

**CENTRO UNVERSTÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Vanessa Lima de Souza

Presidente Prudente/SP

2015

**CENTRO UNVERSTÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Vanessa Lima de Souza

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Glauco Roberto Moreira Marques.

Presidente Prudente/SP

2015

Lima de Souza, Vanessa.

A (in) constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato: - Presidente Prudente: Centro
Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, 2015.

Nº de folhas: 56

Monografia de conclusão de Curso (Direito) - Centro Universitário Antônio Eufrásio de
Toledo: Presidente Prudente/SP, 2015.

1. Assunto do trabalho: crimes de perigo abstrato, controle de constitucionalidade. I.
Título: A (in) constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato.

A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

GLAUCO ROBERTO MOREIRA MARQUES

FILIFE ASSIS COELHO

JURANDIR JOSÉ DOS SANTOS

Presidente Prudente, 23 de novembro de 2015.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Glauco Roberto Moreira Marques, pela paciência, dedicação, apontamentos e sugestões durante a elaboração da monografia.

Aos meus familiares, pelo incentivo e apoio.

Aos colegas de graduação, especialmente: Alexia, Emilly, Ariane, pela amizade durante essa longa caminhada.

Ao Doutor Braz Dorival Costa, com quem tenho o privilégio de estagiar, e aos colegas do Ministério Público Estadual, da 9ª Promotoria de Justiça, com os quais muito aprendi.

Aos meus pais, João Paulino de Sousa e Ivanildes Lima de Sousa, pelos valores e ensinamentos, base de minha formação.

RESUMO

O presente trabalho analisa a legitimidade da incriminação por meio dos crimes de perigo abstrato na tutela de bens jurídicos supra individuais no vigente Estado Democrático de Direito. Assim, para alcançar o tema principal do presente estudo, a autora abordou, inicialmente, os princípios constitucionais penais, analisando seus conceitos e funções no Estado Democrático de Direito, assim como o postulado da Proporcionalidade e os Mandados Constitucionais de Criminalização. Em seguida, analisou o tema referente aos bens jurídicos e o Estado Democrático de Direito, abordando o conceito de bem jurídico, seu processo de espiritualização e a função por ele desempenhada, bem como demonstrou as características dos bens jurídicos individuais e transindividuais. Estudou-se os crimes de perigo, diferenciando-os dos crimes de dano e, enfim, analisou as espécies de crimes de perigo previstas no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as críticas realizadas, principalmente, por uma parte da doutrina acerca da sua inconstitucionalidade. Por fim, após debater sobre o controle de constitucionalidade, em especial o controle baseado em níveis de intensidade, que tem base o postulado da proporcionalidade e a finalidade de analisar a constitucionalidade das leis penais, constatou-se que embora existam críticas a respeito da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, a legitimidade de tais tipos penais está condicionada ao potencial perigo que a conduta possa ocasionar ao bem jurídico tutelado, bem como na adequação necessidade e idoneidade dessa incriminação como aponta o postulado da proporcionalidade. Desse modo, a autora também propõe a adoção do controle de constitucionalidade baseado em níveis de intensidade, modelo exigente de controle das leis penais como sugere o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, para se aferir a constitucionalidade das leis penais, o qual se dará a partir da sua análise sob as três vertentes do postulado da proporcionalidade, adequação, necessidade e idoneidade.

Palavras-chave: Crimes de Perigo Abstrato. Bens Jurídicos Transindividuais. Princípios Constitucionais Penais. Constitucionalidade. Mandados de Criminalização. Controle de Constitucionalidade.

ABSTRACT

This paper analyzes the legitimacy of criminality through abstract danger of crimes in the protection of individual legal interests above the current democratic state. Thus, to achieve the main theme of this study, the author approached initially the criminal constitutional principles, analyzing its concepts and functions in the democratic rule of law, as well as the principle of proportionality and the Warrants Constitutional Criminalization. Then analyzed the issue regarding the legal rights and the democratic rule of law, addressing the concept of legal interest, its spiritualization process and the role that he played as well as demonstrated the characteristics of individual legal interests and transindividual. He studied the crimes of danger, distinguishing them from damage crimes and, finally, analyzed the species danger of crimes provided for in the Brazilian legal system, as well as the criticisms made mainly by part of the doctrine of unconstitutionality. Finally, after debating the constitutionality control, especially the levels of intensity-based control, which is based the principle of proportionality and the purpose of analyzing the constitutionality of criminal laws, it was found that while there are criticisms regarding the constitutionality the abstract danger of crimes, the legitimacy of such criminal offenses is subject to potential danger that the conduct might cause to the protected legal interest, as well as the adequacy and suitability needs of those proceedings as pointed out by the postulate of proportionality. Thus, the author also proposes the adoption of judicial review based on levels of intensity, demanding control model of criminal laws as suggested by the Minister Gilmar Ferreira Mendes, to assess the constitutionality of the criminal code, which will take place from his analysis under the three strands of the principle of proportionality, suitability, necessity and suitability.

Keywords: Abstract Danger Crimes. Legal Assets transindividual. Constitutional Criminal principles. Constitutionality. Warrants Criminalization. Constitutionality control.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL	10
2.1 Supra princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Legalidade.....	10
2.2 Princípio da Lesividade ou Ofensividade.....	13
2.3 Princípio da Intervenção Mínima ou Subsidiariedade	15
2.4 Princípio da Culpabilidade.....	17
2.5 Postulado da Proporcionalidade e Mandados Constitucionais de Criminalização.....	18
3 BEM JURÍDICO PENAL	22
3.1 Bem Jurídico Penal e Estado Democrático de Direito	22
3.2 Conceito de Bem Jurídico Penal	24
3.3 O Processo de Espiritualização e Função do Bem Jurídico	26
3.4 Bens jurídicos Penais Individuais e Transindividuais	28
4 CRIMES DE PERIGO	30
4.1 Crimes de Perigo e Crimes de Dano	31
4.2 Crimes de Perigo Concreto e Perigo Abstrato.....	32
4.3 Polêmica Acerca da Legitimidade dos Crimes de Perigo Abstrato.....	34
5 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO	37
5.1 Controle de Constitucionalidade.....	37
5.2 Controle Difuso de Constitucionalidade	39
5.3 Controle Concentrado de Constitucionalidade	40
5.4 Controle de Constitucionalidade das Leis Penais baseado em Níveis de Intensidade.....	42
5.5 A Constitucionalidade dos Crimes de Perigo Abstrato	44
6 CONCLUSÃO	49
BIBLIOGRAFIA	51

1 INTRODUÇÃO

O direito é uma ciência dinâmica, que está em permanente (re) construção. As constantes modificações experimentadas pela sociedade exigem sua adaptação a cada novo contexto social vivenciado. Os valores eleitos pelos cidadãos como essenciais à estrutura da sociedade influenciam diretamente na construção e desenvolvimento do Direito, o qual deve sempre atuar pautado na garantia dos direitos fundamentais. Algumas vezes, porém, as inovações legislativas trazidas como resposta aos anseios sociais podem apresentar certo descompasso com a ordem constitucional vigente, de maneira que devem ser rigorosamente avaliados para que essa utilização seja considerada legítima.

O objetivo do presente estudo foi analisar a constitucionalidade de uma modalidade delitiva relativamente recente no Direito, cuja criação se deu com a finalidade de conter os diversos riscos surgidos no sistema capitalista, os crimes de perigo abstrato. Desta forma, defendemos que a simples opção pela tipificação por meio de perigo abstrato, não se traduz em inconstitucionalidade, assim, buscamos delinear a maneira como esses crimes devem ser utilizados para que não afrontem a Constituição Federal.

Para possibilitar a plena compreensão acerca do tema, primeiramente, explicamos os fundamentos dos princípios constitucionais penais, que atuam assegurando direitos fundamentais e impondo limites a intervenção do Direito Penal, sob os quais deve estar pautada a atividade legislativa em matéria penal, são eles: princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da legalidade, princípio da lesividade, princípio da intervenção mínima, princípio da culpabilidade. Em seguida, fez-se uma análise sobre o postulado da proporcionalidade e os mandados constitucionais de criminalização.

No terceiro capítulo, realizou-se uma abordagem sobre a função do Direito Penal no Estado Democrático de Direito. Em seguida, buscamos definir quais bens jurídicos são merecedores da tutela penal, bem como o conceito de bem jurídico-penal. Logos após, analisamos o processo de espiritualização do bem jurídico e sua função no Direito Penal, assim como a definição de bem jurídico individual e transindividual.

No quarto capítulo, inicialmente, fez-se uma breve diferenciação entre os crimes de perigo e crimes de dano e, posteriormente, buscou-se identificar as

espécies de crime de perigo tipificadas no nosso ordenamento jurídico. Assim, analisamos a noção de perigo nos crimes de perigo concreto e nos crimes de perigo abstrato, traçando suas principais características e diferenças, bem como a divergência doutrinária em relação a presunção do perigo nos delitos de perigo abstrato. Num momento posterior apontamos a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da (in) constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato.

No último capítulo, primeiramente, realizou-se uma análise sobre controle de constitucionalidade, em especial sobre o controle judicial repressivo, que é o método utilizado para declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade leis em vigência no ordenamento jurídico. Em seguida, apontamos o surgimento de uma nova modalidade de controle judicial, o controle de constitucionalidade baseado em níveis de intensidade, que tem sido adotado pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes nos julgados acerca da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, e se dá com base no postulado da proporcionalidade e é específico para leis penais. Por fim, defendemos que a criminalização por meio dos tipos de perigo abstrato não significa, por si só, inconstitucionalidade, pois, muitas vezes, esta forma de tipificação é a medida mais eficaz para a tutela de bens-jurídicos penais supraindividuais ou coletivos, a qual deverá estar fundada na proteção de bens jurídicos dignos da proteção penal e no potencial perigo que a conduta pode ocasionar a eles.

Para a elaboração do presente trabalho foi utilizado o método dedutivo de pesquisa, bem como dos tipos de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL

No presente capítulo pretende-se realizar um estudo acerca dos princípios constitucionais do Direito Penal, a fim de demonstrar a legitimidade dos crimes de perigo abstrato, objeto do presente trabalho.

Para tanto, analisar-se-á os supra princípios da dignidade da pessoa humana e da legalidade e princípios da lesividade, culpabilidade, intervenção mínima, os quais ora estão de forma explícita e ora são deduzíveis da Constituição Federal e atuam assegurando a liberdade dos cidadãos e impondo limites a intervenção do estado, bem como o postulado da proporcionalidade e os mandados constitucionais de criminalização.

2.1 Supra princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Legalidade

Historicamente a dignidade da pessoa humana tem origem a partir do cristianismo onde nasce a ideia de que o ser humano foi criado à imagem e semelhança de Deus e, desse modo, é dotado de um valor derivado de sua origem divina que é inerente a pessoa humana. Para Luís Roberto Barroso (2014, p.61) “a dignidade humana é, em primeiro lugar, um valor, um conceito vinculado à moralidade, ao bem, à conduta correta e à vida boa”.

Embora a dignidade da pessoa humana não seja criação constitucional, o constitucionalismo contemporâneo se atentou a ideia de que a pessoa humana, pelo motivo de sua exclusiva condição humana é titular de direitos que devem ser reconhecidos e protegidos tanto pelo Estado quanto por terceiro. “A dignidade da pessoa humana, como atualmente compreendida, se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo” (BARROSO, 2014, p.14).

A República Federativa do Brasil, constituída Estado Democrático de Direito, consagra a Dignidade da Pessoa Humana como um de seus fundamentos, conforme dispõe o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal e faz referência a esse valor em vários outros trechos do texto constitucional. Assim sendo, nota-se que a dignidade da pessoa humana, além de ser fundamento de todo o ordenamento jurídico, é a norma de maior valor axiológico constitucional.

De fato, a dignidade da pessoa humana representa um valor supremo, situado no

ápice do sistema constitucional, segundo o qual os demais dispositivos devem ser interpretados (BARROSO, 2014, p.21). No sistema jurídico brasileiro, em que a validade das leis infraconstitucionais está vinculada a sua compatibilização com a Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana funciona como uma fonte de direitos e como parâmetro para a interpretação dos direitos fundamentais e do ordenamento jurídico.

O princípio da legalidade, também denominado da reserva legal ou da intervenção legalizada, comumente enunciado pela expressão *latina nullum crimen, nulla poena sine lege*, funciona como instrumento de efetivação do Estado Democrático de Direito, impondo ao legislador, em matéria penal, a previsão legal de toda conduta humana que pretenda incriminar, bem como da pena cominada a essa incriminação, encontrando suporte na Constituição Federal – artigo 5º, inciso XXXIX (não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal), bem como no Código Penal. Francisco Assis Toledo (1994, p.21) o conceitua da seguinte forma:

O princípio da legalidade, segundo o qual nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada, sem que antes desse mesmo fato tenham sido instituídos por lei o tipo delitivo e a pena respectiva, constitui uma real limitação ao poder estatal de interferir na esfera das liberdades individuais.

A gravidade dos meios utilizados na repressão aos crimes, bem como da intervenção nos direitos fundamentais dos cidadãos, impõe a criação de um mecanismo que exerça o controle sobre o poder punitivo estatal, de maneira a eliminar toda a arbitrariedade e excesso por ele praticado.

Este princípio satisfaz a segurança jurídica, bem como a justiça penal ao resguardar outros princípios, igualmente, fundamentais, tais como: a) da proibição da retroatividade da lei penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*); b) da proibição da analogia in malam partem (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*); c) da proibição de leis e penas indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*); d) da proibição da criação de tipos penais incriminadores por meio dos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*), (GRECO, 2009, p.122/135). Portanto, são desdobramentos do princípio da legalidade o princípio da reserva legal, da anterioridade da lei penal, da irretroatividade da lei penal mais severa e da taxatividade.

O princípio da reserva legal representa uma importante garantia contra o arbítrio do poder estatal, impondo que o Direito Penal somente poderá punir alguém quando a conduta por ele praticada for proibida e descrita em lei, em sentido estrito, lei formal e material, entendida como a lei ordinária ou complementar elaborada pelas Casas Legislativas, de acordo com o procedimento legislativo correto e com conteúdo compatível com a Constituição Federal. O caráter da reserva legal impede a delegação da função de definir crimes e cominar penas a outrem, tornando o poder legislativo o único detentor do poder normativo em matéria penal (PRADO, 2010, p.141).

Segundo o princípio da anterioridade da lei penal, não basta a incriminação de condutas e cominação de penas pela lei em seu aspecto formal e material. É necessário, ainda, que esta lei seja anterior a conduta que ela incriminou, ou seja, ela somente será aplicável aos fatos posteriores à sua vigência. No entanto, a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XL, afasta esta vedação, prevendo que: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, ou seja, a lei posterior será aplicável a fatos ocorridos antes da sua vigência, quando ela for mais benigna ao réu (GRECO, 2009, p.125).

Conclui-se, outrossim, que a lei penal não retroagirá para agravar a situação do réu. Mencionado texto constitucional veda a irretroatividade da lei mais severa, terceiro desdobramento do princípio da legalidade, que funciona como uma restrição ao arbítrio legislativo e judicial na elaboração ou aplicação retroativa da lei penal prejudicial (PRADO, 2010, p.142).

Por sua vez, o princípio da taxatividade ou da determinação significa dizer que legislador ao incriminar uma conduta, deve descrevê-la da forma mais clara, suficiente e determinada possível, de modo que o tipo penal represente uma garantia ao Estado e ao cidadão, pois a lei taxativa também serve de limitação para o poder judiciário, que somente poderá impor pena ao autor de uma conduta considerada lesiva ou potencialmente lesiva descrita especificamente na norma penal incriminadora.

Desse modo, verifica-se são duas as dimensões do princípio da taxatividade *nullum crimen sine lege scripta et stricta*¹, as quais levam em consideração o destinatário e o momento da necessidade de sua observância.

¹ *Nullum crimen sine lege scripta et stricta*: Não há crime sem lei escrita e estrita

Primeiramente dirige-se ao legislador e num segundo momento ao juiz. Ao legislador cabe a descrição da forma mais exata e clara possível do fato punível. Segundo Luiz Regis Prado, esta dimensão “diz respeito, em especial, à técnica de elaboração da lei penal, que deve ser suficientemente clara e precisa na formulação do injusto e no estabelecimento da sanção para que exista segurança jurídica” (2010, p.43), possibilitando o conhecimento do seu conteúdo por seus destinatários, bem como permitindo-lhes a diferenciação entre o lícito e o ilícito. Quanto sua observância pelo juiz, a taxatividade visa estabelecer parâmetros legais em que está vinculado o julgador no momento da aplicação da lei penal no caso concreto. Isso vale dizer que, cabe ao juiz “interpretar e aplicar a norma penal incriminadora nos limites em que foi formulada, para satisfazer a exigência de garantia, evitando-se eventual abuso judicial” (PRADO, 2010, p.143).

2.2 Princípio da Lesividade ou Ofensividade

O princípio da lesividade ou ofensividade, também designado pelo aforismo *nullum crimen sine iniuria*², fundamenta-se na ideia de que “toda incriminação deve ter por escopo a proteção de bens jurídicos contra lesões ou perigo de lesões” (PRADO, 2006, p.137), pois, caso contrário, não haverá delito.

O conceito de *nullum crimen sine iniuria* estabelece que “somente será penalmente relevante a conduta que lesiona o bem jurídico protegido, de forma que serão atípicos os atos que não afetem os interesses tutelados” (BOTTINI, 2010, p.203), exige-se que tanto o tipo penal quanto a conduta praticada envolvam um perigo de lesão ou lesão efetiva ao bem jurídico tutelado.

A Constituição Federal de 1988, tampouco as anteriores, não trouxe de forma expressa o princípio da lesividade, porém ele pode ser extraído do corpo constitucional onde, embasado no princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, III, CF/88), encontra-se implicitamente previsto, uma vez que atuação do Direito Penal restringe o direito à liberdade do homem, que é inerente à dignidade humana.

Para Luiz Flávio Gomes o princípio da ofensividade tem função dupla no Direito Penal. A primeira atua no plano político criminal, exercida no “momento em que se decide pela criminalização da conduta, constitui um limite ao direito de

² *Nullum crimen sine iniuria*: Não há crime sem injúria, sem ofensa

punir do Estado (*jus puniendi*)", é dirigida ao legislador. Por outro lado, também desempenha a função interpretativa ou dogmática, exercida no "instante em que se interpreta e se aplica concretamente o Direito Penal, configura um limite ao Direito Penal (*ao jus poenale*)", e é dirigida ao aplicador da lei penal (GOMES, 2002, p.28). No primeiro momento, caberá ao legislador realizar a seleção dos bens jurídicos que merecem a tutela penal, tornando-os bens jurídicos penais e, após, deverá selecionar quais condutas são aptas a ofender ou expor a um perigo significativo estes bens jurídicos a ponto de serem tipificadas como crime. Depois de tipificada a conduta, no segundo momento, caberá ao hermenêuta da lei, no caso concreto, realizar juízo de valor sobre sua legitimidade.

O princípio da lesividade se tornou mais evidente com o advento do Estado Democrático de Direito que, fundamentado na dignidade da pessoa humana, impõe ao Direito Penal uma atuação mínima haja vista que, na maioria das vezes, a punição penal cerceia um dos mais relevantes bens (direito) do homem, a liberdade.

Desta forma, toda e qualquer intervenção penal somente se justificará quando for extremamente necessária à defesa de interesses relevantes aos cidadãos e à sociedade contra agressões intoleráveis capazes de ofendê-los ou exporem-no a um perigo, pois no Estado Democrático de Direito, sua missão é a de salvaguardar bens de extrema relevância para a vida social.

Por força desse princípio, não basta que a conduta se adeque ao tipo penal, exige-se, ainda, sua valoração, ou seja, é necessário que ela lesione o bem jurídico tutelado e, por isso, não é possível responsabilizar criminalmente a pessoa que realiza uma conduta que não afeta qualquer bem jurídico. É com base nesta consideração que alguns doutrinadores questionam a legitimidade dos crimes de perigo abstrato, sustentando que lhes falta lesividade.

Todavia, essa aparente incompatibilidade entre os crimes de perigo abstrato e o referido princípio pode ser superada de duas formas (BOTTINI, 2010, p.206/207). A primeira consistiria em reconhecer nos delitos de perigo abstrato um dano efetivo a bens jurídicos difusos, transformando sua natureza jurídica e definindo-os como crimes de lesão, porém esta solução não é recomendada pelo próprio autor, o qual aponta que, por ela, qualquer tipo penal seria um crime de lesão e dotado de lesividade. A segunda alternativa seria rever os contornos do conceito de lesividade que, "não compreende apenas as situações de exposição efetiva de um bem a lesão ou a perigo, mas abriga também a desestabilização de

expectativas diante de atividades arriscadas, com mero potencial de perigo” (BOTTINI, 2010, p.207).

Faria Costa já apontava para a percepção de três níveis de lesividade: dano, exposição a perigo concreto e, por sua vez, os crimes de perigo abstrato refletiriam um terceiro nível de lesividade, a desestabilização de expectativas diante de atividades arriscadas (FARIAS COSTA apud BOTTINI, 2010, p.208). A lesividade nos delitos de perigo abstrato deve estar presente no plano legal (por meio de dispositivos claros e taxativos que permitam o reconhecimento dos interesses que visa resguardar) e no plano fático, onde a análise da lesividade se daria da seguinte forma:

[..] o juiz ao aplicar a norma, deverá perquirir pela lesividade da conduta diante das circunstâncias concretas que envolvem sua prática. Esta verificação do potencial lesivo do comportamento se faz por um juízo de periculosidade da ação descrita no tipo como de perigo abstrato. Apenas a conduta que ostente periculosidade tem o condão de movimentar o direito penal de forma legítima. As ações ou omissões que não impliquem em riscos, ao menos potenciais, de afetação do bem jurídico, não podem interessar ao sistema repressor (BOTTINI, 2010, p.208).

Desta forma, conclui-se que a lesividade também impõe a criminalização de condutas que sejam, no mínimo, aptas a criarem um risco de dano ao bem jurídico protegido, sendo vedada a mera violação de dever. Por este motivo, deve-se verificar a potencialidade lesiva do comportamento descrito no tipo penal.

2.3 Princípio da Intervenção Mínima ou Subsidiariedade

O princípio da intervenção mínima encontra-se implicitamente previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição vigente que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (SILVA, 2003, p.119). Este princípio orienta a elaboração dos tipos penais e limita o poder incriminador do Estado preconizando que a intervenção do Direito Penal somente será legítima, quando necessária e indispensável para a tutela de determinado bem jurídico. Luiz Regis Prado (2010, p. 148) leciona que o princípio da intervenção mínima “estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa”. Desse modo, a intervenção penal

somente será legítima quando for absolutamente necessária para a sobrevivência da sociedade, como *ultima ratio*.

Rogério Greco (2009, p.62) aponta os dois enfoques sob os quais deve ser analisado o princípio da intervenção mínima:

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

Ainda segundo o autor supracitado, a primeira vertente está relacionada a finalidade do Direito Penal, a proteção dos bens mais relevantes e necessários ao convívio social, que se dará por meio de tipos penais incriminadores. Já a segunda vertente diz respeito a necessidade da aplicação subsidiária do Direito Penal, pois tendo em vista a gravidade de sua sanção, sua interferência somente será necessária quando os demais ramos do direito se mostrarem insuficientes ou ineficazes à proteção dos bens jurídicos. Logo, se outros ramos do direito forem suficientes e eficazes para proteção desses bens, a criminalização não é legítima.

O caráter fragmentário e a natureza subsidiária do Direito Penal determinam que, diante uma conduta perigosa a um bem jurídico, deve-se realizar uma análise acerca da importância desse bem, assim como se ele ostenta o status de bem jurídico penal e, ainda, verificar se não é possível sua proteção pelas demais formas de sanção (como a civil, administrativa). Assim, ante a gravidade da sanção penal, o caráter fragmentário do Direito Penal orienta que o legislador o utilize de forma subsidiária (*ultima ratio*), e nunca como a primeira opção.

Por outro lado, sempre que a conduta trazer um perigo ínsito, que não pode ser eficazmente controlado por outras formas, a criminalização desta conduta não acarreta em ofensa à intervenção mínima. Nesse sentido, afirma Pierpaolo Cruz Bottini (2010, p.2010):

A criação de tipos de perigo abstrato não macula, necessariamente, o princípio da que a norma aponte para comportamentos arriscados para bens jurídicos tutelados, subsidiariedade, desde que não possam ser inibidos de maneira satisfatória por outros mecanismos de gestão de riscos.

A intervenção penal em um Estado Democrático de Direito será legítima quando exercida em prol de bens essenciais à sociedade, desde que estes

não sejam passíveis de proteção por outras formas de controle sociais mais brandos e flexíveis do que o Direito Penal.

2.4 Princípio da Culpabilidade

A culpabilidade geralmente conceituada como um juízo de censura recai sobre a conduta típica e ilícita, pode ser verificada sob três aspectos distintos: 1) como elemento integrante do conceito analítico de crime; 2) como princípio limitador da pena; 3) como princípio impeditivo da responsabilidade objetiva. Daí o brocardo *nullum crimen, nulla poena sine culpa* (GRECO, 2009, p.117).

Quanto ao primeiro aspecto da culpabilidade, vale dizer que esta é indispensável para o reconhecimento do crime, a sua constatação é obtida através de um juízo de censura realizado pelo aplicador da lei, considerando que apenas os fatos censuráveis merecem a atenção do Direito Penal. Tendo o magistrado concluído pela existência do crime, o próximo passo é a condenação do agente com a consequente imposição de pena, neste momento é verificado o segundo aspecto da culpabilidade, agora como princípio medidor da pena que deverá ser proporcional à culpabilidade do agente, condutas mais censuráveis devem ter penalidade maior e as menos reprováveis, pena mais branda. Quanto ao terceiro aspecto a culpabilidade impede a punição de uma conduta pela simples produção de um resultado.

Por ora, o que interessa no presente estudo é o princípio da culpabilidade sob o aspecto impeditivo da responsabilidade penal pelo resultado ou responsabilidade penal objetiva. Neste sentido “refere-se à impossibilidade de se responsabilizar criminalmente por uma ação ou omissão quem tenha atuado sem dolo ou culpa” (*nullum crimen sine culpa*), (PRADO, 2010, p.145).

É nesse contexto, parte da doutrina aponta que o princípio da culpabilidade é violado na tipificação dos crimes de perigo abstrato, sob o fundamento de que a presunção do perigo ao bem jurídico significa também em presunção da culpabilidade. Porém, não há presunção alguma de culpabilidade, pois, na verdade, a análise do perigo ou do dano, que pertencem ao âmbito do fato típico e ilícito, se dá em momento anterior à verificação da culpabilidade, logo não há que se falar em presunção. Neste sentido é o ensinamento de Ângelo Roberto Ilha da Silva:

Não se presume a culpabilidade, que se presume é o perigo para o bem jurídico que se refere à afetação do bem a partir de uma conduta. Só então será avaliada a culpabilidade, que nada mais é do que a consideração, a apreciação da reprovabilidade do fato lesivo (danoso ou perigoso) (SILVA, 2003, p.27).

Desta forma, por ser a culpabilidade a reprovabilidade pessoal da conduta ilícita, somente haveria violação do princípio da culpabilidade se da conduta perpetrada pelo agente não puder se aferir o conteúdo material do injusto.

Portanto, não há presunção da culpabilidade, mas tão somente presume-se a periculosidade da conduta praticada pelo agente. Ademais, no caso concreto, deverão ser analisados a conduta típica, a ilicitude, o nexo de causalidade, o resultado e, independente da espécie de crime, a culpabilidade, pois como já abordado não se presume a culpa do agente, dessa forma não há que se falar em afronta o princípio da culpabilidade.

2.5 Postulado da Proporcionalidade e Mandados Constitucionais de Criminalização

O postulado da proporcionalidade tem por finalidade limitar o poder do Estado na esfera dos direitos fundamentais do indivíduo e encontra-se implicitamente previsto na Constituição Federal de 1988, mais precisamente, no artigo 5º, incisos XLVI (individualização da pena); XLVII (proibição de determinadas espécies de sanções penais), XLII, XLIII, XLIV (admissão de tratamento mais rigoroso para infrações mais graves).

Este princípio foi consagrado no direito administrativo, mas somente no período Iluminista, sob influência das obras *Dei delitti e delle pene* e *Del' espiriti des lois*, de Cesare Beccaria e Charles de Montesquieu, os quais tratam da proporcionalidade que deve haver entre o delito (mal acarretado pela conduta) e a pena a ser imposta ao infrator, é que a proporcionalidade se firmou como pressuposto penal (PRADO, 2010, p.150).

Atualmente, o princípio da proporcionalidade se faz presente em nosso ordenamento jurídico, jurisprudência e doutrina. Segundo afirma Gilmar Ferreira Mendes, em seu voto no julgamento da ADIn.3112/DF, na dogmática alemã, o princípio da proporcionalidade se diferencia em proibição do excesso e proibição da proteção deficiente.

No princípio da proporcionalidade quanto vertente da proibição da proteção deficiente, os direitos fundamentais funcionam como imperativos de tutela e considera inadequado o ato que não os protejam de maneira eficaz, bem como o considerará desnecessário se existirem outras medidas que favoreçam ainda mais a realização destes direitos, ou seja, a proibição da proteção deficiente impõe que o Estado adote medidas suficientes para alcançar a proteção adequada e efetiva. Esta vertente veda a possibilidade do legislador ordinário se omitir ou conferir um tratamento ineficaz na proteção de bens fundamentais, a adequação ou idoneidade orientam que a “sanção penal deve ser um instrumento capaz, apto ou adequado à consecução da finalidade pretendida pelo legislador” enquanto a necessidade significa que “o meio escolhido é indispensável, necessário, para atingir o fim proposto, na falta de outro menos gravoso e de igual eficácia” (PRADO, 2010, p.150).

Quanto a proibição de excesso o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro para a aferição da constitucionalidade das intervenções na esfera dos direitos fundamentais do cidadão. Sob este aspecto orienta que a resposta punitiva do Estado seja proporcional à intensidade do ataque praticado ao bem jurídico, “exige-se um liame axiológico e, portanto, graduável entre o fato praticado e a cominação legal/consequência jurídica, ficando evidente a proibição de qualquer excesso” (PRADO, 2010, p.151).

No presente estudo pretende-se realizar uma análise do princípio da proporcionalidade como limite da atividade legislativa, bem como sua aplicação no caso concreto.

Quando da fixação da pena em abstrato o legislador, para atender o princípio da proporcionalidade, deverá se atentar ao nível de proximidade da lesão ao bem jurídico tutelado, quanto mais próxima a lesão mais grave deverá ser a pena, “[...]os tipos penais de perigo abstrato devem ser seguidos pela previsão de sanção mais branda do que aquelas previstas para o perigo concreto e para a lesão ao bem jurídico protegido” (BOTTINI, 2010, p.214). Quanto a proporcionalidade da aplicação concreta da sanção penal, destaca Pierpaolo Cruz Bottini (2010, p.215):

Em relação aos crimes de perigo abstrato, a periculosidade da conduta e seu potencial ofensivo para os bens protegidos pela norma penal serão o norte da medição da resposta penal. [...]. A proporcionalidade judicial em tais delitos será aplicada, portanto, com base no perigo potencial que a ação representa para o conjunto de bens protegidos.

Por imposição do princípio da proporcionalidade o Estado deve adequar a resposta penal à conduta do agente, sempre ponderando a incriminação com o grau de ofensividade ao bem jurídico.

Em suma, o princípio da proporcionalidade veda a intervenção excessiva, inadmite o tratamento insuficiente a proteção do bem jurídico penal e a omissão do legislador na tipificação de crimes e cominação de penas. Nesse ponto, entra em cena o estudo dos mandados constitucionais de criminalização.

A Constituição Federal promulgada em 1988, denominada Constituição Cidadã, em razão da adoção de princípios fundamentais e defesa de direitos individuais e coletivos, consagra de maneira inédita direitos fundamentais e, ao mesmo tempo, traz uma série de normas propulsoras do Direito Penal, estabelecendo mandados de criminalização, hipóteses de obrigatória intervenção do Direito Penal, que possibilitam a ampliação do seu âmbito de atuação, como afirma Luiz Luisi (2003, p.57):

[...] as constituições contemporâneas tem, ao lado dos princípios até agora analisados, uma série de preceitos destinados a alargar a incidência do direito criminal no sentido de fazê-lo um instrumento de proteção de direitos coletivos, cuja tutela se impõe para: que haja uma justiça mais autêntica, ou seja, para que se atendam as exigências de Justiça Criminal[...].

Em matéria publicada no site JusBrasil Fabrício da Mata Correa assevera que o constituinte originário considerando a importância que algumas matérias possuíam e o temor de que elas não fossem tratadas com o devido cuidado, como método para informar ao poder legislativo a sua importância, optou por fazer referências a elas, deixando claro a relevância e necessidade de serem tuteladas pelo Direito Penal. Assim, como afirma Cleber Masson em artigo publicado no site Cartaforense, os mandados de criminalização, são mecanismos de proteção aos direitos fundamentais que indicam ao legislador determinadas matérias sobre as quais ele não tem a faculdade, mas a obrigatoriedade de legislar, para efetivar a proteção dos interesses ali consagrados.

Os mandados de criminalização se apresentam no texto constitucional de duas formas: explícita ou implicitamente. Os explícitos ou expressos, são aqueles em que sua simples leitura indica, de forma clara, a necessidade de criminalização ou de tratamento mais rígido a determinadas infrações penais.

Transcreve-se, a propósito, as seguintes disposições constantes do artigo 5º, da Constituição Federal:

XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;
XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível sujeito a pena de reclusão nos termos da lei;
XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça e anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;
XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, os mandados de criminalização implícitos ou dedutíveis, não trazem essa referência, uma vez que a Constituição Federal não indica expressamente que medida deve ser adotada, apenas salienta a sua importância, devendo se levar em consideração a ordem de valores consagrados pela Constituição para se extrair a necessidade da criminalização.

Sobre essa obrigatoriedade de o legislador ordinário criminalizar condutas, leciona o ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Ferreira Mendes:

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenções (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzbebote). [...] pode se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Ubermassverbot), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). [...] do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado de não apenas se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 102.087 MG, Rel: Min. Celso de Mello, 2012).

Como assevera Gilmar Ferreira Mendes, no julgamento do Habeas Corpus 102.087/MG, “a ideia é a de que a intervenção estatal por meio do Direito Penal, como *ultima ratio*, deve ser sempre guiada pelo princípio da proporcionalidade”. Portanto, por imposição dos mandados de criminalização, o legislador deve observar o princípio da proporcionalidade como proibição do excesso e como proibição da proteção insuficiente, para que possa devidamente cumpri-los.

3 BEM JURÍDICO PENAL

O objetivo do presente capítulo é o de realizar um estudo sobre o bem jurídico penal, verificando seu conceito, bem como sua função no modelo atual do Direito Penal.

No Estado Democrático de Direito, o Direito Penal deve ser subsidiário e garantista e ter como finalidade exclusiva a tutela de bens jurídicos. No entanto, para que esta tutela seja legítima é imprescindível que haja, ao menos, um ataque potencialmente lesivo a determinado bem jurídico e que tenha por função direta a proteção de bens jurídicos essenciais aos indivíduos e à sociedade.

Desta forma, pode-se afirmar que o bem jurídico constitui uma garantia aos cidadãos e, ao mesmo tempo, limita o poder incriminador do legislador penal e o poder punitivo estatal e, por este motivo, a tutela penal nunca pode ser dissociada do fundamento do bem jurídico. Assim, necessária se faz sua definição e compreensão para a análise acerca da legitimidade dos crimes de perigo abstrato.

3.1 Bem Jurídico Penal e Estado Democrático de Direito

O Brasil é constituído um Estado Democrático de Direito conforme dispõe a Constituição Federal em seu art. 1º, e destina-se a promover liberdade, a segurança, o bem-estar, a igualdade e assegurar o exercício de direitos. O Estado de Direito é constituído através da positivação do ordenamento jurídico, o qual estabelece um sistema organizado a fim de garantir os direitos individuais e coletivos. Por Estado de Democrático entende-se a elaboração daquele ordenamento por pessoas legitimadas, aquelas eleitas pela sociedade através do sufrágio universal como seus representantes e atuam no interesse da sociedade. Leciona Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p.93) que:

O Estado Democrático de Direito caracteriza-se pelo respeito à dignidade da pessoa humana e pelo respeito à liberdade, não tendo um fim em si mesmo, ao contrário, devendo estar a serviço do bem-estar da população, não deve intervir na vida de seus súditos de modo arbitrário, proibindo condutas por mero dever de obediência, ou pretender conformar seus cidadãos a um determinado posicionamento político ou moral, com ameaça de pena.

A delimitação do bem jurídico é de extrema importância para a compreensão e justificação dos tipos penais, pois o Direito Penal de um Estado Democrático tem por missão primordial e se justifica pela tutela de bens e interesses que objetiva resguardar. Assim, explica Luís Regis Prado (2009, p. 61) “[...] a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária”.

De acordo com o ordenamento jurídico vigente, o Direito Penal é a *ultima ratio* do Direito, ou seja, sua atuação somente deverá ocorrer quando houver lesão significativa a um bem jurídico. Nesse sentido Ângelo Roberto Ilha afirma (2003, p. 94) “toda e qualquer intervenção estatal, e especialmente a intervenção penal, somente se justificará quando for estritamente necessária à defesa de valores eleitos pela comunidade como essenciais em face de agressões intoleráveis”. Inegável, portanto, que o bem jurídico limita o poder incriminador do legislador penal no Estado Democrático de Direito.

No entanto, apenas a existência do bem jurídico não confere legitimação para a atuação do Direito Penal, pois é de extrema importância a identificação de interesses ou valores dignos da proteção penal. O problema a ser enfrentado, portanto, é o de fixar critérios a serem adotados para selecionar quais bens e valores são fundamentais a sociedade.

Não obstante, para estabelecer esta delimitação constitucional deve se levar em conta que nem todo bem ou valor constitucional estão demonstrados de forma explícita na Constituição e, ainda, que nem todos eles, necessariamente devem ser tutelados pela lei penal, mas somente quando forem relevantes à sociedade e outras formas de controle social se mostrarem insuficientes a protegê-los.

Ao examinar a delimitação constitucional dos bens jurídicos-penais, Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p.84) aprecia considerações de Dolcini e Marinucci na obra *Constituição e escolha dos bens jurídicos*, quais sejam:

- a) a primeira estar em saber se da Constituição provêm vedações de incriminações;
- b) a segunda questão explora se apenas os bens relevantes para a Constituição dispõem de dignidade penal;
- c) a terceira indaga se a Lei Maior impõe tipificação de tipos penais, ou seja, a tutela de certos bens pela via criminal.

A partir da análise de cada uma destas considerações pelo autor supracitado, podemos afirmar quanto a primeira indagação que nossa Lei Maior impõem sim vedações de incriminações; A segunda deve-se observar que, como a Constituição nas cláusulas expressas não diz taxativamente quais bens considera relevante, há que se tutelar além daqueles previstos, aqueles que não se puserem em contradição e desde que a incriminação não seja por ela vedada; A terceira e última indagação, assim como a primeira será respondida positivamente, uma vez que a Constituição impõe mandados de criminalização.

Ressalte-se que nem todos os bens constitucionalmente considerados requer uma tutela penal, do contrário não haveria limites para o exercício do *jus puniendi*. Por outro lado, pode-se afirmar que a Constituição veda a tipificação de condutas que importem em negar os valores por ela consagrados. Ainda que, por não estabelecer de maneira taxativa nas cláusulas expressas os bens que merecem a tutela penal, alguns deles devem ser deduzidos da mensagem constitucional examinando-se os valores por ela buscados. Por derradeiro, observa-se que há imposições expressas de criminalização cujas condutas o legislador deverá tipificar (SILVA, 2003, p.92).

Para se estabelecer um critério mais claro acerca da identificação dos bens jurídicos merecedores da proteção penal a análise “deve ser realizada sob uma ótica funcional e, nesse sentido, só pode estar fundada na dignidade humana, bem como no conjunto de condições necessárias para a autodeterminação do indivíduo” (BOTTINI, 2010, p. 181). Este critério, se torna menos evidente quando se pretende tutelar bens cuja titularidade transpassa a individualidade e se tornam bens coletivos, que diante do novo contexto social vivenciado se mostram merecedores da tutela penal.

3.2 Conceito de Bem Jurídico Penal

Bens significa interesses e bens jurídicos são interesses de elevada

importância social, essenciais ao desenvolvimento e à manutenção dos cidadãos e da sociedade e, por isso, tutelados pelo ordenamento jurídico. O bem jurídico é elemento fixo na estrutura de todos os tipos penais, Luis Luisi (1987, p. 50) afirma que “os bens jurídicos estão na base da criação dos tipos penais. Esta resulta da necessidade de proteção daqueles bens indispensáveis ao convívio ordenado dos homens”.

Segundo Ensinamento de Francisco de Assis Toledo “bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas” (1994, p.16). Pierpaolo Cruz Bottini o define da seguinte forma (2010, p.178) “[...] o bem jurídico será todo elemento indispensável ao livre desenvolvimento do indivíduo dentro de um sistema social orientado para a autodeterminação, para a garantia da pluralidade e da liberdade democrática”.

De acordo com o princípio da intervenção mínima, o Direito Penal somente deve atuar quando necessário e indispensável para a tutela de determinado bem jurídico, pois nem todos os bens jurídicos necessitam da tutela penal, logo, nem todos eles terão o status de bem jurídico penal. Desta forma, ante a ausência de parâmetros objetivos para a seleção dos bens que merecem tutela por meio de criminalização, observa-se porque a doutrina afirma ser difícil a conceituação de bem jurídico penal. No entanto, embora haja dificuldade na definição de bem jurídico penal, deve-se observar a advertência levantada por Juarez Tavares (2003, p. 181):

Embora, no âmbito de um direito penal democrático, o que realmente se exija seja a absoluta transparência do objeto lesado, como forma de comunicação normativa, independentemente do engajamento político do seu intérprete, o conceito de bem jurídico ou, pelo menos, sua delimitação, por meio de argumentos compatíveis ao panorama da linguagem ordinária, deve ser levado a sério, porque nele reside todo o processo de legitimação da norma penal.

A doutrina moderna vem afirmando que o conceito de bem jurídico deve ser extraído da Constituição Federal através dos postulados ali estabelecidos, os quais devem ser observados pelo legislador penal para fixar sua delimitação, uma vez que “de acordo com a teoria constitucional do Direito Penal, a tarefa de criação de crimes e cominação de penas somente se legitima quando são tutelados valores consagrados pela Constituição Federal [...]” (MASSON, 2003, p. 47).

Todavia, diante a existência de diversos fatores que influenciam sua delimitação, segundo maioria da doutrina, a definição exata de bem jurídico permanece sendo uma tarefa difícil, nesse sentido é o entendimento de Alice Bianchini (2002, p.49) “um Estado tipo democrático e de direito deve proteger, com exclusividade os bens considerados essenciais à existência do indivíduo em sociedade. A dificuldade encontra-se, exatamente, na identificação dessa classe de bem”.

Para Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 38), “[...] o bem jurídico-penal pode ser definido como o bem valorado como essencial à convivência social de certa comunidade em dado momento histórico e, por isso, tutelado pela norma penal”. Conforme leciona Luiz Regis Prado (2010, p.265):

O bem jurídico vem a ser um ente (dado valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido.

Assim, apesar da dificuldade de se estabelecer critérios objetivos para sua definição, verifica-se que o bem jurídico é extremamente importante ao restringir o alcance do Direito Penal na eleição dos bens jurídicos-penais, assim como na tipificação de crimes. Porque, orientado pelos princípios fundamentais do Direito Penal, o legislador deverá sempre levar em consideração que apenas os bens mais importantes para o homem e a sociedade devem ser penalmente tutelados e que esta tutela jamais pode ter por objeto preceitos morais, éticos, ideológicos, uma vez que não considerados essenciais ao desenvolvimento e à manutenção dos cidadãos e da sociedade.

3.3 O Processo de Espiritualização e Função do Bem Jurídico

A sociedade moderna, caracterizada pelos riscos e insegurança proporcionados pelos avanços tecnológicos e científicos, influenciou no surgimento de uma nova categoria de bens jurídicos. Nesse contexto, ao oposto dos bens jurídicos tradicionalmente considerados (individuais), os novos bens jurídicos tem por característica a transindividualidade e, assim são denominados bens jurídicos supraindividuais, imateriais, ou espiritualizados, portanto esse processo de

ampliação do bem jurídico “corresponde no seu distanciamento da objetividade natural, bem como do seu eixo individual, para focar a intervenção penal na proteção de bens jurídicos universais ou coletivos” (MACHADO, 2005 p.106).

O processo de expansão do Direito Penal se inicia com ampliação e transindividualidade do bem jurídico que se torna imaterial e abstrato diferentemente dos tradicionalmente considerados, que são bens jurídicos materiais e determinados. Assim, para que pudesse tutelar de maneira eficaz esses novos bens jurídicos surgidos na sociedade do risco o Direito Penal não poderia permanecer atuando de acordo com a política criminal tradicional, sendo necessária sua adaptação ao novo contexto social e a adoção de uma atuação prévia, cuja finalidade é evitar resultados danosos à sociedade.

Esta ampliação, desmaterialização ou abstrativização dos bens jurídicos corresponde a tutela de bens coletivos, aqueles de interesse de toda a sociedade, possibilitando que o Direito Penal antecipe sua atuação através da tipificação dos crimes de perigo, punindo condutas que expõe a perigo um bem jurídico coletivo penalmente relevante.

Por fim, resta salientar as funções desempenhadas pelo bem jurídico penal. A função primordial do bem jurídico é a de garantia ou limitação do jus puniendi, ou seja, de fundamentar a atuação do Direito Penal uma vez que sua ação somente estará autorizada quando tiver por escopo a proteção de bens jurídico-penais (BIANCHINI, 2002, p.50). No entanto, a doutrina pátria vem apontando diversas funções exercidas pelo bem jurídico, como assevera Luiz Regis Prado (2009, p.50-51) o bem jurídico cumpre as quatro seguintes funções: 1) função de garantia ou de limitação do direito de punir do Estado, pois somente as condutas que lesionem ou exponham a perigo o bem jurídico devem ser tipificadas; 2) função teleológica ou interpretativa, eis que os bens jurídicos funcionam como critério de interpretação dos tipos penais; 3) função individualizadora, auxilia na aplicação da pena, tendo como pressuposto a gravidade da lesão suportada; 4) função sistemática, funciona como elemento para a classificação dos tipos penais em grupos na parte especial do Código Penal.

Para Nilo Batista (2005, p.96) são cinco as funções cumpridas pelo bem jurídico: a) função axiológica, indica as valorações que presidem sua seleção pelo legislador; b) sistemático-classificatória, relaciona-se a classificação dos tipos penais no Código Penal; c) exegética, funciona como instrumento para a

interpretação das normas jurídico-penais; d) dogmática, funciona como base para a teoria do delito; e) crítica, a partir de sua indicação é possível analisar a opção e finalidade do legislador.

Em suma, a função do bem jurídico está relacionada a compatibilização do direito de punir do Estado com a liberdade individual do cidadão, pois a eleição dos bens jurídicos deverá ser realizada com observância aos princípios da intervenção mínima, subsidiariedade e lesividade e, eventual violação a estes referenciais, enseja também no desrespeitado a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, acarretará em inconstitucionalidade do tipo penal; bem como refere-se a condição inafastável do bem jurídico como elemento central do tipo penal, delimitando o âmbito de abrangência de cada tipo penal em relação ao bem que ele tem por finalidade tutelar e, ainda, orienta o operador do direito a encontrar o tipo penal que mais se adegue ao delito praticado, em virtude disso, a leis penais deverão ser organizadas de modo que permitam vislumbrar as diversas formas de ofensas a bens jurídicos.

3.4 Bens jurídicos Penais Individuais e Transindividuais

Levando-se em consideração o critério da titularidade, os bens jurídicos penais podem ser classificados em bens jurídicos individuais ou bens jurídicos transindividuais, estes também denominados de supraindividuais, universais, macrossociais ou meta-individuais. O bem jurídico individual é aquele que se caracteriza pela titularidade pessoal, o titular é o indivíduo. No bem jurídico supraindividual a titularidade transcende à esfera pessoal, pertence a determinado grupo de pessoas ou à coletividade.

Neste sentido é o ensinamento de Luiz Flávio Gomes (2002, p.97):

Quanto à tipologia, existem bens jurídicos individuais (bens de uma pessoa singular) ao lado dos supra-individuais, que se subdividem em gerais ou universais (bens do Estado ou da sociedade) e difusos (bens relacionados a uma determinada coletividade). Dentro dos bens difusos acham-se os instrumentais, que são bens coletivos que servem para assegurar uma fase antecipada a tutela de bens particulares: saúde pública, meio ambiente, segurança viária etc.

O Direito Penal clássico, tradicionalmente, tutela bens jurídicos individuais, tais como a vida, o patrimônio, a honra, a dignidade sexual, a referência

pessoal é direta possibilitando uma maior facilidade na identificação das vítimas. Atualmente o Direito Penal tutela de bens jurídicos transindividuais, cuja titularidade tem carácter não pessoal, como ocorre na saúde pública, ordem econômica, meio ambiente, seu âmbito de proteção ultrapassa a esfera individual e envolve um grupo de pessoas ou mesmo a coletividade.

Há ainda quem opte por classificar os bens jurídicos em: a) bens jurídicos institucionais, também denominados públicos ou estatais, nos quais a tutela transindividual é intermediada por uma pessoa jurídica de direito público, por exemplo, a administração pública; b) bens jurídicos coletivos, aqueles que abrangem um número determinável de pessoas, como ocorre na saúde pública; e c) bens jurídicos difusos, aqueles que abrangem a coletividade como um todo e tem carácter plural e indeterminado, assim como ocorre no meio ambiente (PRADO, 2010, p. 270).

Ressalte-se que, na proteção jurídico-penal, apesar de suas peculiaridades, não há preponderância ou hierarquia entre os bens jurídicos transindividuais e os bens jurídicos individuais, na verdade eles mantêm uma relação de complementariedade, por exemplo, “a saúde pública em relação à individual; o ambiente em relação à qualidade de vida do homem” (PRADO, 2010, p.269).

4 CRIMES DE PERIGO

A sociedade moderna proporcionou a criação de novas formas de criminalidade, bem como o surgimento de relevantes valores e bens não abarcados pela política criminal do Direito Penal clássico, razão pela qual houve a necessidade de reavaliação da dogmática penal tradicional a fim de adequá-la ao novo contexto social a partir de relevantes modificações na legislação penal. Este processo de expansão se caracteriza pela antecipação da tutela penal e os delitos de perigo são os instrumentos utilizados pelo Direito Penal para essa a antecipação, como forma de proteger determinados bens jurídicos de titularidade coletiva que considera relevante.

Aponta a doutrina, que os delitos de perigo existem desde os tempos remotos, na antiga Roma, por exemplo, incriminava-se o fato de colocar um vasilhame sobre o peitoril da janela, mesmo que não causasse lesão aos transeuntes. Por outro lado, no campo doutrinário, a teoria dos crimes de perigo é tema mais recente e foi enunciado, pela primeira vez, por Binding, segundo menciona Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 51).

Conforme leciona Pierpaolo Cruz Bottini (2007, p. 128), Binding classificou as normas penais em: proibição de lesão (*Verletzungsverbote*); proibições de perigo (*Gefahrungsverbote*); e infrações de polícia ou delitos de desobediência (*Ungehorsamsstrafe*).

As proibições de lesões são aqueles referentes ao dano efetivo do bem jurídico, o que possibilita facilmente relacioná-la com o desvalor do resultado. Por sua vez, as proibições de perigo são aquelas que vedam comportamentos geradores de perigo concreto ou aptos à produção de lesão. Por fim, nas infrações de polícia

ou delitos de desobediência, segundo o sistema de Binding, o injusto penal se caracteriza pela simples prática da conduta, sendo desnecessária a existência de perigo concreto ou de periculosidade na conduta.

Em razão da ausência de vinculação da conduta com resultados exteriores, esta última classificação era criticada por Binding, conforme afirma Pierpaolo Cruz Bottini: “para o autor, uma norma penal dirigida à conduta, sem referência a uma modificação exterior do mundo, não é legítima, porque dirige a sanção penal à mera desobediência” (2007, p. 130). Esta definição de infrações de polícia ou delitos de desobediência formulada por Binding se aproxima bastante da forma atual dos denominados crimes de perigo abstrato conforme analisaremos a seguir, mas primeiramente faremos a diferenciação entre os crimes de perigo e crimes de dano.

4.1 Crimes de Perigo e Crimes de Dano

Para facilitar o estudo e compreensão acerca dos tipos penais a doutrina traz inúmeras classificações a seu respeito. Por exemplo, quanto a existência de resultado, a doutrina classifica-os em crimes materiais, crimes formais e crimes de mera conduta. Nos crimes materiais “o tipo menciona a conduta e o evento, exigindo a sua produção para a consumação”, nos crimes formais “o tipo menciona o comportamento e o resultado, mas não exige a sua produção para consumação”, e nos crimes de mera conduta “o legislador só descreve a conduta do agente” (JESUS, 1986, p.168).

Quanto ao momento da proteção do bem jurídico ou quanto a existência de lesão efetiva ao bem jurídico, os crimes se classificam em crimes de perigo e crimes de dano.

Os tipos de dano são “os que só se consumam com a efetiva lesão do bem jurídico” (JESUS, 1986, p. 187). Para Flávio Augusto Monteiro de Barros (2003, p. 129), “os crimes de dano ou lesão são os que só se consumam com a perda real do bem jurídico”. Os crimes de perigo, “são os que se consumam tão-só com a possibilidade do dano” (JESUS, 1986, p. 167), “basta a turbação ao bem jurídico para seu aperfeiçoamento” (SILVA, 2003, p. 61). O perigo pode ser concreto ou abstrato.

4.2 Crimes de Perigo Concreto e Perigo Abstrato

Segundo Kindhäuser (2009, p.13) "se pode caracterizar como delito de perigo concreto a descrição em um tipo penal de um dano iminente cuja produção somente depende, desde a perspectiva do bem, da causalidade. Para Damásio E. de Jesus (1997, p. 187), "perigo concreto é o que precisa ser provado [...] O perigo, no caso, não é presumido, mas, ao contrário, precisa ser investigado e comprovado. Dessa forma, no caso concreto é necessária a demonstração do efetivo perigo para sua caracterização, não basta apenas a realização da conduta, pois segundo entendimento doutrinário majoritário o perigo é elemento do tipo. Este é o entendimento de Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 68): "crime de perigo concreto é aquele segundo o qual, para o aperfeiçoamento do tipo, exige-se a verificação efetiva do perigo, devendo este ser constatado caso a caso".

Diferentemente dos crimes de perigo concreto, os crimes de perigo abstrato se consumam com a simples prática da conduta descrita no tipo penal. Segundo Claus Roxin (1997, p.407) os "delitos de perigo abstrato são aqueles em que se castiga uma conduta geralmente perigosa enquanto tal, sem que no caso concreto tenha produzido um resultado da colocação em perigo". Assim, no caso concreto, ainda que não se verifique a exposição de perigo ao bem jurídico, pois o perigo já é presumido na conduta, o crime resta consumado. Deste entendimento não difere Marta Rodriguez de Assis Machado a qual aduz que:

As normas de perigo abstrato, em contrapartida, têm como objeto comportamentos que não se definem em função de uma determinada consequência. Castigam a simples realização de determinada conduta imaginadamente perigosa, sem a necessidade de configuração de um efetivo perigo ao bem jurídico. Assim, para a consecução desse tipo de delito, não é necessário provar se o perigo foi ou não produzido, bastando apenas a demonstração de que foi executada a conduta que, de um ponto de vista geral e abstrato, foi reputada perigosa (2005, p. 130).

Pierpaolo Cruz Bottini (2010, p. 113) assim explica: "o tipo de perigo abstrato é a técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado externo".

Para Damásio de Jesus (1986, p. 167), "o perigo presumido (ou abstrato) é o considerado pela lei em face de determinado comportamento positivo ou negativo. É a lei que o presume *juris et de jure*. Não precisa ser provado".

O perigo, ainda, pode ser: a) individual: quando o expõe o interesse de uma pessoa ou de um número determinado de pessoas ao risco de dano (ex: rixa); b) coletivo: quando o expõe o interesse de um número indeterminado de pessoas ao risco de dano (ex: embriaguez ao volante); c) atual: é o que está acontecendo; d) iminente: é o que está prestes a acontecer; e) futuro: é o que, embora não exista no presente, pode acontecer em ocasião posterior (JESUS, 1998, p.8).

A doutrina, levando em consideração a necessidade da demonstração do perigo ao bem jurídico, traz outras classificações acerca dos crimes de perigo abstrato. Parte entende que os crimes de perigo abstrato possuem presunção juris tantum, ou seja, é cabível prova em contrário. Quando, no caso concreto, se verifica que o bem jurídico sequer foi ameaçado, logo, se não houve periculosidade na conduta, o crime resta descaracterizado.

Em sentido contrário Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 72) assevera que “os crimes de perigo abstrato ou presumido são aqueles cujo perigo é insito na conduta e presumido, segundo a doutrina majoritária, juris et de jure”. E, “[...] ainda que se trate de crime de perigo presumido, a culpabilidade terá de ser caso a caso examinada. Não se presume a culpabilidade, o que se presume é o perigo para o bem jurídico [...]” (SILVA, 2003, p.27).

Por outro lado, há doutrinadores que repudiam esta classificação e admitem que nos delitos de perigo abstrato não há presunção, mas, tão somente, a incriminação determinadas condutas que levam consigo um perigo ao bem jurídico. Onde “o perigo constitui unicamente a ratio legis, o motivo que dá lugar à vedação legal de determinada conduta [...] apreciável ex ante, o perigo é inerente à ação ou omissão, não necessitando de comprovação” (PRADO, 2008, p. 241).

Há quem defenda a existência de crimes de perigo abstrato-concreto, também designado de delito de aptidão, de potencial lesivo. Para estes doutrinadores somente condutas aptas a ocasionar um dano deverão ser incriminadas e admitem que, no caso concreto, o magistrado realize um juízo de periculosidade para constatar se a conduta era apta a criar este dano ao bem jurídico. Segundo Pierpaolo Cruz Bottini (2010, p.118):

Os delitos de perigo-abstrato concreto descrevem a conduta proibida e exigem expressamente, para a configuração da tipicidade objetiva, a necessidade da periculosidade geral, ou seja, que a ação seja apta ou idônea para lesionar ou colocar em perigo concreto um bem jurídico.

Cumprido destacar, que nos crimes de perigo abstrato o perigo não é elemento do tipo e, portanto, no caso concreto é desnecessária sua comprovação para que a conduta seja considerada típica. Essa desnecessidade de comprovação do perigo é o que leva os crimes de perigo abstrato serem repudiados por parte da doutrina, conforme se analisará a seguir.

4.3 Polêmica Acerca da Legitimidade dos Crimes de Perigo Abstrato

Por vezes, o legislador penal brasileiro se utiliza dos crimes de perigo abstrato para a tutela de bens jurídicos transindividuais, como a segurança viária, segurança pública e saúde pública, tal como ocorre nos crimes de embriaguez ao volante, porte ilegal de arma de fogo e tráfico ilícito de drogas.

No entanto o uso constante dessa modalidade delitiva leva a um embate tanto na doutrina quanto na jurisprudência entorno da legitimidade dos crimes de perigo abstrato na tutela destes bens supraindividuais, criando-se dois entendimentos antagônicos acerca da sua constitucionalidade.

Luiz Flávio Gomes é apontado pela doutrina nacional como um dos primeiros autores a defender a inconstitucionalidade dos delitos de perigo abstrato no Brasil. Para ele os crimes de perigo abstrato violam o princípio da lesividade, porque o bem jurídico tutelado não é exposto a um perigo concreto de lesão, logo, são inconstitucionais. Compartilham deste mesmo entendimento os autores, Cezar Roberto Bitencourt e Alice Bianchini.

Discorrendo sobre o princípio da lesividade, Luiz Flávio Gomes afirma que; “está vedada a possibilidade de o legislador configurar o delito como uma *mera desobediência* ou simples *infração da norma* (imperativa) ou mesmo como simples *desvalor da ação* (é o que se dá no perigo abstrato por exemplo)” (2002, p.35). Desse entendimento não difere Cezar Roberto Bitencourt (2004, p.20):

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. [...]. 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 se tipificar como crimes ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal.

No mesmo sentido Alice Bianchini (2002, p.72), discorrendo sobre os crimes de perigo abstrato e o princípio *nullum crimen sine iniuria*, se pronuncia:

Em sede de crimes de perigo abstrato [...], exige-se a mera conduta do agente, não se levando em conta (o que diferencia este tipo de perigo do concreto) a probabilidade de ocorrência do dano, fazendo com que, conforme já disse, em diversas situações, seja punida a conduta que esteve longe de pôr em perigo o bem que está sendo protegido, o que, de forma alguma, deveria ser objeto do direito penal, sob pena de inequívoca afronta aos fins justificadores da intervenção penal.

Este entendimento encontra adeptos, inclusive, nos Tribunais Superiores. No julgamento do Habeas Corpus nº 102.087 MG, sobre a (a) tipicidade do porte de arma de fogo desmuniada, o Ministro da Suprema Corte Celso de Mello defendendo a impossibilidade da tipificação de condutas que não ofereçam perigo concreto ao bem jurídico-penal faz referência ao entendimento adotado pelos autores supracitados. Vejamos:

Daí a advertência de autores, como LUIZ FLÁVIO GOMES (“Princípio da ofensividade no Direito Penal”, 2002, RT) e ALICE BIANCHINI (“Pressupostos materiais mínimos da tutela penal”, 2002, RT), que questionam a própria legitimidade constitucional dos crimes de perigo abstrato, por entenderem que não se configura juridicamente, a existência de ilícito penal, sem que, pelo menos, ocorra perigo real e concreto (situação de risco potencial efetivo, portanto) a um dado bem jurídico, valendo destacar, nesse mesmo sentido, por expressiva, a lição de CEZAR ROBERTO BITENCOURT (“Tratado de Direito Penal”, vol.1/52, item 9, 15ªed., 2010, Saraiva [...]) (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus n. 102.087 MG, Rel: Min. Celso de Mello, 2012).

No Superior Tribunal de Justiça o então Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, ao analisar o tema, afirmou que:

A infração penal não é só conduta. Impõe-se, ainda, o resultado no sentido normativo do termo, ou seja, dano ou perigo ao bem juridicamente tutelado. A doutrina vem, reiterada, insistentemente renegando os crimes de perigo abstrato. Com efeito, não faz sentido punir pela simples conduta, se ela não trazer, pelo menos, probabilidade (não possibilidade) de risco ao bem jurídico [...]. A relevância criminal nasce quando a conduta gerar perigo de dano. Até então, a conduta será atípica (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 34322 RS, Rel: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, 1993).

Os defensores dessa corrente apontam a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, sob o argumento de que estes tipos penais violam os princípios da lesividade, intervenção mínima e, ainda, o da culpabilidade, ao presumir o perigo da conduta. Asseveram que, como esses princípios são dotados de hierarquia constitucional, conseqüentemente, os crimes de perigo abstrato são contrários a Constituição Federal.

No entanto, a doutrina e jurisprudência majoritária tem admitido a tipificação na forma de crimes de perigo abstrato, em determinados casos, reconhecendo a peculiar categoria de bem jurídicos envolvidos. Pois, no caso de bens jurídicos de titularidade coletiva, a tipificação por meio dos delitos que exigem o perigo concreto ou a lesão efetiva se mostra inadequada para protegê-los, sendo necessário punir a conduta no momento antecedente a exposição do bem jurídico a perigo concreto ou a lesão efetiva, de modo a resguardá-los de maneira mais abrangente e eficaz.

Com isso, observa-se que os crimes de perigo abstrato mantêm uma delicada relação com os princípios da intervenção mínima, subsidiariedade, legalidade, lesividade, culpabilidade e qualquer ofensa a eles poderá ensejar em inconstitucionalidade cabendo ao Poder Judiciário, por meio do controle repressivo, no caso concreto ou em abstrato, deixar de aplicá-lo ou declará-lo inconstitucional, conforme se analisará no capítulo seguinte.

5 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

No presente capítulo pretende-se demonstrar a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. Mas, antes, realizar-se-á um estudo acerca do controle judicial de constitucionalidade, que é o método utilizado para declarar a constitucionalidade ou não de leis ou atos normativos, sob os quais serão submetidas, não só, as leis penais, mas todas as disposições normativas infraconstitucionais contrárias a Constituição Federal.

Inicialmente, para facilitar a compreensão do tema, iremos analisar as formas tradicionais de controle de constitucionalidade no Brasil, modelo difuso e concentrado, e, em seguida, o controle de constitucionalidade baseado em níveis de intensidade, forma de controle de origem alemã que tem sido adotada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes nos julgados acerca da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. Tal controle se dá com base no postulado da proporcionalidade e incide especificamente sobre as leis em matéria penal.

5.1 Controle de Constitucionalidade

O princípio da Supremacia da Constituição conduz à Constituição Federal a uma superioridade hierárquico-normativa em relação as demais normas jurídicas, bem como atribui a ela a condição de legitimidade e validade destas normas. Essa supremacia exige que todas as normas jurídicas sejam compatíveis com as regras e princípios por ela adotados, logo, apenas serão consideradas válidas e constitucionais se houver compatibilização formal e material com a Lei Magna. Diz-se, que há compatibilização formal quando a produção legislativa está

de acordo com o que determina a Lei Maior e compatibilização material quando o conteúdo das leis e atos normativos guardam harmonia com a Constituição Federal.

Uma vez violado preceito constitucional, o controle de constitucionalidade surge como um importante mecanismo para garantir e manter a supremacia da Constituição, pois é através dele que as normas lesivas são, segundo entendimento da maioria da doutrina brasileira, declaradas nulas. Desta forma, o controle de constitucionalidade também se mostra como um relevante meio de garantia dos direitos fundamentais.

Atualmente, vários são os modelos de controle de constitucionalidade existentes, a doutrina, comumente, os classifica levando em consideração o momento da fiscalização, a natureza do órgão fiscalizador, o modo de manifestação, a existência de sujeitos envolvidos (finalidade), o objeto da análise e o número de órgãos com competência.

Quanto ao momento da fiscalização o controle pode ser: a) preventivo (a priori), realizado durante o processo de elaboração da lei, visando evitar o ingresso de norma inconstitucional no ordenamento jurídico; b) repressivo (a posteriori) realizado quando o projeto já passou por todo o processo de elaboração e se tornou lei, visa a retirada de leis e atos normativos contrários a Constituição Federal ordenamento jurídico. Levando-se em consideração a natureza do órgão fiscalizador o controle se classifica em político (não-judicial) e judicial (jurisdicional). O controle político é aquele em que a análise da constitucionalidade se dá por órgãos de natureza exclusivamente política, como o Poder legislativo através das Comissões de Constituição e Justiça e Poder Executivo através do veto jurídico. Já o controle judicial é aquele realizado pelos órgãos integrantes da estrutura do Poder Judiciário.

Em relação ao modo de manifestação o controle pode ser feito por via incidental (exceção ou defesa) ou por via principal (ação direta). Será por via incidental quando a inconstitucionalidade é prejudicial ao mérito, ou seja, deve ser analisada antes da questão principal e será por via principal quando a inconstitucionalidade é o próprio pedido da ação. Quanto a finalidade o controle pode ser: a) subjetivo quando se busca somente a defesa de um direito da parte, e não verdadeiramente a defesa da Constituição; b) objetivo quando se destina exclusivamente à defesa da Constituição.

Quanto ao objeto da análise o controle se classifica em: a) abstrato realizado independentemente de litígio; b) concreto, aquele feito a partir de um caso específico, onde se discute direitos subjetivos das partes. Por fim, levando-se em consideração o número de órgãos com competência, o controle pode ser difuso ou concentrado. Diz-se que o controle é difuso quando exercido por qualquer órgão do Poder Judiciário, em qualquer instância ou grau de jurisdição, são competentes qualquer juiz ou tribunal. Já o controle concentrado é assim denominado pelo fato de concentrar-se em um único tribunal, apenas o Supremo Tribunal Federal é competente para declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos federais ou estaduais incompatíveis com a Constituição Federal.

No presente trabalho, iremos realizar um estudo acerca do controle repressivo judicial que pode ser realizado tanto no modelo difuso, por via incidental diante de um caso concreto, como concentrado feito por via principal e de forma abstrata.

5.2 Controle Difuso de Constitucionalidade

Historicamente a origem do modelo difuso de controle de constitucionalidade, se deve ao famoso caso de *Marbury v. Madison*, julgado pelo juiz da Suprema Corte norte-americana, John Marshall, em 1803, o qual decidiu pela a supremacia da Constituição em face das leis, em razão da sua superioridade hierárquica e da necessidade de sua garantia por meio de um controle a ser exercido pelos órgãos do poder judiciário (LENZA,2013, p.287). No Brasil, por influência do direito norte-americano, o controle difuso foi consagrado, pela primeira vez, na Constituição Republicana em 1891, sendo recepcionado pelas Constituições posteriores e, atualmente, encontra-se previsto no artigo 102, III, da Constituição Federal.

Também denominado de controle pela via de exceção, de defesa, ou aberto, o controle difuso de constitucionalidade é realizado por qualquer juiz ou tribunal diante de um caso concreto, no curso de uma demanda judicial, no qual uma das partes alega a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo que se aplicaria ao caso. Dessa forma, a análise da inconstitucionalidade é realizada de forma incidental, ou seja, por ser prejudicial ao exame de mérito deve ser resolvida pelo juiz ou tribunal antes do julgamento da questão principal, ou seja, antes da demanda

judicial na qual foi suscitada, tornando-se uma “conditio sine qua non da resolução do conflito” (CUNHA JÚNIOR, 2010, p.105). Ressalte-se que, o juiz singular não declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei, apenas deixa de aplicá-la ao caso, uma vez que essa decisão somente pode ser proferida pelo voto da maioria absoluta dos membros ou dos membros do respectivo órgão especial dos tribunais, conforme dispõe o artigo 97, da Constituição Federal (STRECK, 2013, p.527).

Em regra, a decisão proferida em sede de controle difuso de constitucionalidade produz efeitos *inter partes* e *ex tunc*, em outras palavras, vale somente para as partes litigantes e retroage até a edição da lei. No entanto, o Supremo Tribunal Federal já entendeu cabível o efeito *ex nunc* ou para o futuro, mesmo em controle difuso.

O efeito *inter partes*, também pode sofrer alterações, de modo que se estenda a terceiros pessoas, por meio da interposição de recurso extraordinário, através do qual leva-se a apreciação do caso em concreto ao Supremo Tribunal Federal que, de forma incidental, realizará o controle difuso de constitucionalidade e, uma vez declarada a inconstitucionalidade, por decisão definitiva deliberada pela maioria absoluta do plenário, o Senado Federal deverá ser comunicado para os fins que trata o artigo 52, X, da Constituição Federal, podendo suspender a execução, no todo ou em parte, da lei declarada inconstitucional. Decidindo pela suspensão da execução da lei, a declaração de inconstitucionalidade passará a ter efeitos *erga omnes* e *ex nunc*, atingindo a todos, porém não retroagindo (LENZA, 2013, p.294/295).

5.3 Controle Concentrado de Constitucionalidade

No Brasil o controle concentrado surgiu com a Constituição de 1934, a partir da criação da representação interventiva, cabível nas hipóteses de ofensa aos princípios constitucionais, que era confiada ao Procurador Geral da República e o julgamento de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal. No entanto, apenas com a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, que criou a representação genérica de inconstitucionalidade, atualmente denominada Ação Direta de Inconstitucionalidade, cuja competência era exclusiva do Supremo Tribunal Federal, é que o controle de constitucionalidade concentrado se firmou

definitivamente, tendo por objeto leis e atos normativos federais ou estaduais contrários a Constituição (CUNHA JÚNIOR, 2010, p.163).

O controle concentrado foi ampliado e aperfeiçoado pela Constituição vigente, através da criação de novas ações diretas, da extensão do número de legitimados para provocar o Supremo Tribunal Federal, bem como acenou para a possibilidade de se adotar efeito vinculante as decisões proferidas. Nesta forma de controle, diferentemente do controle difuso, a constitucionalidade ou não da lei ou ato normativo (questão constitucional), assume natureza de questão principal, pois a ação tem por pedido principal a própria declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade e é realizado a partir da propositura de uma ação direta de constitucionalidade, através da qual provoca-se o Supremo Tribunal Federal a quem incumbirá a resolução da incompatibilidade entre uma norma infraconstitucional e um dispositivo constitucional para assegurar a supremacia da Constituição (CUNHA JUNIOR, 2010, p.163-164).

Assim, à vista desse modelo de controle de constitucionalidade, cabe ao Supremo Tribunal Federal a fiscalização de leis e atos normativos incompatíveis com a Constituição, que, em regra, se dá de forma abstrata, a partir da propositura de qualquer uma das seguintes ações: Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica, Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Ação Declaratória de Constitucionalidade. Por ora, o presente estudo irá se restringir a análise das ações diretas que visam a declaração de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade de leis e atos normativos.

A ação direta de inconstitucionalidade foi criada pela Emenda Constitucional nº16/65, à Constituição de 1946, em forma de uma representação contra lei ou ato normativo federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador Geral de Justiça ao Supremo Tribunal Federal. Atualmente encontra-se prevista no artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal e é regulamentada pela Lei n. 9.868/99. Trata-se de ação concebida para a defesa genérica de normas constitucionais violadas por lei ou ato normativo federal ou estadual em virtude da qual o Supremo Tribunal Federal, diante do pedido de inconstitucionalidade, examina, abstratamente, se a lei ou ato normativo é incompatível ou não com a Constituição Federal. Nas palavras de Lenio Luiz Streck, esta ação é “destinada à

decretação *in abstracto* de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual [...] (STRECK, 2013, p.690).

Por sua vez, a ação declaratória de constitucionalidade, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela emenda constitucional n.3, de 1993, tem por finalidade a declaração de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Como se sabe, toda lei se presume constitucional. No entanto, trata-se de presunção relativa, admitindo-se prova em contrário e até declaração de inconstitucionalidade em sede de controle difuso ou concentrado de constitucionalidade. Logo, trata-se de ação que tem por objetivo transformar a presunção relativa em presunção absoluta de constitucionalidade, de modo que não se admita mais prova em contrário em relação a determinada lei ou ato normativo, pois uma vez julgada procedente a ação declaratória de constitucionalidade, essa decisão vincula os órgãos do Poder Judiciário e Administração Pública, que deverão agir em conformidade com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, não podendo mais suscitar inconstitucionalidade da referida lei. Em resumo, a ação declaratória de constitucionalidade preserva a ordem jurídica constitucional ao efetivar a segurança jurídica e trazer certeza sobre a validade e aplicação da lei ou do ato normativo federal (LENZA, 2013, p.409).

5.4 Controle de Constitucionalidade das Leis Penais baseado em Níveis de Intensidade

Sem dúvidas, o Direito Penal é o instrumento mais grave de que se vale o Estado para determinar condutas a serem obedecidas pelos indivíduos. Na medida em que a punição penal constitui a mais severa forma de intervenção no âmbito da liberdade individual, o controle de constitucionalidade das leis penais e processuais penais deve ser ainda mais rigoroso do que aquele destinado a analisar a legitimidade de outros modos de intervenção do estado em direitos fundamentais (MENDES, 2009, p.315-316). Com base nesse fundamento o Ministro Gilmar Ferreira (2009, p.316) Mendes afirma que:

[...] se a atividade legislativa de definição de tipos e cominação de penas constitui, *prima facie*, uma intervenção de alta intensidade em direitos fundamentais, a fiscalização jurisdicional da adequação constitucional dessa

atividade deve ser tanto mais exigente e rigorosa por parte do órgão que tem em seu encargo o controle de constitucionalidade das leis.

Ainda segundo o ilustre ministro, essa fiscalização deve ser realizada segundo o postulado da proporcionalidade, de acordo com a seguinte premissa: “quanto mais intensa seja a intervenção legislativa penal em um direito fundamental, mais intenso deve ser o controle de sua constitucionalidade realizado pelo Tribunal Constitucional” (MENDES, 2009, p.316). É de acordo com esta máxima que Gilmar Ferreira Mendes, inspirado em diretrizes formuladas pela doutrina e jurisprudência da Corte Alemã, suscita a construção de um modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade, que pode ser distinguido em: a) controle de evidência; b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade; c) controle material de intensidade.

No primeiro nível do controle, o tribunal deve reconhecer que o poder discricionário do legislador lhe confere uma ampla margem para avaliar, valorar e adotar medidas eficazes e suficientes para a tutela do bem jurídico. Nesse aspecto, “a norma somente poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador são visivelmente inidôneas para a efetiva proteção desse bem jurídico” (MENDES, p.2009, 317).

O segundo nível é orientado a verificar a necessidade e adequação da medida escolhida pelo legislador, ou seja, analisa se ele ao criminalizar de determinada conduta utilizou de todas as fontes de conhecimento disponíveis, bem como se realizou estudos sobre a consequência da aplicação do tipo no caso concreto, enfim, se o legislador se valeu de seu poder discricionário de maneira justificada ou sustentável (MENDES, 2009, p.321). Segundo Gilmar Ferreira Mendes (2009, p.322):

No âmbito do controle de constitucionalidade em matéria penal, deve o Tribunal, na maior medida possível, inteirar-se dos diagnósticos e prognósticos realizados pelo legislador para a confecção de determinada política criminal, pois é este conhecimento dos dados da realidade – que serviram de pressuposto da atividade legislativa – que lhe permitirá averiguar se órgão legislador utilizou-se de sua margem de ação de maneira sustentável e justificada.

No terceiro nível, o Tribunal examina se a intervenção em determinado bem jurídico é necessariamente obrigatória para a proteção de bens jurídicos igualmente essenciais. O controle material de intensidade impõe que, a intervenção

penal, por afetar intensamente bens jurídicos de elevada importância, deve ser submetida a um controle mais rígido pelo Tribunal, que examinará a ponderação de bens e valores adotados pelo legislador na seleção do bem jurídico, com base no princípio da proporcionalidade (MENDES, 2009, p.322-324). Portanto, nesse terceiro nível, “o Tribunal verifica se a medida penal mantém uma relação de proporcionalidade com as metas fixadas pela política criminal, destinadas, ao fim e ao cabo, à promoção da segurança e da incolumidade pública [...]” (MENDES, 2009, p. 325).

Com estas considerações, arremata o supracitado ministro da Suprema Corte (MENDES, 2009, p.325):

O tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição do excesso (Übermassverbot) - e como proibição da proteção deficiente (Untermassvebot), deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.

É certo, que a Magna Carta confere ao legislador o poder discricionário para avaliar, valorar e adotar medidas eficazes e suficientes à proteção de determinado bem jurídico, porém, ao mesmo tempo, impõe limites a essa atividade, a qual deve obrigatoriamente, respeitar o princípio da proporcionalidade, cabendo ao Tribunal analisar se o legislador agiu adequadamente para proteger de forma eficaz e suficiente os bens jurídicos fundamentais.

5.5 A Constitucionalidade dos Crimes de Perigo Abstrato

Decorrente dos novos riscos surgidos, a expansão do Direito Penal resulta na criação de criminalizações igualmente novas. Nesse contexto, o Direito Penal passa preocupar-se com a tutela de bens jurídicos de natureza difusa ou supraindividual, orientando seus institutos a punição prévia de condutas consideradas potencialmente danosas. Esses bens jurídicos difusos, tem por característica a não identificação de vítimas definidas e a impossibilidade de se verificar a produção de

um dano ou perigo concreto como resultado da conduta, servindo-se o legislador da incriminação por meio de tipos de perigo abstrato (CASTELLAR, 2004, p.37-38).

Apesar da ampla controvérsia doutrinária, os delitos de perigo abstrato podem ser conceituados como aqueles que não exigem, para sua caracterização, nem a efetiva lesão, nem a existência de um perigo concreto ao bem jurídico. Nessa espécie de crime, o legislador seleciona algumas ações que normalmente trazem consigo um perigo indesejado ao bem jurídico e, assim, descreve condutas que, segundo a experiência, são aptas a produzir lesão efetiva ou perigo de lesão a um bem jurídico merecedor da tutela penal, ainda que concretamente não venham a ocorrer, pois se formula uma presunção absoluta sobre a periculosidade dessa conduta. Portanto, não é necessária que ocorra a efetiva lesão ou o perigo concreto de lesão para a consumação do delito, basta a prática da conduta descrita no tipo.

Por essa razão, a punição de condutas que geram um perigo abstrato ao bem jurídico tutelado é criticada por parte da doutrina e jurisprudência, conforme já estudado no capítulo anterior, pois aduz-se que estes tipos penais violam o princípio da ofensividade, porque não se exige a produção de lesão ou perigo concreto de lesão para a consumação do delito.

No entanto, dúvidas não há de que o princípio da ofensividade vincula a criação, interpretação e aplicação da lei penal, por isso a orientação para legislador descrever de forma clara a conduta apta a ofender, ao menos potencialmente, o bem jurídico, e para o magistrado, no caso concreto, aferir o grau da potencialidade lesiva ao bem jurídico tutelado, para que, então, possa decidir sobre tipicidade material da conduta, pois a simples adequação do fato ao tipo penal não é suficiente para tornar delituoso o comportamento do agente, se não há ofensa ao bem jurídico o crime não é legítimo. Discorrendo sobre a ofensividade nos crimes de perigo abstrato Fábio Roberto D'avila (2005, p.403) assevera que:

Os crimes de perigo abstrato são figuras penais legítimas cuja ofensividade expressa-se na forma de uma “ofensa de cuidado-de-perigo”, categoria limite da noção jurídico-penal de ofensividade e detentora de efetivo desvalor de resultado. Consiste em uma interferência jurídico-penalmente desvaliosa na esfera de manifestação do bem jurídico, a qual é acertada através da categoria de possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico.

Os bens jurídicos são criados a partir da sua importância para a sociedade. Não é o ordenamento jurídico que gera os interesses, mas a própria vida

social e estes interesses são erigidos a condição de bem jurídico, tutelados pelo ordenamento jurídico, em razão da sua elevada relevância social em um dado momento. Por isso, o Direito Penal não deve proteger a vida, a saúde, somente punindo os delitos de homicídio, lesão corporal, mas, também, deve protegê-los através da punição de condutas perigosas a estes bens jurídicos (FUKASSAWA, 2015, p. 117), tal como ocorre nos crimes de embriaguez ao volante, porte ilegal de arma de fogo e tráfico ilícito de drogas, em que se tutela a segurança viária, segurança pública e paz social e a saúde pública, bens jurídicos supraindividuais. De certa forma, os bens transindividuais mantêm uma relação de complementariedade com os bens jurídicos individuais e impedem a produção de um perigo concreto ou um dano efetivo ao bem jurídico individual, como a integridade, vida, saúde. Nesse sentido leciona Fernando Capez (1997, p.25/26):

No caso das infrações de perigo abstrato, a opção política do Poder Legislativo em considerar o fato, formal e materialmente, típico independentemente de alguém, no caso concreto, vir a sofrer perigo real, não acoima a lei definidora de atentatória à dignidade humana. Ao contrário. Revela, por parte do legislador, disposição ainda maior de tutelar o bem jurídico, reprimindo a conduta violadora desde o seu nascedouro, procurando não lhe dar qualquer chance de desdobramento progressivo capaz de convertê-la em posterior perigo concreto e, depois, em dano efetivo.

É bem verdade que a punição dos crimes de perigo abstrato reduz a liberdade dos indivíduos; porém, essa punição antecipada de condutas perigosas evita sua progressão para a ocorrência de um dano, por vezes, irreversível, como ocorre na incriminação do porte ilegal de arma de fogo (perigo abstrato) que poderia ser usada para a prática do crime de homicídio (dano) (FUKASSAWA, 2015, p.107). Assim, os crimes de perigo abstrato ao mesmo tempo em que reduzem a liberdade dos indivíduos, protegem direitos igualmente fundamentais.

Dessa forma, é inegável que em determinados casos é necessária a tipificação por meio de crimes de perigo abstrato, para que se possa conferir uma tutela eficaz aos bens jurídicos. Por outro lado, a atuação do Direito Penal na tipificação de crimes de perigo abstrato, bem como nas demais espécies de infrações penais, pode ser objeto de rígida fiscalização acerca de sua constitucionalidade, já que o Direito Penal é instrumento mais contundente de interferência estatal no âmbito da liberdade individual. Assim, quanto mais intensa for a intervenção, mais rígido deve ser o controle da sua constitucionalidade.

No entanto, a criminalização por meio dos tipos de perigo abstrato não significa, por si só, inconstitucionalidade da atividade do legislador penal, pois, muitas vezes, essa forma de tipificação é a medida mais eficaz para a tutela de bens-jurídicos penais supraindividuais ou coletivos, a qual deverá estar fundada na proteção de bens jurídicos dignos da proteção penal e no potencial perigo que a conduta pode ocasionar a eles. Desta forma, o legislador, dentro de suas amplas margens de ação, conferidas pelo seu poder discricionário, pode adotar as medidas que considerar mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção dos bens-jurídicos penais, o que lhe permite, ainda, escolher o modo de tipificação que melhor os protejam. Nessa tutela em que a vitimização transcende os interesses individuais, sua legitimidade dependerá da referência aos interesses sociais e aos fatores indispensáveis ao homem, bem como do respeito aos princípios orientadores de sua atuação. Assim, serão legítimos e relevantes para o Direito Penal todos os bens jurídicos coletivos que oferecerem riscos aos interesses humanos (BOTTINI, 2010, p. 177/187).

Deve-se salientar que os princípios norteadores da atividade legislativa em matéria penal impõem que, o Direito Penal somente deve ser utilizado quando for obrigatoriamente necessário a proteção de bens jurídicos relevantes (proporcionalidade), após ter descrito previamente, em lei, a conduta criminosa (legalidade), apta a produzir, de maneira intolerável (fragmentariedade), lesão efetiva ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido (ofensividade), diante a ineficácia das demais formas de controle social (subsidiariedade). Assim, o Direito Penal não pode deixar de intervir nos riscos decorrentes da atual sociedade em que vivemos, devendo atuar preventivamente na incriminação de condutas potencialmente perigosas a bens jurídicos essenciais, pois seria desproporcional e, conseqüentemente, violaria o Princípio da Proibição da Proteção Insuficiente, se omitir diante de condutas perigosas, capazes de ofender um bem jurídico penalmente relevante. Essa vertente do postulado da proporcionalidade impõe que os direitos fundamentais também funcionem como dever de proteção ou imperativo de tutela e não apenas como proibição de intervenções. O dever de proteção segundo a doutrina e jurisprudência da Corte Alemã pode ser classificado em:

- a) dever de proibição, consistente no dever de se proibir uma determinada conduta;
- b) dever de segurança, que impõe ao Estado o dever de proteger o

indivíduo contra ataques de terceiros mediante a adoção de medidas diversas;

c) dever de evitar riscos, que autoriza o Estado a atuar com o objetivo de evitar riscos para o cidadão em geral mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Adin. 3112 DF, Rel: Min. Ricardo Lewandowski, 2007)

O Estado, para cumprir esse dever de proteção, deve adotar medidas suficientes, que possibilitem o alcance de uma proteção adequada e efetiva aos bens jurídicos. Logo, a intervenção do Direito Penal, tanto na tipificação de crimes de perigo abstrato, quanto nos delitos de perigo concreto ou de lesão, deve ser idônea (apta a proteção efetiva do bem jurídico), justificada (realizada com base na apreciação de todas as fontes de conhecimento disponíveis, bem como das consequências dessa intervenção) e necessária (indispensável para a proteção do bem jurídico e proporcional ao fim que se destina). Segundo o ilustre ministro Gilmar (2012, p.11) Ferreira Mendes “a reserva de lei penal funciona como reversa legal proporcional: a proibição do excesso funciona como limite máximo e a proibição de proteção insuficiente como limite mínimo da intervenção legislativa penal”.

Daí surge a possibilidade do controle de constitucionalidade da atividade legislativa no âmbito penal, pois a Constituição além de conferir o poder discricionário ao legislador para adoção de medidas necessárias e adequadas a proteção de bens jurídicos impõe que essa atuação deverá ser exercida em obediência ao postulado da proporcionalidade, o qual está interligado ao demais princípios orientadores da atuação legislativa em matéria penal. Com isso, é possível deduzir a possibilidade do controle judicial dessa atividade do legislador penal, tal controle deverá ser mais rigoroso do que aqueles destinados a averiguar outras formas de intervenções em direitos fundamentais, uma vez que o Direito Penal é o instrumento mais ofensivo de interferência nestes direitos, cabendo ao Tribunal analisar se o legislador se valeu de sua margem de ação de maneira idônea, justificada e necessária para a proteção do bem jurídico.

6 CONCLUSÃO

Com o desenvolvimento do presente trabalho pode-se verificar que os crimes de perigo abstrato, adotados em razão da nova concepção de Estado e criminalidade, pautados nos riscos de determinados comportamentos oriundos desse novo contexto social, possuem uma característica que lhes são peculiares: a mera prática de uma conduta potencialmente danosa é suficiente para a configuração do crime, não se exigindo a ocorrência de um perigo concreto ou lesão efetiva ao bem jurídico penal.

Entretanto, para que não seja considerada ilegítima essa forma incriminação de condutas abstratamente perigosas deve estar em consonância com os princípios constitucionais penais, normas jurídicas que atuam assegurando direitos fundamentais e impondo limites a intervenção do Estado e estabelecem premissas fundamentais para a atuação legítima do Direito Penal desde a seleção dos bens jurídicos até a aplicação da sanção penal no caso concreto. De fato, a constituição Federal, explícita ou implicitamente, traz uma série de normas propulsoras do Direito Penal os chamados mandados de criminalização, hipóteses de obrigatória intervenção do Direito Penal, que possibilitam a ampliação do seu âmbito de atuação.

Para cumprir sua missão primordial, imposta pelo Estado Democrático de Direito, o Direito Penal deve ter por premissa a tutela de bens jurídicos

penalmente relevantes, quando esta for indispensável à defesa de valores essenciais para a vida em sociedade. Por esta razão, a atuação do Direito Penal se restringirá a proteção de bens jurídicos relevantes e a seleção destes bens deve estar fundada na Dignidade Humana. Assim, pode tutelar tanto bens individuais quanto bens transindividuais, desde que tenha por objetivo a proteção mediata ou imediata de direitos fundamentais.

Em razão das peculiares características de alguns bens jurídicos surgidos na sociedade contemporânea, os tipos penais de perigo concreto ou lesão se demonstraram inadequados a protegê-los, assim as utilizações dos crimes de perigo abstrato constituíram um importante mecanismo para uma proteção efetiva. A proteção de bens jurídicos por meio dos crimes de perigo abstrato é efetiva porque possibilita a punição de condutas potencialmente danosas à bens jurídicos transindividuais e, por outro lado, na perspectiva do bem jurídico individual, pune previamente a conduta potencialmente perigosa, evitando-se, que ela o exponha a perigo concreto ou a lesão efetiva e cause um resultado danoso e irreversível.

A punição em âmbito prévio leva essa forma de tipificação a duras críticas no sentido de serem inconstitucionais porque não lesionam efetivamente um bem jurídico determinado, no entanto, se omitir diante de condutas aptas a lesionarem efetivamente um bem jurídico penalmente relevante caracterizaria uma omissão do Direito Penal na proteção dos direitos fundamentais de seus titulares, em ofensa ao postulado da proporcionalidade quanto a proibição da proteção insuficiente.

Por fim, o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais de forma adequada e efetiva (evitando os excessos e protegendo de forma suficiente) e, para isso, desde que não afronte a Constituição Federal e os princípios que fundamentam sua atuação, pode adotar as medidas que considerar necessárias a essa proteção. Uma vez ocorrendo a violação abre-se a possibilidade do controle de constitucionalidade baseado em níveis de intensidade, cabendo ao Tribunal verificar se, no caso concreto, aquele tipo penal é idôneo, justificável e necessário para a proteção do bem jurídico. Todas as vezes em que não se vislumbrar a necessidade, justificabilidade ou idoneidade o tipo penal, seja de perigo abstrato, de perigo concreto ou de lesão, será inconstitucional.

BIBLIOGRAFIA

BAROSSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito penal: parte geral**. 3ª ed, rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Renavan, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. **Habeas Corpus**. Porte Ilegal de Arma de Fogo Desmuniçada. Habeas Corpus nº102087 MG. Relator: Min. Celso de Mello. Data de Julgamento:28/02/2012. Segunda Turma. Disponível em: <redir.stf.jus.br>. Acesso em: 02 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade**. Lei 10.826/2003. ADIN nº 3112/DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 02/05/2007. Tribunal Pleno. Disponível em: <www.gilmarmendes.com.br>. Acesso em: 03 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**. Recurso Especial

nº34322 RS. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Data de Julgamento: 01/06/1993. Sexta Turma. Disponível em: <
https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/listarAcordaosclasse=&num_processo=&num_registro=199300110519&dt_publicacao=02/08/1993>. Acesso em: 03 de out. de 2015.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal**. 10ª ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2006.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 2ª ed. Editora RT, São Paulo, 2011.

_____. **Crimes de perigo abstrato e princípio da preceção na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAPEZ, Fernando. **Arma de fogo: comentários à Lei n. 9.437, de 20-2-1997**. São Paulo: Saraiva, 1997.

CASTELLAR, João Carlos. **Lavagem de dinheiro. A questão do bem jurídico**. Rio de Janeiro: Renavan, 2004.

CORRÊA, Fabricio da Mata. **A Constituição e seus mandados de criminalização**. Disponível em: <fabiocorrea.jusbrasil.com.br/artigos/121941679/a-constituicao-e-seus-mandados-de-criminalizacao?ref=topic_feed>. Acesso em 01 de out. De 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Controle de constitucionalidade, teoria e prática**. Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

D' AVILA. Fábio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico**. Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra. Stvdia Ivridica 85. Coimbra Editora, 2005.

FUKASSAWA, Fernando. **Crimes de trânsito (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, alterada até a Lei nº 12.971, de 09 de maio de 2014)**. 3ª.ed. São Paulo: APMP – Associação Paulista do Ministério Público, 2015.

GOMES, Luis Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal. Série as**

Ciências Criminais no século XXI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio. Uma visão minimalista do direito penal.** Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal.** 20ª ed. Vol1. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Crimes de trânsito. Anotações à parte criminal do código de trânsito (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997).** São Paulo: Saraiva, 1998.

KINDHÄUSER. Urs Konrad. **Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal.** InDret - Revista para el análisis del derecho. Barcelona, 2009. Disponível em:<www.indret.com>. Acesso em: 15 de out. de 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2013.

LUISI, Luiz. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal.** Porto Alegre: Fabris, 1987.

_____. **Os princípios constitucionais penais.** Porto Alegre: Fabris, 2003.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários a Lei n.9.868, de 10-11-1999.** 3ªed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais.** Monografias IBCCRIM, 2005.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado,** Vol. 1, Parte Geral, 7ª ed. São Paulo: Editora Método, 2003.

_____. **Teoria Constitucional do direito penal e os mandados de Criminalização.** 03/02/2010. Disponível em <cartaforense.com.br/conteudo/arigos/teoria-constitucional-do-direito-penal-e-os-mandados-de-criminalizacao/5222>. Acesso em 01. out. de 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha.** 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 5ªed. rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. V1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte geral, 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. **Bem jurídico-penal e constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ROXIN, Claus. **Derecho penal parte general fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Thomson Civitas, 1997.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da Silva. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TAVARES, Juarez Estevam Xavier. **Teoria do injusto penal**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.