

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO - FND

GUSTAVO HENRIQUE SOUSA CAMPOS

IMPUNIBILIDADE DO PERIGO ABSTRATO

RIO DE JANEIRO
2023 / 1 SEMESTRE

GUSTAVO HENRIQUE SOUSA CAMPOS

IMPUNIBILIDADE DO PERIGO ABSTRATO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor **Antonio José Teixeira Martins**.

RIO DE JANEIRO
2023 / 1 SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

C198i Campos, Gustavo Henrique Sousa
Impunibilidade do perigo abstrato / Gustavo
Henrique Sousa Campos. -- Rio de Janeiro, 2023.
67 f.

Orientador: Antonio José Teixeira Martins.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.

1. Crimes de perigo abstrato. 2. Antecipação da
tutela penal. 3. Política criminal. 4. Expansionismo
penal. I. Martins, Antonio José Teixeira, orient.
II. Título.

GUSTAVO HENRIQUE SOUSA CAMPOS

IMPUNIBILIDADE DO PERIGO ABSTRATO

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Antonio José Teixeira Martins**.

Data da Aprovação: ___/___/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Co-orientador (Opcional)

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO
2023 / 1 SEMESTRE

Ao meu irmão, Guilherme.

RESUMO

Pretende-se esclarecer, através de análise dogmática e político-criminal, a impunibilidade dos tipos de perigo abstrato, bem como a expansão penal e a crise de legitimidade e justificação do moderno ordenamento jurídico-penal consequentes de sua adoção. Para tanto, recorrer-se-á, além da principiologia do Direito Penal liberal, à teoria do bem jurídico, bem como ao princípio da ofensividade para demonstrar a impossibilidade de proibição ou cominação penal diante de conduta não ofensiva a bem jurídico. Assim, mostra-se insuficiente à caracterização do ilícito-típico a tipicidade meramente formal. Necessita-se da efetiva lesão ou perigo concreto, de forma que tão somente perante a concepção de delito como ofensa ao bem jurídico estará a intervenção penal legitimada.

Palavras-chave: Impunibilidade; Perigo abstrato; Expansionismo penal; Ofensividade; Lesão; Perigo concreto.

RESUMEN

Busca aclararse, a través de análisis dogmática y político-criminal, la impunidad de los delitos de peligro abstracto, así como la expansión penal y la crisis de legitimidad del moderno ordenamiento jurídico-penal consecuentes de su adopción. Para tanto, se recurrirá, además de los principios del derecho penal liberal, a la teoría del bien jurídico, pero también al principio de la lesividad para demostrar la imposibilidad de la prohibición o la conminación penal delante conductas no lesivas al bien jurídico. Así, se muestra insuficiente a la caracterización del ilícito-típico la tipicidad meramente formal. Se necesita de la efectiva lesión o peligro concreto, de modo que solamente ante la concepción de delito como ofensa al bien jurídico estará la intervención penal legitimada.

Palabras clave: Impunidad; Peligro abstracto; Expansión penal; Lesividad; Lesión; Peligro concreto.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. TEORIA DO BEM JURÍDICO-PENAL.....	11
1.1. Conceitos de bem jurídico.....	11
1.1.1. Visão positivista.....	11
1.1.2. Visão neokantista.....	13
1.1.3. Visão finalista.....	15
1.1.4. Visão funcionalista.....	17
1.2. Bem jurídico como limite ao direito de punir.....	20
1.3. Funções atribuídas ao bem jurídico-penal.....	23
1.4. Ilícito-típico como ofensa a bem jurídico-penal.....	24
2. PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL LIMITADORES DO PODER DE PUNIR.....	27
2.1. Ofensividade: nullum crimen sine injuria.....	27
2.1.1. Função político-criminal: limite ao poder punitivo do Estado.....	28
2.1.2. Função dogmática ou interpretativa da ofensividade.....	28
2.1.2.1. Resultado (lesão ou perigo concreto de lesão).....	31
2.2. Princípio da insignificância: minima non curat praetor.....	32
2.2.1. Princípio da insignificância nos Tribunais Superiores.....	38
2.3. Intervenção mínima.....	42
2.3.1. Fragmentariedade do Direito penal.....	43
2.3.2. Subsidiariedade do Direito penal.....	44
3. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO E ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PENAL.....	47
3.1. Perigo.....	47
3.2. Crimes de perigo abstrato.....	47
3.3. Crítica político-criminal dos crimes de perigo abstrato.....	51
3.4. Consequência político-criminal do Direito penal moderno: expansionismo penal.....	54
4. IMPOSSIBILIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PERIGO ABSTRATO.....	57
5. CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	62

INTRODUÇÃO

Pode-se conceber infração penal como violação (lesão ou perigo concreto) de interesse social fundamental (bem jurídico) tutelado pela norma penal ou como mera infração do imperativo jurídico, isto é, como desobediência ao dever imposto pela norma. Pode-se dizer que o causalismo, finalismo e funcionalismo adotam o conceito de delito como decorrente desta última concepção. Ao revés, diz-se que o neokantismo e o delito pautado no princípio da ofensividade concebem o delito quanto determinado na primeira acepção.

A concepção do crime como comportamento ofensivo a bem jurídico mostra-se compatível aos princípios clássicos do Direito Penal liberal, comprometido com a limitação do poder estatal de punir, quais sejam, a intervenção mínima, subsidiariedade e fragmentariedade.¹ Dessa forma, o delito materialmente fundado, isto é, tido como ofensa a bem jurídico, determina os contornos de uma ingerência penal legítima, não só em relação à dogmática, como também à política criminal,² limitando a possibilidade da repressão estatal. Com isso, diz-se que o princípio da ofensividade é dotado de caráter fundamentador do delito. É dizer que não há delito sem dano concreto ao bem jurídico de outrem decorrente de conduta tipificada como crime pelo Direito Penal.³

Ademais, em vista de ser o conceito de ofensividade relacional,⁴ atribui-se certa importância à caracterização do bem jurídico. Este deve, de modo a conter o arbítrio legislativo, devidamente determinado e individualizado, bem como ser capaz de ser lesionado ou submetido a perigo concreto.⁵

¹ Segundo Luiz Flávio Gomes, “o legislador deve descrever as figuras típicas de tal modo a reconhecer a ofensividade da conduta. Mas para além da ofensividade é preciso também constatar sua intolerabilidade. Somente o ataque intolerável (segundo o princípio da fragmentariedade) é que pode ser penalmente castigado. E desde que não haja outros meios mais idôneos (princípio da subsidiariedade)” de tal forma que “não há crime sem conduta; não há conduta penalmente relevante sem ofensa a um bem jurídico; não há ofensa penalmente punível senão quando for intolerável; porém, em razão da intervenção mínima do Direito Penal, nem toda a ofensa intolerável deve constituir delito, porque pode haver outros meios mais idôneos para sua proteção”. GOMES, Luiz Flávio. **O princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002b, p. 44-45.

² *Ibidem*, p. 46

³ *Ibidem*, p. 40

⁴ SCALCON, Raquel Lima. Ofensividade em Direito Penal: regra constitutiva, sobre produção jurídica, com assento implícito na Constituição (Ou repensando o 'princípio' da ofensividade). III Congresso Internacional de Ciências Criminais 2013, Porto Alegre. Anais do III Congresso Internacional de Ciências Criminais. Porto Alegre: EdIPUCRS, v. 1, 2013, p. 3.

⁵ GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002a. p. 122-126.

Em contrapartida, a atual dogmática penal, denominada Direito Penal moderno⁶ ou Direito Penal do risco, caracteriza-se pela tendência político-criminal expansionista havida, principalmente, no incremento de condutas criminalizadas e na utilização dos denominados tipos de perigo abstrato, resultando graves problemas de legitimação.

Funda-se um ordenamento jurídico penal baseado no risco, cuja materialização procura-se evitar e prevenir, isto é, a tutela penal vê-se antecipada a momento anterior ao dano e até mesmo ao perigo concreto. Resta violado, com isso, o princípio da ofensividade.⁷

A criminalização de condutas desprovidas de lesividade, ou seja, sem conteúdo ofensivo a bens jurídicos, e a punição meramente preventiva, baseados na conveniência política, prestam-se à expansão ilegítima do Direito penal. Afinal, embora necessário, o fato típico não se esgota apenas na subsunção do fato à norma (desvalor da ação), mas exige-se, essencialmente, a efetiva ofensa ao objeto jurídico (desvalor do resultado). Assim, "o centro de gravidade do ilícito deve residir na noção penal de ofensa a bem jurídico",⁸ baseado na justificativa de sua maior aptidão de delimitar o caráter material do ilícito-típico. Nesse sentido, a legitimidade do tipo penal não basta ser formal, decorrente apenas da legalidade garantida pela previsão da conduta incriminada, mas, também, de um conteúdo material, isto é, impõe-se "a descrição de comportamentos que tenham realidade empírica e factual",⁹ conferindo-se-lhe legitimidade material.

À vista disso e à luz das funções dogmática e político-criminal do princípio da ofensividade, bem como da importância e centralidade da teoria e das funções do bem jurídico-penal, serão analisados a técnica da tipificação do perigo abstrato como instrumento encontrado pelo moderno Direito Penal para fundamentar a antecipação de tutela, os problemas de legitimação e as consequências expansionistas da intervenção penal disso decorrentes, para, ao final, discorrer-se, ante as premissas estabelecidas nesta monografia, acerca da impossibilidade da criminalização do perigo abstrato.

⁶ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **RBCCrim.** v. 2, n. 8, p. 41–51, out./dez., 1994, p. 46.

⁷ FERRAZ, Denise Nóbrega. Crimes de Perigo Abstrato: a Tutela de Bens Jurídicos Supra-Individuais no Direito Penal Moderno. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.** v. 14, p. 7–53, dez., 2006, p. 13.

⁸ SCALCON, 2013, p. 3.

⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. **Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo no direito penal contemporâneo.** Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 144-145.

1. TEORIA DO BEM JURÍDICO-PENAL

1.1. Conceitos de bem jurídico

Considera-se a teoria do bem jurídico como marco central à teoria do delito, em que pese considerável controvérsia acerca de seu conceito¹⁰ e o possível "desgaste" de seu arcabouço teórico.¹¹ Procura-se, a partir da sistematização de seu construto doutrinário, como assevera Cláudio Heleno Fragoso,¹² conferir à conduta criminosa fundamento ou sentido material, prestando-se também a individualização do bem jurídico à importante função político-criminal.¹³

Juarez Tavares¹⁴ assevera que o conceito de bem jurídico, como elemento limitador do poder de punir do Estado e fundamento da incriminação, é essencial ao Direito Penal, visto ser responsável por fundamentar este ramo do ordenamento.

Assim, bens jurídicos podem ser vistos como interesses humanos cuja importância demanda proteção penal,¹⁵ ou como "valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas".¹⁶ São, como constata Ulfrid Neumann,¹⁷ frutos de processos sociais dialética ou comunicativamente fundados, isto é, são sociais, não ideais.

1.1.1. Visão positivista

Para Binding, representante do positivismo jurídico, constitui-se o bem jurídico de qualquer valor que, aos olhos do legislador e segundo seu próprio arbítrio, é relevante à manutenção do ordenamento jurídico positivo¹⁸. Declara ele ser o delito ofensa ao direito

¹⁰ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição** – 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 29.

¹¹ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral, volume 1** – 5. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 523.

¹² FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Direito Penal e Direitos Humanos** – 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 36.

¹³ PRADO, 2019, p. 15.

¹⁴ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. - 4.ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 199.

¹⁵ HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. **Doctrina Penal, teoría y práctica en las Ciencias Penales**, n. 45 a 48, año 12, p. 275-285, 1989, p. 282.

¹⁶ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 16.

¹⁷ NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, constituição e os limites do direito penal. Trad. de Antonio Martins. in: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). **Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 521.

¹⁸ PRADO, 2019, p. 24.

subjetivo de obediência ao Estado, diante de ofensa a algum bem jurídico.¹⁹ Seria, com isso, "lesão a essa norma imperativa que fundamenta os deveres de atuar e omitir e ao direito subjetivo do Estado de mandar".²⁰ A noção de bem jurídico é, portanto, reduzida a mero elemento finalístico ou racional da norma no sistema de prescrições penais.²¹

É bem digno de tutela penal não o que ontologicamente é direito, mas o produto da vontade do legislador e cuja integridade interessa ao ordenamento jurídico.²² Depreende-se, com isso, a discricionariedade com a qual conta o Estado na seleção de objetos de tutela penal e, portanto, potencialmente autoritária, bem como a concepção abstracionista "da pessoa humana como centro de desenvolvimento do Direito Penal".²³

Franz Von Liszt²⁴ define bem jurídico como interesse juridicamente protegidos: "todos os bem jurídicos são interesses humanos, ou do individuo (*sic*) ou da colectividade (*sic*)". O agir legiferante não é responsável por conferir a determinado interesse social-individual propriamente status de bem jurídico. Tal dignidade lhe é preexistente, isto é, independente do arbítrio do legislador. Significa dizer que a constituição do bem da vida como jurídico independe da vontade do legislador, sendo apenas por este reconhecido, declarando-o como objeto da norma.²⁵ Reflete, desse modo, "uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador (dado social preexistente)",²⁶ mitigando a discricionariedade deste na eleição de bens jurídicos.²⁷ Estabelece-se, assim, o conteúdo material do delito, compreendido como ação contrária ao direito (ilícita ou antijurídica) aquela responsável por lesar ou expor a perigo o interesse da vida juridicamente tutelado pela norma penal.²⁸

¹⁹ *Ibidem*, 2019, p. 24.

²⁰ SATO, Catherine Ruriko. Crimes de perigo abstrato e a questão da tentativa: limites da antecipação da tutela penal – São Paulo, 2012. p. 30.

²¹ TAVARES, 2019, p. 204.

²² HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal. 2. ed. Santiago de Chile: Conosur, 1992 *apud* GOMES, 2002a. p. 77.

²³ *Ibidem*, p. 77.

²⁴ LISZT, Franz von. **Tratado de de direito penal alemão vol 1**. Ed. fac-sim. - Brasília, 2006, p. 93.

²⁵ Dessa forma, "o bem jurídico deixa de depender do juízo valorativo de legislador - conforme determinava Binding - passando a representar um interesse social já existente que apenas deve ir ao encontro dos anseios legislativos e ser, então, tutelado". DAMASCENO, Gabriela Garcia. A legitimidade do direito penal contemporâneo: Uma análise sobre o rendimento atual da teoria do bem jurídico, 2013, p. 62.

²⁶ PRADO, 2019, p. 26.

²⁷ RAPOSO, Guilherme Guedes. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito: uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea. - 2010, p. 61.

²⁸ BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 133.

Diferentemente do que propunha Binding, em sua concepção jurracional-positivista, para o qual "somente a lei expressa os objetos jurídicos, porque encerra a vontade declarada do Estado",²⁹ para von Liszt,³⁰ a produção do interesse dá-se através da vida, não do direito. Percebe-se que, segundo o positivismo naturalista, retira o direito fundamento não apenas da lei, como também do produto resultante da dialética entre indivíduo e sociedade, bem como da vontade geral que a fundamenta.³¹ A norma jurídico-penal, portanto, não constitui o bem jurídico, mas simplesmente o declara.³² O status jurídico do bem não o torna propriedade ou dependente do direito, pelo contrário, é-lhe anterior, figurando-se bem da vida humana.³³

Precisa-se, contudo, o bem da vida adquire relevância jurídico-penal, isto é, adquire a natureza de bem jurídico, somente com a proteção que a norma lhe confere.³⁴ À vista disso, inegável é tal tese conduzir ao que propunha Binding,³⁵ de modo que imprescindível a tal conversão é o juízo de valor do Estado.³⁶

Contudo, Liszt não dotou de real substrato ou, ao menos, delimitou critérios válidos à determinação e à necessidade de proteção do bem da vida ou interesse juridicamente tutelado, tornando deficiente a pretensão de com isso limitar a ingerência legislante.³⁷

Ademais, destaca Juarez Tavares³⁸ a inexistente justificativa da incriminação diante da não motivação do legislador na eleição de tal e qual bem jurídico digno de tutela penal.

1.1.2. Visão neokantista

Para a filosofia neokantista, concebe-se bem jurídico como valor ético ou cultural integrante do ordenamento jurídico a que se propõe a norma penal a proteger, isto é, tal valor

²⁹ TAVARES, 2019, p. 204.

³⁰ LISZT, 2006, p. 94. Nesse sentido, bem sintetiza Santiago Mir Puig: "Von Liszt sí persiguió un concepto material de bien jurídico que sirviese de frontera máxima de lo punible. Ello creía poderse conseguir trasladando el bien jurídico a un momento previo al derecho positivo, concretamente al de la realidad social. Ésta, y no el legislador, debía decidir qué objetos merecen protección penal. El bien jurídico es el interés de la vida, que el derecho no crea sino que se encuentra y eleva a categoría jurídica". PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L. 2003, p. 112.

³¹ TAVARES, p. 205.

³² PRADO, 2019, p. 26.

³³ FRAGOSO, 1977, p. 38.

³⁴ LISZT, 2006, p. 94. Em suas palavras, "só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico".

³⁵ MALAREÉ *apud* GOMES, 2002a, p. 78.

³⁶ GOMES, 2002, p. 78.

³⁷ PUIG, 2003, p. 114.

³⁸ TAVARES, 2019, p. 205.

é vinculado teleologicamente à lei, convertendo-o em simples elemento hermenêutico.³⁹ O conceito de bem jurídico (metodológico) decorre do afastamento do legalismo positivista e retorno à metafísica, conferindo, em contrapartida, exacerbada espiritualização ou abstrativização.⁴⁰

Nesse contexto, a objetividade jurídica da norma penal se limitaria a manter íntegra sua própria vigência, relegando o bem jurídico como produto da técnica legislativa, de forma a limitá-lo a mero pressuposto à tipificação de um crime.⁴¹

Edmund Mezger⁴² define bem jurídico como elemento ideológico recipiente de valores caros à sociedade e o reconhece como objeto de proteção da lei, ou, sob a perspectiva do sujeito ativo do delito, como objeto de ataque.

Tal não se confunde, alerta o penalista alemão, com o objeto da ação, ou seja, o objeto material ou concretamente considerado, pessoa ou coisa sob a qual recai diretamente a conduta criminosa,⁴³ sendo dissociado, portanto, do objeto jurídico.⁴⁴ Nesses termos, é devido ao neokantismo a distinção entre a noção de bem jurídico e de objeto material da ação penalmente relevante. Enquanto este se caracteriza pela corporeidade, sendo, portanto, perceptível aos sentidos a transformação ante o atuar do agente, aquele se consubstancia no juízo de valor emanado do intérprete sobre o objeto,⁴⁵ implicando, com isso, a relação do bem jurídico com valores culturais, de forma a torná-lo núcleo teleologicamente concebido da

³⁹ PRADO, 2019, p. 29. Roxin aduz que a construção de bens jurídicos que não expressam senão a finalidade da lei não basta à fundamentação do tipo penal, visto não se lhe conferir função limitadora alguma. ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. São Paulo: Renovar, 2006, p. 36-37.

⁴⁰ RAPOSO, 2010, p. 65.

⁴¹ TAVARES, 2019, p. 206.

⁴² Mezger compreende bem jurídico como "una figura ideológica, la valoración objetiva en su forma más sencilla, que el bien protegido lleva en sí o la síntesis realizada en ideas de lo que tipo abarca en conjunto de acuerdo con su sentido. El "bien jurídico" evidencia, con ello, el valor que posee para el individuo, como su portador directo, y para la sociedad como tal. Por consiguiente, no hay que quedar atados a ideas materialistas o negar una "espiritualización" de este concepto de bien jurídico". MEZGER, Edmund. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1957, p. 155.

⁴³ FRAGOSO, 1977, p. 33.

⁴⁴ Alerta Roxin para a aproximação entre objeto material alvo da conduta e bem jurídico em delitos como homicídio, em que a vida humana é tanto bem juridicamente protegido, como objeto da conduta criminosa. Afastam-se, contudo, diante do fato deste se materializar no indivíduo cuja vida é suprimida, enquanto aquele é tido como a vida humana em si considerada. ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 63. Assim sendo, "no delito de homicídio (art. 121, CP), o bem jurídico protegido é a vida humana independente enquanto estado valioso; seu substrato é a vida humana como realidade social preexistente, que se manifesta em processos existenciais individuais, e o objeto da ação é a vida como organismo biológico". PRADO, 2019, p. 41.

⁴⁵ ARAÚJO, Ana Luíza Miranda. Dos reflexos da ofensividade no direito penal. Belo Horizonte, 2021, p. 33.

norma penal.⁴⁶ Dessa forma, o bem jurídico apresenta conteúdo fruto de relação empírico-axiológica, não se confundindo com seu substrato (objeto material), que pode ser algo material-concreto, ideal ou destituído de forma específica.⁴⁷

Reconhece-se, assim, a substituição da concepção material de bem jurídico, a qual cede espaço a uma ideia cujo teor é uma hipotética noção de valor.⁴⁸ Nesse contexto, sendo o bem jurídico fruto da lei e produto de juízo do próprio intérprete, dissociado de qualquer matriz empírica, resulta em um processo impassível de qualquer controle ou contenção do arbítrio estatal,⁴⁹ visto buscar a fundamentação do direito estatal de punir⁵⁰ ou da norma penal em um substrato por todos compartilhado.⁵¹

1.1.3. Visão finalista

Segundo o ontologismo finalista de Welzel, os bens jurídicos seriam o fundamento da normatização do Direito Penal.⁵² O penalista alemão define-os como "un bien vital del grupo o del individuo, que en razón de su significación social, es amparado jurídicamente".⁵³ Pode, com isso, o bem jurídico consubstanciar-se em diversas espécies relevantes ao Direito, tais como objeto psicofísico ou ideal-psíquico (vida ou honra), estado empiricamente apreensível, relação social (matrimônio), relação jurídica (propriedade), bem como conduta exigível de um terceiro.⁵⁴

Contudo, a missão primária do Direito Penal, segundo Hans Welzel, não é a tutela primária de bens jurídicos, mas, sim, "assegurar la validez real (la observancia) de los valores del actuar según el pensamiento jurídico", tendo em vista que "constituyen el más sólido fundamento sobre el que se basan el Estado y la sociedad".⁵⁵ Para tanto, parte da premissa

⁴⁶ BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime. 5 ed. Coleção: Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 1. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019 *apud* ARAÚJO, 2021, p. 32.

⁴⁷ PRADO, 2019, p. 41.

⁴⁸ TAVARES, 2019, p. 206.

⁴⁹ RAPOSO, 2010, p. 65.

⁵⁰ Como destaca Luiz Flávio Gomes, as consequências extraídas do relativismo neokantiano, são também observadas no legalismo jurídico, na medida que, progressivamente, o conceito de bem jurídico vê-se espiritualizado ou materialmente esvaziado, isto é, "os objetos da proteção penal não existem como tais; são produto de um pensamento jurídico específico". GOMES, 2002a, p. 78-79.

⁵¹ PRADO, 2019, p. 29.

⁵² WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956, p. 3.

⁵³ *Ibidem*, p. 6.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 6.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 3.

segundo a qual a noção de bem jurídico como objeto primário de tutela pela norma penal prevalece a de proteção aos valores ético-sociais,⁵⁶ de tal forma que por trás das normas proibitivas e mandamentais encontram-se deveres ético-sociais, entendidos como valores da ação.⁵⁷ Significa dizer que "a origem das determinações ou proibições é encontrada em um axiomático dever incondicional transcendente, ao estilo kantiano do imperativo categórico, mas vinculado ao sentido que se deve dar à ação humana".⁵⁸

Dessarte, atribui-se à mera proteção de bens jurídicos a função negativo-preventiva, enquanto a real natureza do Direito Penal é de natureza político-ético-social,⁵⁹ isto é, concebe-se ao Direito Penal o objetivo de assegurar a validade da norma, bem como a autodeterminação valorativa conforme o Direito, ou seja, de um agir conforme a axiologia jurídica vigente.⁶⁰ Ou ainda: tem como missão o Direito penal assegurar a observância dos valores de um atuar conforme o ordenamento jurídico,⁶¹ visto que os valores ético-sociais prestam-se a orientar a conduta do destinatário da norma.⁶² É dizer, a sanção penal objetiva "contribuir para o asseguramento dos interesses individuais e coletivos fundamentais, através do valor-ação. Daí ser o delito formado de um desvalor da ação e de um desvalor do resultado".⁶³ Extrai-se daí o caráter justo ou injusto de uma ação segundo máximas da utilidade ou dano social decorrente, concluindo Welzel que:

al derecho penal debe interesarle menos el resultado positivo actual de la acción que la permanente tendencia positiva del actuar humano (...). Asegurar el respeto por los bienes jurídicos (es decir, la validez, de los valores de acto) es más importante que regular los resultados positivos en los casos individuales y actuales.⁶⁴

Diante disso, Roxin⁶⁵ ressalta que, segundo a teoria finalista da ação, em que pese o desvalor do resultado ser relevante à configuração do delito, não se compara a importância conferida ao desvalor da ação, visto que aí se encontra a vontade dirigida a lesão de interesse tutelado pela norma, de forma que a conduta se afasta dos valores fundamentais da ordem jurídica.

⁵⁶ TAVARES, 2019, p. 207.

⁵⁷ WELZEL, 1953, p. 6.

⁵⁸ TAVARES, 2019, p. 207.

⁵⁹ WELZEL, 1956, p. 3.

⁶⁰ DAMASCENO, p. 66.

⁶¹ WELZEL, 1956, p. 3.

⁶² TAVARES, 2019, p. 207.

⁶³ PRADO, 2019, p. 30.

⁶⁴ WELZEL, 1956, p. 4.

⁶⁵ ROXIN, Claus. **Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico**. Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 139-140.

O motivo de tratar-se secundariamente o bem jurídico, segundo Juarez Tavares,⁶⁶ deve-se à confusão entre a proteção jurídica e proteção moral, diante da incorporação à própria consciência do indivíduo do imperativo de respeito aos valores ético-sociais. Diante desse subjetivismo (incorporação de juízos ético-sociais transcendentais na própria estrutura consciente do indivíduo como forma, que se concretizam na orientação final de sua conduta) prescinde a noção de bem jurídico de correlação com entidades empíricas, isto é, objeto material de proteção, sob o qual recai a conduta tipificada, carecendo, portanto, de substancialidade.⁶⁷ Nesse sentido, ensina Tavares⁶⁸ acerca do conteúdo ideológico com o qual se pode preencher o conceito de bem jurídico, a fim de que se revelem justificadas as decisões políticas de um Estado autoritário.

1.1.4. Visão funcionalista

Claus Roxin,⁶⁹ por sua vez, exprime o caráter empírico dos bens jurídicos, tais como vida, integridade física e propriedade, prescinde-se, contudo, o caráter material de tais circunstâncias, apesar de integrarem a realidade sensível: tome-se como exemplo a tutela da propriedade intelectual,⁷⁰ tida como decorrência ou extensão da propriedade material ou da personalidade, civil e penalmente tutelados. Tais objetos figuram-se dignos de serem tutelados pela norma penal, de acordo com esta concepção, cujos conceito e finalidade relacionam-se diretamente à função do Direito Penal, qual seja, garantir, subsidiariamente coexistência pacífica, livre e segura.⁷¹

Nesses termos, Roxin define bens jurídicos como condições necessárias à manutenção das relações sociais de maneira a garantir direitos fundamentais individuais,

⁶⁶ Dessa forma, “o direito penal pode ser usado, conforme o destino político que se dê à incriminação, como instrumento ideológico dos mais perigosos. Basta que se imprima aos valores ético-sociais conteúdos semelhantes ao sadio sentimento do povo, ou à consciência coletiva, ou à vontade geral da nação, ou à moralidade pública, para que se instaure um regime de terror, sem fronteiras e ontologicamente legitimado”. TAVARES, 2019, p. 209.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 209.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 210.

⁶⁹ ROXIN, Claus **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 18.

⁷⁰ "Art. 184. Violar direitos de autor e os que lhe são conexos (...)". BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1940. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 28 mai 2023. Busca tal tipo penal tutelar o direito autoral, concebido como complexo de direitos morais ou patrimoniais, ou "benefícios, vantagens, prerrogativas ou direitos patrimoniais, morais ou econômicos provenientes de criações artísticas, científicas, literárias e profissionais de seu inventor ou autor". BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado** - 9. ed. - São Paulo: Saraiva, 2015, p. 926.

⁷¹ ROXIN, 2006, p. 16.

caracterizando-se, neste caso, como entidades empíricas preexistentes à lei positiva e desta independente. Podem, ademais, prestar-se à integridade do funcionamento estatal destinado à promoção de tais fins, sendo, portanto, o objeto jurídico criado pela lei, identificando-se, com a própria finalidade desta no âmbito de um Estado social,⁷² tal como se dá no contexto da Lei n° 9.137/90, em seu art. 1º,⁷³ na tutela do erário público, este compreendido como bem jurídico supraindividual.⁷⁴

Esta concepção distancia-se de um construto personalista de bem jurídico, abrangendo interesses difusos.⁷⁵ A defesa destes, contudo, apenas é legítima quando convenientes ao indivíduo,⁷⁶ isto é, a tutela de objetos coletivos não implica relativização à teoria do bem jurídico, ao passo que a dignidade penal oferecida a certos interesses difusos manteria forte nexos frente aos interesses do indivíduo em si considerado.⁷⁷

Dessa forma, Roxin admite dois casos nos quais o objeto da norma penal decorre da tutela de interesse coletivo, quais sejam, as gerações futuras, cujo substrato jurídico para tanto encontra-se na Lei Fundamental de Bonn (art. 20 a);⁷⁸ e o meio ambiente, fundamentado no princípio da solidariedade.

O funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs, por sua vez, ao imprimir diferenciada conceituação a bem jurídico, ligando-o à finalidade do direito penal, qual seja, a garantia de observância das normas, contribuindo este ramo do ordenamento jurídico à manutenção da

⁷² Em suas palavras, "bem jurídico pode ser definido como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos". *Ibidem*, p. 18-19.

⁷³ "Art. 1. Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas (...)." BRASIL. Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18137.htm> Acesso em 21 mai 2023.

⁷⁴ PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. – 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019b, p. 361-365. Procura-se, através da tutela do sistema econômico, "proteger a política socioeconômica do Estado, como receita estatal, para obtenção dos recursos necessários à realização de suas atividades", de forma a buscar-se estabilidade econômica, em benefício da coletividade.

⁷⁵ SATO, 2012, p. 36

⁷⁶ ALMEIDA, Bruno Rotta. A teoria do bem jurídico e a proteção de valores supraindividuais. **Revista da SJRJ, Rio de Janeiro**, n. 25, p. 305-313, 2009, p. 312.

⁷⁷ SATO, 2012, p. 36

⁷⁸ "Artigo 20 a [Proteção dos recursos naturais vitais e dos animais] Tendo em conta também a sua responsabilidade frente às gerações futuras, o Estado protege os recursos naturais vitais e os animais, dentro do âmbito da ordem constitucionai, através da legislação e de acordo com a lei e o direito, por meio dos poderes executivo e judiciário." Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>> Acesso em 17 mai 2023.

organização social e estatal,⁷⁹ afasta-se do conceito material de crime, configurando-se este como mera transgressão à norma. Nesses termos, não constitui lesão penalmente relevante ao bem jurídico vida homicídio praticado contra outrem, mas, sim, praticar a conduta "matar", isto é, o interesse fundamental tutelado pela lei penal é lesado na oposição havida entre a conduta do sujeito ativo e a norma tipificadora do crime de homicídio.⁸⁰

Determina que apenas algumas formas de ataques a bens jurídicos são relevantes ao Direito Penal, isto é, a importância dos bens jurídicos se dá apenas quando submetidos a certo tipo de perigo, de modo que não cabe ao ordenamento jurídico-penal garantir a existência de tais bens, mas, sim, que pessoas não os ataquem. Significa dizer que ao Direito Penal não cabe a proteção genérica de bens jurídicos, mas somente a proteção destes contra determinados ataques.⁸¹ Assim, pode-se deduzir que o direito não é senão um sistema de relação social, tal que uma pessoa, na posse de seus bens, é protegida contra ataques de outrem. Conclui-se que se presta o direito penal a garantir a expectativa de que não se produzam ataques a bens jurídicos. Portanto, estes não são mais do que a pretensão de seu titular de vê-lo respeitado, isto é, o bem jurídico não é representado por seu substrato empírico, mas pela norma. Assim, o Direito Penal garante a vigência da norma, não a proteção de bens jurídicos.⁸²

Verifica-se, em vista disso, certa debilidade limitadora do poder estatal de punir, bem como do arbítrio do intérprete na verificação do fim almejado pela norma,⁸³ qual seja, assegurar tão somente a expectativa de uma conduta conforme o direito vigente.⁸⁴

Denota Francisco Muñoz Conde,⁸⁵ ser a noção de "bem", concretamente considerada, necessária à autorrealização humana em sociedade, caracterizando-se bem jurídico como objeto de proteção da norma penal. Diferencia, ademais, bem jurídico difuso ou coletivo do

⁷⁹ JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. 2. Ed. - Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 45.

⁸⁰ *Ibidem*, 1997, p. 46.

⁸¹ Jakobs exemplifica que "la muerte por senectud es la pérdida de un bien, pero la puñalada de un asesino es una lesión de un bien jurídico", sendo que apenas esta última é importante ao Direito penal. JAKOBS, Günther. **Qué Protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?**. Mendonza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001, p. 25.

⁸² *Ibidem*, 2001, p. 25-26.

⁸³ GODOY, Regina Maria Bueno de. A proteção dos bens jurídicos como fundamento do direito penal, 2010, p. 30.

⁸⁴ TAVARES, 2019, p. 211.

⁸⁵ CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L. 2001. p. 90.

individual.⁸⁶ Este é afeito à pessoa individual e sua lesão provoca dano cujas repercussões não ultrapassam os aspectos ou pressupostos existenciais de sua personalidade, tais como, entre outros, vida, saúde, liberdade e honra, bem como os meios ou pressupostos materiais para a sua consecução. No que respeita ao bem jurídico coletivo, a ofensa gerada pela conduta criminosa é capaz de gerar efeitos perceptíveis em uma sociedade ou grupo de pessoas, tal como a saúde pública.⁸⁷

1.2. Bem jurídico como limite ao direito de punir

Luiz Flávio Gomes ressalta que uma das fundamentais finalidades do Direito penal é a proteção, subsidiária e fragmentariamente, de interesses sociais fundamentais à pessoa, de forma a possibilitar seu desenvolvimento individual, bem como viabilizar seu convívio em sociedade, de forma que o poder de punir não deve prestar-se senão a tutela da pessoa humana.⁸⁸

Extraí-se disso, portanto, o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, cuja função é a de limitar o *ius puniendi* do Estado (função crítica ou negativa), a fim de impedir a punição ou mesmo criminalização de condutas não lesivas a bens jurídicos relevantes, tais como convicções morais, éticas ou ideológicas,⁸⁹ atos preparatórios, inofensivos a outrem ou atos cujo objeto jurídico é indeterminado. Ademais, impede-se compreender o delito como mera desobediência ou violação a um dever imposto pela lei penal, de forma que se deve compreendê-lo como violação a um interesse fundamental de outrem.⁹⁰

A exclusiva proteção de bens jurídicos, em que pese ser complementar ao princípio da ofensividade, com ele não se confunde. Este tem como fim tão somente expressar uma forma

⁸⁶ *Ibidem*, 2001, p. 91.

⁸⁷ *Ibidem*, 2001, p. 91. Muñoz Conde destaca que a presente contraposição de bens jurídicos em individuais e coletivos não implica a adoção de uma concepção dualista de bem jurídico, pela qual aos bens jurídicos individuais, contrapõem-se os supraindividuais.

⁸⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal – introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 377. Adverte o autor que se mostra como instrumento ilegítimo o Direito Penal se prestar à tutela da moral, ética, religião, interesses estatais ou supranacionais, a ordem natural ou atos disfuncionais.

⁸⁹ Deduz-se, pois, através da teoria do bem jurídico, dois limites impostos à política criminal adotada pelo legislador: indicativo, segundo o qual somente bens essenciais à vida do indivíduo podem ser constituídos como objeto de proteção da lei penal; e negativo, por que se afirma bens impossíveis de serem objeto de tutela da norma e objeto de ofensa, ou seja, alvo de conduta penalmente relevante. *Idem*, 2002a, p. 55.

⁹⁰ *Ibidem*, 2002a, p. 28.

de conceber-se o delito, qual seja, como ofensa a bem jurídico.⁹¹ Compreende-se ofensa, por sua vez, como lesão ou exposição a perigo concreto ao bem jurídico.

O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos tem como finalidade delimitar o objeto do Direito Penal, concebendo a forma e limites deste ramo do ordenamento jurídico.⁹²

Nesse sentido, Tiago Joffily⁹³ aduz que a função desempenhada pelo bem jurídico será legítima tão somente se auxiliar o Direito Penal na limitação do poder punitivo do Estado às hipóteses de grave afetação a interesse fundamental de outrem.

Dessa forma, indispensável se torna a fundamentação do tipo penal em um bem jurídico cuja expressão é objeto palpável ou concreto,⁹⁴ figurando-se ilegítimos aqueles fundados em objetos ideais ou funcionais.⁹⁵ A validade mesma da norma é condicionada à legitimidade do bem jurídico, de forma que somente será dotada de eficácia diante da demonstração de resultado lesivo ou colocação concreta em perigo deste último.⁹⁶ Assim, critérios fundados em mero risco ou ameaça de lesão podem figurar-se como escusas para intervenções arbitrárias na esfera privada do indivíduo.⁹⁷

⁹¹ Objetiva, assim, responder aos questionamentos tais Já o princípio da ofensividade tem outros tipos de preocupação: “Que contribuição pode dar para definir materialmente o bem jurídico? Como deve o legislador contemplar a redação de um tipo penal? Que se entende por lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico? Quais são os limites da antecipação da tutela penal?” (GOMES, 2002b, p. 43).

⁹² Com isso, pode entender-se Direito penal como “conjunto normativo destinado à tutela de bens jurídicos, isto é, de relações sociais conflitivas valoradas positivamente”, cuja preocupação é a de responder questionamentos, tais como “o que é que deve ser protegido? Qual é o objeto de proteção? Que se entende por bem jurídico? Quais são suas características? São questões que corporificam o conteúdo da teoria do bem jurídico.” (*Ibidem*, 2002b, p. 43-44).

⁹³ JOFFILY, TIAGO. **O resultado como fundamento do injusto penal**. 1. ed. - Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 179. Baseando-se o autor na introdução da ética argumentativa de Jürgen Habermas para a definição de injusto penal, este é verificado quando a “ação perlocucionária de um acabe impedindo o agir comunicativo do outro, negando sua existência como pessoa”.

⁹⁴ TAVARES, 2019, p. 213.

⁹⁵ ROXIN, 2006, p. 50.

⁹⁶ TAVARES, 2019, p. 213.

⁹⁷ ROTHBARD, Murray N. **A ética da liberdade**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p. 138. Rothbard explica que “se introduzimos “ameaças” à pessoa e à propriedade que são indefinidas e futuras – i.e., não são evidentes e imediatas – então toda forma de tirania torna-se desculpável. A única maneira de se defender de tal despotismo é mantendo claro, imediato e evidente o critério para invasões perceptíveis”

Roxin⁹⁸ alude aos crimes definidos na Lei de Drogas, cujo objeto jurídico, dentre outros, é a saúde pública,⁹⁹ para exemplificar um caso em que a repressão penal baseia-se em um bem jurídico fictício, visto a indeterminação do conceito "público".

Pode-se afirmar, portanto, que a existência concreta de bem jurídico, afastando-se aqueles cujos conceito e extensão são sobremaneira amplos e indeterminados, bem como normas penais que não se referem diretamente a bem jurídico algum, podem ser tidas como inválidas, e o efetivo resultado lesivo (desvalor do resultado), figuram-se como condições inafastáveis à constituição do injusto penal, cumprindo a função delimitadora do poder de punir.¹⁰⁰

Ressalta-se, ademais, que, sendo o bem jurídico um objeto cuja manutenção e proteção são relevantes ao indivíduo, visto inserir-se como sua finalidade, configura-se a este um valor inserido à norma jurídica.¹⁰¹

O bem jurídico cumpre função delimitadora do injusto penal à medida que concebido como valor, ligado, por sua vez, a uma finalidade, caracterizando-se como condição de validade material da norma. Sua proteção, com isso, não se liga a um dever, este ligado à norma, sob pena de reduzir-se o bem jurídico a mero atributo formal daquela.¹⁰²

⁹⁸ ROXIN, 2006, p. 51. Ainda que se fale de saúde pública para expressar a condição de um somatório de indivíduos, os tipos penais da Lei de Drogas não prosperaram ante o princípio da autocolocação em perigo.

⁹⁹ Segundo Fernando Capez, o bem jurídico que visa a Lei nº 11.43/2006 tutelar é a saúde pública, de tal forma que, em seu art. 28, "o que se quer evitar é o perigo social que representa a detenção ilegal do tóxico, ante a possibilidade de circulação da substância, com a conseqüente disseminação" e em seu art. 33, declara que a "disseminação ilícita e descontrolada da droga pode levar à destruição moral e efetiva de toda a sociedade, solapando as suas bases e corroendo sua estrutura. O tráfico coloca em situação de risco um número indeterminado de pessoas, cuja saúde, incolumidade física e vida são expostas a uma situação de perigo". CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 4: legislação penal especial** – 14. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

¹⁰⁰ TAVARES, 2019, p. 213.

¹⁰¹ Segundo Tavares, "o bem jurídico adquire sua qualidade de valor, à medida que esteja inserido como finalidade do sujeito, de tomá-lo como objeto de preferência real. Neste caso, está associado à função de proteção, não dele próprio, senão da pessoa humana, que é o objeto final de proteção da ordem jurídica. Isto significa que o bem jurídico só *vale* à medida que se insira como objeto referencial e preferencial de proteção da pessoa, pois só nesta condição é que se insere na norma como valor". (*Ibidem*, 2019, p. 214).

¹⁰² Tavares explica que "norma e valor se diferenciam basicamente em face de seus pressupostos: a primeira se vincula a uma situação de dever; o outro, a uma finalidade. Para se entender realmente a constituição do bem jurídico, não se pode partir de que sua proteção se insira como um dever, porque estaria ele sendo confundido, então, com a própria norma, o que o retrataria como mero atributo formal e não uma condição material de sua validade". (*Ibidem*, 2019, p. 214).

1.3. Funções atribuídas ao bem jurídico-penal

Destaca-se a função dogmática¹⁰³ ou fundamentadora do injusto,¹⁰⁴ de tal forma que ao bem jurídico é atribuída a tarefa de determinar a expressão do tipo penal a partir da delimitação dos conteúdos da tipicidade e ilicitude. Confere-se razão à tutela penal e ao injusto penal a partir de correta e criteriosa identificação do objeto jurídico.

A função individualizadora, segundo a qual, para a fixação e dosimetria da pena leva-se em conta a gravidade da lesão ao bem jurídico.¹⁰⁵

Importante função desempenhada é a político-criminal, isto é, de garantia do indivíduo em face do Estado ou delimitação do poder de punir,¹⁰⁶ de forma a erigir o bem jurídico a limite material da lei penal. Assim, entende-se que a ação do legislador é limitada à criminalização de condutas que efetivamente lesem ou coloquem em perigo concreto interesse social fundamental,¹⁰⁷ isto é, em respeito ao adágio *nullum crimen sine injuria*, ou princípio da ofensividade, encontra-se o legislador limitado a criminalizar condutas lesivas ou que gerem ao bem jurídico perigo palpável e iminente de dano.¹⁰⁸ A compreensão político-criminal do bem jurídico permite a aferição do grau e relevância de sua afetação, impossível quando se adota uma concepção puramente formal ou ontológica, como interesse juridicamente tutelável, permitindo a disfuncionalidade do Direito Penal e a não contenção do poder punitivo.¹⁰⁹

Tal encargo garantista deve ser, contudo, comedido.¹¹⁰ Significa atentar-se à perversão legislativa do conceito de bem jurídico,¹¹¹ isto é, a elevação à dignidade de interesse

¹⁰³ "Consiste ela na valorização do papel central que ocupa o bem jurídico na formação do delito, e sua consideração de modo prevalentemente objetivo" (PRADO, 2019, p. 44).

¹⁰⁴ GOMES, 2002a, p. 138.

¹⁰⁵ O atributo individualizador da pena exerce, também, função de garantia, visto que "consistente em reconstruir a concreta ofensa a um interesse merecedor de tutela, legitimando assim a incriminação de uma conduta na perspectiva de um Direito Penal do fato" (PRADO, 2019, p. 45).

¹⁰⁶ *Ibidem*, 2019, p. 44.

¹⁰⁷ Muñoz Conde destaca que "tiene el penalista que elaborar un concepto material, no simplemente formal, del bien jurídico que, comparado con las concepciones extrajurídicas, le permita una función crítica de los bienes jurídicos protegidos por el legislador. Pero esta función crítica no se debe limitar sólo a los bienes jurídicos protegidos, sino también al modo de protegerlos, para desembocar finalmente en una función político-criminal que determine qué bienes jurídicos deben protegerse y cómo deben protegerse por la norma penal" (CONDE, 2001, p. 92).

¹⁰⁸ PRADO, 2019, p. 44.

¹⁰⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 202.

¹¹⁰ GOMES, 2002a, p. 138.

¹¹¹ CONDE, 2001, p. 92.

socialmente fundamental de valores tendentes à manutenção da condição favorável ou estável de uma minoria em prejuízo de uma maioria, relegando a uma determinação historicamente valorada de bem jurídico.

Presta-se o bem jurídico à interpretação do injusto penal (função exegética ou teleológica), isto é, como elemento referencial deste, adequar-se-á finalisticamente seu sentido e alcance a proteção daquele¹¹² a fim de afastar-se de seu contexto condutas que não lhe produzam efetivamente resultado lesivo.¹¹³

Destaca-se, ademais, a função sistemática ou classificatória dos tipos penais, fornecendo a anatomia da Parte Especial do Código Penal de 1940 segundo o bem jurídico ofendido.

1.4. Ilícito-típico como ofensa a bem jurídico-penal

Deve ter-se em vista que o princípio da materialidade do fato vê-se diretamente ao princípio da ofensividade. Assim, nenhum resultado lesivo a objeto tutelado pela norma será alvo de repressão penal desde que tal não provenha de externalização de uma conduta. Com isso, rejeita-se toda e qualquer sanção penal que não seja baseada no fato. Afastam-se, pois, concepções de delito baseadas na mera violação a um dever de obediência de goza o Estado, situações nas quais se centra o direito penal atenção no autor e na vontade,¹¹⁴ isto é, o agente é punido pelo que é, não pelo que fez.¹¹⁵

A conduta exteriorizada deve, para além da subsunção meramente formal, isto é, adequação ao modelo abstrato previsto na norma penal, exigir a tipicidade material, ou seja, necessária se faz a efetiva lesão ou perigo de concreto de lesão ao bem jurídico.¹¹⁶

¹¹² PRADO, 2019, p. 44.

¹¹³ Luiz Flávio Gomes bem explica que “a interpretação há de se realizar atendendo também a outros critérios, como, por exemplo, a *ratio legis*. Mas esta não pode com exclusividade guiar a interpretação. Só é válida à medida que auxilia o intérprete na busca do verdadeiro bem jurídico protegido” (GOMES, 2002a, p. 139).

¹¹⁴ Segundo Fabio Roberto D'Avila "em plena oposição a compreensões autoritárias de direito penal, construídas a partir da mera violação do dever e da obediência ao Estado, em que a censura penal recai já não mais no fato, mas na figura do autor e na vontade de delinquir, e em que o ilícito penal, expresso no formalismo da mera desobediência aos interesses do Estado, torna-se nada mais que um puro ato de rebelião". D'AVILA, Fabio Roberto. **Revista do Ministério Público do RS**, n. 75 Edição Especial p. 11-33, 2007, p. 13.

¹¹⁵ GOMES, 2002b, p. 40.

¹¹⁶ *Ibidem*, 2002b, p. 40.

Verifica-se, portanto, ser a materialização do fato pressuposto do resultado lesivo ao bem jurídico, o que, contudo, não é suficiente, por si, à caracterização do delito, necessitando, para tanto, a concreta verificação da ofensa ao objeto.¹¹⁷

O delito, portanto, concebido como ofensa a um bem jurídico, depende, além da ação ou omissão penalmente relevante, do resultado desta ou daquela advindo,¹¹⁸ pois que através da união entre desvalor do fato e desvalor do resultado, o ilícito-típico poderá ser integralmente compreendido.¹¹⁹ Hans Heinrich Jescheck,¹²⁰ nesse sentido, admite ser o injusto constituído não somente pelo agir (ou não agir) contrário à prescrição legal, mas, também, pela ofensa por intermédio deste comportamento gerada ao ofendido e à sociedade.

Pode-se definir desvalor do resultado como a lesão ou colocação em perigo do objeto de proteção da norma, enquanto desvalor da ação consiste no modo pelo qual o sujeito ativo do delito opera, bem como as circunstâncias objetivas, isto é, ligadas ao fato, e subjetivas, ligadas ao autor.¹²¹

Diz-se, ademais, que a adoção do modelo de crime como ofensa a bem jurídico impõe ao Estado limites à delimitação do objeto de tutela, bem como à técnica de tutela deste, através da observância de critérios de legitimidade do delito, quais sejam: questionamento acerca da natureza do objeto tutelado pela norma, isto é, se constitui ou não interesse fundamental apto à tutela penal, e verificação se há efetiva lesão a esse objeto.¹²² É dizer que a adoção de um modelo de crime como ofensa a bem jurídico implica assimilar

¹¹⁷ *Ibidem*, 2002b, p. 40.

¹¹⁸ *Idem*, 2002a, p. 86.

¹¹⁹ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico**. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 44.

¹²⁰ Segundo Jescheck, "injusto no sólo consiste en la rebelión contra el mandato normativo, sino que también reside en la producción del daño social que el ofendido y la comunidad sufren a través del hecho, y que debe ser evitado a través de la prescripción de la norma". JESCHECK, Hans Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Tratado de derecho penal: parte general**. Lima: Instituto Pacífico, 2014, p. 355.

¹²¹ *ibidem*, 2014, p. 355.

¹²² Significa isto dizer que "para a legitimidade do ilícito-típico não basta a constatação de um bem jurídico-penal como objeto de tutela da norma. É igualmente necessário um segundo momento, muitas vezes descuidado pela doutrina, em que se busca averiguar a existência de ofensividade, através da consideração dos efeitos da conduta sobre o bem jurídico, e que, à luz dos diferentes graus de afetação, faz surgir, igualmente, diferentes técnicas de tutela" (D'AVILA, 2007, p. 13).

um conceito material de ilícito,¹²³ fundamentado na ofensa a bem jurídico, no qual o desvalor do resultado é fundamental para a sua configuração.¹²⁴

Significativa expressão de tal modelo de crime concebido como único adequado e afim às liberdades públicas encontra eco na seara principiológica, o princípio da ofensividade.¹²⁵ Necessária se faz a inadmissão da persecução de preceitos éticos ou morais,¹²⁶ inclinações meramente antissociais ou punição da mera infração de dever legal imposto pelo Estado.¹²⁷ Tampouco presta-se a norma penal à tutela de valores culturais, direitos subjetivos,¹²⁸ interesses estatais ou a própria vigência da norma. Assenta-se um ordenamento jurídico-penal de base objetiva, isto é, centrado no fato, sem o qual não há ofensa a bem jurídico.¹²⁹ Consequentemente, afastam-se quaisquer inclinações subjetivistas ou fundamentadas na vontade.¹³⁰ Significa que, se conduta concretamente lesiva a bem jurídico é o fundamento do delito, então mera disposição volitiva em sentido contrário à norma jurídica, que esgota o desvalor da ação, não é idônea a configurá-lo.¹³¹ Dessa forma, para configurar-se o ilícito-típico, faz-se mister, além de conduta (ação ou omissão) dirigida a tal fim, resultado jurídico materializado em ofensa intolerável a interesse objetivamente tutelado.¹³²

¹²³ A concepção material de delito considera este como ofensa intolerável a interesse fundamental juridicamente tutelado pelo Direito Penal (GOMES, 2002b, p. 84).

¹²⁴ Dessa forma, conclui-se que "o crime encontra-se materialmente limitado às hipóteses de ofensa ao objeto de tutela da norma, não havendo crime (legítimo) sem ofensa ao bem jurídico penal" (D'AVILA, 2005, p. 46).

¹²⁵ Segundo Juarez Tavares, "uma vez que o bem jurídico constitui um pressuposto de qualquer incriminação, pode-se dizer que o princípio da lesividade se transmudou em verdadeira regra de atendimento obrigatório". (TAVARES, 2018, p. 73).

¹²⁶ Ante a concepção de bem jurídico como interesse individual digno de tutela penal, frustra-se a proteção de interesses morais, já que carecem as transgressões morais de conteúdo lesivo a interesse. (NEUMANN, 2012, p. 525).

¹²⁷ D'AVILA, 2005, p. 48.

¹²⁸ Para Feuerbach, o delito como expressão da violação de direito subjetivo significava uma lesão ao direito próprio do indivíduo (ofendido). Assim, o delito, segundo Tavares, seria responsável pela quebra de uma ordem na qual autor e vítima gozavam de um estado de igualdade de direitos, tal que aquela não mais pudesse exercer suas liberdades (TAVARES, 2019, p. 201). Contudo, ante a prática do ilícito típico, vê-se que o bem jurídico é lesado, jamais o direito em si considerado (GOMES, 2002a, p. 84).

¹²⁹ *Nulla injuria sine actione*. MANTOVANI, Diritto Penale-PG, p. 204 *apud* GOMES, 2002b, p. 40.

¹³⁰ "Punir alguém pelo seu modo de pensar ou de viver é albergar o denominado Direito Penal de autor, do qual fez uso extenso o regime nazista para castigar pessoas pelo que eram ou pensavam e não pelo que haviam feito" (*Ibidem*, 2002b, p. 40).

¹³¹ *Ibidem*, 2002b, p. 86.

¹³² *Ibidem*, 2002b, p. 86.

2. PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL LIMITADORES DO PODER DE PUNIR

2.1. Ofensividade: *nullum crimen sine injuria*

Somente se justifica a intervenção penal ante a ocorrência de dano ou perigo concreto, isto é, real, a interesse social fundamental,¹³³ concebendo crime como ofensa a bem jurídico.¹³⁴

Concebe-se a lesividade ou ofensividade como princípio limitador da intervenção penal, de modo que Nilo Batista¹³⁵ descreve quatro aspectos deste fenômeno. Primeiro, veda-se a incriminação de atitude meramente interna do sujeito, isto é, estados mentais, como ideias, crenças, vontades etc. (cogitação) são impuníveis. Não significa dizer que vontade e consciência são absolutamente estranhas ao direito penal, visto que a responsabilidade penal é sempre subjetiva, ou seja, depende da demonstração de dolo ou, excepcionalmente, de culpa (princípio da culpabilidade), mas, sim, a exigência de alteridade ou bilateralidade à configuração do delito, materializada no dano ou perigo concreto à bem jurídico de outrem.

Dessa forma, reconhece-se um segundo aspecto da ofensividade, qual seja, a vedação da incriminação de conduta que não atinja outrem, tal que no ordenamento brasileiro não se pune, em regra, atos preparatórios ou mero ajuste de condutas, ou que não ultrapasse o âmbito do próprio agente, o que se observa na autolesão, por exemplo.

Veda-se também a punição da personalidade ou modo de viver do sujeito, de forma a negar-se o direito penal do autor, em detrimento da acolha do direito penal do fato. Significa dizer que nenhum dano será tido por penalmente relevante, exceto se exteriorizado através de conduta tipificada como crime.

Isto implica uma última proibição decorrente da ofensividade: a impunibilidade de condutas coletivamente reprováveis que não atinjam o bem jurídico.

¹³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 22. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 61.

¹³⁴ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 40.

¹³⁵ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Renavam, 11. ed., 2007, p. 95.

Ademais, diz-se que o princípio da ofensividade repercute em dois diferentes planos, apresentando, com isso, duas funções: político-criminal e interpretativa, isto é, a aplicação da ofensividade dá-se ao nível de *jure contendo*, ou seja, limitando e orientando o *jus puniendi*, materializado na criação típica efetuada pelo legislador; e ao nível de *jure condito*, isto é, como elemento interpretativo a ser incorporado na aplicação da lei penal de acordo com a exigência de ofensa ao objeto jurídico na configuração do ilícito típico.¹³⁶

2.1.1. Função político-criminal: limite ao poder punitivo do Estado

Da função de tutela subsidiária de interesses sociais mais caros ao indivíduo e à sociedade atribuída ao Direito Penal, depreende-se, como proposição a ser político-criminalmente conquistada, a limitação do direito de punir do Estado, atribuindo-se-lhe limites à legitimidade da intervenção penal.

Tal limitação dirige-se à atuação positiva do legislador ao determinar quais condutas poderão ser núcleo do tipo penal.¹³⁷ Procura-se orientar o legislador ante a criação do tipo penal, a fim de dotá-lo de conteúdo realmente ofensivo a objetos jurídicos relevantes. Deduz-se que tal função possui caráter preventivo e informativo, já que a ofensividade servirá de fundamento à criação do ilícito-típico.¹³⁸

2.1.2. Função dogmática ou interpretativa da ofensividade

Pretende-se ao hermeneuta, após a prática da conduta penalmente relevante, que constate a presença de lesão ou perigo concreto ao objeto jurídico penalmente protegido pela norma. Percebe-se, aqui, a importante função desempenhada pelo bem jurídico à interpretação da norma. O aplicador da norma não se pode dar por satisfeito diante da mera adequação da conduta à literalidade da lei, perfazendo a tipicidade formal, mas requer mais: a ocorrência de lesão ao bem jurídico, sob pena de declarar-se a atipicidade do fato.¹³⁹

¹³⁶ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico**. Coimbra Editora: Coimbra, 2005, p. 49.

¹³⁷ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. – 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

¹³⁸ BITENCOURT, 2016, p. 62.

¹³⁹ GOMES, 2002b, p. 101.

Caso o legislador não se vincule ao princípio da ofensividade durante o processo de criação do tipo penal e delimitação do bem jurídico, caberá ao aplicador da lei sua aplicação no caso concreto.¹⁴⁰ Significa dizer que as deficiências no processo legislativo serão, através de uma interpretação teleológica do tipo,¹⁴¹ recuperadas ou corrigidas, senão declaradas inconstitucionais pelo magistrado.¹⁴² Deduz-se que ambas as funções da ofensividade, político-criminal e interpretativa, são complementares: caso o legislador desconsidere a lesividade no processo de criminalização da conduta, caberá então ao juiz, diante do caso concreto, verificar a existência ou não de ofensa ao bem jurídico.

Os critérios limitadores da ação punitiva do Estado, isto é, a possibilidade de cominar penas a certas condutas, caracterizam-se como negativos de deslegitimação ao legislador,¹⁴³ visto que a discricionariedade com a qual conta o intérprete não atinge a escolha do bem jurídico, nem a conduta tipificada, cabe-lhe apenas e tão somente conferir certos elementos ao direito penal material, a fim de que delimite ou singularize o bem jurídico, e, ato contínuo, verifique a existência ou não de ofensa a este último.¹⁴⁴

A ofensividade figura-se como elemento inerente à norma, isto é, torna-se elementar necessária constituição do ilícito-típico,¹⁴⁵ pois necessária será sua apreciação ante a adequação do fato à lei a fim de que se determine ser o fato típico ou não.¹⁴⁶

¹⁴⁰ *Ibidem*, 2002b, p. 99.

¹⁴¹ *Ibidem*, 2002b, p. 100.

¹⁴² D'AVILA, Fabio Roberto. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 4, n. 7 (2006), p. 88. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2129>> Acesso em 24 mai 2023, p. 87. Segundo D'Avila, a produção legislativa desatenta à ofensividade exigida ao perfazimento da tipicidade penal exigiria adequação hermenêutica levada a cabo pelo aplicador da lei; ainda, o processo legislativo fruto de situações especiais ou de emergência poderia eximir o magistrado de aplicar a lei daí resultante, quando se mostrar a adequação impossível, procedendo o magistrado à interpretação conforme a Constituição. D'AVILA, 2005, p. 86.

¹⁴³ AGUADO CORREA, El principio de proporcionalidad en derecho penal, p. 202 *apud* GOMES, 2002b, p. 101.

¹⁴⁴ Sintetiza Luiz Flávio Gomes que a função dogmática ou interpretativa do princípio da ofensividade impõe limite ou critério ao direito penal, tal que “ao juiz compete descobrir, depois de verificada a subsunção formal da conduta à letra da lei, qual é o bem jurídico (qual é o valor) protegido e se esse bem jurídico foi concretamente afetado (lesado ou posto em perigo). Só assim pode-se falar em tipicidade (em sentido formal)”. *Ibidem*, 2006, p. 103.

¹⁴⁵ D'AVILA, Fabio Roberto, 2005, p. 85. “Afinal, ao se falar em necessária ofensa, deve-se compreender um elemento complementador da legalidade, capaz de conferir à sua "segurança formal", elementos de "segurança substancial", o qual, no entanto, já está inserido na dimensão material do ilícito (*Unrecht*). Em outras palavras, e como já tivemos a oportunidade de referir, a dinâmica da ofensividade está obrigatoriamente circunscrita pelo ilícito-típico e é indispensável à lógica que sustenta e explica a noção jurídico-penal de crime”.

¹⁴⁶ TEIXEIRA, 2008, p. 103.

Como se pode observar pelo julgamento do HC n° 149.450/DF,¹⁴⁷ da relatoria do Ministro Celso de Mello, o comportamento do paciente mostrou-se destituído de qualquer efeito lesivo, indicando-se inidôneo à geração de qualquer risco relevante e proibido, o que torna a conduta em questão despojada de ofensividade típica, isto é, atípica.

Com isso, segundo Luiz Flávio Gomes:¹⁴⁸

Impõe-se evitar terminantemente qualquer interpretação dos delitos como modelos de mera desobediência ou de perigo abstrato (mera infração da norma imperativa). É preciso sempre verificar o que está detrás do texto legal (do enunciado legal). Urge que se descubra sempre a antijuridicidade material (lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico), interpretando-se os tipos penais teleologicamente.

Assim, ao adotar o intérprete a ofensividade como critério hermenêutico, necessário será demonstrar concretamente, para reconhecer-se a existência do crime, lesão ou perigo concreto ao bem jurídico,¹⁴⁹ que constitui o desvalor do resultado.

Partindo desta premissa, afirma-se que o bem jurídico constitui pressuposto do reconhecimento do delito, configurando a ofensividade como requisito obrigatório para tanto, de forma que, conforme Juarez Tavares:¹⁵⁰

não se pode admitir uma criminalização de conduta que não tenha um mínimo de substrato empírico, o que fundamenta a atipicidade de lesões insignificantes do bem jurídico. Tampouco se pode acolher uma forma de criminalização por simples comportamento ou violação de um dever geral, com a qual se delimitam as incursões legislativas na criminalização de delitos de perigo abstrato ou de delitos omissivos sem a correspondência da omissão à produção do resultado por ação.

¹⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n° 149.450/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, julgamento 19/12/2017. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC149450.pdf>> Aponta-se que o impetrante fora condenado com fulcro no art. 16 da Lei n° 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), isto é, posse de munição de uso restrito, a qual, mediante prova pericial, mostrou-se balas de festim. Assim, ante o princípio da ofensividade, juntamente com aplicação da insignificância e reconhecimento da intervenção mínima do Direito penal, o Relator reconheceu a atipicidade da conduta "pois seu comportamento mostrou-se destituído de *potencialidade lesiva*, eis que a única munição apreendida, além de não ser real (*era de festim*), achava-se guardada no interior de seu quarto, sem qualquer possibilidade de acesso imediato, por parte de referido paciente, a uma arma de fogo (fuzil, *no caso*) Tenho para mim, desse modo, que, desse comportamento, não resultou qualquer evento penalmente relevante, pois a situação imputável ao autor do fato nem caracterizou nem deu causa à instauração de um estado de risco relevante e proibido. Entendo, presente o contexto em referência, inexistir tipicidade penal que guarde pertinência com o comportamento daquele que tem a posse de uma única munição (de festim) guardada em sua residência, desacompanhada de arma de fogo. Em tal situação, o agente não cria nem provoca situação caracterizadora de risco proibido e relevante, o que permite reconhecer que tal conduta se apresenta desvestida de periculosidade e de ofensividade típica".

¹⁴⁸ GOMES, 2002b, p. 103.

¹⁴⁹ D'AVILA, 2005, p. 55.

¹⁵⁰ TAVARES, 2018, p. 73.

2.1.2.1. Resultado (lesão ou perigo concreto de lesão)

O resultado normativo é definido como perturbação ou modificação gerada através de dano ou perigo concreto, ferindo objeto jurídico tutelado pela norma,¹⁵¹ isto é, resultado é efeito de comportamento que lesa bem jurídico ou o coloca diante de situação perigosa.¹⁵² Trata-se do resultado definido como "exigência típica de uma consequência destacada da ação",¹⁵³ prestando-se à distinção entre os tipos penais de dano e os de mera conduta, dentre os quais, os tipos de perigo abstrato.

Segundo Luiz Flávio Gomes,¹⁵⁴ para configurar-se penalmente relevante, o resultado deve perturbar direitos ou liberdades de outrem, isto é, deve configurar-se transcendentalmente, já que a autolesão é irrelevante ao direito penal; significativo, isto é, faz-se necessária a presença da tipicidade material; intolerável, já que resultados tolerados ou socialmente adequados não são dignos de relevância penal; desvalioso, isto é, que lese ou coloque em perigo concreto o bem jurídico, não autorizado ou fomentado por outro ramo do ordenamento jurídico (tipicidade conglobante); e objetivamente imputável ao risco não permitido que, com sua conduta, o agente criou.

Fala-se da ofensividade como pressuposto à tipicidade material, tal que se nega a possibilidade de tipos penais que não afetem bens jurídicos, impedindo a incriminação de condutas que meramente contradigam a vontade estatal.¹⁵⁵ O alcance do tipo penal é, dessa forma, limitado pelo resultado, abstratamente através da técnica legislativa, deixando de fora do âmbito da norma condutas incapazes de produzir dano ou perigo concreto ao bem jurídico, ou, no caso concreto, quando, fortuitamente, a conduta mostra-se idônea a sua afetação, isto é, há somente tipicidade formal.¹⁵⁶ Logo, o prejuízo gerado ao bem jurídico é requisito da tipicidade penal, contudo, a esta não pertence como elemento, mas somente a limita, isto é, já

¹⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. – 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

¹⁵² PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, volume 1**. – 3. ed., – Rio de Janeiro: Forense, 2019c, p. 690.

¹⁵³ JOFFILY, 2016, p. 198.

¹⁵⁴ GOMES, 2002b, p. 111.

¹⁵⁵ Segundo Silvestroni "la manifestación más burda del autoritarismo estatal en materia penal está dada por los tipos penales que atrapan conductas que no afectan bienes jurídicos, sino que simplemente se contraponen a la voluntad del Estado. Son tipos de mera desobediencia cuya validez usualmente se pretende hallar en interpretaciones equivocadas de las nociones de orden o de moral pública". SILVESTRONI, Mariano H. **Teoría constitucional del delito**. – 1. ed – Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004, p. 209.

¹⁵⁶ *Ibidem*, 2004, p. 209.

que o fundamento da norma está na tutela de seu objeto jurídico, incabível será abranger a proibição de condutas que não afetem o interesse social fundamental tutelado.¹⁵⁷

Contudo, constatada a presença de resultado, isto é, constatada a tipicidade material, não implica, necessariamente, a ilicitude da conduta, de modo que deverão, para tanto, restarem ausentes qualquer causa justificante, sob pena de deixar a ofensa de ser ilícita ou contrária ao Direito, ou seja, a ofensa será amparada pela ordem jurídica.¹⁵⁸

2.2. Princípio da insignificância: *minima non curat praetor*¹⁵⁹

Ultrapassados os postulados da ofensividade e intervenção mínima, está o legislador, a princípio, legitimado a proceder à criação de tipos penais. Embora tal bem jurídico seja, abstratamente, dotado de relevância e dignidade penal, poderá, no caso concreto, ante a inexpressividade do dano ao bem resultante do comportamento tipificado, pode não se falar em delito.¹⁶⁰ Isto é, desvalor da ação, sem desvalor do resultado, não é idôneo à caracterização do ilícito-típico.¹⁶¹

Hans Welzel, aproxima do princípio da adequação social¹⁶² a noção de insignificância, ao postular a atipicidade de lesões corporais insignificantes por se tratar de condutas

¹⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Derecho Penal: parte general – 5. ed. Buenos Aires: Ediar, 1986, p. 473 *apud* GOMES, 2002b, p. 115.

¹⁵⁸ *Ibidem*, 2002b, p. 112.

¹⁵⁹ Segundo Adjair de Andrade Cintra, "atribui-se a origem do princípio da insignificância ao adágio latino *minima non curat praetor*. Segundo tal máxima, o juiz (pretor) não deve se ocupar de questões mínimas". CINTRA, Adjair de Andrade. Aplicação do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos - São Paulo, 2011, p. 56.

¹⁶⁰ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 11. ed. - Niterói: Impetus, 2020. p. 101.

¹⁶¹ Fabio Roberto D'ávila concebe desvalor do resultado como pressuposto lógico do desvalor da ação, ou seja, sem aquele não se cogita a existência deste, sendo ambos necessários à configuração do crime: "apenas buscamos salientar que é o desvalor de resultado como negação da intencionalidade normativa de um ilícito penal teleologicamente voltado à tutela de bens jurídicos, a pedra angular do ilícito e, se assim é, somente na sua presença é que falaremos em desvalor da ação, ou seja, uma coexistência necessária, mas que só se torna possível diante da preexistência do primeiro" (D'AVILA, 2006, p. 88).

¹⁶² Segundo Welzel, prevê serem ações socialmente adequadas aquelas "que se mueven dentro del marco de los órdenes sociales, nunca están comprendidas dentro de los tipos de delito, ni aun cuando se las pudiera subsumir en un tipo interpretado a la letra". WELZEL, 1956, p. 63. Adverte, ademais, para o fato de, apesar de não serem condutas eticamente exemplares, figuram-se nos limites da liberdade social de agir. **Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre**. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L. 1964, p. 84.

socialmente adequadas.¹⁶³ No entanto, os institutos da insignificância e adequação social não se confundem.¹⁶⁴

O princípio da insignificância foi desenvolvido sobretudo por Claus Roxin, partindo do adágio romano já citado, valendo-se, comparativamente, do princípio da adequação social de Welzel, a fim de excluir do âmbito do Direito Penal lesões insignificantes.¹⁶⁵

Ao traçar os lineamentos fundamentais do funcionalismo teleológico, Roxin postula a abertura do Direito Penal à política criminal mediante a interpretação teleológica da norma, isto é, em função de lesão ao objeto jurídico desta.¹⁶⁶ Destarte, cada instituição do Direito Penal (ação, tipo, delito e responsabilidade) passa a ser valorado à luz das diretrizes político-criminais,¹⁶⁷ Em vista de consistir o Direito Penal, conforme Roxin, na tutela subsidiária de bens jurídicos, procura-se afastar comportamentos geradores de resultados insignificantes ao objeto jurídico, considerados, portanto, penalmente irrelevantes,¹⁶⁸ valendo o intérprete da insignificância como método hermenêutico.¹⁶⁹ Significa dizer que, embora formalmente típica¹⁷⁰ a conduta, materialmente não o é, configurando-se a atipicidade do fato. Assim, respeita-se o caráter fragmentário do Direito Penal, dado que a este ramo do ordenamento jurídico só cabe cominar penas tanto quanto necessário à proteção do bem jurídico.¹⁷¹

Embora a individualização legislativa não possa prever condutas materialmente irrelevantes a fim de evitar-se o próprio juízo de tipicidade formal, a aplicação da insignificância afasta da incidência do tipo penal lesões irrelevantes.¹⁷² Assim, mais que a subsunção do fato à norma, exige-se efetiva lesão perceptível não apenas no objeto material

¹⁶³ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán: parte general*. 11. ed. – Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 67 *apud* CINTRA, 2001, p. 56.

¹⁶⁴ *Ibidem*, 2001, p. 56. Roxin indica que a adequação social "no es una característica del tipo, pero si un auxiliar interpretativo para restringir el tenor literal que acoge también formas de conductas socialmente admisibles". ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

¹⁶⁵ CINTRA, 2011, p. 57.

¹⁶⁶ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 1. ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p. 230.

¹⁶⁷ CINTRA, 2011, p. 58.

¹⁶⁸ ESTEFAM, 2021, p. 153.

¹⁶⁹ CINTRA, 2011, p. 58.

¹⁷⁰ Tipicidade formal pode ser definida como "a adequação perfeita da conduta do agente ao modelo abstrato (tipo) previsto na lei penal". GRECO, 2015, p. 113.

¹⁷¹ Desse modo, por exemplo, "o descaminho do art. 334, § 1.º, "d", não será certamente a posse de pequena quantidade de produto estrangeiro, de valor reduzido, mas sim a de mercadoria cuja quantidade ou cujo valor indique lesão tributária, de certa expressão, para o Fisco" (TOLEDO, 1994, p. 133).

¹⁷² ROXIN, Claus, 2002, p. 74.

sob o qual recai a conduta, como também ao bem jurídico.¹⁷³ Diz-se, pois, que o juízo de insignificância é emanado do aplicador da lei como verdadeiro instrumento de política criminal por meio do qual se reconhece e garante natureza e princípios limitadores do Direito Penal.¹⁷⁴

Com o advento do finalismo de Welzel e a concepção puramente normativa do Direito Penal, reconheceu-se a presença, no tipo penal, de elementos normativos, de forma a exigir maior margem para a interpretação destes, viabilizando ao julgador a emanação de juízos de valor.¹⁷⁵

Raúl Eugenio Zaffaroni explica que certas condutas, apesar de subsumirem-se ao tipo penal, não afetam substancialmente o bem jurídico, não sendo, portanto, típicas,¹⁷⁶ resultado da aplicação do princípio da insignificância. Esclarece o jurista argentino que o mero juízo de tipicidade formal, isto é, de subsunção da hipótese legal à conduta praticada pelo agente, não é idôneo, por si só, a caracterizar o ilícito-típico; contudo, a descrição típica da conduta penalmente relevante cumpre a importante função de tornar cognoscível a norma e o bem jurídico. Ademais, ainda que esses elementos (lei penal e bem jurídico) figurem-se independentes do tipo penal, acabam por limitá-lo.

Segundo Zaffaroni,¹⁷⁷ para determinar o alcance da proibição penal, deve-se partir do elemento teleológico do tipo penal, isto é, da vontade dirigida à proteção do bem jurídico. Tal, contudo, não é suficiente, visto que é possível o agente praticar a conduta proibida pela norma sem contrariá-la ou produzir resultado lesivo ao bem jurídico.

Deve-se ter em vista que, para se cumpra os fins do Direito, faz-se necessário que as normas e princípios que o constituem não operem em desfavor do sistema, ou seja, de modo

¹⁷³ CINTRA, 2011, p. 59.

¹⁷⁴ MAÑAS, Carlos Vico. Princípio da insignificância: excludente da tipicidade ou da ilicitude, *in* **Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 93 *apud* CINTRA, 2001, p. 59.

¹⁷⁵ BÜRGEL, Leticia. A problemática dos tipos penais abertos no direito penal contemporâneo. **RJLB**, Ano 3 (2017), n. 4, p. 981-1015, 2017, p. 982.

¹⁷⁶ Segundo a teoria da tipicidade conglobante formulada por Zaffaroni, em que pese ser um comportamento ser previsto pela norma penal como crime, será atípico se a conduta em questão for fomentada por outro ramo do Direito; ou for amparada por norma legal de outra natureza; ou não for reprimida pelo poder de punir do Estado; e se for a afetação ao bem jurídico insignificante. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal: parte general, vol. III**. 3. ed. – Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 231.

¹⁷⁷ *Ibidem*, 1981, p. 232.

contraditório, haja vista que normas proibitivas e permissivas devem harmonicamente coexistir, constituindo um ordenamento normativo, possibilitando, assim, a ordem social.¹⁷⁸

Dessa forma, um tipo penal encontra-se imerso em um sistema, em conjunto de outras normas do ordenamento jurídico. Assim, uma conduta que se amolde a um tipo proibitivo, sem que haja algum preceito permissivo capaz de amparar juridicamente tal, restará antijurídica, isto é, em contradição com o ordenamento jurídico. Quanto à tipicidade, comprova-se a antinormatividade da conduta, a qual está em contradição com a norma considerada como parte de um todo normativo.¹⁷⁹ Quer dizer que à análise da tipicidade formal, procede-se à análise da tipicidade conglobante.

À vista disso, verifica-se se o bem jurídico foi afetado pela conduta, à luz do todo normativo, isto é, averiguando se o ordenamento, mediante outras normas jurídicas reprova ou aprova o comportamento em questão. Indaga-se, também, se a norma incriminadora foi limitada por outra, tornando a conduta permitida pelo Direito, isto é, atípica. Por último, mostra-se cabível questionar se a norma proibitiva, em vista de limites insignificantes de dano, cumpre ou pode cumprir o objetivo geral do ordenamento jurídico, qual seja, assegurar a paz entre os homens.¹⁸⁰

Conclui Zaffaroni que a tipicidade penal, essencial à configuração do fato típico¹⁸¹ é composta pela tipicidade formal e pela tipicidade conglobante,¹⁸² que requer efetiva lesão ou ameaça de lesão ao objeto jurídico da norma através da "comprobación de la antinormatividad por la contradicción de la conducta con la norma, conglobada con las restantes del orden normativo que integra".¹⁸³ Procura-se afastar a criminalização de condutas

¹⁷⁸ Em suas palavras: "Cuando hay contradicción no hay orden, cuando no hay orden no hay pautas, sin pautas no hay internalización posible por falta de objeto de la misma y, finalmente, esas contradicciones no pueden aspirar a ninguna ética. El orden jurídico, compuesto de normas prohibitivas y preceptos permisivos, presupone también un orden normativo, es decir, un cierto orden entre las mismas normas prohibitivas" (*Ibidem*, 1981, p. 234).

¹⁷⁹ Isto é, "considerada en forma conglobada" (*Ibidem*, 1981, p. 235).

¹⁸⁰ *Ibidem*, 1981, p. 235.

¹⁸¹ Entende-se típico o fato quando houver correspondência entre conduta ou fato material e elementos que compõem a lei penal. CAPEZ, 2020, p. 268. É o primeiro elemento estrutural do conceito analítico do crime (juntamente com ilicitude e culpabilidade), sendo composto o tipo doloso de: conduta dolosa, resultado (somente nos crimes materiais), c) nexos causal (somente nos crimes materiais), tipicidade e relação de imputação objetiva; enquanto o tipo culposo é composto de conduta voluntária, resultado involuntário, relação de imputação objetiva, quebra do dever de cuidado objetivo e previsibilidade objetiva (ESTEFAM, 2021, p. 229).

¹⁸² GRECO, 2015, p. 113.

¹⁸³ ZAFFARONI, 1981, p. 236.

que o ordenamento jurídico não proíbe ou cujo aparato repressivo do estado não as alcança ou dada a insignificante lesão gerada.¹⁸⁴

Dessa forma, para que se possa falar em tipicidade conglobante, requerem-se a antinormatividade da conduta e a sua tipicidade material. Com isso, somente há tipicidade¹⁸⁵ se, além de norma que preveja a conduta incriminada, considerar-se a relevância do bem jurídico afetado. Com isso, neste aspecto da tipicidade conglobante, cogita-se acerca da possibilidade de incidência da insignificância, visto que o legislador não desejou que qualquer fosse a lesão suportada pela vítima tivesse a aptidão para configurar o injusto penal.¹⁸⁶ Apesar de não se permitir incidir alguns crimes, como o homicídio, quando aplicado, possibilitará afastar eventuais injustiças proporcionadas pela mera adequação formal da conduta ao tipo penal,¹⁸⁷ tornando o fato atípico, dada a ausência da tipicidade material. É que à lei penal não é atribuída a função de ocupar-se com bagatelas, mas, sim, com lesões intentadas a interesses sociais fundamentais.¹⁸⁸

Extrai-se daí que a natureza jurídica da insignificância só pode ser causa de exclusão da tipicidade. Se, com isso, não se configura fato típico, há de falar-se na impropriedade da expressão "crime de bagatela", que se vale a doutrina para referir-se a fatos insignificantes ao Direito penal.¹⁸⁹

Embora seja a insignificância adotada como causa supralegal de exclusão da tipicidade, há quem a analise em sede de antijuridicidade ou ilicitude, como causa de justificação.¹⁹⁰

¹⁸⁴ Terá como função a tipicidade conglobante "operar como correctivo de la tipicidad legal, reduciendo a la verdadera dimensión lo que la norma prohíbe, dejando fuera de la tipicidad penal aquellas conductas que sólo son alcanzadas por la tipicidad legal, pero que el orden normativo no prohíbe, precisamente porque las ordena o las fomenta o no las puede alcanzar, por exceder del poder represivo del Estado o por ser insignificante su lesividad" (*Ibidem*, 1981, p. 236).

¹⁸⁵ Tipicidade ou adequação típica pode ser definida como "a relação de subsunção entre um fato concreto e um tipo penal previsto abstratamente na lei (aspecto formal) e a lesão ou perigo de lesão ao bem penalmente tutelado (aspecto material). Trata-se de uma relação de encaixe, de enquadramento. É o adjetivo que pode ou não ser dado a um fato, conforme ele se enquadre ou não na lei penal e lesione ou exponha a risco um valor fundamental protegido pela norma penal (vida, patrimônio, meio ambiente, liberdade sexual etc.)".

¹⁸⁶ GRECO, 2015, p. 113.

¹⁸⁷ *Ibidem*, 2015, p. 114.

¹⁸⁸ *Idem*, 2020, p. 106.

¹⁸⁹ *Ibidem*, 2020, p. 106.

¹⁹⁰ Cujo efeito é notadamente a exclusão da ilicitude da conduta, embora típica. Jorge Figueiredo Dias explica que a ilicitude no âmbito do Direito penal "só pode ser afirmada ou negada, devendo neste último caso considerar-se completamente indiferente, em termos de consequência jurídica, que o comportamento respectivo seja "aprovado" ou apenas "suportado" pelo Direito. Neste contexto só pode estar em questão - talvez possa dizer-se assim - uma "lógica deôntica" ou "bivalente", relativamente à qual vale completamente o "princípio do

Nesse sentido, Abel Cornejo¹⁹¹ afirma que o fato não seria materialmente antijurídico, embora formalmente o seja. Significa dizer que reconhecida a insignificância da lesão ou perigo concreto a qual exposto o bem jurídico, afastar-se-ia a ilicitude, isto é, estaria o fato justificado, ante a ausência de antijuridicidade material.¹⁹²

O conteúdo da antijuridicidade material, determinado pela lesão ou ameaça de lesão a bem jurídico, é, hoje, reconhecidamente abrangida pela tipicidade material,¹⁹³ de modo que, ausente a produção de resultado lesivo ao objeto juridicamente tutelado pela lei penal, reconhece-se, forçosamente, a atipicidade da conduta.¹⁹⁴ Tem-se em vista que à antijuridicidade não cabe a função de proteção do bem jurídico, mas ao tipo penal, de forma que se não há lesão, não há tipicidade material.¹⁹⁵

Ademais, levando-se em conta o conceito jurídico de crime (conduta típica, ilícita e culpável) o fato não resistiria sequer a análise da tipicidade, tornando-se irrelevante qualquer juízo acerca da ilicitude e culpabilidade, visto que esta pressupõe aquela, que, por sua vez, pressupõe ser o fato típico, estando cada um dos componentes do delito logicamente implicados.¹⁹⁶

Destaca-se o questionamento mesmo acerca de sua natureza de princípio jurídico-penal. Nesse sentido, a insignificância pode ser concebida como produto negativo do princípio da ofensividade através da aplicação do subcritério da necessidade, decorrente do critério da

terceiro excluído". DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Penal: parte geral. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime**. - 2. ed. - Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 403.

¹⁹¹ CORNEJO, Abel. Teoría de la insignificancia. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 65 *apud* GRECO, 2020, p. 104.

¹⁹² Aqui, a antijuridicidade é definida como “relação de contrariedade que se estabelece entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico, que cause lesão ou exponha a perigo de lesão um bem juridicamente protegido. Como o bem não tem a importância exigida pelo Direito Penal, o fato estaria justificado pela ausência da ilicitude material?”. *Ibidem*, 2020, p. 105. Como aponta Salo de Carvalho, deve-se à Von Liszt a bipartição da antijuridicidade em material e formal. Enquanto esta se verifica por meio da contradição entre a hipótese prevista abstratamente no tipo penal e a conduta do agente, aquela se satisfaz se danosa ao corpo social. CARVALHO, Salo de. A materialização da antijuridicidade na dogmática jurídico-penal: análise desde a teoria crítica do delito. **Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte**, n. 76, pp. 411-442, jan./jun. 2020, p. 411-412.

¹⁹³ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 74 *apud* CINTRA, 2011, p. 101.

¹⁹⁴ GOMES, 2002, p. 109-110. A tipicidade material não se afigura indicio da antijuridicidade, tampouco com esta se confunde. É, sim, contenedora de expressão de desvalor, expressando, apenas provisoriamente, a ilicitude.

¹⁹⁵ CINTRA, 2001, p. 101.

¹⁹⁶ WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Santiago: Jurídica de Chile, 1993, p. 57 *apud* GRECO, 2020, p. 105.

proporcionalidade,¹⁹⁷ visto a insignificância valer-se como critério determinante do potencial de ofensa que tal conduta pode causar a um interesse fundamental protegido pela norma e a própria ordem jurídica, derivando, por isso, da ofensividade.¹⁹⁸ Mostrar-se-á insignificante, ademais, quando a aplicação da norma penal for desnecessária à manutenção do ordenamento jurídico. Assim, diz-se que conduta insignificante não é lesiva ao bem jurídico, além de prescindir de intervenção do Direito Penal.¹⁹⁹

Salienta-se que a incidência da norma penal à conduta será desnecessária caso a resposta a todos os seguintes critérios seja negativa:

a) qual foram o grau e extensão da afetação do bem jurídico em questão (desvalor do resultado); b) qual foram o grau e extensão da ofensividade (potencial de lesão ou idoneidade) da conduta em si em relação ao bem jurídico (desvalor da conduta); c) se a conduta representa uma afetação relevante do valor da pessoa; d) se a conduta representa uma afetação significativa para a crença/consciência da essencialidade e manutenção dos valores da ordem jurídica (avaliar, entre outras coisas, o efeito cumulativo com o risco de reiteração da conduta caso esta seja reputada insignificante). A resposta positiva a quaisquer dessas indagações já torna a conduta significativa de algum modo para a ordem jurídico-penal.²⁰⁰

2.2.1. Princípio da insignificância nos Tribunais Superiores

O Supremo Tribunal Federal, no HC n° 84.412/SP,²⁰¹ de relatoria do ministro Celso de Mello, fixou os seguintes critérios objetivos para a incidência da insignificância ao fato, tornando-o atípico: mínima ofensividade da conduta praticada; nenhuma periculosidade social

¹⁹⁷ REIS, Marco Antonio Santos. O que há de significativo na insignificância?. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 62, out./dez. 2016, p. 116. Segundo este autor, "insignificância não é um princípio, porquanto não passa de um resultado da aplicação do princípio da lesividade. Dizer que uma norma jurídico-penal não pode se justificar frente a condutas cuja ofensividade é irrisória ou inexistente é apenas uma forma parcial, fragmentária e negativa de expressar o princípio da lesividade".

¹⁹⁸ *Ibidem*, 2016, p. 119.

¹⁹⁹ *Ibidem*, 2016, p. 120.

²⁰⁰ *Ibidem*, 2016, p. 120.

²⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n° 84.412-0/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, 2. T., DJU 19/11/2004. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79595>>. Nota-se que o impetrante foi condenado pelo crime de furto (art. 155, CP) de aparelho celular cujo preço fora avaliado na importância de R\$ 90,00. Em vista disso, salienta o Ministro Celso de Mello que "o sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, integridade da própria ordem social".

da ação; reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Percebe-se, segundo Marco Antonio Santos Reis,²⁰² serem tais critérios extremamente abertos e questionáveis. Quanto à mínima ofensividade da conduta, refere-se o STF, exclusivamente, ao desvalor da ação, correndo-se o risco de, a rigor, nenhuma conduta poderá ser considerada irrelevante.²⁰³

Em relação à periculosidade social da ação, não se deve confundir com a danosidade ou nocividade da ação.²⁰⁴ Esta condição procura afastar do âmbito da insignificância condutas socialmente perigosas, isto é, aptas a colocar em risco a sociedade. É o caso do art. 33 da Lei nº 11.343/2006,²⁰⁵ ao qual não é, em regra, reconhecida a insignificância, como reconhecida pelo STF no HC 216.296/SP,²⁰⁶ visto que, segundo o relator, por constituir crime de perigo abstrato, cuja periculosidade é presumida pelo próprio tipo, irrelevante é cogitar-se acerca da mínima ofensividade da conduta em face da pequena quantidade apreendida diante da presença de periculosidade social da conduta.²⁰⁷ Então,

²⁰² REIS, 2016, p. 123.

²⁰³ Explica o autor que "o furto de uma resma de papel da repartição pública ou o furto de cinquenta reais em produtos de um supermercado são ações igualmente desvalorados e formalmente idênticas quanto à violação do preceito primário da norma". *Ibidem*, 2016, p. 125.

²⁰⁴ CINTRA, 2011, p. 101.

²⁰⁵ "Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (...)". BRASIL. Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2006. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm> Acesso em 28 mai 2023.

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 216.296/SP, Rel. Ministro André Mendonça. Julgamento 11/03/2023. Disponível em:

<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1781512863/inteiro-teor-1781512864>. Segundo o relator "a orientação do Supremo Tribunal Federal é no sentido de ser inaplicável o princípio da insignificância ao tráfico ilícito de drogas, por consistir em crime de perigo abstrato ou presumido cujo objeto jurídico é a saúde pública, bem jurídico, vale ressaltar, de conotação constitucional – arts. 196 a 200 da Constituição da República. Nesse sentido, mostra-se irrelevante cogitar-se da “mínima ofensividade da conduta” (em face da quantidade apreendida) ou, ainda, da “ausência de periculosidade da ação”, pois, por se cuidar de crime de perigo abstrato (e não de dano), dispensa-se a comprovação de efetiva lesão ao bem jurídico tutelado.” Não obstante ostenta extrema gravidade, tendo sido a ele, inclusive, conferido o caráter hediondo por força de norma constitucional (CRFB, art. 5º, inc. XLIII, que impôs um regime jurídico mais gravoso), mostrando-se incompatível com o princípio da insignificância.

²⁰⁷ A repressão penal justifica-se independente da comprovação efetiva de dano ao bem jurídico tutelado, visto ser presumido de forma absoluta pelo legislador, isto é, dispensa-se prova em sentido contrário. NASCIMENTO, Eduardo Romualdo do. O perigo abstrato no âmbito do tráfico e do consumo de drogas, 2016, p. 103.

condutas insignificantes, segundo entendimento vencedor na Suprema Corte, podem constituir objeto de repressão penal se reconhecida sua periculosidade social.²⁰⁸

Contudo, reconheceu-se, no julgamento do HC n° 127.573/SP,²⁰⁹ a atipicidade material de tráfico, ante flagrante violação, segundo o relator ministro Gilmar Ferreira Mendes, dos princípios da proporcionalidade, ofensividade e insignificância, considerando uma arbitrária decisão político-criminal a não aplicação da insignificância ao tráfico ilícito de entorpecentes.

A periculosidade social pode ser extraída do risco de reiteração criminosa, seja por parte do próprio sujeito agente do fato insignificante, seja por parte de outros, baseando-se na imitação do comportamento não punido,²¹⁰ criando assim um ambiente de instabilidade e insegurança sociais.

Logo, reconhece-se o risco de, ao sistema jurídico-penal permitir furtos de pequena monta, possível violação da dignidade humana e de bens jurídicos,²¹¹ compreendidos como a relação de disponibilidade entre indivíduo e objeto material, protegida pelo Estado através de normas capazes de proibir condutas que a afete.²¹² Dessa forma, o sistema de garantias que pretende o ordenamento jurídico tutelar, sujeitar-se-ia a uma série de violações.²¹³

No que respeita ao reduzidíssimo grau de reprovabilidade da conduta, faz-se necessário proceder-se à análise da culpabilidade, visto a reprovação ser elemento desta, e não da tipicidade material.²¹⁴

²⁰⁸ CINTRA, 2011, p. 102.

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n° 127.573/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, 2. T., DJU 25/11/2019. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751457286>> Acesso em 28 mai 2023. Explica-se que, no caso em questão, a paciente fora condenada à pena de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime inicialmente fechado pela comercialização de 1 grama de maconha. Entendeu o Relator que "a razão para a recusa da aplicação do princípio da insignificância em crimes de tráfico de entorpecentes está muito mais ligada a uma decisão político-criminal arbitrária do que propriamente a uma impossibilidade dogmática. O principal argumento levantado por aqueles que sustentam tal inaplicabilidade é o de que o tráfico ilícito de entorpecentes se revela um crime de perigo abstrato, que tutela bens jurídicos difusos (segurança pública e paz social), e que, portanto, repele o emprego do princípio da insignificância. No entanto, entendo que tal equação dogmática (crime de perigo abstrato + bem jurídico difuso = inaplicabilidade automática do princípio da insignificância) não se revela exatamente precisa em sua essência".

²¹⁰ REIS, 2016, p. 125.

²¹¹ *Ibidem*, 2016, p. 125.

²¹² ZAFFARONI, 1981, p. 240.

²¹³ REIS, 2016, p. 125.

²¹⁴ Pode-se afirmar a existência de "erro categorial em relação à premissa utilizada pelos tribunais de que a insignificância é causa de exclusão da tipicidade material" (*Ibidem*, 2016, p. 126).

Todavia, não há como condicionar a tipicidade à culpabilidade, visto esta preocupar-se com o desvalor da ação considerando as condições pessoais do imputado, enquanto aquela se baseia no desvalor da ação em si (tipicidade formal) e seu potencial de ofensa ao objeto jurídico.²¹⁵ Outrossim, desnecessária será a análise da culpabilidade do agente quando verificada a atipicidade do fato, pois sobre este estará afastada a intervenção penal.²¹⁶

O último critério elencado pelo STF é a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Leva-se em conta o objeto material alvo da conduta incriminada, e não o bem jurídico (objeto da análise da ofensividade ou não da conduta).²¹⁷

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do HC n° 562.448,²¹⁸ em complementação aos requisitos fixados pelo STF, determinou os requisitos subjetivos a serem atendidos pelo agente do fato, para que se reconheça a insignificância do dano:

O Superior Tribunal de Justiça, em complementação aos critérios objetivos do STF, também dispôs de uma série de requisitos subjetivos: a) extensão do dano, compreendendo a importância do objeto material para a vítima, sua situação econômica e o valor sentimental referente ao bem; b) circunstâncias e resultado do crime para determinar se houve lesão significativa ao bem jurídico; c) condições pessoais do ofendido; e d) condições pessoais do agente, que consiste em verificar a existência contumácia delitiva, que, na linguagem do Tribunal, não se confunde com a reincidência e nem mesmo com a reiteração delitiva.²¹⁹

Com isso, entende-se que a análise da tipicidade formal é necessária, mas não suficiente, por si só, à configuração da insignificância, de forma que também serão analisadas as circunstâncias pelas quais se cometeu a infração penal, bem como as características pessoais do autor.

²¹⁵ CINTRA, 2011, p. 103.

²¹⁶ *Ibidem*, 2011, p. 103.

²¹⁷ Dessarte, "a ofensividade da conduta refere-se à capacidade potencial desta conduta de lesionar ou expor a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados. Exatamente por se tratar do potencial ofensivo da conduta, deve-se levar em consideração o bem jurídico abstratamente considerado. Já a análise da lesão jurídica provocada pela conduta pressupõe não o bem jurídico abstratamente considerado, mas o objeto jurídico efetivamente lesionado pela conduta praticada (ou o perigo por ele sofrido)". *Ibidem*, 2011, p. 105.

²¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC n° 562.448, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6. T., DJU 05/05/2020. Disponível em:

<https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_HC_562448_5139f.pdf?AWSAcc-ess=KeyIdAKIARMMD5JEAO67SMCVA&Expires=1685202359&Signature=KxCcSbgD3JG5stteVZUX18f33e4%3D>
Acesso em 27 mai 2023.

²¹⁹ ESTEFAM, 2021, p. 154. Destaca-se que a referida "contumácia ou habitualidade delitiva" não se confunde com crime habitual. Configura-se este crime único a partir da reiteração ou repetição de várias condutas no tempo, a exemplo do crime de exercício ilegal da medicina (art. 282, CP). Aquela, por sua vez, respeita à prática criminosa reiterada ou persistente, provada mediante procedimentos administrativos ou ações penais em curso.

Ademais, como pode notar-se no Agravo Regimental no HC de número 626.351/SC, fixou o STJ entendimento de que, para incidir a insignificância ao furto (art. 155, CP), o valor da coisa furtada não pode ultrapassar o valor de 10% do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Cabe destacar, ainda, que, no caso de furto, a insignificância não se confunde com o impropriamente denominado furto "privilegiado",²²⁰ visto que, para este configurar-se, a coisa deve ser de pequeno valor (e não de valor insignificante). Entende o Superior Tribunal de Justiça que para configurar a minorante do § 2º do art. 155 do CP, o valor da coisa subtraída não deve ultrapassar um salário-mínimo vigente à época dos fatos, ainda que qualificado pelo rompimento de obstáculo, cujo dano, em princípio, poderia ultrapassar o valor do salário mínimo; contudo, leva-se em conta tão somente o valor do objeto do furto.²²¹

Por fim, destaca-se a edição, pelo STJ, do enunciado 599 da súmula de sua jurisprudência dominante,²²² tornando inaplicável, em regra, a insignificância quanto aos crimes contra a administração pública. Este entendimento estende-se ao verbete 606 da súmula da jurisprudência dominante deste Tribunal,²²³ determinando não incidir a bagatela diante da transmissão clandestina de sinal de internet via radiofrequência.

2.3. Intervenção mínima

Em razão de distintiva gravidade caracterizadora da sanção penal (pena ou medida de segurança), sua aplicação dá-se fragmentária e subsidiariamente.²²⁴ A natureza fragmentária do Direito penal busca conferir tutela apenas àqueles interesses tidos como relevantes ou

²²⁰ "Art. 155 (...) § 2º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou aplicar somente a pena de multa." Cabe destacar que, apesar de consagrado pela doutrina como furto "privilegiado", trata o § 2º do art. 155 de verdadeira causa de diminuição de pena, ou furto minorado.

²²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1.478.374. Rel. Ministra Laurita Vaz, julgamento: 30/06/2022. Disponível em:

<<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=96422959&tipo=91&nreg=201901011135&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20190614&formato=PDF&salvar=false#:~:text=No%20que%20se%20refere%20%C3%A0,m%C3%ADnimo%20ao%20tempo%20do%20fato.>> Acesso em 27 mai 2023.

²²² "O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a administração pública". Disponível em: <https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_599_2017_CEI.pdf> Acesso em 27 mai 2023.

²²³ "Não se aplica o princípio da insignificância a casos de transmissão clandestina de sinal de internet via radiofrequência, que caracteriza o fato típico previsto no art. 183 da Lei nº 9.472/1997". Disponível em: <https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_606_2018_Terceira_secao.pdf> Acesso em 27 mar 2023.

²²⁴ GOMES, 2007, p. 443.

fundamentais ao indivíduo e à sociedade. É certo ao Direito a disposição de outras formas de conferir proteção a bens jurídicos. Extraí-se com isso três principais alternativas à coerção penal: indenizações decorrentes de responsabilidade civil; medidas de direito administrativo, tais como medidas de fiscalização, controle, revogação, permissões e concessões decorrentes do exercício de poder de polícia do Estado, e imposição de multa.²²⁵

Por outro lado, não é toda lesão ao bem jurídico objeto da repressão penal, mas, sim, aqueles mais intoleráveis, resultantes de condutas igualmente desvaliosas.²²⁶ Quer-se dizer que a aplicação do direito penal será legítima somente à medida que os demais ramos do ordenamento jurídico não solucionarem a controvérsia adequadamente.

O princípio da intervenção mínima estende-se de forma a ser analisado em abstrato, pelo legislador, quanto à criação ou à revogação de tipos penais e, em concreto, pelo aplicador da lei penal, caracterizando-se o Direito penal como o último recurso que lança mão o Estado na reprimenda criminal,²²⁷ isto é, como a *ultima ratio legis*,²²⁸ demonstrando aspecto político-criminal fundamental, cuja função é precipuamente a limitação do aparato punitivo estatal.²²⁹

2.3.1. Fragmentariedade do Direito Penal

A natureza fragmentária do Direito Penal encontra fundamento em sua própria função, a de proteger os valores e interesses mais caros ao indivíduo e ao convívio em sociedade. Assim, concebe-se a teoria do bem jurídico como fundamento da intervenção mínima. Significa dizer que a proteção é conferida àqueles interesses que gozam de dignidade ou importância tal qual exigida pelo Direito Penal, tanto que este ramo do ordenamento jurídico

²²⁵ ROXIN, 2006, p. 52.

²²⁶ *Ibidem*, 2006, p. 443.

²²⁷ GRECO, 2020, p. 77.

²²⁸ Luiz Regis Prado sintetiza que ao Direito Penal cabe somente "atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens, e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa", tal que "a intervenção da lei penal só pode ocorrer quando absolutamente necessária para a sobrevivência da comunidade – como *ultima ratio legis* –, ficando reduzida a um mínimo imprescindível. E, de preferência, só deve fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia (efetividade)" (PRADO, 2019c, p. 281).

²²⁹ Tal restrição ao direito de punir do Estado encontra eco desde a criminalização primária, isto é, na criação de tipos penais pelo legislador, até a execução penal (GOMES, 2007, p. 449).

somente intervirá diante de graves ataques a interesses que possuam grande relevância ao corpo social.²³⁰ Diz-se, portanto, que a teoria do bem jurídico atua como fundamento da intervenção mínima ao permitir a intervenção do Direito Penal apenas quando dotado da relevância e dignidade exigida por este ramo da ordem jurídica.²³¹ Max Ernst Mayer²³² ressalta que um bem será merecedor da proteção penal caso ostente três qualidades: seja "merecedor de proteção", isto é, o interesse deve possuir valor tal que justifique a proteção penal; "necessite de proteção", ou seja, caso tal bem seja suficientemente protegido por outro ramo do Direito, injustificada será a intervenção penal; e seja "capaz de proteção", de forma que um interesse merecedor e que necessite de proteção penal pode não ser idôneo a tal, como a moral sexual.²³³

Assim, o caráter fragmentário do Direito Penal materializa-se nas leis penais em três aspectos:²³⁴ defesa de bens jurídicos contra ataques que demonstrem certa reprovabilidade, verificada através da intenção e tendência do agente; tipificação de apenas uma parte das condutas tidas por antijurídicas pelos demais ramos do ordenamento jurídico; e, por último, não punição de atitudes meramente morais.

2.3.2. Subsidiariedade do Direito Penal

Cabe ao Direito Penal a proteção subsidiária de bens jurídicos, isto é, somente se tem por legitimada sua intervenção quando os demais meios de resolução ou repressão do conflito falham ou não seriam suficientes a tais encargos. Por isso, a pena cominada pelo legislador no preceito secundário do tipo penal vê-se como a mais gravosa das sanções previstas no ordenamento jurídico, atribuindo-se-lhe, portanto, a característica de *ultima ratio*.²³⁵

²³⁰ GOMES, 2007, p. 449. Greco alude à relatividade quanto à valoração de bens jurídicos nas mais diversas culturas, havendo zonas de consenso, isto é, bens que possuem semelhantes ou iguais valores seja qual for a sociedade em que se encontra, e zonas de conflito, ou seja, situações nas quais são valorados social e juridicamente das maneiras mais díspares entre as mais diversas culturas, concluindo que “o critério de proteção dos bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade, portanto, não poderá ser absoluto, rígido, determinado para todo e qualquer ordenamento jurídico” (GRECO, 2020, p. 80).

²³¹ GRECO, 2020, p. 79. Luigi Ferrajoli descreve um excesso punitivo injustificado levado a cabo pela inflação legislativa, consequência da proteção de bens e direitos não fundamentais. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 574.

²³² MAYER, M. E., Der Allgemeiner Teil des deutschen Strafrechts. 2. ed., 1923, p. 23 *apud* CONDE, 2001, p. 125.

²³³ MAYER, 1923, p. 23 *apud* CONDE, 2001, p. 126.

²³⁴ *Ibidem*, 2001, p. 124.

²³⁵ ROXIN, 1997, p. 65. Segundo Luiz Flávio Gomes, “o Direito penal (particularmente o Direito penal que envolve o *ius libertatis*), em razão dos custos e da violência que significa, somente se justifica quando presentes

O caráter subsidiário do Direito Penal, segundo Roxin²³⁶ e Jakobs,²³⁷ decorre do princípio ou critério da proporcionalidade, pois a sanção penal constitui a forma mais agressiva de intervenção e limitação à liberdade do indivíduo, e tal só caberá diante da ineficácia e insuficiência da intervenção de meios menos gravosos de que dispõem o ordenamento jurídico. Pode-se dizer, portanto, que a finalidade do direito penal sofre limitação de ordem político-criminal, visto que a cominação de sanção penal é restrita a lesões que não puderem ser evitadas por medidas menos gravosas.²³⁸ É dizer que o dever de aplicar-se a sanção penal emergirá apenas quando tais medidas mostrarem-se insuficientes.²³⁹ Dessa forma, ilegítima será a intervenção penal se a repressão ou prevenção puder ser alcançada através de outro meio menos gravoso.²⁴⁰ Com isso, por força da vedação do excesso (subcritério da proporcionalidade), a pena privativa de liberdade²⁴¹ será justificada apenas quando interesses fundamentais à convivência humana forem lesados ou postos sob perigo concreto de dano, em respeito ao princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, e somente quando a conduta mostrar-se intolerável, tendo-se em vista, em respeito ao princípio da subsidiariedade, a inexistência de outra forma de tutela adequada ao conflito.²⁴²

Ademais, a individualização dos bens objetos de normas penais, bem como a escolha política do legislador encontra-se limitada²⁴³ pelo princípio da subsidiariedade. Assim, a importância individual e a relevância social do interesse deverão possuir dignidade penal, isto é, tidas como fundamentais ao indivíduo e sociedade e deverá observar se outros

algumas exigências ético-políticas (externas), e uma delas consiste em que o agente unicamente pode ser responsabilizado pelo fato cometido quando tenha causado uma concreta ofensa, ou seja, uma lesão ou ao menos um efetivo perigo de lesão para o bem jurídico que constitui o centro de interesse da norma penal". GOMES, 2002b, p. 15.

²³⁶ ROXIN, 1997, p. 66.

²³⁷ JAKOBS, 1997, p. 61.

²³⁸ ROXIN, Claus. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal. **RBCCrim**, v. 23, n. 112, p. 33–39, jan./fev., 2015. Segundo Ana Elisa Bechara, “na medida em que a punição de forma desproporcional determina a restrição exagerada no campo da liberdade individual e desequilibra a relação dialética da política criminal em favor de seus aspectos repressivos”. BECHARA, 2013, p. 201

²³⁹ GRECO, Luís. Por que inexistem deveres absolutos de punir. **Católica Law Review**, v. 1, n. 3, p. 115-126, nov 2017, p. 123.

²⁴⁰ Jakobs aponta uma limitação à subsidiariedade proveniente da "exigencia de que la medida menos drástica debe ser aplicable en general (por grupos de delitos o de autores) si se quieren evitar resultados aleatorios. Por ello se descartan como medidas alternativas, p. ej., las medidas que sólo se pueden imponer a autores acomodados (confiscación patrimonial en lugar de pena privativa de libertad), aun cuando serían eficaces" (JAKOBS, 1997, p. 61).

²⁴¹ Luiz Flávio Gomes alude ao Direito penal do *ius libertatis* para referir-se ao conjunto de normas penais cujo preceito secundário comine como consequência jurídica do delito pena privativa de liberdade. GOMES, 2002a, p. 51.

²⁴² *Ibidem*, 2002, p. 51.

²⁴³ BATISTA, 2011, p. 83.

ramos do ordenamento jurídico não gozam de instrumentos eficazes e suficientes a sua tutela.²⁴⁴

Firma-se a concepção de Direito Penal como instrumento subsidiário de proteção de bens jurídicos, cuja consequência é a limitação quanto aos objetivos político-criminais perquiridos pelo Estado, já que a proteção de bens jurídicos não cabe somente ao Direito Penal mediante livre a incriminação de condutas; ao Estado só cabe a criminalização de condutas danosas a bens jurídicos, dentre os quais os mais relevantes,²⁴⁵ a fim de possibilitar-se ao indivíduo o desenvolvimento livre de embaraços de sua personalidade e de sua vida em comunidade.²⁴⁶

²⁴⁴ GRECO, 2020, p. 89.

²⁴⁵ D'AVILA, 2007, p. 13.

²⁴⁶ GOMES, 2002a, p. 47-48.

3. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO E ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PENAL

3.1. Perigo

Duas são as teorias que se propõem a explicar a ocorrência do perigo, a objetiva e a subjetiva. Para esta, o perigo é reflexo da concepção subjetiva do indivíduo acerca do mundo. Através de prognóstico, o sujeito vislumbra, baseado em sua experiência, a ocorrência de resultado lesivo.²⁴⁷ Significa dizer que o perigo não é senão uma ideia, abstração ou hipótese.²⁴⁸

A teoria objetiva considera determinadas condutas como abstrata e genericamente perigosas, isto é, há possibilidade ou probabilidade objetivas, empiricamente fundadas, sendo, portanto, o perigo baseado na realidade.²⁴⁹ A conjectura acerca do resultado lesivo independe da cogitação do indivíduo.

3.2. Crimes de perigo abstrato

A classificação dos crimes segundo a produção do resultado jurídico²⁵⁰ na seara da teoria jurídica do crime comporta duas grandes espécies leva em conta a produção de lesão (crimes de dano) ou ameaça de lesão ao objeto jurídico tutelado pela norma (crimes de perigo), abrangendo estes últimos os crimes de perigo concreto e os crimes de perigo abstrato.²⁵¹ Significa dizer que o resultado, elemento integrante da descrição típica, pode materializar-se tanto em dano empiricamente aferível ou não, como em situação de perigo.²⁵² Para Bitencourt,²⁵³ os crimes formais,²⁵⁴ para os quais o legislador prevê resultado

²⁴⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-Individual, Interesses difusos**. São Paulo: RT, 2003, p. 92.

²⁴⁸ HUNGRIA, Nelson. **Comentário ao Código Penal, vol. VI. Artigos 137 a 154**. – 5. ed. – Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 372.

²⁴⁹ *Ibidem*, 1958, p. 373.

²⁵⁰ Tal classificação, segundo Estefam, prende-se à ideia, absolutamente predominante na doutrina, de que as infrações penais buscam tutelar algum bem jurídico (ESTEFAM, 2021, p. 97).

²⁵¹ Segundo Nelson Hungria, tal distinção não se sustenta, visto que toda ação relevante ao direito penal produz efeito objetivo, seja ou não empiricamente apreensível, constituindo, assim, o perigo como efeito relevante ao ordenamento jurídico. HUNGRIA, Nelson, **Comentário ao Código Penal, vol. V. Artigos 121 a 136**. – 5. ed. – Rio de Janeiro, Forense, 1958, p. 370.

²⁵² BITENCOURT, 2016, p. 282.

²⁵³ *Ibidem*, 2016, p. 282.

²⁵⁴ Como exemplo de fato cuja natureza jurídica é de crime formal a calúnia, injúria ou difamação, já que “o agente quer o resultado lesivo, embora baste, para o *summum opus*, o *eventus periculi*, pois não há indagar se a imputação difamatória foi acreditada ou se a pessoa injuriada se sentiu, realmente, ferida na sua dignidade ou decôro (*sic*)” (HUNGRIA, 1958, p. 370).

jurídico, contudo, este é de desnecessária configuração para a consumação, podem constituir delitos de perigo, sendo a técnica doutrinária que distingue os crimes formais dos de mera conduta²⁵⁵ (concebidos como aquelas condutas para as quais não se prevê a produção de resultado) hoje superada pela dogmática penal.

Os delitos de perigo concreto ou real exigem, para consumação, a efetiva exposição do bem jurídico a risco de dano, o que será analisado pelo juiz no caso concreto,²⁵⁶ isto é, a lei exige que da conduta penalmente relevante decorra efetiva situação de perigo,²⁵⁷ ou seja, tal delito "se consuma com a superveniência de um resultado material que consiste na simples criação do perigo real para o bem jurídico protegido, sem produzir um dano efetivo".²⁵⁸ Exige-se, portanto, à configuração de tais crimes, tanto o desvalor da ação, quanto de resultado.²⁵⁹ O aperfeiçoamento do tipo penal reclama alteração do mundo externo através de perigo direto e iminente a bem jurídico individual e determinado.²⁶⁰

Cite-se como exemplo o crime de abandono ou exposição de recém nascido (art. 134 do Código Penal).²⁶¹ Tutela-se a incolumidade física do recém-nascido, de forma que de seu abandono físico, deve decorrer perigo concreto, que deverá ser comprovado.²⁶²

Os crimes de perigo abstrato, por sua vez, prescindem que da conduta decorra situação de perigo real, pois este é absolutamente presumido pelo legislador diante da mera prática de

²⁵⁵ Pode-se citar como exemplo o crime de violação de domicílio (art. 150, CP), pois "o resultado naturalístico não é apenas prescindível, mas também impossível. Não há nenhum resultado que provoque modificação no mundo exterior. Na conduta de *entrar* o crime é instantâneo, pois consuma-se em um dado instante, sem continuidade no tempo". CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, V. 2. Parte Especial** – 20. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 573.

²⁵⁶ FERNANDES, Fernando Andrade; SILVEIRA, Diana Rocha. Acerca dos crimes de perigo abstrato-concreto na doutrina geral dos crimes de perigo. **Revista ius et veritas** n. 62, jun 2021, p. 2.

²⁵⁷ CONSENTINO, Luís Cláudio Senna. Princípio da lesividade e delitos de acumulação: racionalidade e imputação penal. In: Artur de Brito Gueiros Souza; Clayson de Moraes Mello; Vanderlei Martins. (Org.). **Estudos em homenagem ao professor Carlos Eduardo Japiassú**. 1ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, v. , p. 659-676, 2019, p. 666.

²⁵⁸ BITENCOURT, 2016, p. 282.

²⁵⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**, São Paulo: RT, 2006, p.127-128 *apud* SATO, 2012, p. 127.

²⁶⁰ JOFFILY, 2016, p. 233.

²⁶¹ "Art. 134 - Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria (...)".

²⁶² CAPEZ, 2020, p. 363. Sustenta Bitencourt, que a incapacidade de autodefesa do recém-nascido é de presunção absoluta, embora disso não decorra que o perigo gerado pelo abandono também, isto é, a demonstração concreta de perigo faz-se necessária para que se constitua o crime. BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial 2. Crimes contra a pessoa**. – 18. ed. – São Paulo: Saraiva, 2018, p. 41.

determinada conduta, tida como perigosa,²⁶³ isto é, a prática de conduta prevista no tipo penal gera uma presunção *juris et de jure* (absoluta).²⁶⁴

Pouco importa se se produziu dano ou mesmo perigo concreto ao bem jurídico, basta que a conduta seja perigosa à luz do arbítrio do legislador. Ou seja, o perigo abstrato na seara penal baseia-se no fato de que a mera existência de perigo quanto a certos bens jurídicos e em determinadas situações, é suficiente para intervir o Direito Penal.²⁶⁵

Fundamenta-se a punibilidade do perigo abstrato com base em duas teorias, quais sejam, a teoria da presunção do perigo e a teoria da periculosidade geral. Esta recorre à análise puramente estatístico-matemática como fundamento para a incriminação de condutas, isto é, proíbe-se condutas que costumam gerar resultados danosos ao bem jurídico-penal.²⁶⁶

Já de acordo com a teoria da presunção do perigo, o tipo penal conteria presunção absoluta de que da prática da ação típica decorreria necessariamente perigo ao bem jurídico.²⁶⁷

Tais teorias, contudo, desconsideram a importância do resultado à configuração do ilícito-típico, uma vez que o perigo é, por natureza, genérico, indeterminado, cuja materialização pode ou não se dar.²⁶⁸ Há, por isso, antecipação da punição para momento anterior ao dano.²⁶⁹ Outrossim, descartam qualquer juízo de idoneidade da conduta acerca de seu potencial lesivo, isto é, ainda que diante de condutas absolutamente incapazes de lesar bem jurídico, a intervenção penal estaria justificada, já que o fato em concreto em nada alteraria o fundamento legal da incriminação ou pelo fato de a presunção legislativa de perigo ser absoluta, isto é, inadmite argumentação em contrário.²⁷⁰

Assemelham-se aos crimes de mera conduta, visto que ambos consumam-se diante da realização da conduta formalmente típica, não cabendo questionamento quanto ao resultado.

²⁶³ ESTEFAM, 2021, p. 97.

²⁶⁴ Pode-se dizer que "há uma ofensa de cuidado-de-perigo", presumindo-se a probabilidade de dano. CONSENTINO, 2019, p. 666.

²⁶⁵ SILVEIRA, 2003, p. 94.

²⁶⁶ JOFFILY, 2016, p. 234.

²⁶⁷ *Ibidem*, 2016, p. 234.

²⁶⁸ SILVEIRA, 2013, p. 96.

²⁶⁹ JOFFILY, 2016, p. 172.

²⁷⁰ *Ibidem*, 2016, p. 235.

Deles distanciam-se, no entanto, visto que "muitas vezes não podem ser tidos como crimes de mera conduta ou pode ser que a periculosidade tenha valor autônomo, diverso do da ação".²⁷¹

Questiona-se, todavia, a utilização do termo "perigo abstrato", visto perigo ser sempre concreto, diante da probabilidade de produção de resultado danoso, isto é, "é reconhecível por uma valoração da probabilidade de superveniência de um dano para o bem jurídico que é colocado em uma situação de risco, no caso concreto".²⁷² Significa dizer que o perigo de dano não pode ser entendido senão como algo concreto, decorrente de ação capaz de submeter o bem jurídico a uma situação na qual seja possível aferir real probabilidade de afetação, isto é, dano em vias ou na iminência de concretizar-se, sem o qual não se cogita acerca de intervenção penal.²⁷³

Como exemplo de crime de perigo abstrato na ordem jurídica pátria é o art. 14 da Lei nº 10.826/2003,²⁷⁴ em que a incriminação recai sobre porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, cuja sanção cominada é de dois a quatro anos de reclusão, cumulada com multa.

Vê-se a criminalização da mera conduta, isto é, a repressão penal independe de recair sob conduta efetivamente danosa ou capaz de gerar perigo concreto a bem juridicamente relevante ao Direito Penal, mas satisfaz-se com a mera probabilidade de dano, isto é, o direito de punir do Estado depende tão somente de um comportamento contrário à lei.²⁷⁵ Marca-se um direito penal puramente repressivo, favorável tão somente ao fortalecimento estatal.²⁷⁶

²⁷¹ SATO, 2012, p. 128.

²⁷² BITENCOURT, 2016, p. 282. Destaca Hungria que ao Direito Penal não basta a mera possibilidade, isto é, mera eventualidade, ou, no mesmo sentido de Löffler, "teríamos de evitar as ações ou omissões mais mezinhas da vida cotidiana". Deduz o penalista que a abstenção somente se faz necessária diante de situações nas quais, segundo a experiência mundana e a normalidade do curso causal, pode-se originar danos relevantes ao ordenamento jurídico penal. HUNGRIA, 1958, p. 377.

²⁷³ OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Crimes de perigo abstrato. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. n. 25, p. 199-208, 2005, p. 200. Disponível em:

<<https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/73924>> Acesso em 01 jun 2023.

²⁷⁴ "Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar (...)". BRASIL. Lei n. 10.826/2003, de 22 de dezembro de 2003. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União: 2003. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm> Acesso em 01 jun 2023.

²⁷⁵ OLIVEIRA, 2005, p. 201.

²⁷⁶ *Ibidem*, 2005, p. 201.

Assim, o direito penal moderno, caracterizado por tipos que se esgotam com a comprovação da ação, independente de dano ou lesão,²⁷⁷ firma-se como marcadamente expansionista, sob a escusa de proteger-se uma sociedade em risco,²⁷⁸ caracterizada pelo constante estado de medo.

3.3. Crítica político-criminal dos crimes de perigo abstrato

Conforme aponta Winfried Hassemer,²⁷⁹ o Direito Penal moderno é marcado pela tipificação de fatos cujas características são a ausência de vítimas individuais e a dificuldade em aferir-se os danos decorrentes (por exemplo a criminalidade econômica e ambiental). Tal criminalidade moderna é marcada pela pretensa proteção de bens jurídicos supraindividuais, caracterizados pela universalidade e vagueza, tornando-os, por isso, conceitos vazios,²⁸⁰ os quais serão atingidos, geralmente, independente de configurar-se dano ou perigo concreto.²⁸¹ A proteção de bens jurídicos, de princípio negativo à ação do legislador, torna-se positivo, demandando cada vez mais a criminalização de certas condutas; a prevenção é o fundamento do Direito Penal moderno, colocando em risco os princípios da proporcionalidade e igualdade, e a utilização do sistema penal como meio orientação às consequências, isto é, como *prima ratio* à solução de problemas sociais.²⁸² Assim, consolida-se um sistema penal como meio de política estatal destinado à mitigação de riscos e à produção de sentimento de segurança no corpo social.²⁸³

Deve ter-se em vista a técnica que divide a concepção de bens jurídicos em monista e dualista. Esta admite, conjuntamente aos interesses individuais fundamentais (tais como vida, propriedade e liberdade), valores de natureza comunitária ou pública como relevantes à proteção penal,²⁸⁴ tidos como bens jurídicos da criminalidade moderna.

²⁷⁷ HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva** – 2ª ed. Buenos Aires; Ad-Hoc, 2003, p. 58-59.

²⁷⁸ Fala-se em uma orientação político-criminal demarcada por um direito penal máximo, cujas previsões nas partes especiais dos Códigos Penais são orientadas pelo direito penal do risco, antecipação de punições, previsão de crimes de perigo abstrato etc. (GRECO, 2020, p. 36).

²⁷⁹ HASSEMER, 1994, p. 43-44.

²⁸⁰ *Ibidem*, 1994, p. 45.

²⁸¹ GRECO, 2020, p. 13.

²⁸² HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, Tomo 45, p. 235-249, jan abr 1992, p. 239-240.

²⁸³ FERRAZ, 2006, p. 13.

²⁸⁴ COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, Derecho penal, Parte General, p. 294 *apud* GOMES, 2002a, p. 142.

Já as teorias monistas concebem o bem jurídico a partir da perspectiva personalista. Os interesses que se propõe o ordenamento jurídico-penal a defender podem referir-se tão somente a indivíduos. A adoção de interesses supraindividuais como objetos de tutela pela norma penal, ao revés, por serem demasiado genéricos, desvirtuaria a concepção de Direito Penal como *ultima ratio*.²⁸⁵ Assim, bens jurídicos correspondem a interesses humanos, dignos de proteção penal, de forma que a adoção de tipos penais cujas vítimas são difusas ou indeterminadas ou a proteção recai sobre instituições ou "unidades funcionais de valor", desvinculando-se da pessoa humana como centro do Direito Penal e do princípio do bem jurídico, como se dá na incriminação do perigo abstrato. Isto implica o definhamento dos pressupostos de punibilidade mediante a renúncia à caracterização do resultado lesivo e à causalidade,²⁸⁶ de forma a facilitar a imputação e agravar os meios de coerção,²⁸⁷ bem como a excessiva amplitude e abrangência da norma penal, levando a sua inefetividade.²⁸⁸

A concepção de bem jurídico deve necessariamente ser fundamentada na pessoa humana, jamais em instituições abstratas, como sociedade e Estado, pois deve a técnica legislativa identificar o substrato empírico de que dotado o objeto jurídico protegido pela norma, isto é, o próprio indivíduo em conjunto do contexto social no qual está inserido.²⁸⁹

A personalização da teoria do bem jurídico implica se possa aferir concretamente a intensidade subjetiva e objetiva da lesão decorrente da prática da conduta incriminada, dado que a punição desta somente se justifica diante de lesão ou ameaça concreta, ambas factual ou empiricamente aferíveis.²⁹⁰

Ademais, a delimitação do poder de punir do Estado vê-se diretamente relacionada à personalização do bem jurídico, dado que somente em atenção à pessoa em si considerada

²⁸⁵ BOZOLA, Túlio Arantes. Os crimes de perigo abstrato no direito penal contemporâneo: critérios para sua legitimação no âmbito da sociedade de riscos, 2014, p. 96.

²⁸⁶ Destarte, "en vez de una víctima visible, en vez de daño y la causalidad de la acción respecto de ese daño, la punibilidad depende solamente de la comprobación de una conducta peligrosa" (HASSEMER, 1989, p. 279-282).

²⁸⁷ HASSEMER, 2003, p. 60. Significa dizer que "si se renuncia a la comprobación de la lesión, ya no es necesario atender a la relación de causalidad. Lo único que debe mostrarse es la peligrosidad de la acción, peligrosidad que no depende de la comprobación del juez, sino que aparece como el motivo por el cual se criminalizó". (HASSEMER, 1992, p. 242).

²⁸⁸ "La vaguedad del concepto de bien jurídico está íntimamente vinculada con la falta de la efectividad de la teoría del bien jurídico" (*Ibidem*, p. 280).

²⁸⁹ TAVARES, 2018, p. 94.

²⁹⁰ OLIVEIRA, 2005, p. 205.

será possível a intervenção penal, ou seja, a nenhum bem pretensamente coletivo é prescindível a vinculação a bem individual.²⁹¹

Diante de excessiva intervenção do jurídico-penal, é necessário que se adote a concepção personalista de bem jurídico, dado que somente esta acorda-se a uma concepção liberal,²⁹² na qual Direito Penal e política criminal são marcados pelo equilíbrio conferido à proteção jurídica. Adverte Hassemer que o Direito Penal é dotado de aspecto normativo, isto é, de proteção jurídica, e não puramente punitivo ou repressivo. Assim, diz-se que a tradição do Direito Penal encontra fundamento no conflito entre normativo e empírico, que deve ser preservada.²⁹³ Ressalta Bechara²⁹⁴ que o bem jurídico, ao permitir juízo de valoração e ponderação, é o elemento responsável pelo diálogo entre dogmática e política criminal, sob o guia da finalidade perseguida pela intervenção penal.

O Direito Penal classicamente designado caracteriza-se pela proteção de bens jurídicos, através de crimes de dano e de perigo concreto. No Direito Penal moderno, o modelo de crime que lhe é inerente recai a meros perigos abstratos, que dispensa a verificação de perigo concreto, tampouco de dano para configurar-se, bastando-se a prática da conduta tipificada pelo legislador.²⁹⁵

Ao contrário, a proteção de bens jurídicos através do Direito penal só se legitima quando o legislador, ao proceder à criação de tipos penais, respeite o princípio da ofensividade, de modo que a criminalização de condutas que não impliquem dano ou não submetam a situação perigosa concretamente aferível o objeto de proteção da lei penal gera graves problemas de legitimação, tal como se dá na tipificação de condutas de perigo abstrato.²⁹⁶ Significa isto dizer que o legislador está adstrito a criminalização de condutas que possam atingir o bem, isto é, este deve ser capaz de ser lesionado ou submetido a perigo concreto.²⁹⁷

²⁹¹ TAVARES, 2018, p. 96-98.

²⁹² Denominado como Direito penal "clássico", antagônico ao Direito penal moderno (HASSEMER, 1994, p. 42).

²⁹³ *Ibidem*, 1994, p. 43.

²⁹⁴ BECHARA, 2013, p. 201.

²⁹⁵ HASSEMER, 1994, p. 46. Como bem observa Rothbard, a limitação de liberdade alheia baseada meramente no juízo de alguém (hipótese legal em abstrato) e não na prática de fato efetivamente danoso permite o agir tirânico de forma ilimitada. ROTHBARD, Murray N. **Por uma nova liberdade: o manifesto libertário**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013, p. 112.

²⁹⁶ GOMES, 2002a, p. 143.

²⁹⁷ *Ibidem*, 2002a, p. 127.

Diante da incompatibilidade entre os princípios liberais do ordenamento penal e a repressão requerida pela modernidade, Hassemer sustenta ser o Direito Penal ineficaz à tutela de bens supraindividuais e à repressão da criminalidade moderna, visto que seus princípios limitadores da incidência do poder de punir, irrenunciáveis pela política criminal, não devem ser relativizados.²⁹⁸

3.4. Consequência político-criminal do Direito Penal moderno: expansionismo penal

Segundo Roxin,²⁹⁹ após 1975, viu-se na Alemanha mais claramente os delineamentos de uma política criminal fruto de um direito penal assentado no risco, a qual restou marcada por orientações preventivas, em detrimento de um conceito material de delito.³⁰⁰ Inicia-se um processo de tipificação do perigo abstrato, direcionado, sobretudo à proteção do corpo social, e não mais do indivíduo, voltado à prevenção de riscos, e não mais danos.³⁰¹ Diante disso, fala-se em um desvirtuamento do direito penal ante a tutela de fatos sobremaneira anteriores ao dano, isto é, da antecipação da tutela penal.

Dessa forma, os objetos jurídicos dos novos tipos penais decorrentes da intensa subjetivação da sociedade de risco passaram a ser bens difusos ou coletivos como meio ambiente, ordem econômica, patrimônio genético, saúde pública etc.³⁰²

A atual sociedade, ante avanços concebidos pela técnica, caracteriza-se como quase completamente fundada na ciência. Tem-se em vista o potencial modificador da técnica quanto à relação do homem e o meio em que está inserido.³⁰³ Funda-se uma sociedade marcada pela massificação, assentada e dependente da tecnologia.³⁰⁴ Em decorrência das

²⁹⁸ HASSEMER, 1994, p. 48.

²⁹⁹ ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal**. Valencia: tirant lo blanch, 2000, p. 25.

³⁰⁰ SATO, 2012, p. 28.

³⁰¹ *Ibidem*, 2012, p. 28.

³⁰² Denota Claus Roxin que "con tales hechos delictivos el bien jurídico protegido sólo puede reconocerse a menudo de una forma difusa, porque los tipos delictivos, en lugar de describir formas concretas de lesión del bien jurídico, tienden a describir situaciones de peligro abstracto que se sitúan en una fase previa a la producción del daño" (ROXIN, 2000, p. 26).

³⁰³ Carl Gustav Jung atribui em grande parte a massificação do homem moderno ao racionalismo científico, responsável por retirar qualquer dignidade havida na individualidade, a qual não mais subsiste. Com isso, o indivíduo "esmagado pela sensação de sua insignificância e impotência, vê que a vida perdeu sentido – que afinal não é a mesma coisa que bem estar social e alto padrão de vida – encontra-se a caminho da escravidão do Estado e, sem saber nem querer, tornou-se seu prosélito". JUNG, Carl Gustav. **Presente e futuro**. – 8. ed. – Petrópolis, Vozes, 2013, p. 18.

³⁰⁴ BÜRCEL, 2017, p. 984.

mudanças técnico-científicas e sociais deste novo modelo econômico-social, novos riscos tornaram-se inerentes à atividade e à vida humanas.³⁰⁵ Assim, fala-se na institucionalização da insegurança, pois o fenômeno da globalização e a crescente expansão dos riscos afetam a todos.³⁰⁶ Como observa Silva Sánchez,³⁰⁷ o risco na sociedade pós-industrial advém da própria ação humana, isto é, das decisões adotadas por cada um na sociedade diante de relação dialética técnico-científica.

Pode-se compreender risco como evento fundado no cálculo probabilístico, em geral, socialmente suportado.³⁰⁸ Contudo, em contexto dado, os riscos mostram-se subjetivamente mais suscetíveis a materializar-se, ainda que, objetivamente, mostrem-se praticamente inviáveis.³⁰⁹ À sensação de insegurança, medo e angústia coletivamente experimentados, reclama-se a ação do Estado, através do Direito Penal.³¹⁰

Impõe-se ao sistema penal, assim, nova postura, de modo a adequar-se às exigências da sociedade de risco. Em consequência, observar-se-á o descarte de uma política criminal minimalista nos moldes dos princípios limitadores do *ius puniendi*, em prol de um modelo preventivo, isto é, que se antecipe às lesões.³¹¹ O modelo de direito penal requerido por uma sociedade de riscos implica nova orientação político-criminal, outrora fundada na tutela subsidiária e exclusiva de bens jurídicos, bem como remodelação jurídico-dogmática, não fundada em princípios caros à delimitação do poder punitivo do Estado,³¹² ou seja, da ofensividade, intervenção mínima e proporcionalidade. Afinal, como assevera Jorge de Figueiredo Dias,³¹³ manter os delineamentos de um direito penal liberal implica o reconhecimento de que não lhe cabe tutelar as gerações futuras.

³⁰⁵ BOZOLA, 2014, p. 30.

³⁰⁶ Ulrich Beck alude ao denominado efeito social de bumerangue produzido pelos riscos, visto que "tampoco los ricos y los poderosos están seguros ante ellos. Los efectos secundarios anteriormente latentes golpean también a los centros de su producción. Los propios actores de la modernización caen de una manera enfática y muy concreta en el remolino de los peligros que desencadenan y de los que se benefician". BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 2002, p. 43.

³⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. Madrid: Civitas, 2001, p. 27. "Riesgos más o menos directos para los ciudadanos (como consumidores, usuarios, beneficiarios de prestaciones públicas, etc.) que derivan de las aplicaciones técnicas de los desarrollos en la industria, la biología, la genética, la energía nuclear, la informática, las comunicaciones, etcétera".

³⁰⁸ *Ibidem*, 2001, p. 96.

³⁰⁹ BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103 p. 411 - 436 jan./dez. 2008, p. 411-412.

³¹⁰ *Ibidem*, 2008, p. 412.

³¹¹ BÜRCEL, 2017, p. 986.

³¹² DIAS, 2007, p. 92.

³¹³ *Ibidem*, 2007, p. 93.

Assim, uma vez reconhecida a criminalidade de risco, inevitavelmente se apresentariam implicações de cunho dogmático, tal qual a "criminalização da inobservância de deveres de conduta e organização",³¹⁴ de modo a desconsiderar-se o desvalor do resultado, bastando-se à configuração do delito o desvalor da ação, e de cunho político-criminal, ao adotar-se interesses supraindividuais³¹⁵ como objeto de tutela da lei penal, negando-se a função de limitação do poder de punir do Estado.³¹⁶ Ao revés,³¹⁷ como bem destaca Ana Elisa Bechara:³¹⁷

Os crimes de lesão e mesmo os de perigo concreto passam a ser considerados superados, ampliando-se a criminalização dos delitos de perigo abstrato, os quais, prescindindo da demonstração do dano e da própria causalidade, alargam em muito o âmbito de aplicação do Direito Penal, diminuindo os meios de defesa, os pressupostos do castigo e as diretrizes dadas pelo legislador ao julgador para a interpretação dos respectivos tipos delitivos.

A adoção do risco como elemento estruturante da Teoria do Delito torna o Direito Penal inefetivo e por isso, imerso em crise de legitimidade.³¹⁸ Surge, então, um direito penal voltado ao futuro, como conjunto normativo direcionado à prevenção de riscos, acarretando desvios dogmáticos e, conseqüentemente, retrocessos à Teoria do Direito Penal,³¹⁹ reduzindo sua função à segurança ou diminuição social de danos.³²⁰ Tal se dá a partir da adoção de tipos penais de perigo abstrato, em detrimento daqueles tipos que exigem dano ou perigo concreto para consumação, prestando-se à dilação da ingerência penal. Com isso, ações ligadas a resultados potencialmente perigosos segundo um juízo abstrato de probabilidade, ou mesmo possibilidade, ainda que sem alteração factualmente perceptível podem ser puníveis, isto é, para a consumação de delito de perigo abstrato, é bastante a existência da potencialidade do dano, prescindindo a caracterização de perigo direto, iminente ou real, demarcando um direito penal abusivo.³²¹

³¹⁴ BÜRCEL, 2017, p. 990.

³¹⁵ Interesses de caráter supraindividual podem ser divididos em bens públicos ou institucionais (pertencentes ao Estado ou à sociedade em geral) e difusos (pertencentes a um grupo indeterminado ou determinável, como o meio ambiente e saúde pública). GOMES, 2002, p. 141.

³¹⁶ Vale aqui o apontamento de Figueiredo Dias, no sentido de que, a fim de resguardar-se a função do Direito Penal como a de proteção de bens jurídicos, isto é "para que o bem jurídico cumpra a função de critério legitimador e de padrão crítico da incriminação, se torna indispensável guardar um seu caráter extremamente antropocêntrico, que dele só permite falar quando estão em causa interesses reais, tangíveis e portanto também actuais do indivíduo", teoria esta (monista-pessoal) atribuída à Winfried Hassemer (DIAS, 2007, p. 97).

³¹⁷ BECHARA, 2008, p. 419.

³¹⁸ Bechara denomina "Direito Penal da Emergência" o ramo do Direito penal desprovido de seus princípios liberais de limitação à intervenção no direito de liberdade do indivíduo, caracterizando-o como "instrumento político de segurança" (*Ibidem*, 2008, p. 412).

³¹⁹ *Ibidem*, 2008, p. 419.

³²⁰ HASSEMER, 1989, p. 281.

³²¹ Dessa forma, em vista da imprecisão conceitual do tipo de perigo abstrato, "poderá o juiz realizar a atividade interpretativa, avançando, até mesmo ampliativamente, *in malam partem*, e tornando frágil o princípio da

4. IMPOSSIBILIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PERIGO ABSTRATO

Pressupondo-se a adoção do conceito de crime como ofensa a bem jurídico, de modo que a lesão ou perigo concreto é condição necessária (embora não suficiente) à caracterização do ilícito-típico, contrapõem-se às concepções ilegítimas de delito como mera infração de dever ou desobediência a obrigação jurídica imposta pelo Estado e as formas de antecipação da tutela penal, como é o caso da função dos crimes de perigo abstrato, fala-se que o delito não é senão fato ofensivo típico.³²² Disso decorre limitação imposta ao legislador, cuja criação de normas penais deverá atender a critérios de clara delimitação do objeto jurídico, sendo, ademais, capaz de lesividade.³²³ Assim, concebe-se que bem jurídico e ofensa são requisitos internos ao fato típico.

Com isso, a fim de que se legitime a intervenção penal e a limitação ao direito à liberdade, faz-se necessário comprovar perigo concreto a bem jurídico de igual ou maior valor ostentado por aquele, atendendo-se, também, à proporcionalidade. Vê-se, pois, que o modelo de crime como ofensa a bem jurídico constitui, junto aos princípios penais liberais, limite ao direito de punir do Estado.

Assim, deve-se reexaminar quanto às tendências expansivas havidas de tipos de perigo abstrato frutos do Direito penal do risco ou moderno, porquanto se observa o conflito existente diante dos pilares clássicos do Direito penal (intervenção mínima, subsidiariedade, proporcionalidade etc.), bem como por se mostrar um modelo decisionista e substancialista, visto não se fundamentar em resultado lesivo empiricamente aferível decorrente das condutas tipificadas.³²⁴

Se se afirma que a lesão ou perigo concreto de lesão são condições à configuração do fato típico, veda-se ao legislador a tipificação de crimes de perigo abstrato, eis que não se verifica qualquer ofensa ao bem jurídico,³²⁵ dado que se pode afirmar que tais tipos não são dotados de objetividade jurídica, exceto se se entender como tal a própria vigência da norma,

legalidade, legalidade essa que parte sempre e necessariamente da objetividade jurídica do tipo”. OLIVEIRA, 2005, p. 201-203.

³²² GOMES, 2002a, p. 18.

³²³ GOMES, 2002b, p. 126.

³²⁴ FERRAJOLI, 2002, p. 80.

³²⁵ GOMES, 2002a, p. 35.

punindo-se a mera desobediência a dever imposto pelo Estado. Assim, relega-se o ato de definir a potencialidade de dano ao arbítrio estatal.³²⁶

Não por outra razão, sustenta-se os crimes de perigo abstrato ou presumido serem inconstitucionais, visto que a infração penal depende da comprovação de que o agente, através de sua conduta, provocou perigo ao objeto jurídico,³²⁷ isto é, depende, no mínimo, de perigo concreto. Significa dizer que o legislador deve abster-se de incriminar condutas incapazes de ofender bem jurídico, ou seja, de lesá-lo ou submetê-lo a situação de perigo concreto.³²⁸ Nesse sentido é o magistério de Mariano Silvestroni.³²⁹

Los delitos de peligro abstracto no pueden ser admitidos en un derecho penal basado en el principio de lesividad. La mera presunción de que ciertas conductas pueden afectar a terceros no basta para legitimar la injerencia punitiva si esa afectación no se produce realmente en el caso concreto.

Ademais, ensina Juarez Tavares³³⁰ que o bem jurídico incorpora-se à norma como um valor, isto é, na condição de um "objeto de preferência real". Assim, não só a validade, como também a eficácia da norma penal é condicionada à própria noção de bem jurídico, já que necessária será a demonstração de lesão ou a ocorrência de perigo concreto. Portanto, são inválidas normas penais sem referência a bem jurídico, bem como inaplicável será seu preceito secundário sem se verificar resultado jurídico materializado no dano ou perigo concreto. Nesses termos, o bem jurídico como objeto de lesão é necessário à configuração do delito, constituindo também limite ao poder punitivo estatal. Consequentemente, serão afastadas quaisquer pretensões tendentes a legitimar a criminalização de condutas que possam gerar perigo abstrato ao bem jurídico.³³¹

A criminalização somente se dá caso refira-se a uma alteração na realidade sensível, o que implica assumir como pressuposto do fato típico a lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico, negando-se a criminalização baseada em simples presunções. Ao revés, os tipos de perigo abstrato constituem ameaça à concepção de crime baseada na ofensa ao bem jurídico, a qual se presta a limitar o poder punitivo, visto impossibilitar a conduta incriminada

³²⁶ OLIVEIRA, 2005, p. 203.

³²⁷ ESTEFAM, 2021, p. 97.

³²⁸ BITENCOURT, 2016, p. 62.

³²⁹ SILVESTRONI, 2004, p. 207.

³³⁰ TAVARES, 2019, p. 213.

³³¹ *Idem*, 2018, p. 20.

traduzir-se em resultado modificador empiricamente apreensível, não se atendendo ao princípio da ofensividade.³³²

Deve ter-se em vista a função comunicativa da norma penal.³³³ Como ato de enunciação, a norma penal transmite uma mensagem ao seu destinatário, através da qual cristaliza sua função de delimitar os limites do proibido e permitido. A lei penal, com isso, deve mostrar-se suficientemente clara, de modo que precise, claramente, os limites da intervenção penal, tal que não existam dúvidas acerca do que se almeja proibir.

Estes limites legalmente estabelecidos jamais podem ser presumidos em abstrato pelo legislador, mas, sim, em termos claros e precisos, submetendo a relevância penal da conduta à verificação de lesão ou perigo ao bem jurídico.³³⁴ Como destaca Zaffaroni,³³⁵ a concepção de perigo abstrato não deve ser juridicamente aceita, visto que ao Direito não cabe presumir, absolutamente, a existência de dano ou ofensa quando, na verdade, não há. Para configurar-se risco, exige-se ameaça concreta, isto é, perigo de lesão constatada no mundo dos fatos.

Os crimes de perigo abstrato mostram-se incompatíveis com a estrutura da norma penal, posto que, prescindindo da verificação de afetação ao interesse jurídico, desvincula-a de sua condição de ato de comunicação, bastando-se a sua configuração tão somente o desvalor da ação, isto é, substitui-se a lesão ao bem jurídico pela criminalização do comportamento contrário à lei estatal,³³⁶ Presume-se que da prática da conduta decorra perigo ao bem jurídico. Contudo, reconhece-se que tal presunção afasta-se do conceito substancial ou material de crime em favor da punição de conduta violadora de obrigação legal, desprovida de lesividade.³³⁷

³³² *Ibidem*, p. 90.

³³³ *Ibidem*, p. 92.

³³⁴ *Ibidem*, p. 92.

³³⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Manual de derecho penal** – 2a ed. – Buenos Aires: Ediar, 2007, P. 375

³³⁶ *Ibidem*, p. 93.

³³⁷ Assim, "pune-se uma conduta como resposta a um suposto crime formal ou um crime presumido, quando se sabe que toda presunção punitiva em direito criminal demonstra-se odiosa" (OLIVEIRA, 2005, p. 205).

5. CONCLUSÃO

Do exposto, conclui-se que a teoria do bem jurídico ocupa posição central no Direito Penal, fundamentando-o e limitando-o. Fundamenta, pois a finalidade deste ramo do ordenamento jurídico é a tutela subsidiária de interesses jurídicos fundamentais ao indivíduo e à sociedade. Limita, porquanto vincula o legislador a determinação e individualização do bem jurídico, cuja correlação com seu substrato empírico mostre-se clara e incapaz de suscitar dúvidas em seus destinatários. Ademais, estará o legislador adstrito à criminalização de condutas que efetivamente lesem ou coloquem o objeto jurídico em situação da qual decorra perigo concreto de dano. Se respeitadas tais regras será possível que o bem jurídico desempenhe função que possa conter o poder de punir do Estado, limitando-o a hipóteses em que ocorram graves violações a direito ou interesses de outrem.

Vê-se, pois, que somente se tem por justificada a intervenção penal quando tal se dá diante da ocorrência de dano. As repercussões de tal princípio no âmbito político-criminal limita e informa o agir legislativo e hermenêutico, possibilitando ao intérprete, diante da não verificação do dano no caso concreto, reconhecer a atipicidade material, prestando-se, outrossim, à limitação da sanção e expansionismo penais.

A ofensividade funciona como verdadeiro pressuposto para a configuração do delito, de forma que se torna inconcebível falar-se em crime sem a caracterização do desvalor do resultado.

O moderno ordenamento penal, marcado por política criminal marcadamente expansionista, vale-se, sobretudo da tipificação do perigo abstrato, para criminalizar condutas pelo legislador presumidas perigosas, isto é, geradoras de risco de dano ao bem jurídico.

Pretere-se o Direito Penal concebido como *ultima ratio*, orientado pela subsidiariedade e fragmentariedade em favor de um ordenamento baseado no risco e em sua prevenção. A mera conduta, independente da configuração do dano ou de análise da probabilidade de tal acontecer, é bastante à intervenção penal. Desse modo, um direito penal fundado no resultado e no fato ofensivo ao bem jurídico, cede vez à punição baseada em presunções de que a prática de determinadas condutas possam afetar bens jurídicos de terceiros. A dispensa do dano e do nexos de causalidade que o liga à conduta, característica dos crimes de perigo

abstrato, presta-se à indevida expansão jurídico-penal ao facilitar sobremaneira a responsabilidade penal, gerando, com isso, graves e irreparáveis vícios de legitimidade ao moderno sistema penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Bruno Rotta. A teoria do bem jurídico e a proteção de valores supraindividuais. **Revista da SJRJ, Rio de Janeiro**, n. 25, p. 305-313, 2009, p. 312.
- ARAÚJO, Ana Luíza Miranda. Dos reflexos da ofensividade no direito penal. Belo Horizonte, 2021.
- BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Renavam, 11. ed., 2007.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. **Bem jurídico-penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 103 p. 411 - 436 jan./dez. 2008. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67812>> Acesso em: 27 mai 2023.
- BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. **Valor, norma e injusto penal: considerações sobre os elementos normativos do tipo no direito penal contemporâneo**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado – 9. ed.** - São Paulo: Saraiva, 2015.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral – 22. ed.** – São Paulo: Saraiva Educação, 2016.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte especial 2: crimes contra a pessoa – 18. ed.** – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- BOZOLA, Túlio Arantes. Os crimes de perigo abstrato no direito penal contemporâneo: critérios para sua legitimação no âmbito da sociedade de riscos, 2014.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral, volume 1 – 5. ed.** – São Paulo: Atlas, 2020.
- BÜRCEL, Leticia. A problemática dos tipos penais abertos no direito penal contemporâneo. **RJLB**, Ano 3 (2017), n. 4, p. 981-1015, 2017, p. 982.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 5 ed. Coleção: Ciência Criminal Contemporânea. Vol. 1. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático**. Coimbra: Almedina, 2012.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: volume 1: parte geral – 24. ed.** – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: volume 2: parte especial** – 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: volume 4: legislação penal especial** – 14. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CARVALHO, Salo de. A materialização da antijuridicidade na dogmática jurídico-penal: análise desde a teoria crítica do delito. **Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte**, n. 76, pp. 411-442, jan./jun. 2020.

CINTRA, Adjair de Andrade. **Aplicação do princípio da insignificância aos crimes que tutelam bens jurídicos difusos** – São Paulo, 2011.

CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción al derecho penal**. 2. ed. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L. 2001.

CONSENTINO, Luís Cláudio Senna. Princípio da lesividade e delitos de acumulação: racionalidade e imputação penal. In: Artur de Brito Gueiros Souza; Clayson de Moraes Mello; Vanderlei Martins. (Org.). **Estudos em homenagem ao professor Carlos Eduardo Japiassú**. 1ed. Rio de Janeiro: Editora Processo, v. , p. 659-676, 2019, p. 666.

D'AVILA, Fabio Roberto. O espaço do direito penal no século XXI. Sobre os limites normativos da política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 15, n. 64, jan./fev. 2007.

D'AVILA, Fabio Roberto. O ilícito nos crimes ambientais. Algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental **Revista do Ministério Público do RS**, n. 75 Edição Especial p. 11-33, 2007.

D'AVILA, Fabio Roberto. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 4, n. 7 (2006), p. 88. Disponível em: <<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2129>> Acesso em 24 mai 2023.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico**. Coimbra Editora: Coimbra, 2005.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DAMASCENO, Gabriela Garcia. A legitimidade do direito penal contemporâneo: Uma análise sobre o rendimento atual da teoria do bem jurídico, 2013.

ESTEFAM, André. **Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. – 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, Denise Nóbrega. Crimes de Perigo Abstrato: a Tutela de Bens Jurídicos Supra-Individuais no Direito Penal Moderno. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**. v. 14, p. 7–53, dez., 2006.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Direito Penal e Direitos Humanos** – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1977.

JOFFILY, TIAGO. **O resultado como fundamento do injusto penal**. – 1. ed. - Florianópolis: Empório do Direito, 2016,

JAKOBS, G. **Derecho penal: parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. 2. Ed. - Madrid: Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Günther. **Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?**. Mendonza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2001.

GODOY, Regina Maria Bueno de. A proteção dos bens jurídicos como fundamento do direito penal, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal – introdução e princípios fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Norma e bem jurídico no direito penal**. 1. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002a.

GOMES, Luiz Flávio. **O princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002b.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

GRECO, Luís. A criminalização em estágio prévio: um balanço do debate alemão. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, v. 5, p. 11-34, mai a dez 2020.

GRECO, Luís. Por que inexitem deveres absolutos de punir. **Católica Law Review**, v. 1, n. 3, p. 115-126, nov 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. – 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. – 11. ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2020.

HASSEMER, Winfried. **Crítica al derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento. Límites de la prisión preventiva** – 2ª ed. Buenos Aires; Ad-Hoc, 2003.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Pena y Estado: **Revista Hispanoamericana**, Buenos Aires, n. 1, p. 23-36., set./dez. 1991.

HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico, in **Doctrina Penal, teoría y práctica en las Ciencias Penales**, n. 45 a 48, año 12, p. 275-285, 1989,

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **RBCCrim**, São Paulo, v. 2, n. 8, p. 41–51, out./dez., 1994.

HASSEMER, Winfried. Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**, Madrid, Tomo 45, p. 235-249, jan abr 1992.

HASSEMER, Winfried. Bienes jurídicos en el derecho penal. In: **ESTUDIOS sobre justicia penal: homenaje ao Profesor Julio B. J. Maier**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005. p. 63-74.

HUNGRIA, Nelson, **Comentário ao Código Penal, vol. V. Artigos 121 a 136**. – 5. ed. – Rio de Janeiro, Forense, 1958.

HUNGRIA, Nelson, **Comentário ao Código Penal, vol. VI. Artigos 137 a 154**. – 5. ed. – Rio de Janeiro, Forense, 1958.

JUNG, Carl Gustav. **Presente e futuro**. – 8. ed. – Petrópolis, Vozes, 2013.

LISZT, Franz von. **Tratado de de direito penal alemão vol 1**. Ed. fac-sim. – Brasília, 2006.

NASCIMENTO, Eduardo Romualdo do. O perigo abstrato no âmbito do tráfico e do consumo de drogas, 2016.

NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, constituição e os limites do direito penal. Trad. de Antonio Martins. in: GRECO, Luís; MARTINS, Antonio (org.). **Direito penal como crítica da pena: estudos em homenagem a Juarez Tavares por seu 70º aniversário em 2 de setembro de 2012**. São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 521.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal**. – 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Crimes de perigo abstrato. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. n. 25, p. 199-208, 2005, p. 201. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/73924>> Acesso em 01 jun 2023.

PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal**. – 2. ed. Buenos Aires: Euros Editores S.R.L. 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição** – 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019a.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. – 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019b.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal brasileiro: Parte Geral, volume 1**. – 3. ed., – Rio de Janeiro: Forense, 2019c.

RAPOSO, Guilherme Guedes. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito: uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea. – 2010.

REIS, Marco Antonio Santos. Uma contribuição à dogmática dos delitos de perigo abstrato. **RFD - Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, n. 18, 2010. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1361/1149>> Acesso em 04 jun 2023.

REIS, Marco Antonio Santos. O que há de significativo na insignificância?. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 62, out./dez. 2016.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. – 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. São Paulo: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal**. Valencia: tirant lo blanch, 2000.

ROXIN, Claus. **Política criminal y sistema del derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

ROXIN, Claus. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do direito penal. **RBCCrim**, v. 23, n. 112, p. 33–39, jan./fev., 2015.

ROXIN, Claus. **Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico**. Buenos Aires: Depalma, 1979.

SATO, Catherine Ruriko. Crimes de perigo abstrato e a questão da tentativa: limites da antecipação da tutela penal – São Paulo, 2012.

SCALCON, Raquel Lima. Ofensividade em Direito Penal: regra constitutiva, sobre produção jurídica, com assento implícito na Constituição (ou repensando o 'princípio' da ofensividade) In: III Congresso Internacional de Ciências Criminais 2013, Porto Alegre. Anais do III Congresso Internacional de Ciências Criminais. Porto Alegre: EdIPUCRS, v. 1, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-Individual, Interesses difusos**. São Paulo: RT, 2003, p. 92.

SILVESTRONI, Mariano H. **Teoría constitucional del delito**. – 1. ed – Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. – 1. ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. – 4.ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROTHBARD, Murray N. **A ética da liberdade**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

ROTHBARD. **Por uma nova liberdade: o manifesto libertário**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2013.

WELZEL, Hans. **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Manual de derecho penal** – 2a ed. – Buenos Aires: Ediar, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de derecho penal: parte general, vol. III**. 3. ed. – Buenos Aires: Ediar, 1981.

JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal. HC n° 149.450/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, julgamento 19/12/2017.

Supremo Tribunal Federal. HC n° 84.412-0/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, 2. T., DJU 19/11/2004.

Supremo Tribunal Federal. HC n° 127.573/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, 2. T., DJU 25/11/2019.

Supremo Tribunal Federal. HC n° 216.296/SP, Rel. Ministro André Mendonça, julgamento 11/03/2023.

Superior Tribunal de Justiça. HC n° 562.448, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, 6. T., DJU 05/05/2020.

Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial n° 1.478.374. Rel. Ministra Laurita Vaz, julgamento: 30/06/2022.