

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

ANÁLISE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

BEATRIZ SECCHIM DE BRITTO

Rio de Janeiro
2018 / 1º semestre

BEATRIZ SECCHIM DE BRITTO

ANÁLISE DOS CRIMES DE 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 Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú.**

Rio de Janeiro
2018 / 1º semestre

FICHA CATALOGRÁFICA

CIP - Catalogação na Publicação

B862a Britto, Beatriz Secchim de
Análise dos Crimes de Perigo Abstrato / Beatriz
Secchim de Britto. -- Rio de Janeiro, 2018.
66 f.

Orientador: Carlos Eduardo Adriano Japiassú.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Perigo Abstrato. 2. Sociedades de Risco Pós
industriais. 3. Antecipação da Tutela Penal. 4.
Política Criminal. 5. Estado Democrático de Direito.
I. Japiassú, Carlos Eduardo Adriano, orient. II.
Título.

BEATRIZ SECCHIM DE BRITTO

ANÁLISE DOS CRIMES DE 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 Dr. Carlos Eduardo Adriano Japiassú.**

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Co-orientador (Opcional)

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2018 / 1º semestre

AGRADECIMENTOS

Aos meus padrinhos, Elitha e Elson, que me inspiraram e me guiaram até aqui;

Aos meus pais, Selma e Luis Carlos, por todo apoio e dedicação;

Ao meu querido companheiro, Pedro, que me motiva todos os dias a me superar e dar o meu melhor como pessoa e profissional;

Aos grandes amigos que fiz na Faculdade Nacional de Direito, principalmente à Gabriela Kilson, cujo humor tornou esses anos de estudo mais leves;

E a todas as demais pessoas que fizeram parte dessa trajetória e contribuíram de alguma forma para minha formação.

RESUMO

A configuração das sociedades modernas carrega consigo diversos riscos, tornando imprescindível o combate às novas formas de criminalidade, sejam econômicas, contra o meio ambiente ou as relações de consumo. Surge, então, uma vasta divergência doutrinária acerca da legitimidade da técnica atualmente empregada para tanto, qual seja, a dos crimes de perigo abstrato. Dessa forma, o objetivo do presente trabalho é analisar o conceito, o cabimento e adequação dos mesmos, como forma de política criminal, ao sistema penal de garantias do Estado Democrático de Direito. Além dos argumentos da doutrina nos debruçaremos sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-Chave: Perigo Abstrato; Sociedades de Risco Pós-industriais; Antecipação da Tutela Penal; Política Criminal; Estado Democrático de Direito;

RESUMEN

La configuración de las sociedades modernas porta consigo diversos riesgos, que hacen imprescindible el combate a las nuevas formas de criminalidad, sean económicas, contra lo medio ambiente y contra las relaciones de consumo. Surge, entonces, una gran divergencia doctrinaria hasta la legitimidad de la técnica de peligros abstractos. Así, el objetivo del presente trabajo es analizar el concepto, la hipótesis de uso y adecuación de los mismos, como forma de política criminal, al sistema penal de garantías del Estado Democrático de Derecho. Además de los argumentos de la doctrina, nosotros discutiremos sobre las decisiones del Supremo Tribunal Federal.

Palabras clave: Peligro Abstracto; Sociedades de Riego Pós-industriales; Anticipación de la Tutela Penal; Política Criminal; Estado Democrático de Derecho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. ASPECTOS HISTÓRICOS.....	11
1.1. Evolução histórica do Direito do Penal	11
1.2. Configuração das sociedades pós-industriais modernas	15
1.3. O bem jurídico penal.....	23
2. DOS PRINCÍPIOS DA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA.....	28
2.1. Princípio da Legalidade	28
2.2. Princípio da Intervenção Mínima.....	30
2.3. Princípio da Ofensividade ou Lesividade	32
3. CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO.....	35
3.1. Crimes quanto ao resultado naturalístico	35
3.1.1. Do crime material ou de resultado	35
3.1.2. Do crime formal	35
3.1.3. Do crime de mera conduta ou mera atividade.....	36
3.2. Crimes quanto ao resultado jurídico ou normativo.....	36
3.2.1. Do crime de dano ou de lesão	36
3.2.2. Do crime de perigo.....	37
4. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO.....	41
4.1. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	41
4.2. Críticas doutrinárias	45
4.3. Legitimidade dos crimes de perigo abstrato	49
CONCLUSÃO.....	60
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

INTRODUÇÃO

Muito antigamente, o crime era visto no âmbito de uma relação privada, ele era uma lesão ao bem jurídico de outra pessoa. Isso não exigia nenhuma previsão em lei, nenhuma discriminação da conduta em uma norma produzida pelo Estado. O crime, até meados do fim do século XVIII, era, então, uma violação ao bem jurídico de outra pessoa como um dano ao patrimônio, à vida ou à integridade corporal e, como tal, dentro dessa perspectiva da relação privada, o ofendido podia revidar, exercendo sua vingança privada, desde que respeitada uma certa proporcionalidade.¹

A partir do momento que Estado puxou para si esse poder-dever de processar e punir o crime, o crime passou a ser visto numa perspectiva de infração à lei do Estado, não mais meramente como uma lesão ao bem jurídico de algum particular. Essa concentração do *ius puniendi* nas mãos do Estado vem da ideia de contrato social, em que cada um de nós abriria mão de uma parcela da nossa liberdade em prol do bem comum. A administração dessas liberdades e dessas regras de convivência caberia a ele. O Estado, portanto, passa ser o detentor do ordenamento jurídico e também quem define o crime e que comina a pena.² Nesse sentido, ao mesmo tempo que o Estado tem direito de processar e punir o delito, temos um direito de não ser punidos para além daquilo que ficou previamente estabelecido.

As normas penais também podem ser vistas como garantias de que o cidadão não será punido de forma excessiva, evitando abusos por parte do Estado. Uma vez que essas normas decorrem da Constituição, os princípios constitucionais passam a ser vistos como limitadores ao exercício do direito de punir do Estado. Assim, o direito penal é visto hoje como um ramo do direito público e já não basta que uma norma esteja com vigência ou que tenha a sua

¹ Para a Escola Clássica do Direito Penal, o delito era ente jurídico que violava um direito subjetivo de um membro da sociedade. O conceito de bem jurídico somente veio a ser desenvolvida por Birnbaum no século XX. SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 32

² “Relativamente à análise histórica, é necessário rememorar que o fenômeno punitivo surge como fenômeno privado (vingança privada) puramente fático e só mais tarde como um verdadeiro *jus puniendi* de natureza privada, submetido a alguma regulamentação. Nas duas fases, porém, desempenha uma função de retorcão (satisfação da necessidade psicológica da vítima de infligir um sofrimento a quem previamente lhe infligiu outro sofrimentos), e, ainda que talvez apenas secundariamente, funções preventivas de caráter intimidador. Tais funções de intimidação (geral ou individual) passam ao primeiro plano quando se produz o monopólio estatal sobre o *jus puniendi* e a conseguinte eliminação das reações privadas.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo* - Col. direito e ciências afins - Vol. 7. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 301

legalidade formal preservada, a legalidade deve ser apurada também no sentido material, se está ou não conforme a Constituição.

Tem-se que não se pode desprezar a perspectiva histórica, pois, como bem disse Franz von Liszt, os caminhos trilhados, ao longo dos tempos, pelo Direito Penal, indicarão a direção futura que é dado a ele esperar.³

É nesse contexto que surgem as sociedades de risco modernas, pós-industriais que apresentam uma nova forma de criminalidade, tida por complexa e cerebrina. Porém, a tutela de bens supra-individuais não se dá apenas na esfera do direito penal econômico e tributário, mas, também, preocupa-se com as relações de consumo, a proteção do meio ambiente e patrimônio cultural, e interesses difusos do direito penal clássico. A proteção é de evidente importância, entretanto, a divergência surge quanto à sua forma, notadamente a feita por meio dos crimes de perigo abstrato.

Nessa perspectiva, o presente trabalho visa esclarecer conceitos básicos do Direito Penal e analisar se o modo de tipificação eleito pelo legislador se adequa aos princípios constitucionais. Confrontaremos o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, os argumentos da doutrina contra e a favor da existência desta categoria e, por fim, apresentaremos as propostas de classificação alternativas trazidas por parte da doutrina.

³ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão...* 1899, p. 5 *apud* SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal...* *op. cit.*, p. 48.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS

1.1. Evolução histórica do Direito do Penal

Historicamente, o direito penal surge como uma espécie de vingança, que teria passado por três principais fases. A primeira delas consiste na vingança divina, na qual todas as mazelas eram tidas como resultantes das forças divinas (“*totem*”) e as sociedades primitivas para apaziguar a ira dos deuses, criaram uma série de proibições conhecidas por “tabu”, que eram punidas com o sacrifício o infrator, de forma a desagrar a divindade ou por meio da “oferenda por este de objetos valiosos (animais, peles e frutas à divindade, no altar montado em sua honra)”.⁴ Representava, assim, uma resposta desproporcional à agressão sofrida pela coletividade, porém, era entendida como uma forma de purificação da alma do criminoso por meio do castigo.⁵ O Direito Penal, portanto, possuía acentuados traços religiosos, sendo o delito a violação de um tabu ou a perturbação da paz, e a pena a restauração da tranquilidade social e religiosa.⁶

A segunda fase caracteriza-se pela vingança privada, a qual pode ser propriamente do indivíduo ou de determinado grupo. Se o castigo fosse aplicado a um de seus próprios, era comum que fosse por meio do banimento (“expulsão da paz”); o transgressor perdia seu *status* de homem, se convertia num estranho, e só lhe restava uma sobrevivência solitária e errante,⁷ ficando à mercê de outros grupos. Enquanto que se se tratasse de um forasteiro travava-se uma batalha de sangue.⁸ Devido às grandes perdas e a fim de se evitar a dizimação das tribos,

⁴ GARCEZ, Walter de Abreu. 1972. p. 66 *apud* MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte Geral – Arts. 1º a 120 do CP*. v. 1. 32 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016. p. 35

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 20 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 73

⁶ Nesse sentido: SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos estrangeiros no Brasil. Aspectos jurídicos e criminológicos*. 2007, p. 105 e ss. *apud* SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal... op. cit.*, p. 40

⁷ BATISTA, Nilo. *Matrizes Ibéricas do sistema penal brasileiro*. 2000. p. 36. *apud* *Ibidem* p. 23

⁸ Observa Artur Gueiros e Carlos Eduardo Adriano Japiassú que o direito penal surge quando diante de determinado fato, não reage o grupo por vingança, mas sim por intermédio de uma modalidade institucionalizada de reação, buscando o retorno à tranquilidade social. Pena e vingança não se confundem. “Sendo assim, as primeiras modalidades de penas de que se tem registro foram a perda da paz e a vingança do sangue. A primeira era aplicada ao membro do grupo que infringisse uma determinada norma, e consistia na sua exclusão do coletivo, ou seja, a sua excomunhão. Com a perda da paz, o indivíduo deveria fugir para a floresta inóspita pois, do contrário, poderia ser morto por qualquer membro do grupo. Qualquer um poderia ser o seu carrasco. A segunda sanção, a vingança do sangue, era destinada ao estranho que vinha de fora infringir a norma do agrupamento social primitivo. No caso, a punição se caracterizava como luta contra o estrangeiro. Era exercida tribo a tribo até que sucumbisse uma das partes contendoras ou a luta cessasse por esgotamento das forças de

surge a máxima “olho por olho, dente por dente”, cunhada em 1.780 a.C. no Código de Hamurabi,⁹ no reino da Babilônia, tendo a ideia de reciprocidade entre crime e pena sido incorporada também ao Êxodo pelo povo hebreu¹⁰ e à Lei das XII Tábuas pelos romanos.¹¹ No entanto, esta forma de retaliação não representou significativo avanço social, haja vista a grande quantidade de deformidades deixadas em razão do número elevado de infratores.¹² Assim, evoluiu-se para a composição,¹³ sistema através do qual o infrator comprava a sua liberdade, livrando-se do castigo.¹⁴

ambas.” SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos estrangeiros...*, p. 107. LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão...* 1899. p. 7. *apud ibidem* p. 21

⁹ Khammu-rabi, no final de seu reinado na Babilônia, no século XVIII a.C. mandou escreverem 21 colunas com 282 cláusulas a fim de disciplinar as regras de seu povo. A coluna XII trazia os Delitos e Penas (Lesões Corporais, Talião, Indenização e Composição), consagrando medidas proporcionais ao dano. 196º - Se alguém arranca o olho a um outro, se lhe deverá arrancar o olho. 198º - Se ele arranca o olho de um liberto, deverá pagar uma mina. 199º - Se ele arranca um olho de um escravo alheio, ou quebra um osso ao escravo alheio, deverá pagar a metade de seu preço. 200º - Se alguém parte os dentes de um outro, de igual condição, deverá ter partidos os seus dentes. Disponível em <<http://www.cpihts.com/PDF/C%C3%B3digo%20hamurabi.pdf>>. Acesso em: 04 mar 2018.

¹⁰ Após a libertação dos filhos de Israel do Egito por Moisés e sua migração para a Palestina, onde sob o monte Sinai, recebera de Javé os 12 mandamentos, passou o profeta a conduzir o povo sob a legislação do povo de Deus conhecido por Código da Aliança. cf. “Casos de homicídio – ¹²quem ferir uma pessoa e lhe causar a morte, torna-se réu de morte. ¹³Se não foi intencional, mas permissão de Deus que lhe caísse em suas mãos, eu marcarei para ele um lugar, onde possa refugiar-se. ¹⁴Mas se alguém, de caso pensado, atentar contra o seu próximo para o matar, então você o arrancará até mesmo do meu altar, para que seja morto. ¹⁵Quem ferir seu pai ou sua mãe, torna-se réu de morte. ¹⁶Quem sequestrar um homem para vendê-lo ou ficar com ele, torna-se réu de morte. ¹⁷Quem amaldiçoar o seu pai ou sua mãe, torna-se réu de morte.”. Numa sociedade que não tinha estruturas para conter a criminalidade, a pena de morte é aplicada aos casos mais graves. Mesmo assim, a legislação previa a possibilidade de defesa do réu para que ele pudesse provar sua inocência. Para isso, existiam as cidades de refúgio (cf. Dt 19, 1-13 e Js 20, 1-9). No mesmo sentido trazem os versículos 18-27 que os ferimentos não mortais exigem indenização durante o período de inatividade. Os versículos 23-25 prevêm uma pena proporcional ao dano causado. Essa lei, chamada “lei do talião”, visava a evitar vinganças exageradas. Os escravos são protegidos pela lei, para não serem abusados por seus patrões. cf. ²²“Numa briga entre homens, se um deles ferir uma mulher grávida e for causa de aborto sem maior dano, o culpado será obrigado a indenizar aqui o que o marido dela exigir, e pagará o que os juízes decidirem. ²³Contudo, se houver dano grave, então pagará vida por vida, ²⁴olho por olho, dente por dente, pé por pé, ²⁵queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe.” (Êxodo, 21, 1-37)

¹¹ A lei das XII Tábuas surgiu na época da República Romana, em 451 a.C., em razão de uma luta da plebe para mitigar as incertezas que revestiam o *jus non scriptum*, o qual era considerado uma arma secreta nas mãos dos magistrados patrícios. A Lei ficava afixada no fórum à vista de todos e era considerada *fons omnis publici privatique juris* (fonte de todo direito público e privado). Os crimes e condutas ilícitas eram tratadas na Tábua VIII. CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil*. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

¹² Há de se observar que o Direito Penal da Antiguidade é marcado principalmente pela pena capital. Não costumava se utilizar “a pena de privação de liberdade, na medida em que a prisão era tida como simples local de custódia do réu, convertendo-se numa antecâmara de suplícios, onde os acusados esperavam [...] a imposição da sanção a que fossem condenados” SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal... op. cit.*, p. 22 nota 13.

¹³ O Direito Germânico classicamente era concebido como uma ordem de paz e a sua transgressão como ruptura da mesma, fosse ela pública ou privada segundo a natureza do crime. Se público qualquer do povo poderia matar o agressor. Se particular ele era entregue à vítima e seus familiares para que exercessem seu dever de vingança de sangue. Com a instalação da Monarquia, gradativamente a vingança foi sendo substituída pela *compositio*, que a um só tempo consistia no dever de compensar em pecúnia como também era uma espécie de pena, pois parte do valor correspondia ao preço da paz, ou seja, era destinada ao tribunal ou ao rei.

Superando tais fases, o Estado ao assumir o poder-dever de manter a ordem e a segurança social, passou a se ocupar da vingança pública,¹⁵ cujo objetivo em primórdios tratava-se da proteção do soberano ou monarca. Posteriormente, a partir da Revolução Francesa o Direito Penal começa a ganhar traços mais humanizados,¹⁶ até que, com a incorporação de um Estado Democrático de Direito,¹⁷ a vingança pública passa a ser vista a um só tempo como uma forma de legitimação do poder-dever de punir e de limitação do mesmo.¹⁸

Nesse sentido, observamos o deslocamento do foco do direito penal de uma tutela exclusiva do bem jurídico individual para passar a ser vista também como uma infração à lei do estado.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito... op. cit.* p. 77. A composição é tida como a origem remota das indenizações do Direito Civil e da multa do Direito Penal.

¹⁴ *Ibidem.* p. 73-74.

¹⁵ Nesta linha de evolução, no fim da República (80 a.C.), o direito penal Romano foi o primeiro a dar um passo para a catalogação de uma tipologia de crimes. “As *leges Corneliae* preocuparam-se basicamente com aqueles crimes praticados nas relações interpessoais dos cidadãos – patrimoniais, pessoais etc. –, enquanto as *leges Juliae* preocuparam-se, fundamentalmente, com os crimes praticados contra o Estado, seja pelos particulares, seja pelos próprios administradores, destacando-se os crimes de corrupção dos juízes, do parlamento, prevaricação, além de alguns crimes violentos, como sequestro, estupro, etc. Duas ou três décadas antes de Cristo desaparece a vingança privada, sendo substituída pela administração estatal, que passa a exercer o *ius puniendi*, ressaltando o poder conferido ao *pater familiae*, mas agora já com restrições”. *Ibidem* p. 75-76.

¹⁶ “As leis em vigor inspiravam-se em ideias e procedimentos de excessiva crueldade, prodigalizando o castigos corporais e a pena capital. O Direito era um instrumento gerador de privilégios, o que permitia aos juízes, dentro do mais desmedido arbítrio, julgar os homens de acordo com a sua condição social. [...] As correntes iluministas e humanitárias, das quais Voltaire, Montesquieu e Rousseau foram fiéis representantes, realizam uma severa crítica dos excessos imperantes na legislação penal, propondo que o fim do estabelecimento das penas não deve consistir em atormentar a um ser sensível.[...]”. *Ibidem* p. 81-82. Beccaria foi um grande nome do período humanitário ao escrever sua obra clássica *Dei delitti e delle pene* (Dos delitos e das penas), que retoma a legitimação do Estado por meio do contrato social (fonte do poder público) e dá uma finalidade utilitarista à pena, a qual deveria ser limitada pela lei moral. Apesar de não trazer ideias novas, seu livro era de fácil acesso e compreensão por todos. Vale destacar que este foi um processo não linear, e por vezes dado não por razões morais como foi no Direito Penal Canônico, que trazia as ideias de fraternidade, redenção e caridade a fim de corrigir e reabilitar o delinquente, mas como fruto da transformação social em que o pobre e o ocioso não eram mais de conotação sagrada e sim vistos como uma ameaça à estabilidade social. Observa-se na Idade Moderna a humanização como forma de destinação econômica da mão de obra por meio das casas de correção tipicamente inglesas e holandesas e o emprego do seu labor também na condução de navios para a expansão burguesa. SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal... op. cit.*, p. 25-27

¹⁷ “A ideia moderna de um Estado Democrático tem suas raízes no século XVIII, implicando a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado tendo em vista a proteção daqueles valores.” DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 1998. p. 54

¹⁸ “A partir do surgimento do Direito Penal liberal, produto da Ilustração, o Estado passa delimitar os pressupostos de sua intervenção punitiva e a própria intervenção através de certas formas que cumprem funções garantistas e de redução das cotas de violência. [...] Dentro do mesmo conceito amplo de “formalização”, o próprio Estado vai assumindo funções de autolimitação material no que se refere a já formalmente delimitada intervenção punitiva.” Assim, busca-se proteger aquele que ameaça direitos de outros de abusos privados, assim como também protegê-lo de intervenções estatais. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação... op. cit.* p. 291

Em linhas gerais, conforme a doutrina clássica temos que o Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas mediante as quais o Estado proíbe determinadas ações ou omissões, sob ameaça da pena.¹⁹ Outros doutrinadores, no entanto, acrescentam ao conceito aspectos hermenêuticos ou mesmo a necessidade de proteção a um bem jurídico.

Para Cezar Roberto Bittencourt:

O direito penal apresenta-se, por um lado, como um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança. Por outro lado apresenta-se como um conjunto de valorações e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais.²⁰

Rogério Greco traz que:

A finalidade do Direito Penal é proteger os bens mais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade, ou nas precisas palavras de Luiz Regis Prado "o pensamento jurídico moderno reconhece que o escopo imediato e primordial do direito penal radical na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade." Nilo Batista aduz que a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena.²¹

Os fins do Direito Penal são a razão de sua legitimidade e existência. Para Jesús-Maria Silva Sánchez "a fonte de legitimação de Direito Penal deve estar situada no fato de que a sua presença na sociedade, ao ser um mal, significa um menor do que aquele que se pretende evitar."²²

Observa-se, portanto, que, para boa parte da doutrina, a obediência aos princípios da legalidade e lesividade é parte intrínseca ao conceito do Direito Penal ou a sua finalidade.

¹⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. Parte geral*. 16. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 4.

²⁰ MIR PUIG, Santiago, 2010, p. 42-43 *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito... op. cit.* p. 36.

²¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. vol 1. 12ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

²² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação... op. cit.* p. 290. Silva Sánchez vê o direito penal como mecanismo organizado e monopolizado pelo Estado, o que tem significativas vantagens. Em alguns casos as próprias cominações penais possuem efeito dissuasório impedindo novas agressões (tanto num âmbito da prevenção geral, de forma a desestimular a sociedade como um todo, quanto da prevenção especial, para que o infrator não volte a cometer o delito). Por outro lado impede que as vítimas do delito se sintam compelidas a fazer justiça pelas próprias mãos.

Neste diapasão, é polêmico afirmar que os crimes de perigo abstrato estariam de acordo com os princípios gerais do direito penal, dentre eles os mencionados, conforme veremos a seguir.

1.2. Configuração das sociedades pós-industriais modernas

A sociedade, em sua formatação como conhecemos hoje, começou a delinear-se no fim da Idade Média sobre a embrionária formação do capitalismo em razão das novas necessidades econômicas que não podiam ser atendidas pelo método de exploração econômico do feudalismo, o qual se assentava em relações pessoais (sistema de vassalagem) e da relação com a terra (economia de subsistência e troca). Esse modelo foi, então, substituído pela economia monetária mercantil, estruturada no comércio, bancos e em corporações de ofício ou guildas (encarregadas das manufaturas), representados, respectivamente, pelos comerciantes, banqueiros e artesãos, que possibilitou a ascensão da burguesia²³ como nova classe econômica emergente. Conforme leciona Gabriel Ignacio Anitua, “o econômico e o político caminhavam de mãos dadas para poder impor o ‘mercado’ e surgia a necessidade de se criar o Estado”,²⁴ antes descentralizado sob a forma predominantemente monárquica. O mercantilismo convergiu os interesses comerciais e os do absolutismo dos Estados soberanos no sentido de aumentar o próprio lucro.²⁵

Com a Idade Moderna tivemos a expansão da exploração econômica²⁶ e o fortalecimento da burguesia, a qual passa a prescindir do Estado para implementar condições de crescimento. Os governos absolutistas, e concentradores do poder desde o final do século XVI, cederam lugar a uma monarquia cujo apoio oscilava entre a burguesia urbana emergente e os poderes tradicionais (do clero e da nobreza). Nesse período, surge o Iluminismo, que pregava a liberdade, a cidadania, a sociedade civil e a democracia,²⁷ e que foi determinante na luta burguesa contra os poderes do Primeiro e Segundo Estados.²⁸

²³ “O vocábulo ‘burguesia’ advém de ‘burgo’, cidade ou assentamento amuralhado onde se desenvolviam o comércio e o artesanato.” ANITUA, Gabriel Ignacio. P. 64

²⁴ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento Criminológico; 15) 1ª reimpressão, maio de 2015. p. 67

²⁵ *Ibidem* p.63-72

²⁶ A expansão se deu em diversas áreas e ganhou relevo com as grandes navegações e o colonialismo, que representou um primeiro passo para a globalização.

²⁷ MATTA, Alfredo; CANCELA, Francisco. *A Pós-Modernidade e o Iluminismo: encontros e desencontros*. In: 4º Colóquio Marx e Engels. Cemarx/Unicamp, 2005. p. 6 Disponível em:

Havia uma polarização da burguesia entre a alta burguesia²⁹ – possuidora de forte influência na administração – e demais burgueses sem privilégios; e foi justamente o Terceiro Estado (“*tiers état*”), composto pelos últimos, juntamente com o baixo clero e o resto do povo – dentre eles camponeses e servos –, que resolveu assumir o poder na França. A luta se deu em razão do aumento da desigualdade social e econômica, da má gestão por parte do rei Luís XVI, de fatores ambientais que acarretaram crise na produção agrícola, e da dívida nacional incontrolável decorrente de um sistema tributário ineficaz e guerras, como foi a Guerra dos Sete anos contra a Inglaterra.

Pontua Gabriel Anitua que:

De acordo com isso, ela [burguesia] tentaria desenvolver democraticamente o exercício deste poder em conformidade com o conceito de soberania. Aceitou, então, a noção monárquica de soberania, reconhecendo, porém, que esta não é propriedade de um particular, mas sim que está configurada por todos que passaram da condição de súditos à de cidadãos.³⁰

Com a Revolução Francesa, em 1789, tivemos a instauração de uma Assembleia Nacional Constituinte, que veio limitar a função do soberano, consagrando na Constituição, em sua introdução, conhecida por Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (“*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*”),³¹ os princípios de "Liberdade, Igualdade, Fraternidade" (“*Liberté, Egalité, Fraternité*”). A liberdade, por sua vez, é o único

<<http://pablo.deassis.net.br/wp-content/uploads/MATTA-Pos-modernidade-e-iluminismo.pdf>> Acesso em: 13 mar 2018.

²⁸ O Primeiro Estado era composto pelo alto clero e o Segundo Estado pela nobreza.

²⁹ Também conhecida como patricios ou grandes burgueses na Alemanha, Países Baixos e França.

³⁰ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos... op. cit.* p. 126. Por certo, o conceito de cidadão à época era restrito. Crianças e jovens, estrangeiros, minorias e mulheres não gozavam de muitos dos direitos que os “cidadãos” tinham.

³¹ Norberto Bobbio ao analisar os “direitos do homem” mostra-se inconclusivo, pois qualquer definição é subjetiva, sendo a maioria tautológica, como “Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem.” ou diz respeito ao estatuto desejado para esses direitos, e não sobre o seu conteúdo “Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado.” Quando se introduz o conteúdo, acaba se fazendo em termos avaliativos de acordo com a ideologia do intérprete: “Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc., etc.”. Ele, então, apresenta que os direitos individuais tradicionais consistem em liberdades e exige da parte dos outros (incluídos órgãos estatais) obrigações negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos. “Os dois principais argumentos para introduzir algumas liberdades entre os direitos fundamentais são: a) a irredutibilidade das crenças últimas; b) a crença de que, quanto mais livre for o indivíduo, tanto mais poderá ele progredir moralmente e promover também o progresso material da sociedade. Ora, desses dois argumentos, o primeiro é irrelevante para justificar a exigência de novos poderes, enquanto o segundo se revelou historicamente falso.” BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 7 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 13

princípio expresso, definido no art. 4º como: “A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo.”

Kant, importante pensador do período, entende por liberdade o “direito que tem um povo de não ser impedido, por outras forças, de dar a si mesmo uma Constituição civil que julga boa”. Para ele, “os que obedecem à lei devem também, reunidos, legislar”. Norberto Bobbio ao citar Kant traz que:³²

uma vez entendido o direito como a faculdade moral de obrigar outros, o homem tem direitos inatos e adquiridos; e o único direito inato, ou seja, transmitido ao homem pela natureza e não por uma autoridade constituída, é a liberdade, isto é, a independência em face de qualquer constrangimento imposto pela vontade do outro, ou, mais uma vez, a liberdade como autonomia.

Ainda no século XVIII, teve lugar o segundo momento econômico decisivo para a globalização do capitalismo ocidental, qual seja, a Revolução Industrial. Nesse sentido, escreve, Gabriel Anitua:

Se a revolução mercantil necessitou do descobrimento e da exploração de novos territórios como parte da concentração de riquezas e da acumulação primitiva de capital, tanto quanto da verticalização do poder e da organização em forma burocrática que expropriou até o conflito dos particulares, a Revolução Industrial requereria, além de inovações tecnológicas e de comunicações, novas formas de organização do político e do punitivo para oferecer respostas às recentes necessidades de ordem nas novas e maiores concentrações fabris e urbanas.

Isso teria repercussões em algumas formas de pensamento político liberal, que tentarão justificar um Estado não apenas limitado pela lei, mas também com determinada propensão econômica favorável aos detentores dos meios de produção, e particularmente repressivo para com aqueles que não tem propriedade [...].³³

A Revolução Industrial, por certo, tratou-se do grande desenvolvimento no modo de produção com o surgimento da maquinofatura. Houve um grande avanço tecnológico e aumento da produtividade em curto espaço de tempo. O sistema de guildas e produção artesanal foi sendo substituído pelo manuseio das máquinas, notadamente o tear mecânico na tecelagem.

³² *Ibidem.* p. 27

³³ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos... op. cit.* p. 131-132. Observa-se aqui que além das mudanças socioeconômicas da época, o direito veio e vem acompanhando as necessidades políticas de acordo com as novas realidades.

A ideia econômica que acompanhava esse desenvolvimento era a do capitalismo liberal, que teve por patrono Adam Smith. Seu livro *A riqueza das nações* de 1776 é considerado uma das obras fundadoras dessa fórmula clássica da ciência econômica, indicando novas funções ao Estado e ao mercado. Segundo Smith, existiria um “sistema de liberdade natural”, em que cada um deveria ser livre para perseguir, ao seu modo, o seu próprio interesse, competindo com os demais, com a mínima intervenção do Estado sobre a economia. Se os interesses privados funcionassem numa economia perfeita, livremente, haveria um desenvolvimento geral de toda a sociedade. Denominaram, assim, a auto-regulamentação do mercado de “mão invisível”.³⁴

Todavia, o modelo liberal se mostrou frágil, principalmente após as duas Grandes Guerras mundiais, situações nas quais o Estado veio a ser chamado para intervir e reestruturar a sociedade como um todo. Há de se considerar que juntamente com o desenvolvimento socioeconômico e tecnológico vieram novos riscos,³⁵ propiciando fraudes, falências, desvios, “um novo tipo de criminalidade, fomentado por essa trama complicada que envolvia o mundo dos negócios, fazendo com que a violência cedesse passo à inteligência e à astúcia”.³⁶ Entretanto, há de se notar que não houve uma translação no foco da criminalidade, porém agregou-se aos conflitos tipicamente violentos,³⁷ a econômica,³⁸ que por sua vez situa-se em

³⁴ *Ibidem*. p. 201-202

³⁵ “Diferentemente de outros períodos, hoje, muitos dos riscos são tidos e havidos como artificiais são, enfim, produzidos pelo homem ou decorrem de decisões deste, podendo, mesmo ameaçar uma quantidade indeterminada de pessoas” MENDONZA BUERGO, Blanca. *El Derecho Penal en la sociedade del riesgo*, 2001. p. 26 *apud* SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 38-39. A partir do final do século XX, as interações transnacionais tomaram dimensões inimaginadas. Afirma Boaventura de Sousa Santos que essas novas relações transfronteiriças acabam por criar um “sistema global”, “cultura global”, “globalização”, “cidades globais”, ou “processo global”. SANTOS, Boaventura de Souza. *Os processos de globalização. Globalização. Fatalidade ou utopia?* 2001 p. 31 *apud* SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico... op cit* p. 50-51. É justamente esse processo de globalização e as tentativas de criminalização de condutas que ultrapassam os territórios nacionais que vão implicar um duplo efeito na delinquência. Silva Sánchez traz que promove a descriminalização de certas condutas, as quais passam a ser melhor aceitas pela nova comunidade; e os fenômenos econômicos globais além de fazer surgir novos tipos, dão novo molde a figuras clássicas, procurando ajustar os contornos do direito penal. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansion del derecho penal*. 2001. p. 222 e ss *apud* SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico...op cit* p. 53.

³⁶ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*, 1973. p. 4 *apud Ibidem* p. 22.

³⁷ Desde as origens clássicas e iluministas, sempre se procurou cuidar de crimes atinentes a uma classe menos privilegiada. Assim se formaram os códigos até fins do século XX. A teia de aplicação penal não tinha, então, por objetivo abarcar outros estratos sociais. Estes se mantinham a parte do sistema. Isso se transforma com a nova preocupação dos crimes econômicos. Cf. FRANCO, Alberto Silva. *Globalização e criminalidade dos poderosos*, 2000. p. 103 e ss. *apud Ibidem* p. 23.

³⁸ Renato Silveira, numa releitura da obra “*Globalização, sociedade de risco e o futuro do Direito Penal. Panorâmica de alguns problemas comuns*” de Paulo Silva Fernandes, traz a ideia da criminalidade dos poderosos, pessoas com uma posição especial e em um especial e subjetivo contexto de poder. *Ibidem* p. 27

um campo de tutela supra-individual (ou interesse difuso) de modo que não temos vítimas determinadas, nem pode se admitir a ocorrência de dano real ao bem jurídico protegido.

Venho ressaltar que além da distinção semântica, em que temos a economia como fenômeno cultural e social, a qual pode reger-se por regras primárias de mercado, por vezes prescindindo de tutela jurídica, o foco da análise acaba por versar nos crimes contra a ordem econômica, aqui entendida na concepção de Martínez-Buján Perez como "a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços."³⁹ Genericamente, poderíamos compreender essa ordem de modo a abranger também a tutela do meio ambiente e as relações de consumo, uma vez que estes são princípios fundantes conforme redação do art. 170 da Constituição da República Federativa do Brasil.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

A tutela da ordem econômica, por sua vez, para alguns autores, não se confunde com o bem jurídico protegido em questão, o qual se configura como bem de terceira geração⁴⁰ e, como mencionado, possui caráter supra-individual ou difuso. “[...] Existe acuerdo sobre el carácter supra individual del bien jurídico protegido e nel Derecho penal económico”.⁴¹ Renato de Mello Jorge Silveira, por outro lado apresenta a ideia de um bem intermediário, onde se

³⁹ MARTINÉZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico*. 1998, p. 34 e ss. *apud Ibidem* p. 25

⁴⁰ Norberto Bobbio apresenta ideia de gerações dos direitos fundamentais. A primeira consiste nos direitos de liberdade, dentre eles civis e políticos, tendo o Estado um dever de abstenção (um não-agir). Os direitos de segunda geração são direitos da igualdade, incorporam os direitos sociais, econômicos e culturais, exigem uma atuação positiva do Estado para assegurar condições mínimas de existência e desenvolvimento. Os direitos de terceira geração são da fraternidade ou solidariedade que englobam direitos coletivos e difusos. Por constituir uma categoria heterogênea e vaga não se tem um consenso sobre o que efetivamente se trata. Por certo o mais importante é o direito ao meio ambiente. O autor inclui entre esses direitos o direito à paz, os do consumidor, à qualidade de vida, à liberdade de informação, ligando o surgimento dos mesmos ao desenvolvimento de novas tecnologias. Mencionando outros autores resalta que Jean Rivera inclui entre esses direitos os direitos de solidariedade, o direito ao desenvolvimento, à paz internacional, a um ambiente protegido, à comunicação. Celso Lafer fala dos direitos de terceira geração como se tratando, sobretudo, de direitos não dos indivíduos, mas de grupos humanos, como a família, o povo, a nação e a própria humanidade. Enquanto as duas primeiras gerações levam em consideração o indivíduo como titular do direito, o titular aqui passa a ser toda a coletividade. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos...* *op cit.* p. 9

⁴¹ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis. *Secundariedad del Derecho Penal económico*, 2001. p. 37 *apud* SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico...* *op. cit.*, p. 26

protege simultaneamente interesses do indivíduo e do Estado, uma vez que as repercussões do delito se dão em ambas as esferas.⁴²

Evidencia-se, ainda, a estreita relação entre economia e ecologia,⁴³ apesar de existir na doutrina do direito ambiental a irreal dicotomia entre desenvolvimento e meio ambiente. Não podemos imaginar a tutela do meio ambiente sem considerar seus aspectos econômicos, pois, como salientado por Paulo de Bessa Antunes “dentre os seus fins últimos se encontra a regulação da apropriação econômica dos bens naturais”.⁴⁴

O desenvolvimento brasileiro, em regra, se deu com base na intensiva exploração de seus recursos naturais direcionada à venda para o mercado externo,⁴⁵ sem maiores preocupações com a sustentabilidade. Atualmente, todavia, há nítida consciência da necessidade de proteção do meio ambiente, tendo sido consagrada inclusive a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, que, tradicionalmente, por consistir em ficção jurídica e não possuir personalidade própria, além de carecer de capacidade – elemento da culpabilidade –, não seria capaz de realizar uma ação ou omissão voluntária, dolosa ou culposa, direcionada à prática de uma infração penal.⁴⁶

Art. 225, Constituição Federal. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁴² No mesmo sentido MATA Y MARTÍN, Ricardo. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. 1997, p. 22 *apud Ibidem* p. 26.

⁴³ Ambas possuem origem semântica na palavra *oikos*, que significa casa.

⁴⁴ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 13 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 13

⁴⁵ Dentre as principais atividades tivemos a extração do pau-brasil, cultivo da cana de açúcar, cafeicultura, pecuária intensiva, extração de ouro e minérios, etc.

⁴⁶ A inadmissibilidade da responsabilidade penal das pessoas jurídicas – *societas delinquere non potest* – remonta a Feuerbach e Savigny. A imputação penal da pessoa jurídica não possui fundamento inicial no direito penal, mas sim na teoria da realidade objetiva ou teoria organicista, desenvolvida no século XIX, na Alemanha, pelo civilista e historiador Otto Von Gierke, já na sua primeira obra *Deutsche Genossenschaft* (1868), que sustentou que as pessoas jurídicas são dotadas de vontade própria, independente da de seus membros ou representantes. PRADO, Luis Regis. *Direito Penal do Ambiente*. 3. ed. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2012. p. 125-126. Acrescenta Renato Silveira como argumento contrário à responsabilidade penal da pessoa jurídica o fato da pena estar, por essência, orientada ao homem e ser um juízo de reprovação ético-social, com conteúdo de tratamento ao infrator. Entretanto, entende o autor que, talvez, a maior justificativa à implantação da responsabilidade penal da pessoa jurídica seja de caráter político-criminal, partindo da compreensão que nas sociedades de risco pós-industriais grande parte das condutas criminosas econômicas e ambientais são praticadas por aquela. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 196-198

§3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Não obstante a omissão constitucional acerca do tipo de responsabilidade, e a discussão jurisprudencial sobre a possibilidade da responsabilidade penal objetiva após o reconhecimento da desnecessidade de dupla imputação para responsabilizar as pessoas jurídicas com o RE 548.181,⁴⁷ considera-se a responsabilidade civil ambiental como objetiva em razão do risco assumido pelo exercício de determinada atividade.⁴⁸

Art. 927, parágrafo único, Código Civil. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

É nesse mesmo sentido, da sociedade de risco, que surge também a necessidade de proteção das relações de consumo. Sérgio Cavalieri Filho destaca que, a par dos inúmeros benefícios trazidos à sociedade em geral pelo desenvolvimento tecnológico e científico, a

⁴⁷ RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, § 3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. (STF. RE 548181. Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014) Acesso em: 27 abr 2018.

⁴⁸ ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental...op. cit* p. 252. No mesmo sentido temos o art. 14, § 1º da Lei 6.938/81 que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente: “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.”

ocorrência de um único defeito de concepção ou de fabricação, dentro da produção em série, pode gerar riscos e danos efetivos a um número indeterminado de consumidores.⁴⁹

Ao abordar a finalidade do direito do consumidor expõe, Cavalieri Filho:

A massificação da produção, do consumo e da contratação deixou o consumidor em desvantagem, pois, à medida que o fornecedor se fortaleceu técnica e economicamente, o consumidor teve o seu poder de escolha enfraquecido, praticamente eliminado. Não mais tendo acesso direto ao fabricante, o consumidor ficou submisso aos contratos de adesão, cujas cláusulas e condições, conforme já destacado, eram preestabelecidas ao gosto do fornecedor, de sorte a não lhe deixar outra alternativa que não aquela de aceitar as condições preestabelecidas, sob pena de não ter acesso aos produtos e serviços de que necessitava.

Instalou-se então um acentuado desequilíbrio ou desigualdade de forças entre produtores e distribuidores, por um lado, e consumidores, por outro. O consumidor tornou-se vulnerável em face do fornecedor, vulnerabilidade tríplice: técnica, fática e jurídica.

A proteção do consumidor passou assim a ser um desafio da nossa era e o Direito não podia ficar alheio a tal tarefa. A finalidade do Direito do Consumidor é justamente eliminar essa injusta desigualdade entre o fornecedor e o consumidor, restabelecendo o equilíbrio entre as partes nas relações de consumo.⁵⁰

A despeito da Constituição estabelecer em seu art. 5º, XXXII que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” e no art. 48 do ADCT, que “o Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”, é discutível a intervenção penal para tal tutela.

A solução adotada para a proteção de tais bens jurídicos foi a adoção dos crimes de perigo abstrato, pela técnica legislativa, que representam o que atualmente se chama de tutela penal antecipada e o surgimento do que alguns consideram Direito Penal de Risco, que seria justamente a questão da capacidade de adequação do direito penal como instrumento de defesa antes os riscos modernos.⁵¹ Para Renato Silveira:

⁴⁹ Lembra o autor o caso da Talidomida Contergam, um sedativo, que usado por diversas gestantes, entre 1958 e 1962, causou deformidades em milhares de nascituros. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 3

⁵⁰ *Ibidem* p. 7-8

⁵¹ Conforme Manfredi Parodi Giusino, “[...] il ricorso a forme anticipata, rispetto a quelle offerte per secoli dal diritto penale, tradizionalmente imperato intorno a fogue di reati di danno, ha reso problematica la giustificazione di tali nuove forme di intervento punitivo ed ha posto in risalto la necessita che la scienza penalistica fornisca al legislatore adeguate indicazioni, affinché non siano superati quei limiti, oltre i quali il ricorso alla pena appare ingiusto ed esagerato [...]” GIUSINO, Manfredi Parodi. *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*. p. 1 e ss *apud* SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual... op. cit* p. 121

Tanto problemas ambientais, como drogas, criminalidade organizada, economia, informática, comércio exterior e controle sobre armas bélicas, tudo, enfim reclama uma necessidade de providências, abandonando o princípio da subsidiariedade para ter no Direito Penal, solução primeira do controle social.⁵²

1.3. O bem jurídico penal

Quando da abordagem dos problemas surgidos nas sociedades pós-industriais modernas, mencionou-se que se tratava da tutela de bens supra-individuais ou difusos. Porém, é indispensável uma análise mais detida do bem jurídico que se busca proteger.

É pacífica a responsabilidade do legislador pela elaboração das normas e seleção dos bens que devem ser penalmente protegidos pelo ordenamento. Conforme mencionado na síntese histórica, o direito penal surge como verdadeira situação anárquica, com definições indeterminadas dos tipos penais. Foi a vertente jurídica do iluminismo que propôs limites ao exercício do *ius puniendi* estatal. Posteriormente, Feuerbach, fundado no contrato social, vem defender que o Estado deveria intervir penalmente quando o delito viesse a lesionar algum direito subjetivo dos membros da sociedade burguesa.⁵³ Mais tarde, Birnbaum restringe o *ius puniendi* estatal, o que permitia punir também condutas contrárias à religião e à moral. Para ele a conduta delitativa deveria ser lesiva um bem, de importância para a pessoa ou coletividade, e não meros “direitos”. Rudolph Von Jhering, no final do século XIX, fundamenta a formação jurídico-estatal na coletividade e na ideia de danosidade social, que deu origem à teoria dos interesses. Para ele as normas penais servem para proteger a seguridade das condições de vida da sociedade. Karl Binding vem representar a Escola Positiva e optou por um positivismo normativista, ou seja, bem jurídico seria tudo aquilo que é eleito pelo legislador, pois, potencialmente, tudo teria valor como condição para uma vida saudável. Em sentido diametralmente oposto, Franz Von Liszt explica que:

[...] é a vida, e não o direito, quem produz o interesse; mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, a inviolabilidade do

⁵² *Ibidem* p. 122-123

⁵³ A crítica feita à sua teoria versava sobre a existência de crimes que não afetavam tais direitos dos cidadãos, a exemplo dos crimes contra a honestidade e infrações policiais (*polizeivergehen*). Feuerbach entendia ser justificável a punição, haja vista que tais condutas eram socialmente danosas ao colocar em perigo a seguridade social e a ordem. *Ibidem* p. 38

domicílio, o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do poder público. A necessidade origina a proteção e, variando os interesses, variam também os bens jurídicos, quanto ao número e quanto ao gênero [...].⁵⁴

Surge no século XX a teoria do bem jurídico espiritualizado e a normatização conceitual do mesmo. Esse foi o fundamento do pensamento neokantista. Pretendeu-se criar um critério de interpretação a partir do fim (aqui equiparado ao valor) protegido. Modernamente, ainda que vaga e superficial a definição do que consiste a danosidade social trazida por Hassemer, os instrumentos de controle são considerados adequados justamente em razão da natureza dos bens jurídicos de interesses universais,⁵⁵ o qual retoma os postulados de Von Liszt. Por fim, temos as teorias constitucionais de Claus Roxin,⁵⁶ para o qual a única restrição prévia à escolha dos bens jurídicos reside nos princípios constitucionais, e Hans-Joachim Rudolph, que a seu turno, entende que o legislador está vinculado a uma proteção de bens jurídicos, cujos valores essenciais devem possuir referência constitucional.⁵⁷

Modernamente, Tiago Joffily, baseado nas lições de Juarez Tavares, para o qual o bem jurídico “é elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social” e “só vale na medida em que se insira como objeto referencial de proteção da pessoa, pois só nesta condição é que se insere na norma como valor”,⁵⁸ explica que a discussão acerca da substancialidade do bem jurídico não pode ser resolvida de forma binária contrapondo entes abstratos (valores) e objetos com existência física (conteúdo material). Para ele, o que pode variar entre um e outro bem jurídico é o grau de institucionalização pelo qual passou o fato que dá sustentação física.

⁵⁴ LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão...* p. 94. *apud Ibidem* p. 44

⁵⁵ *Ibidem* p. 123

⁵⁶ Tiago Joffily ao citar Augusto Silva Dias traz que a “Constituição não é a fonte de onde o direito penal extrai os bens jurídicos a serem protegidos através da imposição de pena, mas somente um ponto de passagem ou de referência da ‘experiência comunitária de valores’”. Esses bens estão inscritos na maior parte das Constituições atuais pela relevância mundivivencial e pré-jurídica que possuem para a preservação da coesão social. O injusto penal tem representação intersistemática, tanto na violação da norma (desvalor da ação) quanto na ofensa ao bem jurídico (desvalor do resultado). JOFFILY, Tiago. *O resultado como fundamento do injusto penal*. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

⁵⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual...* *op. cit* p. 35-51

⁵⁸ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 199 e 202.

A despeito da grande variedade de conceitos formulados quanto ao bem jurídico, é inegável que ele se presta a limitar a intervenção estatal.⁵⁹ Para tanto, devemos compreender as bases de suas funções, quais sejam os princípios da lesividade, intervenção mínima, fragmentariedade e subsidiariedade,⁶⁰ que serão melhor explorados no próximo capítulo.

Boa parte da atual dogmática jurídica pretende conferir ao bem jurídico uma função garantista. Silva Sánchez ao mencionar Von Liszt conclui que o Direito Penal (em sentido objetivo: *jus poenale*) é o conjunto de normas que regulam ou disciplinam o exercício do Direito Penal (em sentido subjetivo: *jus puniendi*) de que o Estado é titular.⁶¹ Dessa forma, o direito penal encontra-se submetido a uma tensão dialética entre proteção de bens jurídicos e garantias individuais, sendo cada vez mais amplo o âmbito no qual as exigências de prevenção cedem diante da subsidiariedade. Observa-se modernamente uma tendência expansiva e de forte carga preventivista das políticas criminais.

Ora, a legitimidade de proteção desses bens jurídicos lastreia-se nos interesses fundamentais da vida em sociedade, que com o tempo perdeu o referencial exclusivamente individual e passou a tomar conta de bens metaindividuais. Como veremos, há uma polarização quanto à validade dessa expansão do direito penal.

Elucida Luiz Regis Prado:

Bem jurídico é um ente material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, juridicopenalmente protegido. Deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico vazado na Constituição e com o princípio do Estado Democrático e Social de Direito. A ideia de bem jurídico fundamenta a ilicitude material, ao mesmo tempo em que legitima a intervenção penal legalizada.⁶²

⁵⁹ Artur Gueiros e Carlos Eduardo Japiassú apresentam o bem jurídico-penal como sinônimo do objeto jurídico ou objeto do crime, o qual consiste no bem ou interesse protegido pela norma penal incriminadora. SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal... op. cit.*, p. 152

⁶⁰ Os princípios da subsidiariedade e fragmentariedade são vistos como decorrência da intervenção mínima. Nos dizeres de Rogério Sanches Cunha: “o Direito Penal só deve ser aplicado quando estritamente necessário, de modo que a sua intervenção fica condicionada ao fracasso das demais esferas de controle (caráter subsidiário), observando somente os casos de relevante lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado (caráter fragmentário)”. CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal – parte geral*. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. p. 71

⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação... op. cit.* p. 304

⁶² PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 44.

A doutrina brasileira segue a italiana no sentido de atribuir aos interesses difusos e supra-individuais nomenclatura complementar ou mesmo sinônima aos interesses coletivos. Entretanto, devido a certas peculiaridades de cada um, prefere-se a utilização de apenas direito supra-individual.⁶³ Ada Pellegrine Grinover trata todos como interesses metaindividuais.⁶⁴ Por outro lado, muitas vezes, estes bens pluriativos, são concebidos como “bens jurídicos intermediários espiritualizados”,⁶⁵ expressão cunhada por Schünemann, o qual considera a lesão ao bem jurídico somente após condutas reiteradas que não respeitem as regras básicas. Portanto, por ser de difícil constatação qual delas que efetivamente veio a lesar o bem protegido, entende-se permitido o emprego da técnica de crimes de perigo, em especial o abstrato.⁶⁶

Por fim, Renato Silveira esclarece que “para a Escola de Frankfurt, deve-se realizar uma concepção de bem jurídico menos centrada no dano e no conflito pessoal entre autor e vítima

⁶³ O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), em seu art. 81, parágrafo único, traz que compreende-se por interesses ou direitos difusos, para efeitos daquele Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Já os interesses ou direitos coletivos seriam aqueles, para os efeitos do Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Por fim, no inciso III apresenta interesses ou direitos individuais homogêneos, como os decorrentes de origem comum. “Os bens supra-individuais ou difusos, em sentido lato, incluíram, pois, tanto os bens coletivos como os chamados bens jurídicos de caráter público-geral. Estes dizem respeito à sociedade em seu conjunto, ao interesse público, como é o caso, v.g. da Administração da Justiça. O titular destes direitos vem a ser a sociedade ou o Estado. Já os segundos pertencem a uma pluralidade de sujeitos, determináveis ou não.” GRASSO, Giovanni. *L'antecipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*. 1986 apud SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual... op. cit* p. 58, nota 110

⁶⁴ Ada Pellegrini Grinover procura dar a devida conceituação aos termos, afirmando que “(...) estamos, inquestionavelmente no campo dos interesses metaindividuais, supra-individuais, coletivos. Mas é preciso distinguir. É metaindividual também o interesse público, exercido com relação ao Estado. Mas esse interesse (à ordem pública, à segurança pública) constitui interesse de que todos compartilham. E o único problema que pode suscitar ainda se coloca na perspectiva clássica do conflito indivíduo contra Estado. Já por interesses coletivos entende-se os interesses comuns a uma coletividade de pessoas e apenas a elas, mas ainda repousando sobre um vínculo jurídico definido que as congrega. A sociedade comercial, o condomínio, a família dão margem ao surgimento de interesses comuns, nascidos em função da relação-base que congrega seus componentes, mas não se confundindo com seus interesses individuais. Num plano mais complexo, onde o conjunto de interessados não é mais facilmente determinável, embora ainda exista a relação-base, surge o interesse coletivo do sindicato, a congregação todos os empregados de uma determinada categoria profissional. Mas ainda não estamos no plano dos interesses difusos. O outro grupo de interesses metaindividuais, o dos interesses difusos propriamente ditos, compreende interesses que não encontram apoio em uma relação-base bem definida, reduzindo-se o vínculo entre as pessoas a fatores conjunturais ou extremamente genéricos, a dados de fato frequentemente acidentais e mutáveis: habilitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas condições sócio-econômicas, sujeitar-se a determinados empreendimentos etc. Trata-se de interesses espalhados e informais à tutela de necessidades, também coletivas, sinteticamente referidas à qualidade de vida. E essas necessidades e esses interesses, de massa, contrapondo grupo versus grupo, em conflitos que se coletivizam em ambos os pólos (...)”. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A problemática dos interesses difusos. A tutela dos interesses difusos*, 1984. p. 30 e ss apud *Ibidem* p. 62-63, nota 116

⁶⁵ O fenômeno da espiritualização, também é conhecida por desmaterialização ou dinamização do bem jurídico.

⁶⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual... op. cit* p. 64

e mais na medida a se proteger os interesses que a sociedade atual venha a considerar prevalentes”.⁶⁷

Nesse esteio, a natureza dos bens jurídicos em jogo acaba por justificar, em certa medida, um modelo de política criminal que autoriza uma tutela penal antecipada por meio da elaboração de crimes de perigo abstrato. Assim, após a elucidação de alguns conceitos importantes para a temática, passamos a ver como o Supremo Tribunal Federal entende a presença de tais tipos penais e as críticas da doutrina.

⁶⁷ *Ibidem* p. 65

2. DOS PRINCÍPIOS DA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

2.1. Princípio da Legalidade

O princípio da legalidade encontra-se nos art. 5º, XXXIX, CF e art. 1ª, CP que diz: “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

Muitos autores utilizam o princípio da reserva legal como sinônimo de legalidade, porém, os conceitos não se confundem.⁶⁸ O princípio da legalidade ou legalidade geral consiste na necessidade da descrição da conduta que se pretende incriminar, com todos os seus elementos, além da cominação das penas correspondentes em caso de descumprimento do preceito legal. O princípio da reserva legal ou legalidade formal estabelece que apenas se pode fixar uma norma penal por intermédio de lei,⁶⁹ obedecida a competência e o processo legislativo correspondente previstos na Constituição.⁷⁰ Assim, enquanto na legalidade formal deve se observar as formas e procedimentos adequados, a legalidade material determina que o diploma esteja em consonância com os preceitos constitucionais, de modo a garantir os direitos fundamentais.⁷¹

A origem mais remota do princípio se encontra na *Magna Charta* de 1215 e ao que tudo indica tratava-se apenas de uma garantia processual e não penal. A causa mais próxima, todavia, está no Iluminismo (século XVIII) tendo sido insculpida na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 em seu artigo 8º.⁷² Não obstante, o princípio se difundiu

⁶⁸ Apesar de não ser a posição adotada por Andreucci, ele menciona que o princípio da legalidade seria o gênero, do qual seriam espécies os princípios da reserva legal e da anterioridade. ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Manual de direito penal*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 55

⁶⁹ “Merece ser ressaltado que, em razão de disposição constitucional expressa (art. 62, § 1.º, I, b, da CF), é vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a Direito Penal. O pleno do Supremo Tribunal Federal, entretanto, em magistral acórdão que teve como relator o eminente Ministro Sepúlveda Pertence (RE 254.818/PR — DJ, 19-12-2002 — RTJ, 184/301), já entendeu ser possível a edição de medidas provisórias sobre matéria relativa a Direito Penal, desde que tratem de normas penais benéficas, assim entendidas aquelas que abolem crimes ou lhes restringem o alcance, extinguem ou abrandam penas ou ampliam os casos de isenção de penas ou de extinção de punibilidade.” *Ibidem* p. 45

⁷⁰ NOVAES, Felipe; SANTORO, Antonio. *Direito Penal*. Vol. 3. Coleção Tópicos de Direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 7

⁷¹ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Manual de direito penal...op. cit.* p. 56

⁷² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal... op. cit* p. 55

amplamente nas diversas legislações por meio da fórmula latina cunhada por Feuerbach: *nullum crimen, nulla poena sine lege*.⁷³

O princípio da legalidade é importante instrumento de garantia penal e proteção individual no Estado Democrático de Direito, possuindo quatro desdobramentos:⁷⁴

- 1) *Nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* – proíbe a analogia como método de criminalização ou de estipulação de penas ou medidas de segurança, para abranger hipóteses não expressamente previstas. A integração do direito pela analogia só é admitida se *in bonam partem*.
- 2) *Nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* – proíbe o costume como fundamento ou agravação de crimes e penas.
- 3) *Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* – proíbe a retroatividade da lei penal para criminalizar ou agravar condutas anteriores. Entretanto, nosso ordenamento admite sua aplicação quando for mais favorável ao réu, consagrando o princípio da irretroatividade no art. 5º, XL, CF (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”) e retroatividade benéfica no art. 2º, CP (“Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”), o qual permite, inclusive, em seu parágrafo único, a extensão a fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.
- 4) *Nullum crimen, nulla poena sine lege certa* – proíbe a indeterminação dos tipos legais e das sanções, deve a conduta estar descrita em todos os seus caracteres, pois do contrário abriria margem ao arbítrio do intérprete. Este preceito é comumente conhecido como princípio da taxatividade.

A doutrina alemã concebe o princípio da taxatividade ou mandato de determinação em duplo aspecto, qual seja, dirige-se ao legislador, impondo-lhe a exigência de uma *lex certa* e

⁷³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed., ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014. p. 20

⁷⁴ Axiomas retirados dos livros SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal... op. cit* p. 78 e SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal... op cit*, p. 20

ao juiz proibindo-o de aplicar analogicamente a mesma, restringindo-o à *lex stricta*. Deve haver, por parte do legislador, a prescrição exata do âmbito de punição, ou seja, a redação do dispositivo deve ser a mais precisa possível. Rechaça-se, portanto, a existência de cláusulas gerais que deem margem a lacunas interpretativas, o que acabaria por vulnerar a segurança jurídica.⁷⁵

Destarte, o princípio da legalidade se revela em duas dimensões: a técnica, que diz respeito à segurança jurídica; e a política, que se refere à necessária vinculação entre a representação dos cidadãos e as decisões incriminadoras, isto é, a “legitimação democrática das disposições que definem os delitos e as penas e das decisões que aplicam tais normas”.⁷⁶

Complementa Silva Sanchez:

Contudo, dentro desta vertente política é possível distinguir ainda um aspecto formal e um aspecto material. O primeiro deles atende exclusivamente ao nível das normas reguladoras da matéria penal. Assim, só por lei, e, mais ainda, por lei qualificada, enquanto expressão da vontade geral, poderão ser introduzidas as restrições do âmbito de liberdade dos cidadãos que se expressam nas definições de delitos e penas. De fato, só num procedimento com as características do legislativo é possível esperar a devida atenção aos critérios de maioria da população, ao mesmo tempo em que se levam em conta os pontos de vista das minorias. O segundo aspecto, ao contrário, se refere ao grau de precisão com que o legislador cumpre sua função de estabelecer tais normas penais e ao grau de vinculação existente entre tais normas e as decisões dos juízes.⁷⁷

2.2. Princípio da Intervenção Mínima

A fim de restringir ou impedir o arbítrio do legislador ao tipificar as condutas o princípio da intervenção mínima ou *ultima ratio* preconiza que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra os bens jurídicos⁷⁸ mais relevantes e essenciais ao convívio do homem em sociedade. O Direito Penal assume, além desse caráter fragmentário, feição subsidiária,⁷⁹ se aplicando somente

⁷⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação... op. cit.* p. 389 e 390

⁷⁶ *Ibidem* p. 388

⁷⁷ *Idem*

⁷⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito... op. cit.* p. 54

⁷⁹ Claus Roxin asseverando o caráter subsidiário do Direito Penal estabelece que: “A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais etc. Por isso se denomina a pena

quando outras medidas civis ou administrativas não forem suficientes para a proteção desse bem, em virtude de sua importância ou gravidade, ou, nas palavras de Muñoz Conde, quando “fracassam as demais formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do direito”.⁸⁰

Conforme leciona Rogério Greco, pode-se analisar o princípio da intervenção mínima através de dois enfoques diferentes, quais sejam:

a) *ab initio*, devendo ser entendido como um princípio de análise abstrata, que serve de orientação ao legislador quando da criação ou da revogação das figuras típicas; b) evidencia a chamada natureza subsidiária do direito penal, devendo ser ele encarado como a *ultima ratio* de intervenção do Estado.⁸¹

Para Silva Sánchez, como o Direito Penal é um mal, deve-se reduzir sua intervenção àquilo que seja estritamente necessário em termos de utilidade social geral, através da prevenção de fatos lesivos. Sempre que se verificar que é possível esperar efeitos preventivos similares (ou superiores) por meios extrapenais, deve se priorizar estes (manifestação externa da intervenção mínima). Assim como, deve se optar pela sanção (ou consequência jurídica não sancionadora) penal menos gravosa quando atingir os mesmos objetivos (manifestação interna da intervenção mínima).

André Estefam apresenta a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como a origem do princípio da intervenção mínima, de modo a garantir que a intervenção estatal no plano individual deva se dar apenas quando estritamente necessário.⁸² Nesse esteio, Julio Fabbrini Mirabete ressalta que a criminalização de condutas não deve se apresentar como um

como a ‘*ultima ratio* da política social’ e se define sua missão como proteção subsidiária de bens jurídicos”. ROXIN, Claus. *Derecho penal...* 1997 p. 65 *apud* GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal... op. cit* p. 46

⁸⁰ CONDE, Muñoz. *Introducción al Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1975, p. 60 *apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito... op. cit.* p. 54

⁸¹ NOVAES, Felipe; SANTORO, Antonio. *Direito Penal...op. cit* p. 8

⁸² ESTEFAM, André. *Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. A Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789 traz nos artigos 5º e 8º que: Art. 5º. A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene. Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>> acesso em: 30 abr 2018

instrumento de satisfação de situações contingentes e particulares, voltados para interesses políticos a fim de tranquilizar clamores públicos inflados pelas mídias.⁸³

2.3. Princípio da Ofensividade ou Lesividade

O princípio da lesividade, também conhecido como ofensividade,⁸⁴ é aquele segundo o qual somente pode ser considerada merecedora de tutela penal, a conduta que seja apta a expor a risco ou a causar dano a bem jurídico penalmente relevante.⁸⁵ Dessa forma, não é possível punir condutas que se caracterizem por descumprimento de deveres ou obrigações, tampouco que se considerem imorais ou pecaminosas.⁸⁶ Ferrajoli afirma que “o direito penal não possui a tarefa de impor ou reforçar a (ou uma determinada) moral, mas sim, somente de impedir o cometimento de ações danosas a terceiros”,⁸⁷ logo, não pode pretender o Estado interferir na esfera pessoal dos indivíduos, impondo-lhe determinados padrões; deve haver tolerância ante as diferenças. Aproxima-se aqui da intervenção mínima e conforme exposto por Claus Roxin, este princípio deriva do compromisso do Direito Penal de ser vocacionado à proteção subsidiária de bens jurídicos.⁸⁸

A lesividade se aplica em duas frentes, limitando o poder do legislador (função político-criminal) e servindo de critério interpretativo ao operador do direito (função interpretativa ou dogmática). Explica Francesco Pallazo que:

⁸³ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal... op. cit* p. 104

⁸⁴ Alguns autores ainda mencionam como alteridade ou transcendentalidade.

⁸⁵ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal... op. cit.* p. 62

⁸⁶ Cezar Roberto Bitencourt distingue o princípio da ofensividade do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, sendo que este sim versaria sobre a impossibilidade de se valer do direito penal para tutelar valores puramente morais, éticos ou religiosos. “A diferença entre ambos pode ser resumida no seguinte: no princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, há uma séria limitação aos interesses que podem receber a tutela do Direito Penal; no princípio da ofensividade, somente se admite a configuração da infração penal quando o interesse já selecionado (reserva legal) sofre um ataque (ofensa) efetivo, representado por um perigo concreto ou dano.” BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito... op. cit.* p. 63. Em sentido semelhante Cleber Masson explica que no princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos não há interesse legítimo a ser protegido pelo Direito penal (as intenções, pensamentos, modo de viver ou pensar, que tenham caráter moral, ético, ideológico, religioso ou político), enquanto no princípio da alteridade há um bem jurídico a ser penalmente tutelado, mas pertencente exclusivamente ao responsável pela conduta legalmente previsto, razão pela qual o Direito Penal não está autorizado intervir. MASSON, Cleber. *Direito penal – vol. 1.* 11ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017. p. 59-60.

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do garantismo penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 178

⁸⁸ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal... op. cit.*, p. 62

Em nível legislativo, o princípio da lesividade (ou ofensividade), enquanto dotado de natureza constitucional, deve impedir o legislador de configurar tipos penais que já hajam sido construídos, *in abstracto*, como fatores indiferentes e preexistentes à norma. Do ponto de vista, pois, do valor e dos interesses sociais já foram consagrados como inofensivos. Em nível jurisdicional-aplicativo, a integral atuação do princípio da lesividade deve comportar, para o juiz, o dever de excluir a subsistência do crime quando o fato, no mais, em tudo se apresenta na conformidade do tipo, mas, ainda assim, concretamente é inofensivo ao bem jurídico específico tutelado pela norma.⁸⁹

Nilo Batista, todavia, ressalta quatro principais funções diferentes que se complementam:⁹⁰ 1) proibição da incriminação de uma atitude interna;⁹¹ 2) proibição da incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor;⁹² 3) proibição da incriminação de simples estados ou condições existenciais;⁹³ 4) proibição da incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.⁹⁴

Para parte da doutrina este princípio pode ser representado pelo brocardo *nullum crimen sine injuria*,⁹⁵ posição esta encampada por Cezar Roberto Bitencourt, Julio Fabrini Mirabete, André Estefam, Paulo Queiroz e outros, e segundo a qual é indispensável que haja lesão ou pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano.⁹⁶

A saber, os bens jurídicos considerados relevantes devem ser aferidos pela “ordem de valores da Constituição” (Mir Puig), assim, Constituição estabeleceria as diretrizes que norteiam a atuação do legislador infraconstitucional, como o direito à vida (ex: homicídio –

⁸⁹ PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal...* 1989, p. 80. *apud* MASSON, Cleber. *Direito penal... op. cit.* p. 59.

⁹⁰ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 91-94

⁹¹ “As ideias e convicções, os desejos, aspirações e sentimentos dos homens não podem constituir o fundamento de um tipo penal, nem mesmo quando se orientem para a prática de um crime: o projeto mental do cometimento de um crime (cogitação) não é punível (*cogitationis poena nemo patitur*).” *Ibidem* p. 92

⁹² É nesse sentido que os atos preparatórios, desde que não constituam crimes autônomos, não são puníveis; assim como o ajuste, a determinação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos a ser tentado (art. 31, CP). Outra esfera de aplicação diz respeito à autolesão, uma vez que não repercute sobre qualquer bem de terceiros.

⁹³ Pretende-se com essa função evitar o Direito Penal do Autor em detrimento do Direito Penal de Ação, ou seja, que o agente seja punido por aquilo que ele é (simples estado ou condição do homem), e não pelo que fez.

⁹⁴ Condutas desviadas seriam aquelas, objeto de apreciação moral, tidas como fortemente desaprovadas pela sociedade.

⁹⁵ Segundo Felipe Novaes e Antonio Santoro, o princípio da lesividade encontra respaldo em dois axiomas do garantismo penal, a saber: *nulla lex (poenalis) sine necessitate* e *nulla necessitate sine injuria*. NOVAES, Felipe; SANTORO, Antonio. *Direito Penal... op. cit.* p. 8

⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito... op. cit.* p. 61

art. 121, CP), saúde (ex: perigo de contágio venéreo – art. 130, CP), honra (ex: calúnia – art. 138, CP), propriedade (ex: furto – art. 155, CP), entre outros direitos individuais, além do direito ao meio ambiente (ex: Lei 9.605/98), à ordem econômica e relações de consumo (ex: Lei 8.137/90), por exemplo. Silva Sánchez parte de que a pena, por constituir uma sanção, pode afetar direitos constitucionalmente consagrados, por isso, o direito penal deve se limitar à proteção desses valores, estejam eles de forma explícita ou implícita na Constituição. Não obstante este conceito seja insuficiente para caracterizar de forma plena os bens jurídicos que devam ser protegidos, é justificado pela afetação de um elemento essencial da vida em comum eleito consensualmente pelos representantes do povo.⁹⁷

⁹⁷SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação...* op. cit p. 415-416

3. CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

3.1. Crimes quanto ao resultado naturalístico

3.1.1. Do crime material ou de resultado⁹⁸

Descreve a um só tempo conduta e resultado, sendo este parte indispensável do próprio tipo penal, o qual deve se consumir ou ao menos ser tentado para caracterização do crime. Nestes crimes a conduta humana é responsável por modificar o mundo exterior, sendo esta produção do resultado naturalístico imprescindível à consumação.⁹⁹ Vale lembrar que o crime será tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente (art. 14, II, CP). Juarez Cirino evidencia nesse tipo a separação espaço-temporal entre ação e resultado, ligados por relação de causalidade, ideia apresentada também por Cezar Roberto Bitencourt para o qual, em regra, ação e resultado se situam em momentos cronologicamente distintos dentro do *iter criminis*.

3.1.2. Do crime formal¹⁰⁰

O crime formal, por outro lado, apesar de possuir previsão de um resultado, prescinde deste para sua consumação, a qual se dá com a prática da conduta típica direcionada à produção do resultado ofensivo. Alguns autores como Damásio de Jesus,¹⁰¹ Cezar Roberto Bitencourt, Nelson Hungria e Julio Fabbrini Mirabete dizem que o legislador antecipa a

⁹⁸ Guilherme de Souza Nucci apresenta a nomenclatura crime causal como sinônimo. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 139

⁹⁹ Damásio de Jesus traz o resultado em dois sentidos: naturalístico e normativo (ou jurídico). O primeiro é resultado material, a modificação no mundo exterior. O segundo consiste na ofensa ao interesse tutelado pela norma penal (afetação jurídica). Assim, para a teoria normativa, todo delito produz um resultado de dano ou perigo de dano a determinado bem jurídico. JESUS, Damásio de. *Direito Penal – Parte Geral*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 230

¹⁰⁰ Nucci utiliza o termo delitos de atividade como gênero que comporta as espécies formal e mera conduta. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal... op. cit.* p. 139. Juarez Cirino não faz distinção entre formal e mera conduta, classificando ambos como tipos de simples atividade. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal... op. cit.* p. 109. Mirabete, no entanto, usa a nomenclatura de simples atividade em sinonímia apenas para os crimes de mera conduta. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal... op. cit.* p. 134

¹⁰¹ O autor caracteriza os crimes formais como de evento naturalístico cortado ou de consumação antecipada. JESUS, Damásio de. *Direito Penal... op. cit.* p. 231

consumação à produção do resultado. Segundo Mirabete há uma separação lógica e não cronológica entre conduta e resultado, vez que o resultado jurídico previsto no tipo ocorre ao mesmo tempo da conduta.¹⁰² A produção do resultado naturalístico seria mero exaurimento do delito.

3.1.3. Do crime de mera conduta ou mera atividade

Os crimes de mera conduta se assemelham aos crimes formais, porém, aqui não há previsão de resultado, bastando a prática da conduta típica para sua consumação. Artur de Brito Gueiros e Carlos Eduardo Adriano Japiassú trazem os crimes de mera conduta como um desdobramento – subclassificação – dos crimes formais, no qual há somente a descrição de um comportamento penal desvalioso.¹⁰³ Para Julio Fabbrini Mirabete, a lei contenta-se com a ação ou omissão do agente, havendo uma ofensa (de dano ou de perigo) presumida.¹⁰⁴

3.2. Crimes quanto ao resultado jurídico ou normativo

3.2.1. Do crime de dano ou de lesão

A doutrina de forma unânime conceitua os crimes de dano como aqueles que só se consumam com a efetiva lesão ao bem jurídico.¹⁰⁵ Renato de Mello Jorge Silveira¹⁰⁶ esclarece que existe uma série de elementos constitutivos do crime de dano, cabendo ao legislador traçar a proteção que entende por necessária. Pode ser que o dano se caracterize por um mero desgaste, sem uma modificação sensível ou pode ser que, como entende Guilherme de Souza Nucci, o dano se trate da “ocorrência de um prejuízo efetivo e perceptível pelos sentidos

¹⁰² MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal... op. cit.* p. 134

¹⁰³ SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal... op. cit.* p. 155

¹⁰⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal... op. cit.* p. 134

¹⁰⁵ Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito... op. cit.* p. 282, JESUS, Damásio de. *Direito Penal...op. cit.* p. 229, MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal... op. cit.* p. 134, SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal... op. cit.*, p. 154, MASSON, Cleber. *Direito penal... op. cit.*, p. 220, ESTEFAM, André. *Direito penal... op. cit.*, p. 97, NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal... op. cit.*, p. 139. FLORES, Andréa. *Manual de direito penal.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 74, SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal... op. cit.*, p. 109

¹⁰⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual... op. cit* p. 90- 91

humanos.”¹⁰⁷ De todo modo, a legislação pode estabelecer ou não limites e especificidades de realização.

3.2.2. Do crime de perigo

Crime de perigo é aquele que descreve a produção de um perigo ao bem jurídico objeto de proteção, se consumando com a simples criação do mesmo, ou seja, basta a probabilidade do dano, sem que seja efetivamente produzido. Em outras palavras, os crimes de perigo se contentam com a mera exposição de lesão ao bem jurídico. O elemento subjetivo é o dolo de perigo, basta que o agente conheça os elementos típicos do delito, sem que seja necessário que saiba da sua efetiva lesividade.¹⁰⁸

Segundo Rogério Greco os crimes de perigo “constituem uma antecipação da punição levada a efeito pelo legislador a fim de que o mal maior, consubstanciado no dano seja evitado”.¹⁰⁹

Em verdade, desde finais do século XIX os crimes de perigo vem sendo objeto de estudo, afirmavam uns se tratar da possibilidade objetiva de fato danoso ou acontecimento que contivesse condições necessárias e suficientes desse resultado. Alguns autores consideravam que o perigo deveria seria provável e não apenas possível. Para tanto, Renato de Mello Jorge Silveira apresenta duas teorias explicativas, uma teoria subjetiva e outra objetiva:

A primeira, baseada num conceito positivista-naturalístico, entende que o perigoso existe na mente do sujeito que tem uma imagem subjetiva, não real, do mundo, baseando-se, através da experiência, na possibilidade ou na probabilidade de ocorrência de produção de um resultado lesivo. Destarte, mediante um juízo subjetivo *ex ante*, poder-se-ia vislumbrar a existência de um perigo. Já as teorias objetivas partem do pressuposto que determinadas condutas tem a propriedade de ser, genericamente, perigosas. O caráter perigoso, assim, não seria fruto de uma

¹⁰⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal... op. cit.*, p. 139.

¹⁰⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual... op. cit* p. 119

¹⁰⁹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal... op. cit.*, p. 187

abstração, mas, sim, de que, atendendo-se a múltiplas circunstâncias concorrentes, verificada seria a probabilidade de lesão.¹¹⁰

Acrescenta o autor:

Bettioli, a seu tempo, chegou a mencionar que o perigo seria uma especificação do dano, sendo dano potencial e não efetivo. O perigo, portanto, seria um conceito normativo de fundo emocional, pois, “(...) il concetto di pericolo, seppure basato su di un calcolo di probabilità e quindi frutto di un procedimento intellettualistico, suscita pur sempre un senso di timore e di angoscia, richiama una reazione istintiva che nasce in tutti noi quando siamo minacciati da un male, dalla probabile verificazione di un evento che tocca la sfera dei nostri interessi vitali (...)”.¹¹¹ Bustos Ramirez não aceita esta posição, sob o argumento de que não se pode trabalhar com meras abstrações. “(...) Posto que al hombre no le es dable hacer la experiencia universal de los fenómenos (por tanto, no puede afirmar la vigencia universal de ella) todas sus aproximaciones a la realidad están construidas sobre criterios de probabilidad. Desde este punto de vista se asienta la categoría relacional del concepto de peligro, en cuanto relación de valor y en cuanto relación de probabilidad. Del mismo modo que la ausencia de una experiencia universal sobre las leyes físicas no impide negarles su valor como leyes asentadas en la experiencia sobre la probabilidad, es legítimo reconocer la realidad objetiva de la situación de peligro, también como una relación de probabilidad (...)”¹¹²

De modo mais simplificado põe Miguel Reale que “(...) a mera possibilidade não ocasiona o reflexo subjetivo de temos, além de ampliar enormemente o conceito de perigo (...)”.¹¹³

Isto posto, passamos a ver algumas categorias em que a doutrina costuma separar os crimes de perigo:

Crime de perigo individual: é aquele que expõe a perigo de dano uma ou um número limitado / determinado de pessoas. Ex: perigo de contágio venéreo (art. 130, CP).

Crime de perigo comum ou coletivo: atinge o bem jurídico de um número indeterminado de pessoas. Ex: crimes contra a incolumidade pública como o incêndio (art. 250, CP), explosão (art. 251, CP), etc.

¹¹⁰ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, 1999. p. 32 e ss *apud* SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual... op. cit.*, p. 92-93

¹¹¹ BETTIOLI, Giuseppe. *Diritto penale...*, 1962. p. 255 *apud* *Ibidem* p. 92 nota 11

¹¹² BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Los delitos de peligro...*, 1987, p. 324 *apud* *Idem*

¹¹³ REALE JUNIOR, Miguel. *Dos estados de necessidade...*, 1971. p. 59 *apud* *Ibidem* p. 92

Crimes de perigo atual: é aquele em que o perigo está ocorrendo no momento. Ex: abandono de incapaz (art. 133, CP).

Crimes de perigo iminente: o perigo está prestes a ocorrer. Ex: o art. 132 do CP emprega a expressão “perigo iminente”.

Crimes de perigo futuro ou mediato: a situação de perigo decorrente da conduta se projeta para o futuro, pois ainda que não exista no presente, pode advir em ocasião posterior. Ex: porte ilegal de arma de fogo de uso permitido ou restrito (arts. 14 e 16 da Lei 10.826/2003).

Crimes de perigo concreto ou real: exigem a efetiva produção de perigo para o bem jurídico objeto de proteção, a qual deve ser demonstrada no caso concreto, para sua consumação. Há uma presunção *juris tantum*, admitindo, pois, prova em contrário.

Cezar Roberto Bitencourt traz que “o perigo 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”.¹¹⁴ Juarez Cirino ao citar Schünemann coloca que “o perigo concreto caracteriza-se pela ausência casual do resultado, e a casualidade representa circunstância em cuja ocorrência não se pode confiar”.¹¹⁵

Ex: perigo de contágio venéreo (art. 130, CP), perigo para a vida ou a saúde de outrem (art. 132, CP), o incêndio (art. 250, CP), a explosão (art. 251, CP), dirigir veículo automotor, em via pública, sem a devida permissão para dirigir ou habilitação ou, ainda, se cassado o direito de dirigir (art. 309, CTB).

Crimes de perigo abstrato, presumido ou de simples desobediência: consumam-se desde logo com a prática da conduta típica, seja ação ou omissão. Para tanto, não se exige a prova da produção da situação de perigo para o bem jurídico protegido, pois a lei presume de forma absoluta, *juris et de iure*, a ocorrência da mesma.¹¹⁶ É o caso do tráfico de drogas (art.

¹¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito... op. cit.*, p. 282

¹¹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal... op cit.*, p. 110

¹¹⁶ “O legislador, diante de uma conduta potencialmente danosa e de reconhecida perniciosidade social, presume-a perigosa. nesse caso, basta a comprovação de que o agente praticou a conduta para que o crime encontre-se consumado. Não se exige a prova do perigo real, pois este é presumido pelo legislador.” ESTEFAM,

33, caput, Lei 11.343/2006), do abandono de incapaz (art. 133, CP), da difusão de doença ou praga (art. 259, CP), porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14, Lei 10.826/2003), da condução de veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência (art. 306, CTB), entre outros.

André. *Direito penal... op. cit.*, p. 98. Renato de Mello Jorge Silveira evidencia o fato de não se mencionar o perigo dentre os elementos do tipo, seria um grupo residual. Em sentido positivo, destaca três modalidades de perigo abstrato para a doutrina clássica: os delitos de violação de regras ético-sociais ou ético-religiosas, os delitos de desobediência ou delitos de polícia e os delitos cujo perigo a um bem juridicamente protegido é necessário. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual... op. cit.*, p. 97-98

4. A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

4.1. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Neste capítulo passamos ver o entendimento da mais alta corte de nosso país por meio de acórdão paradigmático proferido no bojo do HC 90.779-2/PR. Ante a inconformação com o acórdão que proveu recurso especial do Ministério Público do Estado do Paraná para restabelecer a condenação dos ora pacientes, Milton Fernando Sesti Neves e Eugenio Schuch Júnior, pelo delito do inciso IX do art. 7º, da Lei 8.137/90, impetrou o advogado da causa remédio constitucional para tutelar seu direito à liberdade.

Em inspeção de rotina, a Secretaria Municipal de Saúde, através de seu serviço de vigilância, averiguou que Milton Fernando Sesti Neves e Eugenio Schuch Júnior, proprietários da Blue Chemical do Brasil – Indústria e Comércio de Detergentes Ltda – estavam produzindo “produtos de interesse da saúde”, sem registro no Ministério da Saúde, razão pela qual o estabelecimento fora interditado. Como se tratava de termo genérico, foi determinado o retorno ao local para identificação dos produtos, quais sejam, desinfetantes, desodorantes sanitários e sabão em pedra, oportunidade na qual os denunciados haviam retirado os lacres e voltado à produção regular. Em razão disso, foram denunciados pelos crimes de desobediência (art. 330, CP) e do inciso IX do art. 7º, da Lei 8.137/90.

Condenados em primeira instância, recorreram ao Tribunal de Alçada, ainda existente à época, para reconhecer a extinção da punibilidade do crime de desobediência e absolver os pacientes da imputação de crime contra o consumidor. Entendeu a Corte estadual que o fato dos produtos não estarem de acordo com as normas regulamentares de fabricação e distribuição constituiria tão somente ilícito administrativo, ademais para a caracterização do delito contra as relações de consumo fazia-se necessária prova pericial do efetivo risco à saúde dos consumidores.

Contra tal decisão o Ministério Público do Estado do Paraná moveu recurso especial e passou a constar da Ementa que:

CRIMINAL. RESP. FABRICAÇÃO E MANUTENÇÃO EM DEPÓSITO DE PRODUTOS FABRICADOS PARA CONSUMO EM DESACORDO COM AS NORMAS REGULAMENTARES E SEM REGISTRO NO MINISTÉRIO DA SAÚDE. CRIME CONTRA A RELAÇÃO DE CONSUMO. DESNECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL PARA A CONSTATAÇÃO DA IMPROPRIEDADE DA MERCADORIA. DELITO DE PERIGO ABSTRATO. RECURSO PROVIDO.

O tipo do inciso IX do art. 7º, da Lei n. 8.137/80 trata de crime formal, bastando, para sua concretização, que se coloque em risco a saúde de eventual consumidor da mercadoria.

Cuidando-se de crime de perigo abstrato desnecessária se faz a constatação, via laudo pericial, da impropriedade do produto para consumo. Precedentes.

Recurso provido para restabelecer a sentença de primeiro grau, quanto à condenação pelo crime contra as relações de consumo.

(STJ REsp: 472038 PR 2002/0108643-1, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 16/12/2003, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 25.02.2004 p. 210)

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que o delito cuja prática se imputa é de perigo abstrato, sendo desnecessária a comprovação da impropriedade por meio de perícia. Segundo o Tribunal: “o fato subsume-se, perfeitamente, ao tipo do inciso IX do art. 7º da Lei n. 8.137/90 que trata de crime formal bastando para sua concretização, tão-somente que se coloque em risco a saúde de eventual consumidor da mercadoria.”

Passou então o STF analisar o *habeas corpus*. No mérito foi questionada a idoneidade da condenação dos pacientes já transitada em julgado e a legalidade da substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito, o que não é relevante para o presente estudo. A tese defensiva versou sobre a carência de requisito fundamental da prova da materialidade delitiva, consistente na efetiva impropriedade para consumo dos produtos fabricados e guardados em depósito para a venda. Prova esta cuja comprovação exigiria a realização de perícia nos produtos apreendidos.

O ministro relator Carlos Ayres Britto concordou com o entendimento do STJ de se tratar de crime de índole formal, consumando-se com a prática em si do ato, descabendo, portanto, a exigência de comprovação do dano para seu aperfeiçoamento. Sobremais, para ele, a relação de consumo, objeto de proteção do tipo penal, é diretamente atingida uma vez que lesa os interesses dos comerciantes e fabricantes que atuam de acordo com as normas jurídicas e muitas vezes não conseguem competir com preços praticados por aqueles que atuam à margem da legalidade.

Não obstante tal entendimento, afirma que os produtos apreendidos não passaram pela verificação de toxidade, pois a presunção do perigo se basearia na potencialidade de lesão mediata a um número indeterminado de consumidores somente pelo fato de não ter registro no Ministério da Saúde e tampouco sido produzida de acordo com as normas de vigilância sanitária. Porém, o artigo 7º da Lei 8.137/90 traz uma norma penal em branco e deve ser interpretada conjuntamente com o art. 18, § 6º do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

Art. 7º, Lei 8.137/90. Constitui crime contra as relações de consumo:

[...]

IX - vender, ter em depósito para vender ou expor à venda ou, de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo.

Art. 18, § 6º, Lei 8.078/90. São impróprios ao uso e consumo:

I - os produtos cujos prazos de validade estejam vencidos;

II - os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação;

III - os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Citou o ministro precedente do mesmo Tribunal:

RECURSO DE HABEAS CORPUS INTERPOSTO CONTRA DECISÃO DENEGATÓRIA PROFERIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRETENSÃO AO TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL POR INFRAÇÃO AOS ARTS. 7º, IX, DA LEI Nº 8.137/90 C/C O ART. 18, §6º, DA LEI Nº 8.078/90. EXPOSIÇÃO À VENDA DE MERCADORIA COM PRAZO DE VALIDADE VENCIDO. A tipificação da figura penal definida no art. 7º, IX, da Lei nº 8.137/90, por ser norma penal em branco, foi adequadamente preenchida pelo art. 18, § 6º, I, do Código de Defesa do Consumidor, que define como impróprio ao uso e consumo produto cujo prazo de validade esteja vencido. A exposição à venda de produto em condições impróprias ao consumo já configura o delito, que é formal e de mera conduta, consumando-se com a simples ação do agente, sendo dispensável a comprovação da impropriedade material. Recurso de Habeas Corpus improvido. (STF – RHC: 80090, SP, Relator: Min. ILMAR GALVÃO, Data de julgamento: 09/05/2000, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 16-06-2000 PP-00044 EMENT VOL-01995-02 PP-00284).

Com efeito, por se tratar de crime formal, para o relator não há que se perquirir sobre a impropriedade material. Todavia, após o voto do ministro Carlos Ayres Britto, manifestou-se o ministro Marco Aurélio no sentido de ser elemento do tipo a demonstração inequívoca da impropriedade do produto para o uso, o que torna indispensável a perícia. Assim, ainda que se

trate de crime formal, se consumando com a prática da conduta típica, falta, para ele, elemento essencial do tipo. Tal entendimento o levou a conceder a ordem para restabelecer o entendimento do Tribunal de Alçada, absolvendo os pacientes por insuficiência de provas.

No mesmo sentido, manifestou-se o Ministro Menezes Direito para ressaltar que o precedente citado diz respeito ao inciso I do § 6º do artigo 18 do CDC, hipótese que versa sobre prazo de validade vencido, cuja identificação é *ictu oculi*, podendo ser constatada imediatamente, o que dispensa necessidade de dilação probatória. Entretanto, os demais incisos impõem uma base empírica por meio da constatação da impropriedade ao consumo. Por outro lado, se é um crime de perigo abstrato, seria desnecessária a verificação dessa impropriedade, mas para ele não se pode fazer uma capitulação jurídica genérica do que não serve para o consumo, mesmo porque não se está analisando a norma penal da Lei 8.137/90, mas sua complementação na Lei 8.078/90. Ressaltou o ministro que a impropriedade decorre da obediência de certas normas regulamentares com relação à fabricação e à conservação de produtos. Por fim, a ministra Carmem Lúcia acompanhou os ministros Marco Aurélio e Menezes Direito, e o ministro Carlos Britto reconsiderou seu voto.

Observa-se que há uma confusão de conceitos por parte do Supremo, pois o crime formal normalmente é um crime cujo resultado danoso é visado pelo agente, porém não é necessário alcançá-lo para sua consumação. Todavia, essa não é a questão aqui, porque ninguém, a rigor, produz um produto para que o consumidor sofra lesão. O sujeito tem a finalidade de obter lucro com o menor custo como ressaltado pelo próprio relator, ministro Carlos Ayres Britto, ao afirmar que:

a violação da norma ofende a intangibilidade da própria lógica econômica do consumo. (...) a criminalização em tela objetiva inibir ou evitar atividades espúrias que prejudicam um indeterminado contingente de fabricantes e comerciantes honestos. Afinal, “livre concorrência”, enquanto princípio constitucional regente de toda a ordem econômica (inciso IV do art. 170 da CF), não pode deixar de significar honesta competitividade ou disputa leal pela preferência do consumidor.

Sem embargo, o ministro foge ao tema em sua colocação, pois a norma visa proteger as relações de consumo e não os reflexos na manutenção do mercado.

E mais, equivoca-se o tribunal, em referência ao mencionado precedente do RHC 80090/SP, ao dizer que o crime é formal, pois é de mera conduta. Em contrapartida ao crime

formal, em que o agente pratica uma ação ou omissão visando o resultado que ele não alcançou, se o crime é de mera conduta, o agente não objetiva nenhum outro resultado além da própria conduta.¹¹⁷

Os ministros ao falarem na necessidade da prova pericial para os incisos II e III do §6º do artigo 18 do CDC e de sua dispensabilidade para o inciso I do mesmo artigo, criaram, sem entrar na discussão teórica, mas através de uma constatação lógica, figuras diferentes conforme o inciso do parágrafo sexto. Como veremos mais a diante, a doutrina vem teorizando tal aspecto ao separar em crimes de resultado de perigo e crimes de perigo abstrato por mera violação da norma. Porém, como visto no capítulo 3, item 3.2.2., cuidando-se de perigo abstrato, desnecessária se faz a constatação via laudo pericial da impropriedade do produto para consumo. Para alguns autores, a exemplo do Renato de Mello Jorge Silveira, a prova de um perigo atentatório a bem jurídico implica verdadeiro desvirtuamento do crime de perigo abstrato, já que esta o converte em um crime de perigo concreto.¹¹⁸

4.2. Críticas doutrinárias

Apesar do entendimento do Supremo pela constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, como se deu no HC 90.779-2/PR com relação ao art. 7º, IX da Lei 8.137/90, nos HC 96.759/CE¹¹⁹, HC 109.136/ES¹²⁰ e HC 102.087/MG¹²¹ para o art. 14 da Lei 10.826/2003 e no HC 106.269/MG¹²² para o art. 306, CTB, a doutrina traz diversas críticas aos mesmos.

¹¹⁷ Manuel Pedro Pimentel elucida que “(...) os crimes de mera conduta constituem uma categoria autônoma, que não está subordinada ao grupo dos crimes formais, porque, apesar da semelhança genérica existente, uma diferença claramente os distingue: nos crimes de mera conduta há uma ofensa (dano ou perigo) presumida; nos crimes formais, há um resultado de dano ou de perigo ínsito na conduta e que se realiza ao término do desdobramento desta.” PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de mera conduta...* 1977, p. 84 *apud* SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico...* *op. cit.*, p. 105-106

¹¹⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual...* *op. cit.*, p. 97

¹¹⁹ HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. TIPIFICAÇÃO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA PARTE, DENEGADA. A questão relativa à atipicidade ou não do porte ilegal de arma de fogo sem munição ainda não foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal. Há precedentes tanto a favor do reconhecimento da atipicidade da conduta (HC 99.449, rel. para o acórdão min. Cezar Peluso, DJ de 12.2.2010), quanto no sentido da desnecessidade de a arma estar municada (HC 96.072, rel. min. Ricardo Lewandowski, DJe de 9.4.2010; RHC 91.553, rel. min. Carlos Britto, DJe de 21.8.2009). Há que prevalecer a segunda corrente, especialmente após a entrada em vigor da Lei 10.826/2003, a qual, além de tipificar até mesmo o simples porte de munição (art. 14), não exige, para a caracterização do crime de porte ilegal de arma de fogo, que esta esteja municada, segundo se extrai da redação do art. 14 daquele diploma legal. [...] (STF - HC nº 96.759/CE, Segunda Turma, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 28.02.2012 DJe 113 DIVULG 11.06.2012 PUBLIC 12.06.2012)

¹²⁰ EMENTA HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03). ARMA DESMUNICIADA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência da Primeira Turma desta Corte é firme no sentido de que "o porte ilegal de arma de fogo é crime de perigo abstrato, consumando-se pela objetividade do ato em si de alguém levar consigo arma de fogo, desautorizadamente e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. donde a irrelevância de estar municiada a arma, ou não, pois o crime de perigo abstrato é assim designado por prescindir da demonstração de ofensividade real" (RHC nº 91.553/DF, Primeira Turma, Relator Ministro Ayres Britto, DJe de 21/8/09) 2. Ordem denegada (STF - HC nº 109136/ES, Primeira Turma, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 18-10-2011 DJe-217 DIVULG 14-11-2011 PUBLIC 16-11-2011)

¹²¹ HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA. 1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. 1.1. Mandatos constitucionais de criminalização: **A Constituição de 1988 contém significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos.** Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); c) controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais. 2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. **A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato.** De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. **Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo.** Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional. 3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA. Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscricção da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. **A danosidade é intrínseca ao objeto.** A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade

A principal delas é a não demonstração de efetiva potencialidade de dano no caso concreto, ofendendo o princípio da lesividade. Zaffaroni e Pierangelli trazem que:

a afetação do bem jurídico é um requisito da tipicidade penal, mas não pertence à tipicidade legal, apenas a limitando. Se a norma tem sua razão de ser na tutela de um bem jurídico, não pode incluir em seu âmbito de proibição as condutas que não afetam o bem jurídico. Consequentemente, para que uma conduta seja plenamente típica é necessário que tenha afetado o bem jurídico. Embora se trate de um conceito que nos proporciona um claro instrumento de interpretação do tipo penal, pode acontecer que o tipo legal tenha configurado, e, no entanto, o bem jurídico não tenha sido atingido.¹²³

Neste diapasão leciona Luís Flavio Gomes:

a definição de crime deve ser dada pela lei. E nossa lei (código penal, art. 13) estabeleceu que não há crime sem resultado, que é lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Entendido esse resultado em sentido material (consoante doutrina do bem jurídico), é sempre necessária a injúria (da lesão ou potencialidade lesiva). A presunção legal dessa lesão ou do perigo de lesão, nesse diapasão, viola o princípio da legalidade, e, em consequência, a Constituição, que elevou tal princípio à categoria de norma constitucional.¹²⁴

Destaca ainda Ferrajoli:

nas situações em que, de fato, nenhum perigo subsista, o que se castiga é a mera desobediência ou violação formal da lei por parte de uma ação inócua em si mesma. Também estes tipos deveriam ser reestruturados, sobre a base do princípio da

normativa. 4. ORDEM DENEGADA. (STF – HC 102.087/MG, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 28/02/2012, DJe-159 DIVULG 13-08-2012 PUBLIC 14-08-2012) (GRIFOS NOSSOS)

¹²² HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO TIPO PENAL POR TRATAR-SE DE CRIME DE PERIGO ABSTRATO. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - A objetividade jurídica do delito tipificado na mencionada norma transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção de todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas. II - Mostra-se irrelevante, nesse contexto, indagar se o comportamento do agente atingiu, ou não, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado. Precedente. III – No tipo penal sob análise, basta que se comprove que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que esteja caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado e, portanto, configurado o crime. IV – Por opção legislativa, não se faz necessária a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal. V – Ordem denegada. (STF - HC 106269/MG, Segunda Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 27/09/2011, DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011)

¹²³ ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 483.

¹²⁴ GOMES. Luís Flávio. *A questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido*. Revista Brasileira de Ciências Criminas. n. 8. RT. out – dez. 1994. p. 78.

lesividade, como delitos de lesão, ou, pelo menos, de perigo concreto, segundo mereça o bem em questão uma tutela limitada ao prejuízo ou antecipada à mera colocação em perigo.¹²⁵

No mesmo sentido entendem Andreucci¹²⁶ e Bitencourt¹²⁷, para o qual são inconstitucionais os crimes de perigo abstrato, pois no âmbito do Direito Penal do Estado Democrático de Direito, somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado. Para ele:

Se o legislador penal pretende admitir a existência de crimes de perigo abstrato, é necessário ajustar, com maior precisão possível, o âmbito da conduta punível, sem deixar de lado os princípios limitadores do exercício do poder punitivo estatal, com o fim de evitar uma expansão desmedida do direito penal.

Binding, tendo para si que o delito é uma infração a uma norma jurídica, nega a existência de crimes de perigo abstrato, pois somente considera como perigosa uma situação concretamente percebida. Concebe o autor três modelos normativos:

as proibições de lesão (em que se proíbe uma modificação não desejada mundo jurídico), as proibições de perigo (contra determinadas ações potencialmente perigosas) e as simples proibições (contra ações que regularmente caracterizam um perigo para determinados bens).¹²⁸

Pode-se dizer que o perigo abstrato seria um contra-senso: ou o perigo existe em concreto ou não. Repudia-se, portanto, tal categoria em virtude de sua incompatibilidade com o próprio conceito de perigo, ou seja, a probabilidade de um resultado antijurídico.¹²⁹

Alguns autores entendem violar também a intervenção mínima,¹³⁰ legalidade,¹³¹ presunção de inocência e culpabilidade.¹³²

¹²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão...*, 2002, p. 383 *apud* GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal... op cit.*, p. 289.

¹²⁶ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Manual de direito penal...op. cit.* p. 46

¹²⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito... op. cit.*, p. 61 e 281

¹²⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual... op. cit.*, p. 95-96.

¹²⁹ BINDING, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung. apud Idem*

¹³⁰ Como mencionado no Capítulo 2, item 2.2., o direito penal deve ser a última medida, devendo ser dada prioridade a medidas administrativas, por exemplo. Dessa forma, ao estabelecer o legislador, desde logo, uma medida penal ao presumir absolutamente a periculosidade da conduta, não se estaria considerando medidas não penais de solução.

¹³¹ Segundo Damásio de Jesus: “não se permitindo prova contrária. Esse delito viola o princípio da legalidade, pois faz depender o crime de lei que o define. E delito é, em princípio, um fato típico, que tem na conduta seu primeiro requisito. De modo que o sujeito responde pelo fato cometido, não podendo o legislador

Por fim, Juarez Cirino tece as seguintes considerações:¹³³

Hoje, afirma-se a inconstitucionalidade dos tipos de perigo abstrato: GRAUL rejeita a presunção de perigo dos crimes de perigo abstrato; SCHRÖDER propôs admitir aprova da ausência de perigo; CRAMER pretendeu redefinir o perigo abstrato como probabilidade de perigo concreto; até JAKOBS afirmou a ilegitimidade da incriminação em áreas adjacentes à lesão do bem jurídico.

4.3. Legitimidade dos crimes de perigo abstrato

Para melhor compreensão dos crimes de perigo abstrato é importante primeiramente verificar a necessidade do direito penal para a proteção de bens jurídicos.

Na obra *Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo*, Silva Sánchez pretende analisar a legitimidade do direito penal de acordo com o contexto histórico, político e social, pois este condiciona qualquer construção a respeito da missão do direito penal em sociedade, e quais fins deveria cumprir para suas atribuições serem compatíveis com direito positivo. Há de se convir que o direito penal para ser legítimo deve se projetar sobre as normas e, além delas, sobre determinados princípios supra positivos, os quais contribuem para atribuição de sentidos àquelas.¹³⁴ É certo também que o Direito Penal atinge seu fim mediante as normas primárias e secundárias que o integram. As primárias são mandatos ou proibições, enquanto os preceitos secundários cominam a pena pelo descumprimento do dever legal.

estender, mediante presunção, a responsabilidade à parte do tipo não concretizada. Significa que o autor não realiza o tipo por inteiro, uma vez que parte dele é presumida pelo legislador”. JESUS, Damásio de. *Crimes de perigo abstrato e o STF*. Disponível em: <http://www.damasio.com.br/concursos_e_servicos/informativo_phoenix.aspx>. Assim, uma vez que esses tipos penais descrevem uma conduta de certa forma genérica e não exigem um resultado normativo, considera o autor que há uma violação ao princípio da legalidade. Similarmente, Zaffaroni explica a taxatividade como aspecto importante da legalidade, em que o legislador tem o dever de clareza e expressão na norma penal. Esse fato nos leva a questionar a existência de normas penais em branco nos crimes de perigo abstrato, como se dá no art. 33 da Lei 11.343/06 ao não definir o que são drogas. NOVAES, Felipe; SANTORO, Antonio. *Direito Penal...op. cit.*, p. 7

¹³² A presunção de inocência abarca duas regras: uma regra de tratamento do imputado e uma de juízo probatório. A primeira diz respeito à forma que será tratado o imputado, devendo ser considerado inocente até que se prove sua culpa, a qual se aufere com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória conforme artigo 5º, LVII, CF. A segunda regra atribui o ônus da prova essencialmente à acusação. Destarte, ao presumir absolutamente a produção da situação de perigo, não se permite a contraprova e desde logo assume a culpabilidade do imputado, a qual se trata de um juízo de reprovação.

¹³³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal... op cit.*, p. 110.

¹³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação... op. cit.*, p. 308-310

Nesse sentido, nossa atenção vai estar dirigida preferentemente à cominação penal abstrata frente à pena efetivamente imposta. Com o liberalismo e a codificação, o núcleo do fim do direito penal passa a se situar no momento em que norma e destinatário dialogam, relegando ao segundo plano os momentos de caráter mais claramente aflitivo. Até então, a cominação da pena em abstrato era nitidamente afetada pelo arbítrio judicial (era especialmente a execução da pena que cumpria a função de intimidação e todas as demais que se pretendeu atribuir a ela).¹³⁵

Conceitualmente, a norma estabelece linhas de conduta a serem seguidas, o que cumpre com sua finalidade de prevenção de delitos, plasmando inclusive critérios garantistas. A pena concreta, por outro lado, ao ser considerada desprovida de conexão com a norma primária tipificadora, não proporciona diretriz alguma, dificilmente estando em condições de prevenir algo.¹³⁶ Isso se torna mais claro quando observamos que não é a pena em si ou seu *quantum* que garante maior intimidação, mas a efetividade da aplicação da pena. O foco da repressão sai do preceito secundário para o primário.

O que se acaba de afirmar exige, sem dúvida, uma análise da transcendência de duas ideias, presentes já na obra de BECCARIA, e que desde então vêm sendo reiteradamente examinadas quanto a sua virtualidade preventivo-geral. Refiro-me às noções de "severidade" (*Strafmaß, severity*) e "certeza" (*Strafrisiko, certainty*) da sanção. A este respeito, a maioria das investigações empíricas, chegam a uma conclusão significativamente clara, segundo já se demonstrou. Concretamente, que enquanto os incrementos na severidade da sanção não produzem reduções significativas nos níveis de criminalidade, os incrementos na certeza da produção da sanção penal costumam ter como efeito uma diminuição nos índices de criminalidade. Naturalmente, isso não quer dizer que a entidade da pena careça de qualquer sentido de intimidação, porque, como destacou DÖLLING, nas análises dos destinatários frequentemente é difícil separar a certeza de que se produzirá uma sanção de magnitude da própria sanção.¹³⁷

Assim, a cominação penal independe da pena para cumprir seus efeitos preventivos. Além disso, a pena efetivamente imposta, embora seja instrumento de cumprimento de certo fim do direito penal, constitui a demonstração do seu parcial fracasso (não conseguiu evitar a conduta potencialmente lesiva), daí que não será o nosso objeto principal de análise.

¹³⁵ *Ibidem* p. 311

¹³⁶ *Idem*

¹³⁷ *Ibidem* p. 375-376

Em linhas gerais temos três principais teorias que visam fundamentar a legitimidade do direito penal: teoria da retribuição, teoria da prevenção geral e teoria da ressocialização. No século XIX a primeira era tida como teoria absoluta e as demais relativas, todavia, vem ganhando espaço a teoria da união ou unificadora, que acaba por mesclar os caracteres preventivo e retributivo.¹³⁸ Perde espaço, porém, no plano teórico, a prevenção especial negativa direcionada, que tinha por foco a intimidação individual e a inocuização da ressocialização. Então, a legitimidade do direito penal passa preferencialmente pela prevenção geral (a prevenção não é um fim em si mesmo, mas sim um meio para proteção da sociedade e de seus bens jurídicos essenciais),¹³⁹ cuja eficácia deve ser levada em consideração na sua capacidade de conter o delito e não em erradicá-lo.

O aspecto de prevenção geral negativa possui uma característica constante do fenômeno punitivo, qual seja, o efeito de intimidação. Assim, como mencionado, tradicionalmente tal efeito se vinculava à imposição da pena concreta, cuja execução era pública e dolorosa. A novidade trazida pelo liberalismo é a antecipação dos fins da prevenção geral à cominação penal típica.¹⁴⁰

É este o âmbito em que se produza a formulação, por FEUERBACH, de sua teoria da coação psicológica, segundo a qual, para dissuadir o delinquente do cometimento de um delito, é necessário ameaçá-lo da imposição de um mal que seja superior ao mal que lhe possa significar a renúncia à prática de referido delito. A teoria de FEUERBACH se baseia, portanto, num modelo antropológico racionalista (utilitarista), o mesmo da Ilustração, que concebe o homem como um ser que pondera racionalmente as vantagens e inconvenientes que lhe possa acarretar determinada atuação.¹⁴¹

Aponta HASSEMER que a ideia preventivo-geral despreza soberanamente a 'irracionalidade' fática das pessoas. A teoria da prevenção geral espera um *homo oeconomicus* que geralmente não existe. Supõe que o delinquente potencial pondera os inconvenientes e vantagens do fato e que logo desiste de cometê-lo porque o sistema jurídico-penal, com a cominação penal e com a possibilidade de execução da pena, o fez perceber que não vale a pena praticá-lo.¹⁴²

¹³⁸ A ressocialização encontra dificuldades principalmente quando da aplicação da pena privativa de liberdade. Ao descrever valores para o delinquente com a finalidade de modificá-lo, o Estado acaba cumprindo papel moral. Entretanto, cabe a ele apenas organizar a convivência em sociedade. Modernamente, também é difícil compreender a retributividade como compensação da vantagem ilícita com a contraprestação equivalente. *Ibidem* p. 315 Nos dizeres de Silva Sánchez a "justiça" passa ser o eufemismo da necessidade psicológico-social da pena, ou da vingança." *Ibidem* p. 322.

¹³⁹ *Ibidem* p. 312-314

¹⁴⁰ *Ibidem* p. 331-332

¹⁴¹ *Ibidem* p. 332

¹⁴² *Ibidem* p. 333

O direito penal, em realidade, atua no subconsciente, firmando certas funções psíquicas necessárias ao desenvolvimento de comportamentos conforme as normas,¹⁴³ já que o homem não pondera racionalmente pela prática de um delito. Por exemplo, um homem ao matar um desafeto, normalmente o faz por impulsividade, não avaliando previamente quais as consequências jurídicas, se valeriam os doze a trinta anos de reclusão previstos no Código Penal brasileiro. Porém, é certo que há um desestímulo para a sociedade como um todo.

Segundo o autor:

o direito penal, em seu conjunto, intimida mais do que intimidaria a sua ausência.¹⁴⁴ Se a maior certeza da intervenção do Direito Penal intimida mais, parece claro que isso se deverá a que o Direito Penal exerce alguma intimidação. [...] desde esta perspectiva é possível descartar, portanto, a possibilidade de despenalizações (com a consequente submissão da matéria Direito civil ou Direito administrativo) que não redundem numa diminuição de efeitos preventivos.¹⁴⁵

Avançando no estudo, tendo verificado a imprescindibilidade do Direito Penal para regular as relações sociais, Silva Sánchez configura o bem jurídico penal como aquele objeto que merece a proteção e em que ocorra não apenas a referida danosidade social, mas também que atenda a considerações utilitaristas e a considerações axiológicas ou de princípio. Para a primeira, o bem jurídico deve ser protegido penalmente quando for útil conforme o princípio da intervenção mínima (necessidade e subsidiariedade). Já a outra entende que a proteção penal depende de merecimento, isto é, da gravidade intrínseca dos ataques ao bem jurídico.¹⁴⁶ Ressalta-se aqui que merecimento não se confunde com necessidade. Se um bem pode estar razoavelmente protegido sem a tutela penal, não se deve recorrer a esta. Se determinado bem jurídico é protegido apenas pelo direito administrativo e este não se mostra suficiente, surge uma mera necessidade da proteção penal. O merecimento, por outro lado, segundo Max Ernst

¹⁴³ Silva Sanchez não afasta o papel das instâncias de controle social informal (família, escola, religião, empresa, etc) que transmitam conteúdos valorativos promovendo a interiorização pelo indivíduo, ou seja, uma função educativa e moralizadora por via indireta, porém, para ele não se poderia restringir a esses meios, nem à difusão pública das normas penais pelas mídias, devendo se conservar o caráter intimidador da norma por meio de um imperativo, uma norma de determinação e a aplicação da pena. *Ibidem* p. 346-347

¹⁴⁴ Ausência do direito penal levaria aumento da reações sociais informais, assim o que legitimaria fundamentalmente o direito penal seria proteção do autor de um delito contra tais reações, que poderiam ser muito piores que as sanções estatais uma vez que pautadas na vingança (frise-se que estas configuram autonomamente também delitos e sua prevenção está regulada pelos princípios e normas penais). Essa é, então, uma outra dimensão garantista do direito penal ao proteger o delinquente não só do aparelho punitivo do estado como contra a vendeta social. Isso se consegue por dois meios: conscientizando que ao afetar bens jurídicos do delinquente a ele estaria se equiparando, e devolvendo à coletividade a confiança no direito, isto é, satisfazendo à necessidade psicológico-social de castigo. O direito penal, portanto, intimida e estabiliza. *Ibidem* p. 349-350.

¹⁴⁵ *Ibidem* p. 342 e 344

¹⁴⁶ *Ibidem* p. 420-422

Mayer, além da necessidade (*schutzbedürftig*), exige a qualidade de merecedor (*schutzwürdig*) e que seja suscetível dessa proteção (*schutzfähig*).¹⁴⁷

Para Silva Sánchez “nem todo ataque contra um ‘bem jurídico-penal’ descreve um injusto penal, nem, portanto, provoca a incriminação abstrata da conduta que o materializa.”¹⁴⁸ Nesses moldes, deve-se levar em consideração os princípios de proporcionalidade e de utilidade. Como visto, a posição majoritária valora negativamente a técnica dos delitos de perigo abstrato por se tratar de antecipação da barreira de proteção penal, possuir formulações vagas e expressar objetivos de organização política, econômica e social. É o que alguns chamam de espiritualização do bem jurídico que se revela como um bem autônomo. Critica Hassemer esses delitos com vítima difusa, pois a princípio os bens jurídicos serviriam a tutelar interesse dos indivíduos.¹⁴⁹ Não significa, porém, que “a despenalização (com a inserção do fato correspondente no âmbito do Direito civil ou administrativo, ou mesmo no âmbito das reações privadas ou sociais) seja vista como uma panaceia”.¹⁵⁰ Por vezes, a inserção na esfera extrapenal acaba acarretando perdas essenciais de segurança jurídica e possibilitando arbitrariedades, haja vista a diminuição das garantias asseguradas pela intervenção formal típica do Direito Penal.

Ante o exposto, e levando em consideração as novas realidades da sociedade de risco pós-industrial, os crimes de perigo abstrato se mostram adequados e necessários à tutela dos bens supra-individuais em razão de sua natureza e abrangência difusa. Porém, tendo em vista as críticas tecidas pela doutrina e a imprescindibilidade de dignidade penal merecedora de sanção, é importante se realizar uma análise casuística dos casos em que será aplicada essa técnica. Tiago Joffily salienta que:

A antecipação da punição verificada nas hipóteses de afetação apenas perigosa do bem jurídico, contudo, não pode ser vista, desde logo, como manifestação de uma expansão ilegítima do poder punitivo. É que também o perigo constitui uma transformação do mundo externo que atinge de forma relevante a esfera de existência das outras pessoas.¹⁵¹

Similarmente se posiciona Pierpaolo Cruz Bottini:

¹⁴⁷ *Ibidem* p. 435

¹⁴⁸ *Ibidem* p. 438

¹⁴⁹ HASSEMER, *Dei delitti e dele pene I...* 1984, p. 109-110 *apud Ibidem* p. 440

¹⁵⁰ *Ibidem* p. 441

¹⁵¹ JOFFILY, Tiago. *O resultado como fundamento do injusto... op. cit.*, p. 230

A nosso ver, o respeito ao princípio da lesividade não implica a rejeição, de plano, dos delitos de perigo abstrato. A lesividade não é verificada apenas nos comportamentos que danificam bens jurídicos, mas abarca também a ameaça real ou potencial do objeto de tutela, que revela condutas penalmente relevantes. O abalo social que legitima a repressão é revelado inicialmente pela da conduta, e não pelo resultado material *ex post*. A consolidação de um direito penal que proteja, de maneira racional e funcional, os bens jurídicos diante dos novos riscos exige, em alguns momentos, a antecipação da tutela. O que se faz necessário é a configuração de limites preciosos para a atuação repressiva estatal, por meio da construção de uma política criminal racional e teleológica que impeça, em nome do alargamento da proteção de interesses fundamentais, o exercício irracional dos *ius puniendi*, e isso somente será possível com uma metodologia funcional que paute o sistema penal pelas premissas básicas do modelo de Estado vigente¹⁵²

É nesse sentido que surgem outras classificações doutrinárias a fim de se buscar adequar os crimes de perigo abstrato à concretude dogmática da ciência penal, no intuito de dar explicação e lógica a uma pretensa e necessária incriminação de condutas.¹⁵³

Wilhem Gallas deu os primeiros passos a uma moderna classificação. Para Gallas, “o perigo coloca o bem jurídico numa ‘situação de crise’ que, mesmo não sendo materializada em alterações do mundo físico, tem existência real, na medida em que representa uma modificação social do status coletivamente atribuído àquele bem”¹⁵⁴. Nos delitos de perigo abstrato, em uma perspectiva *ex ante*, há um desvalor da ação, constituído por um comportamento perigoso ao bem jurídico protegido, devendo o juiz analisar caso a caso se este subsiste. A periculosidade genérica serve como parâmetro para a subsunção pelo magistrado, não devendo ser tomada de forma isolada. Surgem as infrações abstratas-concretas, nas quais deve se considerar as circunstâncias fáticas, valorando se a ação é apta a lesionar um bem jurídico em abstrato, isto é, numa análise prévia à consideração de circunstâncias reais a situação é abstrata, a partir do momento que estas são avaliadas torna-se concreta.¹⁵⁵

¹⁵² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. - 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

¹⁵³ Como recorda Luís Greco, "tem-se de refletir, assim, se por trás da denominação única 'crime de perigo abstrato' não se confunde uma gama de fenômenos bastante heterogêneos, fazendo necessário distinguir grupos de crimes de perigo abstrato, para que se possa dar início a uma análise separada da legitimidade de cada qual destes grupos." GRECO, Luis. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato...,2004 p. 132. *apud* SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico...op. cit.*, p. 142 nota 72

¹⁵⁴ JOFFILY, Tiago. *O resultado como fundamento do injusto... op. cit.*, p. 230

¹⁵⁵ GALLAS, Wilhem. *Abstrakte und Konkrete Gefährdung...*,1972 *apud* SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual... op. cit.* p. 101. Nas palavras de Torio López, "(...) los delitos de peligro abstracto son un estado previo de los de peligro concreto, de igual modo que éstos implican una fase previa de la producción de la lesión. En ellos, no es la peligrosidad de la acción simple motivo del legislador, sino un dato

A partir da concepção de Gallas:

estabelece-se importante divisão do perigo, qual seja, a separação de situações em que são vislumbrados delitos de mera atividade perigosa, em que se esgota o crime no desvalor da ação, daquelas de delitos de resultado perigoso, com uma configuração dualista do injusto, com vistas a um anterior desvalor concreto de um resultado.¹⁵⁶

A doutrina europeia, baseada nos trabalhos iniciais de Gallas, passa a distinguir o perigo entre crimes de mera atividade e de resultado. Os crimes de mera atividade perigosa se esgotam no desvalor da ação, já os crimes de resultado de perigo representam uma situação de crise ao bem jurídico, ou seja, uma perda de segurança para a sua integridade (há um anterior desvalor concreto do resultado). Considera-se um estado intermédio entre a realização da conduta e a lesão ao interesse penalmente protegido, sendo, por isso, equivalente aos crimes de perigo concreto.

O perigo desde finais do século XIX era visto como uma possibilidade objetiva de um acontecimento danoso ou que pudesse vir a causar tal evento. Atualmente, é uma verdadeira mescla de vários conceitos, prevalecendo um enfoque normativo, o qual nega a existência num sentido puramente objetivo. Explica Renato Silveira: subjetivamente, o perigo é uma representação mental, não existente no plano concreto. Trata-se de um *ens imaginationis*, nada mais sendo que expectativa não desejada. Objetivamente é *ens reale*, presente no mundo de forma autônoma. A previsão da danosidade não depende de apreciação subjetiva valorativa.¹⁵⁷

De fato, a característica que tradicionalmente define os crimes perigo abstrato reside na ausência de perigo como elementar do tipo, o qual se restringe a definir uma ação perigosa. O

que hace posible su subsunción en el tipo. De acuerdo con ello se produce una aproximación entre delitos de peligro concreto y abstracto. El punto de contacto entre ambas categorías viene dado por el hecho de que el juicio de peligrosidad se basa en las propiedades materiales del hecho concreto, mientras que el pronóstico inmanente al concepto de peligro contiene un elemento de generalización y abstracción. La tesis de Gallas implica por ello una rectificación importante de la teoría convencional (...)" TORIO LÓPEZ, Angel, *Los delitos del peligro hipotético...*, 1981, p. 835 *apud* SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual... op. cit* p. 101 nota 40

¹⁵⁶ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, 1993, p. 200 e ss *apud* *Ibidem* p. 102.

¹⁵⁷ ESCRIVA GREGORI, Jose Maria. *La puesta em peligro de bienes jurídicos em Derecho Penal...* p. 51 e ss *apud* SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico...op. cit.*, p. 112-113

legislador elegeu determinadas condutas como intrinsecamente perigosas, não restando margem interpretativa ao juiz.

Tal é a relevância do assunto que a Associação Internacional de Direito Penal, em especial, em seu XIII Congresso Internacional, considerou a tipificação dos crimes de perigo como válida no combate a determinados delitos, tais quais os econômicos ou empresariais, desde que os bem jurídicos estejam claramente determinados e a conduta proibida seja detalhada.

Uma nova concepção intelectual surgiu, em verdade, nos fins da década de 60 com o X Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, tendo seus principais representantes em Scröder e Gallo, ambos antecedentes de Gallas.

Horst Scröder, delegado alemão pela ocasião, desenvolveu a ideia proposta anteriormente por Cramer, o qual afirmava que o perigo abstrato era uma forma tentada do perigo concreto. Estabelece ele uma subclassificação intermediária do perigo a qual denominou de perigo abstrato-concreto. Nela, a tipicidade da conduta descrita pelo legislador há de ser verificada judicialmente com vistas a comprovar a idoneidade da ação para a produção de um perigo ao bem jurídico.¹⁵⁸ Não se leva em conta a abstração que possa prejudicar no caso concreto. Do contrário, estar-se-ia incriminando a mera desobediência. Logo, ante a distinção entre abstração e presunção é que deve haver prova da periculosidade.¹⁵⁹

Marcello Gallo, italiano, propôs a subdivisão entre perigo concreto-concreto e abstrato-concreto. O perigo não é elemento do tipo, pois pode ser que caracterize determinada ação ou que apareça numa relação de causa e efeito. Assim, o elemento perigo serve a influenciar a maneira de se efetuar o juízo sobre a concorrência ou não deste no fato que se pretende proteger.¹⁶⁰

De todo modo, hodiernamente, é de se reputar o critério abstrato de um ponto de vista puro de criminalização de atitudes – nesses não se percebe de modo claro a perigosidade, há

¹⁵⁸ Torío López diferencia estes dos crimes de perigo abstrato genérico, nos quais a falta de periculosidade da ação não influi na existência do crime. TORÍO LÓPEZ, Ángel. p. 853 *apud Ibidem* p. 121 nota 6

¹⁵⁹ *Ibidem* p. 121-122

¹⁶⁰ *Ibidem* p. 122

uma mera desobediência ao tipo – ou de tipos com real carga ofensiva – nos quais constata-se a situação de perigo hipotético. Retomamos, aqui, as teorias de crime de resultado de perigo e de mera conduta perigosa. Os crimes de perigo concreto passam a ser entendidos como crimes de resultado perigoso, em que verifica-se de fato um desvalor tanto da ação quanto do resultado. Essa análise, segundo Francesco Angioni, deve ser feita em três momentos: o da conduta típica, a do resultado de perigo e a do processo penal. Neste último, é comum que se leve em consideração as teses *ex ante* e *ex post*.

Falar-se-á em uma perspectiva *ex ante* sempre que a análise for feita em um momento anterior ao do processo penal, no qual o resultado danoso será ou não verificado, enquanto que a verificação *ex post* dar-se-á nos casos em que o juiz opera sua avaliação em momento posterior, quando o curso dos acontecimentos estiver definitivamente concluído.¹⁶¹

Todavia, há certas inconsistências nesse ponto de vista ao se considerar o tipo penal de forma objetiva e causalista. Schröder entende não caber a teoria da causalidade – em que o dolo era elemento da culpabilidade e a conduta humana era apenas um movimento corporal, desprezando a vontade –, uma vez que os crimes de perigo demandam uma previsão futura de como irão se dar os fatos com base em um juízo de probabilidade. Melhor desenvolvendo seu pensamento, Eckhard Horn parte de uma premissa ontológica e assume que o injusto é composto exclusivamente pelo desvalor da ação (relega o resultado à função processual de condição objetiva de punibilidade). Porém, as teorias que melhor explicam o perigo passam pela imputação objetiva, a qual imputa o resultado típico à determinada pessoa sem perquirir sua vontade e só então é que se analisa esta.

Pela teoria da imputação objetiva, criada por Claus Roxin, imputar-se-á determinado resultado a alguém quando, pela sua manifestação da personalidade, essa pessoa criar ou incrementar um risco relevante (de dano ou de perigo), não permitido, para um bem jurídico. Analisam-se apenas elementos objetivos – não considera o desígnio (dolo ou culpa) para atribuição do resultado.

Manfred Volz, por outro lado, adota a teoria do risco permitido, segundo a qual nem todo risco geraria uma responsabilidade penal, pois estaria dentro do socialmente toletável.

¹⁶¹ ANGIONI, Francesco. *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale...*, 1994, p. 63 *apud* SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual... op. cit.*, p. 103

Tal entendimento contrapõe-se a Cramer, no sentido de traçar uma suposição com parâmetro em ulterior lesão ao bem jurídico. Jescheck, também baseado na imputação objetiva, tem para si que nos crimes de perigo abstrato existe uma perigosidade geral a partir da observação estatística de certas condutas. Passa, pois, o pensamento alemão, a evidenciar a importância político-criminal dos crimes de mera conduta perigosa, na qual o injusto, por uma análise *ex ante*, carrega um perigo concreto, excluindo a possibilidade de incriminação do perigo presumido.¹⁶²

Nenhuma das teses sobre o conceito de perigo resolveram de forma satisfatória a questão. A lesividade é mais facilmente observada nos crimes de perigo concreto (ou resultado de perigo), ainda que decorrentes de uma projeção do resultado por meio do juízo hipotético, do que nos crimes de perigo abstratos em que não há tal lesão tão perceptível, mas apenas uma conduta considerada potencialmente perigosa. Em regra, a falta de lesividade nos crimes de mera conduta perigosa mostra-se como um impedimento à sua proteção penal, mas no tocante aos bens supra-individuais, em virtude de sua importância, tal déficit vê-se sanado. Não é mais imprescindível a comprovação *ex post* do risco criado. Fato é, que na análise *ex ante* do perigo, deve se levar em conta a probabilidade de lesão ao bem jurídico por meio de uma decorrência lógica, vez que não esta não surge espontaneamente de forma abstrata. Os parâmetros dessa estatística deve se dar com uma base nomológica, qual seja, pelo conhecimento das leis da natureza.

Afora todas as considerações tecidas, um cuidado especial deve ser dado aos bens jurídicos intermediários espiritualizados,¹⁶³ pois há casos em que pequenas condutas pouco expressivas, as quais normalmente não se pode medir a lesão, se praticadas reiteradamente ou por diversos agentes, geram um resultado não desejado. É ao que Lothar Kuhlen denominou de delitos por acumulação (“*Kumulationsdelikte*”). Não se verifica aqui um juízo hipotético, mas um elemento real da lesão em momento futuro. A sociologia jurídica não considera esses delitos como problemas oriundos de ações individuais e sim como um problema sistêmico.¹⁶⁴ A maior expressão que temos é no direito penal ambiental. Por exemplo, se um fumante joga

¹⁶² *Ibidem* p. 102 e ss

¹⁶³ São bens de uma coletividade indefinida, mas com um nexos individual. Reclamam autonomia e proteção próprias. A existência desses é uma das técnicas político-criminais de antecipação da tutela penal.

¹⁶⁴ COSTA, Lauren Loranda Silva. *Os crimes de acumulação no direito penal ambiental*, 2009. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/lauren_costa.pdf> Acesso em: 10 jun 2018

um cigarro na Lagoa, aparentemente falta lesividade a esta conduta, mas se várias pessoas jogarem cigarros é capaz de aterrarmos a mesma.¹⁶⁵ Neste caso, sem dúvidas a técnica de perigo abstrato se mostra adequada.

Como assevera Silva Sánchez:

(...) lo peligroso sería aquí el efecto sumativo. Luego entonces no es la conducta individual la lesiva, sino su acumulación y globalización. Desde perspectivas de lesividad concreta, no hay base para la intervención penal, aunque el significado global, sectorial del género de conductas puede justificar claramente la intervención del Derecho administrativo (y eso, a partir de una defraudación de poca entidad, que, multiplicada por el número de los contribuyentes, podría ya empezar a tener un enorme significado. Así, un fraude por contribuyente de 10.000 pesetas, multiplicado por unos 25 millones de contribuyentes daría la enorme cifra global de 250.000.000.000. Lo que implica que, obviamente, el fraude de sólo 10.000 pesetas deba ser estimado ilícito administrativo y sancionado.¹⁶⁶

Desse modo, os tipos de perigo se mostram necessários ao controle social das sociedades de risco modernas. De fato, a política criminal, tida atualmente como verdadeira base da imputação penal, encontra fronteiras além do direito penal clássico, flexibilizando a lesividade ante a proteção de bens jurídicos supra-individuais. Certo é, porém, que tal forma de antecipação da tutela não pode se dar de forma desenfreada, mas tão somente nos casos a que sejam estritamente necessárias.

¹⁶⁵

Temos outro exemplo no atual debate sobre a utilização de canudinhos plásticos, que sua vida útil é em média de dez minutos, enquanto demora cerca de quinhentos anos para se decompor na natureza. Estudos apontam que oito bilhões e meio de canudos são usados anualmente no Reino Unido e acabam sendo despejados no mar, causando grande prejuízo à vida marinha. A preocupação é tamanha que cada vez mais estamos vendo políticas para proibir o uso em bares e restaurantes. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/science-environment-43825197>> Acesso em: 10 jun 2018

¹⁶⁶

SILVA SANCHEZ Jesús-María. *La expansión del derecho penal...*, 2001, p.128 *apud* SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico... op. cit* p. 146 nota 80

CONCLUSÃO

Numa evolução histórica do direito penal, vimos que a tutela de bens jurídicos se dava originalmente com enfoque no indivíduo, e sua proteção passou de uma vingança privada para as mãos do Estado. Modernamente, com o desenvolvimento dos modos de produção, com a intensa exploração dos insumos e recursos naturais, um consumo de massa, e expansão de mercados e do sistema financeiro com a globalização, temos cada vez mais crimes que deixam de atingir individualmente uma pessoa, mas que tem amplo alcance, lesionando um número indeterminado de pessoas.

A esses novos bens jurídicos supra-individuais, de terceira geração, é ao que denominaram alguns autores de bem intermediário, onde se protege simultaneamente interesses do indivíduo e do Estado, uma vez que as repercussões do delito se dão em ambas as esferas. Devemos ter em mente, independentemente da conotação dada ao bem jurídico, que se tratam de bens fundamentais ao convívio social. A eleição pelo legislador do que deve ser protegido surge de um interesse comum, de uma necessidade da vida prática. O bem jurídico pode ser, portanto, material ou imaterial, de titularidade individual ou coletiva, considerado indispensável para a coexistência social e o desenvolvimento do homem. O foco de debate, porém, é da forma como se deve dar tal proteção.

A configuração em Estado Democrático de Direito exige que este poder-dever de punir atribuído ao Estado, por meio do contrato social, seja também limitado de acordo com princípios da ordem constitucional. Dentre os princípios destacamos a legalidade – segundo a qual a conduta a ser incriminada deve estar descrita em pormenores, com todos os seus elementos, e ser fixada por intermédio de lei – a intervenção mínima – a qual preconiza que a criminalização de determinada conduta só se legitima se constituir meio indispensável para a prevenção e proteção de bens jurídicos relevantes, do contrário deve se privilegiar medidas extrapenais, sejam civis ou administrativas – e lesividade – para a qual só é digna de tutela penal, a conduta que seja apta a expor a risco ou a lesionar um bem jurídico merecedor de proteção.

Nesse sentido é o entendimento da mais alta corte de nosso país, tendo decidido em diversas ocasiões pela constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato como meio adequado

de concreção a políticas criminais. A título de exemplo temos o HC 96.759/CE, HC 109.136/ES, HC 102.087/MG, HC 106.269/MG, e o HC 90.779-2/PR, que foi analisado com mais detalhes dentro do Capítulo 4, item 4.1., o qual, apesar das críticas tecidas a respeito dos argumentos utilizados pelos ministros, observamos que a técnica legislativa empregada de antecipação da tutela penal foi tida por adequada.

Em posição diametralmente oposta, parte da doutrina critica veementemente a falta de lesividade nestes tipos penais, além de violar também os princípios da intervenção mínima, legalidade, presunção de inocência e culpabilidade. Porém, fato é que o direito penal encontra-se submetido a uma tensão dialética entre proteção de bens jurídicos e garantias individuais, sendo cada vez mais amplo o âmbito no qual as exigências de prevenção cedem diante da subsidiariedade.

Com base nesta consideração e na necessidade de intervenção penal para a tutela de determinados bens, vimos que, apesar de questionável a técnica de perigos abstratos, ela se demonstra indispensável ao objetivo que se propõe. O direito penal, ante as necessidades modernas, deve contemporizar seus institutos a fim de garantir a maior proteção possível, possibilitando o adequado desenvolvimento social.

Desse modo, a doutrina, a fim de se adequar os crimes de perigo abstrato à concretude dogmática da ciência penal, passa buscar novas classificações. Destacamos, então, os crimes de mera atividade perigosa, que se esgotam no desvalor da ação; os crimes de resultado de perigo, que representam uma situação de crise ao bem jurídico, isto é, há uma situação hipotética na qual há uma perda de segurança para a integridade do bem, se aproximando dos crimes de perigo concreto; e os delitos por acumulação, nos quais aparentemente há uma falta de lesividade, mas a prática reiterada de determinadas condutas podem gerar um dano indesejado.

A política criminal, portanto, é tida atualmente como verdadeira base da imputação penal e não se limita ao âmbito de aplicação do direito penal clássico. Em virtude da característica difusa e importância dos bens jurídicos supra-individuais, vem-se cada vez mais se flexibilizando a noção de alguns princípios penais. Todavia, devemos ter em mente que tal

forma de antecipação da tutela não pode se dar indiscriminadamente, mas apenas nas situações em que se demonstre indispensável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. *Manual de direito penal*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução Sérgio Lamarão. – Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento Criminológico; 15) 1ª reimpressão, maio de 2015.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 13 ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 20 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 7 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. - 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de direito do consumidor*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CÓDIGO DE HAMURÁBI. Disponível em:
<<http://www.cpihts.com/PDF/C%C3%B3digo%20hamurabi.pdf>>

COSTA, Lauren Loranda Silva. *Os crimes de acumulação no direito penal ambiental*, 2009. Disponível em:
<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/lauren_costa.pdf>

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil*. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal – parte geral*. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ESTEFAM, André. *Direito penal: parte geral (arts. 1º a 120)*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

FLORES, Andréa. *Manual de direito penal*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. Parte geral*. 16. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOMES, Luís Flávio. *A questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 8. RT. out – dez. 1994.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. vol 1. 12ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

JESUS, Damásio de. *Crimes de perigo abstrato e o STF*. Disponível em: <http://www.damasio.com.br/concursos_e_servicos/informativo_phoenix.aspx>

_____. *Direito Penal – Parte Geral*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JOFFILY, Tiago. *O resultado como fundamento do injusto penal*. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

MASSON, Cleber. *Direito penal – vol. 1*. 11ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

MATTA, Alfredo; CANCELA, Francisco. *A Pós-Modernidade e o Iluminismo: encontros e desencontros*. In: 4º Colóquio Marx e Engels. Cemarx/Unicamp, 2005. p. 6. Disponível em: <<http://pablo.deassis.net.br/wp-content/uploads/MATTA-Pos-modernidade-e-iluminismo.pdf>>

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte Geral – Arts. 1º a 120 do CP*. v. 1. 32 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

NOVAES, Felipe; SANTORO, Antonio. *Direito Penal. Vol. 3. Coleção Tópicos de Direito*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Direito Penal do Ambiente*. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal: parte geral*. 4. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed., ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo - Col. direito e ciências afins - Vol. 7*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Direito Penal Supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 483.

Jurisprudência:

STF, HC nº 106269/MG, Segunda Turma, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 27 de setembro de 2011. DJe-195. Data de divulgação: 10 de outubro de 2011. Data de publicação: 11 de outubro de 2011.

STF, HC nº 102.087/MG, Segunda Turma, Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 28 de fevereiro de 2012. DJe-159. Data de divulgação: 13 de agosto de 2012. Data de publicação: 14 de agosto de 2012.

STF, HC nº 109136/ES, Primeira Turma, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 18 de outubro de 2011. DJe-217. Data de divulgação: 14 de novembro de 2011. Data de publicação: 16 de novembro de 2011.

STF, HC nº 96.759/CE, Segunda Turma, Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado em 28 de fevereiro de 2012. DJe 113. Data de divulgação: 11 de junho de 2012. Data de publicação: 12 de junho de 2012.

STF, HC nº 90.779-2/PR, Primeira Turma, Relator Ministro Carlos Ayres Brito, julgado em 17 de junho de 2008. DJe-202. Data de divulgação: 23 de outubro de 2008. Data de publicação: 24 de outubro de 2008.