



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Rômulo Vinicius Oliveira de Faria

Rio de Janeiro
2018

RÔMULO VINICIUS OLIVEIRA DE FARIA

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Rômulo Vinicius Oliveira de Faria

Graduado pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O presente trabalho tem como objetivo analisar a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, confrontando-os com os princípios, valores, normas e preceitos trazidos pela CRFB/88. Primeiramente serão expostos os princípios que são objeto de questionamento. Depois, demonstrar-se-á a definição dos crimes de perigo abstrato, de modo a dar um correto posicionamento do instituto e afastar a tese da inconstitucionalidade, culminando, enfim, na análise da constitucionalidade de alguns crimes de perigo abstrato já tipificados no ordenamento, dando enfoque na desconexão existente com o sistema penal brasileiro.

Palavras-chave – Direito Penal. Crime. Perigo abstrato. Constitucionalidade.

Sumário – Introdução. 1. Da adequação dos crimes de perigo abstrato em relação ao sistema jurídico e seus princípios trazidos pela CRFB/88. 2. Os crimes de perigo abstrato e a presunção absoluta de perigo. 3. Controvérsias quanto à proporcionalidade da tipificação dos crimes de perigo abstrato. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem como objetivo analisar os crimes de perigo abstrato, inseridos no contexto da sociedade atual e das funções inerentes ao Estado Democrático de Direito, em confronto com a atual Constituição da República e os princípios, valores, normas e preceitos fundamentais por ela irradiados.

Para tanto, abordam-se questões doutrinárias e jurisprudenciais, confrontando-se legislações, a fim de que se possa chegar a uma ponderação final a respeito da homogeneidade do ordenamento.

O Estado, muitas vezes atendendo a demandas populares, com o fim de proteger bens jurídicos individuais, busca coibir condutas que possuem, pela experiência social, elevado caráter ofensivo a tais bens jurídicos. Busca, por meio do Direito Penal, não apenas punir lesões depois que elas aconteceram, mas sim evitar que aconteçam.

Assim, condutas que geram perigo a um bem jurídico podem ser consideradas crimes, independentemente de dano. Nessa esteira, diferentemente dos crimes de perigo concreto, em que o perigo de dano ao bem jurídico deve ser comprovado, os crimes de perigo abstrato dispensam qualquer prova do efetivo perigo, pois este é presumido e não admite prova em contrário.

Indaga-se se seria o Direito Penal o meio adequado para atingir o objetivo de evitar condutas, ou se ele é, por natureza, apenas punitivo *ex post*. Além disso, se poderia o Estado, por meio de uma suposta presunção absoluta (*juris et de juri*), elevar um perigo abstratamente considerado ao *status* de crime. Por fim, se a forma como o legislador cuidou dessa modalidade criminosa foi adequada e proporcional.

Tem-se visto uma postura do legislador que atua com o objetivo de dar uma resposta aos anseios da sociedade, trazendo condutas que vêm causando grande abalo social ao campo do Direito Penal. Somado a isso, as penas cominadas não se demonstram condizentes, em sua maioria, com a dinâmica do sistema jurídico penal brasileiro, o que gera distorções que ferem frontalmente a proporcionalidade.

Assim, é justo que se faça uma análise acerca dessa modalidade criminosa, bem como se busque exemplos no ordenamento para demonstrar a postura do legislador brasileiro no que se refere à tipificação de condutas abstratamente perigosas e suas respectivas penas.

Inicia-se, portanto, no primeiro capítulo, a discussão sobre a adequação dos crimes de perigo abstrato frente ao sistema jurídico inaugurado pela Constituição de 1988, sobretudo seus princípios e valores.

Em seguida, no segundo capítulo, analisa-se se poderia o Estado considerar, em abstrato, como perigosa determinada conduta, enquadrando-a como crime, sendo irrelevante o dano ou mesmo o efetivo perigo, sem nem mesmo admitir prova em contrário.

Debate-se, por fim, no terceiro capítulo, se a forma como o legislador vem tipificando os crimes de perigo abstrato é constitucional, sobretudo em relação à proporcionalidade.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, pois parte-se de uma análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência para se chegar a uma conclusão final sobre o tema debatido.

Para tanto, a abordagem é qualitativa, sendo descritiva quanto ao objeto, adotando-se o procedimento bibliográfico, pois se analisa o instituto dos crimes de perigo abstrato aplicado na prática pelo legislador, confrontando com a disciplina constitucional, sopesando com os posicionamentos doutrinários condizentes com o tema.

1. DA ADEQUAÇÃO DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM RELAÇÃO AO SISTEMA JURÍDICO E SEUS PRINCÍPIOS TRAZIDOS PELA CRFB/88

Hoje a Constituição é tida como norma suprema do ordenamento jurídico. Contudo, não foi sempre assim. Nos dizeres de Gilmar Ferreira Mendes¹:

a assertiva de que a Constituição tem valor de norma – e de norma suprema do ordenamento jurídico –, se hoje passa por um truísmo, é, na realidade, um produto do pensamento constitucionalista, que culmina uma sucessão de registros de inteligência sobre o tema, muitas vezes desencontrados. O prestígio jurídico da Constituição, no momento presente, é resultante de uma urdidura de fatos e ideias, em permanente e intensa interação recíproca, durante o suceder das etapas da História.

Em um dado momento histórico, como forma de tentar colocar fim ao estado de guerra e regular as relações entre si, os homens se organizaram e realizaram um acordo, o Contrato Social, que estabeleceria, enfim, o Estado. Nas palavras de Canotilho², “a ordem política é querida e conformada através de um contrato social assente nas vontades individuais”.

A Constituição tem dois objetivos: conformar o poder político e garantir direitos e liberdades³. Desta forma, tem valor imensurável dentro da organização política e social do país, pois é por meio dela que os direitos e liberdades individuais são protegidos e o Estado é regulado para não violar essas liberdades, ao mesmo tempo em que deve buscar promovê-las.

No Estado Democrático de Direito brasileiro a Constituição da República ocupa o epicentro axiológico do ordenamento jurídico. Isso quer dizer que o ordenamento brasileiro é hierarquizado e todas as normas devem vassalagem à Constituição Federal. Assim, todas as leis e atos normativos precisam estar de acordo com ela, sob pena de inconstitucionalidade. Esse é o princípio da supremacia da Constituição.

A CRFB/88 trouxe um vasto rol de direitos e garantias individuais, previstos no art. 5º e seus incisos, cumprindo o primeiro papel de uma Constituição, que é garantir as liberdades individuais. Também, ao longo de seu texto, trouxe diversos regramentos com o objetivo de controlar o poder do Estado.

A CRFB/88 deve ser lida como um todo coeso e como um sistema, que irradia fundamentos para todo o ordenamento jurídico, de forma que deve haver harmonia entre o

¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 40.

² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 58.

³ *Ibid.*, p. 57.

ordenamento jurídico e os objetivos da Constituição. Não basta apenas seu texto, mas os objetivos do sistema.

Desse sistema, é possível se extrair alguns princípios que, para nós, são bem relevantes, como: o princípio da *ultima ratio* que informa que o Direito Penal, sendo a forma mais severa de intervenção do Estado na liberdade, só pode ser utilizado como último recurso; o princípio da proporcionalidade, que tem como esferas a proibição do excesso e a proibição de proteção insuficiente; o princípio da ofensividade, que estabelece que o Direito Penal deve se atentar apenas para condutas que causem lesão efetiva ou potencial a bens jurídicos.

Deve-se, portanto, analisar a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato a partir do sistema, como um todo.

O crime de perigo abstrato é conceituado amplamente como modalidade criminosa em que o Estado presume, por meio de uma presunção absoluta, a submissão de um determinado bem jurídico a um perigo de lesão. Ou seja, não há como afastar o crime, comprovando que não houve perigo no caso concreto, pois o Estado entende que aquela conduta sempre coloca em risco o bem jurídico tutelado, não admitindo prova em contrário.

Por conta disso, a inconstitucionalidade dessa modalidade criminosa vem sendo debatida, de modo que os críticos vêm apoiando seus posicionamentos nos princípios constitucionais que instruem o Direito Penal, como os da proporcionalidade, intervenção mínima, e em especial o da ofensividade.

Damásio de Jesus⁴ sustenta que delitos de perigo abstrato não são admissíveis no ordenamento nacional, por violar a ofensividade, já que mesmo que a conduta seja inócua impõe-se a condenação. Luiz Flávio Gomes⁵ também defende que tal modalidade criminosa seja inconstitucional, pois entende que o perigo abstrato só é válido no campo do direito administrativo, por violar o princípio da ofensividade. Luigi Ferrajoli⁶ também vê violação ao princípio da ofensividade, pois, quando não se verifica no caso concreto o efetivo perigo, o que se castigaria seria apenas a desobediência ou violação formal da lei.

O princípio da ofensividade, além de ser visualizado no art. 13 do Código Penal, também pode ser extraído, segundo Damásio de Jesus⁷, do art. 98, I da CRFB/88. Possui

⁴ JESUS, Damásio E. *Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do código de trânsito (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997)*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 20.

⁵ GOMES, Luiz Flávio. *Lei Seca: Acertos, Equívocos, Abusos e Impunidade*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaITvJustica/portaITvJusticaNoticia/anexo/Curso_de_Direito_Penal_Luis_Flavio_Gomes.doc>. Acesso em: 18 de abril de 2018.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 440.

⁷ JESUS, Damásio E. *Código penal anotado*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 2.

quatro esferas principais, proibindo a incriminação atitudes internas, a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, a incriminação de simples estados ou condições existenciais, e a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. Traz também a ideia de que a privação da liberdade e restrição de direitos do indivíduo deve ser medida essencial à proteção das pessoas, da sociedade e dos bens jurídicos⁸.

Tal princípio comporta, em seus fundamentos, a lesão potencial de bens jurídicos. Tanto é assim que não há na doutrina qualquer discordância quanto à constitucionalidade dos crimes de perigo concreto – nos quais o perigo deve ser comprovado. O que se vê com isso é que a discussão não reside, essencialmente, na lesão potencial a um ou outro bem jurídico, nem no princípio da ofensividade em si, pois a potencialidade de lesão não o ofende. A potencialidade existe tanto nos crimes de perigo concreto quanto nos de perigo abstrato, a única diferença é que em um o perigo deve ser comprovado no caso concreto, e no outro o perigo é presumido. O que não se aceita mesmo é que o perigo seja presumido pelo Estado.

Luís Greco⁹ sustenta a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, pois entende que a diferença entre crime de lesão, de perigo concreto ou abstrato integra a estrutura do delito, não tendo relação com a questão do bem jurídico. Roland Hefendehl¹⁰, também defende a modalidade, que se legitima quando se presta a proteger bens jurídicos de primeira ordem. Claus Roxin¹¹ vislumbra um princípio de proteção a bens jurídicos de forma modificada, no qual o comportamento culpado ainda estaria longe da lesão, mas aceita a figura, com a ressalva de que sua legitimidade deve ser avaliada caso a caso.

O STF¹², em 2012, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 102.087/MG, enfrentou a questão dos crimes de perigo abstrato, e entendeu, acertadamente, que tal modalidade, quando analisada em si, é constitucional. Trecho do acórdão merece destaque:

a criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o

⁸ GRECO, Rogério. *Código Penal: Comentado*. 7. ed. Niterói, RJ: Imputus, 2013, p. 4.

⁹ 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, Brasil, v. 12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004, p. 135.

¹⁰ HEFENDEHL, Roland. *¿Debe Ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros? Bienes Jurídicos Colectivos y Delitos de Peligro Abstracto*. Traduzido por Eduardo Salazar Ortuño. *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. n. 19, 2001, p. 152.

¹¹ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: 2009, p.28.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 102087/MG*. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 11/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1507337>>. Acesso em: 18 de abril de 2018.

legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.

Muitas vezes, pela experiência social, algumas regras se mostram inócuas e o legislador tem o dever de agir de maneira a conferir a proteção adequada de um bem jurídico. É possível tenha chegado ao último recurso, que é o Direito Penal, para coibir condutas que se mostraram ao longo dos anos verdadeiramente danosas à sociedade. Inclusive, tendo em conta o princípio da proporcionalidade na sua esfera de proibição de proteção insuficiente, impedir o legislador de conferir a proteção que se mostra adequada é negar o referido princípio.

A experiência social mostra, em grande parte das vezes, que o crime de perigo abstrato é a proteção suficiente que um bem jurídico precisa, ou podem existir condutas tão ameaçadoras que mereçam maior desvalor, justificando essa proteção do Estado, que tem o dever, fundado no princípio da proporcionalidade, de proteger de maneira efetiva esse bem jurídico.

Portanto, a criação de crimes de perigo abstrato não é, por si só, inconstitucional, pois pode ser a medida adequada para proteger determinados bens jurídicos. Não viola os princípios da ofensividade, da *ultima ratio*, ou da proporcionalidade, pelo contrário, os privilegia.

Pode-se ainda discutir sobre o perigo de lesão existente nos crimes de perigo abstrato, uma vez que existem condutas assim tipificadas, como dirigir embriagado, que podem ser inócuas a um primeiro olhar. Assim, passa-se à análise dessa problemática.

2. OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO, A PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE PERIGO E A CONSTITUIÇÃO

Primeiramente, deve ser ressaltado que a questão controvertida envolvendo os crimes de perigo abstrato não guarda relação com o bem jurídico, pois um crime de perigo abstrato pode proteger exatamente o mesmo bem jurídico protegido por um crime de lesão. Como sustenta Luís Greco¹³, o debate não é sobre “o quê” proteger, mas sim “como” proteger, ou seja, se por crimes de lesão, perigo concreto ou abstrato, subsumindo-se a discussão à estrutura do delito.

¹³ GRECO, op. cit., p. 118.

Os crimes de perigo abstrato podem ser considerados como aqueles em que há uma presunção absoluta de perigo, de maneira que a conduta tipificada é sempre considerada potencialmente lesiva ao bem jurídico tutelado, sendo irrelevante qualquer análise posterior se a conduta colocou em efetivo perigo o bem jurídico.

A crítica que normalmente se faz aos crimes de perigo abstrato fundamenta-se, basicamente, no princípio da ofensividade. Ocorre que tal princípio informa que o Direito Penal deve voltar seu olhar a condutas que causem lesão efetiva ou potencial a um bem jurídico. A potencialidade lesiva integra o referido princípio.

A potencialidade de lesionar um bem jurídico está presente tanto nos crimes de perigo abstrato como nos de perigo concreto. Não há qualquer discussão sobre a constitucionalidade destes últimos, e a única diferença entre eles é que no primeiro o perigo é presumido e no segundo deve ser comprovado.

Dessa forma, é inevitável constatar que o problema não está na potencialidade lesiva, mas sim na desnecessidade de comprovação do perigo na situação concreta, no caso dos crimes de perigo abstrato.

Ocorre que a melhor definição de crime de perigo abstrato deve ser conceituado como modalidade criminosa em que há potencial lesão a um bem jurídico e a situação de perigo deve ser analisada sob uma perspectiva *ex ante*. Não há presunção absoluta de perigo, mas uma perspectiva diferente no momento de sua aferição.

Uma conduta pode ser analisada sob duas perspectivas: *ex post* e *ex ante*. Soba perspectiva *ex post* são colhidas todas as informações existentes, tanto as anteriores como as que sucedem ao resultado. Assim, é possível analisar, como no caso dos crimes de perigo concreto, se a conduta foi potencialmente lesiva na situação concreta, pois a aferição será feita após o término da conduta, ou seja, *ex post*, sopesando as consequências, particularidades e dados existentes antes, durante e depois da prática da conduta. Já na perspectiva *ex ante* a conduta criminosa só é analisada no momento de sua realização com as informações existentes antes de sua ocorrência, antes do resultado ocorrer, ou seja, levam-se em conta somente os fatos conhecidos até o momento da prática da conduta.

Assim, pela análise *ex ante*, consideram-se os fatos conhecidos por um homem prudente no momento da prática da conduta para determinar se aquela conduta tem ou não potencialidade lesiva a um bem jurídico. Não há uma presunção absoluta de perigo. O perigo será analisado efetivamente, mas será desconsiderado tudo aquilo que suceder à conduta.

Dessa forma, no caso do crime de embriaguez ao volante, previsto no art. 306 do CTB¹⁴, há uma análise *ex ante* da conduta. Verifica-se se o condutor está inserido nos requisitos do §1º. Despreza-se, contudo, que se comprove que a conduta foi inócua, pois isso já seria uma análise *ex post*, já que essa informação só foi adquirida após a prática da conduta.

Assim, não se sustentam as críticas que se fazem sobre os crimes de perigo abstrato, em especial quando se baseiam no princípio da ofensividade. A ofensividade engloba a potencialidade lesiva, e esta, nos crimes de perigo abstrato, é exatamente a mesma dos crimes de perigo concreto. A diferença entre eles não está na valoração da potencialidade, mas sim nos momentos em que a análise da potencialidade é feita, ocorrendo, nos crimes de perigo concreto, sob uma perspectiva *ex post* e nos de perigo abstrato, *ex ante*.

Não há como sustentar a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato por si sós, pois a sua criação pode ser a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídicos. Baseando-se na experiência social, o legislador pode se valer dessa modalidade criminosa para proteger bens jurídicos da melhor forma possível, como no caso do delito de embriaguez ao volante, que entre 2002 e 2010 o número de acidente envolvendo pessoas embriagadas teve alta de 25%.

Não subsiste ainda o argumento de que os crimes de perigo abstrato só seriam válidos na esfera administrativa. Nelson Hungria¹⁵ ensina que a diferença entre ilícito penal e ilícito administrativo é puramente quantitativa, ou seja, pune-se mais severamente no campo penal. De resto, ilícito penal e administrativo são substancialmente idênticos, exceto pelo órgão aplicador da sanção. Sustenta que:

a punição de certos ilícitos na esfera do direito administrativo, ao invés de o ser na órbita do direito penal comum, não obedece, como já frisamos, senão a razões de conveniência política: para o direito penal comum é transportado apenas o ilícito administrativo de maior gravidade objetiva ou que afeta mais diretamente o interesse público, passando, assim, a ilícito penal. O ilícito administrativo de menor entidade não reclama a severidade da pena criminal, nem o vexatório *strepitus judicii*.

O princípio da proporcionalidade, em sua vertente que demanda proteção suficiente, exige que o Estado proteja bens jurídicos da forma necessária. Muitas vezes, um determinado bem jurídico somente será suficientemente protegido por meio de crimes de perigo abstrato. Trata-se de opção política do legislador, livre de qualquer inconstitucionalidade.

¹⁴ BRASIL. *Código de Trânsito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em: 26 set. 2018.

¹⁵ HUNGRIA, Nelson. Ilícito Administrativo e Ilícito Penal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 1, n. 1, p. 24-31, 1945.

Também não há violação ao princípio da *ultima ratio* quando o legislador cria crimes perigo abstrato baseado em dados concretos acerca dos reiterados males causados por condutas antes não tipificadas como crimes, pois restou demonstrado que os outros ramos do Direito falharam na efetiva proteção do bem jurídico.

Portanto, pela análise do instituto dos crimes de perigo abstrato identifica-se que não há óbice à sua criação, desde que necessários à devida proteção do bem jurídico tutelado, pois não há impedimento, pelo princípio da lesividade, que o Estado tutele a ameaça aos bens jurídicos. Ademais, com a ineficiência dos outros ramos do Direito, a atuação estatal por esta forma encontra amparo no próprio princípio da proporcionalidade, pois o Estado precisa adotar a medida que seja suficiente para assegurar os direitos e liberdades individuais, sob pena de violação deste princípio na esfera de proteção insuficiente.

Ocorre que no Brasil, buscando dar uma resposta à sociedade, o legislador acaba por extrapolar os limites da sua legitimidade, violando o preceito de proibição de excesso trazido a nós também pelo princípio da proporcionalidade. Muitos delitos de perigo são punidos mais severamente que delitos de lesão, ambos tutelando o mesmo bem jurídico. Assim, cabe analisar a proporcionalidade na tipificação dos crimes de perigo abstrato.

3. DA CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO E A PROPORCIONALIDADE NA SUA TIPIFICAÇÃO

A atividade legislativa que busca proteger bens jurídicos com a criação de tipos penais que trazem crimes de perigo abstrato é legítima. Não há qualquer inconstitucionalidade no instituto dos crimes de perigo abstrato. O STF já se manifestou em mais de uma oportunidade sobre a constitucionalidade dessa modalidade criminosa.

No julgamento do *Habeas Corpus* nº 109.269/MG, que trata sobre o delito de embriaguez ao volante, crime de perigo abstrato, o STF¹⁶, contrariamente ao que decidiu o Juízo de 1ª instância, firmou o seguinte entendimento acerca da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato:

HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO TIPO PENAL POR TRATAR-SE

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 109.269/MG. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Segunda Turma. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1507337>>. Acesso em: 26 set. 2018.

DE CRIME DE PERIGO ABSTRATO. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. [...]

IV – Por opção legislativa, não se faz necessária a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal.

V – Ordem denegada.

Quanto ao delito de posse de arma de fogo, também um crime de perigo abstrato, em 2005, o STF havia firmado entendimento acerca da atipicidade da conduta quando a arma estivesse desmuniada. Entretanto, em 2012, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 102.087¹⁷, mudou seu entendimento para considerar como típica a conduta. Reconheceu também, de forma geral, a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, conforme o seguinte trecho da ementa:

[...] A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. [...] Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional [...].

Portanto, não há, para o STF, inconstitucionalidade no instituto dos crimes de perigo abstrato. Entretanto, sua tipificação normalmente ocorre em momentos em que o legislador se sente obrigado a dar uma resposta à sociedade, em virtude de fatos ocorridos que causaram comoção social e que impulsionaram o Poder Legislativo a atuar. Como exemplo desse tipo de atuação legislativa, cogitou-se há alguns anos a tipificação do porte de arma branca, em virtude de alguns latrocínios praticados com faca em um curto lapso de tempo, ocorridos no Leblon, no Rio de Janeiro.

Assim, quando o legislador atua buscando dar uma resposta à sociedade acaba por extrapolar os limites da sua legitimidade, violando o preceito de proibição de excesso existente no princípio da proporcionalidade. Dessa forma, muitos delitos de perigo são punidos mais severamente que delitos de lesão, ambos tutelando o mesmo bem jurídico.

Por exemplo, o crime de embriaguez ao volante, presente no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro¹⁸, tem pena de detenção, de seis meses a três anos. O bem jurídico protegido, evidentemente, é a incolumidade dos indivíduos, bem como a vida. Entretanto, a pena para a lesão corporal culposa ao volante é de detenção de seis meses a dois anos. Isso quer dizer que se um cidadão sóbrio vem dirigindo com imprudência e culposamente atropela

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 102.087/MG. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630023>>. Acesso em: 26 set. 2018.

¹⁸BRASIL, op. cit., nota 14.

e machuca alguém, terá pena máxima de dois anos de detenção. Já um cidadão que ingeriu quantidade de álcool acima de 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou 0,3 miligrama de álcool por litro ar alveolar, tendo comprometida a sua capacidade psicomotora, mesmo que não provoque nenhum acidente, pode ser condenado a pena de detenção de no máximo três anos.

Ora, se o bem jurídico protegido é a incolumidade física dos cidadãos, jamais o risco de lesão deveria ser punido com maior gravidade que a lesão efetiva. Não se pode também argumentar que o bem jurídico protegido é a vida, a segurança e a incolumidade física de todos os cidadãos, ou seja, que é um bem jurídico coletivo, o que legitimaria a pena mais elevada. Este é um clássico exemplo de soma de bens jurídicos individuais, conforme alertado por Roland Hefendehl¹⁹ e Luís Greco²⁰. Embora legítima na essência, a sanção estatal viola o princípio da proporcionalidade.

Outro exemplo dessa desproporção está no crime de disparo de arma de fogo. O Estatuto do Desarmamento²¹, no seu art. 15, pune o simples disparo de arma de fogo, evidentemente um perigo abstrato, com pena de reclusão de dois a quatro anos. Já a pena que o Código Penal prevê para o homicídio culposo é de detenção, de um a três anos.

Novamente há uma evidente desproporção entre a punição ao crime de perigo abstrato e a da efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. Em nenhuma hipótese se pode conceber a proporcionalidade da punição mais gravosa a quem comete um crime de perigo do que a quem comete o crime de dano.

O constitucionalismo surgiu em meio à necessidade do povo de limitar os poderes de um Estado Absolutista, no qual os interesses da sociedade, os direitos e liberdades individuais eram relativizados. Houve a necessidade de se criar um documento escrito, que limitasse o poder do Estado e garantisse à sociedade os direitos de cada um. Tal documento é a Constituição. Assim, toda Constituição tem como propósito regulamentar o poder do Estado e garantir a cada cidadão sua liberdade.

Já o Direito Penal é a forma mais severa de limitação da liberdade que o Estado possui. Porém, ao mesmo tempo em que limita a liberdade de um assegura a liberdade do restante da sociedade. Contudo, exatamente por ser o meio mais severo de limitação da liberdade, a atuação estatal pelo Direito Penal somente pode se legitimar em último caso, ou

¹⁹ HEFENDEHL, op. cit., p. 154.

²⁰ GRECO, op. cit., p. 135.

²¹ BRASIL. *Lei nº 10.826*, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 26 set. 2018

seja, em *ultima ratio*. Além disso, não se admitem restrições à liberdade além do estritamente necessário, violando a proporcionalidade.

Portanto, o Estado deve atuar comedidamente na tutela de bens jurídicos por meio dos crimes de perigo abstrato, já que é uma forma abrupta de limitação das liberdades individuais, respeitando os limites impostos pelos direitos, garantias e liberdades individuais. Toda tipificação de condutas como crime de perigo abstrato que não seja a última alternativa, que não seja o meio mais indicado para garantir a liberdade social, será inconstitucional.

CONCLUSÃO

Viu-se, portanto, que há divergência doutrinária acerca da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. Enquanto um lado busca extirpar da esfera penal a figura do perigo abstrato, sustentando violação a princípios basilares do Direito Penal, em especial o da ofensividade, o outro a aceita, pois não verifica qualquer violação. Apesar da discussão, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é favorável a essa modalidade criminosa.

Restou exposto que nos crimes de perigo abstrato a verificação do perigo é feita a partir de uma perspectiva *ex ante*, de modo que somente se avaliam as informações existentes até o momento da prática da conduta, desconsiderando-se as informações posteriores. Não se verificou também qualquer violação aos princípios da ofensividade, da proporcionalidade e da *ultima ratio* em sua essência.

Por conta disso, o entendimento a que chegou este pesquisador é de que os crimes de perigo abstrato não são inconstitucionais. O Estado, com o fim de proteger a segurança dos indivíduos estabelece critérios para definir quais condutas merecem resposta do Direito Penal.

Portanto, ficou evidente que os crimes de perigo abstrato, não são, por si sós, inconstitucionais. Embora se entenda pela constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, sua tipificação pelo legislador deve se dar de forma cuidadosa e responsável, respeitando os princípios e regras constitucionais.

Os crimes de perigo abstrato são um excelente mecanismo para a proteção de bens jurídicos, pois visam a evitar a ocorrência da lesão, o que é justo. Contudo, na medida em que se avance, o cuidado deve aumentar ainda mais para que num futuro próximo não se esteja punindo, por meio do Direito Penal, as pessoas pelo que elas são capazes de fazer e não pelo que, de fato, fizeram.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Trânsito Brasileiro*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm>. Acesso em: 26 set. 2018.

_____. *Lei nº 10.826*, de 22 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 26 set. 2018

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 102.087/MG*. Relator: Ministro Celso de Mello. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630023>>. Acesso em: 26 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 102087/MG*. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 11/10/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1507337>>. Acesso em: 18 de abril de 2018.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. *Lei Seca: Acertos, Equívocos, Abusos e Impunidade*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalTvJustica/portalTvJusticaNoticia/anexo/Curso_d_e_Direito_Penal___Luis_Flavio_Gomes.doc>. Acesso em: 18 de abril de 2018.

GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito... São Paulo: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.12, n. 49, p. 89-147, jul./ago. 2004.

GRECO, Rogério. *Código Penal: Comentado*. 7. ed. Niterói, RJ: Imputus, 2013.

HEFENDEHL, Roland. *¿Debe Ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros? Bienes Jurídicos Colectivos y Delitos de Peligro Abstracto*. Tradução Eduardo Salazar Ortuño. *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. n. 19, 2001.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito Administrativo e Ilícito Penal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 1, n. 1, p. 24-31.

JESUS, Damásio E. *Código penal anotado*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do código de trânsito (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997)*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: 2009.