

CRIMES DE PERIGO ABSTRATO:

Uma análise a sua legalidade e constitucionalidade*

Carlos Frederico Freitas**
Cauê Ávila Aragão
Luciana Fernandes Coelho

Sumário: Introdução; 1 Conceitos relevantes; 1.1 Do crime de dano e perigo; 1.2 Crime de perigo; 1.2.1 Crime de perigo concreto; 1.2.2 Crime de perigo abstrato; 2 Argumentos a favor da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato; 3 Argumentos contra a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato; Conclusão.

RESUMO

Estudo teórico sobre a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. Faz-se uma análise acerca dos crimes de dano e perigo, dando ênfase ao crime de perigo abstrato, cuja abordagem far-se-á pela apresentação de argumentos que possam caracterizar a constitucionalidade ou não dos crimes de perigo abstrato, com fundamentação baseada em doutrinadores e decisões do judiciário.

PALAVRAS-CHAVE

Crime de perigo; perigo concreto e abstrato; constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato

INTRODUÇÃO

Os crimes de perigo abstrato trazem uma grande dúvida ao judiciário nacional, pois, será que são constitucionais? A princípio, sim. Mas, a sua legalidade é regida pelos princípios constitucionais? Esta é a pergunta que tentaremos responder no presente artigo.

De início tratamos dos crimes de dano e perigo, sobre os quais é importante ter conhecimento para podermos estudar o problema em questão. Conceitos sobre os crimes de dano e perigo, em um foco especial aos crimes de perigo concreto e abstrato.

Num segundo momento serão estudados os argumentos utilizados pela corrente doutrinária que defende a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, apontando, inclusive, elementos jurisprudenciais atinentes ao tema.

* Artigo apresentado como *Paper* da disciplina Direito Penal II, ministrada pela Prof^a. Maria Socorro Carvalho na Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB.

** Acadêmicos do 5º Período Vespertino da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco.

1 CONCEITOS RELEVANTES

A discussão acerca da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato prescinde da conceituação de alguns termos diretamente relacionados com o tema. Dessa forma, neste tópico os crimes de perigo e os crimes de dano serão diferenciados e, por conseguinte serão definidos os crimes de perigo concreto e os crimes de perigo abstrato.

1.1 O CRIME DE DANO E PERIGO

Os crimes de dano e perigo são caracterizados por serem os resultados da ação. Esse resultado pode consistir em um dano (crimes de dano) ou na criação de um perigo (crime de perigo).

Os crimes de dano ocorrem quando o delito incorre num resultado danoso. São os crimes que só se consumam com a efetiva lesão do bem jurídico. (ex.: crime de furto, homicídio)

Acerca dos crimes de dano e perigo Zaffaroni observa:

A afetação do bem jurídico pode ocorrer de duas formas: de *dano* ou *lesão* e de *perigo*. Há dano ou lesão quando a relação de disponibilidade entre o sujeito e o ente foi realmente afetada, isto é, quando, efetivamente, impediu-se a disposição, seja de forma permanente (como ocorre no homicídio) ou transitória. Há afetação do bem jurídico por perigo quando a tipicidade requer apenas que essa relação tenha sido colocada em perigo. Essas duas formas de afetação dão lugar a uma classificação de tipos penais em *tipos de dano* e *tipos de perigo*.¹

Os crimes de perigo ocorrem quando a partir do delito, temos como resultado, um perigo. São os crimes que se consumam tão-só com a possibilidade de dano.² Este perigo pode ser demonstrado e provado, caracterizando assim o crime de perigo concreto, também pode acontecer do delito não poder ser demonstrado e provado, mas sim presumido por lei, a este tipo de delito se dá o nome de crime de perigo abstrato (ou presumido).

Os crimes de perigo e dano diferenciam-se então, na razão do bem jurídico tutelado, mais precisamente de efetiva ou provável lesão a este bem. O que quer dizer que se

¹ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 561.

²JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 189.

houver dano ao bem jurídico estará configurado o crime de dano, e, se houver uma ameaça, que, provavelmente produza um dano, está configurado o crime de perigo³.

É necessário ressaltar que os crimes de perigo são subsidiários aos crimes de dano, pois eles, só são aplicados quando não ocorre o crime de dano ao qual se relacionam.

1.2 CRIME DE PERIGO

O crime de perigo acontece quando é constatada a possibilidade real de que o bem jurídico sofra dano. Para a consumação do crime de perigo, basta a possibilidade do dano, isto é, a exposição a perigo de dano do bem jurídico⁴.

A questão do crime de perigo nos traz alguns problemas interpretativos como assevera Zaffaroni:

Os tipos de perigo têm acarretado sérios problemas interpretativos. Para começar, um dos mais árduos é a forma de determinar o perigo, concluindo-se hoje que somente pode ser valorado *ex-ante*, isto é, do ponto de vista de um observador situado no momento da realização da conduta, e não *ex-post*, isto é, no momento de julgá-la. O perigo surge sempre de uma incerteza, e, posteriormente à conduta, geralmente já não há incerteza.⁵

A modalidade crime de perigo é subdividida em: crime de perigo concreto; crime de perigo abstrato; crime de perigo individual; crime de perigo comum; crime de perigo atual; crime de perigo iminente; e crime de perigo futuro. No presente artigo apenas trataremos dos crimes de perigo concreto e abstrato, que são os objetos de nossa análise.

1.2.1 Crime de perigo concreto

O crime de perigo concreto é aquele que precisa ser demonstrado e provado, ocorre quando a realização do tipo exige a existência de uma situação de efetivo perigo. Nesse caso o perigo precisa ser investigado e comprovado⁶. Suas características apresentam uma iminente possibilidade de dano ao bem jurídico.

³BORBA, Maurício. **A inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato**. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_agosto2005/discute/disc_02.doc> Acesso em nov. 2009.

⁴CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 234.

⁵ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 561.

⁶JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 189.

Para que haja o crime de perigo concreto é necessária a existência de alguns pressupostos: o bem jurídico tutelado sujeito a perigo; a ação que faça com que este bem fique exposto a perigo, onde, esta deve colocar em perigo real, podendo ser investigada e comprovada; e por ultimo sob a ótica do bem jurídico o provável dano que por causa da ação não poderá ser evitado.

O perigo concreto pode ser compreendido então como o verdadeiro perigo, o perigo visível e facilmente verificável.

1.2.2 Crime de perigo abstrato

O crime de perigo abstrato ocorre quando a situação de perigo é presumida. O perigo abstrato “é o considerado pela lei em face de determinado comportamento positivo ou negativo. É a lei que o presume *juris et de jure*”⁷. Este tipo de crime não precisa ser provado, por resultar da própria ação ou omissão. O perigo é presumido. Decorre da simples inércia do agente⁸.

O perigo abstrato é então compreendido como uma possibilidade de perigo onde a motivação é a elementar do tipo, é ela quem caracteriza o crime. Zaffaroni caracteriza o perigo abstrato como o “perigo de perigo”⁹. Os crimes de perigo abstrato têm presumidos os danos ao bem jurídico, independentemente da produção deste ou do perigo real que corra.

O crime de perigo abstrato é concebido no momento que é descumprida a lei formal.

Após esta digressão, no qual buscou-se elucidar o conceito de crime de perigo abstrato e diferenciá-lo do crime de dano e do crime de perigo concreto, realizar-se-á, nos dois próximos tópicos um estudo acerca das correntes em conflito. No tópico seguinte, serão analisados os argumentos a favor da constitucionalidade deste tipo criminal. No terceiro capítulo serão avaliados os pontos levantados pelos que defendem a inconstitucionalidade de tais delitos.

⁷JESUS, Damásio E. de. **Direito penal:** parte geral. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 189.

⁸JESUS, Damásio E. de. **Direito penal:** parte geral. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 189.

⁹ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro:** parte geral. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 561.

2 ARGUMENTOS A FAVOR DA CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Atualmente tem-se levantado uma grande polêmica em relação à constitucionalidade dos crimes de perigo, sobretudo os de perigo o abstrato, haja vista que o princípio da ofensividade (ou lesividade) preceitua que a existência de um delito pressupõe a efetiva lesão ou um risco real ao bem jurídico protegido¹⁰.

A corrente dos que defendem a inconstitucionalidade é encabeçada pelo doutrinador Luis Flávio Gomes. Em contrapartida, a tese majoritária, ao qual a jurisprudência pertence, é a favor da constitucionalidade de tais crimes¹¹. Nesse ínterim, esse tópico será direcionado a demonstrar os argumentos deste último grupo.

O legislador ordinário, verificando a necessidade de uma política de segurança mais intensa em alguns campos (como o meio ambiente) e a existência de crimes cuja ofensividade extrapola o indivíduo e agride a sociedade de forma irreversível (como o crime de incêndio), decidiu criminalizar algumas condutas caracterizadas pela mera exposição do bem jurídico em situação de perigo, sem necessariamente ocorrer o dano¹². Exatamente por isso que se diz que os crimes de perigo possuem aplicação subsidiária (somente serão aplicados se o crime de dano não ocorrer).

Esse posicionamento do legislador, longe de ofender o princípio da lesividade ou o brocardo do direito penal como última *ratio*, coaduna-se com o caráter preventivo que o direito penal moderno tem assumido¹³. Imagine-se, por exemplo, um incêndio de grandes proporções em uma reserva ecológica, nesse caso, a aplicação de uma penalidade ao infrator poderá cumprir os objetivos da pena (sejam eles a ressocialização ou a punição), no entanto, nunca irão minorar os malefícios à flora e à fauna ocasionados. Assim, o direito penal, buscando evitar tais danos, pune aqueles atos que simplesmente colocam em risco o meio ambiente.

Outra crítica comumente levantada contra os crimes de perigo abstrato diz respeito à discricionariedade atribuída ao juiz para averiguar se determinado ato colocou em risco o bem jurídico. Em contraposição, há que se ressaltar que o magistrado não terá

¹⁰GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal**: parte geral. 12. ed. vol 7. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 12.

¹¹GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal**: parte geral. 12. ed. vol 7. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 12/13.

¹²ROMERO. Diego. **Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5722&p=2>>. Acesso em: nov. 2009.

¹³GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 8. ed. vol. I. Niterói: Impetus, 2007. p. 194.

discrecionariiedade ampla e irrestrita, mas deverá ater sua análise aos fatos e provas contidos nos autos e também deverá motivar sua decisão, explicando detalhadamente os motivos que lhe levaram a identificar determinada conduta como portadora de perigo real. Ademais, o juiz também deverá obedecer aos ditames constitucionais e processuais gerais como, por exemplo, às regras de suspeição e impedimento, que lhe impedirão de utilizar-se de suas atribuições para favorecer ou prejudicar alguém¹⁴.

Corroborando este posicionamento, cita-se alguns julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do próprio Supremo Tribunal Federal, considerado o intérprete da constituição:

EMENTA: APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. A PROVA DOS AUTOS É AMPLA E CONSISTENTE PARA COMPROVAR A AUTORIA E A MATERIALIDADE DOS FATOS NARRADOS NA PEÇA ACUSATÓRIA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO DE AMBOS OS APELANTES. **CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. CONSTITUCIONALIDADE. NESTA CATEGORIA DE CRIMES É PRESCINDÍVEL QUE A CONDUTA DO AGENTE RESULTE NA PRODUÇÃO DE UM PERIGO REAL PARA O BEM JURÍDICO TUTELADO. TRÁFICO DE DROGAS REPRESENTA UM PERIGO INEGÁVEL PARA A SOCIEDADE.** FATO PENALMENTE RELEVANTE, RAZÃO PELA QUAL SE ENCONTRA TIPIFICADO. O FATO DOS ACUSADOS SEREM USUÁRIOS DE DROGAS NÃO EXCLUI A CONDIÇÃO DE TAMBÉM SEREM TRAFICANTES. ADEMAIS, CABE DESTACAR QUE FORAM ENCONTRADOS EM PODER DOS APELANTES DROGAS DIFERENTES DAS QUE ESTES CONFESSARAM CONSUMIR. AFASTAMENTO DA PENA PECUNIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO CUMULATIVA À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE FIXADA AQUELE QUE COMETE O DELITO. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO.¹⁵ (grifou-se).

EMENTA: PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARMA DESMUNICIADA. TIPICIDADE. CARÁTER DE PERIGO ABSTRATO DA CONDUTA. RECURSO IMPROVIDO. 1. O porte ilegal de arma de fogo é crime de perigo abstrato, consumando-se pela objetividade do ato em si de alguém levar consigo arma de fogo, desautorizadamente e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Donde a irrelevância de estar municiada a arma, ou não, pois o crime de perigo abstrato é assim designado por prescindir da demonstração de ofensividade real. 2. Recurso improvido.¹⁶

EMENTA: PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 da Lei 10.826/03. TIPICIDADE RECONHECIDA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. RECURSO DESPROVIDO. I. A objetividade jurídica da norma penal transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da liberdade individual e do corpo social como um todo, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança coletiva que a Lei propicia. II. **Mostra-se irrelevante, no caso,**

¹⁴ROMERO. Diego. **Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato.** Disponível em: < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5722&p=2>>. Acesso em: nov. 2009.

¹⁵Apelação Crime Nº 70030857353; Primeira Câmara Criminal; Tribunal de Justiça do RS; Relator: Marcel Esquivel Hoppe; Julgado em 02/09/2009.

¹⁶RHC 91553 / DF - DISTRITO FEDERAL, RECURSO EM HABEAS CORPUS; Primeira Turma; Supremo Tribunal Federal; Relator Min. CARLOS BRITTO; Julgado em 23/06/2009.

cogitar-se da eficácia da arma para a configuração do tipo penal em comento, isto é, se ela está ou não municada ou se a munição está ou não ao alcance das mãos, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para cuja caracterização desimporta o resultado concreto da ação. III - Recurso desprovido.¹⁷ (grifou-se)

Após esta explanação, na qual estamos demonstrando que os crimes de perigo abstrato são constitucionais, posto que não ferem o princípio da lesividade nem dotam o magistrado de discricionariedade irrestrita e ainda são utilizados pela jurisprudência como constitucionais, inclusive pela mais alta Corte nacional, realizar-se-á no próximo tópico uma exposição sobre os argumentos levantados a favor da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato.

3 ARGUMENTOS CONTRA A CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

A existência de um crime é caracterizada com a lesão ou com a ameaça a um bem protegido juridicamente. No caso do crime de perigo abstrato, a ameaça não é concreta e sim presumida, o que gera um questionamento acerca de sua constitucionalidade no momento em que entra em conflito com determinados princípios constitucionais.

A primeira desconformidade com a Constituição Federal está justamente na presunção de perigo, sem que haja concretamente uma ameaça a um bem jurídico tutelado. A Magna Carta defende que todos são inocentes até que se prove o contrário, por meio do devido processo legal (artigo 5º, LIV) e através do trânsito em julgado da sentença penal condenatória (artigo 5º, LVII). Portanto, não é cabida a presunção de culpabilidade existente no crime de perigo abstrato, mas sim de inocência e de até mesmo, em caso de dúvida, decidir a favor do réu (*in dubio pro reo*).

Na mesma linha de raciocínio, a presunção de ameaça fere o princípio da lesividade ou da ofensividade no momento em que não é dotada de resultado para caracterizar um crime. Isto, por se tratar de um conceito, tido pelo próprio Zaffaroni e já mencionado acima, de “perigo de perigo”. Além disso, não há aplicação do princípio da proporcionalidade, tendo em vista que a sanção penal deve ser imposta de acordo com a gravidade da lesão ou da

¹⁷RHC 90197 / DF - DISTRITO FEDERAL, RECURSO EM HABEAS CORPUS; Primeira Turma; Supremo Tribunal Federal; Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI; Julgamento: 09/06/2009.

ameaça e, no caso do crime de perigo abstrato, não há ocorrência nem de um e nem de outro.

18

Diante disso, é possível perceber que a mera violação do texto legal já se torna o bastante para a caracterização desses crimes. Isto porque a ausência de resultado exclui também, conseqüentemente, qualquer forma culpabilidade. Não há que se falar no dolo ou na culpa do agente, se a presunção já foi feita anteriormente pelo próprio legislador.¹⁹

Portanto, a inconstitucionalidade do crime de perigo abstrato é alegada em função do ferimento dos princípios constitucionais acima citados. A corrente minimalista do Sistema Penal, defendida pela Criminologia Crítica, é a mais contundente nessa discussão na tentativa de transformá-lo de fato na *ultima ratio*.

CONCLUSÃO

O presente trabalho objetivou elucidar o debate jurídico que ocorre em relação à constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, para tal foi realizada a diferenciação entre crime de perigo e crime de dano e entre crime de perigo concreto e crime de perigo abstrato; e também foram apresentados os argumentos das duas correntes conflitantes.

Por derradeiro, cumpre esclarecer que o posicionamento afirmativo quanto à constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato é a inclinação mais correta, não somente devido ao fato de ser a tese seguida pelo STF, mas também por não ofender o princípio da lesividade e não dotar o magistrado de poderes arbitrários. Entretanto, essa análise foi de extrema importância para a ciência do direito no momento em que desperta o seu caráter perquiridor ou zetético e não vive só de dogmas, tendo em vista que o direito posto não é sinônimo de direito justo.

De fato, o direito penal é um dos ramos mais difíceis de serem estudados e um dos que mais merecem atenção tendo em vista a evidente dificuldade encontrada pelo Sistema Penal de resolver o problema da criminalidade. Portanto, qualquer estudo científico nesse sentido se faz interessante na tentativa de construir um ordenamento mais justo.

¹⁸ BORBA, Maurício. **A inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato**. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_agosto2005/discute/disc_02.doc> Acesso em nov. 2009.

¹⁹ BORBA, Maurício. **A inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato**. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_agosto2005/discute/disc_02.doc> Acesso em nov. 2009.

REFERÊNCIAS

Apelação Crime Nº 70030857353; Primeira Câmara Criminal; Tribunal de Justiça do RS; Relator: Marcel Esquivel Hoppe; Julgado em 02/09/2009.

BORBA, Maurício. **A inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato**. Disponível em: <http://www.facs.br/revistajuridica/edicao_agosto2005/discente/disc_02.doc> Acesso em nov. 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal**: parte geral. 12. ed. vol. 7. São Paulo: Saraiva, 2006

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 8. ed. vol. I. Niterói: Impetus, 2007.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**: parte geral. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RHC 91553 / DF - DISTRITO FEDERAL, RECURSO EM HABEAS CORPUS; Primeira Turma; Supremo Tribunal Federal; Relator Min. CARLOS BRITTO; Julgado em 23/06/2009.

RHC 90197 / DF - DISTRITO FEDERAL, RECURSO EM HABEAS CORPUS; Primeira Turma; Supremo Tribunal Federal; Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI; Julgamento: 09/06/2009.

ROMERO. Diego. **Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5722&p=2>>. Acesso em: nov, 2009.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: parte geral. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.