



**UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS – UNIPAC
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE
BARBACENA – FADI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CAIO CÉSAR LEITE RESENDE

OS CRIMES DE PERIGO PRESUMIDO E SUA CONSTITUCIONALIDADE

BARBACENA

2013

OS CRIMES DE PERIGO PRESUMIDO E SUA CONSTITUCIONALIDADE

Caio César Leite Resende *
Josilene Nascimento Oliveira **

Resumo

Nas mais recentes legislações criminais brasileiras tornou-se recorrente a estruturação de tipos penais classificados como crimes de mera conduta e crimes formais. Muitos destes crimes são também classificados, levando em consideração o bem jurídico tutelado, como crimes de perigo presumido, por não necessitarem da prova efetiva de que a conduta considerada criminoso chegou a trazer algum perigo real a bem de outrem. Os chamados crimes de perigo presumido desencadearam diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, dentre elas, a respeito da sua caracterização e constitucionalidade. Assim, o foco principal deste trabalho é analisar a constitucionalidade dos crimes de perigo presumido à luz do princípio da lesividade e aplicabilidade da teoria da imputação objetiva. Trata-se de uma pesquisa bibliográfica que visa verificar a legitimidade dos estudos feitos sobre o tema e enriquecê-los. Com a análise realizada vislumbrar-se-á que somente através da aplicação da teoria da imputação objetiva é possível chegar a uma conclusão satisfatória a respeito da constitucionalidade dos crimes de perigo presumido.

Palavras-chave: Crime. Perigo presumido. Risco. Constitucionalidade.

1 Introdução

O direito penal, bem como os outros ramos do direito, não vive somente das leis. Com a característica de ser abstrata, impessoal e geral, a lei é fonte que traduz, ou deveria, um anseio social.

Não obstante a isto, a doutrina consegue identificar tendências legislativas no âmbito criminal e, além disto, classifica as modalidades de crime de acordo com os diversos critérios possíveis.

Dentro destas classificações, levando-se em consideração a proximidade da afetação do bem juridicamente tutelado, existe a divisão entre crimes de dano e crimes de perigo, e dentro desta última modalidade, entre crimes de perigo concreto e presumido.

* Aluno do Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos UNIPAC Barbacena – MG – E-mail: caio.resende91@gmail.com.

** Professora orientadora. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá, Brasil. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Presidente Antônio Carlos, UNIPAC, Brasil. Professora de direito penal na Universidade Presidente Antônio Carlos UNIPAC Barbacena-MG.

Esta última modalidade, crimes de perigo presumido, os quais também são chamados de crimes de perigo abstrato, é uma subespécie penal que gera grande controvérsia no mundo jurídico, além de carecer de maior aprofundamento doutrinário.

Isto porque sua constitucionalidade é discutida devido ao fato da nossa Constituição Federal consagrar o princípio da lesividade, considerando que todo crime deve lesionar ou efetivamente criar um perigo de lesão a um bem jurídico, para então, ser considerado crime. Por isto, só seriam válidos os crimes de dano e de perigo concreto.

Por outro lado, a doutrina que hoje é majoritária, preserva a ideia da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato ou presumido, entendendo de forma diferenciada o fato da presunção do perigo. Para esta corrente, não se trata de admitir crimes que não possuem lesividade, mas sim considerar que em todas as situações, a conduta descrita no tipo penal, causará algum tipo de perigo à sociedade.

A discussão proposta neste trabalho se justifica pela necessidade de se esclarecer o porquê do posicionamento da jurisprudência e da doutrina em encarar certos crimes como crimes de perigo abstrato ou presumido e suas implicações jurídicas.

Sendo assim, será buscado o aperfeiçoamento da interpretação das leis penais no que pertine aos crimes de perigo abstrato, evitando a aplicação injusta e desmedida da esfera penal.

O estudo dos crimes pode ter como foco diversos aspectos. Muitos tentam entender o fato jurídico através da sua leitura sociológica, antropológica, filosófica etc. Não obstante, o principal foco utilizado para o presente texto é científico-positivo, ou seja, daremos maior ênfase ao estudo da lei positivada e aos ensinamentos até agora construídos sobre ela.

O porquê deste caminho se justifica pelo tema, pois que estamos tratando dos estudos do tipo penal dos crimes de perigo presumido e sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade.

Dessa forma, para a realização do presente trabalho, foram analisadas doutrinas, artigos científicos e jurisprudências, sendo a pesquisa baseada na revisão de bibliografias a respeito do tema, por meio de um estudo exploratório.

2 Os crimes de perigo abstrato ou presumido.

Durante o decorrer dos séculos, os doutrinadores puderam identificar que, dentre as condutas consideradas criminosas pelo poder soberano dos Estados, havia variações, dentro de um desenrolar lógico de acontecimentos, passando a classificar os crimes levando em

conta diversos aspectos.

Uma dessas classificações é exatamente a que divide os crimes em crimes de dano ou lesão e crimes de perigo, levando em consideração a proximidade de afetação ou a distinção do bem jurídico protegido.

Os crimes de perigo são aqueles que descrevem uma conduta criminosa, a qual, por si só, não causa um dano ao sujeito passivo do delito, mas tão somente cria um perigo de dano a algum bem juridicamente protegido.

Nos crimes de perigo, “o delito consuma-se com o simples perigo criado para o bem jurídico” (MIRABETE, 2003, p. 109).

Como é pacífico, trata-se de uma antecipação do momento criminoso, passando a ser infração a conduta que pode resultar em lesão, com o intuito de impedir que ela ocorra.

Já os crimes considerados de dano exigem a efetiva lesão ao bem juridicamente protegido para que então o crime se caracterize.

Na precisa lição de Jesus (2010, p. 229):

Crimes de dano são os que só se consumam com a efetiva lesão do bem jurídico.
Exs.: Homicídio, lesões corporais etc.
Crimes de perigo são os que se consumam tão só com a possibilidade do dano. Exs.:
perigo de contágio venéreo (art. 130, *caput*); rixa (art. 137); incêndio (art. 250) etc.

Superada a pequena explanação sobre a divisão entre os crimes de dano e crimes de perigo, foquemo-nos nesta última espécie.

Os crimes de perigo podem ser divididos entre crimes de perigo abstrato e crimes de perigo concreto.

Os crimes de perigo concreto são aqueles que exigem uma conduta criadora de um real perigo ao bem juridicamente tutelado. O perigo tem que ser constatado no caso concreto, exigindo-se uma potencialidade lesiva considerável. Pode-se dizer que o perigo de lesão deve ser atual, não se considerando o perigo iminente, ou seja, a lesão deve estar prestes a acontecer, ainda não ocorreu, porém este perigo atual já é criminoso.

Conforme Capez (2005, p. 242): “o comportamento humano gerou uma possibilidade concreta de destruição do bem jurídico tutelado, até então não existente”.

Como exemplo, podemos citar o crime de perigo para a vida ou saúde de outrem (art. 132, do Código Penal) ¹ que se caracteriza pela conduta de: “por a vida ou a saúde de outrem a

¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

perigo direto e iminente”.

Embora o tipo penal descreva perigo direto e iminente, a interpretação que se dá não é a existência de uma iminência de perigo, mas sim um perigo iminente de dano, ou seja, a iminência é do dano, não do perigo, o perigo é atual. Para que o crime seja cometido necessário que o agente pratique uma conduta, a qual crie um perigo de lesão, no mínimo, iminente ao bem jurídico, que é a vida ou saúde de terceiro.

Imaginemos a situação da pessoa que solta pipa com a linha cortante do tã conhecido “Cerol”, em uma via onde costumeiramente transitam motociclistas. Esta atitude é flagrantemente perigosa, existe um perigo atual, de forma que o agente está cometendo o crime previsto no art. 132, do Código Penal.

Situação diversa é daquele que já fez o “cerol”, quebrando várias lâmpadas em um recipiente, já passou o “cerol” na linha da pipa, não obstante, deixou-a guardada dentro de casa para ser solta no dia seguinte. Neste caso, ainda não há crime de perigo para a vida ou saúde de outrem, pois que o perigo pode ser considerado, no máximo, iminente, não sendo o bastante para a caracterização do delito.

Como pudemos constatar, o crime tenta evitar que a lesão à saúde ou à vida humana aconteça, por isto antecipa a consumação do crime, possibilitando a punição do indivíduo antes que ocorra do dano, prevenindo assim as lesões aos bens jurídicos.

Quanto aos crimes de perigo presumido, o momento consumativo é ainda mais retardado. Ou seja, presume-se que determinada conduta ensejaria em outra danosa ou efetivamente perigosa para a sociedade. Por isto esta conduta é criminalizada, permitindo-se a atuação dos agentes públicos antes que qualquer perigo real aconteça.

Os crimes de perigo presumido ou abstrato são aqueles onde não existe a exigência da criação do perigo iminente e perceptível para o bem juridicamente tutelado. Conforme ensina Wessels (1976, p. 8): “a perigosidade da ação não é aqui elemento do tipo, mas somente o fundamento para a existência da disposição legal”.

Nesta subespécie de delito, é criminalizada a iminência de perigo, o que pode ser chamado de “perigo de perigo”. Conforme muito bem analisa Capez (2012, p. 301):

atual é a ameaça que se está verificando no exato momento em que o agente sacrifica o bem jurídico. Interessante notar que a lei não fala em situação de perigo iminente, ou seja, aquela que está prestes a se apresentar. Tal omissão deve-se ao fato de a situação de perigo já configurar, em si mesma, uma iminência... a iminência de dano. O perigo atual é, por assim dizer, um dano iminente. Por essa razão, falar em perigo iminente equivaleria a invocar algo ainda muito distante e improvável, assim como uma iminência de um dano que está por vir. Nessa hipótese, a lei autorizaria o agente a destruir um bem jurídico apenas porque há uma ameaça de perigo, ou melhor, uma

ameaça de ameaça.

Se continuarmos utilizando o exemplo acima dado, sobre a pipa com linha tomada por “Cerol”, caso o legislador quisesse tornar o citado crime em de perigo presumido, bastaria incriminar a conduta de possuir o objeto, tornando-o um crime de mera conduta ou crime formal. Assim, aquele que tivesse em sua casa uma pipa com linha tomada por “Cerol” estaria cometendo um crime.

Por isto, os crimes de perigo presumido serão sempre crimes de mera conduta ou formais. Pode o tipo penal descrever somente a conduta e, portanto, ser um crime de mera conduta, ou pode descrever a conduta dotada de uma finalidade, então o crime será formal, pois existirá a previsibilidade de um resultado, que pode não ocorrer, pois o crime estará consumado com a simples conduta.

Não obstante, algumas controvérsias ainda permeiam os chamados crimes de perigo abstrato. Nota-se que tanto doutrina quanto jurisprudência ainda têm algumas dificuldades para julgar se o crime é ou não de perigo presumido.

Os crimes de perigo presumido são espécies de delitos que integram uma tendência legislativa denominada direito penal do inimigo. Isto por antecipar, de uma maneira considerável, a conduta criminosa, fazendo com que o Estado busque pessoas de certas características e não pessoas que fizeram determinada conduta lesiva.

Explica Zaffaroni *et al* (2010, p. 137): “O estado de polícia, neste âmbito, tende a cometer ao juiz a formulação do tipo para que ele identifique autores ao invés de ações”.

Uma das principais características deste alicerce é a antecipação demasiada das condutas criminosas. Martín (2007, p. 87-88), assim analisa a questão:

Para enfrentar os inimigos, as sociedades modernas recorrem a normativas jurídico-penais com determinadas características que permitem a identificação das mesmas como próprias de um Direito Penal do inimigo no sentido descrito.

A) Uma primeira manifestação do Direito Penal do inimigo é aquela representada pelos tipos penais que proporcionam uma ampla antecipação da punibilidade para permitir o alcance de momentos nos quais os atos realizados só possuem o caráter de preparatórios de fatos futuros.

Cabe ressaltar que, ao nos referirmos aos crimes de perigo abstrato como delitos antecipatórios do resultado gravoso ao bem jurídico e que incriminam condutas preparatórias, referimo-nos aos resultados naturalísticos, ou seja, aqueles que podem ser percebidos materialmente, já que produzem modificação no mundo exterior passível de constatação por um dos sentidos do homem.

Todo crime conta com um resultado formal ou normativo, esse resultado até mesmo os crimes de perigo possuem. O resultado normativo é aquele proveniente da simples transgressão da norma legal, não toma como critério as modificações no mundo real e, por isso, ocorre em todos os delitos.

Segundo Wohlers (2000 *apud* REIS, 2013, p. 3)² “os delitos de perigo abstrato podem tanto ser delitos de atividade como também delitos de resultado, em sentido formal”(grifo nosso).

Conforme ensina Martin (1989 *apud* REIS, 2013, p. 3)³ :

Assim, afetação do objeto de ação é o resultado dos crimes de lesão; a probabilidade da superveniência da lesão avaliada *ex post factum* é o resultado dos crimes de perigo concreto e, por fim, o risco juridicamente desaprovado criado sob uma perspectiva *ex ante* é o resultado dos crimes de perigo abstrato.

Interessante é a conjugação de Martin anteriormente citada, pois que ele julga o resultado formal dos crimes de perigo presumido como um “risco juridicamente desaprovado”.

Entendemos de uma correção ímpar a utilização da palavra risco, pois que os crimes de perigo presumido na verdade nada mais são do que crimes de risco.

Registre-se que não existe na doutrina a classificação de crimes de risco, mas na verdade, pode-se dizer, com toda a certeza, que se trata de uma expressão sinônima a perigo presumido. Isto porque, as condutas normalmente tidas como de perigo presumido trazem um risco social, sendo que este risco, muitas das vezes, pode não se concretizar, mas é um risco, na medida em que a própria vida é um risco.

Cabe ressaltarmos que nós estamos em risco constante na nossa vida, já o perigo, traduz uma situação mais empírica, concreta.

Dirigir embriagado, com a capacidade psicomotora alterada é arriscado, mas é perigoso? Nem sempre, pode ocorrer que alguém dirija com a capacidade psicomotora alterado pelo uso do álcool, por uma distância de um quilômetro, em baixa velocidade, em uma estrada vazia, sem qualquer sinal de pessoas ou animais e chegue ao seu destino tranquilamente. Essa conduta é arriscada? Sim, pois poderia haver pessoas na estrada, o sujeito poderia perder o controle do veículo etc. No entanto, a conduta não foi perigosa. Podemos constatar que a conduta arriscada reside muito mais no campo hipotético, assim o é o crime de perigo

² <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1361/1149>

³ *ibidem*

presumido.

Conforme exemplifica Serrano (2009, p. 233-234):

A diferença risco/perigo indica que, para ser definido o conceito de risco, precisamos do conceito de perigo e o oposto. Por exemplo, uma inundação é um perigo, porém, aquele que constrói sua casa no leito de um rio expõe-se a um risco. Um furacão é um perigo, mas quem provoca o aquecimento global se (e nos) expõe a um risco. A inundação, o terremoto e o furacão são o mesmo fenômeno, mas podem ser contemplados a partir de dois pontos de vista.

O risco, por ser essencialmente uma “probabilidade” de dano, comporta patamares, que podem ser menores ou maiores.

Não se pode olvidar que existem situações que são mais arriscadas que outras, como, por exemplo, dirigir em completa higidez física e mental é arriscado, por outro lado, dirigir com a capacidade psicomotora alterada em razão do uso de álcool é ainda mais arriscado.

Assim, havemos de admitir, que o perigo nada mais é que o risco aumentado de em seu máximo grau. Ou seja, aquilo que era arriscado, pelo aumento muito grande da possibilidade de dano, se torna perigoso. Trata-se de iminência de dano ou perigo atual.

Utilizando-nos do mesmo exemplo, digamos que o motorista que dirige seu carro com a capacidade psicomotora alterada em razão do uso de álcool, esteja dirigindo sem controle, em alta velocidade, de forma que exista uma probabilidade gigante de colisão, este risco foi trazido do campo imaginário para o concreto. Assim deixou de ser risco e passou a ser perigo, e é exatamente este o conceito de perigo concreto utilizado pela doutrina.

No exemplo acima pudemos constatar três níveis de risco:

O primeiro e mais baixo, é o risco daquele que dirige sem estar com a capacidade psicomotora alterada (conduta lícita). Trata-se do senso comum de correção, ou seja, o que a sociedade espera que aconteça, este é o chamado risco calculado.

O segundo, pouco mais alto, é o risco daquele que dirige com a capacidade psicomotora alterada em razão do uso de álcool (crime de perigo abstrato previsto no art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro)⁴. Neste caso, o risco foi aumentado, mas ainda não há uma iminência de dano e sim iminência de perigo.

O terceiro é um risco tão alto, que acaba sendo considerado uma atitude perigosa. Trata-se da atitude daquele que conduz seu veículo com a capacidade psicomotora comprometida, em alta velocidade e sem o devido controle, de forma que há uma

⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm

possibilidade real e quase certa de dano (situação de perigo concreto, o qual também acaba enquadrado no art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro).

Concluindo, a conduta lícita, o crime de perigo presumido e o crime de perigo concreto se diferenciam essencialmente pelo nível de probabilidade de dano ou nível de risco.

Ante a todo o exposto, pode-se asseverar, com veemência, que os chamados crimes de perigo presumido, por serem crimes de risco, não chegando verdadeiramente a um nível de perigo, são sempre crimes de mera conduta ou crimes formais, conforme já asseverado.

Afirmamos, ainda, com absoluta certeza, que todo crime de mera conduta é um delito de perigo abstrato, uma vez que o crime restará consumado mesmo que, no campo fático, ele tenha gerado tão somente um risco e não um perigo ao bem juridicamente tutelado.

Logo, fácil é a percepção de que são crimes de perigo abstrato o crime de posse ou porte irregular de arma ou munição, onde basta o agente possuir ou portar tais artefatos, mesmo que não tenha a menor intenção de utilizá-los, para que seja considerado um criminoso.

Assim o faz o delito do art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro, onde basta que o agente conduza veículo automotor, com a capacidade psicomotora alterada em razão do uso de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência, para que o crime esteja consumado, não importando se, no caso concreto, houve a exposição de algum bem jurídico alheio a iminente e provável dano.

A antecipação da tutela ao bem jurídico tipifica a conduta enquanto esta ainda esta estritamente no campo do risco.

Os crimes de perigo presumido podem ainda ser crimes formais, todavia, nem todo crime formal é delito de perigo abstrato.

Por exemplo, o crime de associação criminosa, art. 288, do Código Penal⁵, é crime formal de perigo presumido. A conduta caracterizadora deste crime é a de “Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes”, assim, o crime estará consumado, ainda que a prática dos outros crimes idealizados fique somente neste campo. Os associados sequer necessitam iniciar a execução de crime, mas tão somente idealizá-la. Por isto, trata-se de crime de perigo abstrato e também de crime formal, pois o resultado é previsto no tipo, qual seja, o cometimento de outros crimes, não obstante, a consumação dos crimes idealizados é mero exaurimento do delito de associação criminosa.

Por óbvio, é extremamente difícil termos esta situação, pois se pode dizer, quase que

⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

com absoluta certeza, que 100% (cem por cento) dos condenados pelo crime de quadrilha ou bando chegaram, pelo menos, a tentar o cometimento de algum outro crime. Tal situação poderia confundir o classificador, que poderia considerar o crime, inclusive, como crime de perigo concreto, enquanto que, na verdade, trata-se evidentemente, de crime formal, de perigo abstrato, uma vez que se consuma com o risco criado pela associação que visa o cometimento do crime e não com o perigo concreto, que só ocorrerá no momento em que se iniciarem os atos executórios de algum dos crimes visados pelos associados.

Conforme explanado, nem todo crime formal será também um crime de perigo presumido, como exemplo podemos citar o crime de ameaça, que apesar de ser um crime formal é um crime de perigo concreto.

O que diferencia um crime de perigo abstrato formal de um de mera conduta é a simples previsão de um resultado no tipo penal, o que ocorre nos crimes formais e não nos de mera conduta, embora este resultado não seja essencial para a consumação do crime.

Neste azimute, pode-se perceber claramente duas categorias de crime formal.

Existem crimes formais que trazem a previsão do resultado por ter na sua descrição a conduta executória de uma atitude idônea a gerar um dano, assim, o resultado seria consequência lógica da conduta. Esses são delitos de perigo concreto, como é o caso do crime de ameaça (art. 147, do Código Penal)⁶, a atitude de ameaçar alguém de mal injusto e grave gera um perigo concreto de dano ao bem jurídico, que é a tranquilidade, a paz, da pessoa ameaçada. Pode ser que a pessoa tenha sua tranquilidade lesionada, assim como pode ela se mantenha incólume, não sendo tal resultado imprescindível à caracterização do crime, mas a ameaça é um ato executório.

Registre-se que a doutrina, em sua maioria, ao classificar os crimes como formais, se abstém de analisar se são eles crimes de perigo abstrato ou concreto, por isto o estudo ora feito é tão escasso e contempla a classificação dos crimes de um foco inédito.

Outro lado, existem os delitos formais que descrevem condutas preparatórias, que ainda não são atos de execução, exigindo-se que estas sejam dotadas de uma finalidade, ou seja, preveem o dolo específico. Estes são crimes de perigo presumido, pois a iminência ainda não é de dano, mas sim de perigo. Embora seja delito formal, uma vez que a finalidade exposta no tipo permite uma previsão de resultado, não sendo este *coditio sine qua non* para a caracterização do crime, trata-se de crime de perigo presumido, pois que o ato preparatório caracterizador do crime não é perigoso ao bem juridicamente tutelado, perigo que só ocorrerá

⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

com a prática de algum ato executório.

Prado (2007) e Jesus (2010) indicam o crime de omissão de socorro como crime de perigo presumido, alegando que o agente não precisa fazer uma conduta que coloque outra em perigo, mas basta que a pessoa se omita, sendo o perigo presumido nesta conduta. *Permissa máxima vênia*, o crime de omissão de socorro não é de perigo presumido e sim de perigo concreto, uma vez que, se não houver um perigo iminente e grave de dano ao bem juridicamente tutelado, não há como falar em crime de omissão de socorro. Com toda razão analisa Nucci (2012, p. 696):

não se pode aceitar a posição dos penalistas que sustentam serem de perigo abstrato todas as figuras deste tipo penal, exceto aquela concernente à pessoa em “grave e iminente perigo”, que seria de perigo concreto. Cremos que todas as formas deste tipo penal espelham situações de perigo concreto, que se exige seja devidamente investigado e provado.

A omissão só se torna relevante, nos crimes omissivos próprios, porque existe um dever moral, que também se tornou legal, de uma pessoa que presencia uma situação perigosa, onde a lesão a algum bem jurídico é iminente, de ajudar seus pares. Portanto, trata-se de situação de perigo, em sentido estrito, a qual requer que o ser humano ajude seu próximo, visando evitar alguma tragédia iminente.

3 A constitucionalidade dos crimes de perigo presumido

Explanadas as principais percepções a respeito dos crimes de perigo abstrato ou presumido, a discussão agora proposta diz respeito à constitucionalidade dos referidos delitos.

A doutrina muito discute sobre a constitucionalidade dos crimes de perigo presumido devido ao fato de que nossa Constituição adota o consagrado princípio da lesividade, quando preceitua em seu art. 5º, inciso XXXV⁷: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Sobre o princípio da lesividade ou ofensividade, preceitua Zaffaroni (2003, p. 451): “nenhum direito pode legitimar uma intervenção punitiva quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo”.

Para que estes delitos de perigo presumido se vissem adequados à nossa

⁷ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Constituição, para aqueles que os consideram inconstitucionais, deveriam os mesmos serem interpretados como crimes de perigo concreto, ou seja, exigindo-se comprovação do perigo, o que, de forma patente, não foi a intenção do legislador.

O legislador brasileiro adotou, para os crimes de perigo concreto, uma sistemática de descrever a conduta, aderindo a ela a expressão: “gerando perigo de dano”, ou mesmo “gerando perigo”, como é o caso do já citado art. 132, do Código Penal.

Se assim não o fez em alguns crimes, tipificando condutas desprovidas de perigo, é porque desta forma queria que fossem consideradas criminosas.

Afastando a intenção do legislador, parte da doutrina e jurisprudência defende que todo crime que descreve uma conduta desprovida de perigo, só deveria ser considerada criminosa caso comprovado, no caso concreto, a real criação de um perigo para o bem juridicamente tutelado.

Verbi gratia, esta parcela da doutrina e da jurisprudência defende que a pessoa que carrega consigo uma arma desmuniada e sem a munição a seu alcance imediato, não está causando perigo à incolumidade pública, motivo pelo qual não poderia existir crime.

Esta corrente não admite a existência dos crimes de perigo presumido, por considerá-los inconstitucionais e, por isto, adotam a chamada interpretação conforme a Constituição, para exigir que o perigo tenha que ser comprovado no caso concreto.

O próprio STF, em primeira análise, adotou esta teoria, afastando a possibilidade da existência dos crimes de perigo abstrato. Como, por exemplo, quando trancou no HC 97.811/SP⁸ um processo crime onde se processava o réu pelo porte ilegal de arma de fogo, considerando que a arma desmuniada, sem a possibilidade de pronto muniamento, não apresenta perigo social.

Em via oposta, vieram os novos posicionamentos da Suprema Corte, que hoje são majoritários, principalmente através dos ministros Lewandowski (HC 90197)⁹ e Ellen Gracie (HC 95073)¹⁰, que se posicionaram pela constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, entendendo de forma diferenciada o fato da presunção do perigo. Para esta corrente, não se trata de se admitir crimes que não possuem lesividade, mas sim admitir que em todas as situações estas condutas incriminadas serão perigosas. Destaque-se o voto da Ministra Ellen Gracie (2009), dissertando sobre a questão:

⁸ <http://www.stf.jus.br/portal/diarioJusticaEletronico/pesquisarDiarioEletronico.asp>

⁹ *ibidem*

¹⁰ *ibidem*

O fato de estar desmuniada não a desqualifica como arma, tendo em vista que a ofensividade de uma arma de fogo não está apenas na sua capacidade de disparar projéteis, causando ferimentos graves ou morte, mas também, na grande maioria dos casos, no seu potencial de intimidação.

O crime é de perigo abstrato, não tendo a lei exigido a efetiva exposição de outrem a risco, sendo irrelevante a avaliação subsequente sobre a ocorrência de perigo à coletividade. [...] Vê-se, assim, que o objetivo do legislador foi antecipar a punição de fatos que apresentam potencial lesivo à população – como o porte de arma de fogo em desacordo com as balizas legais -, prevenindo a prática de crimes como homicídios, lesões corporais, roubos etc. E não se pode negar que uma arma de fogo, transportada pelo agente na cintura, ainda que desmuniada, é propícia, por exemplo, à prática de crime de roubo, diante de seu poder de ameaça e de intimidação da vítima.

Com este novo ponto de vista, passou-se ao entendimento de que o bem juridicamente tutelado pela norma não é tão somente a incolumidade pública, mas também e, principalmente, a tranquilidade social. (ROBALDO, 2009)¹¹

4 Considerações finais

Posta assim a questão, após toda a explanação acima desenvolvida, verifica-se que os tipos penais caracterizadores dos chamados crimes de perigo presumido são evidente criminalização do risco proibido, criação doutrinária da teoria da imputação objetiva.

É certo que o legislador, na parte geral do Código Penal¹², através das causas excludentes da ilicitude, não tutelou situações de risco, mas tão somente de perigo.

A legítima defesa é uma causa excludente da ilicitude que incide quando existe reação a uma “agressão atual ou iminente”.

A agressão atual é aquela que já começou a acontecer, ou seja, o agente já esta sendo lesionado, quando então, repele a injusta agressão.

Já a agressão iminente é a que está evidentemente prestes a ocorrer e, por isto, caracteriza perigo de lesão.

Relativamente ao estado de necessidade, descreve a o Código Penal¹³: “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual”

Conforme registrado, mesmo no estado de perigo, tutela-se somente o perigo atual, que equivale à iminência de agressão e não o perigo do estado de perigo, que por distância de afetamento do bem, caracterizaria tão somente risco.

¹¹http://ww3.lfg.com.br/artigo/20091104191347216_blog-do-prof-jose-carlos-de-oliveira-robaldo_arma-desmuniada-efeito-bumerangue-das-decisoes-do-stf--jose-carlos-de-oliveira-robaldo.html

¹² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm

¹³ *ibidem*

Dessa forma, não existe a tutela de risco pelas causas excludentes da ilicitude.

Conforme já demonstrado, a Constituição Brasileira adota o princípio da lesividade e repudia o direito penal do inimigo, sendo que, os chamados crimes de perigo abstrato nada mais são do que crimes de risco.

Destacamos ainda, que o modelo de crimes de perigo abstrato existentes no Brasil, criminalizam condutas arriscadas acima no risco calculado, ou seja, criminalizam o risco proibido.

Todavia, o risco proibido somente impõe sanção com base na teoria da imputação objetiva. Neste aspecto, nos filiamos à adoção da teoria da imputação objetiva extensiva ou ampliativa, a qual entende ser aplicável a teoria da imputação objetiva aos tipos penais materiais, formais e de mera conduta.

Conforme indica Jesus, (2000, p. 34) dissertando sobre a teoria da imputação objetiva, há “imputação jurídica da conduta, concernente à criação de um risco proibido tipicamente relevante”.

Diferenciando ainda, o risco permitido do risco proibido, Jesus explica com maestria (2000, p. 40).

O risco permitido possui conceito ontológico e axiológico. É *ontológico* porque sua presença em determinada situação deve ser considerada em face de dados do ser, não possuindo nenhum conteúdo normativo. É *axiológico*, uma vez que o limite entre o que se admite e o que se proíbe deriva das normas de diligência estabelecidas pela ordem social.

Quem dirige um automóvel, de acordo com as normas legais, oferece a si próprio e a terceiros um risco tolerado, permitido. Se, contudo, desobedecendo as regras, faz manobra irregular, realizando o que a doutrina denomina “infração de dever objetivo de cuidado”, como uma ultrapassagem perigosa, emprego de velocidade incompatível nas proximidades de uma escola, desrespeito a sinal vermelho de cruzamento, “racha”, direção em estado de embriaguez etc., produz um *risco proibido* (desvalor da ação).

Desta forma, a discussão não deve permear a questão se os crimes hoje considerados como crimes de perigo abstrato deveriam passar a ser considerados como crimes de perigo concreto, pois que não resta dúvida que os citados crimes são compostos por arquétipos comportamentais que descrevem condutas arriscadas, não perigosas. Porém, o ponto de discussão se restringe à questão se mesmo tratando-se da criminalização do risco, há algum resultado normativo que deva ser penalmente considerado.

A incolumidade corporal de qualquer pessoa pode ser efetivamente colocada em perigo de sofrer uma lesão constatável de forma naturalística, em contrapartida, existem bens jurídicos que podem sofrer lesões decorrentes de um resultado normativo. Vejamos o caso do

porte de arma de fogo desmuniada. Aqueles que defendem a inconstitucionalidade deste crime alegando ser ele crime de perigo presumido e, portanto, inconstitucional, têm em mente que, estando a arma desmuniada, não existe perigo à incolumidade pública, pois que, no momento, impossível que um disparo seja efetuado. Não se atentaram os defensores desta tese para o resultado normativo da conduta, pois que o bem juridicamente tutelado é também o controle estatal sobre as armas de fogo que, se comercializadas indiscriminadamente, podem ensejar num aumento significativo de outros crimes.

O resultado normativo é a desconformidade da conduta do agente com o que é preceituado pela norma. Todo crime deve contar com um resultado, ainda que não perceptível pelos sentidos, já que ele existe e habita o campo do imaterial, do abstrato.

Como exemplos de crimes que possuem resultado normativo, podemos citar todos os delitos de mera conduta ou delitos formais que não chegam ao um resultado naturalístico. O resultado formal ou normativo não é perceptível no mundo real.

Diferente acontece com os crimes naturalísticos, onde a lesão ao bem juridicamente tutelado pode ser materialmente notada, como por exemplo, nos crimes contra o patrimônio, onde o patrimônio de alguém é perdido para passar a fazer parte do patrimônio de outrem, assim como nos crimes de lesão corporal, onde o dano à integridade física é constatável.

A conduta arriscada tem que trazer algum resultado normativo relevante, para que possa ser considerado como delito.

Realmente, certas atitudes deveriam ser resolvidas em outras *searas*, deixando a área criminal exclusivamente para as condutas perigosas ou lesivas.

Com forte influência nas teorias do direito penal do inimigo, os crimes chamados de mera conduta vêm aumentando cada vez mais na sistemática brasileira. A prevenção especial negativa, baseada na neutralização, vem sendo demasiadamente usada por nossos legisladores, de forma que a visão garantidora, que deveria ser preponderante, está sendo deixada de lado.

Se há algum tempo, nosso País se preocupou em limitar o poder estatal, garantindo limites para a atuação do Estado sobre cidadão, para que este não sofra arbitrariedades por parte dos agentes públicos, parece-nos que ultimamente o Estado tem agido em sentido contrário, tentando minimizar o insucesso do combate ao crime.

Não obstante, não pode um crime ser considerado inconstitucional simplesmente por se tratar de um crime de mera conduta.

Caso existisse uma situação de risco calculado, que fosse dita como perigosa pelo legislador, simplesmente para se criminalizar condutas tidas como normais pela sociedade,

estaria ele agindo em desconformidade com a Constituição, pois que aí estaria transgredindo o princípio da lesividade e, principalmente, da adequação social.

Porém, o modelo de crimes de perigo presumido, hoje existente no Brasil, descrevem situações onde não existe a possibilidade da conduta não ser repudiada pela sociedade, pois esta terá sempre um bem juridicamente tutelado colocado em um nível de risco superior ao tolerado e tido como normal pela sociedade, ou seja, um risco proibido.

Não seria possível considerar constitucional um tipo penal que criminaliza uma conduta que não é reprovada socialmente ou jamais representa um risco social, estando dentro de um risco calculado, sob o argumento de ser um crime de perigo presumido.

É exatamente este liame que diferencia os crimes de perigo presumido constitucionais daqueles inconstitucionais.

Os crimes de perigo presumido inconstitucionais são aqueles baseados meramente na doutrina do direito penal do inimigo e utilizado inúmeras vezes nos regimes totalitários. São crimes que tipificam riscos calculados pela sociedade.

Seria inconstitucional, *verbi gratia*, o crime que tipifica a conduta de transitar sem portar documentos. Ora, qual o perigo e reprovabilidade social encontrado nesta conduta? Nenhuma. Dessa forma, patente sua inconstitucionalidade.

A conclusão a respeito da possível inconstitucionalidade dos crimes de perigo presumido é a de que não se pode considerar, de maneira abstrata, todos os crimes de perigo presumido como inconstitucionais, devendo ser apurado se o substrato fático, ou seja, se as condutas incriminadas realmente ensejam a presunção de que sempre serão perigosas ou superam o risco calculado.

Se a conduta incriminada for realmente fustigada pela sociedade, sua criminalização não pode ser considerada inconstitucional. Dessa forma, havemos de admitir que sempre será possível a contraprova, de que a conduta não era sequer arriscada, como por exemplo, o porte de uma munição que sequer pode ser deflagrada.

Nota-se assim que somente a teoria da imputação objetiva é capaz de nos trazer uma conclusão convincente a respeito da constitucionalidade dos chamados crimes de perigo presumido, pois que somente através da dicotomia, risco permitido e risco proibido torna-se viável diferenciar os crimes que possuem resultados normativos relevantes (desvalor da conduta) e, conseqüentemente, constitucionais, daqueles que não possuem resultados normativos relevantes (conduta não fustigada socialmente) e, portanto, inconstitucionais.

Quando a conduta incriminada encontra-se, pelo menos, no segundo nível de risco, ou seja, o imediatamente acima da conduta considerada normal e padrão pela sociedade, o

risco proibido, não há que se falar em inconstitucionalidade, pois que, embora ainda não seja uma conduta perigosa, trata-se de conduta socialmente reprovada, e com resultado normativo relevante. Esta é a conclusão mais plausível a respeito de toda a exploração feita pelo universo da legislação criminal dos crimes de perigo abstrato ou presumido.

CRIMES AND THEIR CONSTITUTIONAL PRESUMED HAZARD

Abstract

In the most recent Brazilian criminal laws became applicant the structuring of criminal offenses classified as crimes of mere conduct and formal crimes. Many of these crimes are also classified, adopting different criteria, such as the presumed danger crimes, due to the fact that they need the actual proof that the conduct is criminal brought some real danger to the legal right of others. The so-called crimes of presumed hazard triggered various doctrinal and jurisprudential discussions among them about it's constitutionality and characterization. These are discussions that are placed on the agenda in proesente work, adhered to attempt to enrich existing on the subject dialectic.

Keywords: Crime. Danger assumed. Risk. Constitutionality.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 nov. 2012.

_____. **Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003**. Institui o estatuto do desarmamento. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm>. Acesso em: 23 nov. 2012.

_____. **Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 nov. 2012.

_____. **Decreto-Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm>. Acesso em: 23 nov. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Hábeas Corpus 95.073, órgão coator Supremo Tribunal de Justiça, paciente Jadson Bacelar Rocha e impetrante Defensoria Pública da União, Min. Ellen Gracie. Brasília, 02 de junho de 2009. **DJE nº 109**, de 12 de junho de 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJusticaEletronico/pesquisarDiarioEletronico.asp>> acesso em: 26 set. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Hábeas Corpus 90.197-2, órgão coator Supremo Tribunal de Justiça, paciente André Wilton Ribeiro da Silva e impetrante Defensoria Pública da União, Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 09 de junho de 2009. **DJE nº 167**, de 04 de setembro de 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJusticaEletronico/pesquisarDiarioEletronico.asp>> Acesso em: 26 set. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Hábeas Corpus 97.811, órgão coator Supremo Tribunal de Justiça, paciente Cláudio Nogueira Azevedo e impetrante José Raimundo Araújo Diniz, Min. Ellen Gracie. Brasília, 09 de junho de 2009. **DJE nº 157**, de 21 de agosto de 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJusticaEletronico/pesquisarDiarioEletronico.asp>> acesso em: 26 set. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Hábeas Corpus 81.057, Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 29 de abril de 2005. **DJE nº 167**, de 04 de setembro de 2009. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJusticaEletronico/pesquisarDiarioEletronico.asp>> acesso em: 26 set. 2012.

CAPEZ, Fernando. **Estatuto do desarmamento**: comentário à Lei 10.826/03 de 22 de dezembro 2003. São Paulo: Saraiva, 2005.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**: Parte Geral. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JESUS, Damásio de. **Imputação objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**, parte geral. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1.

MARTÍN, Luis Gracia. **O horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 189 p..v. 10.

MARTIN, Jörg. **Strafbarkeit grenzüberschreitender Umweltbeeinträchtigungen: zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht**. Berlin: Max-Planck-Institut Für Ausländisches und Internationales Strafrecht, 1989 *apud* REIS, Marco Antônio Santos. **Uma Contribuição à Dogmática dos Delitos de Perigo Abstrato**. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1361/1149>> acesso em: 11 set. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. 1373 p.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 796p. vol. 1.

REIS, Marco Antônio Santos. **Uma Contribuição à Dogmática dos Delitos de Perigo Abstrato**. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1361/1149>> acesso em: 11 set. 2013.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Arma Desmuniçada**: Efeito Bumerangue das Decisões do STF. Disponível em: < http://ww3.lfg.com.br/artigo/20091104191347216_blog-do-prof

jose-carlos-de-oliveira-robaldo_arma-desmuniada-efeito-bumerangue-das-decisoes-do-stf--jose-carlos-de-oliveira-robaldo.html> acesso em: 23 nov. 2012.

SERRANO, José Luis. A diferença risco/perigo. **Novos Estudos Jurídicos**. Santa Catarina, v. 14, n. 2, p. 233-250, 2º quadrimestre. 2009.

WESSELS, Johannes. **Direito penal**, parte geral. Trad. Juarez Tavares. 10. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1976.

WOHLERS, Wolfgang. **Deliktstypen des Präventionsstrafrechts**: zur Dogmatik moderner Gefährdungsdelikte. Berlin: Dunckler und Humblot, 2000 *apud* REIS, Marco Antônio Santos. **Uma Contribuição à Dogmática dos Delitos de Perigo Abstrato**. Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/download/1361/1149>> acesso em: 11 set. 2013.

ZAFFARONI, E. Raúl *et al.* **Direito Penal Brasileiro**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010.