

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

Fernando Oliva Palma

LIMITES CONSTITUCIONAIS AOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Porto Alegre
2011

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO

Fernando Oliva Palma

LIMITES CONSTITUCIONAIS AOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Monografia apresentada no curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik

Porto Alegre
2011

FERNANDO OLIVA PALMA

LIMITES CONSTITUCIONAIS AOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Monografia apresentada no curso de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em _____ de _____ de 2011.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Danilo Knijnik
Orientador
Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

Prof. Dr. Marcus Vinícius Aguiar Macedo
Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

Prof. Dr. Odone Sanguiné
Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

*Aos meus avós maternos,
admiradores do Direito e,
com muito gosto, meus
maiores incentivadores.*

RESUMO

O presente trabalho tem o condão de analisar a legitimidade dos crimes de perigo abstrato no Estado Democrático de Direito vigente, partindo de um exame conjuntural da sua origem para bem compreender o seu conceito e, posteriormente, relacionando-o com os preceitos fundamentais da forma de Estado atual. Demonstrar-se-á que é possível a cominação de penas a condutas que criem situações de perigo aparentemente inofensivas, desde que observados os limites impostos à aplicação do Direito Penal. Verificar-se-á, no entanto, que em alguns casos os tipos penais de perigo abstrato não atendem às condições necessárias de incriminação do ato praticado, sendo ilegítima a condenação do agente.

Palavras-chave: Crimes de Perigo Abstrato. Limites Constitucionais. Legitimidade.

ABSTRACT

The present work has the objective of analyzing the legitimacy of crimes of abstract danger in the Democratic State of Law in force, starting from a conjunctural examination of their origin to better understand its concept and, posteriorly, relating it to the fundamental precepts of the current form of state. It shall be demonstrated that it is possible to impose a punishment to conducts that create situations of danger seemingly harmless, since within the limits imposed on the application of the Criminal Law. It shall be verified, however, that in some cases the criminal types of abstract danger do not meet the necessary conditions of incrimination of an act committed, so that the condemnation of the agent is illegitimate.

Keywords: Crimes of Abstract Danger. Constitutional Limits. Legitimacy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. CRIMES DE PERIGO	10
1.1 O risco na sociedade contemporânea	10
1.2 O Direito Penal como instrumento de contenção de riscos	12
1.3 O perigo no Direito Penal	15
1.4 Crimes de perigo	21
1.4.1 Noções gerais	21
1.4.2 Crimes de perigo concreto	25
1.4.3 Crimes de perigo abstrato	27
2 LIMITES CONSTITUCIONAIS AOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO	33
2.1 Da função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito	33
2.2 Do bem jurídico penalmente relevante	35
2.3 Relação entre os crimes de perigo abstrato e os princípios norteadores do Direito Penal	42
2.3.1 Princípio da ofensividade	42
2.3.2 Princípio da intervenção penal mínima, da fragmentariedade e da subsidiariedade	45
2.3.3 Princípio da proporcionalidade	48
2.3.4 Princípio da culpabilidade	52
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	57

INTRODUÇÃO

O Direito é uma ciência que está em constante adaptação às modificações experimentadas pela sociedade. Os valores eleitos pelos membros de uma comunidade como essenciais à sua estrutura influenciam diretamente na maneira como as normas e os dogmas do Direito serão construídos e desenvolvidos – sempre com vistas à garantia dos valores fundamentais à sociedade. Algumas vezes, todavia, as inovações jurídicas surgidas como resposta aos anseios sociais acabam por apresentar certo descompasso com a ordem jurídico-social vigente, de tal forma que devem ser cuidadosamente avaliadas para que a sua utilização seja legítima.

O escopo central do presente trabalho é analisar a legitimidade de uma espécie delitiva relativamente recente na história do Direito, criada com a finalidade de conter os diversos riscos inerentes ao sistema capitalista - os crimes de perigo abstrato. Assim, buscaremos contextualizar a sua origem para, em momento posterior, delinear a maneira como devem ser utilizados para que não afrontem os preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito e do Direito Penal vigente.

Para que possível uma plena compreensão acerca do conceito dos crimes de perigo – em especial o abstrato -, o primeiro capítulo do trabalho enfatizará o surgimento do risco numa dimensão até então desconhecida pela sociedade. As contínuas inovações tecnológicas estimuladas pelo modo de produção capitalista trouxeram aos indivíduos uma situação de incerteza quanto aos seus resultados, o que gerou grande preocupação na sociedade. A sensação de insegurança e vulnerabilidade do ser humano o levou a recorrer ao Direito Penal como mecanismo de contenção desses novos riscos.

Com o intuito de punir condutas que se verificassem arriscadas a bens jurídicos fundamentais à sociedade, o Direito Penal passou a incorporar em suas normas e em sua dogmática a noção de perigo. Num segundo momento do trabalho, então, buscaremos identificar o real sentido do perigo na esfera criminal, de modo a garantir a sua inserção nas normas de maneira lógica e racional.

Através de uma justificada inserção do perigo nos tipos delitivos, conferiu-se ao legislador a possibilidade de punir condutas sem que fosse necessário aguardar

o momento de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma. A mera colocação de um bem-interesse jurídico em perigo de lesão tornou-se suficiente para motivar a incidência da norma nas situações em que esta medida se via necessária. Os tipos penais de perigo, então, passaram a ter extrema relevância dentro da seara criminal.

Num momento posterior, pretendemos identificar as espécies de crime de perigo presentes no nosso ordenamento e traçar as suas principais características, apontando as divergências doutrinárias existentes no que diz respeito aos seus conceitos. Assim, faremos uma breve análise sobre a noção de perigo nos tipos penais de perigo concreto e nos tipos penais de perigo abstrato, comparando-as quando pertinente.

No segundo capítulo, iniciaremos fazendo uma abordagem sobre a função Direito Penal no Estado Democrático de Direito, destacando o papel da dignidade da pessoa humana na legitimação desse ramo do Direito. Logo após, procuraremos definir quais bens jurídicos gozam de proteção penal, delimitando o campo de incidência das normas penais, e, conseqüentemente, dos tipos penais de perigo abstrato.

Por fim, ao final do segundo capítulo, explicaremos os fundamentos dos principais princípios que norteiam e limitam o Direito Penal hoje em dia, a saber: princípio da ofensividade, princípio da intervenção penal mínima, princípio da fragmentariedade, princípio da subsidiariedade, princípio da proporcionalidade e princípio da culpabilidade. Far-se-á, ainda, uma estrita relação entre os referidos princípios e os crimes de perigo abstrato, demonstrando-se, com o auxílio de decisões sobre o tema, os limites que tais delitos devem respeitar para que atendam às diretrizes principiológicas.

1. CRIMES DE PERIGO

1.1 O risco na sociedade contemporânea

Para a Sociologia, a sociedade é o conjunto de pessoas que compartilham propósitos, gostos, preocupações e costumes, interagindo entre si de modo a buscar um objetivo comum. Dessa forma, possuem necessidades mútuas, as quais serão, ou não, supridas de acordo com a capacidade dos meios de que dispõem para tanto. É nessa relação entre necessidades e possibilidade de satisfazê-las que se identificam os valores que permeiam uma sociedade, hierarquicamente organizados de acordo com a prioridade dos objetivos que se têm em meta.

Os valores contemplados por uma sociedade são variáveis tanto no espaço como tempo. Sendo assim, diferentes sociedades podem comportar diferentes valores, da mesma maneira como uma mesma sociedade pode, com o passar dos anos, acabar por ter os seus valores precípuos alterados. Dentro desse espectro axiológico é que o modo como uma sociedade se organiza será determinado. O compartilhamento de interesses e preocupações mútuas sobre um objetivo comum por parte dos seus membros obriga-os a se constituir de maneira tal que consigam viabilizar o alcance deste mesmo objetivo.

A sociedade capitalista atual, pautada pela busca desenfreada por lucro, teve como marco histórico inicial a Revolução Industrial datada de meados do século XVIII. A substituição de ferramentas manuais por máquinas, da energia humana pela energia motriz e do modo de produção doméstico pelo sistema fabril teve grande impacto sobre a estrutura da sociedade, dando início a uma nova era de evolução científica e tecnológica.

O modelo econômico capitalista, caracterizado pela livre concorrência mercadológica, obriga os agentes produtores a ir atrás de inovações tecnológicas que permitam cada vez mais aumentar a produção e a distribuição de insumos, de modo que assim consigam garantir o sucesso do seu meio produtivo em relação ao de seus concorrentes. Sendo assim, os agentes produtores que movem a economia

atual têm como alvo principal o desenvolvimento de técnicas que permitam majorar a sua produção e, ao mesmo tempo, diminuir os gastos dela provenientes.¹

A constante procura por técnicas mais modernas, amparada pelo esforço da ciência em promover o desenvolvimento tecnológico através das mais variadas pesquisas, acaba por trazer, inevitavelmente, efeitos absolutamente desconhecidos quando da utilização desses meios inovadores. Dessa maneira, a mesma ciência que se encarrega de aprimoramento tecnológico, essência do modo de produção capitalista, não consegue com a mesma eficiência dar um preciso parecer acerca das possíveis consequências decorrentes das suas inovações, o que causa uma sensação de enorme insegurança e incerteza na sociedade.

É justamente este impacto social causado pela imprevisibilidade dos efeitos oriundos do avanço das atividades humanas que vai dar azo à denominação da sociedade atual como uma “*sociedade de riscos*”². Uma sociedade de riscos, importante dizer, caracterizada não pelo aparecimento do risco no âmbito das relações humanas, mas sim pela nova dimensão que esse risco - já presente nas mais primitivas sociedades - vai se manifestar, se comparado a períodos remotos.

De fato, o que ocorre é que com o surgimento do novo modo de produção econômica e diante das incertezas dos efeitos resultantes das novas técnicas desenvolvidas, o risco deixa de ser considerado um dado meramente periférico da organização da sociedade e passa a constituir o núcleo, a essência da atividade social.³

Anthony Giddens, sociólogo britânico contemporâneo de reconhecidas obras no ramo da sociologia, bem definiu a concepção da sociedade atual:

A modernidade, como qualquer um que vive no final do século XX pode ver, é um fenômeno de dois gumes. O desenvolvimento das instituições sociais modernas e sua difusão em escala mundial criaram oportunidades bem maiores para os seres humanos gozarem de uma existência segura e gratificante que qualquer tipo

¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 35.

² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, passim.

³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 36

de sistema pré-moderno. Mas a modernidade tem também um lado sombrio, que se tornou muito aparente no século atual.⁴

O lado sombrio a que Giddens faz referência diz respeito exatamente a essa nova dimensão do risco acima mencionada, caracterizada pela insegurança e incerteza inerentes ao constante desenvolvimento científico típico do período pós-industrial.

A Revolução Industrial, portanto, trouxe uma profunda modificação na sociedade não apenas no que diz respeito à estrutura do seu modo de produção, mas também, e não menos importante, no que se refere aos meios criadores de risco a valores adotados pela comunidade como fundamentais. As situações de risco na sociedade deixam de se limitar a fatores a ela externos, como fenômenos naturais, propagação de doenças e guerras⁵, e passam a abranger também fatores internos, decorrentes de atividades realizadas pelas próprias pessoas, as quais, paradoxalmente, não são capazes de prever as consequências de tais atividades.

1.2 O Direito Penal como instrumento de contenção de riscos

O desenvolvimento tecnológico experimentado pela humanidade ao longo das últimas décadas tem sido concomitantemente louvado, em virtude progresso científico e econômico que representa, e temido, pela magnitude das consequências constatadas com o tempo. A extrema dificuldade de se estabelecer precisamente os resultados gerados por cada atividade inovadora é uma das maiores dificuldades surgidas com a sua constante evolução.

⁴ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991. p. 12-13.

⁵ Conforme referiu José Francisco de Faria Costa: “partindo da óptica que temos vindo a seguir, não será ousado afirmar que o perigo que se desenvolvia nas comunidades humanas até a 1ª Revolução Industrial tinha características muito próprias. Em termos extraordinariamente simples e redutores poderá dizer-se que ele era sentido pela consciência ética comunitária e experienciado por cada um dos seus membros como algo externo à própria comunidade. O perigo vinha sempre de fora, perfilava-se como uma realidade baseada na heteronomia do poder externo. O perigo ou vinha dos hostes, ou era desencadeado pelas forças da natureza.” Ver FARIA COSTA, José Francisco de. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 321.

No entanto, à medida que o risco passa a ser resultado direto de fatores internos à sociedade – somando-se, assim, às situações de risco geradas por fatores a ela exteriores -, há a possibilidade de controlar as atuações perigosas através de medidas de restrição, mecanismos capazes de gerir o risco. Dessa maneira, diferentemente do que ocorre com fatores externos, sob os quais não se tem poder de controle e interferência, o risco decorrente de fatores internos é passível de prevenção mediante atuação do homem.

Episódios marcantes como a contaminação de milhares de pessoas em razão de problemas ocorridos na fábrica de Union Carbide, na Índia, em 1984, bem como em virtude da explosão da usina nuclear em Chernobyl, em 1986, levou a sociedade a perceber que era preciso buscar um meio eficiente para evitar condutas capazes de pôr em risco bens e interesses fundamentais da vida em comum.⁶

Outra particularidade que instigou a sociedade a clamar por um mecanismo gestor dos riscos foi a percepção de que os seus efeitos passavam a se estender a todas as pessoas e lugares, e não somente a determinada localidade ou camada social.⁷ Em virtude disso, até mesmo os agentes produtores do risco passaram a ser atingidos pelas suas consequências⁸, o que colocou a sociedade em estado de alerta.

Em suma, a característica essencialmente antropocêntrica⁹ dos riscos na sociedade atual levou o homem a perceber que se poderia eliminá-lo, ou, ao menos, reduzi-lo consideravelmente pela proibição de condutas arriscadas.

⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 38.

⁷ Até por volta dos anos 70, o produtor de riscos adotava medidas de proteção própria, deslocando-se para regiões não atingidas pelos seus efeitos. Exemplo disto era a construção de indústrias em locais afastados das residências dos seus produtores, classe mais abastada da sociedade. Ver BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 41.

⁸ Ulrich Beck, sociólogo alemão, utilizava-se do termo “efeito bumerangue” para fazer referência das consequências das atividades de risco quando suportadas pelos seus próprios produtores. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós, 1998 apud BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 41.

⁹ A noção dos riscos na sociedade contemporânea como figura antropocêntrica advém da sua intensa produção pela conduta do homem, que acaba sendo tanto o seu agente como a sua vítima. Ver BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 88.

É nesse contexto que se vai recorrer ao Direito Penal para reprimir os comportamentos potencialmente danosos, antecipando a incidência da norma penal para antes da ocorrência do resultado, como forma de evitá-lo. Surgem tipos penais, então, que dispensam a necessidade de efetiva lesão do bem jurídico para a configuração do crime, adotando o perigo como um de seus elementos fundamentais. Substitui-se o prejuízo concreto pela probabilidade de afetação de bens e interesses. É o início do chamado Direito Penal de Riscos.

Importante ressaltar a insuficiência dos outros ramos do Direito para a contenção dos riscos, como, por exemplo, o Direito Civil e o Direito Administrativo. O primeiro, em que pese disponha de instrumentos que, por vezes, consiga alcançar a reparação do dano já efetivado, não é capaz de evitar a sua ocorrência, porquanto carece de medidas inibitórias e preventivas eficientes. O Direito Administrativo, por sua vez, além de ser prejudicado pela ausência de uma estrutura adequada do Estado para identificar condutas ilícitas, possui uma baixa capacidade de intimidação, porquanto os meios inibitórios de que dispõe constituem-se basicamente de sanções pecuniárias.

A necessidade de contenção dos riscos, no entanto, passa a ser contrabalanceada pelo argumento de que a sua exterminação acarretará o falecimento do sistema capitalista. Surgem, assim, algumas incertezas no tocante ao campo de abrangência das normas que visam a limitar os riscos, o que é um reflexo direto do paradoxo existente no setor econômico da sociedade. Se, por um lado, deve-se punir condutas que coloquem em risco bens jurídicos fundamentais, por outro lado não se pode banir toda e qualquer atividade aparentemente produtora de risco, sob pena de engessamento do sistema. Daí a grande dificuldade de estabelecer critérios, parâmetros e definições dogmáticas precisas nesse novo campo de atuação do Direito Penal. Foi o que percebeu Pierpaolo Cruz Bottini, como demonstra no seguinte excerto:

A falta de clareza na redação dos tipos penais, o largo emprego de normas abertas ou em branco, a fluidez dos bens jurídicos protegidos decorre, em última instância, do paradoxo do risco, pois, ao mesmo tempo em que desejamos sua supressão, dependemos dele para a manutenção da estrutura econômica e social atual.¹⁰

¹⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 93.

O legislador vai, portanto, priorizar a criação de tipos penais genéricos e indeterminados, passíveis de uma maior flexibilidade no seu preenchimento. Isso não apenas em razão da dificuldade de determinar quais as condutas arriscadas devem ser rechaçadas e quais devem ser permitidas – fruto dos diversos interesses econômicos que fundam o sistema capitalista -, mas também em virtude da imprevisibilidade de preconceber todas as atividades aptas colocar em risco os valores fundamentais da sociedade. Ora, o uso de tipos penais fechados retiraria da norma a possibilidade de prevenir condutas arriscadas até então desconhecidas, deixando tais valores vulneráveis diante de situações inéditas.

Em razão da necessidade de adequação do ordenamento jurídico a esse novo contexto de enfrentamento dos riscos, a legislação penal vai passar a adotar tipos penais preventivos dentro da sua sistemática, a fim de punir condutas arriscadas antes que elas venham a ferir os valores essenciais à sociedade. Em decorrência disso, um novo conceito ganhará lugar importante no âmbito do Direito Penal, passando a ser elemento norteador das normas penais de prevenção e o responsável pela delimitação do seu campo de atuação.

1.3 O perigo no Direito Penal

Inicialmente, cumpre mencionar que o Direito, em tempos mais remotos, já trazia, em algumas de suas normas, noções mais simplificadas de perigo. Havia, sim, tipos penais que protegiam determinados bens jurídicos punindo aquelas condutas que se vislumbrassem arriscadas¹¹. Entretanto, foi somente na modernidade que o perigo passou a ser objeto de intensa construção doutrinária, possibilitando, assim, a sua justificada inserção nos tipos penais.

A conceituação do perigo no período pós-industrial é dividida essencialmente por duas correntes doutrinárias, uma de cunho subjetivo, e a outra, objetivo.

Para a primeira corrente, o perigo é uma representação da mente humana, uma imaginação do ser humano. Por esta razão, ela é uma hipótese, e não um fato,

¹¹ Na antiga Roma, punia-se o indivíduo que deixasse um vaso sobre o parapeito de uma janela, visando proteger a integridade física dos transeuntes que por sob ela passavam. Ver SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 50.

uma situação concreta. A sua existência, portanto, é meramente hipotética, e não real. Todavia, em sendo fruto de mera representação mental, seria impossível abarcar, com precisão e antecedência, todas as condutas que efetivamente viessem a proporcionar um risco que deveria ser evitado. Da mesma maneira, grandes seriam as chances de se reputar ameaçadora uma conduta que, posteriormente, viesse a se mostrar inofensiva.

Para os objetivistas, por outro lado, o perigo consiste numa construção que se refere a uma situação de fato, a um trecho da realidade. Sendo assim, o Direito extrai da realidade as situações em que efetivamente se verificou o perigo, trazendo-as para o mundo jurídico. Assim, o perigo relevante para o Direito Penal não seria uma invenção mental, mas uma seleção, realizada com base na experiência, daquelas situações que se mostraram perigosas ao longo do tempo.

Hoje em dia, a doutrina tem admitido uma posição intermediária, afirmando que o perigo possui tanto um aspecto subjetivo como objetivo. Isso porque, embora exista como fato, como realidade – daí o seu caráter objetivo -, o perigo também depende de um juízo probabilístico, realizado pelo homem, de superveniência do dano – daí o seu caráter subjetivo. Assim ensina Paulo José da Costa Jr.:

Perigo, pois, é a probabilidade de dano. Ou um estado potencial. A idoneidade ou capacidade de um fenômeno vir a causar a perda ou a restrição de bens-interesses. Nesse sentido, o perigo tem um quê de objetivo. Mas o perigo, embora de certa forma ancorado na realidade objetiva, deve ser avaliado subjetivamente, por meio de um juízo probabilístico. Completa-se, assim, a noção de perigo por um momento subjetivo.¹²

José Francisco de Faria Costa igualmente identificou a existência de uma vertente objetiva e outra subjetiva no perigo, conforme se pode depreender do seguinte trecho da sua honorável obra:

Simplesmente não podemos estabelecer tabelas nem escalas de precisão quanto à produção do perigo. A gradação que encontramos resolve-se pela assunção de um critério normativo – baseado nas regras da experiência – que se tem de mover na própria contextualidade dos factos.¹³

¹² COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 65.

¹³ FARIA COSTA, José Francisco de. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 589-590.

Constatados tanto um aspecto objetivo quanto um subjetivo no perigo, passa-se a divergir relativamente ao grau de subjetividade empenhado quando da sua verificação. Enquanto uma corrente minoritária acredita que o perigo é uma mera possibilidade de afetação de um bem¹⁴, uma corrente majoritária entende que o perigo consiste na probabilidade de afetação a esse bem.¹⁵

A preferência da doutrina pelo critério da probabilidade ao invés do da possibilidade advém da larga abrangência deste segundo conceito. Um fenômeno será possível sempre que a sua ocorrência não seja impossível, podendo incluir, portanto, tanto situações prováveis quanto situações improváveis. Todavia, será provável somente o fenômeno que costuma acontecer, o que se averigua com base na experiência. O provável, portanto, é um grau mais intenso de possibilidade. Assim, considerando-se que o perigo deve exigir uma real ameaça a um bem jurídico, mais plausível que se fale em probabilidade, e não em possibilidade.¹⁶

Tendo em vista essas considerações, infere-se, pela lógica, que o perigo compreende-se no universo dos juízos não determinísticos¹⁷, ou seja, no universo em que não é possível prever, com certeza, qual o resultado que a situação pode vir a desencadear. Dentro desse universo, existem as chamadas situações de incerteza, que são aquelas que possuem vários resultados possíveis, mas não se conhece a probabilidade de ocorrência de cada um deles; e as situações de risco, que são aquelas que também permitem a ocorrência de vários resultados, só que,

¹⁴ ROCCO, Arturo. *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*. Torino: Bocca, 1913 apud SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 54.

¹⁵ Para José Francisco de Faria Costa, "o perigo representa um estágio relativamente ao qual é legítimo prever como possível o desencadear de um dano/violação para com um bem jurídico-penalmente protegido." Ver FARIA COSTA, José Francisco de. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 583.

¹⁶ Importante destacar que o juízo de probabilidade será feito sempre com vistas ao futuro. Diferentemente do dano, em que o juiz fará um juízo histórico para analisar se a conduta foi danosa ou não, no perigo o juiz fará um juízo póstumo, reportando-se à época do fato e, assim, analisando se, naquelas condições, o dano era provável ou não. Irrelevante, pois, se o perigo tenha ou não se concretizado em um dano efetivo. Ver COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 67.

¹⁷ Há, ainda, o universo dos juízos determinísticos, constituído de situações cujas consequências podem ser predeterminadas com precisão.

diferentemente das situações de incerteza, é possível estimar a probabilidade de cada um deles ocorrer.¹⁸

Partindo-se dessa premissa, a conclusão a que se chega é que todos os resultados casualmente determináveis (universo dos juízos determinísticos), bem como aqueles emergentes de situações de puro acaso (situações de incerteza absoluta dentro do universo dos juízos não determinísticos), estão fora do campo do perigo. Nesse sentido ensina José Francisco de Faria Costa:

Assim, seguindo esta linha de pensamento, podemos colocar o perigo dentro do limite mínimo de aleatoriedade igual a zero e o limite máximo de aleatoriedade igual a cem. É, pois, dentro desse segmento de variação que temos que perceber o perigo. Dentro do segmento daquilo que, na óptica do decisor, qualificamos anteriormente como situação de risco. O que nos legitima a poder, talvez, afirmar que aquele que dispara à queima-roupa sobre *B* e o mata não cria, em termos jurídico-penais, uma situação de perigo; e aquele que dá uma pequena bofetada em *B*, provocando-lhe um ataque cardíaco do qual resulta a morte, também não cria uma situação de perigo. No primeiro caso, a noção jurídico-penal do perigo está ausente na medida em que nos confrontamos com um juízo de determinação, de necessidade ou de certeza. No segundo, estamos perante uma hipótese em que o acaso interveio ao nível da total imprevisibilidade, ao nível de uma aleatoriedade tendencialmente igual a cem.¹⁹

Uma das dificuldades que surge, entretanto, é a de definir quais os critérios para determinar a probabilidade de ocorrência de um resultado desvalioso, imprescindível para fins de verificação acerca da existência ou não de perigo.

De acordo com a jurisprudência alemã das instâncias superiores, identificar-se-á uma situação de perigo quando a produção do resultado desvalioso for mais provável do que a sua não produção. Pensando-se dessa maneira, configurar-se-á uma situação de perigo quando a probabilidade de ocorrência do resultado desvalioso ultrapassar a barreira dos cinquenta por cento, ou seja, quando for maior que a metade. Tal entendimento, no entanto, tem sido alvo de muitas críticas: indaga-se, por exemplo, se não é possível classificar como perigosa uma situação

¹⁸ FARIA COSTA, José Francisco de. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 593.

¹⁹ FARIA COSTA, José Francisco de. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 594-595.

em que a probabilidade de ocorrência do resultado desvalioso seja inferior à probabilidade da sua não ocorrência. A resposta da maioria é sim, é possível.

Em que pese essa interpretação possa ocasionar um alargamento da punibilidade, fato é que a doutrina tem preferido afastar-se da lógica aritmética, partindo para uma análise mais contextual sobre a situação fática em tela. De fato, essa postura parece ser mais correta. Seria demasiadamente ousado acreditar que as condutas humanas são totalmente neutras a ponto de permitir que um mero cálculo seja suficiente para determinar a real probabilidade de ocorrência de um resultado desvalioso. Ora, em se tratando de ato praticado pelo homem, a probabilidade de verificação desse acontecer é influenciada por inúmeros fatores, como, por exemplo o interesse do agente no resultado da sua ação. Nesse sentido é o entendimento de Ângelo Roberto Ilha da Silva:

Não se trata de matemática ou estatística, recaindo-se na suposição de que a probabilidade se daria no momento em que os fatores propícios ultrapassassem o limite de cinquenta por cento. Não, o que se requer é que esses fatores possuam uma densidade acentuada, significativa para o implemento do evento.²⁰

Paulo José da Costa Jr. igualmente repudia a utilização de um critério aritmético, referindo que:

O reivindicar que a probabilidade de dano seja um elemento necessário do perigo não implica aceitar que a soma das circunstâncias favoráveis à realização do efeito seja superior à soma das desfavoráveis. O fato provável, portanto, não precisa reunir mais de 50% de fatores propícios, bastando encerrar uma acentuada (relevante, próxima) potencialidade de realização.²¹

Assim, a fim de se evitar uma intervenção incorreta ou ilegítima do Direito Penal, punindo-se condutas cuja ocorrência do resultado desvalioso é possibilidade quase próxima da incerteza, deve-se partir da ideia de que há uma possibilidade relevante de que ele venha a acontecer. Essa possibilidade, que, em verdade, nada mais é do que uma probabilidade considerável (alcançada mediante profunda análise do contexto situacional, e não por um simples cálculo), estará apta a

²⁰ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 54.

²¹ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 66.

legitimar a definição de uma situação como de perigo, vez que alcançada por um critério confiável.

Por esta razão, José Francisco de Faria costa afirma que somente nas situações em que se verificar concretamente o perigo é que o Direito Penal deverá ser acionado para intervir²². Concretude esta que, como visto, será constatada sempre que, por meio de um juízo de experiência, for possível afirmar que a situação analisada comportava uma forte probabilidade de o resultado desvalioso acontecer ou se vir a desencadear.²³

O critério experiencial de averiguação do perigo traz à tona uma conclusão importante. Em que pese seja um conceito normativo construído pelo Direito Penal para satisfazer certas exigências da política-criminal moderna, a raiz empírica do perigo, consistente no juízo de experiência, revela a existência de uma dimensão eminentemente ontológica no seu conceito. Ora, embora o Direito Penal não queira evitar todas as situações de perigo, as que ele o quer – e, por isso, normatiza - nada mais são do que frutos da própria realidade. Não se tratam, portanto, de invenções, mas de situações selecionadas entre tantas outras em razão da sua potencialidade de ferir bens jurídicos fundamentais à sociedade. Daí porque se pode afirmar que o perigo é um conceito normativo, mas revestido de uma dimensão ontológica.²⁴

²² FARIA COSTA, José Francisco de. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 600.

²³ O autor afirma, ainda, que esse juízo de experiência terá um momento *ex ante* e um momento *ex post*. O primeiro momento será a reiterada captação de fatos, a partir da qual será possível conceber qual a consequência esperada de cada um deles; diante das observações colhidas, poder-se-á previamente considerar determinada situação como perigosa – ou não. O segundo momento partirá de um juízo de experiência a ser realizado na situação concreta, analisando-se a sua contextualidade e se buscando, dessa forma, consolidar a sua periculosidade constatada no momento *ex ante* (o que nem sempre irá ocorrer). O autor resume bem o seu raciocínio no seguinte trecho: “*Perante uma situação X, a que se dá a qualificação prévia de perigosa, temos de saber se ela se perfila ou não efectivamente como perigosa.*” Ver FARIA COSTA, José Francisco de. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 613-615.

²⁴ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 52.

1.4 Crimes de perigo

1.4.1 Noções gerais

O surgimento do perigo no âmbito da dogmática e da norma penal motivou a criação de tipos criminais até então desconhecidos no ordenamento jurídico. Tipos que acabaram por ampliar o campo de incidência da norma, e, conseqüentemente, de proteção ao bem jurídico por ela tutelado.

Os crimes de perigo foram criados pelo legislador para evitar a ocorrência do dano, criminalizando-se a conduta por considerá-la perigosa à integridade do bem jurídico protegido. Antecipou-se, assim, a incidência da norma penal: ao invés de se aguardar o resultado desvalioso para só então punir o agente, decidiu-se por sancionar a mera ameaça à lesão, garantindo-se a segurança e a integridade do bem jurídico de maneira mais efetiva.

Dessa forma, enquanto os crimes de dano são aqueles cuja consumação depende da efetiva lesão de um bem ou interesse jurídico, os crimes de perigo consomem-se com a probabilidade de lesão ao bem ou ao interesse. Não há destruição nem diminuição do bem-interesse penalmente protegido; há, sim, turbação ou ameaça à sua existência ou segurança, com uma relevante probabilidade de que ele venha a ser danificado. Não é errado afirmar, portanto, que crime de perigo é um crime de dano potencial.

Para Ângelo Roberto Ilha da Silva, o conceito de crime de perigo foi criado da perspectiva do bem jurídico tutelado pela norma. Explica-se: essa espécie de delito é classificada como de perigo em razão da situação a que a conduta tipificada expõe o bem-interesse protegido (situação de perigo). Os crimes de dano, da mesma forma, são assim classificados por causar um dano àquele bem ou interesse abrigado pela norma. A distinção entre crimes de perigo e crimes de dano está, por conseguinte, no grau de agressão ao bem-interesse jurídico. Se esta agressão se traduzir em lesão, configurado estará o crime de dano. Se resultar ameaça, consistente na probabilidade de ocorrência do dano, será crime de perigo.²⁵

²⁵ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 56.

De acordo com o referido autor, essa definição conceitual permite esclarecer algumas equivocadas comparações feitas com relação a esses tipos criminais.

Muitos doutrinadores, por exemplo, definem crimes de dano como crimes materiais e crimes de perigo como crimes formais. Tal classificação, para Ângelo, é de todo errônea. A denominação de um crime como material ou formal advém da perspectiva do objeto da ação descrita no tipo, ao passo que, conforme explanado, um crime será classificado como de perigo ou como de dano pela perspectiva do bem-interesse tutelado, sendo diferenciados de acordo com o grau de agressão a ele proporcionado.²⁶

De fato, os crimes materiais dependem da produção de um resultado naturalístico, isto é, da modificação fática do objeto descrito na norma. Dessa maneira, poderão ser tanto de dano (quando esta modificação corresponder a uma lesão ao bem-interesse tutelado), quanto de perigo (quando esta modificação representar a criação de uma situação de perigo ao bem-interesse).

Tal diferenciação torna-se mais clara quando se toma como referência um crime de lesão corporal praticado com perigo à vida. É indubitavelmente um crime material, em razão de o objeto da ação descrita no tipo – o corpo humano - ser modificado no mundo externo, e, concomitantemente, de dano e de perigo. Isso porque, em que pese o objeto da ação descrita na norma e modificado pelo agente seja apenas um, os bens jurídicos tutelados são dois – a integridade física e a vida humana. Assim, relativamente ao primeiro a conduta gerou um dano, enquanto que ao segundo, uma situação de perigo.

Quanto aos crimes formais, não obstante também apresentem, no tipo, a descrição de um resultado relativamente a determinado objeto, a sua modificação não lhe é indispensável. Em outras palavras, a consumação do delito não depende da configuração do resultado no mundo fático, da alteração do objeto descrito no tipo, muito embora o evento esteja descrito na norma. A própria redação do dispositivo legal deixa claro que o crime consuma-se no momento da ação, cause ela o resultado previsto ou não.²⁷

²⁶ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 57.

²⁷ Paulo José da Costa Júnior cita o exemplo do crime de corrupção ativa para explicar os delitos formais. A configuração desse tipo criminal depende meramente do oferecimento ou

Conclui-se, assim, que um crime de perigo poderá ser tanto formal quanto material. Se para a criminalização da conduta perigosa ao bem jurídico for necessária a alteração do objeto descrito no tipo no mundo externo (ocorrência de um evento naturalístico), será material²⁸. Se, no entanto, uma conduta colocar em perigo o bem tutelado pela norma sem que seja necessária a ocorrência do resultado nela descrito para configuração do delito, o crime será formal.

Outra questão apontada por Ângelo Roberto Ilha da Silva como deveras importante nos crimes de perigo diz respeito ao dolo de perigo, isto é, à intenção na produção da situação perigosa proibida pela norma penal. O dolo de perigo consiste, portanto, em querer, explícita ou implicitamente, o perigo previsto na lei. Querê-lo, no entanto, equivale a assumir o risco de produzir o dano, ou seja, ter conhecimento de que a conduta é potencialmente lesiva.²⁹

Ao agir com dolo de perigo, então, o agente vai necessariamente prever o dano a ser possivelmente causado pela sua conduta. Por essa razão, alguns autores³⁰ vão afirmar que o dolo será elemento necessário no dolo de perigo. Isso não significa dizer, todavia, que os crimes de perigo necessariamente vão exigir a presença de um dolo de perigo. Definitivamente não. Há crimes de perigo que podem ser praticados com dolo de dano, como na hipótese do crime de contágio venéreo na forma qualificada³¹. O crime continua sendo de perigo, não obstante o

da promessa de vantagem indevida a funcionário público, sendo absolutamente irrelevante se houve aceitação ou não. Nessa espécie de crime, a inserção do evento no tipo decorre da intenção do agente em produzi-lo, muito embora para a sua consumação ele não seja necessário. Ver COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 54.

²⁸ Para Ângelo Ilha da Silva, um exemplo de crime de perigo material é a falsificação de moeda, previsto no artigo 289 do Código Penal. Relativamente ao bem jurídico tutelado (fé pública), a conduta será perigosa, vez que há risco de dano à fé pública caso a moeda falsificada seja colocada em circulação. Concernentemente ao objeto descrito no tipo, será material, pois exige a ocorrência do evento, qual seja, a falsificação da moeda. Ver SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 57-58.

²⁹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 62.

³⁰ Rui Carlos Pereira e Nélon Hungria, em suas obras PEREIRA, Rui Carlos. *O dolo de perigo*. Lisboa: Lex, 1995 e HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. vol. I. t. II apud SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 64.

³¹ Artigo 130, § 1º, do Código Penal. “Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado. (...) § 1º Se é intenção do agente transmitir a moléstia: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

dolo seja de dano ao bem jurídico saúde; no entanto, a intenção do agente em transmitir a moléstia grave gera um aumento de pena, como forma de punir com mais severidade este reprovável intuito do indivíduo.

Dessa maneira, é a forma da tipificação que identificará se o crime de perigo será consumado com o dolo de perigo ou com o dolo de dano.

Mas Ângelo alerta que há, também, a possibilidade de o crime de perigo ser praticado na forma culposa. Nesse caso, não haverá nem dolo de dano nem dolo de perigo. Haverá, sim, a chamada culpa consciente de perigo. Nesta categoria, o agente não quer e sequer tem conhecimento de que o seu comportamento é apto a produzir uma situação de perigo, embora, por circunstâncias alheias à sua vontade, venha a produzi-lo. A periculosidade da situação criada é tamanha que se pune a mera culpa do agente, sendo dispensável a presença do dolo.³²

Difere do dolo de perigo porque neste o agente quer criar a situação de perigo (ou dela tem conhecimento), embora o resultado lesivo não seja a sua intenção, ao passo que na culpa consciente de perigo o agente não quer (e não tem conhecimento) nem mesmo criar a situação de perigo. Exemplos clássicos são os crimes de incêndio culposos e o envenenamento culposos de água potável ou substância alimentícia ou medicinal.³³ O sujeito, embora não queira e não saiba que a sua conduta pode causar o incêndio ou o envenenamento da água e, assim, colocar em perigo bens jurídicos fundamentais à sociedade (a vida e a saúde da pessoa humana), responderá pelo ato praticado.

Ângelo Roberto faz, ainda, uma breve referência a respeito da tênue linha que separa o dolo de perigo do dolo eventual e leva muitas pessoas a confundirem ambos os institutos. No dolo eventual, o agente produz uma situação de perigo sem se importar se o resultado lesivo irá ou não ocorrer. No dolo de perigo, ao contrário, em que pese o agente tenha o conhecimento de que a situação de perigo produzida possa lesar o bem jurídico tutelado, ele não quer o resultado lesivo. Assim, embora em nenhuma das duas espécies o dano seja um objetivo desejado, somente no dolo

³² SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 65-66.

³³ Artigos 250, § 2º e 270, § 2º, do Código Penal, respectivamente.

de perigo ele é refutado; no dolo eventual, o agente se mostra indiferente quanto à sua produção.³⁴

Por fim, cumpre terminar este subcapítulo com uma breve comparação entre os crimes de perigo e os crimes tentados, aparentemente idênticos. Quando o crime de perigo for tipificado com a presença do dolo de perigo, diferirá da tentativa no aspecto subjetivo, porquanto neste o dolo presente será sempre o de dano. Entretanto, se o crime de perigo puder ser praticado com dolo de dano (como no exemplo do contágio venéreo na forma qualificada), em nada diferirá do delito tentado, salvo no que diz respeito à técnica de tipificação. O crime será de perigo com dolo de dano ou de tentativa porque a lei assim o definiu, vez que o aspecto objetivo (ausência de dano) e subjetivo (intenção de lesar) da conduta permitir-lhe-ia ser corretamente classificado como qualquer um deles.³⁵

Feitas essas considerações, cabe, agora, analisar as duas principais modalidades de crime de perigo existentes no nosso ordenamento jurídico-penal, extremamente necessário para que o presente trabalho atinja o seu escopo inicial.

1.4.2 Crimes de perigo concreto

Os crimes de perigo concreto são aqueles em que o tipo penal requer a verificação efetiva do perigo ao bem jurídico tutelado. Em outras palavras, o perigo constitui elemento essencial do tipo. Isso não significa, todavia, que o dispositivo tenha que fazer menção expressa à palavra perigo. Pode vir acompanhado de outra locução, ou até mesmo sem uma referência equivalente, bastando que o sentido da norma dê conta da necessidade de se constatar a existência de um perigo real na situação fática analisada.

As hipóteses de perigo concreto são aquelas em que a probabilidade de superveniência de dano ao bem jurídico é tamanha que a lesão só não ocorre por uma mera eventualidade, por um simples acidente. Em decorrência do enorme risco criado à integridade do bem jurídico, o Direito Penal vê a necessidade de

³⁴ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 62.

³⁵ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 67.

criminalizar a conduta do agente, imputando-lhe uma pena específica. Damásio Evangelista de Jesus leciona sobre a matéria:

O bem sofre uma real probabilidade de dano. São aqueles casos em que se diz que o resultado não foi causado “por um triz”, em que o “quase” procura explicar a sua não-superveniência. São episódios em que o comportamento apresenta, de fato, ínsita a probabilidade de causar dano ao bem jurídico e que, para a existência do delito, é necessário provar sua ocorrência. Perigo concreto é, pois, o que precisa ser demonstrado (valoração *ex post*, “*prognose póstuma*”).³⁶

Corolário prático da essencialidade dessa espécie criminológica, conforme referido por Damásio E. de Jesus, é a necessidade de comprovação do perigo no caso concreto. A norma vai apenas requerer (ainda que às vezes sem fazer menção expressa, como dito) a existência do perigo para a concretização do crime, cabendo ao julgador analisar a situação fática para verificar se a conduta efetivamente colocou o bem jurídico em um considerável risco de lesão.

Exemplo clássico de crime de perigo concreto é o crime de incêndio previsto no artigo 250 do Código Penal, outrora mencionado e assim redigido:

Art. 250. Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Ao analisar a situação fática, o julgador deverá verificar se o incêndio provocado pelo agente foi suficiente para colocar em risco a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, bem jurídicos que a referida norma visa proteger. Em se constatando que nenhum desses bens sofreu perigo real de vir a ser lesionado, não haverá que se falar em crime de perigo. O entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul é exatamente nessa seara, conforme pode se depreender do julgado abaixo ementado:

INCÊNDIO E DANO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO. APELO MINISTERIAL. IMPROVIMENTO. **É imprescindível para a caracterização do delito de incêndio a existência de potencialidade lesiva para a vida, a integridade ou o patrimônio de outrem.** In casu, auto de constatação de dano não supre ausência de laudo pericial, porquanto **incomprovada a situação de perigo.** Imperiosa a manutenção da absolvição. O

³⁶ JESUS, Damásio Evangelista de. *Crimes de Trânsito*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 6.

delito de dano qualificado também se trata de crime que deixa vestígios, exigindo prova técnica, indispensável para sua caracterização, não podendo ser suprida pelas declarações da vítima ou de testemunhas. Apelo improvido. (Apelação Crime Nº 70024709362, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Eugênio Tedesco, Julgado em 09/10/2008 – grifou-se)

Frise-se que a norma requer que os bens jurídicos tutelados sejam de outrem, de modo que a conduta será atípica se os bens colocados em perigo forem pertencentes ao próprio agente. Por outro lado, caso reste devidamente demonstrada, no caso concreto, a ocorrência do perigo a bem jurídico de pessoa alheia, a condenação do agente é medida que se impõe. Nesse sentido, decisão proferida pelo mesmo Tribunal:

INCÊNDIO. Comete o delito previsto no art. 250, § 1o, II, a, do CP, o agente que ateia fogo em residência habitada ou destinada a habitação, expondo a perigo a integridade física e o patrimônio dos moradores e vizinhos. Condenação mantida. (Apelação Crime Nº 70039156997, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Constantino Lisbôa de Azevedo, Julgado em 24/03/2011 – grifou-se)

Conclui-se, destarte, que nos crimes de perigo concreto a afirmação do elemento perigo ocorrerá *a posteriori*, porquanto dependerá de um juízo probabilístico posterior, a ser feito pelo juiz, relativamente à superveniência de dano ao bem jurídico, levando-se em conta, para tanto, o contexto fático-probatório do caso concreto.

1.4.3 Crimes de perigo abstrato

Os crimes de perigo abstrato são aqueles em que o perigo vem presumido na conduta narrada no tipo penal. Presume-se que determinadas condutas são perigosas a bens jurídicos fundamentais à sociedade, punindo-as sem a necessidade de se comprovar a existência do perigo no caso concreto. Basta, para a configuração do crime, que a conduta praticada pelo agente esteja em conformidade

com a descrição normativa. Daí porque podem ser chamados também de crimes de perigo presumido.³⁷

O desenvolvimento de atividades de alto potencial lesivo; a dificuldade de comprovação de nexos causais derivados da aplicação das novas tecnologias; a proteção cada vez mais acentuada de bens jurídicos coletivos e interesses difusos e a consequente dificuldade de limitar e caracterizar os sujeitos passivos da ação criminosa; e o surgimento de atividades que isoladamente consideradas não representam uma ameaça, mas que, verificadas conjunta e reiteradamente, acabam por consolidar um ambiente de riscos para bens e interesses protegidos, são algumas das causas que levaram o legislador a criar tipos penais dirigidos unicamente à conduta, e não ao resultado. Tipos penais que, carregados de formalismo e abstração, são vistos pelo Direito Penal como técnica de construção legislativa mais preparada para combater os novos contextos de riscos inegavelmente existentes na sociedade contemporânea. Os tipos penais de perigo abstrato são, pois, o núcleo central do Direito Penal de Risco.³⁸

Dessa maneira, condutas tipificadas como de perigo abstrato muitas vezes não produzem nenhum efeito no mundo fático. A mera ação descrita no tipo, mesmo que concretamente não se verifique uma real ameaça ao bem jurídico tutelado, por si só já é suficiente para atrair a incidência da norma. Os fenômenos externos à conduta, portanto, são irrelevantes; o perigo é a elas inerente. Pierpaolo Cruz Bottini assim descreve os tipos dessa espécie:

O tipo de perigo abstrato é a técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado externo. Trata-se

³⁷ Alguns autores possuem opiniões divergentes quanto à correta nomenclatura a ser utilizada nessa espécie de delito. David Baigún, por exemplo, nega a existência dos crimes de perigo abstrato, afirmando que se equivalem aos crimes de perigo concreto, mas não num sentido sensorial, e sim mental. Ferrando Mantovani, por sua vez, afirma que não se pode tratar crimes de perigo abstrato como crimes de perigo presumido. Isso porque, de acordo com ele, nos crimes de perigo abstrato o perigo é ínsito na conduta (o que se conclui pela experiência), cabendo ao juiz analisar a adequação da conduta ao tipo caso a caso, ao passo que nos crimes de perigo presumido o perigo não é ínsito na conduta, mas mera presunção legal, não admitindo prova contrária. Ver BAIGÚN, David. *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*. Buenos Aires: Depalma, 1967 e MANTOVANI, Ferrando. *Diritto Penale – Parte generale*. 3. ed. Padova: Cedam, 1992 apud SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 73-74.

³⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 119-128.

de prescrição normativa cuja completude se restringe à ação, ao comportamento descrito no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores ao ato, ao contrário do que ocorre com os delitos de lesão ou de perigo concreto.³⁹

A classificação de determinadas condutas como de perigo abstrato, no entanto, depende de uma análise prévia feita pelo legislador acerca da sua periculosidade. Será o legislador que, com base na sua experiência, observará o mundo real e identificará aquelas condutas que trazem ínsita uma situação de perigo a certo bem objeto de tutela jurídica. Feita essa identificação, caberá a ele normatizá-las, descrevendo-as detalhadamente no tipo penal. Para José Francisco de Faria Costa, é aí que reside a principal diferença entre os crimes de perigo concreto e abstrato:

Assim, os crimes de perigo concreto representam a figura de um ilícito-típico em que o perigo é, justamente, elemento desse mesmo ilícito-típico, enquanto nos crimes de perigo abstracto o perigo não é elemento do tipo, mas tão—só da motivação do legislador. [...] o perigo, enquanto constituens jurídico-penalmente relevante de uma análise dogmática conseqüente, só nos aparece nos chamados crimes de perigo concreto. Todavia, a discursividade dogmática, referente aos crimes de perigo abstracto, faz apelo a uma valoração – não negamos, por certo, que nela não entre o perigo – que é, fundamentalmente, ponderação que pertence à vertente legiferante; que pertence ao reino da política criminal ou mesmo ao domínio mais profundo da legitimidade punitiva.⁴⁰

Um exemplo de crime de perigo abstrato criado pelo legislador é o previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro⁴¹. Em se constatando que um indivíduo está conduzindo automóvel sob influência alcoólica superior a seis decigramas por litro de sangue, tal conduta será configurada como crime. A norma não requer a criação de uma situação de perigo à segurança viária (bem jurídico tutelado),

³⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de Perigo Abstrato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 113.

⁴⁰ FARIA COSTA, José Francisco de. O Perigo em Direito Penal. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 620-621.

⁴¹ Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: 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. Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

bastando, para a sua incidência, a verificação da conduta descrita no tipo. Assim, mesmo que o condutor esteja dirigindo o seu veículo adequadamente, sem causar perigo aos demais condutores e pedestres, será igualmente responsabilizado no âmbito penal.

Pode-se concluir, por conseguinte, que, diferentemente dos crimes de perigo concreto, nos crimes de perigo abstrato o perigo será definido *a priori*, pelo legislador, independentemente de um juízo probabilístico de superveniência de dano ao bem jurídico protegido. Restando comprovada a conduta descrita no tipo, configurado estará o crime.

Há quem diga, contudo, que os crimes de perigo abstrato gozam de uma presunção relativa no que diz respeito à vulneração do bem jurídico tutelado. Seriam as hipóteses em que o bem jurídico não se mostra ameaçado, motivo por que o delito deveria ser descaracterizado. Essa parte da doutrina entende que as condutas enquadradas nesse tipo admitiriam prova em contrário no caso concreto. Assim, se evitaria tratar igualmente condutas cuja periculosidade são visivelmente desiguais, em observância ao princípio da igualdade e da razoabilidade.⁴²

De acordo, com Ângelo Roberto Ilha da Silva, essa relativização do perigo nos crimes de perigo abstrato ocorre em razão de um equívoco do legislador ao formular a lei. Ao criar tipos penais de perigo abstrato que englobam tanto condutas em que o perigo é a elas inerente quanto condutas em que ele efetivamente não o é, acabou, de certa forma, por confundirlos com tipos penais de perigo concreto, os quais se ajustariam perfeitamente a estas situações. Assim, acredita o autor que a regra é que os crimes de perigo abstrato possuem presunção absoluta, pressupondo-se que a sua tipificação tenha se dado de maneira adequada pelo legislador e que o perigo seja, de fato, inseparável da conduta. No entanto, quando se verificar que o legislador optou pelo modelo abstrato inadequada ou desnecessariamente, aceitar-se-á a presunção relativa.⁴³

⁴² Manfredi Parodi Giusino, Vincenzo Patalano e Eugenio Raúl Zaffaroni são alguns dos autores que entendem dessa maneira. Ver SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 75.

⁴³ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 79.

Alguns autores⁴⁴ vão ainda mais além e admitem uma terceira modalidade de crimes de perigo, os chamados crimes de perigo abstrato-concreto⁴⁵. Seria uma espécie de meio-termo entre os crimes de perigo concreto e os crimes de perigo abstrato. Isso porque, ao mesmo tempo em que não exigem a presença do perigo real ao bem jurídico para a tipificação da conduta, também não se perfazem com a mera realização formal da conduta. Para a concretização de tais delitos, seria necessária a criação de um ambiente de perigo potencial, em abstrato, ainda que não represente uma ameaça efetiva ao bem jurídico tutelado. A periculosidade, pois, é elemento do tipo, mas não com a mesma concretude em que o é nos crimes de perigo concreto.

Acreditam estes autores que o tipo penal de perigo abstrato-concreto descreve a conduta que visa proibir e requer, de maneira expressa na norma, a presença de uma periculosidade geral. Assim, a ação tem que ser ao menos idônea para lesionar ou colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido. É preciso, portanto, que a conduta tipificada crie uma situação de risco não desejada, não permitida pela lei. O legislador vai classificar determinada conduta como perigosa, mas, ao mesmo tempo, apresentará elementos que o juiz deve considerar ao analisar a situação concreta. Para Luiz Flávio Gomes, a expressão mais correta seria crimes de “perigo concreto indeterminado”, explicando-os da seguinte maneira:

Consoante a doutrina alemã, o perigo seria abstrato no sentido de que não exige a apresentação de uma vítima concreta de perigo; seria ao mesmo tempo concreto, no sentido de que a conduta deve ser concretamente adequada para poder lesionar um bem jurídico individual (vida, integridade física, patrimônio etc.).⁴⁶

Para Ângelo Ilha da Silva⁴⁷, um exemplo dessa modalidade delituosa seria o crime previsto no artigo 54 da Lei nº 9.605/1998, assim redigido:

⁴⁴ Franceso Angioni e Rui Carlos Pereira são exemplos. Ver SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 79-80.

⁴⁵ Podem ser nomeados também de crimes de atitude abstrata, de perigo potencial, de potencial lesivo, de ação perigosa ou de aptidão.

⁴⁶ GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 79.

⁴⁷ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 80.

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.

Afirma autor que neste dispositivo, embora não seja necessária a colocação do bem efetiva e concretamente sob uma ameaça objetiva, a própria lei requer a criação de um ambiente de periculosidade (“*em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos*”), decorrente do comportamento desvalioso, não bastando a mera realização da conduta (“*causar poluição de qualquer natureza*”) para a sua incriminação.⁴⁸

Como se pode perceber, embora amplos sejam os estudos acerca dos crimes de perigo abstrato, não há uma sistemática utilização deste instituto no Direito Penal. A sua natureza jurídica carece de determinação, o que acaba, muitas vezes, por prejudicar a adoção de um conteúdo material no injusto penal desses crimes, porquanto sempre haverá hipóteses em que a sua aplicação se restringirá à aplicação meramente formal da norma.

A ausência de um substrato material em alguns crimes de perigo abstrato permitirá a intervenção do Direito Penal diante de comportamentos que visivelmente não causam nenhuma situação de risco ao bem jurídico tutelado, às vezes nem mesmo *ex ante*. Além disso, a sua legítima utilização depende de uma estrita correlação com os preceitos fundamentais do Direito Penal no Estado Democrático de Direito atual, de tal maneira que sejam criados e aplicados sem ofender a ordem constitucional vigente. É essa problemática que será o objeto de abordagem do presente trabalho no capítulo seguinte.

⁴⁸ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 80.

2 LIMITES CONSTITUCIONAIS AOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

2.1 Da função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito

A função primordial do Direito Penal é preservar o funcionamento do modelo social ao qual ele pertence, o que o faz através da manutenção das expectativas de convivência dos cidadãos. A lei penal, para ser legítima, deve ser necessária para assegurar os valores fundamentais de determinado Estado e, assim, manter a sua estabilidade política e social. A missão do Direito Penal, pois, é garantir a identidade da sociedade em todos os seus aspectos.⁴⁹

Os institutos provenientes do Direito Penal são construídos com a finalidade de conservar a solidez da organização social vigente. Dessa forma, não se trata de um sistema fechado, dotado de conceitos e dogmas sem qualquer influência político-social. Os seus institutos estão diretamente vinculados a interesses políticos e sociais preponderantes numa comunidade, os quais variam conforme a conjuntura histórica do seu momento. Isso não significa que o Direito Penal é um sistema aberto, dependente unicamente de interesses políticos externos; ele é uma ciência autônoma e, como tal, possui características próprias. Todavia, ele é direcionado para proteger os valores essenciais de determinada organização coletiva.

A utilização do Direito Penal como instrumento funcional de estabilização político-social estará sujeita à organização política vigente. A legitimidade dos seus institutos, portanto, dependerá da sua capacidade para manter o funcionamento do modelo social em questão. Por ser uma ferramenta de manutenção da ordem em vigor, deve resguardar os preceitos básicos do modelo sobre o qual seus institutos serão sustentados. Não pode criar institutos contrários às premissas fundamentais do Estado; o seu conteúdo material deve estar inclinado para a confirmação dos princípios basilares do Estado do qual faz parte.

O modelo de Estado atual no Brasil, denominado Estado Democrático de Direito, tem como valor supremo a dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal, lei fundamental e suprema do Estado, contém as normas referentes a toda estruturação da comunidade, desde diretrizes políticas até direitos e garantias dos

⁴⁹ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001. p. 108.

cidadãos.⁵⁰ Todas essas normas, obviamente, devem estar sistematicamente organizadas de maneira a garantir a preservação da dignidade da pessoa humana, sob pena de subversão do sistema constitucional.

A dignidade da pessoa humana consiste na autodeterminação do homem, no direito que todo ser humano tem a um livre desenvolvimento numa sociedade caracterizada pela diversidade de culturas e valores. É um atributo inerente a todos os seres humanos: pelo simples fato de ser humana, a pessoa merece todo o respeito, independentemente da sua origem, raça, sexo, idade, condição econômico social ou estado civil. Nas palavras de Alexandre de Moraes, a dignidade da pessoa humana

concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.⁵¹

Todos os princípios e normas do ordenamento jurídico pátrio, portanto, devem respeitar a dignidade da pessoa humana.

Ocorre que o Direito Penal, por vezes, acaba por atacar diretamente a dignidade humana, como, por exemplo, nas penas restritivas de liberdade (prisão). Por esta razão, ou seja, pelo sério prejuízo que a cominação da pena pode causar ao indivíduo, o Direito Penal só vai poder atuar para inibir condutas que direta ou indiretamente se mostrem ameaçadoras à integridade da dignidade humana. Pierpaolo Cruz Bottini explana com maestria a função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, conforme se pode verificar do seguinte excerto da sua obra:

Desta forma, a utilização legítima do direito penal, no modelo de Estado em vigor, só se faz possível diante de condutas que atentem contra a dignidade humana ou contra os bens e valores que permitam sua existência material. Comportamentos que não afetem

⁵⁰ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 6-7.

⁵¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 21-22.

esta dignidade não oferecem perigo à funcionalidade do sistema Democrático de Direito, não ofende as expectativas de uma convivência plural e, portanto, não devem ser objeto de repressão penal.⁵²

A construção do Direito Penal, destarte, terá como norte a constante asseguaração da dignidade da pessoa humana, em duas perspectivas. Uma, já mencionada, diz respeito à punição somente daquelas condutas que afetarem bens jurídicos indispensáveis à autodeterminação do indivíduo, sejam elas perigosas ou danosas. A segunda, não menos importante, consubstancia-se na impossibilidade de cominação de penas desproporcionais, desiguais ou imprevisíveis aos agentes. Em outras palavras, ao mesmo tempo em que o Direito Penal só poderá ser acionado para banir comportamentos prejudiciais à dignidade de algum ou de alguns indivíduos, deverá também evitar causar prejuízo à dignidade do indivíduo provocador da conduta.⁵³

2.2 Do bem jurídico penalmente relevante

A dignidade humana de cada indivíduo, que compreende o conjunto de condições necessárias para a sua autodeterminação, concretizar-se-á mediante a tutela de todos aqueles bens e interesses que de alguma forma lhe causarem certa influência. A legitimidade e os limites de atuação do Direito Penal, assim, estarão atrelados à necessidade de garantir a existência segura de bens jurídicos essenciais à conservação da dignidade humana. Caberá ao Direito Penal, pois, atuar sobre os bens jurídicos que de alguma forma sirvam para a materialização da dignidade humana, de modo que tais bens, obviamente, estão intimamente ligados a este valor supremo.⁵⁴

⁵² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 176.

⁵³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 177.

⁵⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 178.

Uma primeira pergunta que pode exsurgir desta definição diz respeito à necessidade de tais bens jurídicos estarem ou não expressamente previstos na Constituição. A maior parte da doutrina entende que não.

Ângelo Roberto Ilha da Silva acredita que a Constituição Federal não apresentará um rol exaustivo dos bens passíveis de intervenção penal. De acordo com o autor brasileiro, não obstante alguns dos bens estejam presentes na Carta Maior, muitos podem ser deduzidos mediante uma teleológica interpretação constitucional, sem que nela estejam expressamente estancados. Nesse sentido, afirma que os bens jurídicos que forem necessários para resguardar valores que a ordem constitucional considera como fundamentais merecerão o *status* de bem jurídico-penal. O autor considera tais bens como instrumentos de proteção de bens fundamentais previstos constitucionalmente, e por isso merecem atenção especial.⁵⁵

José Francisco de Faria Costa compartilha deste entendimento, afirmando categoricamente que:

Assim, temos para nós que a Constituição desenvolve, neste particular como em tantos outros, uma função sistemática e uma função de orientação que ninguém ousa contestar; mas daí a admitir, como o faz alguma doutrina italiana, que só é legítima a incriminação de comportamentos lesivos de bens jurídicos com relevo constitucional, é coisa que consideramos como manifestamente errada. Seria atribuir, sem fundamento, não só uma natureza estática aos bens jurídicos, como também considerar a Constituição como o seu catálogo mais representativo ou mesmo único.⁵⁶

Em que pese os bens jurídicos de relevância penal não necessitem estar previsto na Constituição, a maioria dos autores entende que ele deve estar de acordo com as normas constitucionais. Em outras palavras, os bens jurídicos não podem afrontar a Constituição, referencial último dos valores fundamentais de uma sociedade. Ângelo Roberto Ilha da Silva leciona sobre a matéria:

Sob tal quadrante podemos afirmar que os bens jurídico-penais deverão estar pressupostos na Constituição, quando expressamente consagrados (de forma positiva e impositiva), ou dela deduzidos mediante uma análise sistemática e teleológica, ou seja, excluindo-

⁵⁵ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 86-88.

⁵⁶ FARIA COSTA, José Francisco de. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 198-199.

se as vedações impostas a certas incriminações, explícitas ou implícitas, e averiguando-se se a tutela de determinado bem não se põe em conflito com os valores que a Carta Política visa a afirmar e resguardar, ou melhor, contribui-se para uma implementação efetiva dos valores constitucionais.⁵⁷

Luiz Regis Prado também aborda este tema:

O legislador deve sempre basear-se na Constituição e nos valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, tendo em conta o caráter limitativo da tutela penal. Aliás, o próprio conteúdo liberal do conceito de bem jurídico exige que sua proteção seja feita tanto pelo Direito Penal como ante o Direito Penal. Encontram-se, portanto, na norma constitucional as pautas substanciais para a incriminação ou não de condutas.⁵⁸

Por outro lado, dizer que os bens jurídicos a serem protegidos pelo Direito Penal devem estar de acordo com os preceitos constitucionais (mesmo que não expressos na referida Carta) não significa dizer, igualmente, que todos os bens jurídicos nela constantes mereçam a atuação do *ius puniendi*. Conforme referido anteriormente, somente aqueles bens jurídicos aptos a garantir a dignidade humana legitimarão a sanção estatal. Dessa maneira, bens jurídicos constitucionais que não visem a garantia deste valor fundamental não motivarão o exercício do Direito Penal.

Feitas essas considerações, pode-se concluir que bens jurídicos individuais como a vida, a integridade física, a saúde e a liberdade são inegavelmente passíveis de tutela penal, vez que, além de estarem em consonância com as normas constitucionais, o ferimento a qualquer deles impede o ser humano de gozar da sua plena dignidade. Todavia, a questão torna-se um pouco mais obscura quando se têm em vista bens jurídicos difusos, ou seja, bens de titularidade coletiva, como por exemplo o meio ambiente, a saúde pública e a ordem econômica, todos previstos constitucionalmente (artigos 225, 196 e 170, respectivamente). É possível que bens cujos titulares não podem ser individualmente identificados sejam protegidos pela norma penal?

⁵⁷ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 88.

⁵⁸ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 106.

Pierpaolo Cruz Bottini acredita que para responder a este questionamento é preciso ter em mente que o desenvolvimento do indivíduo não ocorre egoisticamente. A construção de cada ser humano decorre das mútuas relações existentes entre todos, de maneira que o compartilhamento de bens entre os cidadãos é consequência inevitável. Em razão disso, a supressão de bens coletivos prejudicaria o desenvolvimento de cada cidadão, de modo que a preservação da dignidade de cada um pode depender, sim, da preservação dos bens e interesses de titularidade coletiva.⁵⁹

Todavia, mais uma ressalva deve ser feita. Como nem todos os bens jurídicos em consonância com a Constituição – o que inclui tanto os expressamente previstos como os descobertos mediante interpretação teleológica - merecem o *status* de bem jurídico penal, obviamente que nem todos os bens coletivos constitucionalmente relevantes vão legitimar a intervenção do Direito Criminal. O raciocínio é o mesmo. Somente os bens jurídicos coletivos que forem necessários para garantir a existência de bens jurídicos individuais imprescindíveis à preservação da dignidade humana deverão ser objeto da norma penal. É o conceito da instrumentalidade referido por Ângelo Roberto Ilha da Silva e outrora mencionado.

Em síntese, o Direito Penal se ocupará daquelas condutas que interferirem nas condições de livre desenvolvimento do indivíduo, as quais podem ser tanto particulares (vida, integridade física) como coletivas (meio ambiente, saúde pública), mas sempre com o intuito de preservar a dignidade humana.

Caso o tipo penal não seja criado para, em última instância, concretizar a dignidade da pessoa humana, ou seja, para tutelar bens cuja integridade e segurança de alguma maneira sejam fundamentais para a materialização deste valor supremo, será ele ilegítimo. Tipos que não contenham como elemento basilar do injusto penal a afetação da dignidade humana, concebida como o livre desenvolvimento do indivíduo, não possuem legitimidade.⁶⁰

Assim, a legitimação do Direito Penal para criar tipos penais de perigo abstrato somente estará configurada quando tais normas visarem à proteção de

⁵⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 182-183.

⁶⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 190.

bens jurídicos dignos da tutela penal. Não é concebível a incriminação de comportamentos que não sejam capazes de colocar em perigo bens jurídicos penais, ou seja, bens jurídicos necessários, ainda que indiretamente, à garantia da dignidade humana.⁶¹

Tal análise é de extrema importância para a averiguação acerca da legitimidade dos crimes de perigo abstrato, novidade jurídica de destaque nas últimas décadas. Isso porque, de acordo com Pierpaolo Cruz Bottini, tais delitos têm sido muitas vezes utilizados como instrumento meramente simbólico de resposta aos anseios sociais pela contenção dos riscos, ou seja, sem atender aos critérios ora abordados de legitimação dos tipos penais.⁶²

Ademais, o autor chama a atenção para um fenômeno por ele denominado “administrativização do direito penal”, que é a utilização de crimes de perigo abstrato como instrumento de reforço a regras administrativas. Dito fenômeno ocorre quando os crimes de perigo abstrato são criados para evitar a infringência de regras administrativas; nesses casos, o simples descumprimento da regra atrai a incidência da norma, o que, para o autor, afronta flagrantemente a ordem constitucional, uma vez que o Direito Penal só pode atuar com vistas a proteger bens jurídicos penalmente relevantes.⁶³

A incompatibilidade do Direito Penal com a tutela de bens jurídicos sem *status* penal foi muito bem abordada em decisão proferida no dia 28 de outubro de 2010 pela Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do

⁶¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 189. O autor cita o exemplo dos crimes de maus tratos a animais silvestres, domésticos ou domesticados. Para ele, o bem jurídico protegido, no caso, é a integridade dos animais, ou, ainda, a preservação dos sentimentos humanos em relação a ele, o que não é suficiente para atrair a pretensão punitiva, pois lhe falta o elemento basilar do injusto penal: a afetação da dignidade humana.

⁶² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 191.

⁶³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 199-205. Bottini sustenta que a complexidade das atividades hoje em dia dificulta uma precisa descrição da norma relativamente ao comportamento proibido. Nessas hipóteses, constroem-se normas penais em branco, delegando-se à autoridade administrativa a competência para preencher a lei de acordo com os contextos de risco que forem surgindo. O autor frisa, no entanto, possibilidade é aceita somente porque o bem jurídico que se está protegendo não é a norma administrativa, mas um bem jurídico penal. Todavia, mesmo nestes casos a mera infringência à norma administrativa não é suficiente para incriminação da conduta; é preciso que ela afete, ao menos potencialmente, o bem jurídico tutelado pela lei.

Sul. Não obstante tenha sido decidido, na ocasião, pela manutenção da condenação do infrator, vez que configurado prejuízo a bem jurídico de relevância penal, os Magistrados frisaram com clareza a impossibilidade de utilização do Direito Penal quando da violação de regras administrativas. Segue a ementa do referido *decisum*, suficiente para a elucidação da questão:

APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03. 1. CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO CONFIGURADO. Confissão dos réus corroborada pelas declarações das demais testemunhas e pela prova pericial. (...). Com efeito, os crimes de porte ilegal de arma de fogo constituem crimes de perigo abstrato ou de mera atividade, também denominados *délits-obstacles* ou crimes de posse (*besitzdelikte/offense of possession/delitos de posesión*). O injusto do crime de perigo abstrato se caracteriza pela ocorrência tão somente de uma depreciação *sui generis* do bem jurídico no sentido de uma colocação em perigo abstrata e não como lesão de um bem jurídico: os bens não podem ser utilizados racionalmente como meio do livre desenvolvimento quando não é suficientemente seguro que ao utilizá-los não serão danificados. (...). **A necessária diferenciação entre as infrações administrativas e penais obriga a comprovar, em cada caso concreto, que ex post o bem jurídico penal resultou afetado. Não é possível fundamentar um injusto penal no mero descumprimento de uma normativa administrativa, nem sequer na realização da conduta típica que não suponha, no caso concreto, um risco para o bem jurídico-penal protegido.** A lesividade é o fundamento da antijuridicidade material e sua ocorrência não pode limitar-se aos crimes de resultado. O resultado em sentido jurídico - lesividade - deve ocorrer sempre e se concebe como afetação *ex post* do bem jurídico-penal protegido, seja individual ou supraindividual. Para conciliar o crime de perigo abstrato com o princípio da lesividade, é necessário exigir que fique comprovada a perigosidade objetiva *ex ante* da conduta, no momento de sua execução, isto é, a sua aptidão ou idoneidade objetiva de ação perigosa no sentido de possibilidade de lesionar o bem jurídico embora efetivamente não chegue a lesionar-se ou colocar-se em perigo concreto. (...). Para a existência do tipo penal é necessário que a arma tenha uma evidente idoneidade para o disparo, de tal maneira que o perigo abstrato ou geral possa ver-se concretizado em qualquer momento mediante o uso eficaz e potencialmente perigoso da arma. Para valorar a eficácia ou funcionamento da arma, deverá comprovar-se sua aptidão para disparar. Essa aptidão para o disparo deve apreciar-se em abstrato e não como possibilidade imediata e atual da arma, de maneira que, quando a eventual dificuldade ou defeito for reparável, conforme um juízo baseado na experiência geral, não implicando, por isso, sua inutilidade definitiva, a conduta é típica. (...). **Neste sentido, se menciona que essa referência à possibilidade do perigo concreto ou lesão pode servir para deslindar o direito sancionador administrativo do direito penal, evitando assim que este último seja um mero apêndice sancionador da infração da normativa administrativa**

de controle, considerando que aquilo que sob determinadas circunstâncias (o uso da arma) não possa concretizar-se em perigo de lesão não teria virtualidade suficiente para afetar a segurança. (...). O recurso à sanção penal somente estará justificado quando a posse da arma se produza em condições ou circunstâncias tais que a convertam, no caso concreto, em especialmente perigosa para a segurança coletiva, ficando excluída a intervenção do direito penal quando não ocorra realmente esse concreto perigo sem prejuízo de que se acuda, neste caso, ao direito administrativo sancionador, pois do contrário o recurso à sanção penal resultaria desnecessário e desproporcional. À UNANIMIDADE, NEGARAM PROVIMENTO AOS APELOS. (Apelação Crime Nº 70035283068, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em 28/10/2010 grifou-se)

Os Desembargadores, então, entenderam que é necessário analisar o caso concreto para verificar se o ato praticado criou, à época, um risco para o bem jurídico penal abrigado pela norma. Assim, o mero enquadramento da conduta ao dispositivo não é suficiente para a configuração de responsabilidade penal. É preciso ver se o comportamento do agente efetivamente causou alguma afetação ao bem jurídico penalmente relevante; caso contrário, estar-se-á utilizando o Direito Penal para sancionar mera infringência a regra administrativa, função que descabe ao âmbito criminal. No caso concreto, no entanto, como ficou constatada a ofensa a bem jurídico penal, decidiu-se por condenar o infrator.

Como se não bastasse, além de ter a sua atuação limitada à proteção dos bens jurídicos que efetivamente merecem a sua tutela, o Direito Penal – e, conseqüentemente, os tipos penais de perigo abstrato – deverá estar em plena consonância com os princípios que lhe norteiam. Tais princípios, em verdade, compõem uma espécie de plataforma mínima sobre o qual o Direito Criminal deve ser elaborado para que atenda aos preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

2.3 Relação entre os crimes de perigo abstrato e os princípios norteadores do Direito Penal

2.3.1 Princípio da ofensividade

O princípio da ofensividade, chamado por alguns autores de princípio da lesividade, é aquele segundo o qual toda a incriminação deve ter como finalidade a proteção de bens jurídicos de lesões ou de exposições a perigo. O seu conceito, traduzido na expressão em latim “*nullum crimen sine iniuria*”, determina que as condutas penalmente relevantes serão aquelas aptas a vulnerar um bem digno de tutela penal.

Assim, esse princípio funciona, de certa forma, concomitantemente como legitimador e limitador da intervenção penal. Ele autoriza o Direito Criminal a penalizar as pessoas que agredirem bens jurídicos essenciais à digna existência dos seres humanos, mas, ao mesmo tempo, o impede de atuar quando a conduta não se mostrar em condições idôneas de afetar um bem jurídico penal⁶⁴. A questão é saber quando uma conduta poderá ser considerada como ofensora à integridade do bem jurídico tutelado pela lei penal.

Para José Francisco de Faria Costa, a ofensividade pode se manifestar em três níveis: “dano/violação; concreto pôr-em-perigo e cuidado-de-perigo”⁶⁵. O primeiro nível corresponde aos crimes de dano; o segundo, aos crimes de perigo concreto; e o terceiro, aos crimes de perigo abstrato. Os três níveis por ele mencionados, portanto, seriam os desvalores aptos a fundamentar a incriminação de uma conduta. Se o comportamento de determinado agente não se enquadrar em

⁶⁴ Nilo Batista faz menção a quatro funções elementares do princípio da ofensividade, quais sejam: proibir a incriminação de uma atitude interna, ou seja, a punição de uma mera cogitação, sem que se tenha exteriorizado na forma de uma conduta criminosa (*cogitationis poenam nemo patitur*); proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio agente, como, por exemplo, a autolesão e a prática de atos preparatórios ao crime (fase anterior à execução); proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais, isto é, direcionar o Direito Penal para punir os indivíduos apenas pelos fatos que praticarem, e não por aquilo que são; e, por fim, proibir a incriminação de condutas desviadas que não prejudiquem bens jurídicos de relevância penal, ou seja, que não lhes causem lesão ou perigo de lesão. Ver BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 92 e ss.

⁶⁵ FARIA COSTA, José Francisco de. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2000. p. 642-644.

uma dessas perspectivas, não haverá ofensa ao bem jurídico, o que afasta a hipótese de incidência da norma penal.

Pierpaolo Cruz Bottini refere que relativamente ao último nível de ofensa ao bem jurídico, correspondente aos crimes de perigo abstrato, a ofensividade deve estar presente tanto no plano legal quanto no plano fático. Assim, além de a norma ter que descrever a conduta de maneira clara e taxativa, deverá o julgador, ao aplicá-la, verificar se houve a criação de um risco, ainda que potencial, de afetação do bem jurídico por ela tutelado. Caso a conduta não tenha a menor possibilidade de infringir o bem jurídico protegido pela norma, atípica é a conduta, ainda que, *a priori*, ela tenha se enquadrado na descrição do tipo penal.⁶⁶

Ângelo Ilha da Silva alerta que há certas condutas que, embora isoladamente não sejam danosas ou perigosas, somadas apresentam um dano ou um perigo de dano relevante – o que, segundo o próprio autor, só poderá ser constatado mediante estudos confiáveis. Nessas hipóteses, entende ele, a tipificação de tais condutas como crimes de perigo abstrato não afrontaria o princípio da lesividade. Nesse sentido que ele refere o caráter preventivo dos crimes de perigo abstrato: com a certeza de que o acúmulo de determinadas condutas pode afetar um bem jurídico penal, nada impede a sua incriminação, em estrita observância ao princípio da ofensividade.⁶⁷

Luiz Regis Prado vê os crimes de perigo abstrato como solução para o problema de identificar o nexo de causalidade entre comportamentos arriscados e o dano ambiental. Para ele, a incriminação de condutas que conjuntamente podem afetar o meio ambiente (bem jurídico de relevância penal) gera uma mitigação do princípio do *in dubio pro reo*, evitando-se infundadas absolvições.⁶⁸

⁶⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 208.

⁶⁷ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 97-98. O exemplo mais claro em que o Direito Penal atua de maneira preventiva é no que diz respeito a certos crimes ambientais, como o de poluição, em que há estudos científicos que atestam que o ato de emitir substâncias poluentes em certos níveis pode, se praticado reiteradas vezes, danificar o meio ambiente.

⁶⁸ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 140.

Merece destaque, ainda, uma passagem da obra de Ângelo Roberto Ilha da Silva, que sintetiza com muita clareza as condições que ele entende necessárias aos crimes abstratos para estar em conformidade com o princípio ora abordado:

O princípio da lesividade ou da ofensividade é, portanto, observado, sempre que o tipo penal tiver por finalidade proteger bens jurídicos, sendo que alguns, por suas características, tais como o meio ambiente, a ordem econômica, a fé pública e a saúde pública, entre outros, só podem ser, em certos casos, eficazmente tutelados de forma antecipada mediante tipos de perigo abstrato, seja em razão dos resultados catastróficos que um dano efetivo traria, seja pela irreversibilidade do bem ao estado anterior, seja pelo fato de não se poder mensurar o perigo imposto em certas circunstâncias, ou a inviabilidade de estabelecer o entrelaçamento entre múltiplas ações e um determinado resultado danoso nos moldes rigorosos do processo penal.

(...) para tanto, é mister uma rigorosa técnica de tipificação, bem como uma precisa e taxativa descrição do modelo incriminador.⁶⁹

O próprio Superior Tribunal de Justiça já julgou pela atipicidade de conduta que, em que pese estivesse enquadrada no dispositivo legal de perigo abstrato, revelou-se absolutamente inapta a colocar em risco o bem jurídico tutelado pela norma. Como exemplo, colaciona-se a ementa do julgamento do Habeas Corpus nº 140.061 do Espírito Santo, relativo ao crime de porte ilegal de arma:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. **ARMA DESMUNICIADA**. FALTA DE ACESSO PRONTO À MUNIÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. **OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE**. ORDEM CONCEDIDA.

1. Como bem observado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, no RHC nº 81.057-8/SP, "para a teoria moderna - que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso - o cuidar-se de crime de mera conduta - no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação - não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato."

2. De feito, o simples portar arma, sem que se tenha acesso à munição, não apresenta sequer perigo de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, no caso, a segurança pública, devendo ser reconhecida a atipicidade material da conduta, observando-se, sempre, o caráter fragmentário do direito penal.

3. Na hipótese, o paciente foi abordado portando uma espingarda, tipo carabina, desmuniçada, e na oportunidade acompanhou os policiais militares até a sua residência, onde foi encontrada a munição. Conduta atípica.

⁶⁹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 101.

4. Ordem concedida.
(HC 140.061/ES, Rel. Ministro CELSO LIMONGI
(DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA,
julgado em 25/05/2010, DJe 21/06/2010 – grifou-se)

No caso em tela, a Sexta Turma entendeu unanimemente que o portar arma de fogo sem munição não representaria nenhum risco de perigo ao bem jurídico penal tutelado pela norma, qual seja, a incolumidade pública. Conclui-se, portanto, que a infração penal efetivamente não se resume à mera violação da regra. É preciso que ela afronte o bem jurídico protegido pela norma, seja causando uma situação de dano, de perigo concreto ou de perigo abstrato. Na hipótese do porte ilegal de arma de fogo, tipificado como crime de perigo abstrato, a conduta do agente deve ao menos ser apta a criar a situação de risco que se quer evitar. Ausente qualquer risco ao bem jurídico, não há ofensividade e, portanto, não há como punir o infrator.

2.3.2 Princípio da intervenção penal mínima, da fragmentariedade e da subsidiariedade

No que diz respeito aos princípios da intervenção penal mínima, da fragmentariedade e da subsidiariedade do Direito Penal, interessante que se faça uma análise conjunta, vez que a correlação dos seus conceitos prejudicaria compreendê-los mediante um exame singularizado.

O princípio da intervenção mínima do Direito Penal impõe a este ramo do Direito a possibilidade de agir somente quando nenhum outro mecanismo de controle social tiver condições de proteger bens jurídicos fundamentais ao ser humano. O Direito Penal é a *ultima ratio*. Só irá atuar quando os outros meios existentes não forem capazes de evitar a conduta indesejada. Em outras palavras, somente quando Direito Penal constituir o único meio capaz de proteger determinado bem jurídico, ou seja, quando for realmente necessário, ele irá agir. Dessa definição denota-se o seu caráter subsidiário.

De acordo com Néelson Hungria, se um fato ilícito que afrontar um interesse individual ou coletivo essencial ao homem puder ser contido através de sanções civis, não há espaço para a incidência da norma penal. Assim, conclui o autor que:

(...) o *ilícito penal* é a violação da ordem jurídica, contra a qual, pela sua *intensidade* ou *gravidade*, a única sanção adequada é a pena, e *ilícito civil* é a violação da ordem jurídica, para cuja debelação bastam as sanções atenuadas da indenização, da execução forçada ou *in natura*, da restituição ao *statu quo ante*, da breve prisão coercitiva, da anulação do ato etc.⁷⁰

Ângelo Roberto Ilha da Silva vê o princípio da intervenção penal mínima como garantidor da dignidade da pessoa humana, porquanto não permitirá a submissão do indivíduo à sanção penal quando ela se revelar desnecessária. Segundo ele, o referido princípio está implícito na Constituição Federal no seu artigo 1º, inciso III⁷¹, atinente à essencialidade da dignidade dos seres humanos no Estado Democrático de Direito. Afirma, ainda, que subsiste em razão do caráter fragmentário do Direito Penal, segundo o qual o Direito Penal protege apenas parcialmente os bens jurídicos fundamentais.⁷²

Na visão de Pierpaolo Cruz Bottini, o caráter fragmentário do Direito Penal é o que o veda de atuar sobre todos os ataques direcionados a bens jurídicos tutelados. Somente as agressões intoleráveis às expectativas sociais legitimarão a intervenção penal. A sociedade, em verdade, repugna a utilização da lei penal, mas a considera único meio capaz de reprimir certas condutas. Assim, ao mesmo em tempo que o Direito Criminal penal tem o seu campo de incidência reduzido, ele acaba recebendo

⁷⁰ HUNGRIA, Nélon. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. ver. e atual. por Heleno Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1978. vol. VII. p. 178.

⁷¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana.

⁷² SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 119. Percebe-se, pois, que o princípio da intervenção mínima atrela o Direito Penal a um grau de necessidade. O Ilustre professor Marco Aurélio de Oliveira, em sua honorável obra, igualmente dedicou-se à questão: “O fim a que se destina a norma há de ser entendido como o de interferir o mínimo possível na vida individual, ou seja, dentro o critério da necessidade dessa intervenção.” Ver OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. O direito penal e a intervenção mínima. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 5, n. 17, jan./mar. 1997 apud SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 118. O próprio filósofo francês Montesquieu, mentor da Teoria da Separação dos Poderes, entendia que a pena aplicada desnecessariamente configuraria um ato tirânico do Estado. Ver MONTESQUIEU, Charles de Secondant. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martines Fontes, 1996. p. 323.

uma simbologia e uma solenidade que lhe são peculiares, de tal forma que a sua norma passa a ser seriamente respeitada.⁷³

De acordo com esse mesmo autor, os tipos de perigo abstrato estarão em consonância com o caráter subsidiário do Direito Penal sempre que a conduta descrita na norma não puder ser tutelada por outro mecanismo de contenção de riscos. E, garante, quando esses tipos delitivos se direcionarem a condutas que representem riscos intoleráveis pela sociedade, estarão igualmente em perfeita harmonia com o princípio da fragmentariedade.⁷⁴ Todavia, ele alerta que nas situações em que a conduta típica não representar um ataque violento ao interesse protegido pela norma penal, ou em que o risco criado pela conduta for tolerado pela sociedade, a atuação do Direito Penal não será legítima.⁷⁵

No julgamento da Apelação Criminal nº 70016882508, a Sexta Câmara Criminal ressaltou a importância do caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, nascedouros do princípio da intervenção mínima. Segue a ementa do referido julgado:

VENDA DE BEBIDA ALCÓOLICA A ADOLESCENTES. DENÚNCIA REJEITADA. A incidência penal há de fazer-se quando o conflito que se estabelecer em vista do fato praticado não puder ser solucionado por outras esferas do ordenamento. **Ademais, segundo o princípio da fragmentariedade, somente os ataques intoleráveis é que devem ser consagrados pelo legislador como categorias típicas.** E mais: ataques intoleráveis aos bens jurídicos de maior representatividade, que são aqueles co-relacionados aos direitos fundamentais (Sentença do Magistrado Orlando Faccini Neto, transposto no Acórdão 70016054355, 6ª Câmara Criminal, j. 19/10/2006). Apelação improvida. (Apelação Crime Nº 70016882508, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Bandeira Scapini, Julgado em 09/11/2006 – grifou-se)

⁷³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 211-212.

⁷⁴ O autor traz novamente a noção de que os riscos são essenciais à manutenção do modelo social atual, de modo que a sua extinção acarretaria a queda do sistema vigente. Nesse sentido, cita exemplos de alguns riscos que a sociedade efetivamente repudia, tais como as atividades que envolvem energia nuclear e a engenharia genética, além de fazer menção aos chamados riscos decorrentes das interações humanas, como o trânsito.

⁷⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 210-213.

Na ocasião, os Magistrados entenderam que a venda de três latas de cerveja a quatro adolescentes não teria a relevância e a intolerabilidade social necessária para atrair a atenção do Direito Criminal. Dessa forma, mesmo com a configuração da conduta proibida pelo tipo penal de perigo abstrato (artigo 243, da Lei nº 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente), afirmaram razoável a utilização de alguma medida de natureza cível, como, por exemplo, a cassação do alvará do estabelecimento, mas não a intervenção penal.

Para finalizar, Ângelo Ilha da Silva sustenta que quando o Direito Penal for necessário para reprimir uma conduta desvaliosa e a norma não puder ser tipificada como delito de dano ou de perigo concreto, em razão do grau de ofensa ao bem jurídico, a sua tipificação como de perigo abstrato estará em plena sintonia com o princípio da intervenção mínima. Um exemplo, para ele, é o crime de tráfico de entorpecentes; não se pode considerar a atuação do Direito Penal desnecessária neste caso, porquanto único meio capaz de conter a ofensa à saúde pública; ademais, sendo o tráfico uma conduta perigosa e não necessariamente danosa e sabendo-se que a saúde pública é um bem difuso de interesse coletivo, insuscetível de aferição do *quantum* vulnerado caso a caso, plausível a aceitação dos tipos de perigo abstrato.⁷⁶

2.3.3 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, construído nos séculos XVII e XVIII com a finalidade de limitar os poderes da monarquia absoluta sobre os seus súditos, tem como objetivo garantir o equilíbrio entre a pena cominada e o ato delituoso praticado pelo agente. Cesare Beccaria já atentava para a importância do princípio da proporcionalidade:

Não só é interesse comum que não sejam cometidos delitos, mas também que eles sejam tantos mais raros quanto maior o mal que causam à sociedade. Portanto, devem ser mais fortes os obstáculos que afastam os homens dos delitos na medida em que estes são contrários ao bem comum e na medida dos impulsos que os levam

⁷⁶ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 127-129.

a delinqüir. Deve haver, pois, uma proporção entre os delitos e as penas.⁷⁷

Assim, de acordo com o autor italiano, a estrita proporção entre as penas e os crimes será imprescindível para evitar a prática de delitos, especialmente os mais graves. Afirma ele que se uma mesma pena é destinada a dois crimes com grau de ofensa diferente, os indivíduos não encontrarão obstáculos para não praticar o crime mais grave, se, obviamente, o seu resultado lhe for mais vantajoso.⁷⁸ Pierpaolo Cruz Bottini adverte que, uma vez que a aplicação da pena é uma restrição da dignidade humana, afetando bens fundamentais ao ser humano, a conduta que a justifica deve violar ou colocar em relevante risco bem de igual monta, senão maior.⁷⁹

Para que a intervenção estatal no âmbito do indivíduo não seja desproporcional, a quantificação e a qualificação da pena devem observar tanto o bem jurídico que fora ofendido quanto o nível de ofensa a ele perpetrada (se lesão, perigo concreto ou perigo potencial).

Para Ângelo Roberto Ilha da Silva, o princípio da proporcionalidade se desdobra em outros três subprincípios, quais sejam: princípio da adequação ou idoneidade; princípio da necessidade ou exigibilidade; e princípio da proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro estabelece que a norma deve ser adequada e idônea à sua finalidade; o segundo prevê a utilização da pena somente quando o Estado não dispuser de outro meio menos gravoso ao indivíduo para atingir o fim proposto; o terceiro, que só será idôneo quando respeitadas as diretrizes dos princípios anteriores, requer seja feita uma ponderação entre a pena e o resultado por ela visado, de tal forma que, em havendo duas medidas punitivas igualmente adequadas para alcançar a finalidade querida, a que se mostrar menos molesta figurará como proporcional.⁸⁰

⁷⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 50.

⁷⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 52.

⁷⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 213.

⁸⁰ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 103-105.

Em vista dos apontamentos ora expendidos, é possível concluir que a sanção à conduta que danifica o bem jurídico (crimes de dano) deverá ser mais severa do que à conduta que apenas cria uma situação de perigo à sua segurança (crimes de perigo). E, logicamente, entre a prática de uma conduta que coloque o bem jurídico protegido em situação concreta de perigo (crimes de perigo concreto) e a prática de uma conduta que seja apenas potencialmente perigosa (crimes de perigo abstrato), a primeira deverá ser punida com mais severidade. Daí porque, dentre as três formas de se ofender um bem jurídico, os crimes de perigo abstrato deverão ter a mais branda punição – se, obviamente, o bem jurídico afetado for o mesmo.

O TJ/RS já se manifestou no sentido de que deve haver proporcionalidade entre as penas cominadas para crimes de dano, de perigo concreto e de perigo abstrato. A jurisprudência ora colacionada, que trata de denúncia movida contra indivíduo cuja conduta enquadrou-se no artigo 273, § 1º - B, I, referente à comercialização de produtos com fins terapêuticos ou medicinais sem o registro no órgão competente, destacou a total desproporção da pena constante do dispositivo (reclusão de dez a quinze anos) ao englobar tanto condutas de perigo concreto como condutas de perigo abstrato. Atente-se para a ementa da decisão mencionada:

VENDA DE MEDICAMENTO SEM REGISTRO CRIME DE PERIGO ABSTRATO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE – POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE. Medicamento produzido no Uruguai, com similar no Brasil, em que pese não ter registro na ANVISA. Crime de perigo abstrato, art. 273, § 1º-B, inc. I. Pena de 10 a 15 anos de prisão. **Ofensa ao princípio da proporcionalidade, em face de conter, o mesmo conjunto típico, normas incriminadoras que configuram crimes com claro perigo de lesão e outros de simples perigo abstrato, que configuram mera violação a mandamento de ordem administrativa.** Possivelmente atue sem consciência de que pratica crime, agente com origens na fronteira e que vende no Brasil, remédio similar ao Viagra, produzido no Uruguai, embora sem registro na ANVISA. (Apelação Crime Nº 70023199664, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 11/09/2008 – grifou-se)

Para Ângelo Ilha da Silva, o delito de perigo abstrato atenderá ao princípio da proporcionalidade sempre que:

apresentar uma precisa descrição na qual a conduta vulnere, ao menos potencialmente, um bem jurídico, ou seja, o perigo deve ser

ínsito à conduta, de acordo com as regras da experiência e do bom senso. Deve-se, então, averiguar a idoneidade e a necessidade da resposta penal ante a conduta e, num terceiro passo, fazer uma ponderação em torno da razoabilidade na relação entre meio (incriminação) e fim (tutela do bem jurídico). O legislador deverá avaliar a conveniência, valendo-se da prudência para não incorrer em excesso, mas o exame se dá caso a caso. De modo que o crime de perigo abstrato ora poderá ser proporcional ao fato, ora não.⁸¹

Ademais, este princípio determina que haja uma proporção punitiva dentro dos próprios delitos de perigo abstrato individualmente considerados. Desse modo, se duas condutas tipificadas como de perigo abstrato forem praticadas contra o mesmo bem jurídico, aquela que demonstrar uma periculosidade mais elevada e um maior potencial lesivo deverá ser ter uma punição mais rigorosa. Neste caso, a função de preservar o princípio da proporcionalidade caberá ao julgador, ao aplicar a lei no caso concreto, observando os critérios da dosimetria da pena. Frise-se, no entanto, que a aferição acerca das consequências de cada conduta deverá ser feita por uma perspectiva *ex ante*, ou seja, a periculosidade e o potencial ofensivo da conduta deverão ser considerados à época em que praticado o ato.⁸²

Por esta razão, a Primeira Câmara Criminal entendeu, no julgado abaixo ementado, que o indivíduo que trafica drogas sem integrar organizações criminosas merece uma pena mais branda do que um criminoso envolvido numa quadrilha, por exemplo. A conduta é a mesma. Todavia, o risco de lesão ao bem jurídico tutelado pela norma é indubitavelmente maior no segundo caso.

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Condenação que se impunha. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. **O crime de tráfico é classificado como crime de perigo presumido, que atinge a saúde pública, uma vez que o sujeito passivo do fato criminoso é a coletividade.** A venda de drogas e as demais condutas descritas no tipo penal (art. 33 da Lei nº 11.346/06) constituem, sem dúvida, situação de perigo e dano à sociedade, seja pela propagação do vício, seja pela indução à prática de outros delitos. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06 NÃO RECONHECIDA. O nobre Promotor de Justiça que subscreveu as razões de apelo invoca a inconstitucionalidade do redutor de pena previsto na lei sobre drogas, por entender que tal

⁸¹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 116-117.

⁸² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 214-215.

reductor fere o **princípio da proporcionalidade** e por não assegurar segurança à sociedade. **Ora, tenho entendimento oposto ao assinalado pelo eminente agente do Parquet, pois é justamente para garantir a segurança que foi imposto apenamento severo ao traficante e é com vista à proporcionalidade que o pequeno traficante, primário e de bons antecedentes, que não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa, recebeu um tratamento diferenciado daquele que já tenha participação anterior no mundo do crime, talvez no intuito de permitir que a primeira condenação, em menor monta, possibilite a reflexão e o abandono completo da seara criminosa.** Apelos improvidos. (Apelação Crime Nº 70039756978, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 23/03/2011 – grifou-se)

2.3.4 Princípio da culpabilidade

Para Damásio Evangelista de Jesus, o princípio da culpabilidade visa restringir a atuação do Direito Penal unicamente às condutas culposas (em sentido amplo) e quando o ordenamento jurídico as considerar reprováveis. De acordo com o autor, o juízo de reprovabilidade recairia “*sobre o sujeito imputável que, podendo agir de maneira diversa, tinha condições de alcançar o conhecimento da ilicitude do fato (potencial consciência da antijuricidade).*”⁸³ Por essa razão, afirma-se que o Direito Penal é um ramo do Direito essencialmente subjetivo.

Assim, pelo raciocínio exposto, não se aceita a cominação de uma pena pela simples demonstração de um nexos de causalidade entre uma conduta e um ilícito penal, ou seja, objetivamente (*nullum crimen sine culpa*). É preciso que esteja verificado, no caso concreto, a culpa lato senso do agente, a qual inclui o dolo (intenção de agir) e a culpa em sentido estrito (negligência, imperícia ou imprudência no agir). Ademais, é preciso que a conduta seja reprovável, isto é, o indivíduo deve ser imputável, ter condições de conhecer a ilicitude da sua conduta e ter a possibilidade de agir de maneira diversa da qual agiu.

Ângelo Roberto Ilha da Silva, por sua vez, entende que o princípio da culpabilidade traduz-se fundamentalmente no juízo de reprovação da conduta praticada pelo agente. No que diz respeito a este juízo de reprovação, concorda com Damásio Evangelista, afirmando que recairá sobre “*o agente capaz que detinha no momento em que praticou o fato delituoso ao menos*

⁸³ JESUS, Damásio Evangelista de. *Crimes de Trânsito*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 31.

a possibilidade do conhecimento penalmente proibido, sendo que sobre ele se poderia exigir um comportamento conforma a vontade da norma". O autor, portanto, parte de uma concepção puramente normativa de culpabilidade, ou seja, afasta-lhe o elemento psicológico representado pelo dolo e pela culpa. Tal elemento, de acordo com ele, é inerente à conduta, devendo ser analisado juntamente a esta.⁸⁴

Em que pese ambas as concepções tragam a noção de "conduta reprovável", os autores vêem a culpabilidade sob ângulos diferentes. Enquanto Damásio entende que a culpabilidade é um pressuposto da pena, Ângelo Roberto – e a maior parte da doutrina – a vê como um elemento integrante do crime. Esta diferenciação é de extrema relevância, porquanto, sob a primeira perspectiva, o crime estará configurado mesmo que a conduta do agente careça de reprovabilidade (o agente apenas não será punido, mas a sua conduta continuará sendo um crime)⁸⁵, ao passo que, sob a segunda perspectiva, a conduta deixará de ser crime, ante a ausência de um dos elementos para a sua configuração.

Partindo para uma análise focada nos crimes de perigo abstrato, Ângelo Ilha da Silva afirma que a presunção de perigo nessa espécie delitiva não implica a presunção da culpabilidade (reprovabilidade) do ato praticado. Isso porque, para ele, o dano ou o perigo ao bem jurídico tutelado estariam centrados no plano da ilicitude da conduta, não se confundido, pois, com o plano da culpabilidade, outro elemento do delito. Nesse sentido, sustenta que o injusto penal difere da culpabilidade, de tal forma que um comportamento pode configurar-se perfeitamente como um injusto penal de perigo sem que esteja presente o componente de culpabilidade.⁸⁶

Dessa forma, conclui-se que os crimes de perigo abstrato, para que estejam em plena consonância com a ordem constitucional, devem restringir-se aos comportamentos tidos como reprováveis pelo nosso ordenamento. Em se constatando a ausência de algum dos elementos do juízo de reprovação (imputabilidade, potencial conhecimento do ilícito e exigibilidade de comportamento

⁸⁴ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 129-134.

⁸⁵ Os elementos do crime, de acordo com esta corrente, seriam a tipicidade da conduta e a sua antijuricidade.

⁸⁶ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 138.

conforme o Direito), não haverá espaço para a punição do indivíduo, ainda que a sua conduta possa ser tipificada como de perigo abstrato.

Não se pode deixar de mencionar, igualmente, a necessidade de o ato delituoso ter sido praticado culposamente (com a presença de dolo ou culpa em sentido estrito). Em outras palavras, o agente jamais responderá objetivamente pela prática de um crime, o que inclui, obviamente os crimes de perigo abstrato.

CONCLUSÃO

Através do desenvolvimento do presente trabalho pudemos concluir que os crimes de perigo abstrato, construídos num contexto social pautado pelos riscos de certos comportamentos, possuem uma característica que lhes é peculiar: a mera criação de uma situação de perigo potencial é suficiente para a configuração da conduta como delituosa. Não se exige, portanto, a ocorrência de um resultado lesivo ou de perigo concreto.

A fim de que se adequem à função do sistema penal no Estado Democrático de Direito, os tipos penais de perigo abstrato devem visar à proteção dos valores fundamentais aos seres humanos, os quais estão pressupostos na Constituição ao menos implicitamente. Por esta razão, a sua incidência se restringirá aos bens jurídicos que, de uma forma ou outra, garantem a segurança e a existência da dignidade da pessoa humana, valor precípuo na sociedade atual. Assim, conforme se viu, podem tutelar tanto bens individuais como bens difusos, desde que a sua finalidade seja a proteção - mediata ou imediata - da dignidade.

Dessa forma, condutas que não ofendam bens jurídicos nas condições acima referidas não poderão ser tipificadas como de perigo abstrato, ainda que a sua prática esteja em perfeita sintonia com o dispositivo legal. É preciso localizar, dentro do dispositivo em análise, qual o bem jurídico que se quer tutelar. Se o bem jurídico tutelado merecer o *status* de bem jurídico penal e a conduta efetivamente tiver criado uma situação de risco à sua integridade, a punição do agente será, nesse aspecto, legítima.

Entretanto, para que não haja empecilho à incriminação de condutas tidas como abstratamente perigosas, a aplicação da norma deve estar em consonância com os princípios norteadores do Direito Penal.

De fato, deve-se analisar o caso concreto para verificar se a conduta, à época em que praticada, efetivamente criou uma situação de risco potencial ao bem jurídico protegido pela norma. O papel do juiz, então, não pode se restringir a verificar se o comportamento do agente se enquadra à descrição do tipo. Ele deve examinar se a conduta, quando praticada, além de se enquadrar no dispositivo, tinha, nas circunstâncias em que praticada, condições de criar um risco potencial ao bem jurídico. Se o comportamento se mostrar absolutamente inofensivo, a sua não

incriminação é a medida mais justa.

Ademais, viu-se que os crimes de perigo abstrato devem, também, respeitar o princípio da intervenção mínima do Direito Penal. O caráter fragmentário e subsidiário desse ramo do Direito legitima a sua atuação somente quando a conduta praticada for realmente intolerável e nenhum outro mecanismo for capaz de proteger o bem jurídico ofendido. O Direito Penal é a *ultima ratio*, de tal forma que os crimes de perigo abstrato só serão legítimos se não houver nenhuma outra maneira de conservar o bem-interesse tutelado pela norma.

Relativamente ao princípio da proporcionalidade, sustentou-se que a pena cominada aos crimes de perigo abstrato deve guardar estrita proporção com o grau de ofensa ao bem jurídico e com a relevância do referido bem jurídico. Em se tratando do nível mais ínfimo de ofensa, não se pode cominar penas que sejam superiores à dos crimes de dano e à dos crimes de perigo concreto quando o bem jurídico afetado for o mesmo.

Por fim, dedicando parte do trabalho ao princípio da culpabilidade, foi possível perceber que a condenação de um agente pela prática de uma conduta tipificada como de perigo abstrata depende, também, da culpa e da reprovabilidade do seu agir. O juízo de reprovação, conforme se analisou, somente se perfará se a conduta for praticada por agente imputável que, tendo plenas condições de saber que o ato praticado é contrário à norma, tinha a possibilidade de agir em conformidade com o Direito.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. *Código de Trânsito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm>. Acesso em: 22 de maio de 2011.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 15 de maio de 2011.

BRASIL. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 01 de junho de maio de 2011.

BRASIL. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 14 de junho de 2011.

BRASIL. *Lei dos Crimes Ambientais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm>. Acesso em: 05 de junho de 2011.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Nexo Causal*. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FARIA COSTA, José Francisco de. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2000.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.

GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

HUNGRIA, Néelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. ver. E atual. Por Heleno Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1978. vol. VII.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Crimes de Trânsito*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MONTESQUIEU, Charles de Secondant. *O espírito das leis*. Trad. Cristina Murachco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

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

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