

# LEGITIMIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

**Antônio Hortêncio Rocha Neto**

Promotor de Justiça no Estado da Paraíba  
Professor do Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ

## 1 Considerações iniciais

Grande é a evolução pela qual vem passando a humanidade ao longo do século que se findou e deste que se inicia, com profunda repercussão nas relações entre as diversas sociedades e dentro de cada uma delas. Nesse contexto, afirma Diego Romero<sup>1</sup>:

Vivemos, então, num tempo de transição entre uma sociedade industrial e uma sociedade digital, entre uma sociedade nacional e uma sociedade global, entre a lógica formal cartesiana e a cultura dos espaços virtuais, plurais e fragmentados. Estamos envolvidos em uma sociedade de risco, na qual o homem e o planeta vivem cercados de perigo, decorrentes do exacerbado avanço tecnológico desprovido da consciência da finitude dos recursos naturais.

Essas situações de perigo cresceram tanto que tornaram temerária a vida em sociedade, ante o medo dos seus integrantes de sofrerem, a qualquer momento, uma efetiva lesão em seus bens jurídicos. Diante de tal situação, o Estado se viu obrigado a intervir de forma mais enérgica sobre tais condutas, para evitar um verdadeiro colapso social. É, então, a partir daí, que surgem as figuras típicas conceitualmente chamadas de crimes de perigo, que vão tutelar não a lesão ao bem jurídico, mas a sua exposição a um perigo de dano.

Essa intervenção do Estado visa a dar uma maior cobertura ao bem jurídico, de forma que ele seja protegido não só de condutas que possam causar-lhe uma lesão, como também daquelas que possam expô-lo a uma situação perigosa, de iminente lesão, de perigo de dano, em uma verdadeira antecipação da tutela jurídico-penal. Essa proteção, de caráter globalizado, deve abranger tão-somente aqueles bens que são indispensáveis e essenciais à sociedade, sem os quais se acarretaria a ruína social. Estes, sim, serão os bens merecedores dessa ampla cobertura.

José Francisco de Faria Costa<sup>2</sup> indaga acerca das razões de determinados bens jurídicos, notadamente a vida, mas não somente ela, merecerem tão

<sup>1</sup>ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 439, 19 set.2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5722>>. Acesso em: 28 out. 2006.

<sup>2</sup>COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 646.

ampla proteção. Essa proteção envolve o perigo de um crime de lesão, abrangendo aqui a tentativa, seja de um crime de perigo concreto, seja de um crime de perigo abstrato. O próprio autor responde que “tal diferenciada armadura de tutela representa ou indicia, em nossa opinião, uma maior dignidade penal”.

Dessa forma, somente os bens jurídicos primordiais ao convívio social estável seriam passíveis de proteção por todas aquelas espécies de delitos. Surge, a partir daí, a seguinte indagação: quais são esses bens? A resposta nos é dada por Ângelo Roberto Ilha da Silva<sup>3</sup>, ao esclarecer: “Portanto, há que se tutelar, além dos bens constitucionalmente relevantes assinalados de forma expressa, somente aqueles valores que não se puserem em contradição com ela, observando-se as vedações a incriminações nela contidas, expressa ou implicitamente”.

Conclui-se, dessa forma, que somente serão considerados bens jurídico-penais sujeitos àquela proteção globalizada os que estiverem expressamente tutelados pela Constituição. Serão protegidos também aqueles que, apesar de não o serem de forma explícita, não entrarem em contradição com a Lei Maior, ajustando-se, na verdade, aos seus princípios e mandamentos. Somente estes é que são essenciais para a vida em sociedade.

## 2 Princípio da ofensividade

Entre os princípios corolários do nosso moderno ordenamento jurídico penal, que é eminentemente garantista<sup>4</sup>, insere-se o da ofensividade ou lesividade. Conforme esse princípio, não há crime sem ofensa a bens jurídicos, assim considerados aqueles essenciais ao convívio social, como observado linhas atrás. Na verdade, essa ofensa envolveria não só a lesão propriamente dita, mas também a exposição a perigo de lesão. O bem jurídico seria, assim, o alvo dessa proteção, seja de uma conduta que venha a lesá-lo, seja de uma conduta que o exponha a uma situação de perigo de dano. Portanto, o controle social só teria legitimidade para atuar quando houvesse lesão a bens jurídicos concretos, isto é, quando o bem a ser atingido possuísse a capacidade de evidenciar as fronteiras do legitimamente crimínável.

<sup>3</sup>SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 88.

<sup>4</sup>O direito penal moderno tem exatamente essa função, ou seja, tem como finalidade garantir o respeito aos direitos humanos e da cidadania, não se compadecendo com penas que venham a violar tais direitos, como é o caso da de morte, da perpétua, das cruéis, da de banimento e de trabalho forçado, todas proibidas constitucionalmente, consoante o art. 5º, XLVII, “a” a “e”.

Por isso, segundo Magalhães Noronha<sup>5</sup>, “crime é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo bem jurídico protegido pela lei penal”. Já para Heleno Fragoso<sup>6</sup>, “crime é a ação ou omissão que, a juízo do legislador, contrasta violentamente com valores ou interesses do corpo social, de modo a exigir seja proibida sob ameaça de pena, ou que se considere afastável somente através da sanção penal”. Acerca do que foi dito, ensina Fernando Capez<sup>7</sup> que “a função principal da ofensividade é a de limitar a pretensão punitiva estatal, de maneira que não pode haver proibição penal sem um conteúdo ofensivo a bens jurídicos”. Também nesse sentido é o pensamento de Luiz Flávio Gomes<sup>8</sup>:

A função principal do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos é a de delimitar uma forma de direito penal, o direito penal do bem jurídico, daí que não seja tarefa sua proteger a ética, a moral, os bons costumes, uma ideologia, uma determinada religião, estratégias sociais, valores culturais como tais, programas de governo, a norma penal em si etc. O direito penal, em outras palavras, pode e deve ser conceituado como um conjunto normativo destinado à tutela de bens jurídicos, isto é, de relações sociais conflitivas valoradas positivamente na sociedade democrática. O princípio da ofensividade, por sua vez, nada diz diretamente sobre a missão ou forma do direito penal, senão que expressa uma forma de compreender ou de conceber o delito: o delito como ofensa a um bem jurídico.

Excelente conceituação nos é dada por Ângelo Roberto Ilha da Silva<sup>9</sup>, para quem “o princípio da lesividade ou ofensividade, *nullum crimen sine iniuria*, consiste precisamente na consideração de que toda incriminação deve ter por finalidade a proteção de bens jurídicos de lesões ou exposições a perigo, ou seja, o modelo legal deve descrever uma conduta que seja apta a vulnerar um bem merecedor da tutela penal”. Por sua vez, René Ariel Dotti<sup>10</sup> afirma que “não é admissível a incriminação de condutas que não causem perigo ou dano aos bens corpóreos e incorpóreos inerentes aos indivíduos e à coletividade”.

<sup>5</sup>NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. p. 105, 1 v.

<sup>6</sup>FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: parte geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 149.

<sup>7</sup>CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 26, 1 v.

<sup>8</sup>GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 41.

<sup>9</sup>SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Op. cit., p. 92/93.

<sup>10</sup>DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 62.

Como se observa, para a incriminação de uma conduta, exige-se que ela tenha violado um bem jurídico. Essa violação envolve a lesão e o perigo de lesão. É preciso, porém, que se atente para o fato de que a referida proteção dada ao bem jurídico essencial ao convívio social é, na verdade, a mais ampla possível. Por isso, ela abrange não só o dano, como também a situação perigosa.

Esta, por sua vez, como lembra José Francisco de Faria Costa<sup>11</sup>, englobaria o concreto *pôr-em-perigo* e o *cuidado-de-perigo*. Tal nomenclatura permitiria, em última análise, a justificação dos crimes de perigo abstrato, como a seguir se demonstrará, contradizendo o entendimento de alguns autores, para os quais o princípio da ofensividade ou da lesividade não autoriza aquela espécie de delito perigoso; pelo contrário, considera-os inconstitucionais<sup>12</sup>.

De qualquer modo, verifica-se que o conceito de ofensividade está insitamente ligado ao conceito de antijuridicidade material, eis que ambos prevêm que determinada conduta somente poderá ser considerada como crime, caso venha a ofender um bem jurídico. É, na verdade, a sua fonte inspiradora. Por essa razão, afirmar-se-ia, seguramente, que, pelo princípio da ofensividade ou da lesividade, seria possível afastar-se a antijuridicidade, no seu aspecto material, e, por conseguinte, o próprio crime.

É nesse sentido o entendimento de Roberto Bitencourt<sup>13</sup>, para quem a antijuridicidade material “se constitui da lesão produzida pelo comportamento humano que fere o interesse jurídico protegido; isto é, além da contradição da conduta praticada com a previsão da norma, é necessário que o bem jurídico protegido sofra a ofensa ou a ameaça potencializada pelo comportamento desajustado”.

Questão interessante, ainda referente ao princípio, em análise, é a sua fundamentação dentro do ordenamento jurídico pátrio. Onde estaria ele previsto? A busca na nossa legislação, em especial na Constituição Federal de 1988, leva-nos à conclusão de que a ofensividade não está, de forma expressa, prevista em qualquer texto legal. Entretanto, da análise de princípios outros trazidos expressamente, podemos identificar o da lesividade.

<sup>11</sup> COSTA, José Francisco de Faria. Op. cit., p. 644.

<sup>12</sup> CAPEZ, Fernando. Op. cit., p. 25.

<sup>13</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 242.

Como se sabe, a nossa Lei Máxima é considerada e até mesmo designada de “constituição cidadã”, diante da larga gama de princípios protetivos dos direitos humanos e do cidadão por ela trazida – função garantista. Entre estes, encontra-se um princípio-base, ou seja, o princípio da legalidade, previsto no seu art. 5º, XXXIX, para o qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Além deste, existe a regra prevista no art. 1º, II e III, que determina ser fundamento da República Federativa do Brasil a cidadania e a dignidade humana. Esta última está inserta, na Constituição Federal, em vários dispositivos, tais como os incisos III, XLVII, XLVIII, XLIX, L, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXV e LXVI, todos do art. 5º. Todos eles vedam a tortura e o tratamento desumano ou degradante de qualquer pessoa, proíbem a pena de morte, a prisão perpétua, o trabalho forçado, o banimento e as penas cruéis, determinam o respeito e a proteção ao preso e disciplinam a prisão processual.

Basta uma simples análise dessas normas para se concluir acerca da afluência do princípio da ofensividade. Por outro lado, é preciso observar, na elaboração da figura típica – que somente poderá ser prevista em lei, de acordo com o princípio da legalidade – os princípios da cidadania e da dignidade humana. Em consequência, não haveria como se considerar crime uma conduta que sequer violasse ou ofendesse algum bem jurídico, pois tal hipótese seria incompatível com aqueles fundamentos.

A cidadania e a dignidade humana não se compadecem com uma punição ao indivíduo sem que este tenha violado qualquer bem jurídico, porque representaria verdadeira responsabilidade penal objetiva. Por isso, o princípio da legalidade, ao se concatenar com aqueles outros, acaba por contaminar-se com os seus preceitos, fazendo impor às figuras típicas daí decorrentes a observância da violação ao bem jurídico, como requisito essencial à sua plena formação. Se assim não se fizer, não será ilícita, materialmente, a conduta típica. Dessa forma, conclui-se que o princípio da ofensividade ou lesividade está implicitamente previsto no nosso texto constitucional, extraído a partir da análise conjunta dos princípios da legalidade, da cidadania e da dignidade humana.

### **3 Crime de perigo concreto**

Crime de perigo concreto é aquele em que a conduta praticada deverá, efetivamente, expor a perigo de dano o bem juridicamente tutelado, dependen-

do sempre de comprovação. Nessa espécie de delito, o perigo é real, tendo que ser comprovado caso a caso. O perigo integra o tipo, como elemento essencial, sem o qual não haverá a configuração do delito. Aliás, a consumação desses crimes só ocorre com a efetiva exposição do bem jurídico a perigo, exatamente pelo fato de este fator - perigo - ser elemento essencial à constatação do tipo.

Como bem assinala Diego Romero<sup>14</sup>, “os delitos de perigo concreto são aqueles que requerem, para a sua verificação, a produção de um resultado, individualmente verificável no caso fático, de real perigo de dano ao objeto protegido pela norma”. Diante disso, verificamos que os crimes de perigo concreto serão, em regra, identificados na nossa legislação penal com a palavra “perigo” fazendo parte integrante do tipo. Essa palavra está inserida em expressões tais como: “expondo a perigo de dano”, “expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem” ou, ainda, “gerando perigo de dano”.

Essa é a regra. Entretanto, poderá acontecer que alguns tipos penais, apesar de não estarem acompanhados de tais expressões, por uma má redação legislativa, sejam também de perigo concreto. Nessas hipóteses, a conclusão será obtida através de uma boa interpretação por parte do aplicador do direito. Exemplo disso nos traz Ângelo Roberto Ilha da Silva<sup>15</sup>, ao se referir ao crime de gestão temerária, previsto no art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86, descrito da seguinte forma: “se a gestão é temerária”. Acrescenta o citado autor:

Trata-se, sem dúvida, de crime de perigo concreto, jamais podendo ser considerado como sendo de perigo abstrato ou presumido. O temor, vocábulo do qual deriva a adjetivação ‘temerária’, revela, a nosso ver, a exigência do perigo de forma concreta, vislumbrando-o sob o aspecto subjetivo. De modo que o perigo está contido no tipo do delito em questão e isso, e não só isso, demonstra que se trata de crime de perigo concreto. O perigo, repita-se, está presente no tipo, como reclama a doutrina para a configuração do crime de perigo concreto, e não se pode afirmar o contrário exclusivamente pelo fato de o vocábulo “perigo” não estar expresso, mas implícito na adjetivação ‘temerária’. O perigo não é só a motivação, mas elemento do tipo.

De qualquer modo, o perigo, explícita ou implicitamente previsto no tipo penal, deverá ser real e constatado no caso concreto, sob pena de não restar configurado o crime. Tomando-se como exemplo o crime descrito no art. 250

<sup>14</sup>ROMERO, Diego. Op. cit.

<sup>15</sup>SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Op. cit., p. 69.

do CP (incêndio), que é de perigo concreto, não basta o agente causar o incêndio. É necessário também que referida conduta venha a expor, de forma efetiva e concreta, o bem juridicamente tutelado a uma situação de perigo de dano. Só assim, restará configurado o delito. Caso não ocorra a mencionada exposição, será atípica a conduta, ante a ausência da caracterização de um de seus elementos essenciais.

O mesmo ocorrerá no crime de direção de veículo automotor sem a devida habilitação, previsto no art. 309 da Lei nº 9.503/97 (Código Nacional de Trânsito). Aqui, não basta, como na hipótese anterior, ser o sujeito flagrado conduzindo o veículo automotor sem possuir habilitação para tanto. Deverá, para a configuração do tipo, ser comprovada uma real situação de perigo produzida por ele ao praticar aquela conduta.

Assim, será atípica a conduta quando a pessoa, que dirigia sem habilitação, mas de forma normal, é parada em uma *blitz* policial que constata a ausência do referido requisito para a condução de veículo automotor. Em tal hipótese, por não ter gerado, de maneira concreta, perigo de dano para qualquer bem juridicamente tutelado, não responderá criminalmente, mas só por possível infração administrativa. Por essas razões, é imprescindível conhecer a conceituação dos crimes de perigo concreto para se fazer uma correta abordagem acerca de todos os seus elementos essenciais, incluindo-se a efetiva e comprovada exposição dos bens juridicamente tutelados ao perigo de dano.

#### 4 Crime de perigo abstrato

O crime de perigo abstrato, diferentemente do crime de perigo concreto, é aquele em que o perigo não integra o tipo penal, mas, ao contrário, é presumido pelo legislador, diante da conduta. Em razão disso, o perigo não precisa ser comprovado caso a caso, bastando, para a configuração do crime, a prática da conduta. Na verdade, o perigo aqui referido é inerente à própria conduta que, encarada de forma abstrata, leva a uma conclusão lógica de que sempre acarretará uma situação de perigo.

Dessa forma, o perigo aqui referido não é elemento do tipo penal, mas sim a sua própria motivação, como ensina José Francisco de Faria Costa<sup>16</sup>. Isso porque, como observado acima, a conduta, genérica ou abstratamente considerada, acarreta sempre, pela experiência social, um perigo de dano ao bem

<sup>16</sup>COSTA, José Francisco de Faria. Op. cit., p. 620-621.

jurídico. Ante a sua gravidade e, em muitos casos, sua difícil comprovação, motiva o tipo penal, mas não o integra como elemento necessário, exatamente pelas razões mencionadas.

Para Ângelo Roberto Ilha da Silva<sup>17</sup>, o crime de perigo abstrato é “aquele cujo perigo é ínsito na conduta e presumido, segundo a doutrina majoritária, *juris et de jure*”. No mesmo sentido é o ensinamento de Damásio de Jesus<sup>18</sup>, para quem “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*”. Esse também é o entendimento de Julio Fabbrini Mirabete<sup>19</sup>, segundo o qual o perigo abstrato é aquele “presumido pela norma que se contenta com a prática do fato e pressupõe ser ele perigoso”. Por fim, para Roxin<sup>20</sup>, crimes de perigo abstrato são “aqueles em que se castiga a conduta tipicamente perigosa como tal, sem que no caso concreto tenha que ocorrer um resultado de exposição a perigo”. Nessa trilha, pela relevância das considerações nele contidas, é importante relembrar os ensinamentos de Liszt<sup>21</sup>:

Por ofensa entende-se já a lesão imediata, pela qual o bem é destruído ou sofre diminuição no seu valor, ou perigo *in concreto* e precisamente determinado pela lei, por exemplo, o perigo ‘para a vida ou para o corpo,’ mediante exposição ou abandono de uma pessoa incapaz de valer-se. Às normas que proíbem a ofensa e o perigo *in concreto* se contrapõem as que proíbem certos atos, porque eles envolvem *in abstracto* a possibilidade de um perigo para certos bens jurídicos. Em tais casos esse perigo possível é o único motivo da norma.

#### 4.1 Natureza da presunção nos crimes de perigo abstrato

Questão intrigante diz respeito à natureza da presunção que rodeia os crimes de perigo abstrato. Apesar do entendimento majoritário, no sentido de que é absoluta (*juris et de jure*) a presunção que norteia esses crimes, existem doutrinadores que discordam de tal posição.

<sup>17</sup> SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Op. cit., p. 72.

<sup>18</sup> JESUS, Damásio E. *Direito penal: parte geral*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 189, 1 v.

<sup>19</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 134, 1 v.

<sup>20</sup> Apud ROMERO, Diego. Op. cit.

<sup>21</sup> LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução e comentários de José Higinio Duarte Pereira. Campinas-SP: Russell, 2003. p. 236. t. 1.

Uns, como Mantovani<sup>22</sup>, fazem verdadeira distinção entre o perigo abstrato e o perigo presumido. O primeiro seria aquele em que o perigo é ínsito na conduta, levando-se em consideração a experiência das coisas, cabendo ao intérprete somente verificar a adequação daquela ao tipo, enquanto que, no segundo, o perigo não é ínsito na conduta. Mesmo assim, o legislador o presume de forma absoluta, não admitindo prova em contrário.

Para outros, como Zaffaroni e Pierangeli<sup>23</sup>, a presunção dos crimes de perigo abstrato seria relativa, ou seja, *juris tantum*, hipótese em que admitiriam prova em contrário. Há, ainda, os que entendem existirem, nos crimes de perigo abstrato, uns com presunção absoluta e outros com presunção relativa, como João Mestieri<sup>24</sup>.

Por fim, para Ângelo Roberto Ilha da Silva<sup>25</sup>, “os crimes de perigo abstrato, como regra, devem manter a presunção absoluta, pressupondo que estejam adequadamente tipificados, ou seja, naqueles casos em que não há meio de separar o perigo da conduta, como, por exemplo, no crime de moeda falsa, que por suas características constitui sempre um potencial perigo à fé pública”. Para o referido autor, seriam, então, de presunção relativa os crimes de perigo abstrato em que, por um equívoco do legislador na formulação do tipo, o perigo não fosse ínsito à conduta, não fosse uma decorrência lógica da ação, de acordo com a experiência das coisas. Nessa última hipótese, seria admitida a prova em contrário.

Entretanto, a partir de uma análise mais aprofundada da matéria, constata-se que a adoção de qualquer entendimento que leve a uma presunção relativa (*juris tantum*) em relação aos crimes de perigo abstrato nos conduz a uma situação incompatível com o ordenamento jurídico penal pátrio. Isso porque, em se adotando a mencionada presunção relativa, estaríamos diante da seguinte hipótese: em um determinado crime de perigo abstrato, a conduta bastaria para configurá-lo, não sendo necessária a comprovação da efetiva exposição a perigo de dano do bem juridicamente tutelado, por parte do órgão acusador, *in casu*, o Ministério Público, ante a presunção do perigo.

<sup>22</sup> Apud SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Op. cit., p. 73/74.

<sup>23</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 561.

<sup>24</sup> MESTIERI, João. *Manual de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 242, 1 v.

<sup>25</sup> SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Op. cit., p. 77/78.

Todavia, como a citada presunção seria relativa, admitir-se-ia a prova em contrário, que, como é claro, caberia ao réu. Diante disso, estaria sendo criada uma espécie de inversão do ônus da prova no direito penal. Porém, tal situação, como dito anteriormente, não se compatibiliza com o nosso ordenamento jurídico, por três motivos, a seguir delineados. Em primeiro lugar, porque o indivíduo-réu não estaria em igualdade com o Estado. Pelo contrário, encontrar-se-ia em total desvantagem, o que, à primeira vista, já nos indica a violação dos princípios da proporcionalidade e da própria dignidade humana, corolários do nosso sistema penal garantista.

Em segundo lugar, porque é inconcebível que alguém, em matéria penal, deva demonstrar o não preenchimento do tipo para, somente assim, ser considerado inocente. Mas, como se sabe, a comprovação de sua responsabilidade criminal caberia ao próprio Estado. O que caberá ao réu, caso faça parte de sua defesa, é a demonstração das causas de exclusão da ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade etc.) ou da culpabilidade (erro de proibição, coação irresistível etc.), mas nunca que determinado elemento essencial do tipo (o perigo) não se configurou. Tal tarefa, repita-se, é atribuição da parte que acusa. A esse respeito, convém transcrever o ensinamento de Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>26</sup>:

O princípio da inocência, ou estado ou situação jurídica de inocência, impõe ao Estado a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter* persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e a outra, de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação. À defesa restaria apenas a demonstração da eventual presença de fato caracterizador de excludente de ilicitude e culpabilidade, cuja presença fosse por ele alegada.

Em terceiro lugar, estar-se-ia ferindo frontalmente o princípio do *in dubio pro reo*, para o qual, como se sabe, a dúvida existente no processo penal deve ser sempre considerada como favorável ao réu. A mencionada violação aconteceria, portanto, quando o acusado não conseguisse comprovar a incoerência do perigo, restando, ao menos, uma dúvida nos autos, consistente na efetivação ou não do perigo no caso concreto. Em tal hipótese, essa dúvida, mesmo dominando a interpretação do juiz, não poderia ser por este aproveitada para beneficiar o réu com uma sentença absolutória. Nesse caso, só por não

<sup>26</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 23.

ter sido afastada a presunção do perigo, ficaria o julgador, mesmo que estivesse com dúvida, obrigado a prolatar uma decisão condenatória. Essa hipótese, sem sombra de dúvida, afronta o princípio em análise.

Por essas razões, não será cabível qualquer entendimento que considere relativa a presunção dos crimes de perigo abstrato. A presunção deve ser, realmente, absoluta, restando aqueles delitos que, apesar de considerados como de perigo abstrato, não atribuírem a um perigo ínsito à conduta a pecha de inconstitucionalidade, por violação do princípio da ofensividade, como mais adiante se verá.

## 4.2 Discussões acerca da antijuridicidade dos crimes de perigo abstrato

Como foi visto, de acordo com o princípio da ofensividade ou lesividade, uma conduta só poderá ser considerada criminosa quando violar um bem juridicamente tutelado. Afirmou-se também que determinados bens jurídicos, por sua essencialidade para a vida social, merecem uma proteção mais abrangente. E assim, requerem punição para as condutas que o lesionariam, para as que o exporiam a um efetivo perigo de dano e para as que, insitamente, trariam uma potencial exposição ao perigo de dano.

É dentro desse contexto que devem inserir-se os crimes de perigo abstrato. Esta espécie de crime, para não afrontar o princípio da ofensividade ou lesividade, tornando-se, então, inconstitucional, terá que violar o bem juridicamente tutelado. É necessário, então, estudar a fundo os crimes de perigo abstrato, correlacionando-os com o citado princípio, para se constatar ou não a sua legitimidade. É exatamente nesse aspecto que os delitos, aqui analisados, sofrem duras críticas. Não são poucos os doutrinadores que entendem serem eles inconstitucionais, isso porque, nas suas compreensões, não violariam qualquer bem jurídico, afrontando o princípio da ofensividade, que é informador do direito penal e eminentemente garantista. Sobre a matéria, leciona Diego Romero<sup>27</sup>:

Vislumbra-se que os crimes de perigo abstrato não buscam responder a determinado dano ou prejuízo social realizado pela conduta, senão evitá-la, barrá-la, prevenindo e protegendo o bem jurídico de lesão antes mesmo de sua exposição a perigo real, concreto efetivo de dano. Ao fazer uso desta modalidade delitiva, quer o direito penal da atualidade proporcionar, ou melhor, dar a sensação de segurança ao corpo social.

Em suas considerações, acrescenta o citado autor: “claramente, desse emprego dos tipos penais de perigo abstrato, resulta afronta ao enunciado do direito penal clássico *nullum crimen sine injuria* e, por conseguinte, inobser-

<sup>27</sup>ROMERO, Diego. Op. cit.

vância ao princípio constitucional da ofensividade, pois não há crime sem resultado”. No mesmo sentido é a lição de Lênio Luiz Streck<sup>28</sup>:

Ora, será demais lembrar que somente a lesão concreta ou a efetiva possibilidade de lesão imediata a algum bem jurídico é que pode gerar uma intromissão penal do Estado? Caso contrário, estará o Estado estabelecendo responsabilidade objetiva no direito penal, punindo condutas *in abstracto*, violando os já explicitados princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da secularização, conquistas do Estado Democrático de Direito.

Edison Miguel da Silva Jr.<sup>29</sup>, a respeito da matéria, faz as seguintes considerações:

Preocupado com as implicações dessa classificação, Damásio E. de Jesus afirma que “não são admissíveis delitos de perigo abstrato ou presumido em nossa legislação”. Igualmente, Luis Flávio Gomes alerta para a inconstitucionalidade do tipo de perigo abstrato, “por violar o princípio da ofensividade, que conta com assento constitucional indiscutível”. Francisco de Assis Toledo, por sua vez, adverte: “O crescimento descontrolado desses crimes de perigo abstrato, especialmente na área dos delitos de trânsito, delitos contra o meio ambiente, contra a saúde pública, contra a ordem econômica e tributária etc., pode pôr em risco o direito penal de cunho liberal, orientado e autolimitado pela exigência da ofensa ao bem jurídico, transformando essa exigência em uma espécie de ficção a ponto de já se falar na exposição a perigo do direito penal pelo surgimento de um direito penal da exposição ao perigo (Herzog)”.

Como visto, no entendimento de vários autores, os crimes de perigo abstrato, exatamente por não exigirem a comprovação, caso a caso, da efetiva exposição do bem jurídico a perigo de dano, não satisfazem o princípio da ofensividade, sendo, por isso, inconstitucionais. Entretanto, referido entendimento não seria o mais correto, como a seguir se demonstrará.

### 4.3 Ofensividade na modalidade de cuidado-de-perigo

O princípio da ofensividade ou lesividade deve, como já aludido, ser compreendido de forma ampla, envolvendo uma proteção globalizada do

<sup>28</sup> STECK, Lênio Luis. *O crime de porte de arma à luz da principiologia constitucional e do controle de constitucionalidade: três soluções à luz da hermenêutica*. Revista de Estudos Criminais do ITEC, Ano 1, 2001, n. 1, p. 54.

<sup>29</sup> SILVA JR., Edison Miguel da. *Crimes de perigo no Código de Trânsito Brasileiro*. São Paulo: Boletim IBCCrim n. 76 - mar./99, p. 6-7.

bem jurídico. Nesse diapasão, na percepção de José Francisco de Faria Costa<sup>30</sup>, “a ofensividade pode, assim, estruturar-se em três níveis, todos eles tendo como horizonte compreensivo e integrativo a expressiva nomenclatura do bem jurídico: dano/violação; concreto *pôrem-perigo* e *cuidado-de-perigo*. Por aqui se podem perceber, pois, os pressupostos fundantes dos crimes de perigo abstrato”.

O princípio da ofensividade envolve uma tutela ampla, uma verdadeira armadura para os bens jurídicos. Abrange, portanto, o *cuidado-de-perigo*, que consiste “em proibir conduta que seja apta a vulnerar algum bem jurídico”<sup>31</sup>. E quais seriam essas condutas? A resposta a tal indagação já foi, de certa forma, apresentada neste trabalho, mas, pela sua importância, merece ser repetida. Como já dito, pela experiência das coisas, é fácil notar que determinadas condutas, mesmo sendo analisadas abstratamente, causariam exposição a perigo de dano, caso viessem a ser praticadas.

São condutas que, pela sua gravidade, levam a uma conclusão lógica e inafastável de que, se efetivadas, conduzirão, obrigatoriamente, a uma situação de perigo. São, pois, plenamente aptas a vulnerar o bem jurídico. Por esse motivo, o legislador contenta-se somente com a sua prática para a caracterização do delito, não exigindo a comprovação, no caso concreto, do perigo. Deve-se, todavia, atentar para o seguinte fato: o legislador não exige a comprovação do perigo no caso concreto, mas a ocorrência do próprio perigo.

De fato, a ocorrência da situação perigosa nos crimes de perigo abstrato é inerente à conduta, é ínsita a ela. Portanto, praticada a ação, a situação perigosa advirá, de maneira inexorável, eis que assim informa a experiência das coisas, razão pela qual não necessita de ser comprovada. Por isso é que a presunção, nestes casos, será sempre absoluta (*juris et de jure*), não admitindo prova em contrário. Significa que o perigo sempre existirá, não sendo, entretanto, necessária a sua comprovação. Aqui, mais uma vez, é preciso apresentar os ensinamentos de José Francisco Faria Costa<sup>32</sup> sobre o tema:

O intérprete, perante um caso de “imediate” enquadramento na dogmática dos crimes de perigo abstrato, tem de, apelando à *hermeneia*, repensar o tipo perscrutando o seu interior, no sentido de o avaliar em função do princípio da ofensividade. Por outras palavras: não basta o legislador definir com exactidão a conduta ou

<sup>30</sup> COSTA, José Francisco de Faria. Op. cit., p. 643/644.

<sup>31</sup> SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Op. cit., p. 95.

<sup>32</sup> COSTA, José Francisco de Faria. Op. cit., p. 646.

condutas proibidas. É preciso ainda e sempre, através da categoria de mediação do cuidado de perigo, ver se aquela conduta proibida visa a proteger, se bem que por meio da mais avançada das defesas jurídico-constitucionalmente permitidas, um concreto e determinado bem jurídico com dignidade constitucional ou, talvez ainda de maneira mais rigorosa, um bem jurídico-penal.

Exemplo clássico é o do crime de moeda falsa, previsto no art. 289 do CP. Referido delito envolve conduta que, considerada de forma abstrata, antes mesmo de sua efetivação, leva-nos à conclusão inarredável de que, se praticada, colocará sempre em perigo de dano o bem juridicamente tutelado, qual seja, o da fé pública. A violação a mencionado bem, nesse caso, é incontestável. Por isso, quando praticada a conduta descrita no citado tipo penal, não haverá necessidade de comprovação da ocorrência do perigo, em razão de sua inafastável conclusão de existência, afigurada, diga-se novamente, pela experiência das coisas da vida.

Outro exemplo é o delito de quadrilha ou bando, descrito no art. 288 do CP. Isso porque a simples associação de mais de três pessoas para a prática de crimes indeterminados, mesmo sendo um mero ato preparatório para os delitos a serem futuramente praticados, já põe em risco de dano a sociedade. É que, com tal conduta, a paz que deve reinar no seio social resta afrontada e, com isso, sempre aparece, de maneira inafastável, a exposição à situação de perigo. Assim também o será nos crimes de perigo comum, nos crimes contra a paz pública, nos crimes ambientais etc.

Dessa forma, é preciso analisar o princípio da ofensividade em uma perspectiva mais ampla, envolvendo, além do dano/violação e do concreto *pôr-em-perigo*, também o *cuidado-de-perigo* (proibição de conduta apta a vulnerar o bem jurídico). Com isso, verifica-se que não há contraposição entre este e os chamados crimes de perigo abstrato, baseados naquela última forma de proteção do bem jurídico<sup>33</sup>.

<sup>33</sup>Transcreve-se, a esse respeito, o entendimento de Ângelo Roberto Ilha da Silva: “Outros exemplos poderiam ser mencionados, mas as hipóteses aqui indicadas são suficientes para ressaltar o equívoco do entendimento segundo o qual os delitos de perigo abstrato não respeitariam o princípio da lesividade. O princípio da lesividade ou da ofensividade é, portanto, observado, sempre que o tipo penal tiver por finalidade proteger bens jurídicos, sendo que alguns, por suas características, tais como o meio ambiente, a ordem econômica, a fé pública e a saúde pública, entre outros, só podem ser, em certos casos, eficazmente tutelados de forma antecipada mediante tipos de perigo abstrato, seja em razão dos resultados catastróficos que um dano efetivo traria, seja pela irreversibilidade do bem ao estado anterior, seja pelo fato de não se poder mensurar o perigo imposto em certas circunstâncias, ou a inviabilidade de estabelecer o entrelaçamento entre múltiplas ações e um determinado resultado danoso nos moldes rigorosos do processo penal. Em suma, os crimes de perigo abstrato não afrontam o princípio da lesividade sempre que estiverem a tutelar determinados bens que requeiram uma tal forma de tutela antecipada, ou seja, quando a infração penal não configure uma mera violação de dever de obediência, e, para tanto, é mister uma rigorosa técnica de tipificação, bem como uma precisa e taxativa descrição do modelo incriminador. Há que se pensar um direito penal de forma mais atualizada, desprendido do individualismo extremado e voltado tanto para os tradicionais quanto para os novos bens, que, por suas características, só possam ser protegidos de forma eficaz mediante a tutela antecipada, que se traduz na adoção de tipos de ilícito de perigo abstrato” (SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Op. cit., p. 101).

Assim, se, pela experiência das coisas da vida, ou seja, da vivência social, determinada conduta, abstratamente considerada, vier a ser efetivada ou expuser algum bem jurídico a perigo de dano, o crime de perigo abstrato que a consignar não será violador do princípio da ofensividade. Pelo contrário, estará em perfeita sintonia com este último, de acordo com o seu terceiro nível: o *cuidado-de-perigo*. Não há, portanto, que se falar em inconstitucionalidade dessa espécie de delito.

Por outro lado, se a conduta abstratamente considerada, mesmo quando efetivada, não expuser um bem jurídico a perigo de lesão, estará evidentemente constatada a violação ao princípio da ofensividade. É que não basta a previsão legislativa de determinada conduta como crime de perigo abstrato. É preciso também que o perigo seja ínsito na conduta, seja uma conseqüência lógica dessa conduta. Se, porventura, não o for, configurada estará a sua inconstitucionalidade, pela não obediência ao princípio acima esposado. Convém frisar, neste aspecto, que não haverá também violação do princípio da proporcionalidade, desde que sejam observadas aquelas condicionantes. Além disso, é preciso se atentar para a idoneidade e a necessidade da resposta penal e para a razoabilidade entre o crime e o bem jurídico protegido<sup>34</sup>.

Com isso, pode-se afirmar que uma possível inconstitucionalidade não será decorrente, de forma genérica, dos crimes de perigo abstrato em si considerados, mas sim de um possível equívoco de construção legislativa que venha a prever, como infração penal, conduta que não viola, em nenhum dos seus níveis, o princípio da ofensividade. Portanto, a violação a tal princípio, diga-se novamente, é efetivada por erro legislativo e não pelo conceito de perigo abstrato.

Assim, para se confirmar a legitimidade de determinado crime dessa espécie, basta analisar se a conduta nele prevista, caso venha a ocorrer, ocasionará uma efetiva exposição de algum bem jurídico a perigo de dano. Se a resposta for afirmativa, será ele legítimo; se for negativa, será ilegítimo, por violação ao princípio em comento, já que, na hipótese, não se estaria maculando qualquer bem jurídico. A análise deverá, pois, ser feita caso a caso.

<sup>34</sup> Esclarece, a respeito, Ângelo Roberto Ilha da Silva: “O que revela salientar, como procuramos demonstrar, é que o princípio da proporcionalidade não será desprezado, de antemão, *a priori*, pelo simples fato de o legislador optar pelo modelo de incriminação de perigo abstrato. Verificamos, a partir da análise de um mesmo bem jurídico, dois tipos penais: um atendendo ao princípio, outro não. De modo que, para atender ao princípio da proporcionalidade, o crime de perigo abstrato deverá, antes de tudo, apresentar uma precisa descrição na qual a conduta vulnere, ao menos potencialmente, um bem jurídico, ou seja, o perigo deve ser ínsito à conduta, de acordo com as regras da experiência e do bom senso. Deve-se, então, averiguar a idoneidade e a necessidade da resposta penal ante a conduta e, num terceiro passo, fazer uma ponderação em torno da razoabilidade na relação entre meio (incriminador) e fim (tutela do bem jurídico). O legislador deverá avaliar a conveniência, valendo-se da prudência para não incorrer em excesso, mas o exame se dá caso a caso. De modo que o crime de perigo abstrato ora poderá ser proporcional ao fato, ora não” (Op. cit., p. 116/117).

## 5 Considerações finais

A sociedade vem passando por grande evolução, com inegável influência em todas as relações sociais. A atual conjuntura baseia-se em uma verdadeira sociedade de risco. Em razão disso, foi necessária uma intervenção antecipada e mais enérgica do Estado, para dar proteção maior aos bens jurídicos essenciais ao convívio social. Essa proteção veio prever, como figura inculminadora, além das condutas que produzam uma lesão no bem jurídico, também aquelas que o expunham a um perigo de dano.

Entretanto, essa nova forma protetiva, sob pena de ser considerada inconstitucional, deve estar em consonância com o princípio da ofensividade ou lesividade, corolário do nosso atual sistema jurídico penal, que é eminentemente garantista. Para o referido princípio, traduzido pela fórmula *nullum crimen sine iniuria*, não haveria crime sem violação a qualquer bem juridicamente tutelado, assim considerados aqueles previstos, explícita ou implicitamente, na Constituição Federal.

Surgiu, então, a questão a ser enfrentada, qual seja a de correlacionar os crimes de perigo com o princípio da lesividade. Quanto aos crimes de perigo concreto, nenhum problema adveio, eis que, em sendo estes caracterizados pela efetiva e comprovada exposição ao perigo de dano, a violação ao bem jurídico seria evidente. Já em relação aos crimes de perigo abstrato, foi necessária a realização de um estudo mais apurado. Verificou-se que, nesta espécie de crime, o perigo é a sua motivação, diferentemente do que ocorre nos crimes de perigo concreto, em que o perigo é elemento essencial do tipo. Na verdade, ele é inerente à conduta. Assim, sendo esta praticada, obrigatoriamente, haverá o perigo de dano, consoante constatações trazidas pela experiência da vida.

Por isso, a ocorrência do perigo será sempre presumida, não necessitando de qualquer comprovação caso a caso. Aqui, emergiu o embate quanto à natureza de tal presunção: se absoluta ou relativa. Apesar de argumentações em contrário, observou-se não ser consistente qualquer entendimento que considere a presunção que informa os crimes de perigo abstrato como sendo relativa. Isso porque uma inversão no ônus da prova, em direito penal, violaria os princípios da proporcionalidade, da dignidade humana e do *in dubio pro reo*. Além disso, importaria ao acusado a prova de sua própria inocência, quando tal incumbência competirá ao órgão acusador. Em razão disso, o melhor entendimento seria o que reputa a dita presunção como absoluta (*juris et de jure*).

Todavia, vários autores consideram os crimes de perigo abstrato inconstitucionais, por entenderem que tais delitos não se coadunam com o princípio da ofensividade, ante a não violação de qualquer bem jurídico. Ocorre que referido entendimento não leva em consideração uma análise mais ampla daquele princípio, de forma a abranger nele três níveis: o dano/violação, o concreto *pôr-em-perigo* e o *cuidado-deperigo*. Este último consiste na proibição de conduta capaz de vulnerar o bem jurídico. Neste terceiro nível, o perigo é inerente à conduta. Assim, diante da sua gravidade, pode-se concluir, de maneira inexorável, em razão da experiência das coisas da vida, que o perigo de lesão ao bem jurídico sempre advirá, caso seja ela efetivamente praticada. É exatamente aqui que se inserem os crimes de perigo abstrato.

Salientou-se também que não se deve confundir a não exigência de comprovação do efetivo perigo de dano com a própria exposição a essa situação perigosa. É que os crimes de perigo abstrato exigem, sob pena de violação do princípio da ofensividade, com conseqüente pecha de ser ele inconstitucional, uma efetiva exposição do bem jurídico a uma situação de perigo de dano, não sendo necessária, entretanto, a sua comprovação. Isso nos leva a uma conclusão lógica: em se verificando aquele terceiro nível de violação do bem jurídico – *cuidado-de-perigo* - com efetiva exposição deste ao perigo de dano, não há que se falar em ilegitimidade do crime de perigo abstrato. Ao contrário, se não for observado esse pressuposto, será ele inconstitucional, por violação do princípio da ofensividade.

De qualquer forma, isso acontecerá somente em casos de equívoco legislativo. Ao não se atentar para a exigência de respeito ao princípio da lesividade, em quaisquer de seus níveis, formulam-se tipos penais com condutas que, abstratamente consideradas, não trazem em si, de maneira ínsita, o perigo como conseqüência lógica. Por tudo isso, pode-se concluir que os crimes de perigo abstrato, em si considerados, não são inconstitucionais, pois o seu fundamento encontra suporte no terceiro nível de proteção do bem jurídico: o *cuidado-de-perigo*. Inconstitucional será, sim, a má formulação típica por parte do legislador, que, extrapolando os seus limites, prevê como crime conduta que não viola o bem jurídico em quaisquer de seus níveis de proteção, ferindo, com isso, frontalmente, o princípio da ofensividade.

## 6 Referências

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 7 v.
- COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- JESUS, Damásio E. *Direito pena: parte geral*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. 1 v.
- LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução e comentários de José Higinio Duarte Pereira. Campinas-SP: Russell, 2003. 1 t.
- MESTIERI, João. *Manual de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. 242 p. 1 v.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. 1 v.
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. 1 v.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- ROMERO, Diego. *Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato*. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 439, 19 set. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5722>>. Acesso em: 19 nov.2004.

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

SILVA JR., Edison Miguel da. *Crimes de perigo no Código de Trânsito Brasileiro*. São Paulo: Boletim IBCCrim n. 76, mar./99.

STECK, Lênio Luis. *O crime de porte de arma à luz da principiologia constitucional e do controle de constitucionalidade: três soluções à luz da hermenêutica*. [s.l.]: Revista de Estudos Criminais do ITEC, ano 1, n. 1, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.