



**FÁBIO MARINHO ALVES**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO:  
EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E PORTE ILEGAL DE ARMAS**

**PITANGA – PARANÁ  
2019**



**FÁBIO MARINHO ALVES**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO:  
EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E PORTE ILEGAL DE ARMAS**

Trabalho de Curso apresentado ao curso de Direito às Faculdades do Centro do Paraná - UCP, Área das Ciências Sociais Aplicadas, como requisito à obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Professora Orientadora: Tatiani M. Garcia de Almeida

**PITANGA - PARANÁ  
2019**

A474i

Alves, Fábio Marinho.

A inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato:  
embriaguez ao volante e porte ilegal de armas / Fábio Marinho  
Alves, 2019

54 f.

Orientador: Tatiani M. Garcia de Almeida

Monografia (Graduação) - Faculdade de Ensino Superior do  
Centro do Paraná, Pitanga, 2019

1. Crimes. 2. Inconstitucional. I. Faculdade de Ensino Superior  
do Centro do Paraná. II. Título.

Feita pelo bibliotecário Eduardo Ramanauskas  
CRB9 -1813

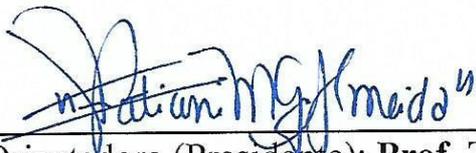
**FACULDADE DE ENSINO SUPERIOR DO CENTRO DO PARANÁ**

**TERMO DE APROVAÇÃO**

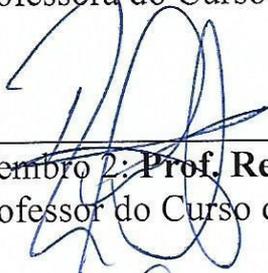
**FÁBIO MARINHO ALVES**

**“A INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO: A  
EMBRIAGUEZ AO VOLANTE E PORTE ILEGAL DE ARMAS”**

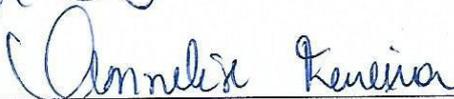
**Trabalho de Curso aprovado com nota 9,0 (*nove vírgula zero*) como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Direito da Faculdade do Centro do Paraná, pela seguinte Banca Examinadora:**



**Orientadora (Presidente): Prof. Tatiani M. G. de Almeida**  
Professora do Curso de Direito, Faculdade do Centro do Paraná



**Membro 2: Prof. Renan Mendes**  
Professor do Curso de Direito, Faculdade do Centro do Paraná



**Membro 3: Prof. Annelise Ferreira**  
Professora do Curso de Direito, Faculdade do Centro do Paraná

**Pitanga, 02 de Dezembro de 2019.**

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus pela graça recebida, por ter me dado força e saúde para vencer às dificuldades; às pessoas a qual amo de maneira incondicional e é com muita honra que venho aqui deixar meus mais sinceros agradecimentos: minha mãe Maria Marinho, que me ajudou de todas as formas, à qual somente uma verdadeira mãe é capaz de fazer; e com muita saudade que venho agradecer a ele, meu herói que já não está mais entre nós, meu querido pai Sílvio Marcelino Alves, obrigado pai por me tornar o homem que sou, pra sempre levarei o seu legado e seus ensinamentos; a todos os meus familiares que me incentivaram; aos meus amigos: Renan Lima, Paulo Henrique Maia, Gabriel Maia, e em especial a meu pastor e amigo Bruno José, que me ensinou o verdadeiro valor da empatia e da simplicidade, a você meu respeito e admiração Bruno José; e meus agradecimentos finais a esta universidade, seu corpo de docente, direção e administração, a minha orientadora Tatiani M. Garcia de Almeida; e a todas as pessoas que participaram direta e indiretamente da minha formação os meus mais sinceros agradecimentos.

## RESUMO

ALVES, Fabio Marinho. ALMEIDA, Tatiani M. Garcia de. **A inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato: embriaguez ao volante e porte ilegal de armas.** 2019, p. 54. Trabalho de Curso, Faculdades do Centro do Paraná – UCP, 2019.

Esta pesquisa teve como principal objetivo, analisar os crimes de perigo abstrato no que diz respeito a sua constitucionalidade, frente a Constituição Federal, o Estado Democrático de Direito e a sociedade atual, elencando os princípios constitucionais como por exemplo o princípio da ofensividade, o qual determina que a partir do momento em que uma conduta não oferece lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, esta conduta não pode ser interpretada como crime. Entretanto a partir no momento em se viola esse princípio, a conduta que antes não oferecia risco algum, passa a ser interpretada como crime de perigo abstrato, crimes estes que são baseados na presunção da lesão ou, exposição do bem jurídico a risco presumido, como acontece nos crimes de embriaguez ao volante e no crime de porte ilegal de arma de fogo desmuniada. No decorrer da pesquisa foram apresentados, normas, valores e princípios constitucionais os quais são indispensáveis para uma vida digna em sociedade.

Palavras-chave: Crimes. Perigo Abstrato. Inconstitucional. Princípio. Direito Penal. Constituição Federal.

## **ABSTRACT**

ALVES, Fabio Marinho. ALMEIDA, Tatiani M. Garcia de. **The unconstitutionality of abstract danger crimes: drunk driving and illegal possession of weapons.** 2019, p. 54. Course Work, Colleges of Center Paraná – UCP, 2019.

The main objective of this research was to analyze the crimes of abstract danger with regard to their constitutionality, against the Federal Constitution, the Democratic State of Law and the current society, listing the constitutional principles such as the offensive principle, which determines that from the moment a conduct does not offer injury or danger of injury to the protected legal property, such conduct cannot be interpreted as a crime. However, as soon as this principle is violated, conduct that previously offered no risk is now interpreted as a crime of abstract danger, which is based on the presumption of injury or the exposure of the legal asset to presumed risk, such as This happens in drunken driving and the crime of illegal possession of a disorganized firearm. During the research were presented constitutional norms, values and principles which are indispensable for a dignified life in.

Keywords: Crimes. Abstract danger. Unconstitutional. Principle. Criminal law. Federal Constitution.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>07</b>
1.1 JUSTIFICATIVA .....	08
<b>1.1.1 Problema de pesquisa</b> .....	<b>08</b>
1.2 OBJETIVOS .....	08
<b>1.2.1 Objetivo geral</b> .....	<b>08</b>
<b>1.2.2 Objetivos específicos</b> .....	<b>09</b>
<b>2 REFERENCIAL TEÓRICO</b> .....	<b>10</b>
2.1 CRIMES DE PERIGO ABSTRATO.....	10
2.1.1 CRIMES DE PERIGO CONCRETO .....	11
2.1.2 CRIMES DE DANOS.....	12
2.1.3 OS CRIMES DE PERIGO A SOCIEDADE DE RISCO E O DIRETO PENAL.....	13
2.1.4 CLASSIFICAÇÃO DO BEM JURÍDICO-PENAL.....	21
2.1.5 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE E DA OFENSIVIDADE.....	21
2.1.6 A FUNÇÃO DOGMÁTICA DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE.....	22
2.1.7 OFENSIVIDADE E A INTOLERABILIDADE DA LESÃO.....	23
2.1.8 MATERIAL DE DELITO: O DELITO COMO OFENSA A BEM JURÍDICO-PENAL.....	23
2.2 A INCONSTITUCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO.....	24
2.2.1 PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE.....	26
2.2.2 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E A ATUAÇÃO DO ESTADO.....	27
2.2.3 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO PENAL MÍNIMA.....	30
2.2.4 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	32
2.2.5 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	33
2.2.6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	35
2.2.7 PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE DA LEI PENAL.....	38
2.3 EMBRIAGUEZ AO VOLANTE COMO CRIME DE PERIGO.....	39
2.3.1 PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COMO CRIME DE PERIGO.....	46
<b>3 MÉTODO</b> .....	<b>49</b>
<b>CONSIDERAÇÕES FINAS</b> .....	<b>50</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>52</b>



## 1 INTRODUÇÃO

Nos dias atuais a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato tem cada vez mais se tornado um alvo de discussão no que diz respeito à legalidade da aplicação de sua tipicidade penal em matéria constitucional, razão pela qual tem crescido com a evolução da sociedade e o constante avanço da tecnologia, tornando-se necessário um desdobramento da produção legislativa no que se refere à matéria de tipificação penal (GRECO 2018).

Segundo Capez (2012) em alguns casos o legislador interpretou ser preciso penalmente punir o agente responsável por uma situação de risco de ameaça, não sendo necessário apontar nenhuma forma de resultado natural para a conduta no tipo incriminador, motivo este que pode gerar uma possível inconstitucionalidade.

Para iniciarmos a arguição da inconstitucionalidade, primeiro é necessário que não haja nenhuma dúvida quanto à matéria de conhecimento dos crimes que são de fato considerados como crimes de perigo, para isso Moura Teles nos ensina:

Perigo é um trecho da realidade. É a situação concreta na qual o bem jurídico se encontra na linha de desenvolvimento da conduta que irá causar-lhe o dano ou a lesão, que, todavia, não ocorre por um qualquer. Perigo comum é aquele que alcança um número indeterminado de interesses ou de bens jurídicos de diversas pessoas, também chamado de perigo coletivo. Perigo concreto é aquele que necessita ser demonstrado e provado. Perigo presumido ou abstrato é o que a lei considera realizado independente de ter ocorrido, daí que é dispensável sua prova (MOURA TELES, 2004, p. 184).

A partir desse raciocínio entende-se que em determinados casos, se extingue a carência de comprovação da real existência de perigo, uma vez que a mesma é independente da conduta do agente, ou seja, com a obsoleta prática de ato comissivo ou omissivo que é previsto no tipo penal será considerado de fato como de perigo, onde a elementar do tipo cuida de uma possibilidade de dano que pode ser abstrata não sendo necessário que haja exposição do perigo como um todo, diferentemente dos crimes de perigo concreto, onde de fato deverá ser apontado a existência de uma situação de efetivo perigo (GOMES, 2002). Nos crimes que são considerados como de perigo abstrato é necessário ser feito uma análise criteriosa tendo em vista à proteção do bem jurídico, caso contrário estaremos diante de uma inconstitucionalidade de fato (BOTINI, 2012). Como exemplo temos o caso do motorista que ingeriu bebida alcoólica preenchendo a tipicidade penal do artigo 306

do CTB, e contudo redobra sua atenção justamente pelo fato de ter ingerido uma determinada quantidade de bebida, quantidade esta que não alterou sua capacidade psicomotora, logo não houve nenhuma anormalidade na condução do veículo, não podendo o mesmo ser autuado por infração penal, baseado simplesmente no perigo abstrato presumido, ou então quando alguém é abordado com um colar feito com munição de arma de fogo desativada e mesmo sem oferecer nenhum risco de lesividade é enquadrado no artigo 16 da lei nº 10.826/2003.

## 1.1 JUSTIFICATIVA

Este trabalho justifica-se devido ao grande aumento nas discussões a respeito na atualidade, trazendo à tona uma polêmica jurídica que expõe problemas com relação à inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, pelos quais não haja qualquer necessidade de comprovação da existência do perigo de fato. Diversos direitos são erroneamente violados a partir do momento em que é adotado um padrão de penalidade, partindo tão somente do pressuposto da presunção, não tomando o discernimento da conduta do agente, pois a falta de materialidade nos crimes de perigo é perceptivamente incompatível com o direito penal podendo prejudicar de maneira drástica o direito de defesa, de forma a afastar a teoria finalista, a qual é adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro. Contudo se faz necessário abordar e debater o tema.

### 1.1.1 Problema de pesquisa

Há inconstitucionalidade nos crimes de perigo abstrato?

## 1.2 OBJETIVOS

### 1.2.1 Objetivo geral

Verificar se há inconstitucionalidade nos crimes de perigo abstrato.

### **1.2.2 Objetivos específicos**

Entender os crimes de perigo abstrato;

Analisar os fundamentos legais e a inconstitucionalidade na aplicação da pena nos crimes de perigo abstrato;

Compreender o perigo abstrato nos crimes de flagrante de embriaguez ao volante e porte ilegal de armas e verificar se há inconstitucionalidade;

## 2 REFERENCIAL TEÓRICO

### 2.1 CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Os crimes de perigo são subdivididos em crimes de perigo abstrato e crimes de perigo concreto. Considera-se abstrato o perigo quando o tipo penal incriminador entende como suficiente, para fins de caracterização do perigo, a prática do comportamento comissivo ou omissivo por ele previsto. Desta forma, os crimes de perigo abstrato são reconhecidos como de perigo presumido (GRECO 2018).

Conforme defendido por Busato (2016) “Com a adoção dos crimes de perigo comum, o legislador entende que não é necessário que ocorra o dano para que se consuma o crime.” Em crimes de perigo, a simples ameaça de dano ao bem jurídico, basta para justificar a intervenção. Os crimes de perigo se dividem em perigo concreto e abstrato onde no perigo concreto o bem jurídico concretamente é exposto a perigo, enquanto que no perigo abstrato a intervenção penal se dá sem que de maneira efetiva esteja presente o perigo, partindo tão somente da presunção estatística de que determinada conduta é perigosa (BUSATO, 2016).

Segundo Capez (2012) os crimes de perigo abstrato são os quais a situação de perigo é presumida como exemplo no caso de quadrilha ou bando, em que se pune o agente mesmo que não tenha chegado a cometer nenhum crime.

De acordo com Toledo (1994) nos crimes de perigo abstrato, é dispensada a comprovação de perigo real no caso concreto, devido ao fato de se tratar de perigo de lesão presumida. Teles (2004, p. 184) ainda diz que “perigo presumido ou abstrato é o que a lei considera realizado, independentemente de ter ocorrido, daí que é dispensável sua prova.”

A própria lei presume, *juris et de jure*, que determinado comportamento gera perigo, dispensada a formação de prova em relação a esse aspecto. O perigo é presumido da própria ação ou omissão (JESUS, 2005, p. 189).

Os Crimes de perigo abstrato também podem ser chamados de crimes de mera conduta, ou seja, o mesmo crime em que a lei descreve apenas como uma conduta e não um resultado. No tipo penal não existe indicação de resultado, sendo penalmente relevante apenas o comportamento. Por isso os crimes de perigo abstrato são também conhecidos como crimes de mera conduta (BOTINI 2012).

Os crimes de perigo abstrato, ou também denominados crimes de mera conduta perigosa, abrangem uma presunção legislativa de perigo. O legislador toma como base uma determinada conduta e logo a considera, como lesiva ou faticamente perigosa para com o bem jurídico e também pode descrever, na norma penal, como uma conduta meramente criminosa. Para a sua consumação não é necessário que haja a comprovação do perigo real, uma vez que o mesmo é presumido pela norma, como sendo uma presunção (BIANCHINE, 2002).

Ao considerar a visão de Greco (2018) podemos concluir que a visão do perigo de natureza abstrata, também considerado como presumido é sempre feita bastando tão somente a prática do comportamento seja ele comissivo ou omissivo previsto pelo tipo para que o receba como sujeita à situação de perigo.

### 2.1.1 CRIMES DE PERIGO CONCRETO

Os crimes de perigo concreto são aqueles crimes cuja situação de perigo supostamente gerada pelo comportamento do agente necessita ser exposta no caso abstrato, devendo sempre ser efetuada a avaliação do comportamento praticado pelo agente, logo após a sua realização, com o intuito de comprovar se no caso concreto, se expôs ou não expôs a perigo o bem jurídico protegido pelo tipo.

Obstante do crime de perigo abstrato, temos o crime de perigo concreto, onde deve ser comprovado a existência de uma circunstância de efetivo perigo. De acordo com Toledo (1994, p. 143) “Nos crimes de perigo concreto, a realização do tipo exige constatação, caso a caso, de perigo real, palpável, mensurável”. Bitencourt, (2008, p. 213) complementa dizendo “Ele precisa ser provado em cada situação analisada, pois o perigo só é aferível por uma valoração subjetiva da probabilidade de superveniência de um dano.”

Segundo Capez (2012) existe a situação de crime de perigo concreto no momento em que a realização do tipo necessita da existência de uma situação de efetivo perigo, pois o perigo deve de fato ser atestado, diferentemente do crime de perigo abstrato ao qual não há necessidade de comprovação.

Os chamados crimes de perigo concreto diferenciam-se dos demais, devido a sua necessidade de comprovação de existência de situação de exposição a perigo, no que diz respeito ao objeto protegido pela norma. Ou seja, a ação deve se firmar na probabilidade fática de causar uma possível lesão ao bem jurídico, sendo o

mesmo um resultado cobrado pela norma como de fato exposto a lesão Greco (2004).

Ao concluirmos segundo os ensinamentos de Silveira (2003) notamos que o estudo dos crimes de perigo ganhou interpretações novas a partir dos estudos realizados pela doutrina europeia em 1970, que passou a miscigenar o perigo com a distinção então clássica entre crimes de mera atividade e de resultado final. Desta forma, os crimes de perigo concreto passam a equivaler aos crimes de resultado de perigo, enquanto os crimes de perigo abstrato se equiparam aos crimes de mera conduta perigosa.

### 2.1.2 CRIMES DE DANO

Os crimes de dano são aqueles crimes que para a sua consumação, é necessário que haja a efetiva lesão ao bem juridicamente tutelado pelo tipo penal. A conduta do agente, portanto, é dirigida a constituir o resultado, gerando dano ou lesão para o bem protegido pelo tipo penal, a exemplo do que ocorre com os crimes de homicídios e lesão corporal (GRECO, 2018).

Não pode haver crime de dano uma vez que não houver uma lesão ao bem jurídico tutelado, de acordo com Capez (2012 p. 287) “o crime de dano exige uma lesão ao bem jurídico protegido para a sua consumação”.

Esses tipos de crime crimes são reconhecidos pela comprovada lesão ao bem jurídico, onde se envolve de uma ideia normativa, simbolizando o resultado de uma avaliação de um evento imputável dirigido a um determinado indivíduo em relação às cobranças de uma norma, onde vem considerar que o interesse protegido seja afetado de forma faticamente relevante (SILVEIRA, 2003).

De acordo com Mirabete (2004, p. 134) os crimes de dano “só se consumam com a efetiva lesão do bem jurídico visando, por exemplo, lesão à vida, no homicídio; no patrimônio, no furto; à honra, na injúria etc”

Tomando como base, também a visão de Teles (2001), Pode-se concluir que crime de dano é o crime que se consuma com a criação de um resultado que pode ser a transformação do mundo externo gerada pela conduta, como acontece, por exemplo no homicídio, na lesão corporal, no furto, roubo ou no estelionato.

### 2.1.3 OS CRIMES DE PERIGO A SOCIEDADE DE RISCO E O DIREITO PENAL

Esses tipos de crimes são classificados pela efetiva lesão ao bem jurídico, partindo através de um conceito normativo, ao qual representa o resultado de uma valoração de um evento aplicável a um indivíduo no que diz respeito às exigências de uma norma, a mesma que vem a aceitar que o interesse então tutelado seja prejudicado de forma plenamente considerável (SILVEIRA, 2003).

De acordo com Capez (2012) nos crimes de perigo, tão somente basta a possibilidade, ainda que mínima de exposição do bem jurídico ao dano, para que se consuma o crime.

É aceitável no ordenamento jurídico, figuras penais em que a descrição do fato típico por sua vez dispense a produção de um determinado dano, penalizando tão somente a exposição do bem jurídico a uma ameaça de lesão, pois o legislador nesse caso interpreta que o bem jurídico exposto a um determinado risco é elemento fático e suficiente para embasar uma sanção. É importante ressaltar que é punível a mera probabilidade, ainda que esta seja incerta, de lesão aos interesses juridicamente protegidos (SILVEIRA, 2003).

No que diz respeito aos crimes de perigo pode-se dizer que há muito tempo estes já são alvos de discussão pela matéria penal, afinal interpretava-se serem eles a probabilidade objetiva de um fato lesivo. Mas logo após, se tornou não apenas a mera possibilidade de dano, e sim uma possibilidade fática. A partir daí surgiram, duas teorias onde uma era subjetiva e outra objetiva.

De acordo com Silveira (2003, p. 90).

A primeira é baseada em um conceito positivista-naturalístico, que entende que o perigo 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.

Por outro lado, a teoria objetiva a qual:

parte do pressuposto que determinadas condutas têm a propriedade de ser, genericamente, perigosas. O caráter perigoso, assim, não seria fruto de uma abstração, mas sim, de que, atendendo-se a múltiplas circunstâncias concorrentes, verificada seria a probabilidade de lesão, (SILVEIRA, 2003, p. 93).

Segundo a teoria subjetiva, por meio de uma perspectiva, é possível a ocorrência do perigo, por outro lado, na teoria objetiva, que se firma a perspectiva, normativa, onde exige de fato que haja a possibilidade de ocorrência do delito para, mediante um juízo, se julgue a ocorrência de perigo (SILVEIRA, 2003).

No que diz respeito a origem dos crimes de perigo abstrato, pode-se dizer que sua origem foi dada a partir do direito moderno ou seja, a sua implantação veio da sociedade moderna ou como também é denominada, sociedade de riscos, segundo Machado (2005, p. 30).

É uma sociedade surgida surpreendentemente, uma vez que derivada do super-desenvolvimento da modernidade industrial, que acabou gerando efeitos e ameaças que não puderam ser assimilados pela racionalidade da época industrial.

De acordo com Machado (2005, p. 31):

a sociedade mundial do risco parece nascer com a percepção social dos riscos tecnológicos globais e de seu processo de surgimento até então despercebido é uma teoria política sobre as mudanças estruturais da sociedade industrial e, ao mesmo tempo, sobre o conhecimento da modernidade, que faz com que a sociedade se torne crítica de seu próprio desenvolvimento

Machado ainda diz:

o conceito de risco sempre foi inerente à sociedade, mas os novos riscos surgidos nas sociedades pós-industriais possuem características distintas dos riscos existentes anteriormente. Tais riscos advieram como consequências implícitas do progresso tecnológico e industrial, sob uma perspectiva de aparente normalidade, e logo passaram a significar ameaças globais à humanidade” (2005, p. 38).

Dessa maneira as mais novas ideias penais geraram fruto. Procura-se, agora, uma intervenção penal como instrumento de política estatal, cujo intuito principal resume-se na diminuição da demanda dos riscos e na geração de sentimento de segurança. A partir daí o direito penal passa a proteger não somente o indivíduo como também todos os interesses no que se refere a proteção dos bens jurídicos (BICUDO, 2010).

Segundo Bicudo:

Fundamenta-se na lógica da prevenção geral negativa, ou seja, no fato de que a simples criminalização de condutas tem força suficiente para coibir os excluídos do sistema globalizado de delinquirem (2010, p. 101).

Sob o ponto de vista de Oliveira (2004, P. 98):

interessa à ideologia de fortalecimento do Estado “criar” crimes de pura previsão conceitual, para tornar poderoso e dominador o ente público, transformando-o em uma finalidade em si mesmo.

É considerável que por meio dessas observações, onde os novos riscos cobram do direito penal moderno uma espécie de readaptação que o distancia muito do antigo modelo clássico. De acordo com Machado:

A ideia que permeia os anseios por tutela é a de que a materialização desses fenômenos deve ser evitada e prevenida a qualquer custo. Daí por que se rejeita o modelo de direito penal de resultados, que atua, repressivamente, após a conformação do dano, sendo mais conveniente a antecipação da proteção penal a esferas anteriores ao dano e ao próprio perigo (2005, p. 96).

As características do mais novo formato do direito penal é elencada por seu aspecto utilização preventiva, ao levar em consideração o fato de que a criação dos tipos penais nos crimes de perigo abstrato com o intuito de tutelar os bens jurídicos mais relevantes são considerados sua mais forte característica. Porém ao utilizar estes modelos de criminalização, isso pode gerar uma sensação de insegurança na atualidade sendo paradoxal com relação a função que verdadeiramente deveria exercer (MACHADO, 2005).

Desta forma em determinados casos o legislador interpretou ser necessário agir dessa forma devido ao fato de que os crimes de perigo abstrato facilitam, de forma extraordinária, a funcionalidade do direito penal. Afinal há uma facilidade na aplicação uma vez que se torna desnecessário provar o dano, logo não é mais obrigatório buscar a prova da causalidade, porém são estes o foco de críticas severas justamente pelo fato de se dispensar a prova, grande parte da doutrina brasileira, entende ser tais medidas inconstitucionais, onde por meio de sua aplicação presumida na possibilidade de dano acabam violando o princípio da ofensividade da conduta, a qual unicamente entende ser de fato legítima a intervenção penal através de uma lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico (MACHADO, 2005).

Segundo Oliveira:

A criação de tipos de crimes de perigo abstrato, como querem os vinculados a um pensamento voltado principalmente para a repressão, dependerá, não de uma conduta efetivamente perigosa para a vida social, ante probabilidade concreta de dano, mas de um comportamento simplesmente contrário a uma lei formal. O que interessa ao direito penal máximo é estabelecer que o crime decorra de uma previsão conceitual, para tornar poderoso e dominador o estado, transformando-o em uma finalidade em si mesmo. É, no entanto, esse excesso legislativo de tendência puramente repressiva que, esquecendo as verdadeiras causas das condutas criminosas, deprecia a ordem jurídica e a torna frágil e pouco confiável” (2005, p. 199).

A penalização que é fundada no perigo abstrato ou presumido tem o intuito de proteção do bem jurídico, de acordo com Prado (1997) faticamente, no seu próprio sentido amplo, todas as coisas que devem ser tuteladas são aquelas que tem algum tipo de valor ao ser humano, como por exemplo as coisas materiais e incorpóreas. Tais particularidades de cunho importante, elencam sua essência, por essa razão o bem passa a ser objeto de lesão e tão logo deve ser juridicamente protegido.

Segundo Fragoso:

é o bem humano ou da vida social que se procura preservar, cuja natureza e qualidade dependem, sem dúvida, do sentido que a norma tem ou que a ela é atribuído, constituindo, em qualquer caso, uma realidade contemplada pelo direito. Há bens que foram selecionados e tutelados pelo direito e outros que, dada sua maior importância, são tutelados pelo direito penal (1987, p. 277).

O que significa que de fato pode existir uma relevante distinção entre a ideia de bem jurídico e do bem jurídico-penal, pois em muitos casos os bens jurídicos não são todos dignos da tutela penal. Por esse motivo é necessário ter em mente os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade descritos no direito penal (GOMES, 2002).

O princípio fragmentariedade parte da premissa de que o direito penal não pode agir sobre toda a realidade fática, mas sim sobre uma parte dela, a partir daí os ilícitos penais são engrenagens autênticas de um grupo maior de condutas que são consideradas como condutas ilícitas (QUEIROZ, 1998).

Obstante dessa ideia o direito penal não está condicionado salvaguardar todos e quaisquer interesses, que são ou venham a ser juridicamente relevantes, e sim apenas os essenciais, suscetíveis a possíveis ataques. Segundo Queiroz (1998) intolerância está vinculada à exigência de igualdade proporcional no que diz respeito ao crime e a pena. A partir daí, o Direito Penal é provocado a entrar em ação em

situações excepcionais e na circunstância em que são, verificados diversos fatores. O primeiro fator se refere à dignidade penal do bem jurídico tutelado, ao qual esta vinculado com o grau de relevância pelo qual o bem exerce dentro da sociedade (CAPEZ 2012).

Os fatos que de alguma forma tiverem uma exacerbada danosidade e reprovabilidade social, estes poderão ser passíveis de receberem a tipificação criminosa e tão logo ser punido. Além do fato de desrespeitar um bem jurídico-penal, a conduta também deve de maneira notória ofendê-lo, porém a ofensividade da conduta deverá, ser grave de lesão e considerável para dano (CAPEZ 2012).

Partindo das teorias constitucionalistas as quais visam firmar os princípios constitucionais, pode-se constatar na Constituição, um modelo natural que representa o sistema punitivo através da ideia de Estado constitucionalmente adotado. Não há um padrão de bens, cujo qual sua tutela seja indispensável, mas tão somente a determinação de alguns princípios que possam possibilitar a compreensão dos bens jurídicos. Segundo Gomes (2002, p. 92): “Concede-se certa liberdade ao legislador no momento de optar pela criminalização ou não de uma conduta”

De acordo com Flávio Gomes (2002) talvez possa ser uma boa opção, devido ao fato de facilitar a valorização do bem jurídico em questão tutelado em total concordância com o contexto histórico e cultural de determinadas classes e sociedade, amparando a criminalização de incursões a novos bens jurídicos.

Segundo Claus Roxin (1998), considerando que o bem jurídico não envolve tão somente as realidades previamente estabelecidas, mas também interesses diversos, o que comprova caráter social do Estado de Direito.

Não é de cunho da Constituição estabelecer parâmetros que determinem quais bens serão passíveis de tutela penal. A Constituição Federal determina um quadro axiológico, onde seu conteúdo é incontestável, tendo o intuito de auxiliar o legislador na seleção de quais bens serão merecedores de tutela penal. (GOMES, 2002)

O bem jurídico-penal se fundamenta em caracteres valorativos ou relativos, onde serão valorativos devido ao fato de exigirem do constituinte, e posteriormente do legislador ordinário um determinado juízo de valoração sobre o bem tutelado. Poderão também ser considerados relativos, uma vez que são válidos sob a vigência de um preestabelecido sistema e em um determinado momento histórico e cultural,

porém a denominação do bem jurídico na doutrina não é concordante, essencialmente quando se tem em mente uma ideia que ofereça elementos necessários para efetiva-lo como um confirm ao poder jurídico punitivo estatal (BIANCHINI, 2002).

O sentido político criminal oferece proteção aos bens jurídicos passíveis de ameaça de lesão . Sendo assim, o bem jurídico é um produto da sociedade, e sua seleção depende de políticas criminais que determinarão quais bens serão protegidos penalmente. (BIANCHINI, 2002)

No entendimento do autor, são necessárias duas condicionantes para que um bem jurídico seja considerado bem jurídico-penal: suficiente importância social e necessidade de proteção pelo direito penal. A importância social do bem jurídico deve ser compatível com a gravidade das consequências originadas pelo direito penal. Para aplicação de uma sanção grave, deve ter ocorrido uma infração igualmente grave. (BIANCHINI, 2002)

Atualmente a sociedade vive um paradoxo, afinal é necessário que haja o risco para que ocorra desenvolvimento econômico e social, porém, ao mesmo tempo a sociedade tenta acabar com o risco por meio do direito penal, nessa mesma linha de raciocínio Bottini (2013, p. 67) diz que “mais uma vez vê-se o gestor de riscos, que pode ser o legislador ou o juiz, em meio a um conflito que perpassará toda a atividade política criminal”

Segundo Bottini (2013) a norma é chamada a exercer o papel de nova gestora de riscos, o direito penal é chamado a estender o seu papel sobre os novos riscos decorrentes da nova sociedade, ele vem acompanhado de um enfrentamento de ordem econômica que prega o seu afastamento sob o argumento de engessamento das atividades produtivas. Surge então o direito penal como instituto que se diz capaz de prevenir e inibir atividades que creem serem danosas antes mesmo da sua real ocorrência, sem que se tenha afetado qualquer bem jurídico, deixa a regra de atuar após a lesão ou a ameaça de lesão e se direcionar apenas ao perigo, inibindo a prática da ação, é o novo símbolo do poder público na atuação contra a utilização das novas técnicas de potencial risco.

Ao mesmo tempo em que a sociedade pede pela suspensão do risco, depende dele para a manutenção da estrutura econômica e social atual, em total incongruência, o que faz com que o direito penal não suspenda a produção do risco, mas deva estabelecer parâmetro de redução dos riscos, o que é um problema, pois

os gestores sejam legisladores, juízes ou doutrinadores, encontram dificuldades em estabelecer parâmetros e critérios dogmáticos precisos para a eficiência da norma penal, o que gera falta de clareza na interpretação da norma, norma penais em branco, a fluidez dos bens jurídicos passíveis de proteção (BOTTINI, 2013)

As normas penais seguem então a tendência de proteção a bens jurídicos difusos e coletivos, pois os riscos atuais possuem as características de alto potencial de lesividade e não é possível determinar a quantidade ou que grupo determinado de indivíduos possa ser atingido. Sendo assim, o legislador tende a cada vez mais produzir normas penais em brancos com conceitos jurídicos indeterminados em detrimento dos tipos penais fechados, pois a taxatividade compromete a tutela dos bens jurídicos sujeitos a lesões de novas condutas de perigo que venham a surgir, observa-se que não é novidade a produção de normas penais em branco no direito penal brasileiro, porém é necessário acompanhar a frequência das suas criações, principalmente em razão dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito (BOTTINI, 2013).

A norma penal em branco acompanhada do perigo abstrato ou presumido, onde segundo Toledo (1994) é dispensada a constatação de perigo real no caso concreto, como objetivo criminalizar condutas que sequer tenham produzido qualquer resultado danoso, o injusto se desloca do resultado para a conduta.

#### Segundo Bottini

A ação penalmente relevante não é mais aquela que causa, no sentido naturalístico, um resultado danoso, mas aquela que cria um risco relevante e intolerável para o bem jurídico protegido (2013, p. 75).

Bottini (2013) A legislação muda e conseqüentemente a construção dogmática também se vê obrigada a acompanhar as mudanças por meio da construção e reconstrução de novos conceitos dentro do sistema penal, dentre eles o conceito de causalidade. Diante da impossibilidade de constatação científica de determinadas ações e seus respectivos efeitos, a causalidade é adaptada à nova sociedade, possuindo assim critérios diferenciados para aferimento da culpa do agente.

#### 2.1.4 CLASSIFICAÇÃO DO BEM JURÍDICO-PENAL

Ao considerar que o bem jurídico deve ser detentor de uma importância fundamental, é necessário esclarecer para quem é dirigida essa relevância a qual é para o homem, para a coletividade ou para ambos.

Segundo Greco (2004, p.102) “Assim é que surgem três posicionamentos diferentes na doutrina: a concepção dualista, a monista-pessoal e a monista-estatal ou monista coletivista”

Para os adeptos da concepção monista-estatal ou monista-coletivista do bem jurídico, todos os bens jurídicos são reflexos de um interesse do Estado ou da coletividade. Bens jurídicos individuais não seriam reconhecidos enquanto tais, porquanto o indivíduo somente será protegido na medida em que isso interessasse ao Estado ou à coletividade (GRECO, 2004, p. 103).

De outro modo, para a concepção monista-pessoal do bem jurídico, o ponto de partida são os interesses individuais. Os bens jurídicos da coletividade somente serão reconhecidos legítimos na medida em que referentes a bens jurídicos individuais, ou seja, essa categoria, por si só, não é objeto de tutela por meio do direito penal.

Gomes é adepto dessa concepção, pois assevera que:

Em uma época em que a socialização e a abusiva intervenção penal são cada vez maiores, não há dúvida de que uma visão crítica do direito penal pode ser obtida mais facilmente com uma concepção personalista do bem jurídico, que teria um duplo significado: (a) desde uma visão antropocêntrica do mundo, os bens jurídicos supraindividuais ou coletivos ou universais só são legítimos enquanto sirvam ao desenvolvimento pessoal do indivíduo, (b) os bens jurídicos supra-individuais ou coletivos devem ser interpretados segundo a concepção personalista, porque só uma teoria personalista do bem jurídico pode invocar, com legitimidade, uma concepção liberal do Estado, é dizer, uma concepção que legitime a ação do Estado desde o ponto de vista da pessoa (2002, p. 142).

Os bens individuais são os que pertencem às pessoas singularmente consideradas, tais como a vida, a saúde pessoal, a liberdade, a propriedade, a honra. Por sua vez, há uma certa confusão terminológica quando se trata de conceituar os bens jurídicos supra-individuais. Isso porque a doutrina brasileira adota os termos “bens jurídicos difusos”, “bens jurídicos coletivos” e “bens jurídicos supra-individuais” como sinônimos, mas, na verdade, não o são. É necessário compreender que os interesses supraindividuais ou metaindividuais detêm uma concepção ampla,

genérica, que tanto abrange os interesses coletivos quanto os difusos. Os interesses coletivos possuem uma concepção menos lata do que os difusos, pois se referem a interesses de uma coletividade de pessoas interagindo apenas entre si (GOMES, 2002).

#### 2.1.5 PRINCÍPIO DA LESIVIDADE E DA OFENSIVIDADE

Os princípios da intervenção mínima e da lesividade são como duas faces de uma mesma moeda. Se, de um lado, a intervenção mínima somente permite a interferência do Direito Penal quando estivermos diante de ataques a bens jurídicos importantes, o princípio da lesividade nos esclarecerá, limitando ainda mais o poder do legislador, quais são as condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal. Na verdade nos orientará no sentido de saber quais são as condutas que não poderão sofrer os riscos da lei penal, (GRECO, 2018):

As proibições penais somente se justificam quando se referem a conduta que afetem gravemente o direito de terceiros como consequência, não podem ser concebidas como respostas puramente éticas aos problemas que se apresentam senão como mecanismos de uso inevitável para que sejam assegurados os pactos que sustentam o ordenamento normativo, quando não existe outro modo de resolver o conflito (GRECO, 2018, p. 101).

Ao definir o princípio da ofensividade, Capez (2014) afirma que não há crime quando a conduta não tiver oferecido ao menos um perigo concreto, real, efetivo e comprovado de lesão ao bem jurídico.

Limitar a matéria sujeita à tutela pelo direito penal constitui a função primordial do princípio da ofensividade. Atua no âmbito legislativo, buscando impedir que o legislador configure tipos penais que não prevejam condutas graves que lesionem ou coloque em perigo o bem jurídico tutelado. Admitindo-se essa premissa, exclui-se desse âmbito qualquer tipo de delito que não contenha, em seu núcleo, uma ofensa ao bem jurídico de terceiro (GOMES, 2002).

Gomes (2002) reconhece três dimensões garantistas. A primeira delas constitui uma garantia ao próprio modelo democrático de Estado, na medida em que visa a impedir o arbítrio e a degeneração do poder punitivo, característico de regimes autoritários. Procura impedir que o direito penal funcione como meio de proteção do próprio Estado e de seus representantes.

A segunda dimensão procura fazer com que o princípio da ofensividade sirva de barreira contra a expansão ou a hipertrofia do direito penal, dada a intensa e crescente tutela penal de interesses desnecessários e irrelevantes ou a tentativa de atribuir ao direito penal a solução de problemas sociais e econômicos.

Gomes (2002) conclui citando finalmente, a terceira dimensão a qual relaciona-se ao controle do conteúdo material da lei penal, em relação ao objeto da proteção o bem jurídico e a exigência do conteúdo ofensivo do delito.

#### 2.1.6 A FUNÇÃO DOGMÁTICA (INTERPRETATIVA) DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

A segunda função atribuída ao princípio da ofensividade refere-se ao plano dogmático ou interpretativo. Ela possui aplicabilidade em nível jurisdicional, vinculando também o intérprete. Ocorre quando o legislador, desprovido de razoabilidade, não cumpre a sua tarefa de elaborar o tipo penal lesivo. É o momento derradeiro, no qual cabe ao juiz corrigir os excessos cometidos, verificando a concreta presença de uma lesão ou de um perigo de lesão a um bem jurídico, após o cometimento do fato ilícito, Flávio Gomes (2002).

Segundo Luiz Flávio Gomes

quando o legislador não cumprir sua tarefa de delinear o tipo penal em termos ofensivos (leia-se: quando ele descumpriu o *nulla lex sine iniuria*), é que o intérprete e o aplicador da lei devem fazer valer (no caso concreto) o *nullum crimen sine iniuria* (GOMES, 2002, p. 99).

Gomes ainda diz:

Este é o denominado método da ponderação, proposto como uma radical mudança de método e paradigma. A conduta que não acarreta lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico há de ser considerada atípica. (2002, p. 14).

À luz de Gomes (2002) conclui-se que, verdadeiramente, se constitui uma mudança de método compatível com nosso modelo de Estado. Procura-se, com o princípio da ofensividade, ir além da mera subsunção formal do fato à norma, ou seja, a tarefa de aplicar o direito penal ao caso concreto não se resume à adequação do fato à letra da lei. Além disso, cabe ao aplicador da lei verificar, naquele caso, qual bem jurídico está sendo protegido pela norma, se ele foi objeto de ataque e, principalmente, se, desse ataque, resultou um perigo concreto ou uma lesão

intolerável. Somente após a análise aqui proposta, é que o magistrado deve concluir pela tipicidade ou pela atipicidade da conduta.

### 2.1.7 OFENSIVIDADE E A INTOLERABILIDADE DA LESÃO

É da Constituição que se retiram os valores que, direta e indiretamente, necessitam de proteção por parte do direito penal. Não significa, entretanto, como adverte Bianchini (2002, P. 58)

que todas as condutas atentatórias a ele serão criminalizadas. A atuação do legislador penal encontra-se, em face do princípio da fragmentariedade do direito penal, condicionada, entre outros, à existência e à gravidade da agressão.

Cunha apresenta duas correntes que buscam solucionar o problema. A primeira delas propõe que, pairando dúvida acerca da ofensividade, o legislador estaria obrigado a recorrer à prova da danosidade, uma vez que a pena se pode traduzir numa limitação da liberdade pessoal e se traduz sempre numa afetação da dignidade humana (Cunha 1995).

Essa exigência de prova plena pode obstaculizar a atividade legislativa de criminalização, fazendo com que a tutela penal fique “aquém da previsão constitucional” (BIANCHINI, 2002, p. 58), pois pode tornar praticamente impossível qualquer decisão criminalizadora. Uma outra corrente doutrinária propõe a não-exigência de prova da ofensividade da conduta, dando ao legislador liberdade de apreciação dos casos criminalizáveis.

De acordo com Bianchini (2002) tal solução também não parece acertada, visto que pode implicar restrição da liberdade individual em relação a comportamentos que, bem analisados, nenhuma lesividade causam à sociedade.

### 2.1.8 MATERIAL DE DELITO: O DELITO COMO OFENSA A BEM JURÍDICO-PENAL

A elaboração do princípio da ofensividade decorreu do abandono de uma posição formalista do direito penal, em que a caracterização do delito resumia-se à infração à norma isoladamente considerada. O conceito formal de crime é “toda ação ou omissão proibida pela lei, sob ameaça de pena” (FRAGOSO, 2003, p. 221) ou seja tudo que a lei define como tal.

Segundo Almeida (2000, p.203):

Apesar da importância desse conceito, em termos de segurança jurídica, ele não constitui requisito suficiente para a caracterização do evento delituoso, haja vista não considerar a antijuridicidade material entre o fato e a norma.

Do ponto de vista de Luiz Flávio Gomes:

não cabe dúvida de que no Direito Penal, como ponto de partida, temos de nos apoiar no conceito “formal” de delito. Mas isso evidentemente não impede a elaboração de um conceito “material”, que é o único que lhe pode outorgar um maior grau de legitimação democrática e conferir aos cidadãos, ao mesmo tempo, mais liberdade e segurança jurídica (2002, p. 77).

Isso porque o delito não constitui apenas uma infração formal, mas uma violação da esfera jurídica alheia, ou seja, uma lesão a bem jurídico de outrem. É necessário que se caracterize uma efetiva lesão ao bem, que constitui o elemento material do crime. Conforme o aspecto material, o crime é denominado um desvalor da vida social, ou seja, uma ação ou omissão que se proíbe e se procura evitar, ameaçando-a com pena, porque constitui ofensa dano ou perigo a um bem, ou a um valor da vida social (FRAGOSO, 2003).

Na concepção de Marques (2002), o crime, analisado no sentido substancial:

pode ser definido, ainda, como a lesão de um bem jurídico penalmente tutelado, uma vez que essa tutela descansa justamente no juízo de valor que considerou delituosa determinada conduta em razão de estar em antagonismo com interesses vitais da coletividade (FRAGOSO, 2003, p. 5).

Fragoso (2003) conclui que o modelo de crime que pode ser considerado compatível com a Constituição Federal é aquele estruturado como ofensa a um bem jurídico-penal, seja na forma de lesão ou colocação em perigo de lesão, pois a característica democrática do Estado brasileiro impede seja o crime considerado um sintoma de periculosidade ou anti-socialidade individual, ou, ainda, como mera desobediência de deveres.

## 2.2 A INCONSTITUCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DA PENA NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Nos últimos anos os chamados crimes de perigo abstrato, tem sido utilizados com maior frequência pelo legislador em diversos casos, não somente no que se refere aos crimes de trânsito mas também na esfera penal, ambiental,

Biossegurança entre outras. Devido a esse aumento considerável, a doutrina tem dedicado tempo de estudos para análise dessa técnica de tipificação, todavia é preciso uma análise criteriosa na aplicação da pena para que não ocorra nenhuma ilegalidade, afinal podemos estar perante um crime de perigo abstrato ou de perigo concreto por, esse motivo se não observado os direitos e as garantias fundamentais estaremos frente a uma inconstitucionalidade de fato. Diante da polêmica a cerca do julgamento de tais crimes, surgem discussões que põe em dúvida o julgamento desses crimes, principalmente quando observado o princípio da lesividade ou também chamado de princípio da ofensividade (GOMES, 2002).

De acordo com a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XXXV o qual diz que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, logo não há crime sem ofensa a um determinado bem juridicamente tutelado, sendo necessário que haja determinada lesão efetiva ao bem jurídico para que de fato a conduta do agente possa ser considerada como criminosa (OLIVEIRA, 2004).

Segundo Oliveira:

Essa norma além de consagrar o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, dispõe que a exigência da submissão de fatos ao exame judicial se faça relativamente a uma lesão efetiva a um bem, ou a uma ameaça a direito (2004, p.99)

Tomando como base o princípio da lesividade e da ofensividade, entendemos que a função do direito penal nesse caso é a prevenção a crimes que possivelmente por consequência de uma determinada circunstância poderia ocorrer, porém a intervenção do direito penal nessa esfera, se limita tão somente a proteção da resguarda do bem jurídico maior, resguardando a dignidade da pessoa humana. Amparado neste raciocínio se encontra o princípio da intervenção mínima o qual funciona de forma conjunta com o princípio da ofensividade e da lesividade (GRECO,2012).

Greco diz que:

Se, de um lado, a intervenção mínima somente permite a interferência do Direito Penal quando estivermos diante de ataques a bens jurídicos importantes, o princípio da lesividade nos esclarecerá, limitando ainda mais o poder do legislador, quais as condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal (GRECO, 2012, p. 51).

Partindo desse pressuposto uma conduta só poderá ser punida como

delituosa na situação em que ofenda faticamente um bem jurídico, logo não se pode punir de tal maneira uma conduta que não produziu resultado e que também não causou nenhuma lesividade ao bem tutelado. A partir do momento em que o direito penal não atua de forma a limitar o poder punitivo estatal, o qual é o seu papel primordial, este acaba por ultrapassar o limite de competência de outras áreas do direito, se tornando assim autoritário e inconstitucional.

Portanto não se pode configurar delito, quando a conduta do agente, não apresentar pelo menos um tipo de perigo real a um bem jurídico relevante ao qual não seja apenas de cunho imoral ou tão somente inadequado, ao qual possa ser provado faticamente por meios eficazes e constitucionais resguardando a dignidade da pessoa humana (CAPEZ, 2014).

Dentro deste contexto através do princípio da adequação social ao qual deve ser observados sobre dois pontos de vista onde um deles tem a função de impedir que as ações que são admitidas pela sociedade, se tornem crimes, o princípio da intervenção mínima leva o direito penal a preocupar-se somente com a resguarda dos bens mais relevantes e indispensáveis para a vida em sociedade (GRECO, 2012).

A segunda função é excluir do ordenamento penal a reprovação de ilicitude de determinados comportamentos que passam a ser aceitos pela sociedade ou se tornam costumes a mesma, não ocasionando prejuízos de forma a lesionar um bem jurídico cunho relevante (GRECO, 2012).

### 2.2.1 PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE

Este princípio surge a partir do princípio da lesividade e da ofensividade os quais impõe limites para a seleção do conjunto de bens jurídicos ao qual passam a ser resguardados pelo direito penal. Pode se afirma que o ordenamento jurídico por intermédio de seus diversos ramos, protege grande parte de bens de interesse coletivo e particular através da fragmentariedade é possível para o direito penal reduzir essa gama para uma parcela menor e selecionada, dentro desse princípio o direito penal passa a se atentar para os crimes de maior gravidade e cunho social que sejam violentos e exponham a riscos reais o bem jurídico (BOTTINI, 2013).

Segundo Bottini (2013):

O princípio da fragmentariedade apresenta uma função pragmática. Ao reduzir a incidência da norma penal apenas a ataques intoleráveis confere uma simbologia e uma solenidade ao direito criminal que não se verifica nas outras formas de controle sócia. A limitação do número de atividades desvaloradas penalmente decorre da intensa rejeição social à sua prática (BOTTINI, 2013, p.159).

Conforme Queiroz (1998):

a proibição penal é, em fim, conforme a síntese de Soler, a culminação, e não o começo da ilicitude. É um *posterius*, porque só deve ser aplicada como reforço e complemento às sanções extrapenais. Representa só uma parte secundária do direito, que não teria sentido algum sem a ordem jurídica restante; pois, sanção dos outros direitos, não os pode garantir diante do seu estabelecimento: a sanção deve necessariamente vir depois do reconhecimento do direito a proteger. Conclusivamente, o direito penal é o braço armado da Constituição Nacional e, portanto, o último guardião da juridicidade (QUEIROZ, 1998, p.74).

Conforme o princípio da subsidiariedade ao qual tem a função de resguardar tão somente os bens mais relevantes e indispensáveis para manter o controle social, o princípio da fragmentariedade tem a função de assegurar a aplicação do direito penal apenas nos casos de extrema necessidade ou gravidade.

Quando se desrespeita este princípio, logo é gerado uma espécie de ampliação excessiva de condutas criminalizadas, o que torna o direito penal falho em muitas áreas de atuação podendo o mesmo se atentar para crimes de caráter social irrelevante, deixando de lado a atuação em situações de crimes de maior gravidade (GRECO, 2012).

Ao analisar o princípio da fragmentariedade entendemos que crime é sempre um fato ilícito, para o ordenamento jurídico e o direito penal, todavia é importante ressaltar que apesar de ilícito, nem todo fato com tal conceito pode encorporar, todos os requisitos que são considerados necessários para se enquadrarem na esfera de um fato típico penal. De tal forma necessita a intervenção do direito penal, no que se refere ao trato de questões as quais se tratam de casos de menor potencial ofensivo, que se quer pode causar algum dano ao bem jurídico em questão tutelado (GRECO, 2012).

## 2.2.2 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E A ATUAÇÃO DO ESTADO

Em análise ao princípio da subsidiariedade, percebe-se que, o direito penal

seja a última medida a ser tomada no que se refere a assegurar os valores sociais, quando o direito civil e o direito administrativo não forem o suficiente para o resguardo do bem jurídico. É necessário reconhecer que um direito penal útil e também funcional vinculado a um Estado Democrático de Direito, pode estar restringido tão somente a assegurar os bens considerados como necessários para a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana (BOTTINI, 2013).

Segundo Bottini, o Estado tem o dever de oferecer recursos para o emprego de uma política social e cultural adequada, no que se refere à proteção aos bens jurídicos, dando força normativa e sancionatória, porém fora da esfera de atuação do âmbito penal, existem muitos recursos que são o suficiente para a repressão de condutas indevidas, logo a adoção de medidas como a utilização do direito penal, como forma de restrição a dignidade da pessoa humana se torna ilegítimo e ineficaz.

O Estado não deve agir de maneira arbitrária, julgando condutas indiscriminadamente, o direito penal é convocado a agir de forma repressiva no momento que se expõe a risco os bens jurídicos mais preciosos aos quais resguarda a Constituição Federal, devendo é claro respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade afinal não deve privar a liberdade de um indivíduo sem um motivo relevante e concreto. A conduta incriminadora do direito penal tem que ser relevante justamente para que sua eficácia seja mantida, pelo contrário o direito penal perde sua essência de proteção, o direito penal tem que ser visto como a “Ultima Ratio” ou quando qualquer outro ramo do direito não for capaz de proteger o bem jurídico. O direito penal em relação ao estado democrático de direito, não pode ter a função de impor valores sociais, e sim agir de maneira protetiva para com a dignidade da pessoa humana e a liberdade do indivíduo (GRECO, 2012).

Segundo Greco:

Os adeptos, do movimento da Lei e Ordem, optando por uma política de aplicação máxima do Direito Penal, entendem que todos os comportamentos desviados, independentemente do grau de importância que se dê a eles, merecem o juízo de censura a ser levado a efeito pelo Direito Penal. Na verdade, o número excessivo de leis penais, que apregoam a promessa de maior punição para os delinquentes infratores, somente culmina por enfraquecer o próprio Direito Penal, que perde seu prestígio e valor, em razão da certeza, quase absoluta, da impunidade (GRECO, 2012, p.51).

No entendimento de Toledo:

Nem sempre, porém, a subsidiariedade vem expressa na lei. Há subsidiariedade tácita nos tipos delitivos que descrevem fase prévia, de passagem necessária para a realização do delito mais grave cuja punição abrange todas as etapas anteriores de execução. Assim, ocorre com a tentativa em relação ao crime consumado, com as lesões corporais em relação ao homicídio etc (TOLEDO, 1994, p.52).

É dever do Estado se resguardar para que uma determinada norma atenda a sua função a qual foi criada, não podendo o legislador simplesmente criar uma medida punitiva para incriminar o agente delituoso, sem que haja uma necessária e comprovada causa delituosa que atente para com os bens jurídicos primordiais.

Dentro desse contexto, é impossível não citar os crimes de perigo abstrato, os quais são uma total afronta ao princípio da lesividade e da intervenção mínima, ao analisar essa questão, fica claro, até porque o próprio nome já diz trata-se de um perigo abstrato, ou seja, um crime que nem se quer há matéria concreta, a qual possa em algum momento trazer um prejuízo fático para o bem jurídico (GRECO, 2012).

De acordo com Greco (2012), os crimes de perigo abstrato, são criados a partir do campo da abstração o que os torna ineficazes dentro do direito penal, não podendo o Estado utilizar dessa matéria advinda do campo da abstração para efetivar sua atuação, sem se quer ter a comprovação de perigo concreto para com o bem jurídico.

Segundo Fernando Capez um fato só é considerado típico, quando antes se produz um resultado jurídico, onde haja comprovada violação para com o bem jurídico tutelado, pois sem essa materialidade não há risco logo não há crime, por esse motivo há uma dificuldade de recepção dos crimes de perigo abstrato no meio jurídico, justamente por serem estes, alvos de grande discussões doutrinárias. Tais normas não respeitam os princípios que são impostos pelo ordenamento jurídico, ficando claro o descaso que o Judiciário, trás para a sua maior atribuição a qual é a guarda da Supremacia da Constituição Federal, desrespeitando todos os princípios norteadores do direito, por esse motivo não poderia ser aceito e nem mesmo existir os crimes de perigo abstrato, visto que todo crime que seja considerado como de perigo, deva comprovar a existência de um perigo real (CAPEZ, 2006).

A intervenção do Estado no que se refere a repressão pelo direito penal é cabível somente quando houver um ataque direto a um interesse ou bem jurídico plenamente relevante, ou quando haja risco eminente contra o mesmo bem.

Juridicamente tutelado, o qual está em uma realidade, totalmente distinta do que com relação ao perigo presumido ou perigo abstrato. Ao utilizar a norma penal de maneira indiscriminada a qual não seja para a resguarda de valores individuais, não é pertinente para a estabilização da ordem social e da política atual, logo deve ser deslegitimada por completo. De diferentes formas tentam justificar a invocação do direito penal, para o equilíbrio da ordem social de maneira a fortificar a intervenção do Estado, que tem tirado a credibilidade do direito penal, o qual já advém de um código antigo e talvez até mesmo ultrapassado diante da realidade atual (CAPEZ,2006).

Do ponto de vista de Bottini:

A dificuldade dos demais meios de controle social em lidar com os novos riscos termina por transferir ao direito penal a tarefa de sua gestão, o que nem sempre é adequado, útil e racional. Acaba-se por impingir ao poder punitivo do estado uma função pedagógica social, de socialização, de civilização, que enseja uma expansão desmesurada, fora dos patamares mínimos pretendidos por um modelo de Estado Democrático de Direito (BOTTINI, 2013, p.158).

O direito penal perante a ineficácia de outros instrumentos jurídicos aos quais são responsáveis cada um pelo controle do risco em sua área de atuação, não é capaz de proteger todos os bens jurídicos que dependam também de outros instrumentos, para a sua proteção, logo o direito penal é ineficaz, pois age fora de seu campo de competência, atuando de forma múltipla e descontrolada, uma vez que não se faz necessário extinguir a probabilidade de um risco, todavia cabe distinguir uma probabilidade abstrata de uma probabilidade fática e concreta (BOTTINI, 2013).

### 2.2.3 PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO PENAL MÍNIMA

O direito penal é com certeza o ramo mais extremo do ordenamento jurídico, o qual é utilizado para o controle social, aplicando penas restritivas de direito e liberdade, restringindo o direito de ir e vir paradoxo a liberdade do indivíduo, este direito tem prerrogativa de garantidor do cumprimento da sanção penal delituosa, por esse motivo deve ser usado de maneira dosada e eficaz, devendo sempre que possível optar por outras áreas do direito aos quais tenham sua eficácia plena em

sua área de atuação como exemplo o direito civil, direito administrativo, direito tributário entre outros. Estas áreas do direito também possui a função sancionatória aplicando-as quando necessário, somente quando estes meios não forem necessários, para a vida sociedade o que gera a necessidade da atuação do direito penal como último recurso (GRECO, 2012).

Segundo Rogério Greco:

Em um enfoque minimalista, característico do princípio da intervenção mínima, a função do direito penal é assegurar os bens mais relevantes e essenciais para a convivência em sociedade. Partindo dessa visão, somente os bens de maior relevo é que merecerão a atenção do legislador penal que, a fim de protegê-los, deverá criar os tipos penais incriminadores, proibindo ou determinando a prática de comportamentos, sob a ameaça de uma sanção (GRECO, 2012, p.62).

Greco ainda diz:

o princípio da intervenção mínima deixa de entrever a necessidade de o Direito Penal ser aplicado de forma subsidiária, observando a lástima de sua resposta, permitindo, assim, ancorado no princípio da dignidade da pessoa humana, que outras áreas do ordenamento jurídico, com primazia, procurem fazer a proteção dos bens jurídicos, somente sendo necessária a interferência do Direito Penal quando esses outros ramos demonstrarem que são ineficazes ou insuficientes à sua proteção (GRECO, 2012, p.62).

O princípio da intervenção mínima pode ser entendido como um perfil paramétrico com o direito penal, porque através deste princípio o legislador determina quais bens são considerados mais relevantes e gozam da tutela do direito penal, não somente tornando crime as condutas reprovadas na sociedade como também descriminalizando-as conforme a evolução de uma sociedade, sendo assim o direito penal deve intervir de forma mínima ou somente quando for necessário de sua atuação. O princípio da intervenção mínima deve ser o carro chefe não somente da interpretação jurídica como também da produção de matéria legislativa, para que desta forma haja eficácia jurídica (GRECO, 2012).

Segundo HUNGRIA, se a partir de um fato considerado ilícito e este por sua vez atingir um interesse individual ou coletivo ao qual seja fundamental para o homem, e puder ser evitado por intermédio de sanções civis, não cabe a norma penal, invadir o espaço de outra ratio.

Conforme Hungria:

O ilícito penal é a violação da ordem jurídica, contra a qual pela intensidade ou gravidade, a única sanção adequada é a pena e ilícito civil é a violação da ordem jurídica para cuja debelação, bastam as sanções atenuadas da indenização da execução forçada ou “in natura” da instituição ao “stato quo ante” da breve prisão coercitiva, da anulação do ato (HUNGRIA, 1978, p.178).

O princípio da intervenção penal mínima pode ser compreendido como um guardião da dignidade da pessoa humana, uma vez que, não admite a subordinação do agente para com a sanção penal, quando esta se demonstrar desnecessária. Este princípio está implícito na Constituição Federal no seu artigo 1º, inciso III, destacando a dignidade da pessoa humana (SILVA, 2003).

#### 2.2.4 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

É uma evolução, a qual se originou do antigo Estado de Direito, advindo do positivismo moderno, assim como descrito na Carta Constitucional, se constitui um Estado Democrático de Direito, logo o Estado está encarregado de garantir a paz social e promover a justiça e a igualdade perante todos (SILVA, 2008).

Segundo Silva:

Estado de Direito é a organização de poder que se submete à regra genérica e abstrata das normas jurídicas e aos comandos decorrentes das funções estatais separadas embora harmônicas. A expressão ‘Estado Democrático de Direito’ significa não só a prevalência do regime democrático como também a destinação do poder à garantia dos direitos (SILVA, 2008, p.51).

É necessário se discutir a respeito de como exercer a função punitiva estatal sob a função social humanitária a qual é levantada pelo Estado Democrático de Direito. Como é atribuição do Estado impor as penas ou as normas de punição, é preciso que estas sejam envolvidas de caráter humanista e social, por esse motivo deve-se levar em consideração dentro da aplicabilidade do direito penal, a participação dos dispositivos dos princípios aos quais dão origem a próprio Estado de Direito (SILVA, 2008).

Segundo BOTTINI (2013) O estado no momento da criação de suas normas, não pode de maneira alguma entrar em discordância com os princípios

constitucionais. Por esse motivo incumbe ao legislador criar tipos penais que de fato venham causar lesividade aos bens juridicamente tutelados.

Segundo Bottini:

a utilização do direito penal sugere a supressão, ainda que temporária, da dignidade humana, porque afeta a liberdade de vida do indivíduo. Por isso a reação violenta do Estado, caracterizada pela pena, só pode ser dirigida aos atos que ameacem a integridade das estruturas sobre as quais as relações sociais e as relações de produção se sedimentam e, no Estado Democrático de Direito, esta estrutura é a dignidade humana, é a liberdade de autodeterminação, que somente pode ser exercida em sua plenitude quando o cidadão tem à sua disposição os bens necessários para seu desenvolvimento e para a sua interação comunicativa com os demais membros da sociedade (BOTTINI, 2013, p.133).

A não observância dos princípios pode gerar uma espécie de confronto entre os interesses sociais e a intervenção do Estado. O direito penal é chamado a se adequar aos princípios e premissas, norteadores do modelo de Estado Democrático de Direito, expresso na Constituição Federal, a atuação do direito penal deve se basear na soberania popular, respeitando a pluralidade e a dignidade da pessoa humana, somente desta forma o direito penal pode se mostrar eficaz (BOTTINI, 2013).

#### 2.2.5 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Com a chegada da Constituição Federal da República Federativa do Brasil em 1988, adotou-se um Estado além de Democrático, também Democrático de Direito ou também conhecido por alguns doutrinadores que o intitulam como Estado Constitucional. Estado de Direito nos conduz até a Carta Magna de 1215 a qual continha a ideia de limitação ao arbítrio dos monarcas, conduzindo estes fundamentos para a atualidade, a ideia se diverge, pois em nossa nação não há mais a pessoa do monarca, todavia, ainda impera o poder estatal, que é limitado nos termos do artigo 5º, inciso II da CF/88, determinando que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (BOTTINI, 2013).

No pensamento de Moraes:

Só por intermédio das espécies normativas (CF, art. 59) devidamente elaboradas, conforme as regras de processo legislativo constitucional, é que a partir daí, podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral (MORAIS, 2008, p.197).

Não deve confundir o princípio da legalidade nas relações particulares com o princípio da legalidade na administração pública, onde o no primeiro deles a lei não faz proibições a qual vigora o princípio da autonomia da vontade, e no segundo só é possível fazer aquilo que a lei determina. Cabe ressaltar que o conceito mais adequado a legalidade está na Constituição Federal em seu artigo 1º parágrafo único que ressalta os aspectos da soberania da sociedade (MORAIS, 2008).

Segundo BANDEIRA DE MELLO o princípio da legalidade é específico do Estado de Direito, de forma que lhe traz identidade própria. Segundo ele, o princípio da legalidade é a confirmação da ideia de que a administração pública só deve ser exercida em conjunto com a lei, e que a atividade administrativa é infralegal, consistente na expedição de comandos relacionados à lei (BANDEIRA, 2008).

De acordo com MEIRELLES (2009, p.89) “O Princípio da Legalidade consiste na ideia de que todo e qualquer ato que emane da Administração Pública deve ter prévia determinação legal. Não tendo, a atividade é ilegítima”.

Meirelles (2009) ainda diz:

A legalidade, como princípio da administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeitos aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil, criminal, conforme o caso (MEIRELLES, 2009, p.89).

Por fim o princípio da legalidade tem o intuito fundamental limitar o poder de atuação do Estado, impedindo que haja de forma livre e arbitrária. Segundo a doutrina, esse princípio pode ser estudado sob duas formas sendo uma delas a garantia do particular contra os possíveis desmandos do Poder Executivo e do Poder Judiciário, e como base do Estado Democrático de Direito, tendo como fim dimensionar as atitudes dos indivíduos com relação às normas jurídicas das quais as leis são a materialização (BASTOS, 2003).

O princípio da legalidade, dentro do Estado Democrático de direito, tem como atribuição principal garantir a liberdade do homem diante do poder estatal. Quando o indivíduo é de alguma forma punido, pela prática de um crime que é descrito pela lei penal como uma conduta ou ato delituoso, a partir daí toda a sociedade agora está protegida contra todo tipo de ataque penal do Estado não podendo agir de maneira arbitrária (NUCCI, 2014).

## Segundo Nucci:

Princípio da legalidade ou da reserva legal: trata-se do fixador do conteúdo das normas penais incriminadoras, ou seja, os tipos penais, mormente os incriminadores, somente podem ser criados através de lei em sentido estrito, emanada do Poder Legislativo, respeitado o processo previsto na Constituição encontra-se previsto no art. 5º, XXXIX, da CF, bem como no art. 1º do Código Penal (NUCCI, 2014, p. 11-12).

O conceito adotado por Nucci, se refere a um dos três significados desse princípio, tão necessariamente a ideia de legalidade jurídica em sentido estrito ou penal, ao qual também pode ser interpretado por boa parte dos autores brasileiros, porém é importante ressaltar que existe uma minoria interpreta que o princípio da legalidade é um gênero enquanto o princípio da reserva legal uma espécie normativa desse gênero (NUCCI, 2014).

Segundo Toledo (2008) , esse princípio tem a função de impedir que seja instalado a insegurança jurídica em torno da sociedade, segundo o autor esse princípio previne o uso indiscriminado da Máquina Estatal com intuitos particulares, com interesses individuais, pois afinal de contas se houver a perseguição de pessoas da sociedade, logo esse ato de injustiça contraria, a tão importante imparcialidade do julgador.

### 2.2.6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

É considerado um princípio muito antigo, e obteve um destaque maior em meados do século XX, período este ao qual se consagrou como um princípio constitucional (BONAVIDES, 2003).

Segundo Bonavides (2003), este princípio constitui um princípio de caráter não escrito, ou seja, este princípio não está contido na letra da constituição, a partir daí é possível entendermos que para um princípio ser considerado como parte integrante do Estado, este não necessita necessariamente estar contido na Constituição, como ocorre no princípio da proporcionalidade.

Em comparação com outros demais princípios constitucionais pode-se assim afirmar que o princípio da proporcionalidade é considerado um dos princípios mais relevantes , dentro do ordenamento jurídico, por ter uma relação entre o fim e o meio, batendo de frente com o fim e a argumentação de uma intervenção, com os efeitos

da mesma para que se possibilite um controle do excesso.

De acordo com Ávila (2005):

A proporcionalidade constitui-se em um postulado normativo aplicativo, decorrente do caráter principal das normas e da função distributiva do Direito, cuja aplicação, porém, depende do alinhamento entre bens jurídicos e da existência de uma relação meio/fim intersubjetivamente controlável (ÁVILA, 2005, p. 113).

Do ponto de vista de CESARE BECCARIA:

Não é só interesse comum que não sejam, cometido delitos, mas também que eles não sejam mais raros quanto maior o mal que causam a sociedade. Portanto, devem ser mais fortes os obstáculos que afastam os homens dos delitos na medida que esses são contrários ao bem comum e na medida dos impulsos que os levam a delinquir. Deve haver, pois uma proporção entre os delitos e as penas (BECCARIA, 2005, p.50).

Segundo Bottini, aplicação da pena, é uma espécie de restrição da dignidade da pessoa humana, onde a partir daí afeta bens fundamentais ao indivíduo, a conduta que a justifica deve por si só expor a risco qualquer bem de cunho relevante juridicamente tutelado. No que se refere a intervenção estatal para com o indivíduo não seja de nenhuma forma desproporcional a quantidade e a qualificação da pena deve observar de maneira igual, o bem jurídico que foi desrespeitado quanto a quantidade de ofensa que foi a este bem aplicada (BOTTINI, 2010).

Logo após a conceituação do que vem a ser este importante princípio, é necessário que se atente para as regras, essencialmente quando houver conflito e colisão, para isso ROBERT ALEXY dispõe que:

A natureza dos princípios implica a máxima, da proporcionalidade, e essa implica aquela, Afirmar que a natureza dos princípios, implica a máxima da proporcionalidade, isso significa que a proporcionalidade com suas três máximas parciais da adequação da necessidade mandamento do meio menos gravoso e da proporcionabilidade em sentido estrito mandamento do sopesamento propriamente dito, decorre logicamente da natureza dos princípios ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza (ROBERT, 2008, p.51).

Para ÂNGELO ROBERTO ILHA SILVA, o princípio da proporcionalidade se divide em três subprincípios, os quais são: o princípio da idoneidade ou adequação, o princípio da exigibilidade ou necessidade, e o princípio da proporcionalidade em

sentido estrito. Segundo o autor o princípio da adequação determina que a norma deve ser adequada com relação a sua função, já o princípio da necessidade ou exigibilidade dispõe do uso da pena em último caso, quando o Estado não encontrar outra forma, menos gravosa para então atingir o objetivo desejado, e por fim o princípio da proporcionalidade em sentido estrito ao qual somente será considerado eficaz a partir do momento em que for observado as diretrizes dos demais princípios anteriormente citados.

É necessário que seja feito uma mediação entre a pena e o resultado, de forma que havendo, duas formas de medida punitiva, cujas quais sejam necessárias para alcançar o resultado desejado, nesse caso opte-se pela pena menos molesta pois esta será considerada proporcional. Pode-se concluir que a aplicação de sanção a conduta que causa lesão ao bem jurídico ao qual é resguardado em ocasiões de perigo como por exemplo, nos casos de crimes perigo concreto em comparação a prática de uma determinada conduta que de alguma forma seja considerada potencialmente ou presumidamente perigosa, a primeira que são os crimes de perigo concreto ou de periculosidade real, deveram ser punidas com maior rigorosidade (SILVA, 2003).

A conduta pode trazer danos ao bem jurídico, nos casos de crimes de perigo concreto ou de periculosidade real, se comparada aos crimes de perigo abstrato, afinal de contas os crimes de perigo abstrato são baseados tão somente na presunção, e não pela faticidade, não trazendo fundamentos sólidos quanto a aplicação de pena para com a conduta do agente, que prática tal ato, por esse motivo a conduta nos crimes de periculosidade real ou concreta, deve ter uma pena maior ou mais relevante, a partir dai surgem as três formas de se lesionar o bem jurídico, dentro dessa linha de raciocínio entende-se que nos casos de crimes baseados na presunção a pena deve ser menor desde que o bem jurídico tutelado seja equivalente em ambos os casos (BOTTINI, 2010).

De acordo com SILVA, perigo abstrato poderá atender ao princípio da proporcionalidade nos casos em que:

Apresentar uma precisa descrição na qual a conduta vulnere ao menos potencialmente um bem jurídico, ou seja, o perigo deve ser ínsito à conduta, de acordo com as regras de experiência e de bom senso. Deve-se então averiguar a idoneidade e a necessidade da resposta penal ante a conduta e num terceiro passo, fazer uma ponderação em torno da razoabilidade na relação entre meio, (incriminação) e fim (tutela do bem jurídico). O legislador

deverá avaliar a conveniência, valendo-se da prudência para não incorrer em excesso, mas o exame se dá caso a caso. De modo que o crime de perigo abstrato ora poderá ser proporcional ao fato ora não (SILVA, 2003, p.116-117).

O princípio da proporcionalidade, determina que ocorra uma ponderação no que se refere a aplicação de pena nos casos de perigo abstrato de forma individual. A partir daí no momento em que duas condutas criminosas forem tipificadas contra o mesmo bem jurídico, será feita uma eleição para levar em consideração a conduta que de forma mais relevante exponha a risco o mesmo bem jurídico, devendo esta receber uma pena maior do que comparada aquela de menor potencial ofensivo contra o bem jurídico tutelado (BOTTINI, 2010).

#### 2.2.7 PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE DA LEI PENAL

O princípio da taxatividade do tipo penal de trazer à luz, a função de cada figura delituosa, esse princípio fixa uma relação sólida e de total confiança entre o Estado o indivíduo no que se refere à legalidade, se firmando uma relação confiável entre o ilícito penal e o extrapenal (NUCCI, 2013).

De acordo com Nucci:

Trata-se de princípio corolário da legalidade, exigindo a descrição detalhada do crime, por meio do tipo penal, sem margem à dúvida, que possa colocar em risco o seu entendimento. Note-se o preceituado pelo princípio da legalidade: não há crime sem lei anterior que o defina. A especificação do delito é fundamental para a segurança individual (NUCCI, 2013, p.299).

As condutas típicas, as quais merecem punição, estas deverão ser claras e concisas, devendo elas serem bem elaboradas, de forma a não permitir que haja dúvidas, no que diz respeito ao cumprimento das mesmas, por meio do destinatário da norma. É muito provável o fato de que quando nos deparamos com tipos penais vagos e indeterminados por parte do Estado, isso pode ensejar em abusos por parte do próprio Estado, no que se refere a invasão da intimidade, e também no que diz respeito a liberdade dos indivíduos, afinal deve-se respeitar os tipos taxativos, pois se estes não forem respeitados, de nada adianta adotar o princípio da reserva legal, nem tão pouco o princípio da legalidade, princípio este que está implícito na Constituição Federal (NUCCI, 2013).

Entende-se que a partir daí é necessário que as normas incriminadoras

passem a ser claras e objetivas, não deixando em nenhum momento, qualquer matéria que gere dúvidas ou obscuridade no que se refere a sua aplicação, caso contrário correm o risco de causar uma insegurança jurídica dentro de sua esfera de atuação (NUCCI, 2013).

### 2.3 EMBRIAGUEZ AO VOLANTE COMO CRIME DE PERIGO

O crime de embriaguez ao volante no Brasil, foi introduzido pela primeira vez no Código Nacional de Trânsito de 1941 (Decreto-Lei nº 3.651/41), ao qual foi o primeiro Código de Trânsito brasileiro criado durante o governo de Getúlio Vargas. Neste período a embriaguez ao volante era punida tão somente com a apreensão temporária da carteira de habilitação, em um período máximo de doze meses, não havendo multa (BRASIL Decreto Lei nº3651/1941).

No ano de 1966 entrou em vigor um novo código de trânsito com a Lei nº 5.108/1966, sendo muito semelhante a lei de 1941 promulgação do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97). Em 1997 entra em vigor o Código de Trânsito Brasileiro com a Lei nº 9.503/1997, que traz os “crimes de trânsito”, regulando a embriaguez nos quesitos administrativo e criminal. Depois de dez anos de vigência a redação original da época no que se refere a sua tipicidade penal, foi modificada pela primeira vez, através da lei de nº11.705 do ano de 2008, também denominada como “lei seca”. Anos mais tarde, mais precisamente no final do ano de 2012, o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro foi novamente reformado, com o advento da lei de nº 12.760/12, a qual em sua letra trouxe inúmeras mudanças de cunho relevante no que se refere a essa matéria.

Vamos analisar as alterações do CTB ao longo dos anos, começando pelo art.306 da lei nº 9.503/1997:

Art.306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem: Penas - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

No ano de 2008, novamente houve mudanças na Lei nº 11.705/2008 logo a nova redação do artigo 306 do Código de Trânsito passou então a ser a seguinte:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com

concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência. Penas- Detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor

Em 2012 entra em vigor a Lei nº 12.760 que redigiu o seguinte texto ao artigo 306 do CTB:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012) Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. § 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por: (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012) I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012) II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora. (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012) § 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova. (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014) § 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014)

Ao analisar esta redação logo entendemos que, se trata de um crime de perigo abstrato, afinal o simples fato de dirigir após ter ingerido bebida alcoólica, já é configurado o fato criminoso, independentemente de se ter causado um acidente ou provocado um risco evidente, nesta conduta o legislador interpretou que independente de fatos o abstrato é fundamento necessário para qualificar o indivíduo. Ao observar o princípio da ofensividade da conduta, fica claro que há um conflito com este princípio, de forma que uma conduta seja considerada como criminosa é necessário que haja um risco real, e que este deva gerar um resultado significativo, no que se refere a lesar um bem jurídico, não sendo possível punir um crime quando este sem se quer existiu de fato (GRECO, 2011).

Neste caso o legislador pune a perigosidade da conduta por si só. Como exemplo temos o fato de conduzir um veículo automotor sob o efeito de bebidas alcoólicas ou outros tipos de entorpecentes. Com tudo vale ressaltar que é necessária a comprovação para que se consume o ato de delito de perigo concreto, que deverá ser feita por parte do juiz, que elencará o nível de lesão do risco. Por este motivo, tais delitos em regra são de resultado. Em contra partida os crimes de perigo abstrato não necessariamente, se consumam com o resultado da conduta e

sim com apenas o ato ( GRECO, 2011).

Para Bottini (2007), o motivo pelo qual o legislador interpreta de tal forma, se da pelo motivo de estarmos inseridos em uma sociedade considerada como sociedade de risco, onde, o perigo é a probabilidade justificada, de uma possível lesão ao bem jurídico, logo o risco por si só é utilizado como premissa maior para que o legislador se posicione de maneira a evitá-lo. A partir daí o direito penal é utilizado como um instrumento de prevenção ou controle de riscos, pois para os gestores, muito interessa atuar de maneira preventiva.

Segundo Bottini (2007):

O tipo de perigo abstrato é a técnica utilizada pelo legislador para atribuir qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de resultado externo. Trata-se da prescrição normativa cuja completude se restringe à ação, ao comportamento descrito no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato, ao contrário do que acontecem nos crimes de lesão ou crimes de perigo concreto (BOTTINI, 2007, p. 111).

Para Estefam e Gonçalves (2012):

Os crimes de perigo abstrato ou de perigo presumido são os quais o tipo não prevê o perigo como elementar, razão por que sua demonstração efetiva é desnecessária. A conduta típica é perigosa por sua própria natureza. O legislador, nesses casos, descreve uma conduta potencialmente danosa e de reconhecida perniciosidade social, bastando, portanto, a comprovação de que o indivíduo a praticou para que o delito encontre-se consumado. Não se exige a prova do perigo real, pois este é presumido pelo legislador (ESTEFAM, GOLÇALVES, 2012, p.161).

Porém é necessário que exista uma materialidade no que se refere a incriminar alguém, não podendo tão somente se basear no perigo abstrato, pois na ocasião de embriaguez ao volante a medida de 6 decigramas por litro de sangue ou 0,3 miligramas de álcool por litro de ar, pode não significar capacidade psicomotora alterada dependendo do organismo de uma pessoa, por esse motivo não se pode generalizar essa medida para incriminar todo e qualquer indivíduo se baseando tão somente no abstratismo ou na probabilidade (GOMES, 2013).

Na visão de Greco (2011) na ocasião a qual nenhuma forma de perigo se evidencie, neste caso o que pode ser considerado como punição é o fato de haver uma espécie de desobediência ou desrespeito formal da legislação. Logo tais dispositivos devam ser embasados sobre a estrutura do princípio da lesividade, como por exemplo: como nos crimes de lesão ou necessariamente de perigo concreto, o qual não pode ser tutelado simplesmente pela exposição a perigo.

No Brasil onde impera o estado democrático de direito, é inaceitável que o julgador, mesmo revestido de sua imparcialidade em julgamento de partes, efetue diante de normas constitucionais defensoras o livre entendimentos de tipos penais, estes não podem ser tratados como um jogo de quebra-cabeças. É necessário cautela, pois estamos tratando a respeito de um dos direitos fundamentais primordiais ao qual se refere a liberdade, a qual pode estar sendo reprimida diante da discricionariedade do julgador. A utilização do direito penal só é provocada para atuação em nosso modelo jurídico, quando estamos frente medidas que violam o princípio da dignidade da pessoa humana (BOTTINI, 2013).

Segundo Bottini (2013):

Comportamentos que não afetem esta dignidade não oferecem perigo à funcionalidade do sistema Democrático de Direito, não ofendem as expectativas de uma convivência plural e, por tanto, não devem ser objeto de repressão penal (BOTTINI, 2013, p.133).

Essa situação vem ocorrendo com os crimes de perigo abstrato e no caso em questão o crime de embriaguez ao volante, ao qual não há como ferir a dignidade da pessoa humana, nem mesmo causar nenhum tipo de prejuízo ao sistema democrático de direito, quando estamos falando de um motorista com um baixo percentual de bebida alcoólica, constatados pelos meios legais, motorista este que trafega em uma via com velocidade recomendada, não cometendo nenhuma infração de trânsito, e por esse motivo não há possibilidade de exposição de risco a bem jurídico, logo não há o que se falar em periculosidade (BOTTINI, 2013).

Logo é dificultoso adaptar os crimes de perigo abstrato na apreciação principiológica, primeiramente no que tange em relação ao princípio da lesividade, uma vez que tais crimes, não violam, tipo algum de bem jurídico de terceiros, tornando sua conduta sujeita tão somente ao ato presumidamente perigoso (GRECO, 2011).

Os impedimentos penais são justificados quando dizem respeito a condutas que violem de maneira grave os direitos de terceiros, logo como forma de consequência essas não podem ser exposta como justificativas literais em relação a problemas que surgem senão como formas de mecanismos de utilização essencial, para que esses estejam firmados com os pactos que asseguram o ordenamento normativo, neste caso quando não há outro modo eficaz de se resolver o conflito (GRECO, 2011).

Partindo desse pressuposto, entende-se que existe um afronte, não somente com o princípio da lesividade como também em alguns casos uma violação ao princípio do estado de inocência, afinal o indivíduo no momento em que pratica determinadas condutas, enquadradas neste tipo penal torna-se é considerado como culpado, quando na verdade sua culpa somente poderia ser de fato provado após o processo de trânsito em julgado (GOMES, 1994).

O código penal em seu artigo 13, determinou que há crime sem resultado que é lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico. Analisando essa interpretação no que se refere ao sentido material, se faz essencial a injúria. A interpretação legal da lesão ou perigo de lesão dentro desse contexto desrespeita o princípio da legalidade, por este motivo a Constituição Federal, elencou este princípio à norma constitucional (GOMES, 1994).

Também há que se considerar a severidade da pena, a qual pode ferir os limites do princípio da proporcionalidade, afinal não é possível tratar de sanção penal, uma vez que não houvesse uma lesão ou pelo menos, uma ameaça de lesão, a um determinado bem jurídico, logo o crime de perigo abstrato impõe sanção ao indivíduo sem que se quer ele tenha trazido risco a nenhum bem jurídico (GOMES, 1994).

Tais crimes vão além e ferem também o princípio da legalidade o qual se encontra disposto no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal de 1988 e no artigo 1º do Código Penal. Este princípio é um dos mais importantes instrumentos de proteção do indivíduo dentro do Estado Democrático de Direito, limitando o poder punitivo do Estado, trazendo a ideia de respeito para com os direitos fundamentais essenciais dos cidadãos (SANTOS, 2007).

Segundo Santos (2010):

O princípio da legalidade é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito, porque proíbe (a) a retroatividade como criminalização ou agravação da pena de fato anterior, (b) o costume como fundamento ou agravação de crimes e penas, (c) a analogia como método de criminalização ou de punição de condutas e (d) a indeterminação dos tipos legais e das sanções penais (art.5º, XL, CR). O significado político do princípio da legalidade- regra principal da teoria da validade da lei penal no tempo-, expresso nas fórmulas de *lex praevia*, de *lex scripta*, de *lex stricta* e de *lex certa*, incidentes sobre os crimes, as penas e as medidas de segurança da legislação penal, pode ser assim sumariado (SANTOS, 2010, p.20).

Na visão de Capez (2011):

princípio da legalidade é gênero que compreende duas espécies: reserva legal e anterioridade da lei penal. Com efeito, o princípio da legalidade corresponde aos enunciados dos arts. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e 1º do Código Penal (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”) e contém, nele embutidos, dois princípios diferentes: o da reserva legal, reservando para o estrito campo da lei a existência do crime e sua correspondente pena (não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal), e o da anterioridade, exigindo que a lei esteja em vigor no momento da prática da infração penal (lei anterior e prévia cominação). Assim, a regra do art. 1º, denominada princípio da legalidade, compreende os princípios da reserva legal e da anterioridade (CAPEZ, 2011, p.58).

Esse princípio deve ser respeitado devido a sua extrema importância no âmbito da proteção da liberdade do indivíduo, frente ao Estado Democrático de Direito, limitando o poder punitivo de atuar de maneira privativa para indivíduo no que se refere as suas liberdades individuais, principalmente no que diz respeito a punição baseada na prevenção por meio da presunção (SANTOS, 2007).

O crime de embriaguez ao volante contido no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, trata-se de um crime de perigo abstrato e quando falamos em crimes de perigo abstrato, logo esbarramos no princípio da adequação social o qual estipula que somente condutas que tenham um determinado grau de relevância social, esta sim poderá ser tipificada pelo Direito Penal, diferente disso não poderia ser considerada como delito (CAPEZ, 2011).

De acordo com Capez (2011):

Para essa teoria, o Direito Penal somente tipifica condutas que tenham certa relevância social. O tipo penal pressupõe uma atividade seletiva de comportamento, escolhendo somente aqueles que sejam contrários e nocivos ao interesse público, para serem erigidos à categoria de infrações penais; por conseguinte, as condutas aceitas socialmente e consideradas normais não podem sofrer este tipo de valoração negativa, sob pena de a lei incriminadora padecer do vício de inconstitucionalidade (CAPEZ, 2011, p. 35).

Nas palavras de Tavares (2003):

A questão do desvalor do ato e do resultado sempre esteve implicitamente presente em toda a dogmática, desde a teoria causal, mas começou a vir à tona com a teoria finalista, por sua concepção do injusto pessoal: o injusto não é produzido pela simples causalidade, mas somente como obra de uma determinada pessoa, tendo em vista os seus objetivos, motivos ou deveres para com o fato, que apresentam a mesma importância para o injusto que a lesão efetiva de bens jurídicos. (TAVARES, 2003, p. 299).

Segundo Lopes (1997):

A adequação social constitui de certo modo a pauta dos tipos penais: é o estado “normal” de liberdade social de ação que lhes serve de base e é pressuposto (tacitamente) por eles. Por isso quedam também excluídas dos tipos penais as ações socialmente adequadas, ainda em todos aqueles casos que poderiam ser subsumidas neles (LOPES, 1997, p. 119)

Maria Paula Bonifácio Ribeiro de Faria, assim se posiciona frente ao princípio da adequação social:

a adequação social é sinônimo da normatização da ação, da concessão de um papel determinante ao desvalor da conduta, permitindo pensar o significado ético e social da atuação do agente face ao recorte de vida que o legislador quis abranger com o tipo legal de crime. A vida nunca surge como uma descrição formal de factos, as circunstâncias mudam, o contexto em que os factos têm lugar é diferente, o problema tem uma dimensão fundamental que não pode ser esquecida, e que não é devidamente apreendida onde o tipo legal é entendido e aplicado como uma fórmula vazia de significado, opaca ou fechada aos sentidos sociais a que se dirige (FARIA, 2005, p. 32-33).

Bitencout (2010) defende que:

O tipo penal implica uma seleção de comportamentos e, ao mesmo tempo uma valoração (o típico é penalmente relevante). Contudo, também é verdade, certos comportamentos em si mesmo típicos carecem de relevância por serem correntes no meio social, pois muitas vezes há um 59 descompasso entre as normas penais incriminadoras e o socialmente permitido ou tolerado. (...). A Tipicidade de um comportamento proibido é enriquecida pelo desvalor da ação e pelo desvalor do resultado lesando efetivamente o bem jurídico protegido, constituindo o que se chama de tipicidade material. Donde se conclui que o comportamento que se amolda a determinada descrição típica formal, porém materialmente irrelevante, adequando-se ao socialmente permitido ou tolerado, não realiza materialmente a descrição típica ( BITENCOUT, 2010, p. 49-50).

Desde muitos anos as bebidas alcoólicas, tem sido bem recebidas por boa parte da sociedade brasileira, tão logo muitos brasileiros já cometeram o ato de dirigir alcoolizados, e nem por esse motivo todas estas situações resultaram em um dano para com algum bem jurídico. A partir desse raciocínio podemos entender que o ato de beber e conduzir um veículo desde que de maneira a não expor nenhum bem jurídico a risco, tem sido bem recebida pela sociedade, de acordo com PRADO “O juízo de adequação social funciona como um filtro que seleciona e exclui da esfera do tipo aquelas condutas que, embora finalistas, ajustam-se aos padrões ético-social dominantes.” (PRADO, 2006, p. 439), PRADO ainda diz: “A adequação social não se limita a valorar a face externa ou objetiva do injusto, projetando-se

sobre a totalidade dos elementos da ação enquanto realidade incindível” (PRADO, 2006, p. 451).

A vida em uma sociedade pode nos impor riscos os quais não são possíveis de serem punidos ou não são passíveis de punição pelo Direito Penal, uma vez que essa sociedade com eles precisa conviver de forma mais harmônica possível. Como exemplo temos o trânsito nas grandes cidades ou por exemplo o transporte aéreo ou também podemos tomar de exemplo as usinas atômicas, estes são alguns exemplos da forma perigosa que podemos, estar convivendo em uma sociedade, todavia enquanto sejam perigosas, estas são consideradas socialmente adequadas, e por essa razão, de fato fica afastada a interferência do Direito Penal sobre elas (GRECO, 2018).

O princípio da adequação social, verdadeiramente possui dupla função, a qual uma delas, já se destaca pelo fato de restringir o âmbito de abrangência do tipo penal ao qual, limita a sua interpretação, e dele se exclui as condutas consideradas socialmente adequadas e aceitas pela sociedade, sua segunda função é dirigida ao legislador através de duas vertentes (GRECO, 2018).

De acordo com Greco (2018) :

A primeira delas orienta o legislador quando da seleção das condutas que seja proibir ou impor, com a finalidade de proteger os bens considerados como mais importantes. Se a conduta que está na mira do legislador for considerada socialmente adequada, não poderá ele reprimi-la valendo-se do Direito Penal. Tal princípio serve portanto como norte, a segunda vertente destina-se a fazer com que o legislador repense os tipos penais e retire do ordenamento jurídico a proteção sobre aqueles bens cujas condutas já se adaptaram perfeitamente a evolução da sociedade. Assim da mesma forma que o princípio da intervenção mínima o princípio da adequação social nesta última função, destina-se precipuamente ao legislador, orientando-o na escolha de condutas a serem proibidas ou impostas, bem como na revogação de tipos penais (GRECO, 2018, p. 106).

Muito embora este princípio sirva de norte para o legislador, o qual deverá ter a sensibilidade de distinguir as condutas consideradas socialmente adequadas daquelas que estão a merecer reprimenda do Direito Penal, o princípio da adequação social por si só não tem o condão de revogar tipos penais incriminadores (GRECO, 2018).

### 2.3.1 PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COMO CRIME DE PERIGO

O artigo 14 da Lei nº 10.826/2003 trata sobre o porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, vale ressaltar que as jurisprudências dos Tribunais Superiores

interpretam o crime de porte ilegal de armas de fogo como crime de perigo abstrato, vamos analisar o artigo 14 e seguintes da lei nº 10.826/2003:

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC 96.072 – RJ apreciando a infração do crime, de porte de arma de fogo desmuniada, descrito no art. 14 da Lei n. 10.826/2003, interpretou o ato como crime de perigo abstrato:

HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. 7 INTELIGÊNCIA DO ART. 14 da Lei 10.826/2003. TIPICIDADE RECONHECIDA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ORDEM DENEGADA. I. A objetividade jurídica da norma penal transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da liberdade individual e do corpo social como um todo, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança coletiva que a lei propicia. II. Mostra-se irrelevante, no caso, cogitar-se da eficácia da arma para a configuração do tipo penal em comento, isto é, se ela está ou não muniada ou se a munição está ou não ao alcance das mãos, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para cuja caracterização não importa o resultado concreto da ação. III - Habeas corpus denegado.

O crime de porte ilegal de arma de fogo, abrangido pelo artigo 14 da Lei nº10.826/2003 é considerado um crime de perigo abstrato, o Supremo Tribunal Federal interpretou que tal crime se trata de um crime de perigo abstrato, por se tratar de um ato que gera risco de lesividade a bem jurídico e que tão logo deva ser aplicado o caráter preventivo, como maneira de coibir futuros atos gravosos. Porém tal interpretação não é coerente com o princípio da ofensividade, pois o porte de arma de fogo desmuniada ou o simples porte de munição, não oferece risco algum, e o princípio da ofensividade traz a ideia de que o que justifica a existência de um crime é a carência da necessidade de resguardo do bem jurídico, por exemplo: é punível o homicídio com o intuito de proteger o bem maior que é a vida, ou mesmo quando se pune o ato de roubo ou de furto para proteger os bens patrimoniais e também no caso da punição do sequestrador em caso de crime de sequestro, onde tal punição se aplica para que haja a proteção do bem maior que neste caso é a liberdade (CAPEZ, 2003).

Ao analisar o crime de porte ilegal de arma desmuniada ou porte de munição, percebe-se que há um grande desrespeito ao princípio da ofensividade,

visto que os crimes de perigo abstrato, são baseados na presunção, ou seja, estes não exigem resultado para que de fato se consuma como crime, logo é evidente a violação ao princípio da ofensividade, pois neste caso não há dano, risco nem tão pouco ou ameaça de lesão ao bem jurídico tutelado (CAPEZ, 2003).

De acordo com Bitencourt (2008):

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado. Por essa razão, são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois, no âmbito do Direito Penal de um 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. Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal (BITENCOURT, 2008, p.22).

Alguns doutrinadores fazem uma crítica com relação a decisão pela qual o Supremo Tribunal Federal, vem tomando no que diz respeito aos crimes de porte ilegal de armas ao qual é interpretado como um crime de perigo abstrato, devido ao fato destes crimes ferirem o princípio da culpabilidade, da legalidade, da ofensividade, também o princípio da presunção de inocência e muitos outros princípios constitucionais, por esse motivo, interpretam tais crimes como inconstitucionais. Tais crimes não deixam a possibilidade ainda que mínima de se preservar direitos fundamentais que são considerados básicos para uma convivência digna em sociedade. Para que haja delito é necessário que exista uma materialidade no que diz respeito a comprovação do ato lesivo, sendo assim, só seria possível punir um indivíduo, que tivesse portando pelo menos uma arma de fogo carregada, onde aí sim existiria possibilidade de algum risco (BITENCOURT, 2008).

### 3 MÉTODO

O método utilizado no presente trabalho será o dedutivo, sendo um método realista, do qual pressupõe a razão como uma única forma de chegar ao conhecimento verdadeiro. Utiliza uma cadeia de raciocínio descendente, da análise geral para a particular, até chegar em um entendimento sobre a questão se há inconstitucionalidade nos crimes de perigo abstrato.

Do ponto de vista da natureza do presente trabalho, o objetivo é gerar novos conhecimentos, úteis para o avanço da ciência sem aplicação prática prevista, sendo uma pesquisa básica.

Do ponto de vista da forma de abordagem se considera que há uma relação dinâmica entre o mundo real e o subjetivo, ou seja, um vínculo indissociável entre o mundo objetivo e a subjetividade do sujeito que não pode ser traduzido em números, gerando assim uma pesquisa qualitativa.

Do ponto de vista de seus objetivos, tem-se uma pesquisa descritiva, pois visa descrever as características dos contratos de trabalho

Do ponto de vista dos procedimentos técnicos, esta é uma pesquisa bibliográfica, pois é elaborada a partir de livros e artigos, com materiais também disponibilizados pela.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir desta pesquisa, constatou-se que o tema referente aos crimes de perigo abstrato tem sido objeto de muita discussão, tanto por parte dos doutrinadores quanto dentro dos tribunais, no que se refere a sua matéria de constitucionalidade. Tal discussão se dá pelo fato do legislador em algumas ocasiões interpretar ser necessário penalmente punir o agente responsável por uma situação de risco de ameaça, não sendo preciso apontar nenhuma forma de resultado natural para a conduta no tipo incriminador, baseando-se tão somente no perigo abstrato. Porém partindo deste pressuposto, existe o risco de estarmos diante de uma inconstitucionalidade de fato, pois no momento em que se incrimina alguém, baseando-se tão somente na presunção, neste momento se está ferindo gravemente, princípios constitucionais, indispensáveis para uma vida digna em sociedade.

Antes de adentrarmos na análise da inconstitucionalidade de fato, tivemos a oportunidade de entender, a cerca dos crimes de perigo abstrato e também os crimes de perigo concreto, onde crimes de perigo abstrato são entendidos como crimes aos quais não é necessário que ocorra o dano para que se consume o crime, nestes crimes a intervenção penal se dá sem que de maneira efetiva esteja presente o perigo, partindo tão somente da presunção estatística de que determinada conduta é perigosa, nos crimes de perigo abstrato, ou também de mera conduta, é possível abranger uma presunção Legislativa de perigo, neste caso o legislador toma como base uma determinada conduta e logo pode considerá-la como conduta lesiva ou perigosa. Obstante dessa ideia tomamos o conhecimento à cerca dos crimes de periculosidade real ou concreta os quais são crimes onde, de fato existe a situação de perigo concreto, no momento em que a realização do tipo necessita de uma situação de efetivo perigo, ao contrário dos crimes de perigo abstrato, necessita ser exposta, devendo sempre ser efetuada a avaliação do comportamento praticado pelo agente, estes crimes diferenciam-se dos demais, devido a sua necessidade de comprovação de existência de situação de exposição a perigo, no que diz respeito ao objetivo que é proteção do bem jurídico o qual é protegido pela norma. No decorrer deste trabalho foram elencados a todo momento

Teorias, normas, e princípios constitucionais, como por exemplo o princípio da ofensividade, que determina que não pode haver crime quando a conduta não tiver apresentado pelo menos um perigo concreto, efetivo, real e comprovado de

lesão ao bem jurídico. Outro exemplo que podemos entender foi o princípio da intervenção mínima, princípio este que é utilizado para uma espécie de controle social, o qual aplica penas restritivas de liberdade e direito.

Para a análise da inconstitucionalidade, utilizamos duas formas de crimes, o crime de embriaguez ao volante e o Crime de porte ilegal de arma de fogo, estudando ambos os crimes, entendemos se tratar de crimes de perigo abstrato ou de perigo presumido, nestes crimes existe a possibilidade de lesão, porém muitas vezes essa possibilidade é descartada por isso é necessário ao legislador se atentar aos detalhes que de fato farão toda a diferença na decisão.

Ao analisar os crimes de perigo abstrato face à constituição federal e os princípios constitucionais, conclui-se que os crimes de perigo abstrato não são por si só inconstitucionais, pois neste caso o legislador, estamos inseridos em uma sociedade considerada como uma sociedade de riscos, à qual o perigo é a probabilidade justificada, de uma possível lesão, ao bem jurídico tutelado, a partir daí o risco por si só já é utilizado como uma espécie de instrumento de prevenção e controle de riscos. Muito embora ao analisar a constituição e seus princípios constitucionais interpreta-se pela constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, se faz necessário, de maneira indiscutível o legislador se atentar para todos os princípios constitucionais, tal medida deve ser aplicada para evitar o que já aconteceu e ainda tem acontecido em muito dos casos, onde se percebe um desejo exacerbado de punir o agente, baseando-se no perigo abstrato, quando este muitas vezes inexistente, utilizando o Direito Penal como carrasco das pessoas, pelo que são capazes de fazer e não por aquilo que realmente fizeram.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Carlota Pizarro de. **Casos e materiais de direito penal**. Coimbra: Almedina, 2000.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BASTOS, Celso. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo, Editora Saraiva, 2003.
- BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que Punir?** ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal Volume 1: Parte Geral**. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. p. 67, 3ª ed. rev. e atual, - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- BRASIL, Decreto Lei nº3651/1941. Disponível em:  
<<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=13505>> Acesso em: 19 de nov. de 2019.
- BRASIL, Lei 9503/ 1997. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm)> Acesso em: 19 de nov. de 2019.
- BRASIL, Lei nº 11.705/2008. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11705.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11705.htm)> Acesso em: 19 de nov. 2019.
- BUSSATO, Paulo César **DIREITO PENAL** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- CAPEZ, Fernando. **Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003): Infrações de Perigo e o Princípio da Ofensividade**. Artigo publicado na Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal nº 09 - Dez/Jan de 2006
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral** 18ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da Cunha. **Constituição e crime. Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Estudos e monografias.** Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquemático: Parte Geral.** São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. **A Adequação Social da Conduta no Direito Penal ou o Valor dos Sentidos Sociais na Interpretação da lei Penal.** Porto: Coimbra, 2005.

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

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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.** ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2018. v.1.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume II, 8.** Ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 14. Ed, Rio de Janeiro, Impetus. 2012.

GRECO, Luis. **Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato. Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 49, p. 102, jul./ago. 2004.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal.** 4<sup>a</sup>.ed. ver. e. atual. Por Heleno Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

JESUS, Damásio de. 28. ed. **Direito Penal – Parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais.** São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal.** 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Dicionário Jurídico: direito penal.** São Paulo: RT, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal Comentado.** 10<sup>a</sup> ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. **Crimes de Perigo Abstrato.** In: Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre: Fontes do Direito Ltda, ano IV, n. 15, p. 95-99, 2004.

- PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 2. ed. revista e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998
- ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. 3. ed., Lisboa: Veja, 1998.
- SILVA, Ângelo Roberto Ilha. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- TELES, Ney Moura. **Direito penal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- TELES, Ney Moura. **Direito Penal**. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.