



UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
FACULDADE DE DIREITO

RÔMULO VINICIUS OLIVEIRA DE FARIA

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

Rio de Janeiro  
2015

RÔMULO VINICIUS OLIVEIRA DE FARIA

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

*Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Escola de Ciências  
Jurídicas da Universidade Federal do  
Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)  
como requisito parcial à obtenção do  
grau de Bacharel em Direito.*

Orientadora: Professora Cinthia  
Menescal

Rio de Janeiro  
2015

*Às pessoas a quem amo incondicionalmente e que tenho a honra de ter em minha vida: meu pai, David, que me ensinou o valor do estudo; à minha mãe, Raquel, que me ensinou a amar a Deus acima de todas as coisas; a meus irmãos, Larissa e Arthur, para quem tento ser um bom exemplo; à Vivi, que me acompanha e acompanhará nesta jornada que é a vida; ao Boli, que torce pelo meu sucesso mais que qualquer pessoa; e à Nene, que me ensinou muita coisa sobre a vida e que, para minha tristeza, não mais está comigo para acompanhar minha chegada à vida adulta.*

*A meus amigos, familiares e sogros.*

*Obrigado!*

*“Quando se faz justiça, o justo se  
alegra, mas os malfeitores se  
apavoram.” (Provérbios 21:15).*

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar os crimes de perigo abstrato, inseridos no contexto da sociedade atual e das funções inerentes ao Estado Democrático de Direito, em confronto com a atual Constituição da República e os princípios, valores, normas e preceitos fundamentais por ela irradiados. Para que o tema possa ser compreendido em sua totalidade, partiremos desde os conceitos mais básicos do Direito Penal. Analisaremos como as situações históricas motivaram tanto a formação de um Estado, bem como a necessidade de instituir uma Constituição, além da função que ela possui em uma sociedade e o que ela representa para o ordenamento jurídico, até, enfim, adentrar, de fato, no debate acerca da adequação constitucional destas modalidades criminosas. Ao final, demonstrar-se-á, através de análise doutrinária e jurisprudencial, que é possível a criminalização de condutas que criem situações de perigo, em abstrato, aos bens jurídicos protegidos pelo Estado, desde que seja indispensável à proteção desses interesses e se dê de maneira comedida e responsável.

Palavras-chave: Crimes. Perigo Abstrato. Direito Penal. Constituição. Estado. Legitimidade.

## **ABSTRACT**

This study aims to analyze the crimes of abstract danger, within the context of today's society and duties of the democratic state in comparison with the current Constitution and the principles, values, norms and fundamental precepts it radiates. So that the issue can be understood in its entirety, we will depart from the most basic concepts of criminal law. We will look at how historical situations motivated both the formation of a State and the need to establish a constitution, the function it has in a company and what it represents to the law until, finally, enter indeed in the debate about the constitutional adequacy of these criminal procedures. In the end, we will demonstrate, through doctrinal and jurisprudential analysis, it is possible the criminalization of behaviors that creates danger, in the abstract, to the legal rights protected by the state, since it is indispensable to the protection of those interests and done in a measured and responsible manner.

Keywords: Crimes. Abstract Danger. Criminal Law. Constitution. Legitimacy.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1. DOS CRIMES, CONCEITOS E BEM JURÍDICO</b> .....	10
<b>1.1 Conceito de Crime</b> .....	10
1.1.1 Fato Típico .....	12
1.1.2 Antijuridicidade .....	14
1.1.3 Culpabilidade .....	15
<b>1.2 Modalidades de Crime</b> .....	16
1.2.1 Crime doloso e culposo .....	16
1.2.2 Crimes de dano e crimes de perigo .....	17
1.2.3 Crimes de perigo: materiais, formais ou de mera conduta? .....	19
<b>1.3 Bem Jurídico</b> .....	21
<b>1.4 Constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato</b> .....	24
<b>2. DA CONSTITUIÇÃO, PRINCÍPIOS E DIREITO PENAL</b> .....	26
<b>2.1 A Constituição</b> .....	26
<b>2.2 A Constituição brasileira de 1988</b> .....	30
<b>2.3 Regras e princípios</b> .....	32
<b>2.4 Princípios</b> .....	33
2.4.1 Dignidade da pessoa humana .....	36
2.4.2 Isonomia .....	38
2.4.3 Liberdade .....	40
2.4.3 Legalidade .....	42
2.4.5 Proporcionalidade .....	44
2.4.6 Intervenção mínima e fragmentariedade .....	47
2.4.7 Lesividade (ofensividade) .....	50
<b>3. DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO</b> .....	55
<b>3.1 Direito penal e sociedade</b> .....	56
<b>3.2 Embriaguez ao volante</b> .....	60
<b>3.3 Porte de arma de fogo sem munição</b> .....	66
<b>3.4 Crimes de perigo abstrato e Constituição</b> .....	69
<b>3.5 Constitucionalidade e limites</b> .....	76
<b>CONCLUSÃO</b> .....	80
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	83

## INTRODUÇÃO

Vemos, nos dias atuais, uma postura do Estado no sentido de promover, por meio do Direito Penal a segurança dos seus indivíduos. Com a modernidade novas demandas foram surgindo e cada vez mais se busca tutelar os bens jurídicos antes mesmo de sofrerem lesão.

A prática recorrente de determinados crimes, de acidentes, de tragédias cada vez mais, impulsionadas pela mídia, afeta o bem estar da sociedade. Dessa forma, atendendo as demandas populares, a fim de proteger os bens jurídicos individuais, busca-se coibir condutas que possuem grande caráter ofensivo a esses interesses. O que se quer não é mais punir as pessoas pelas lesões que elas cometeram, mas sim evitar que essas lesões aconteçam.

Desta forma, surge o instituto dos crimes de perigo abstrato. Nestas modalidades criminosas o Estado presume absolutamente (*juris et de jure*) que a conduta praticada coloca o bem jurídico protegido na iminência ou em risco de ser lesionado. Assim, se vale do Direito Penal para impedir que as pessoas pratiquem essas condutas.

Diferentemente dos crimes de perigo concreto, no perigo abstrato o risco não precisa ser comprovado. A própria prática da conduta proibida já legitima o exercício da coerção estatal, pois foi determinado absolutamente pelo legislador, com base na experiência prática do cotidiano social, que a conduta coibida sempre coloca o bem jurídico tutelado em perigo.

A questão que se coloca é se o Estado poderia presumir absolutamente, pela experiência, que a conduta vai causar lesão ao bem jurídico protegido, se seria o Direito Penal o instrumento adequado para esta tutela, se esta postura estatal não violaria princípios constitucionais-penais, tais como a subsidiariedade, a intervenção mínima, a lesividade e a proporcionalidade.

Dessa forma, vemos na doutrina severas críticas a este instituto, sob a alegação de que seriam inconstitucionais. De outro lado, há defensores, estando inclusive nessa posição de aceitação destas formas de tutela o próprio STF.

Dada a importância deste debate, analisaremos por meio desta pesquisa se os crimes de perigo abstrato são ou não inconstitucionais. Se os preceitos constitucionais estariam sendo respeitados pelo Estado quando tutelam bens jurídicos desta maneira.

Sendo assim, no primeiro capítulo, trataremos, com o fim de preparar o terreno para o debate, do conceito de crime, suas modalidades, o que configura um crime e o que o Estado pretende proteger por meio da criminalização de condutas.

No segundo capítulos iremos expor alguns princípios constitucionais que se aplicam ao Direito Penal e limitam o atuar do Estado, justificando o porquê da importância da observância desses princípios. Para tanto, trataremos do papel da Constituição numa sociedade.

Por fim, no terceiro capítulo entraremos no debate acerca da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, trazendo diversos posicionamentos doutrinários acerca do tema, bem como a análise do discurso da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em casos que envolviam essas modalidades criminosas, chegando por fim a um posicionamento fundamentado.

A questão aqui debatida é saber se os crimes de perigo abstrato resistem a uma análise detida à luz da constituição e se o Estado estaria legitimado ou não a criar essas modalidades criminosas. Não se pretende esgotar o assunto, mas apenas identificar os pontos contrários e favoráveis, por meio de um estudo jurídico-dogmático, focado na doutrina e jurisprudência, e servir de fonte de consulta e debate pela comunidade acadêmica.

# CAPÍTULO 1

## *Dos crimes, conceitos e bem jurídico*

### 1.1 Conceito de crime

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

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

Rogério Greco ensina que:

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

Traz ainda, em sua obra, uma preciosa citação dos ensinamentos do eminente autor alemão Hans Welzel:

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

---

<sup>1</sup> GRECO, Rogério. Código Penal: Comentado. 7. ed. Niterói, RJ: Imputus, 2013, p. 29.

<sup>2</sup> WELZEL, 1987 apud GRECO, Rogério. Código Penal: Comentado. 7. ed. Niterói, RJ: Imputus, 2013, p. 29.

Seguindo o mesmo posicionamento, Assis Toledo narra que:

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

Zaffaroni, sabiamente, conceitua delito como:

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

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

Damásio de Jesus traz o seguinte ensinamento:

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

Seguindo a mesma orientação, Mirabete sustenta que:

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

<sup>3</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos do direito penal: de acordo com a lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 80.

<sup>4</sup> ZAFFARONI, 1996 apud GRECO, Rogério. Código Penal: Comentado. 7. ed. Niterói, RJ: Imputus, 2013, p. 31.

<sup>5</sup> JESUS, Damásio E. de. Código penal anotado. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 32.

crime, e sim mera condição para se impor a pena pela reprovabilidade da conduta<sup>6</sup>

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

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

### 1.1.1 Fato Típico

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

Para que haja crime, em primeiro lugar, é necessário que exista uma conduta, que pode ser positiva (ação) ou negativa (omissão). Por exemplo, o tipo penal do art. 155 do Código Penal<sup>7</sup>, pressupõe uma ação do agente. Já o tipo penal do art. 135<sup>8</sup> do mesmo diploma, pressupõe uma omissão. Nos dizeres de Damásio E. de Jesus, fato típico “é o comportamento humano (positivo ou negativo) que provoca um resultado (em regra), e é previsto na lei penal como infração.”<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> MIRABETE, Julio Fabrini. Manual de direito penal. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 98.

<sup>7</sup> Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel.

<sup>8</sup> Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública.

<sup>9</sup> JESUS, Damásio E. Código penal anotado. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 33.

Rogério Greco assevera que “tipo, como a própria denominação induz, é o modelo, o padrão de conduta que o Estado, por meio de seu único instrumento – a lei –, visa impedir que seja praticada, ou determinada que seja levada a efeito por todos nós”<sup>10</sup>.

Claus Roxin argumenta que:

Querendo o Direito penal proteger bens jurídicos contra os ataques humanos, isto só será possível na medida em que o Direito penal proíba a criação de riscos não permitidos e, ademais, valore a infração na forma de uma lesão do bem jurídico como injusto penal. Portanto, ações típicas são sempre lesões de bens jurídicos na forma de realização de riscos não permitidos, criados pelos homens<sup>11</sup>

Em síntese, fato típico é toda conduta praticada pelo agente que se adequa perfeitamente ao modelo abstrato previsto na lei penal, isto é, a um tipo penal incriminador<sup>12</sup>, violando, por consequência um bem jurídico protegido pela norma.

Segundo Damásio<sup>13</sup>, o fato típico é composto por quatro elementos: 1º) conduta humana dolosa ou culposa; 2º) resultado; 3º) nexos de causalidade entre a conduta e o resultado; 4º) enquadramento do fato material (conduta, resultado e nexos) a uma norma penal incriminadora.

A conduta compreende, como exposto anteriormente, uma ação ou omissão dolosa (quando se busca o resultado) ou culposa (quando o resultado advém involuntariamente pela imprudência, negligência ou imperícia do agente). O resultado é a modificação do *status quo ante*. O nexo causal, em breve síntese, é o elo que liga a ação ou omissão ao resultado, ou seja, o resultado necessita ser fruto da conduta, deve ser sua consequência, caso contrário, inexistente nexo causal. O enquadramento do fato material a uma norma penal incriminadora pressupõe uma interpretação restritiva, ou seja, a conduta necessita ser exatamente igual ao que a norma penal anteviu. A esse enquadramento chamou-se tipicidade, que engloba os conceitos de tipicidade formal e tipicidade conglobante.

---

<sup>10</sup> GRECO, Rogério. Código Penal: Comentado. 7. ed. Niterói, RJ: Imputus, 2013, p.34.

<sup>11</sup> ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: 2009, p. 40.

<sup>12</sup> GRECO, Rogério. op. cit. p. 35.

<sup>13</sup> JESUS, Damásio E. de. op. cit. p. 33.

A tipicidade formal (ou tipicidade legal) encontra seu pressuposto no brocardo *nullum crimen sine lege*<sup>14</sup>. É a adequação perfeita da conduta do agente pela norma penal incriminadora. Ou seja, a lei descreve um tipo penal e o agente pratica o exato ato previsto pela lei. Esta conduta é um ato típico formal.

Na tipicidade conglobante, o ato precisa ser antinormativo e materialmente típico. Uma conduta é antinormativa quando é contrária à lei penal. Quando o ato viola o bem jurídico protegido pela norma, temos a tipicidade material. A tipicidade conglobante é a simples soma dos dois aspectos, devendo o ato ser antinormativo e violador do bem jurídico protegido pela norma.

Portanto, podemos entender fato típico como uma conduta contrária ao direito, enquadrada por uma norma penal, que gera um resultado lesivo ao bem jurídico protegido. Contudo, não basta que o fato seja típico, ele deve ser ainda antijurídico e culpável.

### **1.1.2 Antijuridicidade**

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

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

---

<sup>14</sup> Não há crime sem lei que o defina.

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

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

### 1.1.3 Culpabilidade

Damásio de Jesus conceitua culpabilidade como “juízo de reprovação, reprovabilidade, censurabilidade, juízo de valor que recai sobre o sujeito que praticou o fato típico e antijurídico”<sup>15</sup>. Contudo, para este autor, a culpabilidade não integra o delito, é apenas pressuposto da pena, como já discutido anteriormente.

Rogério Greco conceitua como “juízo de reprovação pessoal que se faz sobre a conduta ilícita do agente”<sup>16</sup>. Segue o autor dizendo que, de acordo com a concepção finalística, são elementos integrantes da culpabilidade: a) imputabilidade; b) potencial consciência sobre a ilicitude do fato, e; c) exigibilidade de conduta diversa.

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

Portanto, tendo um agente praticado um fato típico, antijurídico e culpável, podemos, então, dizer que praticou crime. O crime pode ser doloso ou culposos, pode ser de dano ou de perigo, pode ser consumado ou tentado. Enfim, as classificações

---

<sup>15</sup> JESUS, Damásio E. Código penal anotado. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p 32.

<sup>16</sup> GRECO, Rogério. Código Penal: Comentado. 7. ed. Niterói, Rj: Imputus, 2013, p. 31.

são inúmeras, e, por conta disso, vamos nos ater aos conceitos mais básicos e importantes para a exposição do tema.

## **1.2 Modalidades de crime**

### **1.2.1 Crime doloso e culposo**

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

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

De outro lado, existe ainda a possibilidade de o agente, mesmo não agindo no sentido de tentar concretizar determinado resultado, ele vislumbra que por meio de seus atos o resultado pode acontecer e ele assume esse risco. É o chamado dolo eventual. O dolo eventual é equiparado ao dolo direto para os fins do direito penal brasileiro.

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

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

Dentro do conceito de culpa, temos a culpa consciente. Assemelha-se ao dolo eventual, mas não é igual. Na culpa consciente o agente prevê que o resultado lesivo pode ocorrer, mas, confiando em si mesmo, levemente, embora sinceramente, acredita que poderá evitar o resultado. Damásio de Jesus dá um elucidativo exemplo no qual em uma caçada o sujeito verifica que um animal se encontra perto de seu companheiro. Prevê que atirando na caça e errando poderia matar seu amigo. Contudo, confia em sua pontaria. Atira, erra e mata o homem<sup>17</sup>. Esta é a clássica hipótese de culpa consciente. Não responderá o agente por homicídio doloso, mas culposo.

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

### **1.2.2 Crimes de dano e crimes de perigo**

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

Quando determinada conduta lesiona efetivamente o bem jurídico protegido pela norma, temos o crime de dano. Pela própria definição é possível interpretar seu sentido. Por exemplo, o artigo 121 do Código Penal (homicídio)

---

<sup>17</sup> JESUS, Damásio E. Código penal anotado. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p 64.

protege o bem jurídico vida. Logo quando uma pessoa mata alguém há uma lesão ao bem jurídico, sendo, portanto, crime de dano.

Ocorre que o legislador, com o fito de proteger determinados bens jurídicos, estabelece vedações a condutas que possam colocar o bem protegido em risco. Quando a vedação imposta pela lei não está condicionada a um dano, mas apenas a uma possibilidade de lesão, temos o crime de perigo. Sendo assim, não é necessário que o bem jurídico seja lesionado, basta que o agente pratique determinada conduta prevista pela lei que ponha em risco o bem jurídico. Podemos exemplificar tal situação quando a lei atribui como crime o ato de dirigir embriagado. O bem jurídico protegido é a vida, a incolumidade física dos indivíduos, contudo, o simples fato de alguém estar dirigindo bêbado não pode ser interpretado como lesionador do bem jurídico protegido, mas é claro que o põe em risco, existindo a possibilidade (aumentada pelo status pessoal do agente) de que o bem venha a ser violado.

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

Podemos dizer que no perigo concreto há uma presunção relativa (*juris tantum*) da ocorrência do perigo. Isso quer dizer que a conduta descrita pode provocar ou não o perigo ao bem jurídico protegido, por isso deve-se provar que efetivamente gerou o risco. Já no perigo abstrato há uma presunção absoluta (*juris et de jure*) de ocorrência do perigo. O Estado não abre mais margem para discussão, interpretando que a conduta tipificada sempre vai gerar perigo ao bem jurídico protegido.

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

### **1.2.3 Crimes de perigo: materiais, formais ou de mera conduta?**

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

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

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

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

o resultado que ele pretende. Apenas o fato de praticar a conduta descrita já consuma o delito.

Assis Toledo entende que:

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

Pierpaolo Bottini, por sua vez, assevera que:

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

Para nós, contudo, sem embargos, os crimes de perigo não se inserem em nenhuma destas modalidades. Embora se configurem independentemente do resultado, a produção deste resultado encontra papel chave, pois o Estado entende que a prática da conduta tipificada vai gerar o resultado, o que, por meio dos crimes de perigo, tenta evitar. Na concepção estatal o resultado é certo, a diferença é que por meio da lei tenta evitar a sua produção.

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

---

<sup>18</sup> TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos do direito penal: de acordo com a lei n. 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 143.

<sup>19</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstrato-nao-sao-mera-conduta>>. Acesso em: 31 de maio de 2015.

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

### 1.3 BEM JURÍDICO

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

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

É neste sentido que Roxin afirma que:

Em um Estado democrático de Direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente as condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, a proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc.), sempre e quando isto não se possa alcançar de outra forma melhor. Todos estes objetos legítimos de proteção das normas que subjazem a estas condições eu os denomino bens jurídicos.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: 2009, p. 17.

Podemos então entender, nos ideais de Roxin, bem jurídico como interesse protegido por determinada norma.

Roland Hefendehl, por sua vez, defende que:

El bien jurídico ha de tratarse de un objeto del mundo real, sometido a las leyes físicas. Esta simple frase posee quizá mayor claridad y operatividad que las abstractas definiciones utilizadas por la doctrina que en ocasiones ha llegado a referirse al bien jurídico como un bien ideal e intangible. Así a lo que se llega es a una mera construcción de conceptos que no resulta útil al combinarla con la estructura del delito: para un valor intangible es ciertamente indiferente que el peligro que se cierne a su alrededor sea concreto o abstracto.<sup>21</sup>

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

Podemos entender que os bens jurídicos passíveis de proteção pelo Direito Penal são os direitos, garantias e liberdades fundamentais, juntamente com as garantias institucionais<sup>22</sup>. Embora massivamente elencados no artigo 5º da Constituição, o §2º deste artigo dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Isso quer dizer que o rol do artigo 5º não é taxativo e que podem existir bens jurídicos implícitos. Contudo, mesmo que não contidos expressamente, se submetem aos preceitos emanados pela Lei Maior.

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

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

---

<sup>21</sup> HEFENDEHL, Roland. ¿Debe Ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros? Bienes Jurídicos Colectivos y Delitos de Peligro Abstracto. Traduzido por Eduardo Salazar Ortuño. Anales de Derecho. Universidad de Murcia. n. 19, 2001, p. 153.

<sup>22</sup> Proteção às instituições estatais destinadas a promover o exercício e a defesa dos direitos e liberdades individuais.

não de condutas.<sup>23</sup>

Luís Greco prega que:

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

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

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

Esta diferenciação deve ser analisada de maneira detida, pois o que temos visto é a criação de penas cada vez mais severas pelo Estado, sob o argumento de que se trata da proteção de bens jurídicos coletivos. Entretanto, muitas vezes, os supostos bens jurídicos coletivos, nada mais são que a soma de bens jurídicos individuais.

Roland Hefendehl nos alerta sobre este problema:

Siempre que se oiga que un tipo delictivo debe proteger la validez del ordenamiento jurídico, la seguridad colectiva o el orden público o la seguridad del tráfico, debería colocarse junto a éstos una luz roja de alarma. ¿Qué es realmente la seguridad del tráfico? En nuestra opinión es simplemente la protección de los bienes jurídicos individuales (como la vida o la salud) de los participantes en el tráfico

---

<sup>23</sup> PRADO, Luiz Regis. Direito Penal Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 106.

<sup>24</sup> GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito... Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Brasil, v.12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004, p. 116.

automovilístico. No se trata, pues, de un bien jurídico colectivo.<sup>25</sup>

Também Luís Greco faz ressaltar sobre o tema:

É preciso cuidado com pseudo-bens jurídicos coletivos. Falar em saúde ou incolumidade pública, por exemplo, esconde os déficits de legitimidade de antecipações da tutela penal. A categoria dos crimes de perigo abstrato, referida a um bem jurídico individual, é muito mais crítica, porque expõe estes problemas com toda clareza. É necessário, porém, formular critérios para a distinção entre bens jurídicos coletivos autênticos e aparentes, algo que nem mesmo na Alemanha se viu ser necessário.<sup>26</sup>

Portanto, temos que bens jurídicos nada mais são que interesses dos cidadãos que o Estado se presta a proteger, como forma de garantir os direitos e liberdades individuais. Estes bens jurídicos podem ser coletivos ou individuais, dependendo do grau e do tipo de interesse tutelado. A função do Direito Penal, pela dogmática clássica nada mais é do que a proteção de bens jurídicos, a fim de evitar sua lesão.

## 1.4 Constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato

Muito se discutiu, e ainda se discute, acerca da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. Se analisarmos detidamente seu instituto, à luz da Constituição, a justificativa para sua criação e a conjuntura social atual, teremos muito a debater a respeito dessas modalidades criminosas.

Existem princípios trazidos pela nossa Constituição, vinculantes ao Direito Penal, tais como a subsidiariedade e a lesividade, que constituem verdadeiros obstáculos ao consenso pacífico sobre a qualidade constitucional dos referidos crimes. Sendo assim, impende analisemos a Constituição e seus princípios que mais interessam ao tema antes de finalmente adentrarmos no debate sobre a qualidade

---

<sup>25</sup> HEFENDEHL, Roland. ¿Debe Ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros? Bienes Jurídicos Colectivos y Delitos de Peligro Abstracto. Traduzido por Eduardo Salazar Ortuño. Anales de Derecho. Universidad de Murcia. n. 19, 2001, p. 155.

<sup>26</sup> GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito... Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Brasil, v.12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004, p. 117.

dos crimes de perigo abstrato, pois qualquer análise de constitucionalidade sem análise constitucional é, de pronto, vazia de fundamentação.

## CAPÍTULO 2

### *Da Constituição, princípios e Direito Penal*

#### 2.1. A Constituição

Sabemos que hoje a Constituição é tida como norma suprema do ordenamento jurídico. Contudo, não foi sempre assim. Nos dizeres de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco:

A assertiva de que a Constituição tem valor de norma – e de norma suprema do ordenamento jurídico –, se hoje passa por um truísmo, é, na realidade, um produto do pensamento constitucionalista, que culmina uma sucessão de registros de inteligência sobre o tema, muitas vezes descontraídos. O prestígio jurídico da Constituição, no momento presente, é resultante de uma urdidura de fatos e ideias, em permanente e intensa interação recíproca, durante o suceder das etapas da História.<sup>27</sup>

Assim, faz-se necessário que analisemos dois movimentos constitucionais, o francês e o americano, dada a importância de cada um para entender os fundamentos presentes no sistema jurídico constitucional brasileiro.

Nos primórdios da humanidade os homens eram livres para fazer o que bem entendiam e quando entendiam. Vivia da natureza e só às suas regras devia obediência. Este é chamado estado de natureza<sup>28</sup>.

Neste estado de liberdade extrema e, conseqüentemente, de igualdade extrema os outros indivíduos deveriam ser respeitados, pois ambos são igualmente livres. Ou seja, mesmo no estado de natureza os homens estavam submetidos a certas regras, que a própria natureza estabelecia.

Entretanto, em Hobbes, com o passar do tempo isso foi gerando o caos, pois se cada indivíduo se poderia fazer o que quisesse ninguém se destacaria tanto

---

<sup>27</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 40.

<sup>28</sup> Sobre o tema, John Locke em o *Segundo tratado sobre o governo civil* (1682) e Thomas Hobbes em *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil* (1651).

dos demais por medo do que o outro pudesse fazer a ele. Ou seja, haveria um Estado de Guerra constante de todos contra todos.

Sendo assim, em um dado momento histórico, como forma de tentar colocar fim a este estado de guerra e regular a relações entre si, os homens se organizaram e realizaram um acordo, chamado por muitos de Contrato Social, que estabeleceria, enfim, o Estado. Nas palavras de Canotilho, “a ordem política é *querida e conformada* através de um *contrato social* assente nas vontades individuais”<sup>29</sup>.

Em Hobbes esse Estado seria absoluto, inquestionável, com poder soberano para regular as relações entre os homens. E foi exatamente este Estado absolutista, em que todo o poder se concentrava nas mãos de um soberano, que foi experimentado na Europa na Idade Média.

Entretanto diversos fatos históricos ocorreram que levaram a insatisfação do povo (ascensão da burguesia, fome, doenças, guerras, iluminismo) e um profundo desejo de mudança. Apenas o rei, os nobres, o clero que tinham privilégios. A população estava sempre em último lugar. Na França pré-revolucionária este era exatamente o cenário.

Veio a Revolução Francesa em 1789, rompeu com o antigo regime absolutista e criou um novo regime, uma nova ordem social. A Revolução focalizou na nova estruturação dos direitos naturais dos indivíduos.

De acordo com Canotilho:

[...] como podem homens livres e iguais *dar a si próprios* uma lei fundamental? A ordem dos homens é uma *ordem artificial* (como demonstrara Hobbes), “constitui-se, “inventa-se” ou “reinventa-se” por acordo entre os homens. Numa palavra: a ordem política é *querida e conformada* através de um *contrato social* assente nas vontades individuais (tal como defendiam as doutrinas contratualistas).

[...]

---

<sup>29</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 58.

A arquitectura política precisava de um “plano escrito”, de uma constituição que, simultaneamente, garantisse direitos e conformasse o poder político. Em suma: tornava-se indispensável uma *constituição*. Feita por quem? Surge, aqui, precisamente uma das categorias mais “modernas” do constitucionalismo – a categoria do **poder constituinte** – no sentido de um poder originário pertencente à Nação, o único que, de forma autónoma e independente, poderia criar a lei superior, isto é, a *constituição*.<sup>30</sup>

Depreende-se desse brilhante ensinamento que após a Revolução Francesa, o cenário político em que se via a França necessitava de um documento escrito que garantisse direitos e regulasse o poder político. Isso mostra claramente com o Regime Absolutista antes experimentado naquele país.

Entretanto, é importante destacar que a Constituição não estava no topo da hierarquia no ordenamento jurídico francês. Esse lugar era ocupado pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Contudo, ainda estava em hierarquia superior às leis e aos atos do Executivo.

Outro movimento constitucional que merece destaque por nós é o americano. Como não podia deixar de ser, mais uma vez Canotilho nos ensinar que:

Se a constituição nos esquemas revolucionários franceses terminou na legitimação do estado legicêntrico, ou, por outras palavras, dos “representantes legislativos”, na cultura revolucionária americana ela serviu para “constituir” uma ordem política informada pelo princípio do “governo limitado” (*limited government*). Por outras palavras: o modelo americano de constituição assenta na ideia de *limitação normativa* do domínio político através de uma lei escrita. Esta “limitação normativa” postulava, pois, a edição de uma “bíblia política do estado” condensadora dos princípios fundamentais da comunidade política e dos direitos particulares. Neste sentido, a constituição não é um contrato entre governantes e governados mas sim um acordo celebrado pelo povo e no seio do povo a fim de se criar e constituir um “governo” vinculado à lei fundamental. Poder-se-á dizer, deste modo, que os *Framers* (os “pais da constituição americana”) procuraram *revelar* numa lei fundamental escrita determinados direitos e princípios fundamentais que, em virtude da sua racionalidade intrínseca e da dimensão evidente da verdade neles transportada, ficam fora da disposição de uma “*possible tyranny of the majority*”. A consequência lógica do entendimento da constituição como *higher law* é ainda a elevação da lei constitucional a *paramount law*, isto é, uma lei superior que torna nula (*void*)

---

<sup>30</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 57.

qualquer “lei” de nível inferior, incluindo as leis ordinárias do legislador, se estas infringirem os preceitos constitucionais.<sup>31</sup>

O que podemos extrair desse ensinamento é que os movimentos constitucionalistas americano e francês se diferem em pontos básicos, como no fundamento na Nação no francês e no povo no americano, na Constituição como sendo lei suprema ou não. Enfim, o que se precisa destacar é que em ambos a Constituição veio para regular o Estado e garantir os direitos e liberdades individuais.

Chegamos então ao ponto de maior relevância para nós. A Constituição brasileira, assim como nos movimentos constitucionais americano e francês, é um documento que garante os direitos e liberdades individuais dos cidadãos e que regula e orienta o atuar do Estado.

Neste entendimento, Canotilho diz que:

o constitucionalismo moderno legitimou o aparecimento da chamada *constituição moderna*. Por **constituição moderna** entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.<sup>32</sup>

Seguindo a mesma linha, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco pregam que:

O conceito de Constituição que nos será útil não se desgarra do papel que se entende que esse instrumento deve desempenhar; por isso, o conceito de Constituição não tem como deixar de se ver carregado da ideologia do constitucionalismo. Desse movimento, como visto, a Constituição emerge como um sistema assegurador das liberdades, daí a expectativa que proclame direitos fundamentais. As liberdades, igualmente, são preservadas mediante a solução institucional da separação de poderes. Tudo isso, afinal, há de estar contido em um documento escrito. Quando esses traços são levados em conta, está sendo estabelecido um sentido substancial de Constituição.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 59.

<sup>32</sup> Ibid., p. 52.

<sup>33</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 55.

Inclusive, vemos a influência dos ideais da Revolução Francesa nos diplomas modernos, pois os princípios ali estabelecidos são observados até os dias atuais. Por exemplo, o art. 2º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão diz que “a finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”, e mais a frente, no art. 16, estabelece que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

Desta forma, temos que a Constituição tem valor imensurável dentro da organização política e social do país, pois é através dela que os direitos e liberdades individuais são protegidos e o Estado é regulado para não violar essas liberdades ao mesmo tempo em que deve buscar promovê-las.

## 2.2. A Constituição brasileira de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, estabelece, em seu artigo 1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, culminando por estabelecer, no parágrafo único que todo o poder emana do povo.<sup>34</sup>

Para J.J. Gomes Canotilho, Estado de direito e Estado democrático são coisas distintas. Sustenta que:

No Estado de direito concebe-se a liberdade como *liberdade negativa*, ou seja, uma “liberdade de defesa” ou de “distanciação” perante o Estado. É uma *liberdade liberal* que “curva” o poder. Ao Estado democrático, estaria inerente a *liberdade positiva*, isto é, a liberdade assente no exercício democrático do poder. É a *liberdade democrática* que legitima o poder [...].<sup>35</sup>

Para ele o Estado constitucional democrático seria a forma moderna de Estado. No Estado de direito o poder não estaria legitimado. Apenas o princípio da

---

<sup>34</sup> Podemos ver aqui resquícios dos movimentos constitucionalistas francês e americano.

<sup>35</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 99.

soberania popular (o mesmo que está estampado no parágrafo único do art. 1º da CRFB/88) é que “assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular”<sup>36</sup>. Dessa forma, o princípio da soberania popular seria uma espécie denexo causal entre o Estado de direito e o Estado democrático. Só assim é possível entender a formulação moderna do Estado democrático de direito.

No Estado Democrático de Direito brasileiro temos a Constituição da República como epicentro axiológico do ordenamento jurídico. Isso quer dizer que o ordenamento brasileiro é hierarquizado e todas as normas devem vassalagem à Constituição Federal. Em outras palavras, a Constituição estaria no vértice da pirâmide hierárquica, no meio estariam as leis, e na base os atos secundários, ou seja, aqueles que objetivam o melhor cumprimento das leis. Assim, todas as leis e atos normativos precisam estar de acordo com a Carta Magna, sob pena de inconstitucionalidade, o que tornaria a norma nula de pleno direito. Este é o princípio da supremacia da Constituição.

As normas constitucionais, nos ditames do princípio da supremacia da Constituição, servem de parâmetro de validade para as demais normas do ordenamento jurídico.

Quanto às normas constitucionais Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco ensinam que:

Atenta às particularidades das normas constitucionais, a doutrina lhes flagrou uma classificação, que é de considerável valia para o processo de interpretação constitucional. Consideradas em conjunto, as normas constitucionais são vistas como a pertencer a um sistema normativo, que lhes imprime uma certa ordem de propósitos e que configura um todo tendencialmente coeso e que se pretende harmônico. Observou-se, porém, que, estruturalmente, essas normas poderiam ser enquadradas em dois tipos normativos, que atraem perspectivas também distintas de solução de problemas de aplicação das normas.

Ganhou a doutrina mais moderna uma classificação das normas, que as separa em regras e princípios.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 100.

<sup>37</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 71.

Podemos então de dizer que a Constituição é formada princípios e regras, ambos igualmente vinculantes às demais espécies legislativas. A distinção entre regras e princípios é um tema deveras extenso, que foge aos propósitos desta pesquisa. Contudo, breves considerações merecem ser feitas.

### **2.3. Regras e Princípios**

Como dito, a Constituição é formada por regras e princípios. O debate acerca das distinções acerca desses institutos é imenso. Vamos nos ater aos mais celebrados.

Ronald Dworking<sup>38</sup> entende que regras e princípios são semelhantes na medida em que estabelecem obrigações jurídicas. Contudo, a diferença reside no tipo de mandamento que estabelecem.

Para ele, enquanto a regra é aplicada no modo do tudo ou nada, ou seja, ou é válida ou não é válida para o caso concreto, os princípios, por possuírem a dimensão do peso, são aplicados sob o critério do mais ou menos. Ou seja, a regra ou é aplicada integralmente ou não é aplicada, já os princípios podem ser conjugados com fundamentos de outros princípios.

Robert Alexy<sup>39</sup>, por sua vez, diz que princípios e regras se diferenciam qualitativamente. Para ele, princípios são normas jurídicas destinadas a estabelecer mandamentos de otimização, em que se deve buscar que sejam aplicados e satisfeitos na maior medida possível. Já as regras apenas determinam algo.

Essa breve distinção, porém de muita valia, já nos é suficiente para estabelecer que tipos de normas estão contidas dentro da constituição. É importante frisar, contudo, que os princípios estampados na Constituição brasileira podem ser explícitos, como o caso da Dignidade da Pessoa Humana, tido por muitos como um

---

<sup>38</sup> DWORKIN, Ronald. Taking rights seriously. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1978.

<sup>39</sup> ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentals. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

supraprincípio, pois dele decorrem diversos outros princípios, que vem explicitado no art. 1º, III da CRFB/88, como podem ser implícitos, como é o caso do princípio da Razoabilidade.

## 2.4. PRINCÍPIOS

Como antes discorrido, os princípios contidos na Constituição Federal são de suma importância para análise da constitucionalidade das normas infraconstitucionais, uma vez que são normas constitucionais, vinculando, portanto, o legislador. Aos princípios e regras constitucionais todo o ordenamento jurídico deve vassalagem, pois estão no topo da hierarquia legal nacional.

O princípio da supremacia da constituição, apesar de não explícito no texto constitucional brasileiro, vem entranhado na expressão Estado Democrático de Direito, forma de Estado em que o Brasil se constitui, conforme art.1º, *caput* da CRFB/88. Como visto anteriormente, o Estado Democrático de Direito nada mais é que uma forma de Estado em que a Constituição está acima de tudo e que a forma de poder é legitimada pela participação democrática do povo.

Assim, não há dúvidas de que a Constituição brasileira constitui parâmetro, modelo, mandamento a ser seguido por todas as leis e atos normativos do ordenamento jurídico pátrio. Logo, se uma lei ou ato normativo estabelece mandamentos contrários às regras ou princípios constitucionais será inconstitucional, sendo nulos de pleno direito, estando sujeitos ao controle de constitucionalidade.

Existem, no ordenamento nacional, diversas formas de controle de constitucionalidade. O sistema de controle brasileiro é bastante amplo e abrange diversas formas de enfoque.

O controle de constitucionalidade pode ser direto, pela via da Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade (embora nesta se

busque assegurar a constitucionalidade de lei federal, sua improcedência acarretará a declaração de inconstitucionalidade), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

O controle pode ainda ser prévio. Um exemplo é o artigo 66, §1º, da Constituição. No processo legislativo previsto na CRFB/88 um projeto de lei inicia, via de regra, na Câmara dos Deputados, podendo também iniciar no Senado Federal. Quando o projeto é aprovado na Casa iniciadora ele é remetido à outra Casa para que esta possa revisá-lo e, se achar necessário, emendá-lo. Se não houver emenda, ou se esta for apenas para corrigir a gramática, sem alterar o significado, a Casa revisora irá remeter o projeto para o Presidente da República. Se houver emenda substancial o projeto volta para a Casa iniciadora para apreciação da emenda, que pode ser aceita ou não. Acatada ou não a emenda, o projeto é remetido ao Presidente da República. Uma vez nas mãos do Presidente, este pode sancionar ou vetar o texto do projeto. O Presidente, na sua discricionariedade, pode entender que a lei vai contra o interesse público, então decide vetar o texto (todo ou parte). Esta forma é o veto político. O Presidente pode, ainda, julgar que o texto do projeto é inconstitucional, ou seja, vai contra os preceitos irradiados pela Carta Magna, e, por isso, veta. Este é o veto jurídico. Quando o veto é jurídico, temos um controle de constitucionalidade prévio, pois a lei ainda não existe no mundo jurídico.

Por fim, o controle de constitucionalidade pode se dar ainda pela via incidental, na forma da Arguição de Inconstitucionalidade. Ou seja, no curso de um processo comum a inconstitucionalidade não é o pleito do autor, não busca pelo processo a declaração de inconstitucionalidade da lei, por exemplo, mas sustenta a sua inconstitucionalidade para justificar seu direito e, assim, alcançar seu pedido.

Essas formas de controle cercam todas as possibilidades de inconstitucionalidade possíveis. É importante destacar que a decisão nestas ações tem natureza meramente declaratória, ou seja, a inconstitucionalidade sempre existiu, somente foi declarada no momento da decisão. Além disso, a inconstitucionalidade não convalida jamais, pois gera nulidade. Embora a lei seja eficaz, ela é nula de pleno direito.

Controle de constitucionalidade é um tema bastante complexo e longo e não nos cabe adentrar nas suas particularidades. Esse breve resumo foi apenas para destacar a importância que a Constituição Federal tem no ordenamento jurídico brasileiro, pois foram previstas diversas formas de controle de constitucionalidade para que seja mantida a integridade dos mandamentos constitucionais.

É importante, ainda, que se diga que o Código Penal, ou seja, o Decreto-Lei 2.848, é datado do ano de 1940. A forma como que foi editado – Decreto-Lei – já não mais existe no ordenamento nacional. Além disso, foi substancialmente alterado pela Lei 7.209/84, anteriormente à vigente Constituição Federal, de 1988.

Com o advento de uma nova Constituição, como se deu em 1988, as leis infraconstitucionais, ou até mesmo constitucionais em certos casos<sup>40</sup>, passam por um crivo de constitucionalidade e, caso estejam de acordo com a nova Carta Magna, serão recepcionadas. Essa triagem constitucional não se atenta para forma do ato normativo, mas à matéria, ou seja, se preocupa se o que está disposto na lei avaliada está de acordo com os mandamentos constitucionais, recepcionando-a com a forma preconizada pela nova Constituição.

Sendo assim, o Código Penal foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Embora permaneça com o nome de Decreto-Lei, sua força normativa na hierarquia é de ato normativo primário, ou seja, está abaixo da Constituição, mas acima dos decretos, resoluções, etc.

Portanto, temos que o Código Penal encontra-se de acordo, que seus ditames respeitam a Lei Maior, que a ela presta devoção, e o mais importante para nós neste ponto, que se rendem aos princípios irradiados por ela.

Luana Vaz Davico, em artigo publicado discorre que:

Os princípios constitucionais representam os princípios ou valores constitucionais que repercutem na esfera penal, porquanto as normas de

---

<sup>40</sup> Existe um fenômeno chamado desconstitucionalização. As normas constitucionais da Constituição anterior podem ser recepcionadas pela nova Constituição com *status* de lei ordinária. Ou seja, ocorre a desconstitucionalização da norma constitucional, que deixa de integrar a Carta Magna e se torna lei infraconstitucional. É imprescindível que a nova Constituição expressamente preveja esta hipótese.

direito penal constitucional, são a tradução da constitucionalização de normas de conteúdo tipicamente penal (geralmente estatuídas pela legislação ordinária), visando a uma maior estabilidade de seu conteúdo. Assim, os princípios constitucionais penais, devem necessariamente serem observados pelo Direito Penal, sob pena de carecer de fundamentação constitucional, uma vez que '...a não fundamentação de uma norma penal em qualquer interesse constitucional, implícito ou explícito, ou o choque mesmo dela com o espírito que perambula pela Lei Maior, deveria implicar, necessariamente, na descriminalização ou não aplicação da norma penal'.<sup>41</sup>

Podemos, então, concluir, que o Direito Penal deve submissão à Constituição, e, por consequência, aos princípios nela contidos. Dessa forma, qualquer mandamento exarado pela Lei Penal se rende aos princípios constitucionais e deles não pode se distanciar.

Tendo isto em mente, nos resta trazer à baila o enfoque dos princípios constitucionais. Embora o rol de princípios contidos na Carta Magna brasileira seja importantíssimo, são muitos. Sendo assim, mesmo a análise dos princípios mais clássicos já nos demandaria um debate e uma explicitação mais longa, que fugiria ao enfoque do tema. Vamos aqui nos ater a certos princípios-chave para que possamos elucidar o tema.

### **2.4.1 Dignidade da Pessoa Humana**

Não há como falar de princípios sem falar da dignidade da pessoa humana, tido por muitos como um supraprincípio. A Constituição, no artigo 1º, III, elenca este princípio como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, inerente à República. Podemos dizer que ele vincula todo o ordenamento jurídico, pois, dado seu *status*, é de observância obrigatória.

Flávia Piovesan diz que:

A dignidade da pessoa humana, [...] está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores

---

<sup>41</sup> DAVICO, Luana Vaz. Os princípios constitucionais – análise descomplicada. Disponível em: <<http://luanadavico.jusbrasil.com.br/artigos/111822119/os-principios-penais-constitucionais-analise-descomplicada>>. Acesso em: 22 de maio de 2015.

éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro."

[...]

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno.<sup>42</sup>

Ainda, louvando o elevado *status* ostentado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, Luiz Flávio Gomes sustenta que:

Acham-se ancorados no princípio-síntese do Estado Constitucional e Democrático de Direito, que é o da dignidade humana. A força imperativa do princípio da dignidade humana (CF, art. 1.º, III) é incontestável. Nenhuma ordem jurídica pode contrariá-lo. A dignidade humana, sem sombra de dúvida, é a base ou o alicerce de todos os demais princípios constitucionais penais. Qualquer violação a outro princípio afeta igualmente o da dignidade da pessoa humana. O homem (o ser humano) não é coisa, não é só cidadão, é antes de tudo, pessoa (dotada de direitos, sobretudo perante o poder punitivo do Estado).<sup>43</sup>

Dessa forma, todo o ordenamento jurídico deve ter em mente a dignidade da pessoa humana, pois qualquer norma que viole tal princípio será, de pronto, inconstitucional.

O artigo 5º, *caput* da CRFB nos traz cinco vertentes do princípio da dignidade da pessoa humana, que são a vida, a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade. Todos são direitos fundamentais inerentes ao ser humano, positivados pela nossa Constituição.

O que vemos no artigo 5º da CRFB/88, o famoso artigo dos direitos fundamentais, são as formas de manifestação desses direitos fundamentais e a forma de proteção e garantias desses direitos. Em outras palavras, vemos no artigo 5º (e é importante saber que não é um rol taxativo) a manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana e sua proteção, mesmo que de forma indireta, através de suas vertentes.

---

<sup>42</sup> PIOVESAN, Flávia, 2004 apud SANTANA, Raquel Santos de. A dignidade da pessoa humana como princípio absoluto. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5787/A-dignidade-da-pessoa-humana-como-principio-absoluto>>. Acesso em: 22 de maio de 2015.

<sup>43</sup> GOMES, Luiz Flávio. apud DAVICO, Luana Vaz. Os princípios constitucionais – análise descomplicada. Disponível em: <<http://luanadavico.jusbrasil.com.br/artigos/111822119/os-principios-penais-constitucionais-analise-descomplicada>>. Acesso em: 22 de maio de 2015.

Por conta dessa imensidão do princípio da dignidade da pessoa humana, por esse vasto rol de atuação, por servir de fundamento aos direitos fundamentais é que muitos o chamam de supraprincípio.

Como já falamos, a função primórdia da Constituição é a de proteger as liberdades e garantias individuais e regular o Estado. Vemos no artigo 5º a evidenciação desta função básica da Constituição. Mesma função manifestada nos movimentos constitucionais francês e americano.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana fundamenta todo raciocínio acerca dos direitos fundamentais, pois é dela que todos eles retiram seu fundamento de existência.

## 2.4.2 Isonomia

Não é segredo que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, editada logo após a Revolução Francesa como forma de positivizar todos os ideais que impulsionaram o movimento revolucionário, é um dos documentos mais importantes da história da humanidade. Até os dias atuais vemos sua influência nos mais diversos países e suas respectivas Constituições.

Em seu artigo 1º a Declaração estabelece que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum”. Vemos neste artigo o fundamento do princípio da Isonomia.

O artigo 5º, *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil prega que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (...)”. Esta é a igualdade formal.

A isonomia formal, ou igualdade formal, consiste em nada menos que tratar a todos da mesma forma, sem atentar para suas condições inerentes. Essa

espécie de isonomia, no pensamento de Canotilho, vincula até mesmo o próprio legislador, dizendo que:

A afirmação - «todos os cidadãos são iguais perante a lei» - significava, tradicionalmente, a *exigência de igualdade na aplicação do direito*. Numa fórmula sintética, sistematicamente repetida, escrevia Anschütz: «as leis devem ser executadas sem olhar às pessoas». A **igualdade na aplicação do direito** continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade constitucionalmente garantido e, como se irá verificar, ela assume particular relevância no âmbito da aplicação da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais.

[...]

Ser igual perante a lei não significa apenas aplicação igual da lei. A lei, ela própria deve tratar por igual todos os cidadãos. O princípio da igualdade dirige-se ao próprio legislado, vinculando-o à criação de um direito igual para todos os cidadãos.<sup>44</sup>

Contudo, além da vertente formal, a isonomia também tem sua vertente material. Se o Estado deve promover o máximo possível de direitos fundamentais, é evidente que a desigualdade prática entre os homens vai demandar do Estado diferentes formas de atuar para buscar este fim. Todos são iguais perante a lei, mas ninguém é essencialmente igual perante a natureza.

Nessa toada, Rui Barbosa, em Oração aos Moços, sustenta que:

A parte da natureza varia ao infinito. Não há, no universo, duas coisas iguais. Muitas se parecem umas às outras. Mas todas entre si diversificam. Os ramos de uma só árvore, as folhas da mesma planta, os traços da polpa de um dedo humano, as gotas do mesmo fluido, os argueiros do mesmo pó, as raias do espectro de um só raio solar ou estelar. Tudo assim, desde os astros no céu, até os micróbios no sangue, desde as nebulosas no espaço, até aos aljôfares do rocío na relva dos prados.

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 426.

<sup>45</sup> BARBOSA, Rui. Oração aos moços/Rui Barbosa; edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997, p. 26.

Ou seja, o nobre ensinamento de Rui Barbosa nos demonstra que, pela própria natureza da humanidade, os homens são diferentes. Por conta disso a verdadeira igualdade é dar tratamento desigual aos homens para que todos possam chegar ao mesmo fim. Esse fim seria a existência digna de todos, mandamento da dignidade da pessoa humana. A esta forma de manifestação da isonomia chamou-se de isonomia material.

Imaginemos que existisse uma lei em que estabelecesse que todos os homens devem ter 100 kg. Peguemos dois homens como exemplo. O primeiro tem 80 kg, já o segundo, 90 kg. Observando a isonomia *formal*, deveríamos dar aos dois homens a mesma quantidade. Se déssemos, portanto, 20 kg aos dois homens o primeiro ficaria com 100 kg e o segundo com 110 kg, ou seja, no fim a desigualdade entre eles permanece. Entretanto, se observássemos a isonomia *material*, poderíamos dar tratamento diferenciado aos homens buscando a igualdade como fim. Dessa forma, poderíamos dar ao primeiro 20 kg e ao segundo, 10 kg. Assim, tanto o primeiro como o segundo homem ficariam com 100 kg no final, estando em situação de igualdade.

Portanto, a lei deve estabelecer mandamentos idênticos para todos os homens, mas pelo fato de os homens serem diferentes por natureza o Estado deve promover os direitos fundamentais de forma desigual para que, no fim, todos sejam iguais.

### **2.4.3 Liberdade**

A liberdade, direito fundamental positivado em nossa Constituição no *caput* do artigo 5º, cumpre papel fundamental para a concretização da dignidade da pessoa humana. As formas de exercício e suas garantias estão dispostas no próprio *caput* do artigo 5º e em diversos incisos deste artigo, do inciso II ao XXI, tamanha sua importância para o ser humano.

Canotilho nos ensina que “as liberdades estariam ligadas ao *status negativus* e através delas visa-se defender a esfera dos cidadãos perante a intervenção do Estado”<sup>46</sup>. Dessa forma, as liberdades ensejam do Estado um dever de abstenção, ou seja, uma posição negativa.

Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco estabelecem que:

Liberdade e igualdade formam dois elementos essenciais do conceito de *dignidade da pessoa humana*, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais.

As liberdades são proclamadas partindo-se da perspectiva da pessoa humana como ser em busca da autorrealização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades. O Estado democrático se justifica por meio de medidas que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais. O Estado democrático se justifica, também, como instância de solução de conflitos entre pretensões colidentes resultantes dessas liberdades.

A efetividade dessas liberdades, de seu turno, presta serviço ao regime democrático, na medida em que viabiliza a participação mais intensa de todos os interessados nas decisões políticas fundamentais.<sup>47</sup>

No movimento revolucionário francês, a liberdade também cumpria papel importante na formação do Estado. Dado a ser um direito inerente ao ser humano o Estado estaria limitado no seu agir para não violar a liberdade dos cidadãos.

O art. 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão prega que:

A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Nessa toada, podemos dizer que as leis podem ter três objetivos: regulação do Estado e seus atos, garantir as liberdades individuais ou limitar essas liberdades.

---

<sup>46</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 395.

<sup>47</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 263.

Nesta dimensão de limitar as liberdades individuais se insere o Direito Penal. O diploma penalizador estabelece condutas proibidas de serem praticadas pelos indivíduos. Essa legitimação para que o Estado possa punir os que violem esses mandamentos encontra seu fundamento no Contrato Social, no Estado Democrático de Direito, no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, na Isonomia Formal e na liberdade individual.

Embora a uma primeira análise possa ser paradoxal que um viés do Direito que se propõe a impedir certas condutas e impor sanções a seu descumprimento encontre fundamento na liberdade individual, se analisarmos o artigo 4º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão vemos que todos são livres para fazer qualquer coisa, desde que sua conduta não adentre na liberdade do próximo, nem o prejudique.

O que faz o Estado, por meio do Direito Penal, nada mais é do que delimitar, concretizar esse limite, que até então era abstrato. Por meio da lei penal o Estado estabelece as condutas proibidas e passíveis da maior punição estatal.

Temos que ter em mente que, ao mesmo tempo em que o Direito Penal encontra fundamento na liberdade dos indivíduos, é por ela limitada. Isso por que o Estado não pode adentrar além do necessário na esfera individual de cada cidadão, pois a função precípua do Estado é garantir a liberdade das pessoas.

Além disso, o Direito Penal é a maior forma de sanção praticada pelo estado. Dessa forma, deve ser aplicado apenas em última hipótese, apenas quando outra forma de regulação não for eficaz. Em outras palavras, as ações limitadoras do Estado devem ser proporcionais às condutas dos indivíduos.

### **2.4.3 Legalidade**

Rapidamente, nos cumpre dizer que todas as ações do Estado que visem limitar as liberdades individuais devem estar pautadas na lei. Na realidade, não só

as limitações, mas também as garantias individuais e a regulação do Estado devem estar sempre previstas em lei. Se a sociedade estabeleceu uma Constituição que, apesar de ser a Lei Suprema, é uma lei, é razoável que todos os atos que imponham exceções ou limitações, ou até mesmo regramentos aos objetivos constitucionais, quais sejam, assegurar as liberdades e direitos individuais e regular o Estado, estejam previstos em lei, que à Constituição rende vassalagem.

O artigo 5º, II da CRFB/88 traz a cláusula da legalidade privada, dispondo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Ou seja, a lei é o único meio hábil a impor restrições à liberdade individual.

Arrematando o entendimento, e até porque a Constituição é um todo coeso, o inciso XXXIX do mesmo artigo 5º da CRFB/88 estabelece que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco nos trazem imperiosa lição ao argumentar que:

A Constituição estabelece, no art. 5º, XXXIX, que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Cuida-se da legalidade ou da reserva legal estrita em matéria penal. [...]

Essas disposições encontram fundamentos vinculados à própria ideia de Estado de Direito, baseados especialmente no princípio liberal e nos princípios democrático e da separação de Poderes. De um lado enuncia-se que qualquer intervenção no âmbito das liberdades há de lastrar-se em uma lei. De outro, afirma-se que a decisão sobre a criminalização de uma conduta somente pode ser tomada por quem dispõe de legitimidade democrática.<sup>48</sup>

Enfim, o Estado pode sim interferir na liberdade de cada indivíduo. Contudo, essa intervenção está submetida à reserva legal. Sem lei para regulamentar a forma de intervenção não há como se falar em Estado Democrático de Direito.

---

<sup>48</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 477.

## 2.4.5 Proporcionalidade

Zaffaroni prega que:

Já que é impossível demonstrar a racionalidade da pena, as agências jurídicas devem, pelo menos, demonstrar que o custo em direitos da *suspensão* do conflito mantém uma proporcionalidade mínima com o grau da lesão que tenha provocado. Temos aí o *princípio da proporcionalidade mínima da pena com a magnitude da lesão*.<sup>49</sup>

Rogério Greco, ao ensinar sobre o princípio da proporcionalidade, estabelece que:

Embora remontem à Antiguidade, suas raízes somente conseguiram firmar-se durante o período iluminista [...]. Alberto Silva Franco, dissertando sobre o princípio em tela, aduz: “O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado esbelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o Poder Legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionada à sua concreta gravidade).”

Do princípio da proporcionalidade são extraídas duas importantes vertentes, a saber: a proibição do excesso (*übermassverbot*) e a proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*).<sup>50</sup>

Nos dizeres de Canotilho:

O princípio da proporcionalidade dizia primitivamente respeito ao problema da limitação do poder executivo, sendo considerado como *medida* para as restrições administrativas da liberdade individual. É com este sentido que a teoria do estado o considera, já no séc. XVIII, como máxima suprapositiva, e que ele foi introduzido, no séc. XIX, no direito administrativo como princípio geral do direito de polícia (cfr. Art. 272.º/1). Posteriormente, o **princípio da proporcionalidade em sentido amplo**, também conhecido por **princípio da proibição de excesso** (*Übermassverbot*), foi erigido à dignidade de princípio constitucional [...]. Enquanto alguns autores e sentenças judiciais

<sup>49</sup> ZAFFARONI, E. Raúl. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. E. Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 230.

<sup>50</sup> GRECO, Rogério. Código Penal: Comentado. 7. ed. Niterói, RJ: Imputus, 2013, p. 9.

pretendem derivá-lo do princípio do estado de direito [...] outros acentuam que ele está intimamente conexionado com os *direitos fundamentais* [...]. Na qualidade de regra de razoabilidade – *rule of reasonableness* – desde cedo começou a influenciar a jurisprudência dos países de *Common Law*. Através da regra da razoabilidade, o juiz tentava (e tenta) avaliar caso a caso as dimensões do comportamento razoável tendo em conta a situação de facto e a regra do precedente.<sup>51</sup>

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

Em muitos casos, a eleição da sanção penal pode-se conter no âmbito daquilo que se costuma denominar “discrição legislativa”, tendo em vista desenvolvimentos históricos, circunstâncias específicas ou opções ligadas a certo experimentalismo institucional. A ordem constitucional confere ao legislador margens de ação para decidir sobre quais medidas devem ser adotadas para a proteção penal eficiente dos bens jurídicos fundamentais. É certo, por outro lado, que a atuação do legislador sempre estará limitada pelo princípio da proporcionalidade.

Assim, na dogmática alemã é conhecida a diferenciação entre o princípio da proporcionalidade como *proibição de excesso* (*Übermassverbot*) e como *proibição de proteção deficiente* (*Untermassverbot*). No primeiro caso, o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de aferição da constitucionalidade das intervenções nos direitos fundamentais, como *proibições de intervenção*. No segundo, a consideração dos direitos fundamentais, como *imperativos de tutela* (Canaris) imprime ao princípio da proporcionalidade uma estrutura diferenciada. (...)

As determinações constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade, como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A ideia é a de que a intervenção estatal por meio do direito penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade.<sup>52</sup>

Vemos então que a doutrina estabelece que o princípio da proporcionalidade possui duas dimensões básicas: a proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente. Tais dimensões vinculam igualmente o legislador.

De um lado o Estado, na limitação das liberdades individuais, não pode se exceder na penalização (que será estabelecida por meio de lei) de determinada conduta violadora da lei, de outro lado a proteção conferida pelo Estado não pode

<sup>51</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 266.

<sup>52</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 475.

ser insuficiente, ou seja, precisa proteger completamente os direitos fundamentais. Em outras palavras, o agir do Estado precisar ser o ideal, precisa ser proporcional ao impacto da conduta.

O princípio da proporcionalidade possui três subprincípios que têm importância sumária para a aferição da proporcionalidade do agir do Estado: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco sustentam que:

O ato não será *adequado* quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima; não será *necessário* na hipótese de existirem medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental; e violará o subprincípio da *proporcionalidade em sentido estrito* se o grau de satisfação do fim legislativo é inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção.<sup>53</sup>

No mesmo sentido, Canotilho prega que:

O **princípio da conformidade ou adequação** impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. [...]

O **princípio da exigibilidade**, também conhecido como «princípio da necessidade» ou da «menor ingerência possível», coloca a tónica na ideia de que o cidadão tem *direito à menor desvantagem possível*. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão. [...]

Quando se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida coercitiva do poder público para alcançar determinado fim, mesmo neste caso deve perguntar-se se o resultado obtido com a intervenção é *proporcional* à «carga coercitiva» da mesma. Está aqui em causa o **princípio da proporcionalidade em sentido restrito**, entendido como princípio da “justa medida”.<sup>54</sup>

Portanto, temos que o princípio da proporcionalidade é de importância nuclear no ordenamento jurídico, pois é por meio dele que se busca limitar e conformar o Estado na sua atuação coercitiva.

O objetivo do Estado deve sempre ser o da conservação das liberdades individuais. Como estabelecido na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão,

<sup>53</sup> Ibid., p. 475.

<sup>54</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 270.

liberdade consistem em fazer tudo que lhe aprouver sem, contudo, causar prejuízo a outro indivíduo. Coube ao Estado estabelecer os limites e determinar sanções para os que desrespeitam esses limites.

Esse caráter coercitivo do Estado busca assegurar a liberdade individual de todos os cidadãos. Por conta disso, essa atuação deve ser realizada com a máxima cautela e se dar na menor escala possível, sempre tendo como foco a liberdade.

O princípio da proporcionalidade limita o Estado ao mesmo tempo em que o impulsiona, para que a proteção às liberdades seja operada na maior escala possível.

#### **2.4.6 Intervenção Mínima e Fragmentariedade**

Como exaustivamente repetido por nós, a função precípua do Estado é assegurar a liberdade dos indivíduos. O Estado, nada mais é do que uma instituição a serviço do cidadão. Sendo o Direito Penal a forma mais grave de coerção estatal, sua atuação fragmentária e subsidiária.<sup>55</sup>

Damásio de Jesus, ao falar sobre a fragmentariedade, institui que:

É consequência dos princípios da reserva legal e da intervenção necessária (mínima). O direito penal não protege todos os bens jurídicos de violações: só os mais importantes. E, dentre estes, não os tutela de todas as lesões: intervém somente nos casos de maior gravidade, protegendo um *fragmento* dos interesses jurídicos. Por isso é *fragmentário*.<sup>56</sup>

Rogério Greco, sobre o mesmo princípio, ensina que:

Conforme esclarece Muñoz Conde, “nem todas as ações que atacam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, nem tampouco todos os bens jurídicos são protegidos por ele. O Direito penal, repito mais uma vez, se limita somente a castigar as ações mais graves contra

---

<sup>55</sup> FLORENCE, Ruy Celso Barbosa. Princípios constitucionais penais . Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3710, 28 ago. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25158>>. Acesso em: 19 de maio de 2015.

<sup>56</sup> JESUS, Damásio E. Código penal anotado. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 2.

os bens jurídicos mais importantes, daí seu caráter ‘fragmentário’, pois de toda a gama de ações proibidas e bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, o Direito Penal só se ocupa de uma parte, fragmentos, se bem que da maior importância”.

Não há se subestimar a natureza subsidiária, fragmentária do Direito Penal, que só deve ser acionado quando outros ramos do direito não sejam suficientes para a proteção dos bens jurídicos envolvidos (STF, RHC 89624/RS, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Cármen Lúcia, 1<sup>a</sup> T., DJ 7/12/2006, p. 511).<sup>57</sup>

Como podemos ver, o caráter fragmentário do Direito Penal reside no fato de que, por este ramo do Direito ser atuação máxima do Estado, nem todas as lesões a bens jurídicos merecem ser punidas pelo Estado por meio do Direito Penal. Há sempre que se ter em mente que a atuação penal deve se dar em última hipótese. O Direito Penal somente se atenta a uma parte, a um fragmento das lesões. Esse caráter fragmentário é decorre do princípio da intervenção mínima.

O princípio da intervenção mínima, nos dizeres de Damásio de Jesus, deriva do fato de que:

Procurando restringir ou impedir o arbítrio do legislador, no sentido de evitar a definição desnecessária de crimes e a imposição de penas injustas, desumanas ou cruéis, a criação de tipos delituosos deve obedecer à imprescindibilidade, só devendo intervir o Estado, por intermédio do direito penal, quando os outros ramos do direito não conseguem prevenir a conduta ilícita.<sup>58</sup>

O princípio da intervenção mínima, também conhecido como princípio da subsidiariedade ou *ultima ratio*, encontra suas razões de ser no Estado Democrático de Direito.

Conforme explicitado anteriormente, os movimentos revolucionários do século XVIII, em especial na França, buscavam a ruptura com o Antigo Regime, em que o Estado era absolutista e o poder estava nas mãos do soberano, que governava de acordo com seu livre arbítrio. Assim, com o sucesso da Revolução Francesa, o povo se viu na necessidade de criar um documento que regulamentasse o Estado e garantisse direitos e liberdades individuais. Esse documento foi a Constituição.

---

<sup>57</sup> GRECO, Rogério. Código Penal: Comentado. 7. ed. Niterói, RJ: Imputus, 2013, p. 9.

<sup>58</sup> JESUS, Damásio E. Código penal anotado. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 2.

Quando a Constituição brasileira, no artigo 1º, diz que o Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito, o que se estabelece é que a Constituição está no topo da hierarquia legal nacional e que os objetivos constitucionais são regulamentar o Estado e promover e garantir direitos e liberdades individuais.

Entretanto, o Estado deve também possui meios de conformar o povo, mas sempre com o objetivo final o benefício da maioria, sempre buscando assegurar a liberdade de todos. Existem diversas formas que o Estado possui para limitar a liberdade em prol das liberdades. De todas, a mais grave é a atuação por meio do Direito Penal.

Pelo fato de o Estado ser uma instituição a favor do cidadão, em nenhuma hipótese podemos cogitar o Direito Penal como primeira solução, como primeira forma de atuação do Estado, pois isso vai de encontro à função precípua do Estado.

Dessa forma, o Estado deve sempre buscar a forma menos gravosa para limitar o agir dos indivíduos – e neste mandamento podemos ver claramente o princípio da proporcionalidade –, cabendo à seara penal apenas quando outras formas não se mostrarem eficientes. Este é o princípio da intervenção mínima, subsidiariedade ou *ultima ratio*. O Direito Penal deve ser aplicado apenas em última hipótese.

No dizeres de Gilmar Mendes e Paulo Gonet Branco:

As determinações constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade, como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. A ideia é a de que a intervenção estatal por meio do direito penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade.<sup>59</sup>

Sobre o tema, Rogério Greco nos traz importantes jurisprudências:

A intervenção do Direito Penal apenas se justifica quando o bem jurídico tutelado tenha sido exposto a um dano com relevante lesividade. Inocorrência de tipicidade material, mas apenas a formal

---

<sup>59</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 476.

quando a conduta não possui relevância jurídica, afastando-se, por consequência, a ingerência da tutela penal, em face do postulado da intervenção mínima. (*HC 84.412/SP*, Ministro Celso de Mello, Supremo Tribunal Federal, *DJ 19/11/2004*) (STJ 189400/RS, Rel. Min. Og Fernandes, 6ª T. *DJe 1º/8/2012*).

Embora atualmente, em razão do alto índice de criminalidade e da conseqüente intranquilidade social, o Direito Penal brasileiro venha apresentando características mais intervencionistas, persiste o seu caráter fragmentário e subsidiário, dependendo a sua atuação da existência de ofensa a bem jurídico relevante, não defendido de forma eficaz por outros ramos do direito, de maneira que se mostre necessária a imposição de sanção penal. (STJ, *HC 201439/SP*, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, 6ª T., *DJe 10/8/2011*).<sup>60</sup>

Portanto, o Direito Penal deve ser a última opção do Estado para proteger bens jurídicos de relevante valor, pois é uma atuação gravíssima e a maior forma de limitação das liberdades individuais por parte do Estado. Dessa forma, deve ser aplicado apenas em última hipótese.

#### **2.4.7 Lesividade (Ofensividade)**

É importante que falemos que qualquer análise dos princípios constitucionais, que especialmente se aplicam ao Direito Penal, deve ter sempre como plano de fundo as liberdades individuais, como viemos demonstrando até aqui.

Dessa forma, para que o Estado se revista de legitimidade para interferir na liberdade dos indivíduos, deve-se ter como objetivo a garantia dos direitos e liberdades de todos os cidadãos.

Além disso, apenas em última hipótese o Estado tem legitimidade para se valer da lei penal para conformar os cidadãos, compelindo-os a cumprir mandamentos que asseguram os direitos e liberdades de todos os cidadãos.

Neste raciocínio se insere o princípio da lesividade. Decorrente também do Estado Democrático de Direito e dos direitos e liberdades individuais, o referido princípio tem a função, mais uma vez, de regular a ação estatal.

---

<sup>60</sup> GRECO, Rogério. Código Penal: Comentado. 7. ed. Niterói, RJ: Imputus, 2013, p. 3.

O Estado, a seu arbítrio e com fundamento no princípio da fragmentariedade pode eleger quais bens jurídicos merecem ou não a proteção máxima, punindo quem os viole por meio do Direito Penal.

Entretanto, nos ditames do princípio da lesividade, a legitimação da atuação penal do Estado somente ocorre quando este bem jurídico protegido é efetivamente violado. O Direito Penal é objetivo e se reporta a fatos já ocorridos, quer dizer, os indivíduos que cometem as condutas criminosas previstas na lei vão responder penalmente, mas é imprescindível que a conduta tenha ocorrido e tenha causado lesão.

Embora esteja implícito em nosso ordenamento, há quem aponte a aceitação da submissão a esse princípio pelo Direito Penal ao artigo 13 do Código Penal, que reza que o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu a causa. Pelo artigo, interpreta-se que a existência de crime depende de resultado, ou seja, de lesão.

Damásio de Jesus, definindo o princípio da lesividade, apregoa que:

O direito penal só deve ser aplicado quando a conduta lesiona um bem jurídico, não sendo suficiente que seja imoral ou pecaminosa. Entre nós, esse princípio pode ser extraído do art. 98, I, da CF, ao disciplinar as infrações penais de menor potencial "ofensivo".<sup>61</sup>

Zaffaroni preceitua que:

As penas não podem recair sobre condutas que são justamente o exercício da autonomia ética que o estado deve garantir, mas sim sobre condutas que a afetem. De acordo com essa opção pelo estado moral (e o conseqüente rechaço do estado paternalista imoral), não pode haver delito que não reconheça, como suporte fático, um conflito que afete bens jurídicos alheios, entendidos como os elementos de que outrem necessita para a respectiva auto-realização (ser aquilo que escolheu ser, de acordo com sua consciência). [...]

No direito penal essa opção constitucional se traduz no *princípio da lesividade*, segundo o qual nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeia, pelo menos, um conflito

---

<sup>61</sup> JESUS, Damásio E. Código penal anotado. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 2.

jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo.<sup>62</sup>

Embora já citado no decorrer desta pesquisa, faz-se necessário que se repita ensinamento trazido a nós por Claus Roxin, para quem o próprio conceito de crime se traduz como lesão a bem jurídico protegido pelo Direito Penal. Senão vejamos:

Querendo o Direito penal proteger bens jurídicos contra os ataques humanos, isto só será possível na medida em que o Direito penal proíba a criação de riscos não permitidos e, ademais, valere a infração na forma de uma lesão do bem jurídico como injusto penal. Portanto, ações típicas são sempre lesões de bens jurídicos na forma de realização de riscos não permitidos, criados pelos homens.<sup>63</sup>

Vemos que o artigo 13 do Código Penal corrobora a lição de Roxin, pois atribui à existência do crime a lesão a bem jurídico.

Ainda, para Rogério Greco:

O princípio da lesividade, cuja origem se atribui ao período iluminista, que por intermédio do movimento de secularização procurou desfazer a confusão que havia entre o direito e a moral, possui, no escólio de Nilo Batista, quatro principais funções, a saber:

- a) proibir a incriminação de uma atitude interna;
- b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor;
- c) proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais;
- d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O Direito Penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social

---

<sup>62</sup> ZAFFARONI, E. Raúl. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. E. Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia, Alejandro Slokar. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 225.

<sup>63</sup> ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: 2009, p. 40.

(STF, *HC 98152/MG*, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T., *DJ 562009*, p. 584).<sup>64</sup>

Na manifestação do Pretório Excelso trazida por Rogério Greco, vemos que o entendimento predominante naquele Tribunal é de que o princípio da lesividade se manifesta também na potencialidade do dano, o que, embora controverso, se afasta do conceito original do referido princípio. Como este é o objeto desta pesquisa, não podíamos deixar de fazer aqui esta ressalva. Contudo, adentraremos nesta discussão no próximo capítulo.

Há ainda quem diferencie o princípio da lesividade do princípio da ofensividade. Enquanto no primeiro a lesão ao bem jurídico precisa ocorrer, no segundo o bem jurídico protegido precisa ser ofendido para que se legitime a atuação coercitiva do Estado<sup>65</sup>. Talvez esta definição se amoldasse mais no julgado do Supremo Tribunal Federal transcrito acima.

Em artigo publicado, Ruy Celso Barbosa Florence, para quem ofensividade e lesividade são sinônimos, apregoa que:

Através de uma fórmula simples é possível concluir sobre a necessidade da efetiva ofensa ao bem jurídico ou concreto perigo de sua lesão, para se pensar em incriminação da conduta. Consiste em considerar que somente através da efetiva lesão ou perigo real de sua ocorrência que se pode verificar a própria existência do bem jurídico protegido. A própria noção material do delito advém desta constatação. Antes da lesão ou do risco concreto de lesão, o bem jurídico é apenas ideal, que se concretizará através da ação. Uma ação que não cause lesão ou não tenha capacidade de lesionar concretamente o bem jurídico, não tem também o poder de dar vida jurídica penal a ele, e portanto é irrelevante criminalmente. Portanto, o princípio da ofensividade confronta-se com os crimes de perigo abstrato, já que a ausência de um resultado externo, desacoplado da ação, não caracteriza o injusto penal.<sup>66</sup>

Portanto, temos que pelo princípio da lesividade, apenas as condutas que efetivamente causem lesão ao bem jurídico protegido pela lei penal é que se constituem em ilícitos penais. Contudo, a doutrina e a jurisprudência, cada vez mais,

---

<sup>64</sup> GRECO, Rogério. Código Penal: Comentado. 7. ed. Niterói, RJ: Imputus, 2013, p. 4.

<sup>65</sup> ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Manual de direito penal. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

<sup>66</sup> FLORENCE, Ruy Celso Barbosa. Princípios constitucionais penais. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3710, 28 ago. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25158>>. Acesso em: 19 de maio de 2015.

vêm se manifestando acerca do efetivo perigo de lesão, onde se inserem o perigo concreto e o perigo abstrato, valendo-se inclusive do princípio da lesividade para fundamentar a existência de ambos.

Apenas em resumo, enquanto uns sustentam que a existência de crimes de perigo, por si só, já vai de encontro ao princípio da lesividade, outros fundamentam a existência dessas modalidades criminosas com base no princípio da lesividade.

## CAPÍTULO 3

### *Da (in)constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato*

Ao longo desta pesquisa preparamos todo o terreno para que o debate acerca da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato seja completamente entendido. Muito embora tenhamos passado de forma resumida por assuntos de grande relevância no mundo jurídico, os conceitos e teorias dos quais nos propusemos a destacar já nos tornam perfeitamente aptos a debater o assunto e entendê-lo em suas particularidades.

Quando a vedação imposta pela lei não está condicionada a um dano, mas apenas a uma possibilidade de lesão, temos o crime de perigo. Sendo assim, não é necessário que o bem jurídico seja lesionado, basta que o agente pratique determinada conduta prevista pela lei que ponha em risco o bem jurídico.

Os crimes de perigo se dividem em dois: perigo concreto e perigo abstrato. No primeiro, faz-se necessário que se comprove que a conduta criou efetivamente a situação de perigo ao bem jurídico, como por exemplo o artigo 309 do Código de Trânsito Brasileiro, que criminaliza “dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida Permissão para Dirigir ou Habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir, gerando perigo de dano”. Temos que nesta hipótese o perigo precisaria ser comprovado. Há aqui uma presunção relativa (*juris tantum*).

Por outro lado, nos crimes de perigo abstrato o perigo é presumido, ou seja, basta que o agente pratique a conduta prevista pela lei para que a infração penal seja verificada, independente de causar dano, como é o caso do ato de dirigir embriagado, do porte ilegal de armas. Nestas modalidades criminosas o Estado presume que o bem jurídico já está ameaçado pelo ato, criminalizando a mera conduta do agente. Há aqui uma presunção absoluta (*juris et de jure*).

Contudo, o dever do Estado é promover o máximo de liberdades possíveis, e, por isso, qualquer limitação à liberdade deve se dar na menor escala

possível. Sendo o Direito Penal a maior forma de limitação dessas liberdades individuais por parte do Estado, sua aplicação deve ser subsidiária.

Desta forma, mesmo que limite as liberdades individuais, existindo outras formas de punir a violação dos mandamentos proferidos pelo Estado, estas devem ser aplicadas. Este é o fundamento da intervenção mínima e da subsidiariedade. O Direito Penal é medida extrema do Estado, devendo se manter aprisionado o máximo possível.

Uma violação a uma norma limitadora das liberdades individuais pode ser punida pelo Direito Administrativo, pelo Direito Civil, pelo Direito Penal. Todos os ramos do direito devem ser preferidos ao Direito Penal.

Além disso, temos que o Direito Penal se submete ao princípio da lesividade, devendo punir as condutas apenas quando causarem efetiva lesão ao bem jurídico protegido. Peguemos como exemplo o bem jurídico vida. Evidentemente, por se tratar de um direito fundamental, fundamentado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, é um bem jurídico de suma importância. Logo, merece proteção do Direito Penal. Entretanto, mesmo sendo passível de proteção pelo Direito Penal, a incidência deste ramo do direito apenas se legitimará quando este bem jurídico for lesionado diretamente, como, por exemplo, no caso do homicídio.

Entretanto, o que vimos assistindo nos dias atuais é um caráter cada vez mais preventivo do Direito Penal. O Estado, como forma de tentar promover a segurança de todos os indivíduos, vem cada vez mais tentando se antecipar ao resultado do crime.

### **3.1 DIREITO PENAL E SOCIEDADE**

Há um famoso dito popular que diz que “é melhor prevenir do que remediar”. Infelizmente, o Direito Penal seria o remédio às violações das liberdades,

assim eleitas pelo Estado. Remédio não no sentido de que, uma vez que aplicado, a “doença”, ou seja, o crime deixará existir, mas no sentido de combate às violações. Ninguém toma remédio sem estar doente, ou pelo menos não deveria. O remédio é aplicado em consequência da doença. Assim é a relação do Direito Penal com o crime. Remédio não é sinônimo de solução. Certamente o Direito Penal não é a solução para o crime, mas é a resposta a ele.

A Lei deveria bastar para que se evitasse o cometimento de crimes. A lei penal é como se fosse uma ameaça do Estado aos indivíduos, do tipo “não mate as outras pessoas ou você vai ser preso”. Entretanto, infelizmente, isso, cada vez mais, não é suficiente. Dessa forma, o Estado cada vez mais tenta se antecipar ao resultado, pois é o resultado que comove a população, é o resultado que causa a lesão ao bem jurídico.

Assim, vemos duas crescentes formas de atuação do Estado na proteção aos bens jurídicos: o Direito Penal de resposta e a criminalização das condutas que possivelmente possam causar lesões a bens jurídicos.

O Direito Penal de resposta nada mais é que uma resposta à sociedade sobre o suposto aumento da criminalidade. O Estado de Guerra falado por Hobbes deixava os homens em contínuo estado de medo do que o outro seria capaz de fazer, e, por isso, como forma de sair e erradicar este estado de medo, os homens realizaram um contrato social e constituíram um Estado. O Estado é o meio que o homem encontrou para promover a sua própria segurança. Quando esse sentimento de segurança é abalado, o homem vai sempre demandar do Estado que melhore sua forma de proteção.

Não precisamos de dados estatísticos para saber que a criminalidade, principalmente no Brasil, é imensa. Ninguém anda de madrugada sem medo de ser assaltado, ninguém sai de casa sem medo do que pode acontecer. Entretanto, em dados momentos, com grande contribuição da mídia, uma onda de crimes iguais gera e aumenta a insatisfação e o medo da população.

Então, como forma de responder ao “clamor popular” por justiça e segurança, o Estado utiliza o Direito Penal como forma de solucionar o problema. Penas são enrijecidas, novos crimes são criados, garantias fundamentais são restringidas.

Temos, inclusive, nos dias atuais um perfeito exemplo do Direito Penal de resposta. Neste mês de maio de 2015, foi noticiado pela mídia uma “onda de ataques com facas no Rio de Janeiro”. Imediatamente vimos na população a sensação de inconformismo e medo. Assim, começaram a especular sobre um projeto de lei que criminalizaria o porte de arma branca, o que seria um crime de perigo abstrato, vale dizer.

A notícia de 25 de maio de 2015 do *site* de notícias G1 diz:

O presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha (PMDB-RJ), afirmou em sua conta pessoal no microblog Twitter que irá colocar em votação no plenário, assim que a pauta da Casa for destrancada, o projeto que criminaliza o porte de arma branca. O peemedebista defendeu que a recente onda de violência protagonizada por menores de idade, com uso de facas, seja “duramente combatida” pela polícia e pelos congressistas.<sup>67</sup>

Eis aí evidenciado o Direito Penal de resposta. Essa atitude do Estado vai de encontro com o princípio da intervenção mínima. O Estado estaria se valendo da sua maior forma de coerção para tentar acalmar os ânimos da população. Outro exemplo atual é o debate acerca da redução da maioria penal, em virtude dos crimes brutais cometidos por menores de 18 anos.

Sheila Lustoza Lovatti, em artigo, afirma que:

Dadas as condições da realidade social, o Estado reduz a intervenção em matéria social e endurece a legislação penal, transformando o direito penal na principal forma de combate aos problemas sociais, retirando seu caráter de aplicabilidade somente em *ultima ratio*.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/05/cunha-diz-que-apoia-criminalizacao-de-uso-de-arma-branca.html>>. Acesso em: 25 maio 2015

<sup>68</sup> LOVATTI, Sheila Lustoza. O uso simbólico do Direito Penal. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 67, ago 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6541](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6541)>. Acesso em: 25 de maio de 2015.

A partir do momento em que o resultado lesivo passa a ser altamente destrutivo, insuportável, intolerável, o direito penal passa a tentar agir preventivamente. Busca-se a antecipação da punição do comportamento, sem esperar o resultado. Surgem os crimes de perigo. Simples comportamentos, independentemente de terem gerado resultados, passam a ser criminalizados. O direito penal não se limita mais aos crimes de resultado. Porte ilegal de arma, condução de veículo estando embriagado. Crimes de resultado passam a ser substituídos por crimes de perigo, pois a sociedade está cada vez menos tolerante a resultados lesivos<sup>69</sup>.

Quando a população passa a crer que pode ser vítima de um ataque criminoso a qualquer momento, e essa pressão alcança os legisladores, gera a ideia da urgente necessidade da agravação das penas e da definição de novos tipos penais<sup>70</sup>.

Nessa linha, há a ideia de Direito Penal máximo, em que o Estado vai regular toda e qualquer violação das liberdades por meio do Direito Penal. Ou seja, em contraponto à intervenção mínima e à subsidiariedade, o Direito Penal máximo pressupõe intervenção máxima e preferência pelo Direito Penal aos outros ramos do direito. Não entraremos neste debate, mas apenas a título de conhecimento, em Nova York, no mandato do ex-prefeito Rudolph Giuliani, sob a marca da “tolerância zero”, a teoria do Direito Penal máximo foi aplicada em sua forma mais extrema e deu certo, reduzindo brutalmente a criminalidade.

Como forma de antecipar os resultados do crime, o Estado tem limitado cada vez mais as liberdades individuais, com o objetivo de preservar os bens jurídicos da lesão. Assim não se quer mais esperar que o bem jurídico protegido seja lesionado. Neste cenário surgem os crimes de perigo, em especial o de perigo abstrato.

---

<sup>69</sup> Raciocínio que pode ser retirado dos ensinamentos de Pirepaolo Cruz Bottini.

<sup>70</sup> JESUS, Damásio E. O Direito Penal e o Processo Penal no Próximo Milênio. Discursos Sediciosos. Crime, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, ano 2, n° 3, 1977.

## 3.2 EMBRIAGUEZ AO VOLANTE

Peguemos como exemplo o crime previsto no artigo 306 do CTB (Lei 9.503/97):

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por: (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora. (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova. (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014) (Vigência)

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014) (Vigência)

Este tipo penal se trata de um crime de perigo abstrato. O simples ato de dirigir ao ter ingerido bebida alcóolica já constitui a modalidade criminosa. Não importa se provocou qualquer acidente. O legislador determinou que esta conduta coloca em risco o bem jurídico protegido e é potencialmente apta a produzir lesão.

Esse artigo foi modificado duas vezes. A primeira foi em 2008, pela Lei 11.705 e a segunda foi em 2012, pela vigente Lei 12.971.

A redação original não tinha parágrafos e estabelecia “Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”. Da interpretação da redação original vemos que o crime tinha três requisitos: via pública; influência de álcool ou substância com efeitos análogos, e; expor a dano potencial outras pessoas.

A redação original do artigo 306 do CTB previa a hipótese de crime de perigo concreto, ou seja, a incolumidade das pessoas precisaria ser colocada em risco, de fato. Além disso, juntamente com o consumo de álcool ou outra substância, a condução do veículo precisava se dar em vias públicas.

Contudo, houve um grande aumento no número de acidentes de trânsito no país, em especial envolvendo jovens e por motivo de embriaguez ao volante. Em artigo disponível no *site* do DENTRAN, retiramos o seguinte argumento:

Uma pesquisa realizada entre 1998 e 2004 com jovens adultos, com idades entre 18 a 25 anos de idade, candidatos a possuir a CNH no DETRAN, revelou que 51% admitem a possibilidade de virem a dirigir embriagados em algumas situações. A maioria dos entrevistados revelou já ter tido contato com situações de risco envolvendo volante e álcool. Entre eles, 55% afirmaram já ter pegado carona com motorista bêbado.<sup>71</sup>

O *site* de notícias G1 noticiou, em 2011, o crescente número de acidentes de trânsito. Na matéria, há um gráfico que demonstra o crescimento ao longo dos anos:

EVOLUÇÃO DOS ACIDENTES DE TRÂNSITO POR REGIÕES DO PAÍS DESDE 2002 <sup>72</sup>									
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
<b>BRASIL</b>	32.753	33.139	35.105	35.994	36.367	37.407	38.273	37.594	40.610
<b>NORTE</b>	2.184	2.180	2.274	2.376	2.533	2.572	2.718	2.730	3.340
<b>NORDESTE</b>	7.611	7.325	7.830	8.517	8.632	9.136	9.282	9.612	11.233
<b>SUDESTE</b>	12.990	13.671	14.179	14.433	14.849	15.004	15.189	14.177	14.214
<b>SUL</b>	6.455	6.591	7.138	7.025	6.938	7.089	7.157	7.045	7.548
<b>CENTRO-OESTE</b>	3.513	3.372	3.684	3.643	3.415	3.606	3.927	4.030	4.275

Há dados ainda indicando que em 21% dos acidentes de trânsito, pelo menos um dos condutores havia bebido.<sup>73</sup>

Como vimos, o número de acidentes de trânsito só aumentou no Brasil com o decorrer dos anos. A população já estava cobrando do poder público uma

<sup>71</sup> Acidentes de Trânsito por embriaguez: dolo ou culpa do condutor/BGDG. Rio de Janeiro, 2012, p. 20. Disponível em: <<http://www.denatran.gov.br/premio/XII%20premio/arquivos/vencedores/obra%20tecnica/03%20Obra%20Tecnica-201210001958.pdf>>. Acesso em: 25 de maio de 2015.

<sup>72</sup> Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/11/mortes-no-transito-sobem-25-em-9-anos-em-2010-40-mil-morreram.html>>. Acesso em: 25 de maio de 2015.

<sup>73</sup> Dado disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/e-pior-ainda/>>. Acesso em: 25 de maio de 2015.

manifestação, uma providência. Foi então que em 2008 veio a Lei 11.705, que converteu a Medida Provisória nº 415, alterando o artigo 306. A nova redação dispunha “conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”. Ainda, acrescentou um parágrafo único, dispondo “o Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo”.

Com o advento da Lei, em 2008, foi lançada a Operação Lei Seca, que nada mais era do que uma fiscalização mais acintosa, por meio das blitz da Lei Seca. Quando parado, o condutor era obrigado a soprar numa máquina (o famoso bafômetro), que calculava a concentração de álcool no sangue.

A um primeiro momento, funcionou razoavelmente. Entretanto, com o passar do tempo, as pessoas começaram a se recusar a fazer o teste do bafômetro, sob o argumento de que em nosso ordenamento ninguém é obrigado a produzir provas contra si. Depois de muita controvérsia, em 2012, o tema chegou ao STJ, por meio do REsp 1.111.566/DF, que, conforme acórdão abaixo transcrito, sedimentou o entendimento acerca da obrigatoriedade do teste de bafômetro como meio de prova, mas que o indivíduo não poderia ser obrigado a realizá-lo:

PROCESSUAL PENAL. PROVAS. AVERIGUAÇÃO DO ÍNDICE DE ALCOOLEMIA EM CONDUTORES DE VEÍCULOS. VEDAÇÃO À AUTOINCRIMINAÇÃO. DETERMINAÇÃO DE ELEMENTO OBJETIVO DO TIPO PENAL. EXAME PERICIAL. PROVA QUE SÓ PODE SER REALIZADA POR MEIOS TÉCNICOS ADEQUADOS. DECRETO REGULAMENTADOR QUE PREVÊ EXPRESSAMENTE A METODOLOGIA DE APURAÇÃO DO ÍNDICE DE CONCENTRAÇÃO DE ÁLCOOL NO SANGUE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

1. O entendimento adotado pelo Excelso Pretório, e encampado pela doutrina, reconhece que o indivíduo não pode ser compelido a colaborar com os referidos testes do 'bafômetro' ou do exame de sangue, em respeito ao princípio segundo o qual ninguém é obrigado a se autoincriminar (nemo tenetur se detegere). Em todas essas situações prevaleceu, para o STF, o direito fundamental sobre a necessidade da persecução estatal. 2. Em nome de adequar-se a lei a outros fins ou propósitos não se pode cometer o equívoco de ferir os direitos fundamentais do cidadão, transformando-o em réu, em processo crime, impondo-lhe, desde logo, um constrangimento ilegal, em decorrência de uma inaceitável exigência não prevista em lei.

3. O tipo penal do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é formado, entre outros, por um elemento objetivo, de natureza exata, que não permite a aplicação de critérios subjetivos de interpretação, qual seja, o índice de 6 decigramas de álcool por litro de sangue.

4. O grau de embriaguez é elementar objetiva do tipo, não configurando a conduta típica o exercício da atividade em qualquer outra concentração inferior àquela determinada pela lei, emanada do Congresso Nacional. 5. O decreto regulamentador, podendo elencar quaisquer meios de prova que considerasse hábeis à tipicidade da conduta, tratou especificamente de 2 (dois) exames por métodos técnicos e científicos que poderiam ser realizados em aparelhos homologados pelo CONTRAN, quais sejam, o exame de sangue e o etilômetro.

6. Não se pode perder de vista que numa democracia é vedado ao judiciário modificar o conteúdo e o sentido emprestados pelo legislador, ao elaborar a norma jurídica. Aliás, não é demais lembrar que não se inclui entre as tarefas do juiz, a de legislar.

7. Falece ao aplicador da norma jurídica o poder de fragilizar os alicerces jurídicos da sociedade, em absoluta desconformidade com o garantismo penal, que exerce missão essencial no estado democrático. Não é papel do intérprete-magistrado substituir a função do legislador, buscando, por meio da jurisdição, dar validade à norma que se mostra de pouca aplicação em razão da construção legislativa deficiente.

8. Os tribunais devem exercer o controle da legalidade e da constitucionalidade das leis, deixando ao legislativo a tarefa de legislar e de adequar as normas jurídicas às exigências da sociedade. Interpretações elásticas do preceito legal incriminador, efetivadas pelos juízes, ampliando-lhes o alcance, indubitavelmente, violam o princípio da reserva legal, inscrito no art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

9. Recurso especial a que se nega provimento.<sup>74</sup>

Em assim sendo, em virtude da ineficiência da nova lei por carecer de comprovação a embriaguez do condutor, o Estado se viu de mãos atadas. Assim, em pouco mais de um mês da publicação do referido acórdão, foi publicada a Lei 12.760/2012, que trouxe nova redação ao art. 306 do CTB e que está em vigência atualmente. É importante destacar que a nova redação do artigo não estabeleceu qualquer índice de alcoolemia, ou seja, a tolerância é zero.

A nova redação, acima transcrita, estabelece formas subjetivas de aferição do estado de embriaguez, como o disposto no §2º, que diz que “a verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia

---

<sup>74</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.111.566/DF. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. DJe 04/09/2012.

ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova”.

Desta forma, o Estado, mais uma vez se valendo do Direito Penal de resposta, estabeleceu os critérios de embriaguez ao volante, bem como suas formas de prova. Com esse regramento o objetivo é coibir a condução de veículo automotor quando o indivíduo tiver ingerido álcool.

É importante mencionar que a Operação Lei Seca produziu e vem produzindo resultados. Entretanto, apesar do enrijecimento da lei, seu sucesso se dá por meio da fiscalização, que não tem dia, nem hora.

Então, temos no CTB um tipo penal que configura um clássico crime de perigo abstrato<sup>75</sup>. Neste caso, é evidente que os bens jurídicos protegidos pelo Estado são a vida e a incolumidade física dos cidadãos. O legislador então, atendo aos apelos populares, às necessidades da sociedade, impulsionados pelo crescente número de acidentes de trânsito, determinou que o risco de ter alguém dirigindo embriagado é muito grande. A possibilidade de se causar um acidente aumenta exponencialmente. Por conta disso, houve por bem proibir esta conduta.

Não importa a condição física e psicomotora do agente. Há um critério objetivo, que é a quantidade de álcool no sangue. A pessoa pode, inclusive, estar dirigindo melhor do que quando não consumiu álcool, com maior prudência, maior atenção, até mesmo por ter consumido bebida alcóolica. Se a quantidade de álcool no sangue for maior que 6 decigramas por litro, cometeu o crime do 306 do CTB.

A questão é saber até que ponto essa medida foi proporcional, pois a tolerância é zero e a pena é inclusive maior do que a da lesão corporal culposa, se o artigo 306 do CTB não limita demais a liberdade dos indivíduos, até que ponto o Direito Penal era o meio mais apto a punir a conduta violadora da norma. Além disso, é importante sabermos até que ponto o princípio da lesividade permanece incólume.

---

<sup>75</sup> Para Damásio de Jesus, se trata de um crime de lesão.

O STF julgou, em 2011, o HC 109269/MG, que vale a transcrição do acórdão e de trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, então relator:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO TIPO PENAL POR TRATAR-SE DE CRIME DE PERIGO ABSTRATO. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

I - A objetividade jurídica do delito tipificado na mencionada norma transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção de todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas.

II - Mostra-se irrelevante, nesse contexto, indagar se o comportamento do agente atingiu, ou não, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado. Precedente.

III - No tipo penal sob análise, basta que se comprove que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que esteja caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado e, portanto, configurado o crime.

IV - Por opção legislativa, não se faz necessária a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal.

V - Ordem denegada.

[...]

Com efeito, a objetividade jurídica da mencionada norma transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da higidez física de terceiros e do corpo social como um todo, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas.

O tipo penal de perigo abstrato, no caso sob exame, visa a inibir prática de certas condutas antes da ocorrência de eventual resultado lesivo, garantindo, assim, de modo mais eficaz, a proteção de um dos bens mais valiosos do ser humano, que são sua vida e integridade corporal.

[...]

Relembro, por oportuno, que, assim como o delito de embriaguez ao volante, também o crime de porte ilegal de arma de fogo classifica-se como crime de perigo abstrato, consumando-se com o simples ato de alguém portar arma de fogo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, prescindindo a sua tipificação, por conseguinte, da demonstração de ofensividade real da conduta, o que não leva à inconstitucionalidade do referido tipo penal.<sup>76</sup>

Desta forma, o STF sedimentou o entendimento de que o ato de dirigir embriagado é crime de perigo abstrato e que independe o resultado, julgando

<sup>76</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 109.269/MG. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. DJ 11.10.2011.

constitucional a disposição legal do CTB, bem como o instituto dos crimes de perigo abstrato. Inclusive, é importante frisar que a decisão de 1ª instância absolveu o impetrante por julgar inconstitucional o dispositivo do CTB.

### 3.3 PORTE DE ARMA DE FOGO SEM MUNIÇÃO

Outro caso controvertido que podemos pegar como exemplo é a questão do porte ilegal de arma de fogo sem munição. Ora, sem munição não tem como se fazer disparos com a arma de fogo. É tarefa laborosa indicar qual bem jurídico estaria sofrendo violação neste caso.

O Estatuto do Desarmamento, Lei 10.826/2003, no seu artigo 14 criminaliza o ato de “portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar”.

Em 2005, o STF, no julgamento do RHC 81057/SP, manifestou entendimento acerca da atipicidade da conduta quando o agente porta arma sem munição:

EMENTA: Arma de fogo: porte consigo de arma de fogo, no entanto, desmuniçada e sem que o agente tivesse, nas circunstâncias, a pronta disponibilidade de munição: inteligência do art. 10 da L. 9437/97: atipicidade do fato:

1. Para a teoria moderna – que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso – o cuidar-se de crime de **mera conduta** – no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação – não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato.

2. É raciocínio que se funda em axiomas da moderna teoria geral do Direito Penal; para o seu acolhimento, convém frisar que não é necessário, de logo, acatar com a tese mais radical que erige a exigência da ofensividade a limitação de raiz constitucional ao legislador, de forma a proscrever a legitimidade da criação por lei de crimes de perigo abstrato ou presumido: basta, por ora, aceitá-los como princípios gerais contemporâneos da interpretação da lei penal, que hão de prevalecer sempre que a regra incriminadora os comporte.

3. Na figura criminal cogitada, os princípios bastam, de logo, para elidir a incriminação do porte de arma de fogo inidônea para a produção de disparos: aqui, falta à incriminação da conduta o **objeto material do tipo**.

4. Não importa que a arma verdadeira, mas incapaz de disparar, ou a arma de brinquedo possam servir de instrumento de intimidação para a prática de outros crimes, particularmente, os comissíveis mediante ameaça – pois é certo que, como tal, também se podem utilizar outros objetos – da faca à pedra e ao caco de vidro -, cujo porte não constitui crime autônomo e cuja utilização não se erigiu em causa especial de aumento de pena.

5. No porte de arma de fogo desmuniada, é preciso distinguir duas situações, à luz do princípio da disponibilidade:

(1) se o agente traz consigo arma de fogo desmuniada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o municiamento e, em consequência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo;

(2) ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal – isto é, como artefato idôneo a produzir disparo – e, por isso, não se realiza a figura típica.<sup>77</sup>

Neste julgado, o Supremo reconheceu a atipicidade da conduta do porte de arma de fogo sem munição, por ser incapaz de produzir disparo. Importa destacar os pontos 1 e 2 do acórdão em que se fala acerca dos crimes de perigo abstrato. O posicionamento aqui adotado menciona que a observância do princípio da ofensividade (lesividade) não pode ser radical, de forma a banir a legitimidade para a criação de crimes de perigo abstrato. Em outras palavras, o STF manifestou posicionamento favorável à constitucionalidade dessas modalidades criminosas.

Contudo, em 2012, o STF, no julgamento dos HCs 102087, 102826 e 103826, impetrados pelos mesmos fatos, ou seja, cidadãos que portavam arma de fogo sem munição, indeferiu a ordem por entender – a maioria dos Ministros – que o simples fato da arma não funcionar não a descaracteriza como objeto ofensivo. O voto de divergência foi aberto pelo ministro Gilmar Mendes, que entendeu que a intenção do legislador ao editar a norma foi responder a um quadro específico de violência, não cabendo, nesse caso, discutir se a arma funcionaria ou não.

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE

---

<sup>77</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 81057/SP. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 29/04/2005. <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102762>>. Acesso em: 25 de maio de 2015.

DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS.

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

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

2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em

abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.

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

4. ORDEM DENEGADA.<sup>78</sup>

Embora modificado o entendimento acerca da tipicidade da conduta do porte de arma sem munição, a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato foi novamente declarada pelo STF, claramente assegurada na passagem “a criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal”.

### **3.4 CRIMES DE PERIGO ABSTRATO E CONSTITUIÇÃO**

Apesar do posicionamento favorável acerca dos crimes de perigo abstrato pela jurisprudência, parte da doutrina vem tecendo severas críticas a este instituto. Fundamentados pelo princípio da intervenção mínima, da subsidiariedade, da lesividade e da culpabilidade, juristas contestam a adequação desta modalidade penal com estes princípios.

---

<sup>78</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 102087/MG. Rel. Min. Celso de Mello. *DJ* 11/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1507337>>. Acesso em: 25 de maio de 2015.

Damásio de Jesus, afirma que:

A presunção, de natureza absoluta (*juris et de jure*), não permite que o acusado demonstre a inocuidade de seu comportamento, que sua conduta não se mostrou efetivamente perigosa. Como o diz LUIZ FLÁVIO GOMES, criticando a adoção de infrações penais de perigo abstrato em nossa legislação e sua aceitação pelos tribunais, “mesmo quando a conduta mostra-se inócua, em termos de ofensa ao bem jurídico protegido, de acordo com ampla jurisprudência, impõe-se a condenação” (*A questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido*, São Paulo, 1994, p. 4 e 5, n. 6 e 8), o que ofende o princípio constitucional da lesividade [...]. Por isso, a adoção de crimes de perigo abstrato não se mostra adequada ao moderno Direito Penal, que se fundamenta na culpabilidade. [...] Conclusão: não são admissíveis delitos de perigo abstrato ou presumido em nossa legislação.<sup>79</sup>

Luiz Flávio Gomes, em artigo, preconiza que:

O perigo abstrato é válido somente no campo administrativo. É inadmissível no âmbito do Direito penal (porque viola o princípio da ofensividade - cf. GOMES, L.F. e GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Direito penal-PG*, v. 1, São Paulo: RT, 2007, p. 464 e ss.). A ofensividade autoriza a antecipação da tutela penal para campos prévios (*Vorfeldkriminalisierung*), ou seja, permite o delito de perigo, mas sempre deve ser o concreto (não o abstrato).<sup>80</sup>

Luigi Ferrajoli entende que:

Se o direito penal é um remédio extremo, devem ficar privados de toda relevância jurídica os delitos de mera desobediência, degradados à categoria de dano civil os prejuízos reparáveis e à de ilícito administrativo todas as violações de normas administrativas, os fatos que lesionam bens não essenciais ou os que são, só em abstrato, presumidamente perigosos, evitando, assim, a ‘fraude de etiquetas’, consistente em qualificar como ‘administrativas’ sanções restritivas da liberdade pessoal que são substancialmente penais.

[...]

O mesmo pode-se dizer dos denominados ‘crimes de perigo abstratos’ ou ‘presumido’, nos quais tampouco se requer um perigo concreto, como perigo que corre um bem, senão que se presume, em abstrato, pela lei; desta forma, nas situações em que, de fato, nenhum perigo subsista, o que se castiga é a mera desobediência ou a violação formal da lei por parte de uma ação inócua em si mesma. Também estes tipos deveriam ser reestruturados, sobre a base do princípio de lesividade, como delitos de lesão, ou, pelo menos, de

<sup>79</sup> JESUS, Damásio E. *Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do código de trânsito* (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997). 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 20.

<sup>80</sup> GOMES, Luiz Flávio. *Lei Seca: Acertos, Equívocos, Abusos e Impunidade*. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Curso\\_de\\_Direito\\_Penal\\_\\_\\_Luis\\_Flavio\\_Gomes.doc](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Curso_de_Direito_Penal___Luis_Flavio_Gomes.doc)>. Acesso em: 25 de maio de 2015.

perigo concreto, segundo mereça o bem em questão um tutela limitada ao prejuízo ou antecipada à mera colocação em perigo.<sup>81</sup>

Daniela de Freitas Marques nos diz que:

Na realidade, a tese do perigo abstrato é insustentável, porque importa em presunção absoluta de resultado. Diga-se mais: a tese do perigo abstrato é insustentável, ainda que a conduta típica contenha o perigo como elemento integrante de sua descrição, porque há violação ao princípio da causalidade e a violação à própria culpabilidade. Por último, a tese do perigo abstrato é insustentável, porque condutas de mera desobediência ou de mera infração são levadas a tipos-de-ilícito.<sup>82</sup>

Maurício Borba, em artigo publicado, sustenta que:

Não é admissível que num Estado democrático de direito, garantias e direitos fundamentais do ser humano sejam mitigados como consequência da utilização do Direito Penal como um símbolo, ignorando sua função básica de tutela de bens jurídicos de maior relevância. A importância dos bens resguardados pelos tipos de perigo abstrato é indiscutível, mas o Direito Penal não é o único nem o mais adequado meio de protegê-los.<sup>83</sup>

Antônio José Lima Pereira, em artigo, preceitua que:

Principal ponto de análise e discussão deste estudo reside na caracterização dos crimes de perigo abstrato que se posicionam contra os princípios constitucionais, principalmente ao da ofensividade. Como nos referimos anteriormente, este princípio define que as condutas somente podem ser tratadas pelo Direito Penal quando atentarem ou oferecerem perigo real aos bens tutelados juridicamente. Muitos doutrinadores, mencionados nesse artigo e dos quais somos concordes, defendem que ao tipificar condutas como crimes sem que ofereçam perigo concreto, o legislador atenta diretamente ao princípio da ofensividade.

Acredita-se que tal fenômeno pode ser fruto de um momento em que a sociedade virou refém da violência. Em que os recursos estatais de proteção social não oferecem a devida segurança e o poder punitivo do Estado tende a se inflar. Neste caso, o Estado que deveria agir na garantia da proteção e prevenção, acaba por agir com conduta fim, de apenas punir. Mesmo que esta punição seja de conduta meramente abstrata e subjetiva.

A respeito dessa postura do Estado ROMERO (2004) afirma que A definição jurídica de tal modalidade delitiva dependerá não da previsão de uma conduta com probabilidade concreta de dano, isto é, de um resultado perigoso para a vida social, mas da prática de um

<sup>81</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 440.

<sup>82</sup> MARQUES, Daniela de Freitas. Sistema jurídico-penal: do perigo proibido e risco permitido. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 69.

<sup>83</sup> BORBA, Maurício. A Inconstitucionalidade dos Crimes de Perigo Abstrato. Disponível em: <[http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao\\_agosto2005/discendente/disc\\_02.doc](http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_agosto2005/discendente/disc_02.doc)>. Acesso em: 25 de maio de 2015.

comportamento simplesmente contrário a uma lei formal, em outras palavras, a simples realização de um ato proibido pelo legislador, sem causar necessariamente dano ou sequer um perigo efetivo à ordem jurídica. Ou seja, pune-se ainda que não ocorra o dano efetivo do bem jurídico, ou, ao menos, sua possibilidade concreta. Pune-se, pois, a pura violação normativa.<sup>84</sup>

Como vimos, a doutrina que nega de pronto toda e qualquer forma de crime de perigo abstrato apoia seus argumentos nos princípios constitucionais, em especial ao da ofensividade (ou lesividade). Para eles, por faltar o pressuposto da lesão, não há legitimação para a proteção por meio do Direito Penal. Isso não quer dizer que o bem jurídico é irrelevante, mas que a lesão está tão distante que não se legitima a ação penal. Uma coisa é prevenir a lesão por meio do perigo concreto, outra é por meio do perigo abstrato. Neste último, por se tratar de presunção absoluta, violaria frontalmente a lesividade e a culpabilidade do agente.

De outro lado, encontramos também na doutrina defensores da constitucionalidade dessas modalidades criminosas. Eduardo Luiz Santos Cabette, por exemplo, prega que:

Não se pode admitir a distorção ou perversão da “mens legis” com vistas a uma tese que, inclusive, como já demonstrado alhures, não tem sido acatada pelo próprio STF, qual seja, a da inconstitucionalidade considerada genericamente de qualquer crime de perigo abstrato, induzindo o intérprete a desvirtuar tipos penais e interpretá-los forçosamente, mesmo “contra legem”, como se fossem de perigo concreto.

Ora, muitas vezes a não previsão de um crime de perigo abstrato, deixando certos bens jurídico – penais sem proteção pode gerar inconstitucionalidade por insuficiência protetiva. É preciso apenas tomar o cuidado com a incontrolada, irrazoável ou desproporcional proliferação de crimes de perigo abstrato, que realmente tem sido um fenômeno constatado na atualidade, não somente no Brasil, mas no mundo.

[...]

Seguindo aproximativamente essa linha de pensamento, o autor lusitano Figueiredo Dias apresenta as tradicionais divisões entre perigo abstrato e concreto, aludindo à mesma polêmica sobre a inconstitucionalidade dos primeiros que tem sido rechaçada também naquelas terras pela maioria doutrinária e pelo Tribunal Constitucional. Entretanto, também não advoga uma incontida aceitação da abstração do perigo ou uma mera presunção como suficientes para a incriminação legítima. A não inconstitucionalidade está, segundo o autor, condicionada ao objetivo de “proteção de

---

<sup>84</sup> PEREIRA, Antonio José Lima. Crimes abstratos face ao princípio da ofensividade. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7511](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7511)>. Acesso em: 25 de maio de 2015.

bens jurídicos de grande importância, quando for possível identificar claramente o bem jurídico tutelado e a conduta típica for descrita de uma forma tanto quanto possível precisa e minuciosa”.<sup>85</sup>

Pierpaolo Cruz Bottini, citado em artigo por Tenyson Alberto Silva de Oliveira Filho, sustenta que:

A nosso ver, o respeito ao princípio da lesividade não implica a rejeição, de plano, dos delitos de perigo abstrato. A lesividade não é verificada apenas nos comportamentos que danificam bens jurídicos, mas abarca também a ameaça real ou potencial dos objetos de tutela, que revela condutas penalmente relevantes. O abalo social que legitima a repressão é revelado inicialmente pela da conduta, e não pelo resultado material ex post. A consolidação de um direito penal que proteja, de maneira racional e funcional, os bens jurídicos diante dos novos riscos exige, em alguns momentos, a antecipação da tutela. O que se faz necessário é a configuração de limites preciosos para a atuação repressiva estatal, por meio da construção de uma política criminal racional e teleológica que impeça, em nome do alargamento da proteção de interesses fundamentais, o exercício irracional dos ius puniendi, e isso somente será possível com uma metodologia funcional que pautar o sistema penal pelas premissas básicas do modelo de Estado vigente.<sup>86</sup>

A favor da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, mas com reservas, Roland Hefendehl, argumenta que:

Más bien entendemos el delito de peligro abstracto como estructura delictiva que debería quedar reservada para tipificar aquellas conductas que supongan riesgos latentes contra bienes jurídicos de primer orden, por ejemplo, riesgos para la integridad corporal o la vida. Los delitos de peligro abstracto, deberían, además, ser aquéllos que protejan los bienes jurídicos cuya lesión esté, dentro de una sociedad de riesgo, sometida al dominio del azar (*Zufallsbeherrschung*). La intervención penal en el ámbito de la seguridad en los alimentos y la protección de los consumidores constituye un ejemplo de parcela predestinada a la aplicación de la figura del peligro abstracto.<sup>87</sup>

No raciocínio do catedrático, os crimes de perigo abstrato são meios hábeis à proteção de determinados bens jurídicos, não todos. Contudo, é imprescindível que se reservem a tipificar condutas que suponham riscos latentes

<sup>85</sup> CABETTE, Eduardo Luiz Santos. A falácia do denominado crime de perigo abstrato de perigosidade real. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13135](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13135)>. Acesso em: 25 de maio de 2015.

<sup>86</sup> FILHO, Tenyson Alberto Silva de Oliveira. Da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. 2014. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8555/Da-inconstitucionalidade-dos-crimes-de-perigo-abstrato>>. Acesso em: 26 de maio de 2015.

<sup>87</sup> HEFENDEHL, Roland. ¿Debe Ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros? Bienes Jurídicos Colectivos y Delitos de Peligro Abstracto. Traduzido por Eduardo Salazar Ortuño. *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. n. 19, 2001, p. 152.

contra bens jurídicos de primeira ordem, por exemplo, riscos para a integridade corporal ou a vida.

Luís Greco, adentrando a fundo nesta discussão, prega que:

[...] as certezas dos críticos do perigo abstrato não são, de modo algum, justificadas. Elas derivam de uma simplificação excessiva de questões altamente complexas. Muitos ignoram vários dos problemas atinentes ao conceito de bem jurídico, achando-se que basta ancorá-lo numa Constituição que considera valor relevante até o caráter federal do Colégio Pedro II. (...) Confunde-se a questão do bem jurídico (o que proteger?) com a da estrutura do delito (como proteger: por meio de crime de lesão, perigo concreto ou abstrato?). E ainda que reformulássemos a tese dos críticos do perigo abstrato na nova roupagem, dizendo que ela não se refere a um problema de bem jurídico e sim de redefinição de quais seriam as estruturas do delito legítimas (só o delito de lesão e de perigo concreto), ainda assim há uma série de problemas que sequer são vistos. Além do amplo recurso a bens jurídicos falsamente coletivos, opta-se por um conceito de perigo concreto que transforma muitos perigos meramente abstratos em perigos concretos. E ignora-se de todo que parte da doutrina moderna tenha acabado de reconhecer como sua futura tarefa vasculhar os diversos tipos e formular critérios de legitimidade tanto de bens jurídicos coletivos como, principalmente, de crimes de perigo abstrato. O principal erro dos inimigos do perigo abstrato é achar que, criticando esta figura, resolveram todos os problemas. A rigor, os problemas apenas começaram a aparecer.<sup>88</sup>

O referido autor sustenta que nem todos os bens jurídicos entendidos como coletivos estão classificados adequadamente. Se passarmos a uma análise mais detida dos bens jurídicos protegidos, principalmente dos crimes contra a incolumidade pública, a saúde pública, a segurança no trânsito, as relações de consumo, defendido pela generalidade da doutrina em alguns casos como crimes de perigo comum sem maiores questionamentos e em outros como de perigo abstrato. Contudo, se legitimou igualmente a antecipação do direito penal, a diferença é que no perigo abstrato antecipa-se a proibição. No bem jurídico coletivo, antecipa-se a própria lesão.<sup>89</sup>

---

<sup>88</sup> GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito... Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Brasil, v.12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004, p. 135.

<sup>89</sup> Ibid., p. 112.

Da mesma forma discursa Roland Hefendehl, alegando que muitos dos supostos bem jurídicos coletivos são, na verdade, a soma de bens jurídicos individuais:

Si tomamos el caso del Derecho Penal en el ámbito de las drogas, en esta parcela se dice que lo que se protege es la Salud Pública, un bien jurídico colectivo. Pero tras un análisis detenido puede afirmarse que la salud pública no es ni más menos que la salud de todos los miembros de la sociedad. No se trata de un bien jurídico colectivo sino de la suma de bienes jurídicos individuales. [...]

Siempre que se oiga que un tipo delictivo debe proteger la validez del ordenamiento jurídico, la seguridad colectiva o el orden público o la seguridad del tráfico, debería colocarse junto a éstos una luz roja de alarma. ¿Qué es realmente la seguridad del tráfico? En nuestra opinión es simplemente la protección de los bienes jurídicos individuales (como la vida o la salud) de los participantes en el tráfico automovilístico. No se trata, pues, de un bien jurídico colectivo.<sup>90</sup>

No debate da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, a tese de Luís Greco reside no fato de que a crítica aos crimes de perigo abstrato possui um *erro categorial*, pois o problema, para ele:

Não está no bem jurídico a ser protegido, pois este é o mesmo dos crimes de perigo concreto e dos crimes de lesão a respeito de cuja legitimidade muitas vezes não se pode duvidar. O que se está afirmando, a rigor, é que as *estruturas do delito legítimas* se restringem a unicamente duas formas: à do delito de lesão e à do delito de perigo concreto. Essa afirmativa já pouco tem a ver com o problema do bem jurídico, previamente tratado.<sup>91</sup>

Por fim, afirma que:

É preciso formular critérios de distinção um pouco mais complexos do que um mero tudo ou nada, numa postura que não pode ser nem de aceitação global, nem de obstinada recusa, mas de busca de um sadio meio termo, ciente da heterogeneidade dos problemas com que se está lidando, o que faz da procura de uma solução unitária algo no mínimo ingênuo.<sup>92</sup>

Não há dúvidas de que os mandamentos envolvendo perigos abstratos protegem bens jurídicos, muito embora interpretados de forma equivocada como bens jurídicos coletivos. A dogmática que afirma que a função precípua do Direito

<sup>90</sup> HEFENDEHL, Roland. ¿Debe Ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros? Bienes Jurídicos Colectivos y Delitos de Peligro Abstracto. Traduzido por Eduardo Salazar Ortuño. Anales de Derecho. Universidad de Murcia. n. 19, 2001, p. 154.

<sup>91</sup> GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito... Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Brasil, v.12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004, p. 119.

<sup>92</sup> Ibid., p. 126.

Penal é a proteção de bens jurídicos da lesão, não deslegitima a criação de tipos penais que os tutelam antecipadamente.

Ainda que admitíssemos o argumento de que os delitos de perigo abstrato não se enquadram no princípio da proteção de bens jurídicos, Claus Roxin nos ensina que este não deve ser o único critério para a legitimação de tipos penais:

Na ciência alemã de Direito Penal, discute-se intensamente se a tendência de nosso legislador de permitir a punibilidade de já no estágio anterior a uma lesão de bens jurídicos é justificável desde o ponto de vista do Estado de Direito. Por exemplo, a condução de um automóvel em estado de embriaguez é punível também quando inclusive não ocorreu absolutamente nada. Ademais, já existe um delito consumado de estelionato de seguros quando alguém faz desaparecer sua própria coisa para logo avisar ao seguro como se a coisa fora roubada.

Nesses casos, muito numerosos na legislação mais moderna, o princípio de proteção de bens jurídicos é somente útil numa forma modificada, pois as regulações que introduzi como exemplos servem, sem qualquer dúvida, para a proteção de bens jurídicos; o primeiro serve para a proteção do corpo, da vida e dos bens reais no tráfego; o segundo protege a propriedade das companhias de seguros. O problema inerente a estas normas é que o comportamento culpado está ainda bastante distante da verdadeira lesão de bens jurídicos. Do conceito de proteção de bens jurídicos se infere, então, somente que, tratando-se de uma antecipação considerável da punibilidade, necessita-se fundamentar, especialmente porque isto é necessário para a proteção efetiva do bem jurídico. [...]

As múltiplas diferenciações necessárias, tratando-se do extenso âmbito da punibilidade da preparação e a colocação em perigo, necessitam de um exame separado que não pode ser feito aqui.<sup>93</sup>

Muito embora Roxin fale de uma forma modificada do princípio da proteção dos bens jurídicos, em momento algum deslegitima a criação dos delitos de perigo abstrato. Pelo contrário, os aceita, ressalvando que sua legitimidade deve ser avaliada caso a caso.

### 3.5 CONSTITUCIONALIDADE E LIMITES

Numa análise isolada dos crimes de perigo abstrato, não vislumbramos óbice a sua criação, desde que necessários à devida proteção do bem jurídico

---

<sup>93</sup> ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: 2009, p.28.

tutelado, pois não há impedimento, pelo princípio da lesividade, que o Estado tutele a ameaça aos bens jurídicos. Ocorre que no Brasil, buscando dar uma resposta à sociedade, o legislador acaba por extrapolar os limites da sua legitimidade, violando o preceito de *proibição de excesso* trazido à nós pelo princípio da proporcionalidade. Vemos que muitos delitos de perigo são punidos mais severamente que delitos de lesão, ambos tutelando o mesmo bem jurídico.

Por exemplo, o crime do 306 do CTB, da embriaguez ao volante, tem pena de detenção, de seis meses a três anos. O bem jurídico protegido, evidentemente, é a incolumidade dos indivíduos, bem como a vida. Entretanto, a pena para a lesão corporal culposa ao volante é de detenção de seis meses a dois anos. Isso quer dizer que se um cidadão sóbrio vem dirigindo com imprudência e culposamente atropela e machuca alguém, ele pode pegar no máximo dois anos de detenção. Já um cidadão que ingeriu qualquer quantidade de álcool capaz de comprometer sua capacidade psicomotora, mesmo que não provoque nenhum acidente, pode pegar pena de detenção de três anos.

Ora, se o bem jurídico protegido é a incolumidade física dos cidadãos, jamais o risco de lesão deveria ser punido com maior gravidade que a lesão efetiva. Não se pode também argumentar que o bem jurídico protegido é a vida, a segurança e a incolumidade física de todos os cidadãos, ou seja, que é um bem jurídico coletivo, o que legitimaria a pena mais elevada. Este é um clássico exemplo de soma de bens jurídicos individuais, conforme alertado por Roland Hefendehl e Luís Greco. Embora legítima a limitação à liberdade, a sanção estatal viola o princípio da proporcionalidade.

Podemos trazer ainda outro exemplo desta desproporção. O Estatuto do Desarmamento pune o simples disparo de arma de fogo, evidentemente um perigo abstrato, com pena de reclusão de dois a quatro anos. Esse mandamento se fundamentou no enorme número de vítimas de bala perdida no país. Novamente, os bens jurídicos protegidos são a vida, a segurança e a incolumidade das pessoas, somadas individualmente. Dessa forma, peguemos uma hipótese superficial sem analisar todas suas particularidades. Se uma pessoa, culposamente, mata outra.

Pelo homicídio culposo pode pegar detenção de um a três anos. De outro lado, se um cidadão chega à rua e dá um tiro para o alto, pode pegar pena de quatro anos.

Novamente vemos uma evidente desproporção entre a punição ao crime de perigo abstrato e a da efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. Em nenhuma hipótese se pode conceber a proporcionalidade da punição mais gravosa a quem comete um crime de perigo do que a quem comete o crime de dano.

O Estado deve atuar comedidamente na tutela de bens jurídicos por meio do perigo abstrato, pois é uma forma abrupta de limitação das liberdades individuais, respeitando os limites impostos pelos direitos, garantias e liberdades individuais. Podemos até dizer que a atuação do legislador pode ser inconstitucional ao tratar desses tipos de crime, mas não somente pelo fato de serem crimes de perigo abstrato, mas apenas quando o legislador extrapola os limites constitucionais impostos ao Direito Penal.

Desta forma, compartilhamos o entendimento de Luís Greco ao afirmar, categoricamente, que, em se tratando de crimes de perigo abstrato, temos que formular um critério equilibrado, que não pode ser nem a rejeição total, nem aceitação total, devendo, assim, estabelecermos quais bens jurídicos estariam aptos a serem protegidos desta forma e por quê.

Teríamos, assim, os crimes de perigo abstrato legítimos e ilegítimos. Nos dizeres de Luís Greco:

Uma a vez que se reconheça, portanto, que não é correto condenar a totalidade dos crimes de perigo abstrato, fazendo-se necessário, isso sim, distinguir os crimes de perigo abstrato legítimos dos ilegítimos, ter-se-á aberto todo um novo campo de investigação, em que Wohlers e Hefendehl não deram senão os primeiros passos.<sup>94</sup>

Contudo, apesar de sua importância para o Direito Penal, esta análise não se insere nos objetivos desta pesquisa. Aqui, buscamos apenas analisar se os crimes de perigo abstrato seriam ou não inconstitucionais.

---

<sup>94</sup> GRECO, Luís. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delicto... Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, Brasil, v.12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004, p. 131.

Como por nós discorrido anteriormente, os cidadãos, possuidores de todo poder Estatal, transfere ao legislador somente as atribuições de intervenções jurídico-penais que sejam necessárias para uma sociedade livre, pacífica e segura.<sup>95</sup> Assim surgiu o Estado e é para isso que ele existe. Este é, inclusive, o fundamento do princípio da subsidiariedade e da intervenção mínima. Desta forma, quando a demanda imposta pela sociedade é a de prevenção das lesões, quando os meios adotados anteriormente não funcionam, há a constitucional legitimação estatal para proibição penal destas condutas passíveis de gerar lesão aos bens jurídicos. Assim o é com os crimes de perigo abstrato.

Portanto, adotamos a posição favorável à constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato quando analisados isoladamente. Não há dúvidas os delitos de perigo abstrato buscam proteger bens jurídicos, evitando que sofram lesão. Desta forma, não há que se falar em violação ao princípio da lesividade, posto que é notório que este princípio legitima o Estado à criação de mandamentos que busquem evitar que bens jurídicos sofram lesão. Da mesma forma não se pode falar em afronta à culpabilidade, pois a tutela do Estado é por meio da vedação à conduta, logo, a culpa estaria no ato de realizar a conduta incriminada, não de causar lesão. Por fim, não há qualquer violação aos princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade, posto que o mandamento destes princípios é que o Estado somente deve interferir, se valendo do Direito Penal, em última hipótese, ou seja, quando os outros ramos do Direito não derem conta de coibir as condutas violadoras das liberdades dos outros indivíduos, e foi exatamente isto que analisamos ao longo desta pesquisa, além de colocarmos como ressalva a ideia dos crimes de perigo abstrato legítimos e ilegítimos.

---

<sup>95</sup> ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: 2009, p. 17.

## CONCLUSÃO

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

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

Nesta toada, o Estado, com o fim de proteger a segurança dos indivíduos estabelece critérios para definir quais condutas possuem grande probabilidade de violar bens jurídicos de suma importância para os indivíduos. Pegando um exemplo concreto, o Estado julgou mais importante tentar evitar acidentes de trânsito causados por embriaguez do que a liberdade do indivíduo de beber e dirigir. Em outras palavras, é mais importante a vida e a incolumidade física dos indivíduos do que o direito de beber, mesmo que bem pouco, e dirigir. Assim, a forma mais adequada para buscar este fim, ou seja, para evitar a lesão do bem jurídico, o Estado se valeu de um crime de perigo abstrato, indubitavelmente legitimado pelo interesse social.

Podemos dizer que, no caso do perigo concreto, o Estado entende que a conduta pode ou não colocar o bem jurídico em perigo de sofrer dano. Sendo assim, por haver a possibilidade de não haver perigo, este deve ser provado. Já no perigo abstrato, o Estado, na sua experiência, não abre mais espaço para debate, presumindo absolutamente que o bem jurídico já foi exposto ao perigo de lesão. No seu entender aquela conduta sempre coloca o bem jurídico tutelado. Desta forma, pune a mera conduta.

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

Como bem destacou o Ministro Gilmar Mendes, quando do julgamento do HC 102087/MG pelo STF:

Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc.<sup>96</sup>

Além disso, o Direito não pode ser um ciência estática no tempo, sob pena de ver sua eficácia cada vez mais ser reduzida. As novas dinâmicas sociais demandam do Estado novas formas de atuação. As demandas da sociedade atual levaram ao Estado a adotar essa postura garantista. Não se quer mais esperar que o bem jurídico ser lesionado para, só então, punir o agente. Dessa forma, nos dizeres de Gilmar Mendes acima transcrito, “a tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou medida mais eficaz”.

Neste mesmo entendimento, Roland Hefendehl alega que:

El legislador no ha quedado inmóvil en la llamada sociedad de riesgo y ha creado diferentes amenazas penales en el ámbito de la criminalidad organizada, los delitos económicos, los ambientales. Pero para que el Derecho Penal siga manteniendo una posición social importante, debe mantener en su avance firmes y claras las estructuras que ha venido utilizando, sin acudir a bienes jurídicos aparentes y a un adelantamiento de las barreras de protección a estadios anteriores al de la acción típica. Es nuestro deber detectar estos errores político-criminales y señalarlos claramente. Nuestra crítica no será quizá escuchada, pero debemos asumir nuestra condición de idealistas.<sup>97</sup>

---

<sup>96</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 102087/MG. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 11/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1507337>>. Acesso em: 25 de maio de 2015.

<sup>97</sup> HEFENDEHL, Roland. ¿Debe Ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros? Bienes Jurídicos Colectivos y Delitos de Peligro Abstracto. Traduzido por Eduardo Salazar Ortuño. Anales de Derecho. Universidad de Murcia. n. 19, 2001, p. 157.

Portanto, a conclusão que se chega é de que os crimes de perigo abstrato, não são, por si só, inconstitucionais. Como o próprio Claus Roxin sustenta, existem modalidades especiais de lesões a bens jurídicos, sendo legítimo que o legislador tipifique tais condutas, a fim de evitar males maiores para a sociedade.<sup>98</sup>

Embora se entenda pela constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, sua tipificação pelo legislador deve se dar de forma cuidadosa e responsável, respeitando, inclusive, os mais diversos princípios e mandamentos constitucionais, pois o que temos visto nos dias atuais é um desejo crescente de prevenir os crimes, de se antecipar e evitar a lesão a bens jurídicos. Nessa concepção, o Estado passa a adotar um direito penal prévio, com o fito de assegurar a segurança de seus cidadãos, pois é a sua razão de ser. Entretanto, na medida em que avançamos, temos que nos fiscalizar para que num futuro próximo não estarmos punindo, por meio do Direito Penal, as pessoas pelo que elas são capazes de fazer e não pelo que, de fato, fizeram.

---

<sup>98</sup> ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal. Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: 2009, p. 28.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBECHE, Thiago Solon Gonçalves. **O novo art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro: aboliu-se o critério da concentração etílica?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, 5 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23647>>.

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

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

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

BORBA, Maurício. **A Inconstitucionalidade dos Crimes de Perigo Abstrato**. Disponível em: <[http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao\\_agosto2005/discente/disc\\_02.doc](http://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_agosto2005/discente/disc_02.doc)>. Acesso em: 25 de maio de 2015.

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

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstrato-nao-sao-mera-conduta>>. Acesso em: 31 de maio de 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.111.566/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. *DJe* 04/09/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 102087/MG**. Rel. Min. Celso de Mello. *DJ* 11/10/2011

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 109.269/MG**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. DJe-195 10.10.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 81057/SP**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. DJ 29/04/2005.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **A falácia do denominado crime de perigo abstrato de perigosidade real**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13135](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13135)>. Acesso em: 25 de maio de 2015.

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

CORRÊA, Fabricio da Mata. **A Inconstitucionalidade dos Crimes de Perigo Abstrato**. JusBrasil. 2012. Disponível em: <<http://fabriciocorrea.jusbrasil.com.br/artigos/121941326/a-inconstitucionalidade-dos-crimes-de-perigo-abstrato>>.

DAVICO, Luana Vaz. **Os princípios constitucionais – análise descomplicada**. Disponível em: <<http://luanadavico.jusbrasil.com.br/artigos/111822119/os-principios-penais-constitucionais-analise-descomplicada>>. Acesso em: 22 de maio de 2015.

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

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

FILHO, Tenyson Alberto Silva de Oliveira. **Da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato**. 2014. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8555/Da-inconstitucionalidade-dos-crimes-de-perigo-abstrato>>. Acesso em: 26 de maio de 2015.

FLORENCE, Ruy Celso Barbosa. **Princípios constitucionais penais**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3710, 28 ago. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25158>>. Acesso em: 19 de maio de 2015.

FONSECA, José Geraldo da. **A nova Lei Seca e o crime de perigo abstrato**. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, 20 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/23762>>.

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

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

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

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

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

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

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

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

LOVATTI, Sheila Lustoza. **O uso simbólico do Direito Penal**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 67, ago 2009. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6541](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6541)>.

Acesso em: 25 de maio de 2015.

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

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

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

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

PEREIRA, Antonio José Lima. **Crimes abstratos face ao princípio da ofensividade**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 74, mar 2010. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7511](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7511)>. Acesso em: 25 de maio de 2015.

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

RIBEIRO, Pedro Melo Pouchain. **A constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2933, 13 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19537/a-constitucionalidade-dos-crimes-de-perigo-abstrato>>.

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

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

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

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

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

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

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