

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Aluno: Adriana Souza da Silva*

Orientador: Galvão Rabelo**

SUMÁRIO: Introdução. 1. Princípio da lesividade ou da ofensividade. 1.1. Princípios. 1.2. Princípio da lesividade. 2. Classificação dos crimes quanto a afetação ao bem jurídico tutelado. 2.1. Crimes de dano. 2.2 Crimes de perigo. 2.2.1. Crimes de perigo concreto. 2.2.2. Crimes de perigo abstrato. 3. O problema da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. Conclusão. Referências Bibliográficas.

RESUMO

O presente trabalho busca analisar a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato frente ao princípio da lesividade ou ofensividade. São crescentes no ordenamento jurídico as tipificações e penalizações de condutas consideradas de risco, mas que não chegam a lesionar ou expor a efetivo perigo de lesão o bem jurídico tutelado pela norma. Sendo assim, procurou-se verificar no âmbito da sociedade moderna, até que ponto é legítimo ao Direito Penal se utilizar da figura dos crimes de perigo abstrato para criminalizar condutas que, a rigor, não exigem um resultado naturalístico para sua configuração.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes de perigo abstrato; princípio da lesividade; (in)constitucionalidade.

* Acadêmica do 10º período do Curso de Direito da Faculdade Presidente Antônio Carlos (FAPAC) - Ubá; E-mail: naninha.uba@hotmail.com.

** Professor graduado em Direito pela Universidade Federal de Viçosa. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Advogado.

INTRODUÇÃO

A função do Direito Penal em uma sociedade democrática de Direito, é a indispensável proteção dos bens jurídicos essenciais, na medida em que só deve ser invocado quando não for possível a solução pelas vias extrapenais. O Direito Penal, assim, só deve ser usado em último caso (*ultima ratio*), não podendo ser acionado para a repressão de atos ilícitos insignificantes que não afetam bens jurídicos essenciais dentro de uma sociedade. Para além desta função, o Direito Penal se destina a garantir a proteção da dignidade do infrator frente ao Estado, que fica impedido de atuar fora da legalidade e dos limites dos princípios constitucionais penais na repressão e punição aos atos ilícitos.

Os princípios constitucionais, entre eles os princípios penais expressos ou implícitos no ordenamento, são a garantia dos indivíduos frente à atuação do Estado, vez que o Estado não pode se utilizar do Direito Penal e do seu poder de sanção como instrumento de repressão sem atender as exigências ético-sociais, pautadas no respeito aos direitos humanos. Limitam, em um Estado Democrático de Direito, o poder punitivo do Estado, principalmente, o respeito à dignidade da pessoa humana, o caráter estritamente pessoal da pena, os princípios da proporcionalidade e da ampla defesa.

Quando se fala em crimes de perigo abstrato, a discussão gira em torno da constitucionalidade da penalização de tais crimes, por se entender, pelo menos por parte da doutrina, que tais crimes não chegam a causar necessariamente nenhum perigo significativo ao bem jurídico tutelado, não sendo condutas, portanto, da órbita de aplicação do direito penal, uma vez que para que haja crime, é necessário que haja efetivamente um dano ou um sério risco de dano ao bem jurídico protegido pela norma penal.

A presente discussão gira em torno do princípio da lesividade ou ofensividade, baseado no art. 13 do Código Penal, que diz que: “O resultado de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa”. Portanto, para que haja crime, seria necessário que houvesse um resultado, ou seja, um dano ou efetivo perigo de dano ao bem jurídico. Nesta perspectiva, passaremos às considerações sobre o tema.

1. PRINCÍPIO DA LESIVIDADE OU DA OFENSIVIDADE

Para analisar até que ponto a penalização dos crimes de perigo abstrato se encontra ou não em conformidade com os princípios constitucionais, em especial frente ao princípio da lesividade ou ofensividade, importa-nos aqui discorrer acerca deste princípio.

1.1. Noções preliminares

Primeiramente, procuremos entender o conceito de princípio jurídico. Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio [...] é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.¹

Ainda se referindo a princípios, Roque Antônio Carrazza, preleciona:

princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.²

Os princípios assim como as regras são espécies do gênero normas jurídicas, sendo que diferentemente dos princípios,

as regras estabelecem diretamente fins, para cuja concretização estabelecem com maior exatidão qual o comportamento devido (maior grau de determinação da ordem e maior especificação dos destinatários), e por isso dependem menos intensamente da sua relação com outras normas e de atos institucionalmente legitimados de interpretação para a determinação da conduta devida.³

¹ MELLO, 2000, p. 747-748.

² CARRAZZA, 2002, p. 33.

³ CANOTILHO, 2000, p. 1124-1125

Existem na doutrina vários critérios para diferenciar princípios e regras, no entanto, é preferível resumir as diferenças entre as espécies de normas, usando as palavras de Willis Santiago Guerra Filho:

as regras possuem a estrutura lógica que tradicionalmente se atribui às normas do Direito, com a descrição (ou "tipificação") de um fato, ao que se acrescenta a sua qualificação prescritiva, amparada em uma sanção (ou na ausência dela, no caso da qualificação como "fato permitido"). Já os princípios fundamentais, igualmente dotados de validade positiva e de um modo geral estabelecidos na constituição, não se reportam a um fato específico, que se possa precisar com facilidade a ocorrência, extraindo a consequência prevista normativamente. Eles devem ser entendidos como indicadores de uma opção pelo favorecimento de determinado valor, a ser levada em conta na apreciação jurídica de uma infinidade de fatos e situações possíveis, juntamente com outras tantas opções dessas, outros princípios igualmente adotados, que em determinado caso concreto podem se conflitar uns com os outros, quando já não são mesmo, *in abstracto*, antinômicos entre si.⁴

Apesar das diferenças acima enumeradas, hoje não se discute mais o caráter normativo dos princípios, que por muito tempo foram encarados como artifícios subsidiários da lei, quando uma determinada situação não era contemplada pelo legislador. Os princípios possuem status de norma jurídica, assim como as regras. Não somente os princípios expressamente previstos, como aqueles implícitos no ordenamento jurídico, consoante lição de Ruy Samuel Espíndola:

Reconhece-se, destarte, normatividade não só aos princípios que são, expressa e explicitamente, contemplados no âmago da ordem jurídica, mas também aos que, defluentes de seu sistema, são enunciados pela doutrina e descobertos no ato de aplicar o Direito.⁵

Defendendo o caráter normativo e a importância dos princípios dentro do ordenamento jurídico, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.⁶

⁴ GUERRA FILHO, 1997, p. 17.

⁵ ESPÍNDOLA, 1997, p. 61.

⁶ MELLO, 2006, p. 748.

Assim como os princípios gerais de direito, os princípios penais também são normas cogentes que regulam o ordenamento jurídico e atuam em um Estado Democrático de Direito como limitadores do poder punitivo do Estado, posto que o Estado deve,

sob pena de inconstitucionalidade, observar determinados princípios estampados em nossa Lei Maior. Todos esses princípios, explícita ou implicitamente, em nossa Constituição, têm a função de orientar o legislador e o aplicador do Direito para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasados em um Direito Penal da dignidade da pessoa humana, um Direito Penal mínimo e garantista⁷

1.2. Princípio da lesividade

Claro está que a função do Direito Penal Moderno é salvaguardar os bens jurídicos fundamentais, aqueles imprescindíveis para a convivência dos indivíduos em sociedade, uma vez que é o ramo do Direito que representa o mais rigoroso sistema de controle e dominação social e mais restringe o bem maior da liberdade individual. Sendo assim, o Direito Penal somente pode ser acionado em último caso, quando não houver possibilidade de solução através das outras áreas do Direito.

Fernando Capez conceitua o Direito Penal tendo por critério sua função, principalmente focando na necessidade de que se tenham penas voltadas exclusivamente para tutelar as condutas que afrontem os valores sociais dos quais dependam a sustentabilidade da sociedade. É preciso selecionar os comportamentos humanos, ou seja, aqueles que põem em risco os mais basilares direitos (fundamentais), aplicando a tais condutas uma sanção de especial gravidade.⁸

Para Luiz Flávio Gomes, “o Direito penal, em suma, é a ‘ultima ratio’, isto é, o último instrumento que deve ter incidência para sancionar o fato desviado (em outras palavras: só deve atuar subsidiariamente)”⁹. Quando houver a falência do sistema de controle social, então o Direito Penal deverá agir. E, por conseguinte, somente nesse momento é que o legislador estaria amparado a incluir no Direito Positivo uma conduta reprovável e sancionável através de penas previstas no ordenamento penal. É o que se

⁷ FROTA JUNIOR; DINIZ.

⁸ CAPEZ, 2008, p. 01.

⁹ GOMES, 2007, p. 27.

chama de controle social penal, ou seja, uma das formas de submeter os indivíduos às regras, mas com maior rigor.

Sendo assim, para legitimar a atuação do Direito Penal como forma de disciplinar os comportamentos humanos em determinada sociedade, há que se avaliar até que ponto tais condutas podem ser consideradas danosas ou potencialmente danosas aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal. Isto ocorre por força do *princípio da lesividade*, sobre o qual passamos a discorrer.

Tal princípio, em suma, “determina que o direito penal deverá punir o crime se a conduta lesionar ou expor a lesão um bem jurídico penalmente tutelado, haja vista, não ser função do direito penal moderno condenar e punir um comportamento visto pela sociedade como imoral ou impuro, como ocorria em diversas regiões na Europa medieval que sancionava o homossexualismo e a prática da prostituição, por exemplo.”¹⁰

A conduta lesiva, deve ainda afetar interesses de outrem, portanto, não haverá sanção quando os atos praticados pelo agente e seus efeitos permanecerem na esfera de interesse do próprio agente, como no caso da autolesão que não é punível, pois a lesão à integridade física não afeta interesse alheio apesar da conduta de lesão corporal constituir fato típico.

O princípio da lesividade ou ofensividade é representado pelo brocado “*nullum crimen sine injuria*” – não há crime sem lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico relevante –, permitindo que sejam criminalizadas somente aquelas ações que, graves, lesionem ou coloquem em perigo real de lesão o bem jurídico tutelado.

Rogério Greco, ao escrever sobre o princípio da lesividade, afirma que:

Por mais importante que seja o bem, que a conduta seja inadequada socialmente, somente poderá haver a criminalização de comportamentos se a conduta do agente ultrapassar a sua esfera individual, atingindo bens de terceiros. Por intermédio do princípio da lesividade, proíbe-se a incriminação de pensamentos, de modos ou de formas de ser e de se comportar, bem como de ações que não atinjam bens de terceiros.¹¹

Para entendermos como o princípio da lesividade procurou desfazer a confusão que havia entre o direito e a moral, utilizaremos as lições de Nilo Batista, citado por Greco, que afirma que tal princípio possui quatro principais funções, a saber:

¹⁰ BRAMBILLA, 2005.

¹¹ GRECO, 2009, p. 26.

- 1- Proibir a incriminação de uma atitude interna, ou seja, ninguém pode ser punido pelo que pensa ou por seus sentimentos pessoais;
- 2- Proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, como a autolesão ou suicídio;
- 3- Proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais, impedindo que o autor seja punido pelo que é e não pelo que fez;
- 4- Proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico, condutas desviadas que agredem o senso comum da sociedade, mas que não são lesivas a terceiros.¹²

Assim, por todo o exposto, depreende-se que o Estado ao criminalizar condutas deve ter em consideração aquelas que produzem resultados nocivos ou perigo efetivo de dano ao bem jurídico, sendo que uma conduta que ainda não produziu resultado naturalístico, nesta perspectiva, não chegou a lesionar o bem tutelado. Proteger valores éticos, morais, culturais, etc., através de normas penais incriminadoras, seria hipertrofiar o Direito Penal, com temas que deveriam ser solucionados por outros ramos do Direito.

2. CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES QUANTO À AFETAÇÃO AO BEM JURÍDICO TUTELADO

A questão principal deste trabalho é discutir a legitimidade da criminalização dos chamados delitos de perigo abstrato. Primeiramente, contudo, cabe-nos aqui salientar que na classificação dos tipos penais, os crimes podem ser classificados quanto à afetação do bem jurídico em crimes de dano e crimes de perigo.

2.1. Crimes de dano

Na definição de Heleno Cláudio Fragoso, “dano consiste na alteração de um bem, sua diminuição ou destruição; a restrição ou sacrifício de um interesse jurídico.”¹³

¹² BATISTA *apud* GRECO, 2011, p. 51-53.

Assim, são classificados como crimes de dano aqueles que só se consumam com a efetiva lesão ao bem jurídico. O dano ou lesão é resultado da conduta, que foi dirigida a este fim. O crime de dano é de natureza material, não bastando a certeza da autoria, uma vez que a materialidade é indispensável para a configuração destes crimes. Guilherme de Souza Nucci completa afirmando que “trata-se da ocorrência de um prejuízo efetivo e perceptível pelos sentidos humanos”.¹⁴

2.2. Crimes de perigo

Crimes de perigo são os que se consumam com a mera situação de risco a que fica exposto o objeto material do crime, no dizer de Damásio de Jesus.¹⁵ Dessa forma, podemos afirmar que os crimes de perigo se consumam com a probabilidade de ocorrência do dano. O citado autor traz como exemplos dessa modalidade de crime, os crimes de perigo de contágio venéreo, rixa e incêndio, previstos pelo Código Penal Brasileiro. Os crimes de perigo podem ser individuais, quando expõe o interesse de uma pessoa ou de um número determinado de pessoas ao risco, ou coletivo/comum, quando expõe os interesses jurídicos de um número indeterminado de pessoas.

Os crimes de perigo se subdividem, podendo ser classificados ainda em crimes de perigo abstrato e crimes de perigo concreto.

2.2.1. Crime de perigo concreto

Nos crimes de perigo concreto, o perigo é real, sendo necessário que se comprove que o bem tutelado pela norma foi exposto a uma situação real de perigo e o dano só não ocorreu por uma eventualidade.

Segundo Diego Romero, “tais delitos são de resultado como os delitos de lesão, mas sua verificação importa em critérios de imputação divergentes, pois em vez de

¹³ FRAGOSO *apud* JESUS, 2006, p. 01.

¹⁴ NUCCI, 2005, p. 122.

¹⁵ JESUS, 2012, p. 229.

apresentarem um resultado lesivo de dano, apresentam um resultado de criação de perigo de resultado de dano, de assunção de risco de lesão não permitido pela norma”.¹⁶

“Nesses delitos, a acusação tem de provar que pessoa certa e determinada foi exposta a uma situação de risco em face da conduta do sujeito; há que se provar que o perigo efetivamente ocorreu, pois este não é presumido.”¹⁷

2.2.2. *Crime de perigo abstrato*

Nos crimes de perigo abstrato basta a conduta para configurar o crime, independente de resultado.

Em relação a esses crimes a lei descreve uma conduta e presume que o agente, ao realizá-la, expõe o bem jurídico a risco. Trata-se de presunção absoluta (não admite prova em contrário), bastando à acusação provar que o agente praticou a conduta descrita no tipo para que se presuma ter havido a situação de perigo. Ex.: crime de rixa (art. 137).¹⁸

Damásio de Jesus¹⁹ compara os crimes de perigo abstrato ao chamado ‘delito obstáculo’ do Direito Penal francês, em que o tema da periculosidade da conduta não integra o tipo, constituindo simplesmente motivação da lei (*ratio juris*). Por exemplo, o fato de deixar o condutor de veículo, na ocasião do acidente, de prestar imediato socorro à vítima, ou, não podendo fazê-lo diretamente, por justa causa, deixar de solicitar auxílio da autoridade pública, constitui crime de omissão de socorro (Lei nº 9.503/97 – CTB, art. 304). O perigo, segundo a doutrina, é presumido. Decorre da simples inércia do motorista, não se interessando a lei pela superveniência de qualquer evento posterior ao comportamento omissivo.

¹⁶ ROMERO, 2006, p. 53.

¹⁷ <http://www.ebah.com.br/content/codigo-penal-comentado>.

¹⁸ <http://www.ebah.com.br/content/codigo-penal-comentado>.

¹⁹ JESUS, 2009, p. 3-4.

3. O PROBLEMA DA CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Diante do acima mencionado acerca dos crimes de perigo abstrato e do princípio da lesividade, surgem várias discussões sobre a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, tendo em vista que, ao criar os crimes tais delitos, o legislador pode criminalizar condutas que não chegam a lesionar ou expor a efetivo perigo de lesão o bem jurídico tutelado pela norma.

Ao que tudo indica há entre os doutrinadores modernos diferentes posicionamentos a este respeito, havendo divergências inclusive entre diferentes turmas dos Tribunais Superiores. Um primeiro e forte posicionamento defende a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato frente ao princípio da lesividade, por afirmar que tais crimes punem a conduta considerada perigosa, sem que tenha gerado perigo de lesão ao bem jurídico tutelado. Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt afirma que, em razão do princípio da lesividade, “são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, somente se admitindo a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado.”²⁰

Para Luiz Flávio Gomes, tendo em vista o princípio da lesividade, “está vedada a possibilidade de o legislador configurar o delito como uma mera desobediência ou simples infração da norma ou mesmo como simples desvalor da ação (é o que se dá no perigo abstrato)”²¹. Em seguida, o autor segue afirmando que “mesmo quando a conduta mostra-se inócua, em termos de ofensa ao bem jurídico protegido, de acordo com a ampla jurisprudência, impõe-se a condenação, ofendendo o princípio da lesividade, segundo o qual não há que se falar em punição quando não ocorre qualquer lesão ao bem jurídico”.²²

O autor Gustavo Junqueira²³ salienta que tamanha antecipação da intervenção penal é desproporcional, não se compatibilizando como os limites da subsidiariedade e

²⁰ BITENCOURT, 2006, p. 22.

²¹ GOMES, 2002, p. 35.

²² GOMES, 2002, p. 35.

²³ JUNQUEIRA, 2008, p. 198.

fragmentariedade, bases de um direito democrático, sendo possível a regulação suficiente de tais condutas em searas diversas, como a civil e a administrativa.

Há posicionamentos dos tribunais superiores que seguem esta mesma linha, como é o caso do acórdão relatado pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Vicente Cernicchiaro:

A infração penal não é só conduta. Impõe-se, ainda, o resultado no sentido normativo do termo, ou seja, dano ou perigo ao bem juridicamente tutelado. A doutrina vem, reiterada, insistentemente renegando os crimes de perigo abstrato. Com efeito, não faz sentido punir pela simples conduta, se ela não trazer, pelo menos, probabilidade (não possibilidade) de risco ao objeto jurídico. [...] A relevância criminal nasce quando a conduta gerar perigo de dano. Até então, a conduta será atípica.²⁴

De outro lado, há os que defendem a legitimidade dos crimes de perigo abstrato, justificando-os ante a necessária postura mais preventiva do Direito Penal frente às novas condutas surgidas no Estado Moderno, que colocam em risco bens jurídicos supra-individuais, como a saúde pública, o meio ambiente, a ordem financeira e tributária, etc. São normas que vão além da defesa do indivíduo, para proteger todo o corpo social.

Em artigo escrito para o III Encontro de Iniciação Científica e II Encontro de Extensão Universitária, Deminis Salvucci faz alusão às palavras de Cerezo Mir (2003, p. 101), que defende tipos penais de perigo abstrato para tutela de bens jurídicos supra-individuais:

Assim, da mesma forma como ocorre nos crimes ambientais, os crimes econômicos apresentam bem sujeitos a ataques e que merecem ser preservados, e os crimes de perigo abstrato, por vezes, apresentam-se como o único recurso possível para empreender-se uma séria e real tutela. Diga-se o mesmo da fé pública, quando o legislador incrimina o tipo de moeda falsa, da saúde pública, tutelada por meio da tipificação do narcotráfico, e assim por diante [...]. O princípio da lesividade ou da ofensividade é, portanto, observado, sempre que o tipo penal tiver por finalidade proteger bens jurídicos, sendo que alguns, por suas características, tais como o meio ambiente, a ordem econômica, a fé pública e a saúde pública, entre outros, só podem ser, em certos casos, eficazmente tutelados de forma antecipada mediante tipos de perigo abstrato, seja em razão dos resultados catastróficos que um dano efetivo traria, seja pela irreversibilidade do bem ao estado anterior, seja pelo fato de não se poder mensurar o perigo imposto em certas circunstâncias, ou a inviabilidade de estabelecer o entrelaçamento entre múltiplas ações e um determinado resultado danoso nos moldes rigorosos do processo penal.²⁵

²⁴ STJ, 6ª Turma, REsp 34.322-0-RS, Rel. Vicente Cernicchiaro, julgado em 01.06.93, publicado no *DJU* em 02.08.93, p. 14.295.

²⁵ SALVUCCI, 2009.

Apesar das divergências doutrinárias elencadas, crescentes são as hipóteses tipificadas no ordenamento brasileiro de crimes de perigo abstrato, e as causas são elencadas por Pierpaolo Cruz Bottini, como sendo:

- I- alto potencial lesivo de algumas atividades e produtos;
- II- dificuldade de elucidação ou de previsão de nexos causais derivado da aplicação de novas tecnologias;
- III- tutela de bens jurídicos coletivos (meio ambiente, ordem tributária, saúde pública) dada a dificuldade de se constatar a efetiva lesão ou o perigo concreto de lesão;
- IV- atos perigosos por acumulação, ou seja, atos que, isolados, não ameaçam o bem, mas, reiterados, produzem consequências incalculáveis, como, por exemplo, as condutas que tipificam os crimes ambientais.²⁶

Nas palavras de Denise Nóbrega Ferraz, “a adoção de crimes de perigo abstrato se mostra imprescindível para se conferirem respostas à criminalidade oriunda da sociedade de risco, pois somente esses crimes podem atuar na esfera anterior à da lesão e proteger os bens jurídicos supra-individuais.”²⁷

Em acórdão do STF julgando alegação de inconstitucionalidade do crime previsto no art. 306 do Código de Transito, a Suprema Corte denegou o pedido, conforme relato do Ministro Joaquim Barbosa:

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. (HC 109.269, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 11.10.2011). No mesmo sentido: RE 666.511, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 01.06.2012; RE 657.756, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ de 12.12.2011; RE 663.675, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ de 21.11.2011. Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido. Do exposto, nego

²⁶ BOTTINI, 2007, p. 125.

²⁷ FERRAZ, 2006, p. 23.

provimento ao recurso (art. 38 da Lei 8.038/1990, c/c o art. 21, § 1º, do RISTF). Publique-se. Brasília, 06 de setembro de 2012.²⁸

Ainda defendendo a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, são as palavras do Ministro Gilmar Mendes, no seu relatório em HC no qual o STF denegou pedido que pugnava pela inconstitucionalidade do crime de porte ilegal de arma de fogo desmuniada:

A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (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 o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente”. E continua: *“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”*²⁹.

CONCLUSÃO

Consoante todo o exposto, podemos perceber que há muitas controvérsias na doutrina e na jurisprudência acerca da legitimidade dos crimes de perigo abstrato frente ao princípio da lesividade.

²⁸ STF, Presidência, ARE 664212/MG, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 06/09/2012, Data de Publicação: DJe 14/09/2012.

²⁹ STF, 2ª Turma, HC 104.410/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 06/03/2012. DJe 27/03/2012.

Procuramos demonstrar ao longo do trabalho, apresentando os conceitos pertinentes, as posições defendidas pelos doutrinadores e as justificativas de seus argumentos que, em ambos os casos parecem relevantes.

O Direito como um todo, e em especial, o Direito Penal, não é uma ciência estática, posto que deve acompanhar a evolução da sociedade extremamente dinâmica e responder às diversas novas situações que surgem a cada dia. A sociedade atual, altamente globalizada e em constantes transformações, oriundas do capitalismo é considerada uma sociedade de risco. Surgem a cada momento diferentes tipos de crimes que afetam principalmente bens jurídicos coletivos e que exigem do Direito Penal também uma transformação na sua forma de repressão, uma vez que a maioria destes crimes são muitas vezes irreparáveis ou de difícil reparação. O desafio do Direito Penal moderno, então, é antecipar a punibilidade destas condutas, posto que a simples punição pós-crime não teria a capacidade de reverter o quadro ao seu estado anterior.

Não se trata simplesmente de punir uma conduta sem resultado, mas constatado através das estatísticas a periculosidade da conduta, antecipar os efeitos da punibilidade para evitar os riscos à coletividade. Pense-se no crime de embriaguez ao volante para exemplificar: quantas pessoas morrem no país, vítimas de motoristas embriagados que ainda assim, se arriscam na direção de veículos? Baseado no número alarmante destes acidentes, porque não criminalizar a conduta de dirigir embriagado, independente do resultado.

Numa sociedade marcada pelo crime organizado, pelo narcotráfico, pelos crimes contra o meio ambiente, contra a ordem tributária, o modo de atuar do Estado não pode ser o mesmo de anos atrás, o Direito Penal moderno também precisa oferecer uma resposta adequada, uma vez que diferentes são os bens jurídicos a tutelar.

A antecipação da punibilidade pode ser, portanto, necessária em vários casos para a defesa dos bens jurídicos em uma sociedade de risco.

Não se pretende com este trabalho defender a arbitrariedade do Estado, nem a negação dos direitos e garantias instituídos pelos princípios constitucionais. Os riscos a que são submetidos os bens jurídicos supraindividuais na sociedade moderna legitimam a antecipação da tutela penal, através da técnica dos crimes de perigo abstrato, desde que em equilíbrio com uma interpretação moderna e flexibilizada dos princípios penais constitucionais, de modo que garantam não somente os direitos e garantias individuais, mas que possam ir além do individual para garantir a proteção e segurança de toda uma sociedade.

Diante de todo o exposto, entendemos que não há inconstitucionalidade nos crimes de perigo abstrato.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRAMBILLA, Leandro Vilela. **No que consiste o princípio da lesividade?** 05 mar. 2005. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=2010030313461652>. Acesso em: 10 out. 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CAPEZ, Fernando, *Curso de Direito Penal*, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, v. 1, 2008.
- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Conceito de princípios constitucionais. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAZ, Denise Nóbrega. *Crimes de Perigo Abstrato: A tutela dos bens jurídicos supra-individuais no direito penal moderno*. 2006. 46 f.. Monografia (Pós-Graduação Ordem Jurídica e Ministério Público) – Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, 2006.
- FILHO, Willis Santiago Guerra. Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: *Dos Direitos Humanos aos Direitos Fundamentais*. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997.
- FROTA JUNIOR, George Newton Cysne; DINIZ, Alécio Saraiva. Expansão do poder punitivo estatal e estudo do direito penal mínimo. Disponível em: <http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/expansaodopoderpunitivo.pdf> Acesso em: 20 out. 2012.
- GOMES, Luiz Flávio. Norma e bem jurídico no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio; Antonio García-Pablos de Molina; Alice Bianchini, *Direito Penal – V. 1 – Introdução e Princípios Fundamentais*, 1ª ed., São Paulo, RT, 2007.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal Parte Geral. 13ªed. Niterói, RJ: Impetus, 2011, p.51-53.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 4ª ed. Niterói-RJ: Impetus, 2009.

<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAAOTMAJ/codigo-penal-comentado>.

JESUS, Damásio E. Crimes de Trânsito. Editora Saraiva. 6ª edição, 2006.

JESUS, Damásio de. Crimes de Trânsito Anotações à parte criminal do Código de trânsito (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997). Editora Saraiva. 8ª edição, 2009.

JESUS, Damásio de. Direito Penal Parte Geral. Ed. Saraiva. São Paulo, 2012. 33ª edição.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; FULLER, Paulo Henrique Aranda. Legislação penal especial. Vol. 1. 5. ed. –São Paulo: Editora Premier Máxima, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 21 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal comentado. Editora RT. São Paulo, 2005. 5ª edição.

ROMERO, Diego. *Reflexões sobre os Crimes de Perigo Abstrato*. Revista IOB Direito Penal e Processual Penal, São Paulo, v. 39, ago.-set. 2006.

Salvucci, D.; Santos, J.. PRINCÍPIO DA LESIVIDADE E OS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO. **ETIC - ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA - ISSN 21-76-8498**, América do Norte, 314 07 2009.

STJ, 6ª Turma, REsp 34.322-0-RS, Rel. Vicente Cernicchiaro, julgado em 01.06.93, publicado no *DJU* em 02.08.93, p. 14.295.

STF, Presidência, ARE 664212/MG, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 06/09/2012, Data de Publicação: DJe 14/09/2012.

STF, 2ª Turma, HC 104.410/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgamento em 06/03/2012. DJe 27/03/2012.