

**FACULDADE DE DIREITO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM - FDCI
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ANDRÉ RIBEIRO ALVES

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO
ABSTRATO**

**CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM - ES
2018**

ANDRÉ RIBEIRO ALVES

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO
ABSTRATO**

Monografia Jurídica apresentada à Faculdade de
Direito de Cachoeiro de Itapemirim como requisito
parcial para a obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Ticiano Yagezy Perim.

CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM - ES
2018

ANDRÉ RIBEIRO ALVES

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Monografia apresentada à Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em ____ de Setembro de 2018. Nota: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ticiano Yagezy Perim

Prof.

Prof.

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, pois sem Ele, nada seria possível; e em especial a minha família, pelo incentivo, apoio, e por compreenderem a minha ausência durante a realização deste trabalho.

Agradeço às grandiosas amizades que fiz ao longo desses árduos cinco anos de curso; à todos os professores que contribuíram veemente para minha formação cognitiva e profissional durante esta trajetória acadêmica; à minha família, por estar sempre ao meu lado, me incentivando nos momentos de dificuldade; ao meu professor e orientador Ticiano pela valiosa contribuição para conclusão desta pesquisa.

“Tais são os preceitos do direito: Viver honestamente, não ofender ninguém, dar a cada um o que lhe pertence.”

Ulpiano

RESUMO

A presente pesquisa traz em seu bojo uma profunda análise quanto a (in)constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. Para alcançar este fim, foi necessário reunir bibliografias dos mais diversos juristas penais, bem como artigos científicos, objetivando demonstrar os argumentos positivos e negativos no que tange a constitucionalidade do crime em análise. Para melhor compreensão do assunto, fez-se necessário perpassar por conceitos, diferenciando os crimes de perigo de dano, crime de perigo e sua subespécies: crime de perigo concreto e crime de perigo abstrato. Nesse mister, verificou-se que, apesar dos Tribunais superiores entenderem pela constitucionalidade destes crimes, uma grande parcela de doutrinadores penais divergem, tendo em vista que este tipo penal traduz uma ofensa a diversos princípios constitucionais-penais, tais como o princípio da lesividade, da *última ratio*, da proporcionalidade, legalidade, assim como tantos outros. Desta forma, ao final se propõe a tutela destes 'crimes' por outros ramos do direito, que não o penal.

Palavras-chave: inconstitucionalidade; crimes de perigo abstrato; princípios constitucionais-penais; princípio da lesividade; crimes de perigo concreto.

ABSTRACT

The present research brings in its core a deep analysis regarding the (in) constitutionality of crimes of abstract danger. To achieve this aim, it was necessary to gather bibliographies of the most diverse criminal authors, as well as scientific articles, aiming to demonstrate the positive and negative arguments regarding the constitutionality of the crime under analysis. For a better understanding the subject, it was necessary to go through concepts, differentiating the crimes of danger of harm, crime of danger and its subspecies: crime of concrete danger and crime of abstract danger. In this sense, it was verified that, although the higher courts understand the constitutionality of these crimes, a large number of the criminal doctrinists differ, since this type of offense is an offense against several constitutional-criminal principles, such as the principle of lesivity, last ratio, proportionality, legality, as well as so many others. Thus, in the end it is proposed to protect these 'crimes' by other branches of law, other than criminal.

Keywords: unconstitutionality; abstract danger crimes; constitutional-penal principles; principle of lesivity; crimes of concrete danger.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

A.C – Antes de Cristo

ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ART. - Artigo

CP – Código Penal

CRFB – Constituição da República Federativa Brasileira

CTB – Código de Trânsito Brasileiro

D.C - Depois de Cristo

DJE – Diário da Justiça Eletrônico

HC – Habeas Corpus

REL.MIN. – Ministro Relator

SÉC. - Século

STF – Supremo Tribunal de Justiça

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 CONCEPÇÃO DE DIREITO PENAL E EVOLUÇÃO HISTÓRICA	12
2.1 Conceito, Função e Finalidade do Direito Penal	12
2.2 Fases do Direito Penal	13
2.3 Direito Penal Romano	15
2.4 Direito Penal Grego	16
2.5 Direito Penal Germânico	17
2.6 Direito Penal Canônico	18
2.7 Direito Penal Brasileiro	19
3 PRINCÍPIOS PENAIIS (ASPECTOS DOGMÁTICOS)	21
3.1 Princípio da Legalidade	21
3.2 Princípio da Culpabilidade	22
3.3 Princípio da Ofensividade (Lesividade)	23
3.4 Princípio da Intervenção Mínima	24
3.5 Princípio da Adequação Social	26
3.6 Princípio da Insignificância	26
3.7 Princípio da Proporcionalidade	28
3.8 Princípio da Territorialidade	29
3.9 Princípio da Individualização da Pena	30
4 DA CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES (ASPECTOS DOGMÁTICOS)	31
4.1 Crimes de Dano	31
4.2 Crimes de Perigo	31
4.2.1 Crimes de Perigo Concreto	32
4.2.2 Crimes de Perigo Abstrato	33
5 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO	37
5.1 Aspectos Iniciais	37
5.2 Constitucionalidade dos Crimes de Perigo Abstrato	37
5.3 Premissas Inconstitucionais: Controvérsias Principiológicas Penais- Constitucionais	39
5.3.1 Inobservância do Princípio da Lesividade	39
5.3.2 Inobservância do Princípio da Intervenção Mínima	41
5.3.3 Inobservância do Princípio da Presunção da Inocência	42
5.3.4 Inobservância do Princípio da Culpabilidade	43
5.3.5 Inobservância do Princípio da Proporcionalidade	44
5.3.6 Inobservância do Princípio Legalidade	45
6 CONCLUSÃO	48
REFERÊNCIAS	50

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve como objetivo investigar a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. Nesse sentido, buscou-se compreender a base principiológica do direito penal bem como os aspectos conceituais destes crimes em espécies, retomando os preceitos valorativos penais.

Para tanto, se fez necessário reunir bibliografias dos mais diversos penalistas como Rogério Greco, Bittencourt, Carrara, Capez, e tantos outros com a finalidade de traçar uma análise profunda e coerente da presente pesquisa.

Nesse mister, coube perpassar inicialmente pelos conceitos, funções e finalidades do direito penal, aspectos estes que resumem a premissa de que o Direito Penal é a parte ou o setor do ordenamento jurídico que qualifica determinadas condutas humanas como infrações penais (crimes ou contravenções), e estabelece sanções (pena ou medida de segurança) caso alguém as transgrida.

Posteriormente, o estudo direcionou-se para as fases do direito penal, onde foi possível compreender como se desenvolveu o direito penal Romano, Grego, Germânico, Canônico e por fim, a evolução do direito penal no ordenamento jurídico brasileiro.

No terceiro capítulo deste trabalho, relatou-se os aspectos dogmáticos dos princípios penais, pontuando as características mais importantes dos princípios da legalidade, culpabilidade, ofensividade/lesividade, intervenção mínima, adequação social, insignificância, proporcionalidade, territorialidade e individualização da pena. Princípios estes basilares da disciplina em estudo, razão pela qual todo e qualquer crime ou análise de mérito por parte dos magistrados devem pautar-se à luz desses pilares valorativos e norteadores ao aplicador da lei.

Na sequência, adentrou-se na classificação dos crimes diferenciando os crimes de dano e os crimes de perigo, atendo-se com mais afinco a este último, objeto da presente pesquisa. Na oportunidade, verificou-se que os crimes de perigo abstrato, por sua vez, subdivide-se em crime de perigo concreto e crime de perigo abstrato.

Não há discussões quanto a constitucionalidade dos crimes de perigo concreto, mas quanto à segunda subespécie deste tipo legal, qual seja, os crimes de perigo abstrato, este sim é um tema que comporta relevantes divergências e questionamentos quanto a sua constitucionalidade e vigência na atual conjuntura normativa, razão pelo qual dedicou-se o último capítulo do presente trabalho.

Conforme será estudado adiante, o direito penal, pelo princípio da intervenção mínima, interfere apenas quando outros ramos do direito não são suficientes para tutelar os bens jurídicos que se mostram de fato relevantes, principalmente quando estes sofrem alguma lesão ou ameaça de lesão. Isso significa que o direito penal deve ser a última alternativa na resolução dos conflitos. Ao tipificar os crimes de perigo abstrato dentro da tutela penal, o legislador deixou de observar diversos princípios constitucionais-penais, tais como o princípio da lesividade, da presunção de Inocência, da intervenção mínima, princípio da proporcionalidade e da legalidade.

Apesar dos tribunais superiores possuírem entendimento consolidado quanto à defesa da constitucionalidade destes crimes, de forma diversa se contrapõe grande parcela da doutrina, onde estudiosos penais demonstram a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato por ofenderem diversos princípios como se verá a seguir.

2 CONCEPÇÃO DE DIREITO PENAL E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

2.1 Conceito, Função e Finalidade do Direito Penal

O Direito Penal é a parte ou o setor do ordenamento jurídico que qualifica determinadas condutas humanas como infrações penais (crimes ou contravenções), e estabelece sanções (pena ou medida de segurança) caso alguém as transgrida.

Em uma concepção formal, é um conjunto de normas jurídicas (regras e princípios), aglutinadas em um sistema organizado, que preceituam quais são as ações (ou omissões) criminosas, aplicando-lhes as penas ou medidas de segurança.

Já sob aspecto sociológico, pode-se dizer que o Direito Penal é a forma mais eficaz de controle social já inventada, pois visa à regular toda a atividade humana estabelecendo diretrizes que impõem aos indivíduos o respeito a determinados padrões de comportamento anteriormente impostos, que quando violados, surge para o Estado o poder (dever) de puni-los com respectiva reprimenda penal (CUNHA, 2017, p. 31-32).

A função primordial deste ramo do Direito Público é promover a harmonização dos conflitos sociais existentes, de modo a alcançar um ideal de “convivência pacífica” que não sopesse o tênue limite do intolerável. Nesse diapasão (controle social), atuam vários ramos do Direito, cada qual com sua parcela de contribuição determinando como cada um deve agir, contudo, o Direito Penal é aquele que atua de maneira mais coercitiva, justamente por seu caráter sancionatório e imperativo.

Nas palavras de Luiz Régis Prado (2011, p. 65), “O Direito Penal é visto como uma ordem de paz pública e de tutela das relações sociais, cuja missão é proteger a convivência humana, assegurando, por meio da coação estatal, a inquebrantabilidade da ordem jurídica”.

Tem como finalidade o resguardo dos bens jurídicos considerados mais relevantes em uma sociedade organizada, como exemplo a vida, a honra, a saúde pública, a dignidade sexual, entre outros. A Constituição, como norma suprema, deve indicar quais são os bens jurídicos que merecem a proteção máxima (a *ultima ratio*) do Estado. Para tanto, o legislador constituinte deve partir de estudos sociológicos para aferir quais são os valores mais importantes para a sociedade tidos como merecedores da tutela penal.

Importante frisar que o critério utilizado pelo legislador constituinte para

selecionar quais os bens que mereçam a tutela penal é político, e não meramente econômico, em outras palavras, busca-se o valor moral/axiológico do bem a ser tutelado em determinada época da Sociedade. Logicamente que a questão econômica encontra-se inserida em alguns contextos morais relevantes, mas esta por si só, não tem efeito algum na escolha, pois se assim não fosse, os delitos relacionados a bens jurídicos de natureza patrimonial (roubo, furto, receptação, etc.) seriam os únicos ensejadores do castigo penal.

Outro fator de estaque é que a sociedade vive em constante evolução:

Bens que em outros tempos eram tidos como fundamentais e, por isso, mereciam a proteção do Direito Penal, hoje, já não gozam esse *status*. Exemplo disso foi à revogação dos delitos de sedução, rapto e adultério, levado a efeito pela Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005. A mulher da década de 1940, período em que foi editado o nosso Código Penal, cuja parte especial, com inúmeras alterações, ainda se encontra em vigor, é completamente diferente daquela que participa da nossa sociedade já no século XXI (GRECO, 2016, p. 3).

2.2 Fases do Direito Penal

A História do Direito Penal sempre esteve atrelada a própria história da humanidade. Desde os tempos mais antigos, onde o homem primitivo passou a viver em pequenos grupos para suprir suas necessidades mais básicas (saúde, alimentação, segurança) existia a ideia de punição para aqueles indivíduos que desrespeitavam as regras impostas por aquela comunidade, seja atentando contra a própria organização desta, seja contra um indivíduo ou o grupo como um todo.

As penas impostas nesses casos tinham um caráter vingativo e eram as mais cruéis e desumanas possíveis (pena de morte, açoite, amputação de membros, etc.). Não havia a ideia de proporcionalidade entre o delito praticado pelo agente e sua respectiva punição, até porque as leis que vigoravam naquela época eram costumeiras e editadas para suprir o “senso de justiça” daqueles que detinham o poder de aplicá-las.

Nesse sentido, Magalhães Noronha (2004, p. 20) assevera que:

A pena, em sua origem, nada mais foi que vindita, pois é mais que compreensível que naquela criatura, dominada pelos instintos, o revide á agressão sofrida devia ser fatal, não havendo preocupações coma proporção, nem mesmo com sua justiça.

Em regra, os historiadores consideravam várias fases da pena: a vingança privada, a vingança divina, a vingança pública e o período humanitário. Todavia deve advertir-se que esses períodos não se sucedem integralmente,

ou melhor, advindo um, nem por isso o outro desaparece logo, ocorrendo, então, a existência concomitante dos princípios característicos de cada um: uma fase penetra a outra, e, durante tempos, esta ainda permanece a seu lado.

A vingança privada originou-se a partir da formação dos primeiros grupos sociais. Nessa fase, uma vez cometido o crime, a punição partia da própria vítima, de seus familiares, ou da tribo em que estava inserida. Por não haver um Código que sistematize quais seriam as condutas tidas como criminosas, a punição era feita de maneira totalmente desproporcional e cruel em face do delinquente, muitas das vezes ultrapassando a esfera individual e chegando a outros indivíduos a ele próximos ou mesmo sua família.

Posteriormente, a vingança privada deixou para trás seu feitio consuetudinário e evoluiu para um Direito positivista. Nessa época, surgem as primeiras leis escritas, a exemplo da famosa Lei do Talião (Olho por Olho, Dente por Dente), que preconizava um tratamento mais igualitário entre ofensor e ofendido, sem, contudo, afastar seu caráter perverso e degradante.

Relembrando esse período histórico, BITENCOURT (2017, p. 84) menciona que:

No entanto, com o passar do tempo, como o número de infratores era grande, as populações iam ficando deformadas, pela perda de membro, sentido ou função, que o Direito talional propiciava. Assim, evolui-se para a composição, sistema através do qual o infrator comprava sua liberdade, livrando-se do castigo. A composição, que foi largamente aceita, na sua época, constitui um dos antecedentes da moderna reparação do Direito Civil e das penas pecuniárias do Direito Penal.

Na fase da vingança divina, os povos politeístas que viviam na época atribuíam à ocorrência dos fenômenos naturais (terremotos, incêndios, inundações) como consequência da prática de algum crime. Era a manifestação dos deuses que estavam descontentes com o comportamento da humanidade.

Tendo em vista este fato, punia-se o criminoso como forma de apaziguar a ira das divindades, geralmente, sacrificando-o. Para tanto, existia a figura dos sacerdotes, que nada mais eram do que “servos fiéis” dos deuses e atuavam em nome destes para se “fazer justiça”. Aqui, pela primeira vez, a religião tornou-se um fator de influência na vida dos povos antigos, introduzindo um caráter místico ao Direito Penal.

Com a evolução da sociedade, especialmente no que tange em um maior poder de organização, surge à terceira fase histórica do Direito Penal, denominada de “vingança pública”. A figura repressiva atuante deste lapso temporal passa a ser a do próprio Estado Soberano na figura de seu monarca, mantendo-se, como de praxe, o

caráter severo e humilhante da pena.

As sanções perdem seu estigma sagrado e passam a ter uma índole racional e individualista, pois eram impostas por uma autoridade pública nomeada pelo rei que atuava no interesse (e tão somente) do Estado. A pena pública tinha por função principal proteger a própria existência Estatal, tendo como delitos principais os de lesa-majestade (contra o príncipe ou monarca) e, sucessivamente, os que atacassem a ordem pública e os bens religiosos ou públicos, tais como homicídio, as lesões corporais, os crimes contra a honra, contra a propriedade, etc.

Por fim, o Período Humanitário surge a partir da atuação de pensadores que começam a contestar as ideias absolutistas. O denominado período transcorre entre os anos de 1750 a 1850, tendo como objetivo reformar as leis e toda administração da justiça penal no fim do século XVIII.

A população já estava cansada das barbáries cometidas sob o pretexto da aplicação “justa” da lei, as penas eram extremamente desproporcionais à gravidade dos fatos praticados. Os “revolucionários” da época lutavam uma lei penal que fosse simples, clara, precisa e escrita em língua pátria. Deveria ser também severa o mínimo necessário para combater a criminalidade. E o processo penal deveria ser rápido e eficaz.

A atuação do pensador iluminista Cesare Bonesana, conhecido como o “Marquês de Beccaria” foi imprescindível para a época.

Conforme as lições de Cleber Masson (2014, p. 62):

No pensamento de Beccaria, a pena deve ser proporcional, uma vez que os gritos como consequências de torturas não retiram a realidade da ação já praticada, revelando a inutilidade dos tormentos. Dessa forma, à medida da crueldade dos tormentos, enrijece-se a alma pelo espetáculo da barbárie, e, quanto maiores os castigos, mais o indivíduo se dispõe a praticar novos crimes para subtrair-se da pena que por primeiro mereceu. Ademais, quanto mais atrozes os tormentos, mais graves, pior consequência, serão os crimes praticados, e o mal causado pela punição vai sempre além do proveito obtido com a prática punitiva. Destarte, conclui que outros meios, mais eficazes, existem para prevenir os crimes.

2.3 Direito Penal Romano

A civilização romana antiga pode ser considerada como aquela que mais influenciou no pensamento jurídico penal moderno, ante a sua larga contribuição para a criação de institutos como o nexa causal (liame que liga a conduta ao resultado), o

elemento subjetivo (exteriorizado pelo dolo e pela culpa), a imputabilidade, o concurso de agentes, entre outros.

A Roma antiga também viveu suas fases de vingança (privada, divina e pública), tendo sua organização jurídica e política dividida em três períodos históricos distintos: a Monarquia (753 a.C. a 509 a.C.), a República (509 a.C. a 27 a.C.) e o Império (27 a.C. a 284 d.C.).

Na monarquia, o Direito era consuetudinário e aplicado pela figura do *pater familias* (patriarca da família), que possuía amplo comando sobre a vida de seus familiares e escravos, bem como detinha o poder de puni-los da forma que lhe aprouver, inclusive com a pena de morte.

Posteriormente, na época da República, surge a Lei das XII Tábuas (séc. V a.C.), caracterizada como a primeira legislação romana escrita compactada em um Código. Foi uma das primeiras leis que ditavam normas eliminando as diferenças de classes (plebeus e patrícios), atribuindo a tais um grande valor, uma vez que as leis do período monárquico não se adaptaram à forma de governo republicano. Em se tratando de matéria penal, a “Tábua VII” fixava a punição para quem cometera alguns delitos como dano, lesões corporais, difamação, homicídio, etc.

Prado (2011, p. 79) menciona ainda que:

Na República (510 a.C. até 27 a.C.), aparece o procedimento das referidas *quaestione perpetuae* (*Lex Calpurnia de Repetundis*), formuladas casuisticamente com o objetivo de julgar os autores de ações consideradas lesivas ao estado, sem que houvesse nenhuma previsão legal.

Por derradeiro, no Império, o imperador (ou príncipe) congregava poderes quase ilimitados, sendo o chefe supremo das forças armadas. A sua autoridade é máxima, e o seu poder é partilhado com o Senado.

No âmbito jurídico, surge os *crimina extraordinária* – espécie de “rito processual penal” aplicado pelo Senado que cominava na aplicação de uma pena individualizada a depender do caso concreto, o que foge do arbítrio penal insurgido no passado.

2.4 Direito Penal Grego

O Direito Penal grego, em sua origem, era notadamente costumeiro e religioso. A ideia de “crime” estava atrelada a um “mau comportamento” cometido pelo homem, capaz de despertar a fúria de Zeus.

Ao decorrer da evolução da civilização grega, surgem os primeiros filósofos antigos (Sócrates, Platão, Aristóteles, Epicuro, Sófocles e Eurípedes) que se insurgem com a maneira de pensar e agir até então preconizada na sociedade, e trazem uma concepção mais ética, moral e civilista nas relações políticas entre o Estado e seus respectivos cidadãos, que vem, anos mais tarde, a influenciar no ramo da Ciência Penal.

Abandona-se o sentimento religioso e o Direito de Punir passa a ter um efeito retributivo em contrapartida ao mal produzido, e em sua devida proporção. Na concepção de Platão, a pena vem a ser não uma espécie de castigo para àqueles que transgredissem a lei, e sim uma forma de “exemplo” para que as futuras gerações não delinquissem.

Nesse sentido, Masson apregoa que:

Na justiça ateniense, as penas passaram a ser dotadas de certa dose de humanidade. Autorizava-se, exemplificativamente, a absolvição do culpado, quando a sua eliminação fosse capaz de prejudicar os inocentes dele dependentes para sobreviver. Pensava-se, no caso, no desenvolvimento da sociedade, e não propriamente no acusado. (MASSON, 2014, p. 57).

2.5 Direito Penal Germânico

Originários do Norte da Europa, os povos germânicos caracterizavam-se por utilizar o método da “vingança privada” para a solução de seus conflitos. Sob tal prisma, Cezar Roberto Bitencourt (2017, p. 87) exemplifica que:

O Direito era concebido como uma ordem de paz, pública ou privada, segundo a natureza do crime, privado ou público. A reação à perda da paz, por crime público, autorizava que qualquer pessoa pudesse matar o agressor. Quando se tratasse de crime privado, o transgressor era entregue à vítima e seus familiares para que exercessem o direito de vingança, que assumia um autêntico dever de vingança de sangue. Essa política criminal germânica, em seus primórdios, representava uma verdadeira guerra familiar, evoluindo para um direito pessoal a partir do século IX, para, finalmente, em 1945, com o advento da Paz territorial Externa, ser definitivamente banida.

Com o advento da Monarquia, a vingança de sangue foi paulatinamente sendo substituída pela composição, que consistia em uma compensação financeira arcada pelo autor de determinado ato criminoso no intuito de ressarcir o Estado, a vítima e sua família pelos danos por ele causados. A composição representava a aquisição da liberdade do indivíduo, e era responsável por trazer de volta a ordem de paz anteriormente violada.

Nesse diapasão, surgem três tipos de penas baseadas na composição: a) *Wehrgeld*, que consistia no pagamento de uma indenização à vítima ou seu grupo social, contudo, quando o autor do delito não pudesse arcar com a referida quantia, dava seu labor em favor daqueles em troca de sua liberdade; b) *Büsse*, uma pena de multa paga ao ofendido para se livrar da vingança privada; c) *Friedlosigkeit*, que consistia no pagamento ao Soberano de uma quantia em dinheiro para que não fosse violado o seu Direito Fundamental à vida.

2.6 Direito Penal Canônico

Após a queda do império Romano e o surgimento da Idade Média, ocorreu na Europa uma verdadeira junção entre Estado e a Igreja Católica, de modo a tornar o Cristianismo a única religião passível de ser praticada.

O Direito Canônico (ordenamento jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana) punia todos aqueles que cometessem alguma heresia contra o Estado. O crime era visto como uma forma de pecado que atentava contra a vontade de Deus, e a pena vinha a ser um castigo divino posto aos hereges.

A jurisdição penal canônica era aplicada pelo Tribunal da Santa Inquisição, que condenavam todos aqueles que eram contra os dogmas da Igreja ou que eram considerados ameaças às doutrinas cristãs. As punições variavam desde prisões e torturas, até decapitações em praça pública.

Desta forma, é válido frisar segundo os ensinamentos de Nucci, que:

Não se pode olvidar que o resultado do procedimento inquisitivo, instaurado pela igreja romana, na Idade Média, que levou à morte de milhões de pessoas, cujo elemento central era a obtenção da confissão, a qualquer custo. A chamada ‘rainha das provas’. (NUCCI, 2016, p. 100).

Importante mencionar que o Direito Canônico baseou-se também nas concepções filosóficas do “livre arbítrio” formuladas por Santo Agostinho. Elas ajudaram a quebrar a antiga crença de que homem não nasceu totalmente livre, já que trazia consigo desde seus primórdios o pecado original. A teoria do livre arbítrio pregava a ideia de que o homem não nasceu nem “bom” e nem “mau”, e sim guiado pelas suas livres convicções, por meio da razão, para escolher dentre as várias possibilidades por ele arguídas. Em outras palavras, o livre arbítrio é a faculdade do ser humano determinar-se (agir ou deixar de agir) de acordo com as opções que a

vida lhe impõe.

2.7 Direito Penal Brasileiro

O Direito Penal brasileiro existia antes mesmo da chegada dos primeiros portugueses em território nacional. No período pré-colonial, os povos que habitavam as terras brasileiras (em sua maioria de nômades) utilizavam-se do método punitivo da vingança privada, com sanções penais totalmente desproporcionais às infrações cometidas e desprovidas de caráter humanitário. Nesse sentido, leciona Bitencourt:

A partir do descobrimento do Brasil, em 1500, passou a vigorar em nossas terras o Direito Lusitano. Nesse período, vigoravam em Portugal as *Ordenações Afonsinas*, publicadas em 1446, sob o reinado de D. Afonso V, considerado como o primeiro código europeu completo. Em 1521, foram substituídas pelas Ordenações Manuelinas, por determinação de D. Manuel I, que vigoravam até o advento da Compilação de Duarte Nunes de leão, em 1569, realizada por determinação do rei D. Sebastião” (BITENCOURT, 2017, p. 99).

Contudo, diante da imensidão do território brasileiro e das peculiaridades locais, as referidas legislações foram um total fracasso.

Ocorre que o Brasil colonial era dividido em porções de terra denominadas “capitanias hereditárias”, onde a administração de cada lote era delegada pela coroa portuguesa a um donatário que se constituía como autoridade máxima em sua própria capitania, tanto na seara judicial como na administrativa, podendo, inclusive, decretar a pena de morte. Os donatários eram quase que equiparados a os senhores feudais do período medieval, pois detinham o poder de governar sua capitania da maneira que melhor lhe aprouver.

Com a entrada em vigor das Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603 por Filipe II, criou-se uma legislação penal mais coesa e unitária que abrangera toda a colônia. Igualmente, continuava com sanções severas como castigos físicos e pena de morte. As Ordenações Filipinas, apesar das inúmeras alterações sofridas ao longo dos séculos seguintes, mantiveram sua vigência até o ano de 1823, véspera da edição do Código Criminal do Império.

Com o advento da primeira Constituição brasileira, outorgada no ano de 1824 por D. Pedro I, o Estado serviu-se de direitos e liberdades individuais até então inconcebíveis de serem alcançadas em sua curta história, o que culminou, em 16 de dezembro de 1830, na promulgação do Código Criminal do Império, conhecido como

o primeiro código autônomo da América Latina.

Trouxe consigo o total de 313 artigos da qual constava uma parte geral e uma especial, caracterizando as condutas criminosas existentes da época, bem como fixava regras relativas às penas restritivas de liberdade e das multas a serem aplicadas. Possuía também um caráter garantista, prevendo em seu artigo 33 a seguinte redação: “Nenhum crime será punido com penas, que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais, ou menos daquelas, que estiverem decretadas para punir o crime no grau máximo, médio, ou mínimo, salvo o caso, em que aos Juízes se permitir arbítrio”.

No período republicano, o jurista Baptista Pereira foi o responsável por editar Código Penal de 1890, elaborado antes de Constituição de 1891. Em seu corpo jurídico, o Código foi considerado um verdadeiro desastre. Como assevera “O Código Penal de 1890 apresentava graves defeitos de técnica, aparecendo atrasado em relação à ciência de seu tempo”.

Finalmente, no ano 1937, há época do Estado Novo, Alcântara Machado elaborou um projeto de Código Criminal que, após ser apreciado por uma comissão revisora foi sancionado pelo Presidente Getúlio Vargas em 1940, passando a vigorar no ano de 1942, sendo, apesar de algumas pontuais alterações, o atual Código Penal Brasileiro.

3 PRINCÍPIOS PENAIS (ASPECTOS DOGMÁTICOS)

Princípios são mandados de otimização que orientam o legislador na construção de todo um ordenamento jurídico. Ao contrário das regras que produzem efeitos por si só, os Princípios são um conjunto de normas abstratas que impõem pensamentos de cunho moral, humanitário, político e filosófico indispensáveis à formação de uma sociedade livre e democrática.

Como em qualquer ramo do Direito, o Direito Penal também possui seus princípios próprios, positivados ou não (implícitos) na Constituição Federal, os quais se desatacam o da Legalidade, Culpabilidade, Ofensividade (Lesividade), Intervenção Mínima, Adequação Social, Insignificância, Proporcionalidade, Territorialidade e Individualização da Pena.

Seguindo as lições de Luiz Régis Prado (2011, p. 138/139), no que diz respeito ao tema:

Os Princípios Penais constituem o núcleo essencial da matéria penal, alicerçando o edifício conceitual do delito – suas categorias teóricas –, limitando o poder punitivo do Estado, salvaguardando as liberdades e os direitos fundamentais do indivíduo, orientando a política legislativa criminal, oferecendo pautas de interpretação da lei penal conforme a Constituição e as exigências próprias de um Estado democrático e social de Direito, Em síntese: servem de fundamento e de limite à responsabilidade penal. Tais princípios são considerados como diretivas básicas ou cardeais que regulam a matéria penal, sendo verdadeiros pressupostos técnico-jurídicos que configuram a natureza, as características, os fundamentos, a aplicação e a execução do Direito Penal. Constituem, portanto, os pilares sobre os quais assentam as instituições jurídico-penais: os delitos, as contravenções, as medidas de segurança, assim como os critérios que inspiram as exigências político-criminais.

3.1 Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade é, sem sombra de dúvidas, o mais importante princípio do sistema jurídico de um Estado Democrático de Direito, pois estabelece os direitos e as garantias fundamentais do indivíduo frente ao arbítrio estatal. Tal postulado vem insculpido em nossa legislação pátria no artigo 5º, inciso II da Constituição Federal, que preceitua que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. De igual modo, o artigo 5º, inciso XXXIX da Lei Maior enuncia que “Não á crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Sua matriz histórica advém da Cata Magna inglesa assinada pelo rei João Sem Terra no ano de 1215, que impôs limite ao poder absoluto do monarca em uma sociedade medieval hierarquizada pelo escalonamento de classes sociais. O artigo 39 do presente documento assim dizia:

Art. 39 – Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo julgamento de seus iguais e de acordo com a lei da terra.

Contudo, foi a partir do surgimento do Iluminismo, no século XVII, que o referido princípio ganhou notoriedade. Com mais precisão, no ano de 1762, o filósofo iluminista Jean-Jacques Rousseau, ao desenvolver a Teoria do “Contrato Social”, trouxe à tona uma ideia de “Estado Social” onde cada indivíduo abriria mão de sua liberdade em troca da presença de um governo que lhe trouxesse segurança e que garantisse a observância de seus direitos fundamentais, através de normas previamente redigidas e de conhecimento de todos. Tal desiderato foi recepcionado pela Revolução Francesa no século seguinte e reconhecido, inclusive, por Tratados e Convenções Internacionais, como é o caso do Pacto San José da Costa Rica (1969) e do Estatuto de Roma (1998).

No âmbito penal, trata-se, sobretudo, de um instrumento limitador *jus puniendi* do Estado, haja vista que este só poderá considerar como crime (ou contravenção penal) aquela conduta que esteja positivada em algum diploma legal.

No que tange este princípio, extrai-se os seguintes ensinamentos do doutrinador Bitencourt:

Em termos esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente. (BITENCOURT, 2017, p. 53).

3.2 Princípio da Culpabilidade

O Princípio da Culpabilidade vem a consagrar a premissa basilar de que não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*). Em outras palavras, o Direito Penal só poderá aplicar sanção àqueles indivíduos que transgridam uma norma penal

imperativa anteriormente imposta, e desde que presente os elementos da imputabilidade, possibilidade de compreender o caráter ilícito do fato e exigibilidade de conduta diversa.

Em se tratando do conceito de culpabilidade, este deve ser entendido como a aferição da responsabilidade subjetiva (dolo ou culpa a *stricto sensu*) do agente no momento da prática do ilícito penal. Nas palavras de GRECO (2016, p. 139):

Culpabilidade diz respeito ao juízo de censura, ao juízo de reprovabilidade que se faz sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. Reprovável ou censurável é aquela conduta levada a efeito pelo agente que, nas condições que se encontrava, podia agir de outro modo.

No direito constitucional pátrio, tal postulado está atrelado ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1º, inciso III da Constituição Federal) e ao Princípio da Não-Culpabilidade (ou Presunção da Inocência), insculpido no art. 5º, inciso XLVII da Lei Maior, que traz a seguinte redação: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Analisando-se o referido princípio como um fundamento da pena, alvitra-se a ele um caráter retributivo, de compensação por um mal produzido pelo autor do fato criminoso, na medida em que essa “compensação” refere-se a um juízo negativo de valor atribuído pelo estado. Neste prisma, o sistema penal coloca o homem em posição central, partindo do pressuposto de que possui capacidade de autodeterminação e de escolha de seus atos.

Cezar Roberto Bitencourt (2017, p. 68) complementa que:

Da adoção do princípio da culpabilidade em suas três dimensões derivam importantes consequências materiais: a) inadmissibilidade da responsabilidade objetiva pelo simples resultado; b) somente cabe atribuir responsabilidade penal pela prática de um fato típico e antijurídico, sobre o qual recai o juízo de culpabilidade, de modo que a responsabilidade é pelo fato e não pelo autor; c) a culpabilidade é a medida da pena.

3.3 Princípio da Ofensividade (Lesividade)

O Princípio em apresso preceitua que não há crime sem lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico penalmente tutelado (*nullum crimen sine injuria*). Trata-se da necessidade de haver a ocorrência de um resultado jurídico danoso (concreto ou abstrato, este último com inúmeras divergências doutrinárias) para a adequação típica da conduta praticada pelo agente a um ilícito penal.

O Direito Penal moderno, amplamente garantista, preocupa-se cada vez mais em limitar a incidência do poder punitivo do Estado impedindo a criminalização de condutas tidas como inofensivas e que não tragam real perigo aos bens jurídicos mais importantes, além daquelas condutas que não ultrapassem a esfera cognitiva do agente (a exemplo dos atos meramente preparatórios).

Nesse diapasão, Greco, pondera que:

O Direito Penal também não poderá punir aquelas condutas que não sejam lesivas a bens de terceiros, pois não excedem o âmbito do próprio autor, a exemplo do que ocorre com a auto lesão ou mesmo com a tentativa de suicídio. (GRECO, 2016, p. 102).

Atente-se também para a incidência do Princípio da Lesividade no intuito de impedir a imputação penal de determinados comportamentos humanos que apesar de não lesarem bem jurídico algum, vão conta a moral e os bons costumes radicados na civilização cristão-ocidental. Seria deveras um “absurdo jurídico” punir determinado indivíduo por gostar de práticas sexuais que causem repulsa na maioria das pessoas, ou por dedicar-se a prática de rituais satânicos e masoquistas. Tais condutas, repise-se, não lesam a bens jurídico alheio algum.

Apesar de sua suma importância, o Princípio da Ofensividade não se apresenta claramente expresso na legislação constitucional pátria. Contudo, há de se notar sua implicitude no plano jurídico ordinário brasileiro, precipuamente no art. 13 do CP, que assim vem redigido: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu a causa”.

Ademais, não se oblitere de que aqui se trata da produção de um resultado jurídico (aquele que existe no plano formal da norma incriminadora), e não impreterivelmente de um resultado naturalístico. Até porque existem crimes onde a ocorrência de um resultado naturalístico (perceptível) não se mostra presente. Citem-se aqui como exemplo os crimes de perigo e de mera conduta, que apesar irem contrário ao pactuado na norma incriminadora, não provocam alterações no mundo exterior.

3.4 Princípio da Intervenção Mínima

Para se alcançar a harmonia, imperioso é a existência de um controle repressivo e sancionador que atue coercitivamente junto ao indivíduo e o impeça de praticar

condutas que atentem contra Estado Democrático de Direito e lesionem bens jurídicos por ele protegidos. Para tanto, o Estado, por meio da criação de regras (em seus diferentes níveis de hierarquia) impõe a este indivíduo certos padrões de conduta que se forem violados ensejará à responsabilização deste perante àquele ou a terceiros que tenham seus direitos violados.

Ocorre que existem determinados bens jurídicos que, por possuírem elevada importância na vida em sociedade, necessitam de uma proteção especial que só o Direito Penal é capaz de proporcionar, justamente por ser o ramo do Direito Público que atua de maneira mais incisiva na resolução dos conflitos sociais, impondo sérias restrições aos direitos fundamentais do transgressor da lei penal.

De acordo com o Princípio da Intervenção Mínima, o Direito Penal vem a ser a *ultima ratio* da *longa manus* do Estado, devendo ser utilizado em casos onde demais ramos do Direito se revelem insuficientes em compor a lesão ou a ameaça de lesão a bens jurídicos penalmente tutelados.

Segundo a obra *Direito difusos e Coletivos*, sob coordenação de Alice Bianchini, o autor Ivan Luís Marque ao citar Prado, acentuou:

Aparece ele como uma orientação político-criminal restritiva do *jus puniendi* e deriva da própria natureza do Direito Penal e da concepção material do Estado democrático de Direito. O uso excessivo da sanção criminal (*inflação penal*) não garante uma maior proteção de bens; ao contrário, condena o sistema penal a uma função meramente simbólica negativa. (PRADO, 2003, P. 141)

O princípio em epígrafe atua também para orientar o legislador penal a descriminalizar condutas que em tempos atuais são consideradas ínfimas em face abrupto avanço social do qual vivemos. Têm-se atualmente inúmeras discussões doutrinárias e jurisprudências acerca da revogação da Lei das Contravenções Penais, tendo em vista esta possuir tipos incriminadores que não mais se justificam atualmente. Segundo tal posicionamento, os conflitos ensejados por ela seriam facilmente resolvidos no âmbito civil ou administrativo através de advertências, restrições de ordem pessoal, emprego de multas ou qualquer outro meio que não justifique a tutela penal.

Nesse mesmo sentido, GRECO (2016, p. 99) preleciona que:

As vertentes do princípio da intervenção mínima são, portanto, como que duas faces de uma mesma moeda. De um lado, orientando o legislador na seleção dos bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade; de outro, também servindo de norte ao legislador para retirar a proteção do

Direito Penal sobre aqueles bens que, no passado, gozavam de especial importância, mas que hoje, com a evolução da sociedade, já poder ser satisfatoriamente protegidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico.

3.5 Princípio da Adequação Social

Segundo este princípio, o Direito Penal não pode considerar como criminosas as condutas que, apesar de lesarem (ainda que superficialmente) determinados bens jurídicos por ele protegidos, são socialmente aceitas por não possuírem relevância jurídica alguma, ainda que se adéquem formalmente ao tipo penal pré-estabelecido.

PRADO (2011, p. 153) diz que:

A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que, apesar de uma conduta se subsumir formalmente ao modelo geral, não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver com a ordem social da vida historicamente condicionada (v.g., restrição da liberdade ambulatoria de um usuário de transporte coletivo; intervenção cirúrgica realizada com fim terapêutico e resultado favorável; exploração de indústria perigosa com afetação da saúde do trabalhador, lesão esportiva etc.).

Além de limitar incidência do Direito Penal às condutas juridicamente relevantes, o Princípio da Adequação Social instrui o legislador para que retire do ordenamento jurídico os tipos penais cujos preceitos já se adaptaram ao estágio evolutivo da sociedade. Bem como é plenamente possível que em um futuro próximo, condutas que hoje são socialmente toleradas venham a sofrer os rigores da sanção penal.

Importante frisar que o referido princípio atua somente no campo da eficácia da norma penal, não possuindo o condão de revogar tipos penais incriminadores, ainda que socialmente aceitos. Questão interessante que é ventilada nos dias atuais é a respeito da adequação social da prática da contravenção penal do jogo do bicho (art. 58 do Decreto-Lei nº 3.988/41). Apesar de ainda muito praticada em território nacional e pouco fiscalizada pelas autoridades competentes, tal contravenção penal permanece-se ilegal, assim como outros jogos de azar.

3.6 Princípio da Insignificância

Corolário dos princípios da Intervenção Mínima e da Lesividade, o Princípio da Insignificância aduz que o Direito Penal não deve se preocupar com os chamados

“crimes de bagatela”, que ocorrem quando a conduta criminosa não causa uma lesão significativa a um bem jurídico.

À luz deste princípio, Capez preceitua que:

Originário do Direito Romano, e de cunho civilista, tal princípio funda-se no conhecido brocardo *de minimis non curat praetor*. Em 1964 acabou sendo introduzido no sistema penal por Claus Roxin, tendo em vista sua utilidade na realização dos objetos sociais traçados pela moderna prática criminal (CAPEZ, 2012, p. 27).

Para que uma ação criminosa se enquadre no princípio da insignificância deverá atender a alguns requisitos, tais como: mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente; a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Atendendo a esses quesitos a conduta típica pode ser enquadrada no princípio da insignificância.

O referido princípio atua no campo da incidência da norma penal no caso concreto, ao passo que afasta a tipicidade (material) dessas condutas se não forem capazes de lesar efetivamente bens jurídicos alheios. Seria o caso, por exemplo, de um motorista dirigindo seu automóvel por uma rodovia movimentada acertar culposamente um transeunte que por ali passava, causando-lhe pequenos arranhões na perna. Ora, apesar dessa conduta se enquadrar formalmente ao tipo penal descrito no artigo 303 da lei nº 9.503/97 CTB (Código de Trânsito Brasileiro), a ofensa a integridade física sofrida pelo transeunte é considerada ínfima (insignificante) “aos olhos” do Direito Penal Moderno e “minimalista” do qual vivemos atualmente.

Vale ressaltar que a aplicação do Princípio da Insignificância não poderá ocorrer em toda e qualquer infração penal. Tipos penais como homicídio, estupro, e infrações que contenham violência ou grave ameaça jamais serão consideradas irrelevantes para fins da incidência do princípio.

Ademais, O STJ, por meio do HC 29960, firmou entendimento jurisprudencial no sentido da não aplicação do Princípio da Insignificância caso a conduta do agente seja reiterada na prática de um mesmo delito (ainda que reste em uma ofensa mínima), *in verbis*:

HABEAS CORPUS. PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. ESPECIAL REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO AGENTE. HABITUALIDADE DELITIVA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DESTA CORTE. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. A aplicabilidade do princípio da insignificância no delito de apropriação

indébita é cabível quando se evidencia que o bem jurídico tutelado (no caso, o patrimônio) sofreu mínima lesão e a conduta do agente expressa pequena reprovabilidade e irrelevante periculosidade social. 2. Conforme decidido pela Suprema Corte, "O princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de condutas ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica de bagatela e devem se submeter ao direito penal." (STF, HC 102.088/RS, 1.^a Turma, Rel.Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 21/05/2010.) 3. De fato, a lei seria inócua se fosse tolerada a reiteração do mesmo delito, seguidas vezes, em frações que, isoladamente, não superassem certo valor tido por insignificante, mas o excedesse na soma, sob pena de verdadeiro incentivo ao descumprimento da norma legal, mormente para aqueles que fazem da criminalidade um meio devido. 4. Na hipótese dos autos, constata-se, o Tribunal *a quo* negou a aplicação do princípio da insignificância com fundamento nos antecedentes criminais do Paciente que, além de dupla reincidência, possui condenações não definitivas e diversas anotações pela prática de crimes contra a fé pública e estelionato. Motivação que demonstra a incompatibilidade da conduta do acusado com o princípio da insignificância. 5. Habeas corpus denegado. (STJ - HC: 229960 RS 2011/0312759-4, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 07/02/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/02/2013).

3.7 Princípio da Proporcionalidade

O Princípio da Proporcionalidade diz que a sanção criminal (pena) aplicada ao transgressor da lei penal deverá ser estritamente proporcional às consequências de sua conduta. A título de exemplo, aquele que comete um crime de homicídio terá a pena necessariamente mais severa do que aquele que comete um delito patrimonial (furto, receptação, roubo, etc.), justamente pelo bem jurídico "vida" ser mais importante do que o bem jurídico "patrimônio".

O princípio em apresso teve seu auge no período do Iluminismo com a obra intitulada '*Dos Delitos e das Penas*' (1964), de autoria do Marquês de Beccaria, onde seu capítulo XV – Da Moderação das Penas -, preceituava que: "Entre as Penas, e na maneira de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é mister, pois, escolher os meios que devem causar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável, e, ao mesmo tempo, a menos cruel no corpo do culpado".

Nas palavras de Cleber Masson (2014, p. 43):

Vale destacar que, modernamente, o princípio da proporcionalidade deve ser analisado sobre uma dupla ótica. Inicialmente, constitui-se em proibição ao excesso, pois é vedada à cominação e aplicação de penas em dose exagerada e desnecessária. Se não bastasse, este princípio impede a proibição insuficiente de bens jurídicos, pois não tolera a punição abaixo da medida correta.

A aplicação do princípio está ligada à proteção dos direitos fundamentais, sendo um instrumento para a vedação de penas arbitrárias e sem fundamento algum. Tais atitudes estatais ferem os direitos humanos positivados na Constituição Federal e demais leis e Tratados Internacionais. A utilização do princípio justamente permitirá saber se o ato concreto fere, ou não, o direito fundamental.

3.8 Princípio da Territorialidade

Dispõe o artigo 5º do Código Penal Brasileiro que “Aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional”. Assim, segundo o Princípio da Territorialidade, aplicar-se-á a lei penal brasileira ao agente que cometer um delito no espaço geográfico brasileiro (compreendendo-se o espaço terrestre, aéreo e marítimo até duzentas milhas náuticas), independentemente do sujeito passivo do bem jurídico lesionado.

Correspondem ainda extensão do território brasileiro as embarcações e aeronaves brasileiras, de natureza pública ou a serviço do governo brasileiro onde quer que se encontrem, bem como as embarcações e as aeronaves brasileiras (matriculadas no Brasil), mercantes ou de propriedade privada, que se achem, respectivamente, em alto-mar ou no espaço aéreo correspondente (art. 5º, § 1º, CP). Qualquer crime que ocorra no interior dessas aeronaves ou navios será competência da justiça penal brasileira seu processamento e julgamento.

O §2º do referido artigo preceitua que é também aplicável a lei brasileira aos crimes cometidos a bordo e aeronaves ou embarcações estrangeiras de propriedade privada, achando-se aquelas em pouso no território nacional, ou em vôo no espaço aéreo correspondente, e estas em portos ou no mar territorial do Brasil. Contudo, a soberania penal brasileira possui algumas limitações impostas por Tratados Internacionais que atestam as imunidades diplomáticas e consulares previstas na Convenção de Viena Sobre as Relações Diplomáticas (1961), e na Convenção de Viena Sobre as Relações Consulares (1963), ratificadas pelo Brasil nos Decretos nº 54.435 de 08 de junho de 1965 e nº 61.078 de 26 de junho de 1967, respectivamente. Segundo Luiz Régis Prado (2011, p. 204):

Trata-se salutar prática – imprescindível para as relações harmônicas entre os países que compõem a ordem internacional – de respeito absoluto aos representantes diplomáticos estrangeiros em território nacional, já que são órgãos do Estado para as relações internacionais.

Neste caso, os Diplomatas que cometerem delitos no Brasil não podem ser presos e processados. Entretanto, o transgressor da lei penal não ficará impune, as autoridades competentes brasileiras informarão do corrido ao Estado de origem dos diplomatas e lá serão punidos. Além de atingir qualquer delito praticado pelo agente diplomático, aos componentes de suas famílias, e aos funcionários da organização internacional, quando em serviço. Encampa, também, os chefes de governo estrangeiro que visitem o país, bem como a sua comitiva. Não alcança os empregados particulares dos agentes diplomáticos e os cônsules, embora possa haver tratado que estabeleça a imunidade.

3.9 Princípio da Individualização da Pena

O Princípio da Individualização da pena, insculpido no art. 5º, inciso XLVI da Constituição Federal, garante ao infrator da lei penal, no momento de sua condenação, que sua pena seja individualizada levando-se em consideração os critérios legais previstos sua cominação (tanto subjetivos, quanto objetivos), e observando sempre a extensão da lesão causada ao bem jurídico tutelado.

Acerca do tema, a melhor Doutrina brasileira aduz que o referido princípio desenvolve-se em três esferas distintas, a saber: esfera legislativa, esfera judicial e esfera administrativa. A esfera legislativa diz respeito à atuação do legislador penal na fixação de cada espécie de pena para cada delito previsto no Código penal e legislação extravagante, indicando seu limite mínimo e máximo, causas de aumento e diminuição e circunstâncias que qualificam a pena.

Sobre a esfera judicial, GRECO (2016, p. 120) ensina que:

Tendo o julgador chegado à conclusão de que o fato praticado é típico, ilícito e culpável, dirá qual a infração penal praticada pelo agente e começará, agora, a individualizar a pena a ele correspondente. Inicialmente, fixará à pena-base de acordo com o critério trifásico determinado pelo art. 68 do Código Penal, atendendo às chamadas circunstâncias judiciais; em seguida, levará em consideração as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e aumento de pena.

4 DA CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES (ASPECTOS DOGMÁTICOS)

Dentre as inúmeras classificações delitivas existentes, urge salientar as que se referem estritamente ao tópico principal do presente trabalho acadêmico, que qualificam os crimes quanto ao grau de intensidade do resultado almejado (ou não) pelo agente. São o caso dos crimes de dano (ou lesão) e os crimes de perigo.

4.1 Crimes de Dano

Os crimes de dano são aqueles que se aperfeiçoam com a factual lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. Aqui, o agente tem a clara finalidade de causar lesão a um bem protegido pelo Direito Penal, de modo que a ausência deste pressuposto pode caracterizar uma tentativa ou uma conduta atípica.

Na definição utilizada por GRECO (2016, p. 222):

Crimes de dano são aqueles que, para sua consumação, deve haver a efetiva lesão do bem juridicamente protegido pelo tipo. A conduta do agente, portanto, é dirigida finalisticamente a produzir o resultado, acarretando dano ou lesão para o bem protegido pelo tipo penal, a exemplo do que ocorre com os crimes de homicídio e lesão corporal.

Por conseguinte, deve existir a tipificação penal para que a conduta relevante do agente se amolde a um tipo onde sua consumação cause efetiva lesão, como por exemplo, no crime de homicídio, tipificado no artigo 121 do Código Penal em que para que haja a sua consumação a vítima deve ir a óbito.

4.2 Crimes de Perigo

Ao contrário dos crimes de dano, os crimes de perigo se consumam com a mera exposição de risco do bem jurídico penalmente tutelado. Para a configuração deste delito não há a necessidade de lesão material a um bem jurídico protegido, a propósito, caso ocorra lesão não há que se falar em crime de perigo, mas sim verdadeiro crime de dano, caracterizando assim a classificação dos crimes de perigo como tipos penais subsidiários.

No conceito de BITENCOURT (2017, p. 293):

Crime de perigo é aquele que se consuma com a superveniência de um resultado material que consiste na simples criação do perigo real para o bem jurídico protegido, sem produzir um dano efetivo. Nesses crimes, o elemento subjetivo é o dolo de perigo, cuja vontade limita-se à criação da situação de perigo, não querendo o dano, nem mesmo eventualmente.

Os crimes de perigo, por sua vez, se subdividem em crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato.

4.2.1 Crimes de Perigo Concreto

Para a tipificação desses delitos penais, exige-se a comprovação do potencial perigo levado ao objeto material do crime, demonstrando-se no caso concreto que a situação de perigo foi causada pelo agente criminoso, sendo que, esta situação de perigo, na condição de elementar do tipo, deve ser verificada casuisticamente. Trata-se da ocorrência de probabilidade de lesão superveniente a um determinado bem jurídico, objeto de tutela pela norma, expondo-o a um efetivo risco capaz de ocorrer em um futuro hipotético.

Partindo desse conceito, a razão para se punir essa subespécie de crime, pauta-se no fato de “o legislador querer, sem dúvida proteger um determinado bem jurídico e pode fazê-lo porque considera que o pôr em perigo é elemento bastante para justificar uma pena criminal”, conforme pondera Jose Francisco de Faria Costa (1992, p. 623).

Para uma melhor visualização do que se tratam os crimes de perigo concreto partamos para a visualização de um tipo penal que se amolde à classificação, como o ilícito descrito no artigo 136 do Código Penal:

Expor a perigo de vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina: Penas – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Como se pode observar do tipo penal exposto, no caput do artigo existe a referência expressa aos perigos, no caso a “vida” e “saúde”, bens esses tutelados pelo direito penal. Contudo, não é obrigatória a presença do termo “perigo” para que se trate de um crime de perigo concreto, deve ser feito assim uma análise não somente do tipo penal, mas também caso a caso apresentado para que seja verificada a configuração de tal classificação.

De acordo com os ensinamentos trazidos no bojo do artigo escrito por Diego Romero, sobre “Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato”, foi possível extrair a seguinte lição à cerca do tema:

Para a caracterização dos crimes de perigo concreto faz-se necessário a coexistência de no mínimo três situações, a saber: *primeiramente*, é fundamental existir um objeto tutelado que entre no âmbito de conhecimento e volição daquele que pratica determinada ação que acaba expondo tal objeto a perigo de dano; em *segundo lugar*, esta ação realizada deve criar real e individual perigo de dano ao objeto da ação; e em *terceiro lugar*, do ponto de vista do bem jurídico, esta exposição concreta a perigo traduz-se em uma situação em que, apresenta-se provável a causação de uma lesão, que não pode ser evitada de forma alguma.

Importante frisar por oportuno, que nos delitos de perigo concreto o agente tem consciência sobre a ação perigosa que pratica, agindo portanto, com dolo de perigo, tendo em vista que o indivíduo possui pleno conhecimento da situação perigosa.

Nessa subespécie de crime, existe um resultado, subsumindo-se perfeitamente ao prescrito no artigo 13 do CP. O resultado nada mais é do que a criação de um perigo com a factível e previsível probabilidade de produzir um dano, e a sua não ocorrência, importa meramente numa obra do acaso.

4.2.2 Crimes de Perigo Abstrato

Tratam-se de crimes em que o preceito punitivo não exige a lesão de um bem jurídico e nem que estes sejam expostos a qualquer tipo de perigo. São tipos penais que descrevem apenas um comportamento, uma conduta, sem apontar um resultado específico como elemento expresso do injusto, e por assim ser, o simples descumprimento da norma penal, sem a ocorrência de qualquer resultado danoso, configura a prática deste crime em análise.

Rogério Greco (2016, p. 222/223) os classifica como crimes de *perigo presumido*, asseverando que:

[...] a visão, para a conclusão da situação de perigo criada pela prática do comportamento típico, é realizada *ex ante*, independentemente da comprovação, no caso concreto, de que a conduta do agente tenha produzido, efetivamente ou não, a situação de perigo que o tipo procura evitar.

O legislador penal, ao tipificar esse delito, trouxe uma característica inovadora e um tanto quanto polêmica para o direito penal contemporâneo, qual seja a tutela penal

preventiva. Nessa tônica, antecipa-se a tutela penal para esses crimes que independem do resultado delituoso, e por esse motivo, é alvo de consistentes controvérsias.

Ao criar esse tipo penal, o legislador buscou diminuir os riscos, buscando uma segurança preventiva, e para os descumpridores dos preceitos legais penais, amoldando-se ao delito em estudo, terá ao seu desfavor a antecipação da pretensão punitiva estatal. Percebe-se que o castigo recai apenas e tão somente sobre a conduta do agente, e não no resultado que a conduta provocou, até porque, nesta tipologia, não há que se falar em resultado, o que também é alvo de discussões como se verá a seguir.

Mostra-se com isso uma verdadeira afronta ao princípio da lesividade, pois se trabalha aqui com um dano que pode vir a acontecer.

Nessa linha, Romero faz os seguintes apontamentos em seu artigo:

Vislumbra-se que os crimes de perigo abstrato não buscam responder a determinado dano ou prejuízo social realizado pela conduta, senão evitá-la, barrá-la, prevenindo e protegendo o bem jurídico de lesão antes mesmo de sua exposição a perigo real, concreto, efetivo de dano. Ao fazer uso desta modalidade delitiva, quer o Direito Penal da atualidade proporcionar, ou melhor, dar a sensação de segurança ao corpo social.

Entretanto, esta modalidade delitiva tão discutida no ordenamento jurídico atual, resta configurada pela simples conduta contrária a lei, de um ato defeso criado discricionariamente pelo legislador. Ao contrário do crime de perigo concreto, aqui não há que se falar em conduta com probabilidade concreta de dano, pois como retro mencionado, nos crimes de perigo abstrato, a situação de perigo é meramente presumida pelo legislador penal.

Cite-se como exemplo o delito previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, onde expõe a seguinte conduta:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:
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.

O tipo penal não exige a lesão ou a morte de alguém, e também não prevê que seja demonstrado que alguém foi exposto a um risco concreto pelo veículo dirigido pelo condutor embriagado, descreve apenas um comportamento e determina a aplicação da pena, independente do resultado.

Não se pode realizar uma análise acerca da probabilidade da efetiva ocorrência do perigo, que dirá do dano, em total descompasso com aos princípios constitucionais e penais. Os delitos de perigo abstrato cuidam assim de ações arriscadas que possa gerar lesão ou expor bens jurídicos ao perigo, não se fazendo necessário o efetivo perigo. Tais crimes são meramente formais, ou seja, basta a adequação típica da conduta.

No tocante às críticas feitas a esta conduta delitiva, Juarez Cirino dos Santos (2000, p.41) reuniu o pensamento de diversos autores formando a seguinte concepção:

JAKOBS fala da ilegitimidade da incriminação em áreas adjacentes à lesão do bem jurídico; GRAUL rejeita a presunção de perigo dos crimes de perigo abstrato; SCHRÖDER propôs admitir a prova da ausência de perigo; CRAMER pretendeu redefinir o perigo abstrato como *probabilidade* de perigo concreto. Por outro lado, destacando a finalidade de proteção de bens jurídicos atribuída aos tipos de perigo abstrato, aparentemente indissociáveis de políticas comprometidas com o controle ecológico, o controle das atividades econômicas e, de modo geral, a garantia do futuro da Humanidade no planeta, HORN e BREHM propõe fundar a punibilidade do perigo abstrato na *contrariedade ao dever*, como um *perigo de resultado* (e não como *resultado de perigo*) e FRISCH pretende compreender os delitos de perigo abstrato como *delitos de aptidão* (*Eignungsdelikte*), fundado na aptidão concreta *ex ante* da conduta para produzir a consequência lesiva.

Diante do transcrito acima, torna-se evidente as mais diversas propostas de soluções e/ou alterações conceituais a fim de eliminar do sistema normativo os crimes de perigo abstrato.

Nesse íterim, Oliveira em sua obra “Crimes de Perigo Abstrato” (2003, p. 01), pontua que o legislador vem criando tipos penais genéricos e enquadrando muito deles como delito de perigo abstrato, o que acaba por propiciar ao julgador uma maneira de procurar potencialidades danosas e por via de consequência concede ao mesmo uma ampla margem decisória, podendo levar à arbitrariedades, pondo em risco as garantias fundamentais previstos em nossa Carta Magna. Nesse sentido alude Claus *apud* Bitencourt:

Uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma auto limitação do *jus puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio dos poderes, porque permite ao Juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo dessa forma, a esfera do legislativo. (ROXIN APUD BITENCOURT, P. 11.)

Diante dessa exposição, indubitável o fato de que os tipos de perigo abstrato são fontes de inesgotáveis debates, perfazendo sérias interferências que prejudicam

a interpretação bem como a aplicação da lei, vez que, o que se propõe, é criminalizar condutas por elas mesmas, presumindo a existência de uma situação perigosa, fato este desprezível, tendo em vista que a conduta humana não deve ser presumida, principalmente no âmbito penal, mas sim, verificada.

5 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

5.1 Aspectos Iniciais

A delimitação de como o Direito Penal poderá vir a cuidar de situações abstratas é um dos grandes impasses do momento atual, razão pela qual o tema em estudo vem ganhando considerável relevância em nosso ordenamento jurídico, vez que a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato constantemente é questionada por diversos juristas.

Nesse mister, vale retomar brevemente as premissas à respeito do conceito e características principais dos crimes de perigo abstrato, também conhecidos como crimes de perigo presumido, no qual se caracteriza pela tipicidade penal apenas por presumir que determinada conduta poderá lesionar um bem jurídico penalmente tutelado, independente deste ter sido efetivamente ofendido ou não, ou seja, independente da ocorrência do resultado.

Nesse diapasão, adota-se uma visão *ex ante*, ou seja, baseada em uma suposição, que, segundo Rogério Greco acarreta a situação de perigo criada pela conduta prevista em lei pelo agente, não prescindindo de comprovação. A mera presunção legal de que determinado comportamento ou conduta poderá (ou não) ofender o bem jurídico dá ensejo a configuração desta prática delitiva.

Podemos tomar como exemplo os seguintes crimes: o porte de armas desmuniada, a embriaguez ao volante, a possibilidade de dano no âmbito ambiental e tantos outros tipos penais cuja redação indica apenas a conduta, sem qualquer menção ao resultado.

5.2 Constitucionalidade dos Crimes de Perigo Abstrato

No que tange a constitucionalidade desses crimes em análise, o STF já sedimentou posicionamento no HC 104.410, onde o Ministro Relator Gilmar Mendes assim decidiu:

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 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.

O entendimento dos Tribunais Superiores não deixa margem de dúvidas quanto a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. Tal afirmação vem consubstanciada no seguinte argumento do relator em epígrafe:

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 supra individuais 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.

Diante da decisão acima apresentada, resta claro que o posicionamento do Supremo afasta a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, configurando apenas uma medida de proteção eficiente do Estado, estando portanto em conformidade com a Constituição Federal. Nesse esteira também defendem a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato doutrinadores como: Fernando Capez, André Estefam, Victor Eduardo Rios Gonçalves, Guilherme de Souza Nucci; e outros.

Essa linha de pensamento, que por sinal, é a vigente no ordenamento atual, apresenta o seguinte viés argumentativo, segundo Capez (2011, p. 43):

[...] subsiste a possibilidade de tipificação dos crimes de perigo abstrato em nosso ordenamento legal, como legítima estratégia de defesa do bem jurídico contra agressões em seu estágio ainda embrionário, reprimindo-se a conduta, antes que ela venha a produzir um perigo concreto ou um dano efetivo. Trata-se de cautela reveladora de zelo do Estado em proteger adequadamente certos interesses. Eventuais excessos podem, no entanto, ser corrigidos pela aplicação do princípio da proporcionalidade. Muito embora seja a questão cercada de polêmica, acreditamos serem válidos os crimes de perigo abstrato ou presumido. Isto porque o legislador age conforme a Constituição quando seleciona condutas socialmente perniciosas e potencialmente lesivas, incriminando-as em seus estágios iniciais. Cuida-se de atividade legislativa, decorrente da soberania estatal, que não ofende a dignidade da pessoa humana ou a presunção de não culpabilidade; pelo contrário, trata-se de agir de modo preventivo, antes que a lesão ao bem esteja consumada. Com efeito, a maneira mais eficaz de prevenir o roubo ou o homicídio não é prender o ladrão ou o assassino, algo reconhecidamente necessário, mas evitar que ele saque a arma ou a dispare.

Contudo, apesar do assunto ser pacífico nos Tribunais, considerações desse jaez vêm a questionar, de maneira profunda a possibilidade de inconstitucionalidade deste diploma jurídico penal, tendo em vista que considerável parcela da atual

dogmática jurídica têm levantado críticas subsistentes e grandes divergências à respeito desta tese consolidada pelo Supremo. Diante disso, a seguir será minuciosamente analisado todos os argumentos trazidos com a finalidade precípua de defender a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato.

5.3 Premissas Inconstitucionais: Controvérsias Principlológicas Penais-Constitucionais

Para esta segunda corrente que defende a possibilidade de inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato temos os seguintes doutrinadores de peso: Rogério Greco, Luiz Flávio Gomes, Cezar Roberto Bitencourt, Damásio de Jesus, entre outros.

Tais argumentações traçam uma coerência de raciocínio jurídico com base em princípios penais-constitucionais inobservados, justificando a inconstitucionalidade dos crimes de perigo de abstrato, divergindo, portanto, dos tribunais superiores. De acordo com essa corrente divergente ao entendimento vigente, ao considerar que os crimes de perigo abstrato são constitucionais, vários princípios são violados, tais como: o princípio da lesividade, da intervenção mínima estatal (também conhecido como *ultima ratio*), da culpabilidade, proporcionalidade, princípio da adequação social, da legalidade e tantos outros.

A seguir, passemos a análise de cada um dos princípios inobservados por este instituto jurídico, apontando as controvérsias que direcionam para uma aproximação da inconstitucionalidade do tema a que se refere o presente trabalho.

5.3.1 Inobservância do Princípio da Lesividade

Novos contornos tomam a matéria quando se vislumbra a inobservância ao princípio da lesividade, analisado com mais profundidade no subtópico 3.3 da presente pesquisa, oportunidade em que foi definido como princípio norteador e basilar do direito penal expresso pela máxima “*Nullum crimen sine iniuria*” – Não há crime sem lesão efetiva.

Ora, se para o bem jurídico ser alcançado pelo amparo do direito penal, é necessário que o mesmo sofra uma lesão, sendo efetivamente ofendido, é nítido a percepção de um primeiro equívoco do legislador em tipificar o crime de perigo abstrato no âmbito penal, haja vista que este instituto, afasta o resultado da conduta,

ou seja, dispensa a lesão, bem como a ofensa ao bem jurídico penalmente tutelado. Pelo até aqui exposto, pelas próprias características vislumbradas verifica-se a incongruência neste primeiro princípio, onde a configuração do resultado/ofensa ao bem jurídico é imprescindível no âmbito penal, porém, não resta configurada, nem ao menos deve ser comprovada nessa espécie de crime.

Diante dessa premissa, Bitencourt categoricamente afirma que uma das facetas deste princípio (da ofensividade/lesividade) é proibir a tipificação penal de condutas desviadas, ou seja, que não ofendam, ou ponham em risco qualquer bem jurídico, e vejamos, o legislador agiu de forma diversa a este preceito penal.

Rogério Greco, à luz dos ensinamentos do Professor Luiz Flávio Gomes (2016, p. 79), trouxe a seguinte lição:

Segundo Luiz Flávio Gomes, todos os tipos penais que preveem delitos de perigo abstrato não sustentariam. No mesmo sentido, adverte Mariano Silvestroni que os delitos de perigo abstrato não podem ser admitidos em um direito penal baseado no princípio da lesividade.

Seguindo este mesmo raciocínio, Fernando Capez publicou um artigo científico aduzindo que: “Não há dúvida de que um fato para ser típico necessita produzir um resultado jurídico, qual seja, uma lesão ao bem jurídico tutelado. Sem isso não há ofensividade, e sem esta não existe crime.”

A necessária lesividade deverá ser comprovada, a fim de que se tenha, de fato, uma proteção racional a determinados bens. Afora estes, não sendo presente uma lesividade a um dado bem jurídico, inexistirá a possibilidade de sanção por parte do Estado.

Trazendo a teoria para a prática, é possível observar alguns julgados que melhor exemplificam a incongruência do tema em tela, senão vejamos:

RHC-99.449/MG – PORTE ILEGAL DE ARMA SEM MUNIÇÃO – Fato atípico – Falta de ofensividade – Atipicidade reconhecida – Absolvição – HC concedido para esse fim – Inteligência do art. 10 da Lei 9.437/97 (transcrições). Acórdão publicado no DJE de 12.02.2010.

Quanto ao fato trazido nesta jurisprudência, é possível depreender que o porte ilegal de armas sem munição não traz risco algum a sociedade, sendo incapaz de produzir qualquer resultado que ofenda ou ponha em risco a vida de uma pessoa. Portanto, se não há ofensa ao bem jurídico, não merece ser alcançado pela tutela penal, nem mesmo ter por configurado o crime de perigo abstrato, considerando inclusive que o Direito penal se caracteriza pela *ultima ratio*.

Complemento do que se virá a ter como princípio da intervenção mínima, a necessária lesividade deverá ser comprovada, a fim de que se tenha, de fato, uma proteção racional a determinados bens. Afora estes, não sendo presente uma lesividade a um dado bem jurídico, inexistirá a possibilidade de sanção por parte do Estado.

5.3.2 Inobservância do Princípio da Intervenção Mínima

Trazendo à tona o princípio da intervenção mínima do Estado, também conhecido como *ultima ratio* retro mencionado, importante frisar que o Estado irá salvaguardar dentro da tutela penal apenas os valores e bens jurídicos significativos e socialmente relevantes. Isso significa que o direito penal não deverá se ater a questões que poderão, *a priori*, serem solucionadas e tuteladas por outros ramos do direito. É por este motivo que o direito penal deve ser invocado apenas quando outros ramos do direito não forem capazes de dirimir determinadas lides.

Portanto, os bem jurídicos que são afetados por danos significativos, como a ofensa a vida, a liberdade de locomoção, à integridade psíquica e física, dentre outros, estão amparados pela tutela penal, pois sofreram ou estão na iminência de sofrer (em caso de ameaça), lesão, ou seja, resultado danoso ao bem jurídico de terceiro.

Comparando este preceito valorativo aos crimes de perigo abstrato, facilmente podemos perceber que nesse caso, não faz sentido invocar o direito penal, haja vista que nem se quer houve produção de um resultado capaz de ofender um bem. Sendo assim, o Estado estaria sendo invocado para sancionar um agente que nem se quer causou uma efetiva lesão ao bem jurídico, muito menos o pôs em risco, o que acaba por descumprir mais uma vez o princípio que preconiza a intervenção mínima estatal. O Estado deve ser chamado para sancionar as condutas que efetivamente produzam um dano, ou ponham a sociedade em risco, condutas estas que de fato possuem relevância para o direito penal, merecendo portanto, uma maior atenção por parte do mesmo.

Enquanto o Estado Garantidor deveria agir com eficiência nos casos que de fato importam uma relevância social, muitas vezes se ocupa desnecessariamente com condutas que dispensam o resultado naturalístico danoso, sendo que esta conduta poderia ser solucionada por outras esferas do direito, que não a penal, já que esta se configura por ser a *última ratio*, como pôde ser analisado anteriormente. Nesse

sentido, deve o Estado voltar a sua atenção para condutas que, pelo seu grau de complexidade, merecem o alcance das normas penais e o agir sancionatório Estatal.

O que se defende no presente trabalho não é a impunidade, nem mesmo o desaparecimento dos crimes de perigo abstrato da ordem jurídica brasileira, mas sim que esta conduta seja regulamentada e inserida em outro ramo do direito que não o penal, pois este, como já exposto anteriormente, é a *ultima ratio*, tendo por espécie deste princípio a subsidiariedade que consiste na limitação da atuação das normas abarcadas pelo Direito Penal destinadas aos casos em que os demais ramos do Direito não conseguiram solucionar o conflito.

Partindo do valor axiológico deste princípio, Roxin reforça a subsidiariedade do direito penal destacando que:

A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema - como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais etc. Por isso se denomina a pena como a 'ultima ratio da política social' e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos. (ROXIN, 2011, P. 48)

É nesse sentido que o doutrinador Rogério Greco pontua sobre a mínima intervenção estatal (2016, p. 62/63):

Em um enfoque minimalista, característico do princípio da intervenção mínima, a finalidade do direito penal é proteger os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade. Partindo dessa visão, somente os bens de maior relevo é que merecerão a atenção do legislador penal que, a fim de protegê-los, deverá criar os tipos penais incriminadores, proibindo ou determinando a prática de comportamentos, sob a ameaça de uma sanção.

5.3.3 Inobservância do Princípio da Presunção da Inocência

Superada a análise dos contrapontos do instituto penal em tela no que tange aos princípios da lesividade e da intervenção mínima estatal, passemos para a análise da inobservância deste mesmo fenômeno penal quanto ao princípio da presunção de inocência. Este princípio por sua vez possui previsão constitucional expressa no artigo 5º, LVII da CRFB onde proclama que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Tendo por base preceito de norma constitucional, preconizando que o agente infrator não poderá ter a sua culpa presumida, até que se prove o contrário através de

uma sentença penal que o condene e que esta sentença tenha transitado em julgado, questiona-se: É razoável imputar culpa ao agente responsável pela suposta prática de um crime de perigo abstrato, em que tal agente não pôs qualquer cidadão em risco, nem mesmo ofendeu/lesionou determinado bem jurídico, apenas porque há uma presunção legal que aquela conduta poderia oferecer risco (ainda que não comprovado)? A resposta para esta simplória indagação reflexiva, nos faz chegar à conclusão que a imputação de culpa neste caso seria de plano desarrazoável justamente por violar o princípio da presunção de inocência do agente.

De acordo com texto científico publicado em periódico eletrônico disponibilizado na plataforma online 'Conteúdo Jurídico', Hugo Lacerda, autor do texto '*Possibilidade de inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato*', defende que:

[...] haverá um afronte ao princípio do estado de inocência, pois o indivíduo ao realizar certas condutas, de acordo com o tipo formal descrito, já passa a ser considerado culpado, onde a sua culpa só poderia ser definitivamente comprovada após o trânsito em julgado.

Essa inversão dos valores principiológicos tem causado uma grave agressão as normas constitucionais e penais. Em se tratando dos crimes de perigo abstrato, percebe-se uma grave transgressão ao princípio da presunção da inocência, sendo que, o que tem sido utilizado é exatamente o oposto, ou seja, a "presunção de culpa" do infrator, sem qualquer embasamento jurídico, ocasionando uma ofensa ostensiva aos princípios e normas.

5.3.4 Inobservância do Princípio da Culpabilidade

No que se refere ao princípio da culpabilidade, este apregoa que não existe crime sem culpa. O elemento subjetivo dolo ou culpa está presente na grande maioria dos tipos penais, sendo, portanto essencial. Se não há dolo ou culpa, não há que se falar em crime, e com base nesse consenso inexistente culpabilidade nos crimes de perigo abstrato, pois para aferir a configuração de um crime, é necessário que o fato seja típico, antijurídico e culpável. Este terceiro elemento se demonstra ausente nos crimes de perigo abstratos.

Reforçando a reprovabilidade do legislador penal em permitir que este "crime" permaneça sob o âmbito da tutela penal, a autora Ana Carolina Paiva de Sá ao publicar seu artigo 'Crime de perigo abstrato: uma análise de sua legalidade e

constitucionalidade à luz do princípio da culpabilidade' no Portal e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento, trouxe as seguintes ponderações:

Crimes de perigo abstrato conjeturam a criação de um perigo pelo autor da conduta, ou seja, o agente é punido pela simples desobediência da lei, mesmo que não se comprove existência de lesão (ou mesmo de ameaça de lesão) ao bem tutelado, de qualquer consequência juridicamente relevante. Esta presunção de perigo e a tipificação vaga do crime deixam dúvidas e é alvo de críticas em relação à sua constitucionalidade, o que ocorre também como a dos crimes de perigo abstrato. Tal presunção fere vários princípios constitucionais. Além do mais não respeitam a composição basilar do tipo penal e de ser declaração de técnica legislativa altamente reprovável, ainda mais quando garantias fundamentais do cidadão são desrespeitadas. Uma vez que crimes de perigo abstrato não contem em suas descrições a devida exposição do comportamento a ser acoimada. As condutas previstas, porquanto não se exige uma seqüela normativa, presumem o restante da conduta, fechando os olhos para arbitrariedades por parte daqueles que aplicam a lei, e de acordo com a seletividade causam, inclusive, prejuízo ao réu.

5.3.5 Inobservância do Princípio da Proporcionalidade

Sob a ótica de outro princípio, qual seja, da proporcionalidade, verifica-se mais uma incoerência do legislador ao criar esse tipo penal em estudo, inobservando tal diploma valorativo.

O princípio da proporcionalidade, também já devidamente conceituado no item 3.7 do presente estudo, revela a necessidade de uma justa aplicação da pena ao delito cometido. Entre essas duas variáveis deve existir um liame entre esses extremos, qual seja, a proporcionalidade. Isso implica dizer que a pena aplicada ao infrator deve ser no mínimo proporcional/razoável à infração cometida por ele.

A autora Ana Carolina Paiva, na descrição de seu texto acima referenciado, à respeito da proporcionalidade nos crimes de perigo abstrato, pontua que:

Sanção penal somente deve existir quando da efetiva lesão ou ameaça dessa lesão a um bem jurídico. Prever perigo prescinde de uma iminência de prejuízo, castigando o sujeito que não ofendeu qualquer tutela jurídica. Então, a proporcionalidade não é respeitada na medida em que não há lesão ou ameaça de lesão e há aplicação de pena. Ora, não havendo que se falar em pena, muito menos se pode falar em uma punição proporcional ao bem jurídico. Punição proporcional é punição de acordo com o que se feriu, na medida em que se feriu e nesse caso não houve feridas a qualquer bem juridicamente tutelado. (GRIFO NOSSO)

Cabe tecer breves comentários à respeito do transcrito acima, em razão da coerência que se preza no texto, isto porque o ponto crucial que se questiona nos crimes de perigo abstrato é a inexistência de lesão, o que nos leva ao raciocínio de

que, não havendo lesão, não há que se falar em culpa, e sem o elemento culpa, não há que se falar em pena, muito menos em proporcionalidade da pena. Seria ilógico, ou melhor, desproporcional, aplicar punição para um sujeito que não ofendeu qualquer bem tutelado.

Hugo Lacerda, em seu artigo ‘Possibilidade de inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato’, também argumenta sobre a inobservância ao princípio em voga, senão vejamos:

[...] o crime de perigo abstrato pune o agente sem que este não tenha ofendido bem jurídico algum. Neste caso, não deveria se falar em pena, ainda mais em uma punição desproporcional a conduta do agente, pois nestes crimes não se comprova a medida do perigo ao bem jurídico.

5.3.6 Inobservância do Princípio Legalidade

Não menos importante, vale considerar outro argumento trazido pelos juristas que defendem a inconstitucionalidade destes crimes, vistos como uma afronta ao sistema democrático proposto pelo constituinte de 88, qual seja, à ofensa ao princípio da legalidade. Encontrado também em outros ramos do direito, este princípio constitucional traduz o seguinte preceito expresso no artigo 5º, II da CRFB:

“Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. No inciso XXXIX do mesmo dispositivo legal enuncia que “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

A partir desse conceito é possível compreender que toda conduta para ser considerada como criminosa, deve antes vir regulamentada/definida por lei. Com isso, a própria definição de crime deve ser atribuído pela lei, assim como foi feito no artigo 13 do Código Penal, vejamos: “Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.” (Grifo Nosso).

Em observância ao princípio da legalidade, o código penal definiu no artigo acima citado que para existir crime, é necessário a ocorrência do resultado. Trazendo esse conceito para a esfera dos crimes de perigo abstrato, percebe-se que este, por não ensejar qualquer resultado ofensivo, descumpra não apenas o princípio da lesividade, já estudado, como também o princípio da legalidade, por contrariar dispositivo de lei.

Significativa é a confirmação de Lacerda sobre o tema em análise, em seu artigo:

De certa forma há um desrespeito ao princípio da legalidade, pois não apresenta discriminação clara e minuciosa da conduta punível, abrindo-se espaço para aplicações e interpretações arbitrárias à lei, podendo causar, muitas vezes, prejuízos ao réu, sendo essa conduta inaceitável para o direito penal.

Luís Flavio Gomes (1994, p.78.) também transmitiu seus conhecimentos à luz do princípio da legalidade aduzindo que:

A definição de crime deve ser dada pela lei. E nossa lei (código penal, art. 13) estabeleceu que não há crime sem resultado, que é lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Entendido esse resultado em sentido material (consoante doutrina do bem jurídico), é sempre necessária a injúria (da lesão ou potencialidade lesiva). A presunção legal dessa lesão ou do perigo de lesão, nesse diapasão, viola o princípio da legalidade, e, em consequência, a Constituição, que elevou tal princípio à categoria de norma constitucional. (Grifo Nosso)

A própria presunção do resultado pelo legislador penal traduz significado diverso ao princípio da legalidade, pois o resultado bem como o dano é presumido pelo legislador, e não há uma definição clara da conduta punível, a conduta é prevista de maneira incompleta, o que acaba por expandir possíveis arbitrariedades por parte do órgão julgador, podendo trazer prejuízo ao réu.

Damásio de Jesus levanta outra crítica nesse mesmo sentido à cerca do tema:

Esse delito viola o princípio da legalidade, pois faz depender o crime de lei que o define. E delito é, em princípio, um fato típico, que tem na conduta seu primeiro requisito. De modo que o sujeito responde pelo fato cometido, não podendo o legislador estender, mediante presunção, a responsabilidade à parte do tipo não concretizada. Significa que o autor não realiza o tipo por inteiro, uma vez que parte dele é presumida pelo legislador.

Diante das posições doutrinárias acima demonstradas, não restam dúvidas quanto à efetiva ofensa ao princípio constitucional da legalidade.

Por derradeiro, é válido salutar que a criação desenfreada por parte do legislador penal, de tipos genéricos enquadrando-os como crimes de perigo abstrato, traz uma afronta a ordem penal-constitucional brasileira, tendo em vista que, como demonstrado na presente pesquisa, várias premissas prevista na Lei maior são violadas. O que se verifica in concreto é esta flagrante contradição do tipo penal aos princípios basilares do ordenamento jurídico. Conforme alude Diego Romero em seu artigo jurídico, tal ato representa:

[...] exacerbada preocupação preventcionista do direito criminal da sociedade contemporânea, que quer antecipar a punição de condutas, com o fim de prevenir perturbações e garantir segurança, usando, para isso, o recurso do simbolismo da lei penal e da intimidação dos cidadãos com o estigma da

punição criminal.

É certo que, não apenas o direito penal, mas toda e qualquer lei infraconstitucional deve guardar compatibilidade e obediência aos valores fundamentais previstos na Constituição Federal. Do contrário, configurará afronta aos ditames normativos constitucionais, sendo passíveis inclusive de ADIN.

6 CONCLUSÃO

Através da hermenêutica à luz dos princípios constitucionais-penais, no que tange aos crimes de perigo abstrato, a posição que se mostra mais coerente e em consonância com a Carta Magna, é a que diz respeito a inconstitucionalidade do tipo penal em espécie, pois a criação desenfreada pelo legislador de tipos penais que se enquadram nessa conduta tida como criminosa, viola diretamente os princípios norteadores do direito, constituindo verdadeira afronta ao Estado Democrático, como explicita o capítulo 5.3 do presente trabalho. Além disso, o direito penal nos informa que os crimes de perigo devem ocasionar efetivo perigo (perigo concreto) bem como demonstrar de forma contundente a lesão ou sua iminência, fatos estes que se mostram ausentes no tipo em análise.

Entretanto, afirmar de plano que são inconstitucionais pode ser um tanto quanto precipitado, tendo em vista a posição favorável do Supremo quanto à constitucionalidade dos mesmos, além disso, alguns dos crimes vigentes à ordem penal anterior foram recepcionados pela nossa constituição, introduzidos na atual ordem já com a característica que se encontravam: classificados como crimes de perigo abstrato.

Diante de todo contexto histórico explicitado nos primeiros capítulos, foi possível depreender que o objetivo precípuo do direito penal se manteve estático, no sentido de sempre punir o agente pelo ato cometido e não pela presunção de perigo que a conduta do mesmo poderia produzir, como é feito hoje.

Os argumentos trazidos pela corrente que defende a inconstitucionalidade desses crimes, demonstram de forma coerente a falibilidade de se sustentar no direito penal a aplicação dos crimes de perigo abstrato diante da ilógica ideia de presunção ilegítima de que o bem jurídico bem será atingido. Adotando esse referencial, o legislador amplia de forma excessiva as figuras criminosas, não estando de acordo com os ideais do legislador constituinte.

Quanto à essas novas criações do legislador penal em subsumir novas condutas gerais e abstratas aos crimes de perigo abstrato de forma desenfreada, mostra-se em total desacordo com a atual Constituição, sendo verdadeira afronta aos princípios nela contidos, como já demonstrado. Portanto, uma solução plausível e viável para dirimir esse impasse, seria alocar tais condutas tidas como 'criminosas', classificadas como crimes de perigo abstrato, em outras cearas do direito, que não a penal. Assim, as

condutas continuariam sendo reprimidas, entretanto, por outro ramo do direito diverso do penal, já que este deve ser última alternativa a ser invocada e não a primeira, como costumeiramente tem feito o legislador.

Realizada as devidas ponderações, frisa-se ainda que a ideia de punir tudo e todos encontram limitações nos ditames legais bem como nos princípios constitucionais, estes devem ser inteiramente observados, devendo não só a legislação penal, mas também toda as demais legislações infraconstitucionais, guardar compatibilidade e obediência à lei maior, sob o risco de propagar um absolutismo estatal, em meio a democracia.

Portanto, buscou-se no presente trabalho, apontar as controvérsias quanto a problemática da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, e feita as devidas análises ficou clarividente que os crimes de perigo abstrato podem guardar compatibilidade com a Constituição Federal, desde que observe os ditames principiológicos a partir do deslocamento desses tipos penais para outra ceara do direito.

REFERÊNCIAS

- BECCARIA, Cessare. *Dos Delitos e das Penas*. 1. ed. – São Paulo: Hunter Books, 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, volume 1: parte geral. 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.
- BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro (CTB)**. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro. Presidência da República. Casa Civil. Brasília: 1997.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: legislação penal especial**; 3 ed. – São Paulo, 2012.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. Volume 1. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- COSTA, Jose Francisco de Faria. **O Perigo em Direito Penal**. Coimbra Editora. 1992.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. 1. ed. Salvador (BA). Editora Juspodivm, 2017.
- ESTEFAM, A.; LENZA, P.; GONCALVES, V. E. R. **Direito Penal Esquemático. Parte Geral**. 4ª Edição. Editora Saraiva, 2015.
- GOMES. Luís Flávio. A questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Rio de Janeiro: n. 8. RT. out – dez. 1994
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. 13 edição, Volume II. Niterói/RJ. Editora Impetus, 2016.
- JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. Volume I: parte geral. 28 ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007
- JESUS, Damásio. **Crimes de perigo abstrato e o STF**. Disponível em: http://www.damasio.com.br/concursos_e_servicos/informativo_phoenix.aspx Acesso em: 11 set. 2018
- LACERDA, Hugo Jonathan de Siqueira. **Possibilidade de inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.58478&seo=1>>. Acesso em: 06 set. 2018.
- MASSON, Cléber Rogério. **Direito Penal Esquemático – Parte Geral**. v. 1. 8. ed. São Paulo: Método, 2014.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal - Parte Geral**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: 3 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. **Crimes de perigo abstrato**. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br> Acesso em 11 set. 2018

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13 edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ROMERO, Diego. **Reflexões sobre os Crimes de Perigo Abstrato**. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4633 Acesso em: 11 set. 2018

ROXIN, Claus. **Derecho Penal – parte general**. apud GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Impetus: Rio de Janeiro, 2011.

SÁ, Ana Carolina de Paiva. **Crime de perigo abstrato: uma análise de sua legalidade e constitucionalidade à luz do princípio da culpabilidade**. Portal de e-governo, inclusão digital e sociedade do conhecimento. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/crime-de-perigo-abstrato-uma-analise-de-sua-legalidade-e-constitucionalidade-a-luz-do-princ> Acesso em: 05 set. 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Moderna Teoria do Fato Punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.