões a determinados bens jurídicos; entretanto, não dão conta de prevenir, e muito menos conseguem manter, a sensação de segurança que originalmente produzem ou parecem produzir.

2.2 Crimes de dano e crimes de perigo

Analisado, ainda que brevemente, o contexto em que se inserem os crimes de perigo abstrato, é de crucial importância que se apresente uma definição para eles. Entretanto, não há como falar em crimes de perigo abstrato sem que se fale sobre as distinções entre crime de dano e crime de perigo.

Lycurgo de Castro Santos⁷⁹ nos ensina que os tipos penais são divididos de forma a favorecer sua interpretação, levando-se em consideração as distintas possibilidades e estruturas:

Dentre tais divisões, encontramos aquela que diferencia tipos de injusto de resultado e tipos de injusto de mera atividade. Verifica-se, nos primeiros, a produção no objeto da ação de um efeito diferenciado e separado no tempo e no espaço. Já nos tipos de injusto ou delitos de mera atividade é prescindível que a relação entre a ação e o seu objeto derive no mundo sensível em uma alteração espaço-temporal; vale dizer, para a realização do tipo penal não se leva em conta o efeito externo à ação.

Em ambas as classes de delitos (de resultado e de mera atividade), ressalte-se, é necessário que haja um menoscabo ao bem jurídico protegido pela norma penal, que não se confunde evidentemente com aquele efeito exterior próprio dos tipos penais de resultado. A ausência de ofensa ao bem jurídico que se buscou proteger com a norma penal torna atípica a conduta.

Dentre as classificações existentes no estudo do crime está a que identifica os crimes de dano e os crimes de perigo, como visto acima.

Os crimes de dano são aqueles em que, de regra, se exige a produção de um resultado naturalístico, isto é, a ação ou conduta do agente é capaz de alterar materialmente algo, como, por exemplo, no crime de homicídio. Ou seja, há real ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Segundo Cleber Rogério Masson⁸⁰, os delitos de dano são aqueles em que a consumação se produz apenas quando ocorre efetiva lesão ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora. Como exemplos podem

⁷⁹ SANTOS, Lycurgo de Castro. Artigo 32 da LCP: contravenção de perigo concreto ou abstrato? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 3, n. 28, abr. 1995, p. 6. JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**. 4. ed. Trad. J. L. Manzanares Samaniego. Granada: Colmares, 1993. p. 238.

⁸⁰ MASSON, Cleber Rogério. Classificação dos crimes. In: _____. **Direito penal esquematizado: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Gen/Método, 2010. v. 1, p. 180.

ser lembrados os crimes de homicídio (art. 121, CP), de lesões corporais (art. 129, CP) e de dano (CP, art. 163).

É de se ressaltar que

[...] o dano reveste-se de um conceito normativo, representando o fruto de uma valoração de um evento imputável a um indivíduo em relação às exigências de uma dada norma, a qual vem a considerar que o interesse protegido seja afetado de forma penalmente relevante.⁸¹

Entretanto, em outros tipos penais tem-se que a descrição típica não enseja a ocorrência de um dano, mas apenas a colocação em risco de um determinado bem jurídico penalmente tutelado. São os chamados crimes de perigo⁸².

Para Binding⁸³, o perigo é sempre um “abalo da certeza de ser” (*Gefährdung ist immer Erschütterung der Daseinsgewissheit*), o que vale dizer que a significação jurídico-penal do perigo deverá levar em consideração a constatação de um abalo intenso à tranquilidade

⁸¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos cit., p. 90. No caso, o autor está tratando do conceito normativo de dano, que independe da produção de um resultado (de dano) naturalístico.

⁸² Id., p. 91: “Em verdade, desde finais do século XIX, já era o perigo alvo de estudos na seara penal. Afirmavam uns ser ele a possibilidade objetiva de um acontecimento danoso (ou uma situação que contém as condições necessárias e suficientes desse resultado).”

⁸³ BINDING, Karl. **Die Normen und ihre Übertretung**. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Deliktes; v. 1: **Normen und Strafgesetze**. 3. ed. Leipzig: Felix Meiner, 1916. p. 372. Cumpre ainda destacar que, ao se analisar Binding, pode-se afirmar que para ele inexistia a figura dos crimes de perigo abstrato, na medida em que ele considera como perigosas apenas as situações que assim sejam consideradas concretamente. Ou seja, seria um contrassenso pensar em uma conduta na qual o perigo é abstrato, pois ou o perigo existe concretamente, ou não existe. Nessa mesma linha tem-se o pensamento de Antolisei, que, ao tentar distinguir o perigo abstrato do perigo presumido, entendeu que o perigo abstrato ocorreria quando a probabilidade de ofensa se mantivesse sem que se levassem em consideração as circunstâncias especiais da situação concreta. Assim, o perigo abstrato seria genérico e indeterminado, podendo ou não acontecer. Desse modo, Antolisei preferiu falar em perigo presumido em vez de perigo abstrato, na medida em que existem circunstâncias em que o Estado presume a ocorrência de perigo, sem que em verdade ele tenha sido verificado. Isso remonta à questão de os crimes de perigo abstrato serem tipos que criminalizam a mera desobediência. Ainda que os pensamentos de Antolisei e de Binding pareçam apontar para as mesmas conclusões, é de se destacar que Binding nega a existência de perigos abstratos, ao passo que Antolisei entende que a mera modificação do termo abstrato para presumido tem o condão de solucionar as implicações destes tipos penais – SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos cit., p. 95-96.

existencial de um determinado bem jurídico, culminado numa espécie de crise existencial deste⁸⁴.

Por sua vez, Jescheck⁸⁵ entende o perigo como um

[...] anormal estado jurídico em que, para um juízo conforme a experiência, a produção de um dano aparece como provável segundo concretas circunstâncias existentes, e a sua possibilidade resulta óbvia.

O perigo apresenta, como já asseverado no século XIX por Rohland⁸⁶, dois elementos referenciais, a saber: a probabilidade de um acontecer e a danosidade deste mesmo acontecer. Para Faria Costa⁸⁷, consiste em um “estágio em relação ao qual é legítimo prever como possível a ocorrência de um dano-violação”.

Mariângela Gama de Magalhães Gomes⁸⁸, ao tratar da formulação do juízo de perigo de Palazzo, nos ensina que são três os parâmetros utilizados, a saber, a “base”, o “metro” e o “grau”.

A *base* do juízo trata dos fatos que se observam presentes na concreta situação, de forma a indicar a existência de uma situação de perigo. Já o *metro* tem relação com os prognósticos que podem ser feitos em determinadas situações concretas a partir de máximas de experiência, de modo a demonstrar, ainda que através de probabilidades, a ocorrência de um resultado lesivo. Por fim, o *grau* é o *quantum* da probabilidade que se pode verificar em uma situação concreta.

No que tange à normatividade penal, o conceito de perigo assume “efetiva autonomia como objeto real, mas que, nem por isso, deixa de ter

⁸⁴ D'ÁVILA, Fábio Roberto; DARCIE, Stephan Doering. Algumas considerações sobre os crimes de perigo concreto. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 18, n. 218, jan. 2011, p. 9.

⁸⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal** cit., p. 235.

⁸⁶ ROHLAND, Woldemar von. **Die Gefahr im Strafrecht**. Dorpat; Karow. Leipzig: Hinrichs, 1888. p. 1.

⁸⁷ COSTA, José de Faria. **O perigo em direito penal**. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1992. p. 583.

⁸⁸ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 115-117; PALAZZO, Francesco C. **Introduzione ai principi del diritto penale**. Torino: Giappichelli, 1999. p. 150-151.

a sua origem em uma relação de probabilidade que irá se estabelecer entre a conduta e a ocorrência de um resultado danoso”.⁸⁹

Cumpre salientar que houve divergência⁹⁰ na doutrina quanto à existência de probabilidade ou possibilidade de dano nos crimes de perigo, pois, para muitos, haveria a probabilidade de dano, na medida em que a possibilidade não seria capaz de causar temor à existência de um determinado bem jurídico. Ademais, consideravam que a inclusão da possibilidade alargaria o conceito de perigo.

Surgiram, assim, duas teorias que buscavam explicar o perigo: a subjetiva e a objetiva⁹¹.

A subjetiva, ao se basear num conceito positivista-naturalístico, concebe que o perigo existe na mente daquele que possui uma imagem subjetiva do mundo. Isso posto, a partir das experiências é que se observa a possibilidade ou probabilidade de ocorrência de um evento lesivo. Desse modo, um juízo *ex ante* facilmente poderia identificar a existência de um perigo.

Já a teoria objetiva pressupõe que determinadas condutas possuem a propriedade de serem genericamente perigosas. Nesse sentido, o perigo não seria fruto de uma abstração, mas sim do fato de que, atendidas diversas circunstâncias concorrentes, a probabilidade de lesão poderá ser verificada.

Renato Silveira⁹², sobre o assunto, assim nos ensina:

⁸⁹ D’ÁVILA, Fábio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais: algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 67, jul.-ago. 2007, p. 36.

⁹⁰ “A polêmica existente entre os autores sempre foi tida como abrangente. Consideravam alguns que o perigo só seria provável, ou seja, haveria a probabilidade de dano, e não apenas e tão só a sua possibilidade, vez que a mera possibilidade não ocasiona o reflexo subjetivo de temor, além de ampliar enormemente o conceito de perigo” – SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos cit., p. 92-93.

⁹¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos cit., p. 92-93; REALE JÚNIOR, Miguel. **Dos estados de necessidade**. São Paulo: Bushatsky, 1971. p. 59; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 32 et seq.; GREGORI, José Maria Escrive. **La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1976. p. 48 et seq. e p. 51 et seq.

Subjetivamente, o perigo nada mais é do que uma representação mental, um *ens imaginationis*, não presente no plano concreto. Não tem ele, enquanto fruto da mente, existência real, nada mais sendo do que expectativa subjetiva de um evento que não se deseja. Objetivamente, contudo, é tido como *ens reale*, presente, pois, no mundo cotidiano. O prognóstico de uma danosidade não depende da apreciação subjetiva valorativa. Existindo, já goza ele de autonomia suficiente para uma apreciação penal.

Ao se falar em probabilidade, fala-se, em verdade, de uma das matrizes da noção de perigo, como visto anteriormente, e assim sendo, se em um juízo *ex ante* não for constatada a sua existência, de certo restará impossível a ocorrência de dano ao bem jurídico.

Fábio D'ávila⁹³ preleciona que o limite objetivo da noção de perigo é a possibilidade de dano a um bem jurídico. Assim, o critério extremo da probabilidade é possibilidade, e a possibilidade de dano, nas situações em que não se exige que o bem jurídico esteja no raio de ação da conduta perigosa, deve ser verificada a partir de um juízo *ex ante*. “Porém, vale ressaltar, um juízo *ex ante* de base total, de objetiva e real possibilidade de dano ao bem jurídico protegido.”

Ainda sobre o conceito de perigo, e adiantando em parte pontos de posterior discussão deste trabalho, Manfred Volz formulou um novo conceito para a percepção do termo. Partindo da premissa de que a antijuridicidade é voltada contra uma ação humana, o autor descarta a possibilidade de se presumir o perigo, na medida em que o conceito de perigo vem ligado à ideia de crise de um determinado bem jurídico, pelo que não se pode falar em abstrações, que seria o mesmo que admitir uma ficção.

⁹² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos** cit., p. 93. GREGORI, José Maria Escrive. **La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal** cit., p. 48 et seq. e p. 51 et seq.

⁹³ D'ÁVILA, Fábio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais: algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental cit., p. 38.

Segundo Renato Silveira⁹⁴, adotada a teoria do risco presumido, uma determinada conduta pode gerar um risco e, ainda assim, não gerar responsabilidade penal. Isso porque, levando-se em consideração o fato de estarmos inseridos numa sociedade do risco, nem todas as ações, ainda que possam trazer um risco, apresentarão relevância penal, na medida em que esta será dirigida às ações que demonstrem uma probabilidade de lesão a um bem jurídico.

Para o autor⁹⁵, melhor é considerar o perigo como objetiva e normativamente existente, “sendo que a possibilidade ou probabilidade de dano revela verdadeira negligência consciente ou, ainda, dolo eventual que, político-criminalmente, deve suscitar reprovação penal”.

Assim podemos conceituar crime de perigo como aquele que, embora não lesione um determinado bem jurídico, “representa uma ponderável ameaça ou turbação à existência ou segurança de ditos valores tutelados, uma vez existir relevante probabilidade de dano a estes interesses”.⁹⁶

São, portanto, aqueles que se consumam com a simples exposição do bem jurídico a uma situação de perigo, isto é, basta a mera probabilidade de ocorrência do dano.

Ou seja, segundo Fábio Roberto D’Ávila⁹⁷,

[...] para termos um concreto pôr-em-perigo, é necessário que a probabilidade de dano ao bem jurídico seja de tal forma intensa, que se torne possível falar em uma situação de “crise do bem jurídico”, em uma situação em que a continuidade existencial do objeto jurídico de proteção da norma esteja seriamente ameaçada.

⁹⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos cit., p. 108-109; VOLZ, Manfred. **Unrecht und Schuld abstrakter Gefährdungsdelikte**. Apud RIVAS, Nicolás García. **Delito ecológico: estructura y aplicación judicial**. Barcelona: Praxis, 1998. p. 96.

⁹⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos cit., p. 94.

⁹⁶ ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato cit., p. 52.

⁹⁷ D’ÁVILA, Fábio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais: algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental cit., p. 35-36.

Para melhor exemplificar, tomemos emprestado o exemplo de Roxin⁹⁸, em que um motorista, ao fazer uma ultrapassagem de maneira imprudente, apenas não colide com o automóvel que vinha em direção contrária devido unicamente à destreza do outro. Nesse caso, em que o resultado danoso não se verifica apenas pelo acaso, ainda assim não se pode cogitar a inexistência de perigo.

2.3 Crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato

Dos conceitos já analisados, verifica-se que os crimes de perigo subdividem-se em crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato, também chamados de crimes de perigo presumido ou crimes de simples desobediência.

Os delitos de perigo concreto são aqueles em que a consumação apenas se dá com a efetiva prova da ocorrência da situação perigosa, decorrente da conduta típica⁹⁹.

Significa dizer que, para se reconhecer a concretude de um perigo a que se expõe determinado bem jurídico, faz-se necessário que ele “tenha entrado efetivamente no raio de ação da conduta perigosa”¹⁰⁰, ensejando um duplo juízo de verificação, ou seja, *ex ante* e *ex post*.

⁹⁸ ROXIN, Claus. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. München: Beck, 2006. v. 1, nota 37, p. 425.

⁹⁹ “Os bons doutrinadores estabelecem, com segurança, que a execução se caracteriza por colocar o bem jurídico em efetivo perigo de perecimento, numa linha sabidamente seguida desde Betiol, Manzini, Maurach e Hungria, este último citando Carrara e Vannini, bem como Mayer (Comentários, v. 1, t. II, 1958, p. 83-84 – ‘atos que atacam o bem jurídico’). Sem ocorrência desse ataque, causador de perigo concreto, descabido cogitar de punição penal. O perigo, causado a bem protegido por norma incriminadora, deve ser entendido como algo individualizado, com concreta situação de perecimento” – OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Crimes de perigo abstrato. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 4, n. 15, 2004, p. 96.

¹⁰⁰ D’ÁVILA, Fábio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais: algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental cit., p. 35-36.

Diego Romero¹⁰¹ nos ensina que, “nos crimes de perigo concreto, a realização do tipo pressupõe efetiva produção de perigo para o objeto da ação, de modo que a ausência de lesão para o objeto da tutela penal pareça meramente obra do acaso”.

Por sua vez, Juarez Cirino dos Santos¹⁰² aduz que, “segundo a moderna teoria normativa do resultado de Schünemann, o perigo concreto se caracterizaria pela ausência casual do resultado, e a casualidade representa circunstância em cuja ocorrência não se pode confiar”.

Portanto, em nenhum dos dois tipos de crimes de perigo (concreto e abstrato) se exige a ofensa real ao bem jurídico protegido pela norma penal incriminadora.

Porém, no crime de perigo concreto, há possibilidade de ofensa, prevista pelo próprio legislador, como, por exemplo, na conduta de dirigir veículo em velocidade incompatível com a segurança em determinados locais, gerando perigo de dano, ou, então, participar, na direção de veículo automotor, do popularmente denominado *racha*, resultando dano potencial à incolumidade pública ou privada, previstos nos artigos 311 e 308 da Lei 9.503/1997, respectivamente.

Como se vê nesses exemplos, não se exige a ocorrência real do dano, mas o tipo prevê, como requisito da tipicidade formal, que a conduta seja praticada de forma a expor o bem jurídico tutelado ao dano.

Segundo Diego Romero¹⁰³, os crimes de perigo concreto são aqueles que requerem, para sua efetiva consumação, a produção de um resultado, individualmente verificável no caso fático, de real perigo de dano ao bem jurídico tutelado pela lei penal.

¹⁰¹ ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato cit., p. 54.

¹⁰² SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. p. 40.

¹⁰³ ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato cit., p. 53.

Esses delitos, assim como os crimes de lesão, são delitos de resultado; porém, para sua consumação, não se exige um dano efetivo, mas apenas que a conduta crie um perigo de resultado de dano.

Diego Romero¹⁰⁴ ainda indica os requisitos para a caracterização dos crimes de perigo concreto. Primeiro, há que existir um objeto que seja tutelado e que esteja no âmbito de conhecimento e volição do agente da conduta. Ademais, a conduta praticada tem de criar um perigo de dano ao bem jurídico tutelado de maneira real e individual. Por fim, a exposição do bem jurídico a um perigo deve ser concreta, significando que a situação se apresenta apta a ser uma situação em que ocorra uma lesão que não poderá ser evitada.

Por outro lado, nos crimes de perigo abstrato, não se exige sequer a possibilidade de ofensa ao bem jurídico, bastando a mera probabilidade de ofensa¹⁰⁵. Nesses casos, a lei penal apenas descreve a conduta, sem exigir que seja potencialmente danosa.

Acerca das distinções entre os crimes de perigo concreto e abstrato, Jorge de Figueiredo Dias¹⁰⁶ assim preleciona:

Nos *crimes de perigo* a realização do tipo não pressupõe a lesão, mas antes se basta com a mera *colocação em perigo* do bem jurídico. Aqui distinguem-se entre crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstracto. Nos crimes de **perigo concreto** o perigo faz parte do tipo, isto é, o tipo só é preenchido quando o bem jurídico tenha *efectivamente* sido posto em perigo. [...] Nos crimes de **perigo abstracto** o perigo não é elemento do tipo, mas simplesmente *motivo* da proibição. Quer dizer, neste tipo de crimes são tipificados certos comportamentos em nome da sua *perigosidade típica* para um bem jurídico, mas sem que ela necessite de ser

¹⁰⁴ Id., p. 54.

¹⁰⁵ “Referida distinção, por óbvio, acaba por admitir um contexto jurídico no qual o princípio da ofensividade resulta mitigado em importância e aplicabilidade” – D’ÁVILA, Fábio Roberto; DARCIE, Stephan Doering. Algumas considerações sobre os crimes de perigo concreto cit., p. 8.

¹⁰⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. t. I, p. 292.

comprovada no caso concreto: há como que uma *presunção inelidível* de perigo e, por isso, a conduta do agente é punida independentemente de ter criado ou não um perigo efectivo para o bem jurídico. Diz-se também – sendo esta, malgrado as críticas que lhe possam ser dirigidas, uma razoável forma de expressão – que nesta espécie de crimes o perigo é presumido *iuris et de iure* pela lei.

A seu turno, Luis Jimenez de Asúa¹⁰⁷, em sintética, porém precisa, lição, nos ensina que estamos na presença de crimes de perigo concreto quando se exige, para que se possa falar em realização típica, a demonstração, caso por caso, de que efetivamente se produziu um perigo; ao passo que são delitos de perigo abstrato aqueles que, como tais, representam a específica colocação em perigo de bens jurídicos, mas para a criminalização é indiferente que se demonstre, no caso concreto, a especial situação de perigo.

Vale dizer que, nos crimes de perigo abstrato, o perigo assume a posição de elemento de motivação da lei, sendo, portanto, presumido pelo legislador, ao passo que nos crimes de perigo concreto o bem jurídico é efetivamente colocado em risco.

Fábio Roberto D'Ávila¹⁰⁸ entende que essas distinções decorrem do fato de que, nos crimes de perigo concreto, o perigo é uma elementar típica, ao passo que nos crimes de perigo abstrato o perigo se apresenta como um genérico atributo da ação, o que faz com que sua verificação seja prescindível em relação aos escopos da norma. Vale ressaltar que tais escopos convergem para a proibição da prática da própria conduta entendida como perigosa. Segundo o autor, tal distinção “acaba por

¹⁰⁷ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Losada, 1950. v. III, p. 472-473, tradução livre. No original: “[...] nos hallamos en presencia de los primeros cuando exigem, para que pueda hablarse de la realización típica, la demostración caso por caso de que efectivamente se ha producido el peligro [...]; y son delitos de peligro *abstracto* cuando el delito, como tal, representa la específica puesta en peligro de bienes jurídicos, pero la penalidad es indiferente de que se demuestre en el caso concreto la especial situación de peligro”.

¹⁰⁸ D'ÁVILA, Fábio Roberto; DARCIE, Stephan Doering. Algumas considerações sobre os crimes de perigo concreto cit., p. 8.

admitir um contexto jurídico no qual o princípio da ofensividade resulta mitigado em importância e aplicabilidade”.

O que se depreende das distinções acima descritas é que os crimes de perigo concreto devem ser verificados na medida de sua efetividade, admitindo presunção *iuris tantum*, ou seja, cabendo prova em contrário. Sua constatação se dá, assim, num juízo *ex post*, ao passo que os crimes de perigo abstrato mostram-se absolutamente hipotéticos, posto que apresentam sua tipificação modulada pelo legislador. Não pressupõem qualquer verificação posterior em relação ao resultado, bastando um juízo *ex ante* somente no que tange à ação¹⁰⁹.

Acerca do juízo *ex ante*, necessário à verificação da existência de um abstrato perigo, Fábio Roberto D’Ávila¹¹⁰ traz em sua obra um excelente exemplo, que merece destaque neste trabalho:

Vejamos isto a partir do tradicional exemplo do trânsito: em uma estrada de duplo sentido, o condutor A resolve fazer uma ultrapassagem imprudente no preciso momento em que possui à sua frente uma curva que lhe retira a visibilidade. Daqui, três situações podem seguir: (1) o condutor A, ao realizar a ultrapassagem, encontra um carro em sentido contrário, com o qual se choca, provocando a morte do condutor B. (2) O condutor A encontra um carro em sentido contrário, com o qual não se choca, em razão de uma manobra defensiva realizada pelo condutor B, que o faz, até mesmo, sair da estrada. (3) O condutor A não encontra nenhum carro em sentido contrário, conseguindo concluir a ultrapassagem. Como se percebe, em uma perspectiva *ex ante*, as três situações são idênticas, diferenciando-se apenas em uma perspectiva *ex post*. O condutor A cria *situações de perigo* que evoluem de forma diferente e que irão

¹⁰⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A busca da legitimidade dos crimes de perigo abstrato no direito penal econômico. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 20, n. 238, set. 2012, p. 6-7.

¹¹⁰ D’ÁVILA, Fábio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais: algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental cit., p. 42.

caracterizar diferentes formas de ofensividade. No primeiro caso, um dano; no segundo, um concreto pôr-em-perigo; e, no terceiro, uma ofensa de cuidado-de-perigo. Afinal, não há dúvida de que, ao realizar a ultrapassagem, o condutor A cria uma situação de perigo que intersecciona a esfera de manifestação do bem jurídico, retirando-lhe a tranquila expressão – que, em determinadas situações, pretende preservar a norma – mediante uma significativa possibilidade de dano. O que, por certo, não ocorreria se, por alguma razão, como, *v.g.*, na hipótese da estrada estar fechada em sentido contrário, não fosse possível afirmar a referida possibilidade de dano.

Como se percebe do exemplo, o juízo *ex ante* de verificação de um perigo pode se dar em condutas que efetivamente causam dano, que denominamos por tipos de lesão; em condutas que somente não causam dano em face do acaso, que denominamos por tipos de perigo concreto; e em condutas que não causam dano algum, mas que poderiam causar, que conhecemos por tipos de perigo abstrato.

Assim, o traço distintivo entre as duas modalidades de crimes de perigo é a verificação da existência do perigo após a prática da conduta. Em ambos os casos, há um perigo hipotético anterior à prática do tipo penal, mas apenas em uma das modalidades, a dos tipos de perigo concreto. É que a prática da conduta cria um concreto perigo ao bem jurídico penalmente tutelado.

Renato de Mello Jorge Silveira¹¹¹ adverte que, para Schünemann, a bipartição entre crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato foi sempre pouco precisa, o que acarretou nos tipos de perigo abstrato-concreto, também conhecidos como delitos de perigosidade ou de

¹¹¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A busca da legitimidade dos crimes de perigo abstrato no direito penal econômico cit., p. 6-7; idem, **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 120 et seq.; SCHÜNEMANN, Bernd. La estructura de los delitos de peligro (los delitos de peligro abstracto y abstracto-concreto como modelo del derecho penal económico moderno). Trad. Irene Molina González. In: _____ et al. **Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos**. Lima: Ara, 2008. p. 17 et seq. e p. 19.

idoneidade. A partir dessa nova modalidade, em que se determina uma abstração no perigo, o julgador poderá, concretamente, verificar um potencial desvalor do resultado a legitimar a repreensão penal. Assim, para Schünemann, é critério decisivo a aptidão de uma conduta para lesionar um determinado bem jurídico. Esse critério é, simultaneamente, abstrato e concreto, na medida em que aponta tão somente para um excesso de risco e, ao mesmo tempo, leva em consideração todos os detalhes do fato concreto.

2.4 Análise dos crimes de perigo abstrato à luz dos princípios da ofensividade e da precaução

A partir das distinções anteriormente apresentadas antecipou-se o ponto central da conceituação dos crimes de perigo abstrato, a saber, o fato de que, como bem afirmou Mariângela Gama de Magalhães Gomes¹¹², o perigo a que se expõe o bem jurídico tutelado “não é requisito típico, mas é dado pela lei como ínsito à própria conduta, porque considerada perigosa, e o juiz fica restrito a encontrar a conformidade desta à descrição típica”.

Segundo Diego Romero¹¹³:

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,

¹¹² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal** cit., p. 117; CANESTRARI, Stefano. Reato di pericolo. **Enciclopedia giuridica Treccani**. Roma: Treccani, 1991. v. XXVI, p. 2; GRASSO, Giovanni. L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, Giuffrè, a. XXIX, fasc. 3, jul.-set. 1986, p. 696-697.

¹¹³ ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato cit., p. 56.

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.

Dessa forma, nos delitos de perigo abstrato, objeto central do presente estudo, a consumação se dá, automaticamente, com a prática da conduta típica. Nesses casos, não se exige, para a tipificação, a prova de ocorrência de uma situação perigosa. Ao contrário, a colocação do bem jurídico tutelado em perigo é dispensável.

Vale dizer que, nesses casos, há presunção absoluta (*iuris et de iure*¹¹⁴) de que determinadas condutas expõem a perigo o bem jurídico tutelado, que é o que ocorre, por exemplo, com o tráfico de drogas.

Assim, não se exige que o bem jurídico tutelado nesses casos esteja efetivamente no raio de ação de uma conduta perigosa, dispensando-se, assim, o juízo *ex post*¹¹⁵, necessário no caso dos crimes de perigo concreto.

Ademais, o perigo abstrato deve ser considerado como uma noção relacional¹¹⁶, ou seja, uma probabilidade de dano ao bem jurídico, que será objetivamente limitado por essa relação. Dessa forma, percebe-se que, dentre os elementos que compõem o crime de perigo abstrato, apenas a probabilidade de dano deve ser entendida como um elemento operatório.

¹¹⁴ “Parece considerar que, nesses casos, há uma transação da decisão do perigo, do juiz ao legislador” – SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos cit., p. 97.

¹¹⁵ Para Tiedemann, não há falar em crime de perigo abstrato em sentido próprio, uma vez que inexistente a possibilidade de se produzir a prova, no caso concreto, da não colocação em risco do bem jurídico em questão – DIAS, Augusto Silva. Repercussões político-criminais e dogmáticas da distinção: estrutura do ilícito-típico dos novos *delicta in se*. In: _____. **Delicta in se e delicta mere prohibita**: uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 827 (nota de rodapé).

¹¹⁶ D’ÁVILA, Fábio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais: algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental cit., p. 37-38.

Roberto D'Ávila nos ensina, uma vez mais, que o critério limite de verificação do perigo abstrato é um critério misto, objetivo-normativo, que nos remete à ideia de uma possibilidade significativa de ocorrência de dano a um determinado bem jurídico.

Tal possibilidade tem de ser constatada pelo magistrado a partir de um juízo *ex ante* de base total. Vale dizer, a sua constatação depende da consideração de todas as circunstâncias objetivas, que no caso concreto se mostrem relevantes, não havendo a necessidade do prévio conhecimento delas pelo autor da conduta¹¹⁷.

A necessidade de um juízo *ex ante*, como dito anteriormente, é verificada em todos os crimes de perigo, ou seja, nos de perigo concreto e também nos de perigo abstrato¹¹⁸. Mas, pelo que foi dito acima sobre os requisitos objetivos ou positivos, novamente se pode diferenciar, essencialmente, os crimes de perigo concreto dos de perigo abstrato pelo fato de que, nos delitos de perigo abstrato, é perfeitamente possível afirmar que pelo menos os dois últimos pressupostos de realização dos crimes de perigo concreto não estão presentes. Vejamos adiante.

Conforme colocado, para a caracterização dos delitos de perigo concreto é necessário que a ação seja capaz de criar um real e individual perigo de dano ao bem jurídico tutelado. Além disso, essa exposição concreta do bem jurídico ao dano deve ser de tal intensidade que se apresente provável a ocorrência de uma lesão, que não pode ser evitada.

Não há dúvida de que esses dois requisitos não são exigidos para a caracterização dos delitos de perigo abstrato. E é isso que, digo uma vez mais, torna questionável esse tipo de criminalização, do ponto de vista dogmático.

Nos crimes de perigo abstrato, como já é possível deduzir, da ação não se extrai a criação de um perigo real e individual de dano, em relação ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora. Nem

¹¹⁷ Id., p. 39.

¹¹⁸ D'ÁVILA, Fábio Roberto; DARCIE, Stephan Doering. Algumas considerações sobre os crimes de perigo concreto cit., p. 8.

tampouco se exige, por consequência lógica, a provável ocorrência de uma lesão.

O que se dá, nesse tipo de incriminação, é exatamente o oposto. O tipo penal não exige, para sua caracterização, sequer a colocação do bem tutelado em situação de perigo. Basta a conduta, sendo prescindível que dela advenha a criação de um risco. Vale dizer: o tipo penal se contenta com a mera ação inofensiva.

Renato de Mello Jorge Silveira¹¹⁹ nos adverte de que o conceito penal de perigo abstrato “funda-se na assertiva de que a existência de um perigo a determinados bens jurídicos já é, em certos casos, justificativa suficiente para uma intervenção estatal”.

Isso porque “não se pode, em um direito penal que se propõe a criminalizar condutas, e não personalidades, presumir¹²⁰ a existência de um fato perigoso”¹²¹.

A conduta, segundo Edison Miguel da Silva Júnior, é um fenômeno existente no plano da experiência, e, portanto, não se presume. Ou há conduta, ou não há conduta. Da mesma forma, ou a conduta ameaça um bem jurídico, e assim se mostra típica, ou não expõe um bem jurídico a qualquer perigo, e, portanto não é típica. Isso porque a essência do conceito de crime reside na ofensa ao bem jurídico. Segundo ele, é por tal motivo que se explica a não punição dos atos preparatórios e do crime impossível¹²².

Parece ser este o ponto central da discussão acerca dos crimes de perigo abstrato. Todas as críticas decorrem dessa questão: a punição de uma mera conduta, que nem sequer gerou algum resultado danoso. Disso

¹¹⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual**: interesses difusos cit., p. 94.

¹²⁰ “É devido à constatação de que as condutas proibidas por meio de tipos penais de perigo abstrato não representam uma ofensa ao bem jurídico tutelado, que muitos autores entendem ser o crime de perigo abstrato sinônimo de crime de perigo presumido. Isso porque os crimes de perigo abstrato dizem respeito a uma espécie de tutela elaborada exclusivamente no plano legislativo, cabendo ao juiz avaliar apenas a existência dos fatos concretos para decidir sobre a punição ou absolvição da pessoa que realizou a conduta descrita abstratamente” – GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal** cit., p. 118-119.

¹²¹ SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. Crimes de perigo no Código de Trânsito Brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 6, n. 76, mar. 1999, p. 6.

¹²² Ibid.

decorrem, como se verá adiante, inúmeras violações a princípios constitucionais.

Não obstante, os crimes de perigo abstrato são largamente aceitos, e o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciaram no sentido de que não há falar em inconstitucionalidade. Contudo, há que se ter parcimônia na adoção desses tipos penais, para se evitar a desnecessária inflação legislativa, sobretudo no campo penal.

Isso não significa, é bom que se repita, que aceitamos tais crimes, como dito anteriormente, mas temos de com eles conviver.

Ter plena consciência de que tais tipos penais são recepcionados por nossos Tribunais Superiores não afasta a evidente necessidade de discussão acerca deles, na medida em que a sua utilização deve se dar com parcimônia. A doutrina não deve deixar de questionar sua validade, embora sua utilização já esteja pacificada¹²³.

Conforme visto anteriormente, tais tipos penais se inserem na lógica da sociedade do risco. O que serve para justificá-los é a necessidade de minimizar os riscos dessa assim chamada sociedade dos riscos, com base no princípio da precaução. Melhor prevenir do que remediar. São aceitos, portanto, por política criminal, na medida em que não buscam, nas palavras de Diego Romero¹²⁴, “responder a determinado dano ou prejuízo social realizado pela conduta, senão evitá-la, barrá-la, prevenindo e protegendo o bem jurídico de lesão antes mesmo de sua exposição a perigo real, concreto, efetivo de dano.” Assim, proporcionam uma sensação de segurança ao corpo social.

¹²³ Nesse sentido interessante passagem na obra de Fábio Roberto D’Ávila: “Mais vale registrar a já antiga preocupação da literatura especializada com a tradicional, e ainda hoje majoritária, leitura dos crimes de perigo abstrato em termos meramente formais, em que o perigo geral da conduta é apenas elemento de motivação legislativa, não exercendo nenhum papel em âmbito hermenêutico-aplicativo, senão o de uma presunção de perigo *juris et de jure*, materialmente vazia. Preocupação que, se nem sempre exitosa em suas propostas, ao menos já deixa antever, como há tempo já observava Schröder, uma notável mudança na percepção dos crimes de perigo abstrato” – D’ÁVILA, Fábio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais: algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental cit., p. 34-35; SCHRÖDER, Horst. Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht. **ZStW**, 81, 1969, p. 15.

¹²⁴ ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato cit., p. 56.

Acerca disso cumpre transcrever a lição de Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira¹²⁵:

Para ideólogos de um direito penal marcadamente repressivo, destinado ao fortalecimento prioritário do Estado, em detrimento do ser humano e da sociedade, interessa, dentre outras soluções fortes, a punição de delitos de perigo abstrato, que nada mais representam que meras desobediências a normas jurídicas. Sua definição típica pode-se estabelecer pela prática de comportamento contrário, apenas formalmente, a uma lei, e não, como deveria ser, de uma conduta realmente lesiva ou com probabilidade concreta de dano, perigosa para a vida social. Interessa à ideologia de fortalecimento do Estado “criar” crimes de pura previsão conceitual, para tornar poderoso e dominador o ente público, transformando-o em uma finalidade em si mesmo.

Para esse autor, “a adoção de um critério, ligado ao aumento das previsões penais, fez com que o crime de perigo abstrato nascesse da ideologia de endurecimento do direito criminal”¹²⁶. Com o surgimento de uma crise de anomia na sociedade moderna, observou-se a intensificação da tendência mencionada por Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira. A crise de anomia desordenou a vida da sociedade moderna, contribuindo para o aumento de previsões penais.

Com a desordem, passou-se a constatar a debilidade e a desobediência de normas de outros campos que não o do Direito Penal. Assim, com vistas a restabelecer a credibilidade e obediência às normas em geral, apelou-se às sanções penais, “criando-se uma indiscriminada prevenção geral, numa extensão abusiva e desnecessária quanto a soluções punitivas”¹²⁷.

¹²⁵ OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Crimes de perigo abstrato cit., p. 95.

¹²⁶ Id., p. 96.

¹²⁷ Ibid.

Pierpaolo Cruz Bottini¹²⁸ esclareceu, em sua obra sobre os crimes de perigo abstrato, que essa espécie de criminalização de condutas tem por objetivo final a antecipação da incidência da norma para um momento anterior à verificação de qualquer resultado lesivo. Explica, ainda, o autor que a relação desses crimes de perigo com os riscos da sociedade atual é clara e evidente: o que o legislador penal, como gestor de riscos, procura é, portanto, a prevenção, diante da necessidade de evitar o perigo, como forma de garantir, mais eficazmente, a proteção de bens indispensáveis à vida em comum.

Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira¹²⁹ ensina:

A ampliação do penal, com a exasperação e expansão das normas incriminadoras, demonstra-se responsável pela quebra de princípios essenciais à sua natureza, além de afetar outros ramos do direito. As normas nascidas da nova tendência expansionista criaram um conjunto assistemático, fragmentário e acientífico, responsável pela fragilização da segurança jurídico-penal e de sua falta de efetividade.

Pode-se observar, assim, que, ao deixar de exigir a existência de um perigo real, os crimes de perigo abstrato carecem, por óbvio, de objetividade jurídica¹³⁰.

Porém, normalmente, ao se tentar justificar a utilização dos crimes de perigo abstrato¹³¹, afirma-se que eles têm o condão de reduzir a arbitrariedade judicial na determinação ou não de uma situação de risco; que facilitam o trabalho do julgador na aplicação da norma; que eliminam o acaso, na medida em que sua incidência não altera a

¹²⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato** cit., p. 74.

¹²⁹ OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Crimes de perigo abstrato cit., p. 96.

¹³⁰ Id., p. 97.

¹³¹ ARANA, Raúl Pariona. El derecho penal moderno cit., p. 749, tradução nossa. No original: “Para justificar los delitos de peligro abstracto se argumenta: a) que reducen la arbitrariedad judicial en orden a determinar si ha existido una situación de riesgo; b) que facilitan la labor del juzgador en aplicación de la norma; c) que se elimina el azar, pues no es preciso que haya puesto en peligro un determinado objeto de lesión; d) que facilitan los problemas de imputación objetiva.”

hipotética situação de risco; e que facilitam o problema da imputação objetiva.

No entanto, tais supostos pontos positivos não parecem se sustentar em face das contundentes críticas feitas pela doutrina. Do ponto de vista dogmático, há muitas críticas, às quais, digo desde logo, me inclino a aderir.

Uma delas diz respeito à violação ao princípio da ofensividade ou lesividade, que exige que haja ofensa ou risco real de ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal. De outro lado, há também o princípio constitucional da presunção de inocência, que não pode ceder diante da presunção de risco ou de dano.

Outra questão é o chamado *direito penal mínimo* ou *ultima ratio*, que se traduz na subsidiariedade do Direito Penal. Ou seja: o Direito Penal só será usado em casos que efetivamente reclamem a proteção da lei penal, e os crimes de perigo abstrato parecem não se enquadrar nesse caso.

Explanemos, pois, cada uma das críticas tecidas aos crimes de perigo abstrato.

Primeiramente, cumpre pôr em relevo o seguinte¹³²:

No direito penal, o princípio da necessidade funda-se na exigência constitucional de que o interesse a ser protegido pela norma apresente relevância suficiente para poder justificar, em contrapartida, uma delimitação da esfera de liberdade. Parte-se do pressuposto de que o instrumento penal consiste numa “faca de dois gumes”, onde a proteção do bem jurídico, por um lado, impõe a correlata ameaça à liberdade dos destinatários da norma, por outro. Assim, já na análise de quais bens ou interesses são aptos a receberem a tutela penal, cabe ao legislador realizar um juízo de ponderação, a fim de

¹³² GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal** cit., p. 83.

aferir quais bens, e perante a quais situações, merecem receber uma tutela que autorize a mais dura intervenção na vida dos cidadãos, que consiste na imposição de uma pena criminal.

Assim, o legislador infraconstitucional deve observar dois momentos distintos¹³³: um relacionado à identificação de quais bens jurídicos são relevantes a ponto de serem penalmente tutelados; outro relacionado à intensidade que um bem jurídico penalmente tutelado apresenta, de forma a se aferir quais modalidades de intervenção penal a tutela do bem jurídico requer¹³⁴.

O juízo de necessidade da intervenção penal tem o condão de indicar as bases de uma legislação penal racional, que observe os princípios básicos do Direito Penal, como, por exemplo, o princípio da intervenção mínima e o princípio da ofensividade.

Ocorre que a adoção de tipos penais de perigo abstrato, pelo menos na experiência brasileira, vem demonstrando que o legislador infraconstitucional deixou ao largo os mencionados princípios¹³⁵, do que decorre a polêmica acerca dessas tipificações.

¹³³ No mesmo sentido: “Em verdade, a estrita observância ao modelo de crime como ofensa ao bem jurídico restringe de forma significativa – para muitos, até mesmo demasiada – o âmbito das condutas sancionáveis pelo Estado, através da imposição não só de limites ao objeto de tutela da norma, como também à técnica de tutela desse mesmo objeto, mediante a proposição de dois momentos diferentes, embora intimamente imbricados, de análise da legitimidade do ilícito-típico. Primeiro, (a) se há um bem jurídico dotado de dignidade penal como objeto de proteção da norma. Análise que, por certo, para ter alguma utilidade crítica, deve, ao contrário das teorias metodológicas, partir de uma noção de bem jurídico cujo conteúdo, além de estar em harmonia com a ordem axiológico-constitucional, seja trans-sistemático em relação à ordem jurídica e concretizável em realidades suscetíveis de viabilizar uma posterior análise de ofensividade. E, segundo, (b) se há, no caso concreto, uma efetiva ofensa ao bem jurídico tutelado, tradicionalmente percebida através da verificação de um dano ou perigo ao objeto de proteção da norma” – D’ÁVILA, Fábio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais: algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental cit., p. 30-33.

¹³⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal** cit., p. 83.

¹³⁵ Pode-se observar, outrossim, que ocorre uma inversão da carga probatória, na medida em que se abdica da ocorrência de resultado danoso, bem como do nexo de causalidade entre a ação e o resultado. Assim, “não é necessário provar qualquer situação concreta, apenas a pura violação da norma jurídica, o que, com certeza, proporciona ao acusado poucas possibilidades de defesa” – ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato cit., p. 57-58.

Isso porque a adoção do Direito Penal como instrumento de proteção subsidiário¹³⁶ não é compatível com compreensões arbitrárias, calcadas na mera violação de conduta ou de dever. Assim, ao se adotar um Direito Penal voltado à punição da conduta ou da desobediência do Estado, ainda que isso se preste a questões de política criminal, os princípios do Direito Penal são sistematicamente abandonados.

Retornando aos dois pilares que a técnica legislativa deve observar, temos que “a simples possibilidade de dano pode não apresentar, muitas vezes, conteúdo de desvalor suficiente para servir de substrato material a uma determinada incriminação”¹³⁷, na medida em que o contrário disso significaria um verdadeiro equívoco metodológico, posto que não se pode afirmar que o Direito Penal se prestará a tutelar bens jurídicos, e que, para tanto, deixará de considerar a dimensão correspondente à ofensa desses mesmos bens¹³⁸. Isso, no entender de Fábio Roberto D’Ávila, “para além de consistir em um claro equívoco metodológico, conduz a uma efetiva subversão da lógica crítico-garantista que deve perpassar a noção jurídico-penal de tutela de bens jurídicos”¹³⁹.

Mas deve-se tomar cuidado para que não se entenda que a crítica em questão se faz sob a ótica do bem jurídico. Uma análise rápida em qualquer tipo penal de perigo abstrato revela que eles possuem um bem jurídico tutelado¹⁴⁰, que pode vir a sofrer determinada lesão que se busca evitar com a criminalização.

¹³⁶ Acerca da questão já se manifestou Fábio Roberto D’Ávila: “Expressão de um direito penal laico, tolerante, erigido a partir da dignidade da pessoa humana e atento às garantias e liberdades fundamentais. Uma compreensão de direito penal que se projeta, dogmaticamente, a partir de uma concepção de ilícito estabelecida, principalmente, na ofensa ao objeto de proteção da norma penal, isto é, na noção de dano ou perigo ao bem jurídico tutelado” – D’ÁVILA, Fábio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais: algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental cit., p. 30-33.

¹³⁷ Id., p. 39.

¹³⁸ Id., p. 30-33.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ “Ou seja: o bem jurídico é, em regra, necessário para legitimar uma incriminação. Mas somente em regra, sendo possíveis exceções: uma delas é o crime de maus tratos a animais, incriminação legítima, apesar de não tutelar dado necessário à realização de indivíduos, nem tampouco à subsistência do sistema social” – GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista**

Portanto, a crítica se faz não em relação ao que se protege, mas sim em como se protege o dado bem jurídico, pois a aptidão para a lesão de um determinado bem jurídico pode se mostrar tanto concreta como abstratamente¹⁴¹.

É, portanto, a estrutura do delito¹⁴² que deve ser examinada, quando se analisam os crimes de perigo abstrato.

Luís Greco, acerca do tema, adverte que o ponto central da crítica que deve ser feita aos crimes de perigo abstrato reside não na sua definição, mas na definição dos crimes de perigo concreto¹⁴³.

Para ele¹⁴⁴, os críticos dos crimes de perigo abstrato dificilmente estabelecem se partem de uma perspectiva *ex ante* ou *ex post*, e exemplifica:

[...] digamos que alguém, em estado de embriaguez, ultrapasse um motociclista pela direita, além disso saindo de sua faixa e avançando bastante sobre a do motociclista. Ocorre que este motociclista compete em *motocross* e não tem a menor dificuldade em recuar um pouco a própria motocicleta, evitando, assim, um acidente. Será que aqui a doutrina brasileira consideraria inaplicável o dispositivo do art. 306 do Código de Trânsito, o qual incrimina a conduta de “conduzir veículo automotor, na via pública, sob influência de álcool ou de substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”?¹⁴⁵ Se realmente o entender

Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 12, n. 49, jul.-ago. 2004, p. 111. Ainda nesse sentido: “Já na Alemanha, a situação começa a modificar-se. Poucos, mas cada vez mais autores, mesmo entre os defensores da teoria político-criminal do bem jurídico, começam a aceitar, ainda que em caráter excepcional, incriminações sem bem jurídico, por alguns chamadas de delitos de comportamento” – Id., p. 107.

¹⁴¹ SCHÜNEMANN, Bernd. La estructura de los delitos de peligro (los delitos de peligro abstracto y abstracto-concreto como modelo del derecho penal económico moderno) cit., p. 19.

¹⁴² GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito cit., p. 117-119.

¹⁴³ Id., p. 119.

¹⁴⁴ Id., p. 121-123.

¹⁴⁵ A Lei 12.760/2012 alterou a redação do art. 306 para: “Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”.

como crime de perigo concreto, a resposta só pode ser afirmativa, uma vez que, aqui, o resultado não deixou de ocorrer por acaso, e sim pelas superiores capacidades do motociclista.

No exemplo, através de um juízo *ex post*, as capacidades do motociclista devem ser consideradas, e, se assim o forem, refutam a hipótese de exposição do bem jurídico a um concreto perigo.

Mas lembra o autor¹⁴⁶:

Luiz Flávio Gomes, por exemplo, insiste que o tipo “não exige perigo concreto para pessoa determinada, ao contrário, trata-se de perigo a um número indeterminado de pessoas (perigo indireto ou comum), que entraram no raio de ação da conduta causadora de riscos”. Da mesma forma, Damásio de Jesus, que, apesar de adotar o conceito de perigo concreto da moderna doutrina dominante, o faz só nominalmente, uma vez que se limita a exigir um “perigo comum (difuso ou coletivo)”, declarando que, no crime de embriaguez ao volante, “ainda que nenhum indivíduo da coletividade venha a ser exposto a perigo, há crime, desde que ocorra rebaixamento do nível de segurança do tráfego”. E quem entender, na esteira da doutrina italiana, que o juízo de perigo se formula de uma perspectiva *ex ante*, não poderá levar em conta o fato de que o motociclista é competidor de *motocross* – algo de que só se pode saber depois da prática do fato, ou seja, *ex post* – para excluir a existência do perigo concreto.

Acaba por concluir que os críticos dos crimes de perigo abstrato apenas são tão radicais porque trabalham com um conceito de perigo concreto muito amplo e menos severo do que o conceito proposto pela doutrina alemã.

¹⁴⁶ GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito cit., p. 105 e 121-123; GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal** cit., p. 105; JESUS, Damásio de. **Crimes de trânsito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 8.

Luís Greco entende que há a necessidade de serem formulados critérios de distinção mais complexos entre os crimes de perigo concreto e os de perigo abstrato, de forma a encontrar um sadio meio-termo entre a aceitação global e a recusa obstinada. Para tanto, aponta como sendo os dois mais importantes trabalhos nessa linha de pensamento as teses de livre-docência de Wohlers e Hefendehl.

Afirma¹⁴⁷ que Wohlers entende que há a necessidade de que sejam criados grupos de crimes de perigo abstrato e apontados requisitos de legitimidade para tais grupos. Assim, Wohlers distingue três tipos de crimes de perigo abstrato, a saber: os de ação concretamente perigosa, os delitos de cumulação e os delitos de preparação.

Os delitos de ação concretamente perigosa tratam de condutas que, se praticadas, levam a uma situação de total descontrole, ou seja, o controle do resultado deixa de depender do agente e, portanto, causa perigo ao bem jurídico em questão.

No caso, a proibição de tais condutas deve atentar para um juízo de valores nos mesmos moldes daquele realizado em relação aos crimes culposos, ou seja, deve ser considerado o dever objetivo de cuidado. Assim, enquanto houver controle do perigo por parte do agente e este perigo for compensável, não há falar em legitimidade da incriminação.

Já os delitos de cumulação¹⁴⁸ devem ser entendidos como condutas que, isoladas, não pressupõem a colocação em risco de nenhum bem jurídico, mas que, se praticadas reiteradamente por diversas pessoas, passam a se mostrar perigosas.

Essa estrutura de delito parece fazer muito sentido quando se discutem crimes ambientais.

¹⁴⁷ GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito cit., p. 126-130; WOHLERS, Wolfgang. **Deliktstypen des Präventionsstrafrechts**: zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte. Berlin: Dunker & Humblot, 1999.

¹⁴⁸ Figura proposta por Kuhlen em 1986, deveras controvertida na doutrina alemã.

A criminalização, no caso, desses delitos somente será legítima na medida em que o bem jurídico tutelado for dotado de especial relevância a fundamentar um dever de cooperação.

A seu turno, os delitos de preparação tratam de proibições de comportamentos que, à primeira vista, não demonstram ser lesivos, mas que apresentam seu caráter perigoso nas hipóteses em que o próprio agente ou terceiros venham a praticar uma ação lesiva futuramente.

Aqui, a legitimidade da criminalização dessas condutas está calcada na existência de relevantes fundamentos que justifiquem uma criminalização antecipada.

Diversamente, Hefendehl entende que o problema da estrutura do delito está, em verdade, ligado à espécie de bem jurídico que se deseja tutelar.

Luís Greco¹⁴⁹ assim sintetiza:

Ele constrói uma detalhada sistematização dos delitos contra bens jurídicos coletivos, que nesta sede não podemos descrever, e afirma que a cada grupo de bens jurídicos coletivos corresponde uma determinada estrutura do delito.

De todas as estruturas de delito, a do *delito de lesão* se mostra a menos problemática, uma vez que proibições de lesionar são em regra idôneas para proteger o bem jurídico em questão. Exemplo de delito de lesão seria o crime de sonegação fiscal. Se o legislador, contudo, recorrer a um *crime de perigo*, e não mais a um crime de lesão, deverão ser atendidos certos pressupostos de legitimidade mais extensos para que a proibição possa considerar-se justificada. Primeiramente, será necessário encontrar um equivalente material para a ausência de

¹⁴⁹ GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito cit., p. 126-130; HEFENDEHL, Roland. **Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht**. Köln: Heymanns, 2002. p. 200; Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm, p. 131.

causalidade real nos crimes de perigo: uma vez que neles o bem jurídico não é causalmente lesionado, surge a pergunta quanto ao que poderá legitimar a proibição. Este equivalente material poderá ser, nos delitos ambientais e nos delitos de corrupção, a ideia da cumulação, que acabamos de ver em Wohlers, e que também tem em Hefendehl um de seus mais importantes defensores.

Cumprе destacar que Hefendehl não esgota sua crítica apenas na espécie de bem jurídico a ser tutelado, mas trata, igualmente, dos limites que devem ser impostos à proibição. Esse ponto se intersecciona com as alternativas possíveis ao Direito Penal, vale dizer, com a necessidade de que seja subsidiário e proporcional.

Embora Luís Greco esteja correto ao afirmar que os críticos brasileiros trabalham com um amplo conceito de crime de perigo abstrato, não se pode descuidar do fato de que a questão constitucional a respeito é controversa, pois muitas foram as vozes que se insurgiram contra sua alegada constitucionalidade.

Como dito anteriormente, não se descuida da questão de que os Superiores Tribunais pátrios já se manifestaram pela constitucionalidade desses delitos. Entretanto, uma análise a respeito não pode simplesmente se desviar desse ponto.

O artigo 5.º, inciso XXXV, da Constituição Federal dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Como é cediço, o inciso traz o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, mas, para além disso, também trata da existência de efetiva lesão a um bem, ou, ao menos, a ameaça dessa lesão, para que se leve ao Poder Judiciário qualquer questão. Isso indica que tipificar condutas que não apresentem a exposição de um bem jurídico a uma efetiva situação de risco é, em verdade, uma ofensa principiológica à Constituição¹⁵⁰.

¹⁵⁰ OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Crimes de perigo abstrato cit., p. 98-99.

Tem-se, portanto, uma subversão da finalidade do Direito Penal, que, em face de seus princípios clássicos, deveria incidir apenas quando os demais ramos do direito falhassem. O que ocorre, porém, é sua aplicação de forma ordinária (*prima facie*), e não mais extraordinária (subsidiária).

Como anunciado na introdução deste trabalho, a adoção de tipos de perigo abstrato importa, a meu ver, grave ofensa aos princípios da ofensividade e da intervenção mínima.

O princípio da ofensividade, traduzido pelo enunciado clássico do Direito Penal *nullum crimen sine injuria*, prevê que não haverá crime sem que haja um resultado de lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal.

Assim, só se afigura possível criminalizar situações que, em concreto, coloquem objetivamente em perigo bens jurídicos penalmente tutelados. Tudo que não se harmonize com isso contraria frontalmente o princípio da ofensividade, posto que, no caso dos crimes de perigo, este não deve ser considerado como “mera motivação para o legislador punir”¹⁵¹ determinada conduta, na medida em que inexiste qualquer ofensa a um bem jurídico penalmente tutelado.

Apenas “a lesão concreta ou a efetiva possibilidade de lesão imediata a algum bem jurídico é que pode gerar uma intromissão penal do Estado”, eis que, caso contrário, se estabeleceria uma responsabilidade objetiva no âmbito do Direito Penal, punindo-se condutas e não resultados, violando-se não só o princípio da ofensividade, mas também os da razoabilidade, proporcionalidade e secularização¹⁵².

¹⁵¹ ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato cit., p. 58.

¹⁵² STRECK, Lênio Luiz. O “crime de porte de arma” à luz da principiologia constitucional e do controle de constitucionalidade: três soluções à luz da hermenêutica. **Revista de Estudos Criminais do ITEC**, n. 1, a. 1, 2001, p. 54.

Ao requerer que se verifique uma notável importância do bem jurídico tutelado penalmente, o princípio da ofensividade indica que apenas condutas que se mostrem capazes de lesionar ou ameaçar bens jurídicos de maneira idônea é que devem ser criminalizadas.

Segundo Diego Romero¹⁵³:

Este pequeno arrazoado sobre o princípio da lesividade demonstra o “perigo” que representa a construção de tipos penais de perigo abstrato, por meio 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.

No entanto, Fábio Roberto D’Ávila adverte que a adequação dos crimes de perigo abstrato ao princípio da ofensividade pode se dar a partir da sua compreensão desvincilhada da noção de perigo presumido. Ou seja, a noção de perigo deve ser normativa e condicionada à constatação de uma possibilidade plausível de dano a um determinado bem jurídico¹⁵⁴.

Ocorre que é ínsita aos tipos de perigo abstrato a ausência de exigência de verificação *ex post* da ocorrência de um dano. Ademais, o juízo *ex ante* a que parece aduzir o referido autor já é feito nesses tipos de perigo, apenas não se verificando o grau da probabilidade a que se submete esse juízo.

De qualquer forma, parece que o perigo se mantém presumido, não havendo falar em adequação dos tipos de perigo abstrato ao princípio da ofensividade. “Afinal, o direito penal não se destina a punir condutas destituídas de ofensividade”¹⁵⁵.

¹⁵³ ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato cit., p. 58-59.

¹⁵⁴ D’ÁVILA, Fábio Roberto; DARCIE, Stephan Doering. Algumas considerações sobre os crimes de perigo concreto cit., p. 8.

¹⁵⁵ OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Crimes de perigo abstrato cit., p. 97.

Ademais, houve na doutrina quem pugnassem pela possibilidade de se derrogar o princípio da ofensividade em favor da necessidade de prevenção geral, na medida em que ela também encontraria respaldo constitucional, havendo, portanto, uma espécie de sopesamento de princípios.

Entretanto, não parece ser plausível que se permita a derrogação do princípio, principalmente quando se tratar de agressão a bens jurídicos primários.

Há quem sustente, por exemplo, que os crimes de perigo abstrato são constitucionais, na medida em que o mandamento constitucional da necessária lesividade de um bem jurídico exprime somente uma obrigação a que se submete o legislador de tipificar condutas “apenas quando isso seja imposto pela exigência de tutelar um bem jurídico, sem, no entanto, prejudicar a escolha da técnica mais idônea para se conseguir uma tutela eficaz do interesse protegido”¹⁵⁶.

Acerca disso, Mariângela Gama de Magalhães Gomes¹⁵⁷ explica:

Também com fundamento nos valores expressos no texto constitucional e, principalmente, a partir do papel central que é conferido à pessoa humana pelo Estado Democrático de Direito, impõe-se, na construção do direito penal, que o homem seja tomado como um valor ético em si, e não instrumento para outra finalidade qualquer, e exige-se, desta forma, que a mais drástica ingerência do Estado nas esferas individuais de liberdade (que se dá por intermédio da imposição de uma pena) justifique-se apenas na medida em que a própria existência humana seja, efetivamente, posta em risco.

O princípio da ofensividade exibe relevo que extrapola a própria questão da existência de lesão a um determinado bem jurídico. Segundo Nilo Batista¹⁵⁸, ele apresenta quatro funções conexas.

¹⁵⁶ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal** cit, p. 118-120.

¹⁵⁷ Id., p. 87.

A primeira diz respeito à proibição de atitudes internas, pois ideias, desejos, convicções e sentimentos não podem ser criminalizados, ou seja, não se prestam a fundamentar a tipificação penal, ainda que estejam direcionados à prática delituosa.

A segunda função conexa aponta para a impossibilidade de incriminação de condutas que não ultrapassem o âmbito do próprio autor, como, por exemplo, atos preparatórios ou autolesões. Isso porque, apesar de existir lesão nestes casos, o bem jurídico lesionado não ultrapassa a esfera do próprio autor.

A terceira função é no sentido de proibir a incriminação de condições existenciais, ou seja, o direito não se presta a punir o *ser*, mas sim o *fazer*.

Por fim, a quarta função conexa trata da proibição da incriminação de condutas que se mostrem em direção oposta às condutas da maioria, dando sentido ao direito à diferença.

Em insuperável lição, Mariângela Gama de Magalhães Gomes afirma¹⁵⁹:

Segundo o princípio da ofensividade, não há crime sem lesão ou, ao menos, exposição a perigo do específico bem jurídico-penal tutelado pela norma incriminadora. Isso significa que, enquanto o bem jurídico é o suporte, a ofensa é a concretização, a essência do princípio da ofensividade. Somente as condutas que ofendam o bem tutelado é que podem ser incriminadas, o que evita que venham a ser tutelados penalmente valores apenas éticos ou morais, e que a pena assuma uma função de mera retribuição (ao mesmo tempo, de repressão à pura desobediência) ou de mera reeducação.

¹⁵⁸ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro** cit., 1999, p. 92 et seq.

¹⁵⁹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal** cit., p. 115; FIORE, Carlo. Il principio di offensività tra codificazione e previsione costituzionale. **L'Indice Penale**, Padova, a. XXVIII, 1994, p. 276-279.

Como se não bastasse a afronta ao princípio da ofensividade, ainda há que se ressaltar que os crimes de perigo abstrato encerram contrariedade a outros tantos princípios constitucionais, como o da intervenção mínima, da taxatividade, da presunção de inocência e da proporcionalidade.

O princípio da intervenção mínima diz respeito à necessidade de que o Direito Penal seja o último recurso, ou seja, só se aplique quando os demais ramos do direito não tenham vez. Ademais, há que se verificar a real necessidade da incidência do Direito Penal.

Isso se justifica muito em parte pelo fato de que a atuação do Direito Penal sempre encerra a turbação de direitos fundamentais, encontrando seu ápice na violação ao direito de liberdade, inerente a todo ser humano.

Para Antonio Garcia-Pablos de Molina, o princípio da necessidade representa um limite imposto ao legislador infraconstitucional no que tange à intervenção penal. Esta deve se dar apenas quando estritamente necessário, acenando para um controle razoável da criminalidade, considerando-se, em todo caso, o custo social da pena.

Mariângela Gomes¹⁶⁰ afirma:

Com base, ainda, na ideia de que o Estado não se vale apenas do direito penal para proteger os interesses da sociedade, mas, ao contrário, conta com uma enorme gama de outros ramos do direito que também se prestam a tutelar os interesses sociais, extraem-se duas características atreladas a este ramo do direito e que, pode-se dizer, representam duas faces da mesma moeda: são a subsidiariedade e a fragmentariedade da intervenção penal.

¹⁶⁰ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal** cit., p. 85.

Em razão da abstração relacionada aos crimes de perigo abstrato, o princípio da taxatividade é muitas vezes contrariado. Miguel Reale Júnior exemplifica com o tipo penal denominado *gestão fraudulenta ou temerária*, previsto no artigo 4.º da Lei 7.492, de 1986, no qual o legislador apresenta cláusula geral de imputação, com amplo espectro de atuação ao acusador e ao julgador. Distintamente, restringiu a defesa do acusado, na medida em que fez uso da expressão “gerir fraudulentamente” de maneira indefinida. Note-se que o tipo penal está assim redigido: “Gerir fraudulentamente instituição financeira.” Nada além disso.

A seu turno, para Urs Kindhäuser¹⁶¹, os crimes de perigo abstrato também são responsáveis por violar o princípio da presunção de inocência, uma vez que não se pode presumir a culpabilidade de ninguém sem a necessária comprovação, através do devido processo legal, de que o indivíduo cometeu um delito. Ademais, é ínsita a esse princípio a possibilidade de contraprova, o que se mostra impossível nas tipificações de perigo abstrato, posto que presumem a colocação em risco de um determinado bem jurídico de tal forma que não admitem prova em contrário.

Violam, ainda, o princípio da igualdade, eis que colocam o acusado em posição inferior ao Estado no que concerne à possibilidade de produção de provas.

É de se observar, ademais, que, para além da afronta aos ditames constitucionais, os tipos de perigo abstrato se apresentam como uma prestação inócua, ou, melhor dizendo, inidônea, pois constata-se que as infrações de perigo abstrato são observadas apenas quando, aleatoriamente, seu agente é descoberto por ocasião de sua prática, na medida em que, não havendo necessidade de dano ou concreto perigo, a sua constatação é de difícil incidência. Nesse sentido, observa-se

¹⁶¹ KINDHÄUSER, Urs. Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa. Trad. Claudia López Díaz. **Colección de Estudios**, Universidad Externado de Colombia, n. 9, 1996, p. 79-81.

também a total insuficiência do aparato estatal para o combate de tais delitos.

A esses tipos penais credita-se, outrossim, uma elevada taxa de cifra negra, verificando-se que sua aplicação se dá de maneira esporádica e marginal, alcançando apenas uma parcela dos que efetivamente os praticam.

Já é cediço que o Direito Penal, mormente no Brasil, incide em determinados grupos, selecionados socialmente, concentrando as energias estatais em *outsiders*¹⁶². Aqui pode-se observar uma distinta forma de ofensa ao princípio da igualdade, previsto no artigo 5.º, *caput*, da Constituição Federal.

A respeito de tamanha violação a princípios constitucionais, Diego Romero¹⁶³ conclui:

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, a par de uma transformação social, processada à velocidade da comunicação global instantânea, de um processo tecnológico inimaginável e imprevisível, 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.

Por fim, tomando-se emprestadas as palavras de Luciana Carneiro da Silva¹⁶⁴, podemos afirmar:

¹⁶² Apenas para situar o termo, de forma bastante sintética, uma vez que o assunto não é objeto do presente estudo, a expressão *outsiders* é empregada como referência à figura daquele que se põe à margem do regramento social, ou seja, aquele em relação ao qual a norma não se aplica, isto é, ele não aceita a norma. A expressão é atribuída ao sociólogo americano Howard Saul Becker.

¹⁶³ ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato cit., p. 58-59.

Do exposto, depreende-se que, diferentemente dos delitos de perigo concreto – que, inclusive, tiveram sua adequação e eficiência questionadas diante da necessidade de proteção de bens supraindividuais – e, mormente, dos de dano, a tipificação de perigo abstrato implica em evidente adiantamento da zona ou esfera de proteção penal a fases *significativamente* anteriores à efetiva lesão ao bem jurídico, motivo por que se pune a simples realização de determinada conduta imaginada perigosa, ainda que inexistia a configuração de um efetivo perigo ao bem jurídico.

Conclui a autora, citando Hassemer, afirmando que isso caracteriza o abuso no manejo, pelo Direito Penal, dos delitos de perigo abstrato, os quais encarnam – cumpre frisar – uma tipificação excepcional no âmbito do modelo penal clássico.

Essas são algumas das críticas que se fazem aos crimes de perigo abstrato, em que pese seja essa modalidade de delito amplamente aceita.

É que, nesse tipo de delito, conforme teve oportunidade de indicar Raul Arana, o que se pune com a lei penal nada mais é do que um comportamento tipicamente perigoso em si mesmo, sem que seja necessária sequer uma ameaça de lesão e, conseqüentemente, sem que, no caso concreto, haja a ocorrência de um resultado perigoso.

Continua o autor¹⁶⁵ afirmando que, ao contrário do que ocorre com os crimes de perigo abstrato, para os crimes de perigo concreto a realização do tipo está sujeita à colocação do bem em estado de perigo, relativamente à conduta típica. A produção do resultado perigoso, nesses casos, é um elemento do tipo. Diversamente, nos crimes de perigo

¹⁶⁴ SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas político-criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco. **Revista Liberdades**, n. 5, set.-dez. 2010, p. 102.

¹⁶⁵ ARANA, Raúl Pariona. El derecho penal moderno cit., p. 160, tradução nossa. No original: “En estos delitos se sanciona penalmente un comportamiento típicamente peligroso como tal, sin que en el caso concreto tenga que concurrir un resultado peligroso. Para los delitos de peligro concreto la realización del tipo está sujeta a la entrada de la situación de peligro en el caso particular. La producción del resultado peligroso es pues un elemento del tipo. Por el contrario, en los delitos de peligro abstracto la peligrosidad del comportamiento penalizado no constituye ningún elemento del tipo, sino solo la razón o el motivo para la existencia de la norma penal.”

abstrato, a periculosidade da conduta típica não constitui elemento do tipo, mas apenas a razão ou o motivo para a existência da norma penal.

Em relação aos crimes de perigo concreto, portanto, não há ofensa à estrutura do delito, no que toca aos princípios básicos do Direito Penal Clássico. O mesmo não se pode dizer no que diz respeito aos crimes de perigo abstrato.

É nessa toada que Raul Arana afirma que, entre os delitos de perigo, os de perigo concreto não são problemáticos. Nesses tipos penais, nem é controversa sua estrutura, nem se questiona sua legitimidade.

Já nos crimes de perigo abstrato, os tipos do Direito Penal Moderno, como podem ser chamados, visa-se apenas a prevenção de riscos, sem que seja pelo menos necessário que a conduta típica seja realizada de modo a colocar em risco, real ou iminente (ou provável), o mundo externo, o bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, que deveria ser, esse bem jurídico, o fim em si da lei penal sancionadora.¹⁶⁶

Essas são, em resumo, as críticas feitas aos crimes de perigo abstrato: não se exige que a conduta punível seja capaz de pôr em risco o bem jurídico protegido pela lei penal.

Isso significa dizer que, em muitos casos, a conduta não tem o condão de produzir qualquer efeito fenomênico que justifique a incidência de norma jurídica tão gravosa, como a de natureza penal.

No entanto, a necessidade de utilização dessa técnica legislativa se justifica e encontra guarida, segundo seus defensores, na crescente percepção social do incremento do risco, que reclama, como consequência, na tentativa de reduzir esses riscos sociais, um incremento das proibições penais, por meio dos crimes de perigo abstrato.

¹⁶⁶ Ibid., tradução nossa. No original: “Entre los delitos de peligro, los de peligro concreto tampoco son muy problemáticos. Este tipo de delito ni es controvertido por su estructura, ni es puesta en duda su legitimidad en lo fundamental. Los tipos del Derecho penal moderno orientados a la prevención de riesgos graves son pues los delitos de peligro abstracto.”

Diego Romero¹⁶⁷, estudando os crimes de perigo abstrato, afirmou:

[...] a resposta do Estado tem sido a da concepção de um Direito Penal cada vez mais punitivo, preventivo e hipertrofiado. Um desses efeitos traduz-se na abundante utilização de tipos penais de perigo abstrato, em contraposição aos de lesão e perigo concreto, paradigmas do Direito Penal Clássico.

Essa técnica legislativa e político-criminal das últimas décadas, mormente das duas últimas, quando a sociedade global tomou consciência dos riscos e ameaças que caracterizam o processo de evolução da tecnologia, suscita não só conflitos com princípios fundamentais da ciência penal, senão também sérios e graves problemas de legitimação do *ius puniendi*, de sua fundamentação e de seus limites, já que a criminalização com uso do modelo dos tipos de perigos abstratos trata-se de flagrante antecipação da punição criminal.

Essa antecipação da tutela criminal, essência dos crimes de perigo abstrato, se justifica diante da necessidade do Estado em dar uma resposta aos riscos criados pela sociedade contemporânea.

Isto é, o Direito Penal é chamado a atuar e agir, punindo condutas não lesivas em si mesmas, em primeira mão, antes de qualquer tentativa prévia de conter os novos e crescentes riscos sociais. O que se tem, em última análise, é a punição do pré-delito.

Ocorre, todavia, que esse exagerado alargamento dos tipos penais de prevenção, como os crimes de perigo abstrato, se constitui, a meu sentir, e parafraseando Diego Romero, em flagrante contradição aos princípios do Direito Penal Liberal, que primam sempre pela punição do resultado efetivamente lesivo ao bem jurídico tutelado¹⁶⁸.

¹⁶⁷ ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato cit., p. 45.

¹⁶⁸ Id., p. 46.

Ainda segundo Romero¹⁶⁹:

Esta tendência tem justificativa na característica preventiva que o Direito Penal Contemporâneo tem demonstrado, orientado na diminuição do risco, e não mais na antiga ideia de punição, de vingança institucionalizada pela lesão do objeto protegido pela lei, do Direito Penal Clássico.

Urs Kindhäuser enfatiza que não há como negar que o Direito Penal da sociedade contemporânea busca retirar o delito de lesão, no qual o bem jurídico tutelado sofre um dano substancial, do centro de sua tipologia conceitual, deslocando para este lugar o delito de exposição do bem jurídico tutelado a perigo abstrato. Informa, ainda, que o delito é de perigo abstrato porque o tipo penal não descreve uma necessidade de real exposição do bem jurídico a qualquer perigo, mas sim encerra o tipo legal a descrição de uma conduta perigosa em si mesma.

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

Como dito no início deste trabalho, os crimes de perigo abstrato já tiveram sua constitucionalidade declarada pelos Tribunais Superiores, em que pese permaneça o fundamento das críticas a eles dirigidas. Fica, então, evidente a necessidade de se procurar formas adequadas para a interpretação desses tipos penais.

Em contrapartida, tem-se que alguns tribunais, fora do campo do Direito Penal Econômico, têm interpretado os crimes de perigo abstrato relativamente ao caso concreto, valendo-se de um verdadeiro juízo *ex*

¹⁶⁹ Id., p. 55; KINDHÄUSER, Urs. Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa cit., p. 11.

post de tais condutas, ao adequá-las aos princípios da ofensividade, ou vinculá-las ao bem jurídico tutelado.

Nesta toada, Renato Silveira¹⁷⁰ afirma:

Em casos relativos a porte de armas, tráfico de drogas ou, ainda, ao crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (art. 273 do CP), já se encontram decisões interpretando o perigo abstrato ao caso concreto, à ofensividade ou vinculação ao bem jurídico protegido. Notadamente, o Superior Tribunal de Justiça (STJ, HC 194.468/MS, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 14.04.2012) e o Supremo Tribunal Federal (STF, HC 96.532/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06.10.2009) já decidiram pelo trancamento de ações penais em casos de porte de arma de fogo ou cartuchos de munição de uso restrito que, apesar de formalmente típicos – situação de perigo abstrato –, não detinham potencialidade lesiva necessária, sendo, assim, no caso concreto, vistos maculados por atipicidade.

É essa, basicamente, nossa bandeira contra a criminalização de uma conduta em que o perigo seja ínsito a ela, como ocorre nos delitos de perigo abstrato. Admitir esse tipo de incriminação é considerar abstratamente, ou apenas presumir, que uma determinada conduta é perigosa, mesmo sem que se examine sua desvalorização concreta, em face do conteúdo da norma e em função da ação praticada pelo agente.

E essa presunção não tem lugar num processo de subsunção, em que, por ocasião da configuração da tipicidade, se exija que os dados fáticos relativos à ação se revelem contrários à norma penal e ao desvalor nela contido, que faz ensejar, só daí, a aplicação da sanção penal correspondente.

¹⁷⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A busca da legitimidade dos crimes de perigo abstrato no direito penal econômico cit., p. 7.

Daí por que não se poder falar em presunção de perigo; vale dizer, o perigo abstrato nada mais é do que um perigo presumido constante em uma ação, o que, a nosso sentir, não é correto. Etimologicamente, presumir é supor algo, suspeitar de algo, tirar uma conclusão antecipada, baseada em mera aparência, e isso não se coaduna com os princípios e dogmas do Direito Penal clássico.

Parafraseando Jakobs, há uma afinidade ou similitude prática do risco permitido e do perigo com a imprudência. Segundo ele, aquele que age além do risco permitido, praticando uma conduta perigosa, o faz infringindo seu dever de cuidado, e a capacidade de vislumbrar o perigo e evitá-lo é elemento do tipo culposos.

Segundo José Eduardo de Almeida Leonel Ferreira¹⁷¹,

[...] os crimes de perigo, em sua configuração mínima, nada mais são, portanto, do que delitos de imprudência sem resultado lesivo.

Nos crimes culposos, concluimos, temos um crime de perigo com resultado, e nos crimes de perigo temos um potencial crime de imprudência que não se perfez tipicamente.

Raul Arana¹⁷² assevera que o Direito Penal não está mais sendo utilizado pelo legislador como *ultima ratio*, mas, sim, como *prima ratio*. E afirma:

¹⁷¹ FERREIRA, José Eduardo de Almeida Leonel. Crimes de perigo abstrato: a última fronteira das ações criminalizáveis. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coord.). **Livro-homenagem a Miguel Reale Júnior**. Rio de Janeiro: GZ, 2014. p. 280-281.

¹⁷² ARANA, Raúl Pariona. El derecho penal moderno cit., p. 157, tradução livre. No original: “Se afirma, en suma, que el Derecho penal no sería más para el legislador *ultima ratio*, sino, en medida creciente, *prima ratio*. [...] Como consecuencia de las conclusiones a las que arriba este sector doctrinario, se niega la necesidad de la intervención del Derecho Penal en la lucha contra riesgos; puesto que dicha intervención supone el abandono de los principios del Derecho Penal clásico y desvirtúa el carácter de *ultima ratio* del Derecho Penal. El Derecho Penal debe limitarse a la protección de bienes jurídicos fundamentales, reprimiendo los comportamientos que los lesionen. El Derecho Penal no debería intervenir contra riesgos puesto que su intervención importaría necesariamente la flexibilización de los criterios de imputación penal y relajaría las garantías penales como consecuencia del adelantamiento de las barreras del Derecho Penal al ámbito previo a la lesión del bien jurídico mediante el uso de los delitos de peligro abstracto; y, esto constituiría una intervención ilegítima en el ámbito de libertad del ciudadano.”

Como resultado das conclusões acima, esta indústria doutrinária se recusa à necessidade da intervenção do Direito Penal na luta contra riscos, desde que tal intervenção requer o abandono dos princípios do Direito Penal clássico e distorce o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal. O Direito Penal deve limitar-se a proteger os bens jurídicos fundamentais, reprimindo os comportamentos que os prejudiquem. O Direito Penal não deve intervir contra riscos, uma vez que sua intervenção importaria necessariamente a flexibilização dos critérios de imputação penal e relaxaria as garantias penais como resultado do avanço das barreiras do Direito Penal a campo anterior à lesão do bem jurídico mediante o uso dos delitos de perigo abstrato, e isto constituiria uma intervenção ilegítima no campo da liberdade do cidadão.

Nesse contexto, o âmbito do Direito Penal passa a ser meramente simbólico, ao menos no que diz respeito aos crimes de perigo abstrato, e sua intervenção, nesse tipo de incriminação, constitui uma intervenção ilegítima.

Num Estado Democrático de Direito, em que os direitos e as garantias individuais são os pilares de sua existência, não se podem responsabilizar penalmente as cogitações, nem mesmo, em regra, os atos preparatórios. Ademais, toda conduta que não extrapole o âmbito privado e não ofenda nenhum bem jurídico alheio é penalmente irrelevante. Isto é, um cidadão só pode ser considerado autor de um fato criminoso se ultrapassar os limites indicados, comportando-se como um agressor.

No caso dos crimes de perigo abstrato, o agente pode agir, dependendo da situação fática, de modo a não observar o dever mínimo e objetivo de cuidado – nesse caso, havendo resultado lesivo ou, ao menos, ofensa real ao bem jurídico tutelado pela norma penal, estar-se-á diante de um crime culposo. No entanto, se da conduta não resultar nenhum perigo concreto de lesão, nem o perigo, nem a lesão, podem ser estes presumidos, para fazer, daí, incidir a norma penal sancionadora.

Hassemer¹⁷³, acerca dos crimes de perigo abstrato, conclui:

Em primeiro lugar, eles encobrem a eficácia fática do Direito penal para a proteção de bens jurídicos, na medida em que rompem a necessária relação entre conduta incriminada e bem jurídico ofendido. Ilícito penal não é mais a causação de um dano, e sim uma atividade que o legislador incrimina. [...] Eles prescindem da prova do dano (e, com isto, também da prova da aptidão causal do comportamento) e, conseqüentemente, simplificam a imputabilidade. Que eles, desse modo, enfraquecem a posição do autor do fato e corroem um bastião do Direito penal liberal clássico é não apenas evidente como também questionável.

Finalmente, em que pese a maciça aceitação dos delitos de perigo abstrato, não faltam críticas à sua adoção, seja sob os argumentos de que tais crimes ofendem a estrutura clássica do delito, bem como os princípios norteadores do Direito Penal clássico, seja em razão do perigo que constitui sua adoção desenfreada, tornando o cidadão objetivamente responsável por seus atos, no campo penal, sem que de sua conduta se vislumbre, pelo menos e no mínimo, a possibilidade de ofender alguém ou algo.

¹⁷³ HASSEMER, Winfried. **Direito penal – Fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 228.

CONCLUSÃO

O presente trabalho procurou enfrentar a dicotomia que permeia o estudo dos crimes de perigo abstrato, consistente no conflito entre os princípios da ofensividade ou da lesividade e o da precaução.

O que se tem, em resumo, é uma *aparente* disputa ou conflito entre a ampliação do Direito Penal do Risco, notadamente por meio dos crimes de perigo abstrato, e a ofensa a princípios e garantias de um Direito Penal Liberal, com alicerce em uma Constituição democrática e garantista.

Nesse contexto democrático e liberal, em que os direitos e garantias fundamentais são o núcleo da função estatal, em um Estado Democrático de Direito, como o nosso, não se pode aceitar a tipificação penal de condutas desprovidas de efetiva e real proteção dos direitos fundamentais, representados, no caso, por condutas (inidôneas) que não tenham sequer a capacidade de lesionar o bem jurídico tutelado.

Isso porque, como bem delineado ao longo do presente trabalho, os tipos de perigo abstrato, face à estrutura que possuem, criminalizam condutas que apresentam uma mera probabilidade de dano, através de um juízo *ex ante*. Ou seja, não interessa se a conduta em questão efetivamente lesione um bem jurídico, ou ao menos o coloque em uma zona concreta de perigo. Sua criminalização parte de uma presunção de periculosidade, da qual não cabe prova em contrário.

Daí dizer-se, a nosso sentir, que o uso dos crimes de perigo abstrato, nesses casos, representa um abuso do poder estatal e uma ofensa aos postulados do Direito Penal.

Como visto, diversos são os princípios ofendidos pelo uso dos tipos de perigo abstrato, com ênfase aos princípios da ofensividade, da presunção de inocência e da intervenção mínima. A estrutura de criminalização dos tipos de perigo abstrato ofende a cada um destes princípios, pois se pauta na proibição de condutas a partir de presunções.

Esses três princípios constitucionais, de uma forma ou de outra, esbarram na estrutura dos crimes de perigo abstrato, seja porque afirmam a necessidade de real e efetiva lesão para que se criminalize uma conduta, seja porque acenam para um Direito Penal mínimo e atento às garantias mínimas.

No tocante ao princípio da ofensividade, há que se observar que o mesmo não pode ser deixado de lado quando da criação da norma penal. Este é um pilar ao qual deve se vincular o legislador para que não se deixe levar pela ânsia de punir.

A incongruência dos tipos penais de perigo abstrato com os princípios basilares do Direito Penal é tamanha que, não obstante tenha sido esse tema largamente debatido pela doutrina, ainda há muito o que se discutir.

Notadamente no que tange à constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, vimos que este ponto é pacífico em nossos Tribunais Superiores. Todavia, o fato de tais tipos penais serem aceitos em nosso ordenamento não torna inócuo e desnecessário o estudo dos mesmos.

A análise da estrutura dos tipos de perigo abstrato, seus elementos integrantes e o papel que essa modalidade de delito desempenha no Direito Penal moderno, sem perder de vista os componentes do Direito Penal clássico, é imprescindível para explicar o Direito Penal do risco, sob a ótica do princípio da precaução e dos crimes de perigo abstrato.

Do ponto de vista político, todavia, não se desconhece que a demanda popular pelo aumento das incriminações, nos tempos atuais, é uma tendência sem volta. Assim, o espaço para a produção de tipos penais sem resultado ou possibilidade concreta de resultado é amplo, fazendo com que se puna condutas em que a periculosidade é apenas indiciária, sem riscos evidentes.

É, portanto, de se questionar, até que ponto a lógica de uma sociedade do risco pode legitimar o uso indiscriminado de tipos penais que colidem frontalmente com princípios basilares do Direito Penal.

Não se prega, diga-se agora, a descriminalização dessas condutas; o que mais se enlaça com nossas ideias é a punição apenas nos casos em que a colocação em perigo do bem jurídico protegido pela norma penal seja real e mensurável. Ou, em determinados casos, que a conduta seja punível a título de culpa, se sobrevier o resultado lesivo, pois o agir se deu de modo que o autor não observou os deveres mínimos e objetivos de cuidado, sendo negligente, imprudente ou imperito.

Nos parece que apenas dessa forma podem ser empregados os tipos de perigo abstrato, sem que sejam ofendidos os princípios da ofensividade, da presunção de inocência e da intervenção mínima.

Concluí-se, assim, que, tendo em vista o clamor popular por tipos penais que propiciem um sentimento de segurança em maior escala, e, portanto, a impossibilidade de abolição dos crimes de perigo abstrato, é de rigor a reestruturação dos tipos penais de perigo abstrato, com vistas a adequá-los ao ordenamento em que se inserem.

O que não se pode permitir é a adequação do ordenamento a esses tipos, na medida em que, se aceita tal adequação, deixaremos ao largo princípios norteadores do Direito Penal. Não se pode admitir que ofensas a princípios como o da ofensividade e da intervenção mínima sejam encaradas de forma banal.

Os questionamentos a que estão submetidos os crimes de perigo abstrato são legítimos e se vinculam, como dito acima, à estrutura do tipo penal. As objeções quanto à legitimidade desses crimes surge, portanto, de uma questão dogmática, sendo as principais críticas voltadas à violação de princípios clássicos do Direito Penal, como os da lesividade ou ofensividade e da intervenção mínima.

Portanto, a ausência de real e efetiva ofensa a algum bem jurídico, com dignidade penal, faz incidir as críticas aos crimes de perigo abstrato, diante da violação dos mencionados princípios.

O núcleo do problema se resume no castigo imposto pela sanção penal a comportamentos que sequer são perigosos em concreto, o que legitima o questionamento acerca de sua validade.

Para nós, os comportamentos, para sofrerem consequências de índole penal, devem ser penalmente relevantes. Apesar da obviedade da afirmação, isso não ocorre, o nosso sentir, com os crimes de perigo abstrato. A intervenção penal somente se justifica quando, a partir da conduta, se cria um estado de perturbação real e efetiva da ordem social, sendo de rigor, pois, uma readequação dos delitos de perigo abstrato na ordem jurídico-penal.

Por fim, como já tivemos a oportunidade de mencionar nesse trabalho, entendemos que os crimes de perigo abstrato ofendem a estrutura do delito, violando o consagrado princípio da ofensividade ou da lesividade.

BIBLIOGRAFIA

- ARANA, Raúl Pariona. El derecho penal moderno. **Revista Penal Tirant lo Blanch**, v. 20, 2007.
- AZEVEDO, David Teixeira de. **Dosimetria da pena**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- _____. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- BINDING, Karl. **Die Normen und ihre Übertretung**. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Deliktes; v. 1: **Normen und Strafgesetze**. 3. ed. Leipzig: Felix Meiner, 1916.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito. **Os princípios de direito no contexto do ordenamento jurídico**. Curitiba: Juruá, 2001.
- CANESTRARI, Stefano. Reato di pericolo. **Enciclopedia giuridica Treccani**. Roma: Treccani, 1991. v. XXVI.

- COSTA, José de Faria. **O perigo em direito penal**. Contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Ed., 1992.
- D'ÁVILA, Fábio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais: algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 67, jul.-ago. 2007.
- _____; DARCIE, Stephan Doering. Algumas considerações sobre os crimes de perigo concreto. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 18, n. 218, jan. 2011.
- DIAS, Augusto Silva. Repercussões político-criminais e dogmáticas da distinção: estrutura do ilícito-típico dos novos *delicta in se*. In: _____. ***Delicta in se e delicta mere prohibita***: uma análise das descontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FERREIRA, José Eduardo de Almeida Leonel. Crimes de perigo abstrato: a última fronteira das ações criminalizáveis. In: PASCHOAL, Janaina Conceição; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge (coord.). **Livro-homenagem a Miguel Reale Junior**. Rio de Janeiro: GZ, 2014.
- IORE, Carlo. Il principio di offensività tra codificazione e previsione costituzionale. **L'Indice Penale**, Padova, a. XXVIII, 1994.
- GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal**: parte geral: teoria constitucionalista do delito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

- _____. **Norma e bem jurídico no direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. **Princípio da ofensividade no direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____; OLIVEIRA, William Terra de. **Lei das armas de fogo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GRASSO, Giovanni. L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, Giuffrè, a. XXIX, fasc. 3, jul.-set. 1986.
- GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 12, n. 49, jul.-ago. 2004.
- GREGORI, José Maria Escrive. **La puesta en peligro de bienes jurídicos en derecho penal.** Barcelona: Bosch, 1976.
- HASSEMER, Winfried. **Direito penal – Fundamentos, estrutura, política.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.
- HEFENDEHL, Roland. **Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht.** Köln: Heymanns, 2002.
- JAKOBS, Günther. **Fundamentos do direito penal.** Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal.** 4. ed. Trad. J. L. Manzanares Samaniego. Granada: Colmares, 1993.
- JESUS, Damásio de. **Crimes de trânsito.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

- JIMENEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Losada, 1950. v. III.
- KINDHÄUSER, Urs. Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa. Trad. Claudia López Díaz. **Colección de Estudios**, Universidad Externado de Colombia, n. 9, 1996.
- LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Princípio da legalidade penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- _____. **Princípios políticos do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale**. 4. ed. Padova: Cedam, 2001.
- MASSON, Cleber Rogério. Classificação dos crimes. In: _____. **Direito penal esquematizado**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Gen/Método, 2010. v. 1.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugenio. **Direito penal contemporâneo – Questões controvertidas**. São Paulo: Saraiva. 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte geral: parte especial. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. Funcionalismo e dogmática penal: ensaio para um sistema de interpretação. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugenio (coord.). **Direito penal contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Crimes de perigo abstrato. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 4, n. 15, 2004.
- PALAZZO, Francesco C. **Introduzione ai principi del diritto penale**. Torino: Giappichelli, 1999.
- _____. **Valores constitucionais e direito penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 1989.

- PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Livro-homenagem a Miguel Reale Júnior**. Rio de Janeiro: GZ, 2014.
- PINTO, Tatiana Vargas. **Delitos de peligro abstracto y resultado – Determinación de la incertidumbre penalmente relevante**. Santiago de Chile: Thomson, 2007.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte geral**. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Dos estados de necessidade**. São Paulo: Bushatsky, 1971.
- ROHLAND, Woldemar von. **Die Gefahr im Strafrecht**. Dorpat; Karow. Leipzig: Hinrichs, 1888.
- ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 7, n. 39, ago.-set. 2006.
- ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 2. ed. Lisboa: Vega; Universidade de Direito e Ciência Jurídica, 1993.
- _____. **Strafrecht: Allgemeiner Teil**. 4. ed. München: Beck, 2006. v. 1.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.
- _____. **Direito penal: parte geral**. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.
- SANTOS, Lycurgo de Castro. Artigo 32 da LCP: contravenção de perigo concreto ou abstrato? **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 3, n. 28, abr. 1995.

- SCHRÖDER, Horst. Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht. **ZStW**, 81, 1969.
- SCHÜNEMANN, Bernd. La estrutura de los delitos de peligro (los delitos de peligro abstracto y abstracto-concreto como modelo del derecho penal económico moderno). Trad. Irene Molina González. In: _____ et al. **Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos**. Lima: Ara, 2008.
- SHIRAKI, Ariella Toyama. A legitimidade do direito penal econômico como direito penal de perigo: uma análise à luz dos princípios da lesividade e da intervenção mínima. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 83, p. 7-52, mar.-abr. 2010.
- SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas político-criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco. **Revista Liberdades**, n. 5, set.-dez. 2010.
- SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. Crimes de perigo no Código de Trânsito Brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 6, n. 76, mar. 1999.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A busca da legitimidade dos crimes de perigo abstrato no direito penal econômico. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 20, n. 238, set. 2012.
- _____. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- STRECK, Lênio Luiz. O “crime de porte de arma” à luz da principiologia constitucional e do controle de constitucionalidade: três soluções à luz da hermenêutica. **Revista de Estudos Criminais do ITEC**, n. 1, a. 1, 2001.

- TEIXEIRA, Eduardo Tergolina. Os princípios da ofensividade e da proporcionalidade como necessárias exigências à legitimação da intervenção punitiva. **Revista da Defensoria Pública da União**, Brasília, n. 1, p. 89-123, jan.-jun. 2009.
- VOLZ, Manfred. **Unrecht und Schuld abstrakter Gefährdungsdelikte**. Apud RIVAS, Nicolás García. **Delito ecológico: estructura y aplicación judicial**. Barcelona: Praxis, 1998.
- WOHLERS, Wolfgang. **Deliktstypen des Präventionsstrafrechts: zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte**. Berlim: Dunker & Humblot, 1999.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 1.
- _____. **Manual de derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Ediar, 2006.
- _____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.