

A (IN)COMPATIBILIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO COM O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Natália Nogueira Rodrigues

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Advogada.

Resumo – os crimes de perigo abstrato contam com diversas previsões normativas na legislação criminal brasileira, constituindo importante mecanismo de resguardo dos bens jurídicos da chamada “sociedade de riscos”. No entanto, a concepção tradicional de tal espécie delitiva como presunção absoluta de perigo leva a deturpações jurídicas, de modo a infringir a subsidiariedade e a lesividade inerentes ao Direito Penal. Diante desse contexto, a pesquisa visa contornar essas problemáticas, adotando perspectiva diferenciada quanto aos crimes de perigo abstrato, de modo a defender sua constitucionalidade. Como consequência, o presente trabalho defende a compatibilização dos delitos de perigo abstrato com o princípio da insignificância, possibilitando uma aplicação concreta mais coerente da espécie delitiva em análise, em conformidade com os postulados do Direito Penal.

Palavras-chave – Direito Penal. Crimes de perigo abstrato. Princípio da lesividade. Princípio da insignificância.

Sumário – Introdução. 1. O debate sobre a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato à luz do princípio da lesividade. 2. Crimes de perigo abstrato: compatíveis com o princípio da insignificância? 3. O descompasso jurisprudencial do STF e do STJ quanto à insignificância nos crimes de perigo abstrato. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa enfoca a temática da (in)compatibilidade dos crimes de perigo abstrato com o princípio da insignificância. Ocupa-se, portanto, da discussão acerca da possibilidade de afastar a incidência do Direito Penal sobre condutas formalmente típicas, ou seja, que se enquadram na descrição dos tipos penais de perigo abstrato, mas que não representam relevante violação material aos bens jurídicos tutelados penalmente.

Os crimes de perigo abstrato são aqueles nos quais, de acordo com a doutrina tradicional, há presunção absoluta do perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, prescindindo de comprovação de efetivo dano ou de perigo concreto. É o caso, por exemplo, do crime de embriaguez ao volante (art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro) e do crime de pesca ilegal (art. 34 da Lei nº 9.605/98).

Essa espécie delitiva tem sido cada vez mais incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro e revela grande importância na sociedade hodierna. Isso porque visa a proteção de bens jurídicos coletivos, como o meio ambiente, a saúde pública, a economia popular etc., os



quais têm conquistado para si especial atenção no mundo jurídico, até mesmo por muitas vezes configurarem direitos fundamentais de terceira geração.

Apesar de sua relevância, a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato é questionada por diversos autores, em atenção ao princípio da lesividade, segundo o qual apenas serão tuteladas pelo Direito Penal as condutas que oferecerem lesão ou efetivo perigo de lesão a bens jurídicos. Esse questionamento é superado pelos Tribunais Superiores, os quais concluem pela harmonia dos crimes de perigo abstrato com o ordenamento jurídico brasileiro.

Embora entendam pela constitucionalidade desses delitos, o STF e o STJ seguem a premissa, segundo eles absoluta, de que a tais tipos penais não seria aplicável o princípio da insignificância, preceito que funciona como limitador do Direito Penal, afastando-o de ofensas irrelevantes a bens jurídicos. Os Tribunais Superiores, contudo, apresentam meras justificativas genéricas para essa vedação, sem se debruçar sobre fundamentos jurídicos sólidos para tanto. A falta de concretude argumentativa é demonstrada pela aplicação excepcional, porém reiterada, do princípio da insignificância a alguns crimes de perigo abstrato por essas mesmas Cortes, o que revela o dissenso interpretativo.

A compreensão externada pelo STF e pelo STJ se mostra problemática, ainda, porque permite a persecução penal ilimitada de condutas materialmente insignificantes, as quais o legislador nem mesmo visava coibir criminalmente por não representarem violação relevante a bens jurídicos. Tal conjuntura também vai de encontro à própria sistemática do Direito Penal, que tem a subsidiariedade como característica essencial, atuando sob a máxima da intervenção mínima e como *ultima ratio* do ordenamento jurídico.

Diante de tal problemática, inicialmente, no primeiro capítulo do trabalho, analisa-se a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato à luz do princípio da lesividade. A partir desse exame, adota-se, por conseguinte, uma abordagem teórica mais moderna sobre a estrutura dos crimes de perigo abstrato, capaz de permitir sua manutenção no ordenamento jurídico.

Em sequência, no segundo capítulo, argumenta-se como consequência lógica da nova perspectiva teórica acolhida a compatibilidade dos crimes de perigo abstrato com o princípio da insignificância, ainda que haja doutrina e jurisprudência em sentido contrário.

Por fim, no terceiro capítulo, defende-se a necessidade de modificação da interpretação feita pelos Tribunais Superiores, de modo que se torne mais coerente quanto à incidência do princípio da insignificância sobre casos concretos que versem sobre crimes de perigo abstrato. Aponta-se, ainda, solução jurídica capaz de contornar o descompasso jurisprudencial com base na abordagem adotada nos capítulos pretéritos.

Para tanto, a presente pesquisa faz uso do método hipotético-dedutivo. Parte-se, portanto, de premissas hipotéticas para análise minuciosa do objeto de pesquisa, as quais serão comprovadas ou rechaçadas por argumentos jurídicos.

Nesse sentido, este trabalho é feito com abordagens qualitativa, voltando-se ao exame de relevante e controverso fenômeno jurídico, e exploratória, colhendo-se informações por meio de legislação, doutrina e jurisprudência. Quanto ao procedimento a ser utilizado para a reunião de dados, é feita pesquisa bibliográfica, uma vez que a temática do trabalho é investigada mediante levantamento de fontes e leitura analítica de materiais já escritos e publicados.

1. O DEBATE SOBRE A INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO À LUZ DO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE

De acordo com Claus Roxin¹, em um Estado Democrático de Direito, a função precípua do Direito Penal é a garantia de uma coexistência social livre e pacífica entre os cidadãos, com o devido respeito aos direitos humanos. O Direito Penal se propõe, então, a tutelar valores que sejam capazes de resguardar tal conjectura, o que, resumidamente, se traduz na proteção de bens jurídicos.

Conforme leciona Luís Greco², bens jurídicos nada mais são do que “dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional”, como a vida, a fé pública, a ordem econômica etc. Trata-se, portanto, de conceito jurídico que abarca tanto as faculdades intrínsecas e fundamentais à condição humana quanto o próprio sistema social que garante o exercício dessas essencialidades pelos cidadãos, sistemática fundamentada na máxima da dignidade da pessoa humana³.

Como materialização dessa ideia, surge o princípio da lesividade ou da ofensividade, segundo o qual, para uma conduta ser criminalizada, é necessário que ela efetivamente lesione

¹ ROXIN, Claus. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 447.

² GRECO, Luís. “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 Criminas*, São Paulo, v. 12, nº 49, p. 107, ago. 2004.

³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, [e-book].

ou ofereça perigo de lesão a um bem jurídico penalmente relevante⁴. Para a incidência jurídico-penal, não basta que determinado comportamento se mostre meramente contrário a um dever legal sem que haja qualquer afetação a um bem jurídico, caso em que a conduta simplesmente não terá contornos penais.

Nesse contexto, os tipos penais podem ser classificados em tipos de lesão, em que é causado efetivo dano ao bem jurídico tutelado, e tipos de perigo, os quais se subdividem em crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato. De acordo com a doutrina tradicional, os crimes de perigo concreto seriam aqueles em que o bem jurídico, apesar de não lesionado, foi comprovadamente colocado em risco, sendo a ausência de ofensa material mera obra do acaso. Por outro lado, os crimes de perigo abstrato revelariam comportamentos com presunção absoluta de perigo, independente de potencialidade ofensiva concreta ao bem jurídico⁵.

Levando em consideração o princípio da lesividade, fundamentado na máxima da dignidade da pessoa humana, muitas são as vozes que entoam pela inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato sob essa perspectiva tradicional de incriminação de mera conduta sem resultado material correspondente. Nesse sentido se posiciona Luigi Ferrajoli⁶, para quem a presunção absoluta de perigo como critério de criminalização viola o princípio da lesividade por justificar a tipificação de qualquer conduta formalmente contrária a lei, ainda que inócua quanto à efetiva produção de perigo a um bem jurídico.

Não obstante a controvérsia doutrinária, a jurisprudência do STJ e do STF é firme ao estabelecer a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, ainda que empregada a perspectiva tradicional de presunção absoluta de perigo. No entanto, os Tribunais Superiores apenas justificam tal posição com base em fatores de política criminal e de opção legislativa, sem aprofundar a análise⁷.

Em verdade, ao contrário do sustentado pelo STF e pelo STJ, a partir da concepção dos crimes de perigo abstrato como presunção absoluta de perigo, entende-se que não há como contornar o embate dessa espécie delitiva com o princípio da lesividade. Isso porque, ao não se admitir prova em contrário para análise da adequação típica, uma conduta que não ofereça

⁴ FELDENS, Luciano. Constituição e Direito Penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar. In: SCHMIDT, Andrei Zenkener (org.). *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, v. 1, p. 382-384.

⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, p. 107.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, [e-book].

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 109.269/MG*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur199813/false>>. Acesso em: 11 out. 2021.

qualquer perigo fático a um bem jurídico penalmente tutelado ainda assim será considerada criminosa, simplesmente por sua contrariedade formal à lei.

Ao mesmo tempo, pugnar pela inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato sem maiores considerações se mostra problemático no contexto penalista brasileiro, dado que são inúmeras as infrações que se enquadram nessa espécie delitiva. Extirpar todos esses crimes do ordenamento jurídico resultaria em enormes brechas legislativas, enfraquecendo a segurança jurídica do sistema criminal como um todo.

Soma-se a isso o fato de que os crimes de perigo abstrato têm se revelado como importantes mecanismos de resguardo a bens jurídicos na chamada “sociedade de riscos”, na qual ineditismos são frequentes, antecipando-se à própria criação de danos de grande magnitude e potencialmente irreversíveis. O advento de novas tecnologias que implicam em atividades de alto risco e na dificuldade de identificação de nexos causal entre conduta e resultado, a massificação das relações e a premente necessidade de proteção de bens jurídicos coletivos, como é o caso do meio ambiente, são apenas alguns dos pilares que sustentam os crimes de perigo abstrato⁸.

Nas palavras de Pierpaolo Cruz Bottini⁹:

os novos âmbitos de periculosidade, com suas características inéditas, direcionam a atividade legislativa ao emprego desta técnica de tipificação, daí sua presença representativa nos diplomas legais contemporâneos. O perigo abstrato representa o sintoma mais nítido da expansão do direito penal, na ânsia por fazer frente aos temores que acompanham o desenvolvimento científico e econômico da atualidade.

Nesse sentido, a tese de inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato deve ser encarada em tom crítico. Devem ser feitas considerações mais cuidadosas, buscando-se abordagens que permitam a manutenção dessa espécie delitiva no sistema penal brasileiro.

Os crimes de perigo abstrato, assim como os crimes de lesão e os crimes de perigo concreto, visam em última análise tutelar bens jurídicos, estando de acordo com a função primordial do Direito Penal. Nesse ponto, não se vislumbra qualquer discordância com o princípio da lesividade. Não há problemas, ainda, quando os tipos penais se referem a condutas que causam perigo comprovado aos bens jurídicos, sendo esse o conteúdo classicamente atribuído aos crimes de perigo concreto, cuja constitucionalidade é bem-vinda na doutrina.

⁸ BOTTINI, op. cit., [e-book].

⁹ Ibid.

Os obstáculos começam a surgir quando se remete à especial forma de proteção que os crimes de perigo abstrato se propõem a fazer, como bem elucidado por Luís Greco¹⁰. A problemática, portanto, nasce justamente na presunção de potencialidade lesiva de determinadas condutas elencadas pelo legislador, a qual deve ser contornada de modo a compatibilizar crimes de perigo abstrato com o princípio da lesividade.

Como já dito, de acordo com esse preceito, as condutas criminalizadas devem, pelo menos, produzir algum tipo de risco a um bem jurídico penalmente tutelado. Consequentemente, os crimes de perigo abstrato devem ter como premissa inexorável a criação de um risco, o qual, repita-se, não pode ser presumido, sob pena de funcionar como mera “motivação legislativa, não exercendo nenhum papel em âmbito hermenêutico-aplicativo”¹¹.

A diferenciação proposta para superação da concepção tradicional sobre os delitos de perigo abstrato se relaciona com a forma de constatação do perigo criado pela conduta para que ela se torne típica. É necessário, pois, o desenvolvimento de “um método que permita ao intérprete verificar esta periculosidade no caso concreto, e incorporar o risco como atributo indispensável da ação típica”¹².

Contemporaneamente, a melhor alternativa consiste no exame das circunstâncias fáticas geradoras ou não de periculosidade por meio de um juízo *ex ante*. O terceiro observador, com as informações que têm disponíveis para si durante a realização de determinado comportamento, conclui se este gerou ou não risco ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal cuja incidência é discutida em concreto. Caso nenhum perigo seja constatado por ele, não se considerará típica a conduta.

Nesse sentido expõe Pierpaolo Cruz Bottini¹³:

a constatação desta periculosidade se faz por um juízo *ex ante*, que compreende uma perspectiva ontológica, realizada por meio de um observador externo, que incorpore os conhecimentos especiais do autor sobre o contexto do risco, e sob uma perspectiva nomológica, que agrega a experiência e o conhecimento geral da época sobre cursos causais e projeções futuras do risco criado.

Dessa maneira, não se tem uma presunção absoluta de perigo, de modo que condutas materialmente inócuas não configuram tipos penais de perigo abstrato. O que ocorre, na verdade, é uma constatação do risco criado ao bem jurídico enquanto o autor pratica o

¹⁰ GRECO, op. cit., p. 118.

¹¹ D’ÁVILA, Fábio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais: algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, n° 75, p. 15, 2014.

¹² BOTTINI, op. cit., [e-book].

¹³ Ibid.

comportamento descrito no tipo penal. Assim, ainda que a conduta se adeque à descrição de um crime, se não é identificado perigo palpável enquanto ela é realizada, não há que se falar em tipicidade, afastando-se a incidência do delito de perigo abstrato.

A partir dessa abordagem, a diferença central entre os crimes de perigo abstrato e os crimes de perigo concreto seria a de que estes permitiriam uma análise minuciosa da conduta inclusive após a sua realização, sob um juízo *ex post*. Nesse caso, o terceiro observador, para aferição do risco ao bem jurídico tutelado, consideraria tanto as informações disponíveis enquanto o comportamento é praticado quanto as coletadas após o seu fim, como, por exemplo, aquelas atestadas por uma perícia.

Sob essa abordagem, tanto os crimes de perigo concreto quanto os crimes de perigo abstrato pressuporiam um risco ao bem jurídico penalmente tutelado, coadunados com o princípio da lesividade e, via de consequência, compatíveis com a Constituição. A distinção entre as espécies delitivas repousaria sobre a forma de constatação do perigo, e não sobre a presunção acerca deste.

2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO: COMPATÍVEIS COM O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA?

Para que determinado fato tenha contornos penais, é necessário que ele seja típico, ilícito e culpável. A tipicidade penal consiste, basicamente, na “conformidade do fato praticado pelo agente com a moldura abstratamente descrita na lei penal”¹⁴. Trata-se, em verdade, da subsunção de determinada conduta em concreto com aquela descrita na legislação penal como criminosa.

A tipicidade penal pode ser encarada sob o viés formal, que se refere à mera coadunação do comportamento com os elementos descritivos contidos no tipo penal; e sob a perspectiva material, pela qual a conduta, para ser típica, deve revelar lesividade e inadequação sociais¹⁵.

O princípio da insignificância se insere justamente no âmbito da tipicidade material, considerando sua concepção contemporânea dada em 1964 por Claus Roxin¹⁶, que se inspirou

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral* 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 305.

¹⁵ MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 53-54.

¹⁶ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002, p. 73-74.



no brocardo latino da *minima non curat praetor*, utilizado no Direito Romano¹⁷. O preceito, em atenção à característica de subsidiariedade do Direito Penal, se propõe a afastar a tipicidade das condutas que, como o nome já diz, são insignificantes, ou seja, que apresentam ofensa de mínima gravidade aos bens jurídicos tutelados.

Nas palavras de Carlos Vico Mañas¹⁸:

O princípio da insignificância, portanto, pode ser definido como instrumento de interpretação restritiva, fundado na concepção material do tipo penal, por intermédio do qual é possível alcançar, pela via judicial e sem macular a segurança jurídica do pensamento sistemático, a proposição político-criminal da necessidade de descriminalização de condutas que, embora formalmente típicas, não atingem de forma socialmente relevante os bens jurídicos protegidos pelo direito penal.

Pode-se dizer, ainda, que “o princípio da lesividade é a expressão positiva do princípio da insignificância em Direito Penal”¹⁹: enquanto a lesividade exige a lesão ou o perigo de lesão a um bem jurídico para incidência da normativa penal, a insignificância, em contraponto, afasta da relevância penal aquelas condutas que importam em lesão ou perigo de lesão exíguos ao bem jurídico.

No Brasil, a aplicação do princípio da insignificância nos casos concretos costuma observar alguns parâmetros fixados pelo STF²⁰, quais sejam: (a) mínima ofensividade da conduta do agente; (b) ausência de periculosidade social da ação; (c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica causada. Exige-se, portanto, que o contexto fático em que a conduta criminosa foi praticada seja examinado de forma global, com todas as suas nuances.

No que diz respeito aos crimes de perigo abstrato, costuma-se afirmar peremptoriamente acerca de sua incompatibilidade com o princípio da insignificância, tese reiteradamente exarada pelo STF²¹ e pelo STJ²². No entanto, verifica-se que tal afirmação é feita de maneira genérica, sem que fundamentos jurídicos sejam pormenorizados para tanto.

¹⁷ MAÑAS, op. cit., p. 56.

¹⁸ Ibid., p. 81.

¹⁹ CIRINO, op. cit., p. 50.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 202883 AgR*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur452932/false>>. Acesso em: 21 fev. 2022.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RHC 158087 AgR*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur392478/false>>. Acesso em: 21 fev. 2022.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC 693572*. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=PERIGO+ABSTRATO+INSIGNIFICANCIA&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=E&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 21 fev. 2022.

Acredita-se que tal conjuntura se deve à adoção da perspectiva tradicional dos crimes de perigo abstrato como presunção absoluta de perigo. De fato, caso tal espécie delitiva consistisse unicamente na prática de determinada conduta abstratamente considerada perigosa e prescindisse de comprovação concreta, realmente não se vislumbraria outra alternativa a não ser a sua incompatibilidade com a insignificância, dado que, pela mera adequação do comportamento com a descrição penal, este seria considerado arriscado e, portanto, típico.

Contudo, como exposto no primeiro capítulo deste trabalho, os crimes de perigo abstrato não podem ser encarados como mera presunção absoluta de exposição do bem jurídico a um risco. Os delitos de perigo abstrato reclamam, em verdade, por uma técnica investigativa das circunstâncias fáticas de modo *ex ante*, ou seja, considerativa do contexto existente durante a realização da conduta pelo agente, por intermédio de um terceiro observador.

Esse terceiro, ao contemplar as particularidades da situação materialmente criada pelo agente delitivo, pode concluir ou não pela periculosidade do comportamento concreto. Esse juízo vai depender da efetiva capacidade de tais peculiaridades fáticas reputarem perigo ao bem jurídico tutelado naquele momento em que estão sendo postas em prática pelo autor do crime.

Nesse sentido, ainda que a conduta praticada se adeque formalmente a determinado tipo penal, se o terceiro observador, numa perspectiva *ex ante*, não a considerar efetivamente perigosa ao bem jurídico tutelado, não haverá que se falar em tipicidade material do fato, o qual deixará de ser penalmente relevante.

Conforme leciona Fábio Roberto D'Ávila²³:

O critério limite de verificação de uma situação de perigo abstrato é, desse modo, um critério misto, objetivo-normativo, expresso na ideia de possibilidade não insignificante de dano ao bem jurídico, a ser constatada, pelo magistrado, através de um juízo *ex ante* de base total.

É exatamente sob essa lógica que o princípio da insignificância deve trabalhar com os crimes de perigo abstrato. O terceiro observador, ao analisar as circunstâncias materiais durante a realização de conduta que se coaduna formalmente a um tipo penal de perigo abstrato, pode verificar que, embora haja criação de risco ao bem jurídico, este risco é ínfimo, sendo praticamente impossível a sua eventual concretização lesiva. Ainda, o terceiro observador, no exame *ex ante* do comportamento, pode concluir que, embora tenha sido criado risco efetivo, este resultaria em uma ofensa insignificante ao bem jurídico²⁴. Ambas as hipóteses ingressariam

²³ D'ÁVILA, op. cit., p. 19.

²⁴ CINTRA, Adjair de Andrade. *Aplicabilidade do Princípio da Insignificância aos Crimes que Tutelam Bens Jurídicos Difusos*. 2011. 198 f. Tese (doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.



na esfera do princípio da insignificância, afastando a tipicidade material do fato por ausência de lesividade social relevante.

Supõe-se que alguém confie a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, incidindo formalmente no tipo penal do art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB)²⁵, delito de perigo abstrato. Contudo, a pessoa não habilitada, na verdade, estava matriculada em uma autoescola, tendo cumprido toda a carga horária das aulas práticas, faltando-lhe apenas prestar o exame final. Soma-se a isso o fato ter ocorrido em rua com pouco movimento.

Nesse exemplo hipotético, o terceiro observador, em um exame *ex ante*, ainda que enxergue perigo ao bem jurídico, observará que tal risco é mínimo, sendo abarcado pela insignificância. Isso porque o condutor, apesar de não habilitado, dado que não foi aprovado no exame prático de habilitação, o qual é imprescindível à constatação de efetiva aptidão para dirigir veículo automotor, tinha noções básicas de direção, tendo o fato ocorrido, ainda, em local de pouco movimento. Dessa forma, aquele que confiou o veículo a pessoa não habilitada, apesar de ter formalmente praticado o tipo penal do art. 310 do CTB²⁶, não criou lesividade social relevante, não havendo que ser condenado pelo delito.

Assim, constata-se que, considerados os crimes de perigo abstrato como aqueles que exigem constatação de risco ao bem jurídico numa perspectiva *ex ante*, são eles plenamente compatíveis com o princípio da insignificância.

3. O DESCOMPASSO JURISPRUDENCIAL DO STF E DO STJ QUANTO À INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

O STJ²⁷ e o STF²⁸, adotando a tese tradicional que caracteriza os crimes de perigo abstrato como mera presunção absoluta de risco ao bem jurídico, costumam afirmar peremptoriamente que o princípio da insignificância é inaplicável a essa espécie delitativa. As Cortes apresentam argumentos genéricos inaptos a justificar tal conclusão, esquivando-se do

²⁵ BRASIL. *Código de Trânsito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503compilado.htm>. Acesso em: 15 fev. 2022.

²⁶ Ibid.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n° 338153*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502533014&dt_publicacao=10/05/2016>. Acesso em: 12 mar. 2022.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n° 148801 AgR*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748138673>>. Acesso em: 12 mar. 2022.



princípio da fundamentação das decisões judiciais²⁹, previsto expressamente no art. 93, inciso IX, da CRFB/88³⁰.

Contudo, em verdadeiro dissenso jurisprudencial, recentemente o STF e o STJ têm proferido diversas decisões em que compatibilizam o princípio da insignificância com os delitos de perigo abstrato, principalmente quando consideradas as diversas peculiaridades fáticas à luz da proporcionalidade, do Direito Penal mínimo e dos ideais de Justiça.

Sob tais premissas, neste capítulo, pretende-se analisar dois casos concretos envolvendo crimes de perigo abstrato em que o STF e o STJ aplicaram o princípio da insignificância. Busca-se demonstrar que as conclusões a que chegaram os Tribunais Superiores se devem justamente ao fato de que, nos crimes de perigo abstrato, não há propriamente uma presunção absoluta de perigo. Nessa espécie delitativa, há, em verdade, a efetiva criação de um risco, a ser verificado por um terceiro observador mediante uma perspectiva *ex ante*, como proposto nos capítulos anteriores. Assim, visa-se demonstrar que, a depender da hipótese fática, é plenamente válida a aferição da irrelevância da periculosidade produzida pelo sujeito ativo do comportamento com a consequente aplicabilidade do princípio da insignificância.

Em outras palavras, pretende-se elucidar como a interpretação já exposta nos capítulos anteriores sobre os crimes de perigo abstrato é capaz de trazer harmonia à jurisprudência do STF e do STJ, sobretudo no que diz respeito à aplicação do princípio da insignificância, de modo a corrigir o dissenso jurisprudencial dessas Cortes.

O primeiro acórdão a ser estudado é o referente ao REsp 1.409.051/SC³¹, divulgado em 2017 no Informativo nº 602 do STJ³² e cuja ementa é a seguinte:

RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. PESCA EM LOCAL PROIBIDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AUSÊNCIA DE DANO EFETIVO AO MEIO AMBIENTE. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. A devolução do peixe vivo ao rio demonstra a mínima ofensividade ao meio ambiente, circunstância registrada no "Relatório de Fiscalização firmado pelo

²⁹ NEVES, Guilherme Valli de Moraes; GUSELLA, Gabriela Azeredo. A (in)aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes de perigo abstrato. In: XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA, 27, 2016, Salvador. *Direito Penal, Processo Penal e Constituição I*. Florianópolis: CONPEDI, 2018, p. 36. Disponível em: <<http://conpedi.danielolr.info/publicacoes/0ds65m46/o4376433/8SKfgHX6sv4683Yp.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

³⁰ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2022.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1409051*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303383938&dt_publicacao=28/04/2017>. Acesso em: 13 mar. 2022.

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo nº 602*, de 24 de maio de 2017. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=%270602%27.cod.>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

ICMBio [em que] foi informado que a gravidade do dano foi leve, além do crime não ter sido cometido atingindo espécies ameaçadas."

2. Os instrumentos utilizados - vara de molinete com carretilha, linhas e isopor -, são de uso permitido e não configuram profissionalismo, mas ao contrário, demonstram o amadorismo da conduta do denunciado. Precedente.

3. Na ausência de lesividade ao bem jurídico protegido pela norma incriminadora (art. 34, caput, da Lei n. 9.605/1998), verifica-se a atipicidade da conduta.

4. Recurso especial provido para reconhecer a atipicidade material da conduta, restabelecendo a decisão primeva de rejeição da denúncia.

No caso concreto, o autor do fato pescou um peixe em local interdito por órgão competente, conduta que se enquadra no tipo penal previsto no art. 34, *caput*, da Lei nº 9.605/1998³³ – crime de pesca ilegal. Contudo, apesar de haver adequação formal típica do comportamento, considerando que o sujeito retornou o peixe ainda vivo ao mar, o STJ aplicou à hipótese o princípio da insignificância, retirando a tipicidade material do fato e impedindo que o sujeito fosse condenado criminalmente por este.

Adotada a tese tradicional do crime de perigo abstrato como presunção absoluta de periculosidade que não admite prova em contrário, nunca seria possível o afastamento da tipicidade do fato que reúne todos os elementos do tipo penal, sob pena de incoerência jurídica. Por que, então, o STJ adotou postura diversa? Porque o Tribunal Superior constatou, em concreto, a irrelevância do perigo efetivamente produzido em relação ao bem jurídico tutelado, qual seja, o meio ambiente.

E como é possível constatar a ausência de produção de efetivo perigo de maneira a justificar a aplicação do princípio da insignificância na hipótese em tela? Por meio da sistemática do terceiro observador sob uma perspectiva *ex ante*. Em outras palavras, o terceiro observador, ao examinar a conduta do autor do fato enquanto esta é realizada, verifica que, embora ele tenha pescado o peixe em local proibido, o fato de o animal ter sido restituído ao seu habitat ainda vivo gerou um perigo insignificante ao meio ambiente como bem jurídico penalmente tutelado, uma vez que a fauna aquática restou, ao fim da conduta, preservada.

Ademais, o terceiro hipotético, ao acompanhar o fato durante seu acontecimento, pôde perceber que os instrumentos utilizados pelo autor do fato eram de uso permitido para amadores. Tal circunstância demonstra, então, que o sujeito ativo da conduta não era pescador profissional e não exercia aquela conduta com regularidade, o que evidencia ainda mais a irrelevância da periculosidade por ele gerada.

Registra-se que concluir o contrário, em aplicação da tese da presunção absoluta de risco nos crimes de perigo abstrato, geraria uma série de soluções jurídicas desproporcionais

³³ BRASIL. *Lei nº 9.605*, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 13 mar. 2022.

entre si. Afinal, a pessoa que apenas uma vez pesca um peixe em local proibido, mas o devolve com vida ao seu habitat seria punida da mesma maneira que o indivíduo que é pescador profissional e pratica o comportamento reiteradamente, inclusive não restituindo o animal, hipótese essa sim que demonstra ofensa ao bem jurídico do meio ambiente.

Ademais, a adoção da orientação clássica de que o crime de perigo abstrato se refere à presunção absoluta de periculosidade também demonstra dissonância com o princípio do Direito Penal mínimo e sua subsidiariedade, pois levaria a tutela penal a situações que poderiam ser plenamente sanadas ou evitadas por outros ramos jurídicos menos extremos.

O segundo acórdão a ser examinado no presente trabalho é aquele proferido pelo STF em sede do HC 133.984/MG³⁴ em maio de 2016. Na decisão, o STF afastou a tipicidade material da conduta de portar munição de uso restrito como pingente, desacompanhada de arma de fogo. Formalmente, a conduta de portar munição, por si só, se coaduna com o tipo penal de perigo abstrato previsto no art. 16 da Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento)³⁵, contudo, o Tribunal Superior aplicou à hipótese o princípio da insignificância.

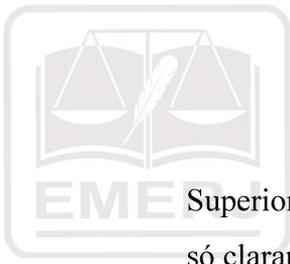
A mesma lógica aplicada ao acórdão anterior pode ser estendida a esse caso. A razão pela qual o STF aplicou o princípio da insignificância à hipótese enunciada foi porque não verificou perigo significativo ao bem jurídico tutelado pela norma penal, qual seja, a segurança pública. Tal conclusão, por si só, já é capaz de evidenciar que não há qualquer presunção absoluta de perigo produzida pelos crimes de perigo abstrato, caso contrário, não poderia incidir a insignificância no ocorrido.

Diante disso, propõe-se que, para avaliar a periculosidade da conduta de forma juridicamente plausível, deve-se justamente adotar a perspectiva *ex ante* do terceiro observador. Ao constatar que a pessoa apenas portava a munição para fins estéticos, como pingente de um colar, sem arma de fogo na qual o apetrecho pudesse ser utilizado, não se vislumbra perigo significativo à segurança pública, razão pela qual o fato, naturalmente, carece de tipicidade material.

Desse modo, mediante o exame desses dois julgados, é possível inferir que a lógica por trás da concepção tradicional de que os crimes de perigo abstrato configuram presunção absoluta de periculosidade da conduta é defeituosa. Tanto é assim que os próprios Tribunais

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 133984. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=11076549>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

³⁵ BRASIL. Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm>. Acesso em: 15 mar. 2022.



Superiores acabam por corrigir essa dialética quando encaram casos cujas peculiaridades por si só claramente demonstram essa fragilidade argumentativa.

Nesse sentido, foi possível delinear como a metodologia do terceiro observador sob uma perspectiva *ex ante*, durante a realização do comportamento tido como criminoso, se encaixa adequadamente aos crimes de perigo abstrato, possibilitando sua coadunação com o princípio da insignificância.

CONCLUSÃO

Diante do exposto ao longo deste trabalho, objetivou-se, de modo geral, demonstrar como condutas enquadradas formalmente como crimes de perigo abstrato podem ser afastadas da incidência penal quando não se revelam materialmente relevantes no que diz respeito à sua potencialidade ofensiva a bens jurídicos. Visou-se, portanto, enfrentar controvérsias jurídicas que giram em torno dos crimes de perigo abstrato, de modo a, em última análise, compatibilizá-los com o princípio da insignificância.

Inicialmente, verificou-se que os crimes de perigo abstrato, adotada a concepção tradicional de presunção absoluta de perigo, revelam-se inconstitucionais quando considerado o princípio da lesividade como desdobramento da dignidade da pessoa humana. Isso porque encarar a conduta típica como automaticamente criadora de perigo, sem considerar as peculiaridades concretas da hipótese, resulta na criminalização de comportamentos que sequer oferecem perigo a bens jurídicos penalmente tutelados, em patente contradição ao princípio da lesividade.

Por outro lado, constatou-se que os crimes de perigo abstrato dispõem de notável relevância no ordenamento jurídico brasileiro, constituindo mecanismo de proteção de bens jurídicos coletivos, bem como ferramenta de expansão do Direito Penal frente ao advento de novos riscos antes não previstos, na chamada “sociedade de riscos”. Nesse sentido, concluiu-se pela necessidade de harmonização dos crimes de perigo abstrato com o princípio da lesividade, de modo que tal espécie delitativa seja mantida no ordenamento jurídico.

Para tanto, defendeu-se a adoção de diferente perspectiva teórica sobre os crimes de perigo abstrato, consistente em uma nova forma de constatação da criação de perigo pelas condutas enquadradas nesses tipos delitivos: o juízo *ex ante* do terceiro observador.

Assim, albergada essa tese, tornou-se possível adequar os crimes de perigo abstrato à premissa inexorável de formação de um perigo como desdobramento do princípio da lesividade, já que o terceiro hipotético, ao observar a prática do comportamento, afere a potencialidade

lesiva que este pode gerar ao bem jurídico. Em outras palavras, o perigo não é mais presumido, mas sim aferido concretamente, de modo que condutas materialmente inócuas não configuram tipos penais de perigo abstrato.

Como consequência da perspectiva *ex ante* da criação do perigo abstrato, argumentou-se a compatibilização dessa espécie delitiva com o princípio da insignificância enquanto vetor de atipicidade material de condutas penalmente irrelevantes.

Encarados os crimes de perigo abstrato como técnica investigativa de circunstâncias fáticas de modo *ex ante*, sustentou-se que o terceiro hipotético, ao considerar o contexto em que a conduta é praticada, pode concluir pela ínfima periculosidade desta, de maneira a ser praticamente impossível eventual concretização lesiva. Da mesma forma, o terceiro observador pode entender que, embora criado risco efetivo, este resultaria em uma ofensa insignificante ao bem jurídico.

Em ambas as hipóteses elucidadas, demonstrou-se que o princípio da insignificância teria aplicação, sendo conseqüentemente afastada a tipicidade material do fato por ausência de lesividade social relevante, atendida, ainda, a subsidiariedade do Direito Penal.

Finalmente, no último capítulo deste trabalho, buscou-se demonstrar como a nova perspectiva teórica sobre os crimes de perigo abstrato poderia ser aplicada aos casos concretos julgados pelo STF e pelo STJ. Desse modo, pretendeu-se alavancar tese que torne a jurisprudências destes Tribunais Superiores mais harmoniosa, uma vez que essas Cortes, apesar de exarar o entendimento de que os crimes de perigo abstrato seriam incompatíveis com o princípio da insignificância, reiteradamente aplicam este preceito a tal espécie delitiva.

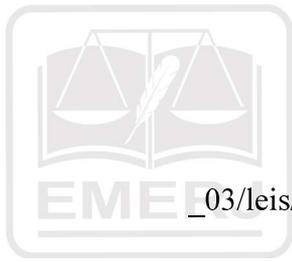
Assim, em suma, o objetivo do presente trabalho foi enfrentar a controvérsia acerca da incidência do princípio da insignificância sobre os crimes de perigo abstrato a partir da adoção de uma nova perspectiva conceitual dessa espécie delitiva, de modo a compatibilizar os dois institutos jurídicos. Ademais, buscou-se demonstrar como o entendimento pode ser empregado na jurisprudência pátria, tornando-a mais harmoniosa com a estrutura penal brasileira.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*: uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, [e-book].

BRASIL. *Código de Trânsito Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil>



[_03/leis/19503compilado.htm](#)>. Acesso em: 15 fev. 2022.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 mar. 2022.

_____. *Lei nº 10.826*, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm>. Acesso em: 15 mar. 2022.

_____. *Lei nº 9.605*, de 12 de fevereiro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 13 mar. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC nº 693572*. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=PERIGO+ABSTRATO+INSIGNIFICANCIA&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=E&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 21 fev. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC nº 338153*. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502533014&dt_publicacao=10/05/2016>. Acesso em: 12 mar. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Informativo nº 602*, de 24 de maio de 2017. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=%270602%27.cod.>>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp nº 1409051*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201303383938&dt_publicacao=28/04/2017>. Acesso em: 13 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 109269*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur199813/false>>. Acesso em: 11 out. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 133984*. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=11076549>>. Acesso em: 14 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 148801 AgR*. Relator: Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748138673>>. Acesso em: 12 mar. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 202883 AgR*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur452932/false>>. Acesso em: 21 fev. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. *RHC 158087 AgR*. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur392478/false>>. Acesso em: 21 fev. 2022.

CINTRA, Adjair de Andrade. *Aplicabilidade do Princípio da Insignificância aos Crimes que Tutelam Bens Jurídicos Difusos*. 2011. 198 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. O ilícito penal nos crimes ambientais: algumas reflexões sobre a ofensa a bens jurídicos e os crimes de perigo abstrato no âmbito do direito penal ambiental. *Revista do Ministério Público do RS*, Porto Alegre, nº 75, p. 11-33, 2014.

FELDENS, Luciano. Constituição e Direito Penal: o legislador entre a proibição, a legitimidade e a obrigação de penalizar. In: SCHMIDT, Andrei Zenkener (Org.). *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, v. 1, p. 375-400.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, [e-book].

GRECO, Luís. “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, v. 49, 2004, p. 89-147.

MAÑAS, Carlos Vico. *O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NEVES, Guilherme Valli de Moraes; GUSELLA, Gabriela Azeredo. A (in)aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes de perigo abstrato. In: XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA, 27, 2016, Salvador. *Direito Penal, Processo Penal e Constituição I*. Florianópolis: CONPEDI, 2018, p. 24-44. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/0ds65m46/o4376433/8SKfgHX6sv4683Yp.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2022.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

_____. ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico: fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 443-458.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.