



FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*
CIÊNCIAS CRIMINAIS

LAION SANTANA SANTOS

OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO COMO UMA FORMA
DE EXPANSÃO TELEOLÓGICA DO DIREITO PENAL

Salvador
2019

LAION SANTANA SANTOS

**OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO COMO UMA FORMA
DE EXPANSÃO TELEOLÓGICA DO DIREITO PENAL**

Monografia apresentada à Faculdade Baiana de
Direito e Gestão, como requisito parcial para a
obtenção de grau de Especialista em Ciências
Criminais.

Salvador
2019

LAION SANTANA SANTOS

**OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO COMO UMA FORMA
DE EXPANSÃO TELEOLÓGICA DO DIREITO PENAL**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau Especialista em Ciências Criminais, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2019

AGRADECIMENTOS

Aos amigos e familiares, em especial meus pais, Pedro e Rita, bem como minha irmã, por todo carinho e auxílio nos momentos de dificuldade e pela compreensão nos tantos momentos de ausência, necessários à elaboração desse trabalho.

Por fim, agradeço a Laís Mária, por todo apoio, paciência, e principalmente pelo incentivo para que eu concluísse esta monografia.

“O fim do Direito não é abolir nem restringir, mas preservar e ampliar a liberdade”.

(John Locke)

RESUMO

O Direito Penal vem sofrendo uma grande alteração com o avanço dos anseios sociais, principalmente em seu aspecto teleológico. Assim, o presente trabalho tem como escopo a análise dos crimes de perigo abstrato, por serem estes uma forma de expansão da finalidade do Direito Penal, levando-se em consideração os limites da atuação do Poder Legislativo, bem como o alcance dos princípios penais. Este estudo justifica-se pela relevância dos impactos que tal expansão tem causado sobre a sociedade, tendo como base um Estado Democrático de Direito e as garantias constitucionais. As infrações penais decorrem de um constante diálogo entre os anseios sociais e as normas principiológicas penais limitadoras do poder punitivo estatal. Contudo, essa sistemática nem sempre é respeitada, o que gera uma interferência desmedida do Estado na sociedade, isto é, uma expansão exacerbada da atuação do Direito Penal. A metodologia utilizada foi a descritiva e a exploratória, que consistiu no uso de pesquisas bibliográficas e documentais sobre a temática proposta, com o intuito de apresentar uma visão crítica acerca do tema. O trabalho se debruça sobre o objeto de tutela do Direito Penal, mais precisamente os bens jurídicos penalmente tutelados, ou seja, a finalidade protetiva das normas penais. Para isso foi necessário um breve estudo histórico do Direito Penal, para, enfim, abordar os crimes de perigo abstrato como normas penais expansionistas. Com efeito, a pesquisa possibilitou a avaliação da validade dos crimes de perigo abstrato, que por ora não se ajustam ao sistema jurídico de um Estado Democrático de Direito, demonstrando uma expansão desmedida da finalidade do Direito Penal.

Palavras-chave: Direito Penal. Expansão. Finalidade. Princípios penais. Crimes de Perigo abstrato. Normas penais expansionistas.

ABSTRACT

The Criminal Law has undergone a great alteration with the advance of the social anxieties, mainly in its teleological aspect. Thus, the present work has the scope of the analysis of crimes of abstract danger, since these are a way of expanding the purpose of Criminal Law, taking into account the limits of the Legislative Branch, as well as the scope of criminal principles. This study is justified by the relevance of the impacts that such expansion has had on society, based on a Democratic State of Law and the constitutional guarantees. Criminal offenses are the result of a constant dialogue between social aspirations and the penal principles that limit state punitive power. However, this system is not always respected, which generates an excessive interference of the State in society, that is, an exacerbated expansion of the Criminal Law. The methodology used was descriptive and exploratory, which consisted in the use of bibliographical and documentary research on the proposed theme, with the aim of presenting a critical view about the theme. The work focuses on the subject of protection of criminal law, more precisely the legal assets that are criminally protected, that is, the protective purpose of criminal law. For that, a brief historical study of the Criminal Law was necessary, in order to, finally, approach the crimes of abstract danger like expansionary penal norms. In fact, the research made it possible to evaluate the validity of crimes of abstract danger, which at the moment do not fit the legal system of a Democratic State of Law, demonstrating an excessive expansion of the purpose of Criminal Law.

Key words: Criminal Law. Expansion. Goal. Criminal principles. Abstract Hazard Crimes. Expansion criminal norms.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O DIREITO PENAL E SEU OBJETO DE TUTELA	11
2.1 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO PENAL: EVOLUÇÃO DO PODER DE PUNIR	11
2.2 CONCEITO E FINALIDADE DO DIREITO PENAL	15
2.3 BEM JURÍDICO PENALMENTE TUTELADO	18
3 OS LIMITES AO PODER PUNITIVO DO ESTADO	26
3.1 O DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	26
3.2 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E O MODELO PENAL GARANTISTA ...	29
3.3 PRINCÍPIOS COMO NORMAS COGENTES	35
3.3.1 Princípio da Intervenção Mínima	37
3.3.2 Princípio da Ofensividade	41
3.3.3 Princípio da Proporcionalidade	44
4 DA CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DOS CRIMES	47
4.1 DOS CRIMES DE DANO	47
4.2 DOS CRIMES DE PERIGO	48
5 OS DELITOS DE PERIGO À LUZ DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO	54
5.1 DIREITO PENAL E SOCIEDADE DE RISCO	54
5.2 OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO FRENTE AOS PRINCÍPIOS LIMITADORES DO PODER PUNITIVO ESTATAL	58
5.3 OS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO E A EXPANSÃO TELEOLÓGICA DO DIREITO PENAL	62
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
REFERÊNCIAS	70

1 INTRODUÇÃO

O atual cenário jurídico brasileiro, principalmente no que tange às normas de natureza penal, reflete um quadro de crise do sistema punitivo. Esta crise é concretizada a partir do constante desrespeito aos comandos principiológicos constitucionais. Desta forma, diante do intenso anseio social por uma maior punibilidade de determinadas condutas humanas, o Poder Legislativo tem extrapolado os limites de sua atuação, o que acarreta o desarrazoado poder de punir do Estado, isto é, uma expansão do Direito Penal.

Com efeito, o Direito Penal brasileiro tipificou determinadas condutas, baseando-se, apenas, na presunção do perigo. Tais tipos penais são chamados de crimes de perigo abstrato, pois fundamentam-se em uma presunção legal de lesão ao bem jurídico tutelado. Desta maneira, o confronto de tais dispositivos penais com os princípios norteadores do direito penal, consubstancia a finalidade do presente trabalho.

A metodologia utilizada no presente trabalho acadêmico é de caráter exploratório e descritivo, ou seja, foram feitas exaustivas pesquisas bibliográficas e documentais sobre o tema proposto, com o intuito de apresentar uma visão crítica acerca dos crimes de perigo abstrato e seus efeitos, levando-se em consideração os limites da atuação do Poder Legislativo no que diz respeito à sua função típica, bem como do alcance dos princípios penais.

Diante do exposto, as discussões acerca da conformidade das normas incriminadoras com os princípios penais fomentam uma reconstrução positiva dos paradigmas penais. Por sua vez, esses debates alavancam o processo de aprendizagem do estudante e operador do direito, tendo em vista seu caráter crítico. Destarte, o jurista deixa de ser um mero receptor de normas jurídicas, para ser um “interpretador” das mesmas.

Outrossim, a análise da temática aqui proposta transcende a discussão teórica contida nas academias jurídicas, tendo em vista que as discussões tornam o Direito, enquanto ciência, um conteúdo acessível por todos. Desta maneira, o presente estudo é de grande importância para a sociedade, por garantir uma maior

“fiscalização” da atividade legiferante.

Deste modo, o que se pretende neste trabalho é a análise dos crimes de perigo abstrato e seus efeitos expansionistas da finalidade do Direito Penal, levando-se em consideração os limites da atuação do Poder Legislativo no que diz respeito à sua função típica, bem como o alcance dos princípios penais.

De igual modo, busca fazer uma breve conceituação do Direito Penal; descrever os princípios concernentes à ciência jurídica penal, norteadores da limitação do *jus puniendi* estatal; comparar os crimes de perigo concreto com os crimes de perigo abstrato, no que tange aos seus aspectos teleológicos e; contrapor os princípios penais que limitam o poder do Estado com os tipos penais que presumem o perigo ao bem jurídico tutelado.

O presente trabalho surge da observância da acentuada ambição social por uma maior punibilidade de determinadas condutas humanas, o que colabora para que o Poder Legislativo extrapole os limites de sua atuação, ocasionando uma expansão desmedida do Direito Penal, e, conseqüentemente, aumentando as restrições das condutas sociais, o que interfere diretamente na liberdade dos indivíduos.

Com efeito, o estudo mais aprofundado das normas criminais brasileiras causa uma inquietude acerca da exacerbada intervenção estatal, pondo em dúvida a harmonia de alguns dispositivos legais com os ditames principiológicos.

Neste cenário, resta evidente a importância do estudo sobre os crimes de perigo abstrato, pois permite a investigação sobre a validade das demais infrações penais. Destarte, será feita, inicialmente, uma abordagem sobre o Direito Penal e seu objeto de tutela. Para tanto, o trabalho traçará uma linha sequencial, permeando o surgimento do direito penal, e a evolução do poder de punir estatal, para tornar possível a concretização do conceito e finalidade do Direito Penal. Por fim, ainda no segundo capítulo, será realizado um estudo acerca do conceito de bem jurídico penal.

Em seqüência, urge a necessidade de analisar os limites do poder punitivo estatal, com o conseqüente estudo acerca do comportamento do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, da supremacia da constituição, garantismo penal e dos

princípios penais como normas cogentes, isto é, com força normativa.

No quarto capítulo, o trabalho fará um breve estudo acerca da classificação doutrinária dos crimes, no que tange a classificação dos delitos quanto a sua lesividade, com enfoque na caracterização dos crimes de perigo.

Por derradeiro, e não menos importante, o presente trabalho tratará dos delitos de perigo à luz do sistema jurídico brasileiro, fazendo uma abordagem da sociedade de risco, com a consequente caracterização do Direito Penal simbólico. Será analisado, também, dos crimes de perigo abstrato frente aos princípios limitadores do poder punitivo estatal, bem como será feita uma abordagem dos delitos de perigo abstrato como forma de expansão da finalidade do Direito Penal.

2 O DIREITO PENAL E SEU OBJETO DE TUTELA

O Direito Penal é uma área da ciência jurídica de relevante importância para a sociedade. Conforme preceitua Cezar Roberto Bitencourt, é através deste ramo do Direito que o Estado consegue manter a convivência harmônica entre os indivíduos¹. Por meio da coerção, consubstanciada nas sanções penais, o poder estatal controla e limita as ações humanas com a finalidade de sustentar a paz social.

O estudo da teleologia do Direito Penal é de grande necessidade para o entendimento de seus institutos, bem como para a compreensão dos tipos penais. Deste modo, a análise histórica e conceitual do Direito Penal, bem como o estudo dos bens jurídicos penalmente tutelados auxilia na compreensão da temática proposta pelo presente artigo.

2.1 BREVE HISTÓRICO DO DIREITO PENAL: EVOLUÇÃO DO PODER DE PUNIR

A própria natureza humana induz o indivíduo a viver em conjunto, buscando, portanto, a formação de diversos grupos sociais. Neste sentido, Zaffaroni e Pierangeli asseveram que “o homem sempre aparece em sociedade interagindo de maneira muito estreita com outros homens. Reúnem-se dentro da sociedade em grupos permanentes, alternativa ou eventualmente coincidentes ou antagônicos em seus interesses e expectativas”². Este pensamento serve de base explicativa para o surgimento do Direito Penal como ciência jurídica. Com efeito, sabe-se que o convívio dos indivíduos em sociedade acarreta a origem de conflitos das mais variadas espécies, o que exige a criação de normas regulamentadoras³.

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. Volume 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 3.

² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. Manual de direito penal brasileiro. -5. ed. rev. atual. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 60.

³ Ao estudar o Direito como processo de adaptação social, Paulo Nader assevera que “o Direito não corresponde às necessidades individuais, mas a uma carência da coletividade. A sua existência exige uma equação social. S[ó] se tem direito relativamente a alguém. O homem que vive fora da sociedade vive fora do império das leis. O homem que vive fora da sociedade vive fora do império das leis. O homem só, não possui direitos nem deveres”. (NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 23ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 17.)

Desta maneira, fica claro que o Direito Penal surge como um instrumento de regulação social, pois possui, como aspecto teleológico, a harmonização das pessoas reunidas em determinado espaço geográfico. Assim sendo, na medida em que os conflitos atingem interesses considerados de maior relevância para a sociedade e para o indivíduo, e não são solucionados por outros meios, exsurge a importância do Direito Penal.

Neste sentido, Cezar Roberto Bitencourt explica que:

Quando as infrações aos direitos e interesses do indivíduo assumem determinadas proporções, e os demais meios de controle social mostram-se insuficiente ou ineficazes para harmonizar o convívio social, surge o *Direito Penal* com sua natureza *peculiar de meio de controle social formalizado*, procurando resolver conflitos e suturando eventuais rupturas produzidas pela desinteligência dos homens.⁴

Torna-se necessário, para melhor compreensão do surgimento do Direito Penal, um breve esboço de sua evolução histórica. Como em toda área da ciência jurídica, a contextualização do Direito Penal ajuda na compreensão de sua aplicação moderna.⁵

A história do Direito Penal é estudada a partir de três modalidades de vingança penal: vingança divina, vingança privada e vingança pública. Muito se discute sobre a divisão dessas espécies, contudo, é notória a constante presença do caráter teleológico em todas as fases. Dessa maneira, as modalidades supramencionadas não podem ser tratadas como momentos isolados do Direito Penal. Há, na verdade, uma evolução dos interesses da sociedade, o que exige uma readaptação da forma de punição dos infratores. Cabe ressaltar, como bem salienta Bitencourt, que se trata de uma evolução, e não de uma superação de estágios, tendo em vista a continuação de alguns elementos de cada espécie de vingança⁶.

Nas fases primitivas da sociedade, a misticidade, exteriorizada pela devoção aos Deuses, representava o elemento de controle dos indivíduos. Nesse período, a religião fazia o papel do Direito, exercia, portanto, a função de regulação social. O sistema teocrático era o Direito posto, marcado pela vingança divina como forma de

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. Volume 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 35.

⁵ Ibid., p. 72.

⁶ Ibid., p. 72.

reparação de uma infração.

Nesse momento histórico, as infrações realizadas por um indivíduo da sociedade eram vistas como uma afronta direta aos Deuses, devendo ser repreendidas como forma de reparação ao Deus ofendido. A pena, segundo Bitencourt, representava a purificação do transgressor diante de sua divindade.⁷ O Direito Penal, ainda na concepção deste autor, por sua vez, era revelado através dos sacerdotes, aplicando penas cruéis e desproporcionais, com o intuito de gerar intimidação para que fosse mantida a supremacia da vontade divina na sociedade.

Posteriormente, surge a ideia da vingança privada, uma forma de reação instintiva de determinada agressão. Os elementos teocráticos não são totalmente esquecidos, tendo em vista a continuação da crueldade das penas. Contudo, a pena não representava mais uma reparação direta ao Deus, mas sim, uma compensação do mal sofrido por um indivíduo ou determinado grupo social.

A vingança privada ficou marcada por uma intensa disputa entre tribos, ou entre indivíduos do mesmo grupo. A infração era punida com a morte, direta ou indiretamente, a depender de quem praticava a ofensa. Conforme afirma Bitencourt, se a lesão fosse contra um membro de um mesmo grupo social, o infrator era expulso, e acabava sendo morto pelos integrantes de uma outra tribo. Por sua vez, quando a infração era externa, ou seja, gerada entre indivíduos de grupos distintos, a pena se concretizava mediante uma intensa guerra entre as comunidades envolvidas⁸. Deste modo, neste período, as penas representavam um grande fator de dizimação de grupos sociais.

É neste contexto que surge a Lei de Talião, como instrumento inibidor da extinção completa das comunidades. Assim, Rogério Greco assevera que ainda que baseada em um sistema punitivo “radical”, por se fundamentar em uma retribuição análoga da agressão (*olho por olho, dente por dente*), a Lei de Talião conseguiu frear o constante cenário de guerra entre grupos⁹. Cabe ressaltar, ainda, que a Lei de Talião é um grande avanço para o Direito Penal, pois é pautado no princípio da

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. Volume 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 72.

⁸ Ibid., p. 73.

⁹ GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal. 4. ed.- Niterói, RJ: Impetus, 2009.

proporcionalidade e da isonomia, princípios estes presentes até os tempos atuais, porém, com certas limitações. Ademais, a própria Lei de Talião vai perdendo espaço, dando surgimento ao método da composição. Nesse sistema, o infrator submetia-se a uma pena pecuniária, mantendo sua liberdade com o pagamento de determinado valor.

Todavia, ainda que a composição tenha sido bastante aceita pelas comunidades da época, a sociedade não permanece parada no tempo. O constante avanço social conduz o Direito Penal até a figura do Estado. Desta maneira, surge a vingança pública, baseada na proteção de uma autoridade central representativa dos interesses sociais. O Estado, portanto, absorveu o monopólio de aplicação da pena, o chamado *jus puniendi* estatal. Como se percebe em todas as espécies de *vindicta*, nesta fase histórica ainda há uma grande presença da religião. Conforme ensina Bitencourt, as penas continuaram esbanjando crueldade, só que desta vez, objetivando a proteção do soberano¹⁰.

A ideia de punição a partir das leis, surge, portanto, da necessidade de cada indivíduo, ainda que em prol de uma coletividade, de garantir seus direitos.¹¹ Deste modo, o ser humano, em sua individualidade, abriu mão de parte de sua liberdade para resguardar o restante com mais segurança. É a partir deste momento que surge a concepção de Estado, pois as porções de liberdade, abdicadas por cada indivíduo, são concentradas, por força de lei, em uma só “pessoa”.

Por outro lado, cabe ressaltar, que a simples concentração de dadas porções de liberdade não é o suficiente para tutelar os interesses individuais. Destarte, tendo em vista o instinto humano de dominação, não era suficiente a centralização das referidas parcelas de liberdade, pois cada indivíduo poderia usurpar a liberdade do outro. Sendo assim, “eram necessários meios sensíveis e bastante poderosos para comprimir esse espírito despótico que logo tornou a mergulhar a sociedade no seu antigo caos. Esses meios foram as penas, estabelecidas contra os infratores das leis”.¹²

¹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. Volume 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 74.

¹¹ GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal. 4. ed.- Niterói, RJ: Impetus, 2009.

¹² BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. –2. ed. – São Paulo: EDIPRO, 2015, p. 24.

Com efeito, resta evidente a importância do Direito Penal como meio de regulação social, tendo em vista a necessidade de criação de instrumentos coercitivos como forma de impedir as usurpações de direitos. É nesse contexto que surge o *jus puniendi* estatal, tendo por característica o monopólio da aplicação de penas.

2.2 CONCEITO E FINALIDADE DO DIREITO PENAL

A partir dessas considerações, acerca do surgimento da ideia de pena, pode-se chegar em uma conceituação do Direito Penal, enquanto ciência jurídica. De modo genérico, é incontestável que a principal função desta área do Direito é a regulação da convivência dos indivíduos reunidos em uma sociedade, ou seja, controle social.

Contudo, a doutrina moderna expande essa conceituação, afirmando que Direito Penal “é o conjunto de normas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação”.¹³

Nesse sentido, Nilo Batista afirma que o direito penal é o “conjunto de normas jurídicas que preveem os crimes e lhes cominam sanções, bem como disciplinam a incidência e validade de tais normas, a estrutura geral do crime, e a aplicação e execução das sanções cominadas”.¹⁴

Ainda no âmbito formal, Paulo Queiroz Define o direito Penal como:

A parte ou ramo do direito que define as infrações penais (crimes ou delitos e contravenções), cominando-lhes as sanções correspondentes (penas e medidas de segurança ou outra consequência legal), para a hipótese de descumprimento de seus preceitos.¹⁵

Por sua vez, Paulo César Busato e Sandro Huapaya sustenta que “o Direito Penal é um instrumento jurídico configurado pelos que detêm o poder de representação da

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. - 3. ed. atual. e ampl. 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 159.

¹⁴ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 10ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 24.

¹⁵ QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito penal: parte geral. 7.ed., completamente revista e atualizada. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1.

sociedade no legislativo e que aplica àqueles que o contrariam”¹⁶.

Segundo Zaffaroni e Pierangeli:

O direito penal (legislação penal) é o conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama ‘delito’, e aspira a que tenha como consequência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor.¹⁷

Contudo, principalmente sob a predominância de um conceito formal, não se pode considerar o conceito de Direito Penal como uma verdade absoluta e permanente. Da mesma forma que ocorreu com a evolução histórica, o avanço social mantém o conceito dessa ciência jurídica em constante mutação. Ocorre que essa mutação, tem gerado uma expansão teleológica do Direito Penal, permitindo, por vezes, a ampliação do arbítrio do *jus puniendi* estatal.

Desta maneira, torna-se essencial o estudo acerca da função¹⁸ do Direito Penal, ou seja, sobre qual é a finalidade da ciência jurídica penal enquanto norma.

A doutrina majoritária brasileira entende que o Direito Penal tem como finalidade a defesa de bens jurídicos, entendimento este defendido neste trabalho.

Nesse sentido, Nilo Batista assevera que:

A missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena. Numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais (ou “interesses”, ou “estados sociais”, ou “valores”) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações.¹⁹

¹⁶ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes, Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático, 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 4.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral. – 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 79.

¹⁸ Paulo César Busato e Sandro Montes Huapaya entende que o emprego da palavra “função” no sentido de justificar ao que o Direito Penal se propõe no plano normativo “não é o mais adequado, uma vez que na linguagem sociológica se entende, ao contrário, por “função” a soma das consequências objetivas de uma coisa, ou seja, o que esta coisa produz objetivamente, quer queira, quer não”. (BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes, Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático, 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 25.)

¹⁹ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 10ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 116.

Rogério Greco afirma que o Direito Penal tem como finalidade, a proteção de bens jurídicos, contudo, não é qualquer bem, o Direito Penal é voltado apenas para os bens mais relevantes para os indivíduos.²⁰

Também defendendo a ideia do Direito Penal como meio de proteção de bens jurídicos, Claus Roxin atesta que:

O Direito penal protege, no marco do alcance de seus tipos penais, os bens jurídicos frente aos riscos não permitidos. Por isso, a proteção de bens jurídicos e a teoria da imputação objetiva são componentes irrenunciáveis num processo social de ponderação da matéria correspondente à proibição.²¹

O Direito Penal não está e nem pode ficar a serviço da discricionariedade do Estado. Embora haja muita discussão acerca da concretude do conceito de bem jurídico, a proteção de tais bens é a finalidade precípua do direito penal no plano do dever ser.

Contudo, parte da doutrina não restringe a função do Direito Penal à proteção dos bens jurídicos, dando, portanto, uma finalidade mais ampla. Nesse sentido, Welzel entende que além da proteção dos bens jurídicos, o Direito Penal tem a função de proteção dos valores internos dos indivíduos de caráter ético-social.²²

Deste modo, para Welzel, o Direito Penal visa a proteção dos valores éticos externados pela sociedade, e a proteção dos bens jurídicos somente será um fim do Direito Penal se estiver consubstanciado nos valores internos dos indivíduos.

Por sua vez, Gunther Jakobs se afasta do conceito de bem jurídico, concebendo o Direito Penal como a confirmação da vigência da norma, isto é, os fatos subsumidos a um determinado tipo penal é a negação da própria norma.²³ Para Jakobs, portanto, a norma possui como função a proteção de si mesma.

²⁰ GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. Volume 1. 14ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 2.

²¹ ROXIN, Claus. A proteção dos bens jurídicos como função do Direito penal. Org. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – 2. ed. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 61.

²² Welzel apud BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes, Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático, 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 30.

²³ JAKOBS apud ROXIN, Claus. A proteção dos bens jurídicos como função do Direito penal. Org. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – 2. ed. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 15.

A concepção teleológica do Direito Penal cunhada por Jakobs, é chamada de funcionalismo-sistêmico, no qual a função do Direito Penal é “a garantia de fidelidade ao ordenamento jurídico, ou seja, justifica a aplicação da pena para que haja a restabilização do sistema, pois a violação da norma é disfuncional ao sistema jurídico, sendo necessário que se afirme a validade da norma violada”.²⁴

Ocorre que, ainda na lição de Nikitenko:

Ao abandonar a proteção dos bens jurídicos considerados necessários ao progresso social, acaba também abandonando os limitadores materiais, tornando o Direito Penal exclusivamente formal e arbitrário, o que inclusive possibilitaria a edição de normas penais de forma desregulada, haja vista que não se saberia quais os interesses e valores a serem protegidos.²⁵

Assim, a construção de Jakobs de um Direito Penal voltado unicamente para a proteção da norma como garantia de si mesma, não se amolda ao modelo garantista de Direito Penal, modelo este defendido neste trabalho.

Portanto, sob o prisma garantista, com fundamento de limitação do poder punitivo do Estado, a ciência jurídica penal, inclusive moderna, está pautada na proteção dos bens jurídicos. Mas, para melhor compreensão da finalidade do Direito Penal, é necessário firmar um conceito de bem jurídico, o que será trabalhado no próximo tópico.

2.3 BEM JURÍDICO PENALMENTE TUTELADO

Conforme já trabalhado na seção anterior, o Direito penal surge para a tutela de determinados “valores/necessidades” da coletividade. Tais necessidades somadas a uma valoração do legislador, sob o prisma doutrinário, recebem o título de bens jurídicos.

Por consequência lógica do seu surgimento, fica evidente que o Direito Penal é pautado na tutela de determinados bens, ou seja, a ciência jurídica penal é

²⁴ NIKITENKO, Viviani Gianine. FUNCIONALISMO-SISTÊMICO PENAL DE GÜNTHER JAKOBS: uma abordagem à luz do Direito Penal mínimo e garantista. v. 15, n. 25. Revista Direito em Debate, 2013, p. 130.

²⁵ Ibid, p. 130.

direcionada para a proteção de necessidades humanas valoradas por uma posterior atividade legiferante, com a justificativa de tutelar o interesse coletivo. Cabe lembrar, porque oportuno, que a tutela destes bens é a raiz que fundamenta o presente trabalho, como será apresentado mais adiante.

Conforme preceitua Damásio de Jesus, “bem é tudo aquilo que pode satisfazer as necessidades humanas. Todo valor reconhecido pelo Direito torna-se um bem jurídico”.²⁶

Por conseguinte, percebe-se que a ideia de bem jurídico está intrinsecamente ligada ao conceito de crime em seu aspecto material. Neste sentido, Yuri Coelho afirma que “o bem jurídico-penal é, sem dúvida, o elemento material do delito, servindo-lhe de principal suporte e referência dentro do sistema penal, não devendo existir delito, sem que haja lesão ou perigo de lesão de um bem jurídico”.²⁷

Cláudio Brandão, na mesma linha de pensamento, detalha que o delito é decorrente da sua composição material e formal, ou seja, formado pela união da teleologia normativa e do bem jurídico a ser tutelado²⁸.

Para Luiz Regis Prado, o “bem jurídico – ponto central da estrutura do delito – constitui, antes de tudo, uma realidade válida em si mesma, cujo conteúdo axiológico não depende do juízo do legislador (dado social preexistente)”.²⁹

Neste sentido, não se pode dissociar um conceito do outro. Não há que se falar em crime, se em sua finalidade material não existir nenhum objeto de tutela, ou seja, nenhum “*bem existencial*”, de prévio interesse do ser humano, relevante para a manutenção da convivência harmônica da sociedade.

O bem jurídico, portanto, age como componente justificador da criação de uma norma incriminadora. Deste modo, “entender e descobrir os contornos essenciais do bem jurídico é a chave para compreender sobre quais limites o Direito Penal é

²⁶ JESUS, Damásio E. de, Direito Penal. Parte geral. 21. Ed; rev. e atual. – São Pulo: Saraiva, 1998, p. 4.

²⁷ COELHO, Yuri Carneiro. Bem jurídico-penal. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 136.

²⁸ BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime. – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

²⁹ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. -3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 35.

construído”.³⁰

Contudo, cumpre salientar que, como acertadamente pontua Cezar Roberto Bitencourt:

O bem jurídico não pode identificar-se simplesmente com a ratio legis, mas deve possuir um sentido social próprio, anterior à norma penal e em si mesmo preciso, caso contrário, não será capaz de servir a sua função sistemática, de parâmetro e limite do preceito penal, e de contrapartida das causas de justificação na hipótese de conflito de valorações.³¹

O bem jurídico, portanto, é o pressuposto material do delito. Assim, conforme afirma Luiz Regis Prado, “[...] não se pode conceber a existência de poderes ilimitados ao legislador ordinário na previsão de condutas como criminosas, sob pena de se consagrar arbitrariedades inimagináveis, como a criminalização de opiniões ou gostos pessoais”.³²

O bem jurídico penal não surge como um elemento concreto e final, é fruto de um longo processo de maturação. A formação do seu conceito perpassa por diversos momentos históricos, todos contribuindo com o seu pensamento. Desta forma, percebe-se que a abrangência do conceito de bem jurídico não é estática, tendo em vista que sua abrangência observa os anseios sociais da época em que se encontra.

Nessa linha de pensamento, ao tratar do bem jurídico penal, Ana Elisa Liberatore Bechara assevera que:

É necessário reconhecer, a esta altura, que os bens jurídicos não se apresentam histórica e socialmente estanques. Revelam, pelo contrário, mutabilidade, o que se evidencia na medida em que, se a função do direito penal for a de tutelar bens jurídicos essenciais à realização mais livre possível do homem na sociedade, referidos bens serão considerados na medida daquilo que em cada momento se revelar como fundamental a este propósito.³³

³⁰ SILVA, Davi Castro. Bem jurídico penal: algumas compreensões, breves reflexões. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, ano 6, n. 10. p. 190-210, Revista dos tribunais, Jan-jun, 2009, p. 191.

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. Volume 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 43.

³² ARAÚJO, Fábio Roque. O Princípio da Proporcionalidade Referido ao Legislador Penal. - Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011, p. 158.

³³ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. Revista Liberdades, – nº 1, 2009, p. 4.

Deste modo, percebe-se que o alcance das normas incriminadoras se altera diante das exigências da sociedade. Os bens jurídicos, portanto, merecem uma maior atenção no estudo do Direito Penal, tendo em vista que a tipificação penal de condutas humanas não pode partir da simples vontade do Estado como forma de resposta à população.

Ao partir, então, do entendimento de que a defesa dos bens jurídicos consubstancia a aplicabilidade das sanções penais, através do Estado, faz-se mister firmar um conceito desses bens. Mas afinal, o que vem a ser bem jurídico? Cabe destacar que o conceito de bem jurídico é marcado por uma grande celeuma doutrinária, alcançando, inclusive, a finalidade do Direito Penal.

Nesse passo, Álvaro Mayrink da Costa conceitua bem jurídico como sendo:

[...] o bem ou valor considerado pela norma penal como merecedor e necessitado de proteção jurídica, diante do princípio de intolerabilidade do conflito, para garantir a paz social. Portanto, embora não requeiram qualquer tipo de classificação, pois todos têm sua origem na pessoa humana, segundo seu titular, a doutrina classifica: a) individuais (vida, integridade física, honra, liberdade, patrimônio); b) coletivos (incolumidade pública, meio ambiente, fé pública e paz pública); c) estatais (administração da justiça, soberania, ordem pública e econômica); segundo a percepção: a) concretos (vida, integridade física, patrimônio); b) abstratos (incolumidade pública, fé pública, paz pública); segundo a natureza: a) naturais (vida, integridade física); b) somativos (patrimônio, administração pública e econômica). Toda norma tem um objeto e todo objeto possui um interesse.³⁴

Para Jorge de Figueiredo Dias, o bem jurídico é exteriorização de um interesse social, representativo de um fim específico, isto é, a proteção de um determinado objeto ou bem que possua relevância para a própria sociedade.³⁵

Segundo Davi Castro Silva, “bens jurídicos são interesses, são recursos que contribuem para qualidade de vida do cidadão”.³⁶ Ou seja, “o Direito Penal visa a

³⁴ COSTA, Álvaro Mayrink. Direito Penal e Proteção dos Bens Jurídicos. Revista da EMERJ, v. 14, n. 53, 2011, p. 7.

³⁵ DIAS, José de Figueiredo apud BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. Revista Liberdades – nº 1, 2009, p. 19.

³⁶ SILVA, Davi Castro. Bem jurídico penal: algumas compreensões, breves reflexões. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, ano 6, n. 10. p. 190-210, Revista dos tribunais, Jan-jun, 2009, p. 197.

proteger os bens jurídicos mais importantes, intervindo somente nos casos de lesão de bens jurídicos fundamentais para a vida em sociedade”.³⁷

Na mesma linha de pensamento, Polaino Navarrete conceitua bem jurídico como sendo:

[...] o bem ou valor merecedor da máxima proteção jurídica, cuja outorga é reservada às prescrições do Direito Penal. Bens e valores mais consistentes da ordem de convivência humana em condições de dignidade e progresso da pessoa em sociedade.³⁸

No mesmo sentido, Yuri Carneiro Coelho diz que:

[...] bem jurídico-penal é um valor tutelado pelo direito penal, que possui seu substrato na Constituição, ancorado na realidade social, sendo o elemento material da estrutura do delito e que tenha a capacidade hermenêutica de relativizar o princípio da liberdade e de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto valor fundamental para a convivência pacífica em sociedade.³⁹

Por sua vez, Luiz Regis Prado esclarece que:

Os bens jurídicos têm como fundamento valores culturais que se baseiam em necessidades individuais. Estas se convertem em valores culturais quando são socialmente dominantes. E os valores culturais transformam-se em bens jurídicos quando a confiança em sua existência surge necessitada de proteção jurídica.⁴⁰

Além disso, conforme esclarece Sebastián Borges de Albuquerque de Mello, “é necessário que o bem jurídico tutelado pela norma penal tenha caráter constitucional, em decorrência da própria observância dos princípios estruturantes”.⁴¹

Cumprir chamar atenção, utilizando-se de uma breve visita à fragmentariedade do Direito Penal, que será mais aprofundado em momento posterior, de que nem todo

³⁷ JESUS, Damásio E. de, Direito Penal. Parte geral. 21. Ed; rev. e atual. – São Pulo: Saraiva, 1998, p. 4.

³⁸ NAVARRETE apud PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. -3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 46.

³⁹ COELHO, Yuri Carneiro. Bem jurídico-penal. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 130.

⁴⁰ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. -3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 44.

⁴¹ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. Direito penal – sistemas, códigos e microsistemas jurídicos. 1ª ed. (ano 2004), 3ª reimp./ Curitiba: Juruá, 2011, p. 104.

bem jurídico merece proteção do Estado através do Direito Penal. Somente serão penalmente tutelados, portanto, aqueles de maior relevância para a sociedade.⁴²

Nessa linha de pensamento, Claus Roxin, com precisão, aduz que:

Desde a concepção ideológica do contrato social, os cidadãos, como possuidores do poder estatal, transferem ao legislador somente as atribuições de intervenção jurídico-penais que sejam necessárias para o logro de uma vida em comunidade livre e pacífica, e eles fazem isto somente na medida em que este objetivo não se possa alcançar por outros meios mais leves.⁴³

O Estado encontra nos bens jurídicos o fundamento para a intervenção penal, tendo em vista o seu dever de tutela. Contudo, tal fundamento não se exterioriza de maneira livre e desenfreada. A própria finalidade do bem jurídico, em sua origem, é de limitação do poder punitivo estatal.

Assim sendo, o *jus puniendi* estatal encontra no bem jurídico, seu controle de atuação. O Poder Legislativo deve se abster de criminalizar qualquer conduta humana, baseando-se, apenas, na mera vontade do legislador.

Nesse sentido, Yuri Carneiro Coelho esclarece que “o legislador não pode criminalizar uma conduta que não lese ou coloque em perigo de lesão um bem jurídico, sob pena de estar ofendendo os princípios da dignidade da pessoa humana e da liberdade [...]”.⁴⁴ A limitação do Direito penal é, portanto, consequência lógica da própria origem material do crime, ou seja, do bem jurídico.

Ainda no que concerne à finalidade do bem jurídico, Yuri Carneiro Coelho aduz que:

O bem jurídico, assim, demonstra o seu potencial limitador do *jus puniendi* estatal, ao servir de critério apto a impedir que o Estado criminalize quaisquer condutas, sem parâmetros, fundando-se apenas em razões de ordem moral, ideológica ou religiosa, tendência esta que afastaria o Direito Penal de um Estado que rejeitasse o bem jurídico como suporte material de seu sistema, em um Estado de caráter autoritário, com fundamentos frontalmente contrários aos princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana.⁴⁵

⁴² ARAÚJO, Fábio Roque. O Princípio da Proporcionalidade Referido ao Legislador Penal. - Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011, p. 159.

⁴³ ROXIN, Claus. A proteção dos bens jurídicos como função do Direito penal. Org. André Luís Callegari, Nereu José Giacomoli – 2. ed. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 17.

⁴⁴ COELHO, Yuri Carneiro. Bem jurídico-penal. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 131.

⁴⁵ Ibid., p. 132.

A partir de uma análise sistêmica do Direito Penal, percebe-se que bem jurídico, em um sentido amplo, é todo o objeto de fundamental importância para a sociedade, protegido por normas preestabelecidas.

Deste modo, Cezar Roberto Bitencourt afirma que o conceito de bem jurídico, “[...] por um lado, funciona como fio condutor para a fundamentação e limitação da criação e formulação dos tipos penais; por outro lado, auxilia na aplicação dos tipos penais descritos na Parte Especial, orientando a sua interpretação e o limite do âmbito da punibilidade”.⁴⁶

Por sua vez, Cláudio Brandão define bem jurídico como a materialidade do fato delituoso, exteriorizado pelo elemento axiológico protegido pelo direito.⁴⁷ Ou seja, na concepção deste autor, bem jurídico representa o próprio objeto do delito, contudo, esse objeto só é protegido pelo Direito Penal quando representar um valor passível de proteção penal.

O conceito de bem jurídico serve, portanto, de base caracterizadora do tipo penal. O Estado não deve intervir penalmente diante da inexistência de objeto de tutela, pois, segundo Liberati, “[...] o Direito Penal perde legitimidade e eficiência quando não exerce sua tutela sobre um bem jurídico essencial à convivência humana”.⁴⁸

Assim, diante de inúmeras definições acerca do bem jurídico, Claus Roxin, apresentando um conceito mais amplo, conclui que bens jurídicos são “[...] circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”.⁴⁹

Destarte, fica patente que o bem jurídico funciona como limitador da atividade legislativa penal, ou seja, atua como limite negativo do Direito Penal. Veja, se o

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. Volume 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 43.

⁴⁷ BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime. – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

⁴⁸ LIBERATI apud SILVA, Ivan Luiz da. O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal. Revista de informação legislativa, v. 50, n. 197, 2013, p. 65.

⁴⁹ ROXIN, Claus. A proteção dos bens jurídicos como função do Direito penal. Org. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – 2. ed. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 18, et seq.

Direito Penal está pautado na defesa desses objetos fundamentais para a sociedade, não é permitido ao legislador penal criar normas para a proteção de bens irrelevantes e que não lesionem, ou ponham em *perigo concreto*, interesses de terceiros.

3 OS LIMITES AO PODER PUNITIVO DO ESTADO

A crescente colisão de interesses na sociedade tem conduzido o homem a um desenfreado desejo de “justiça”. Desta maneira, sob o argumento da proteção de interesses individuais e coletivos, o Estado tem extrapolado os limites de seu poder punitivo. Com efeito, a tutela desordenada de direitos acaba representando um obstáculo ao gozo dos mesmos.

Diante deste cenário, é de extrema importância que o Poder Legislativo, na elaboração de normas incriminadoras, haja em conformidade com os ditames da Constituição Federal para a manutenção das garantias humanas. Isto se deve ao caráter supremo do texto constitucional no ordenamento jurídico, tendo em vista a vigência de um Estado constitucionalista. Assim, sob a égide de um Direito Penal garantista, fundado em normas principiológicas constitucionais, o Estado encontrará limites ao seu poder punitivo.

3.1 O DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

As normas penais podem se apresentar de diferentes formas em sociedades várias. O Direito Penal, portanto, sempre será o reflexo do modelo de Estado⁵⁰ adotado pela sociedade. Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt, acertadamente, assevera que:

[...] o Direito Penal pode ser estruturado a partir de uma concepção autoritária ou totalitária de Estado, como instrumento de persecução aos inimigos do sistema jurídico imposto, ou a partir de uma concepção Democrática de Estado, como instrumento de controle social limitado e legitimado por meio do consenso alcançado entre os cidadãos de uma determinada sociedade.⁵¹

Assim, como cediço, o Direito Penal e o Estado estão intrinsecamente ligados, visto

⁵⁰ Paulo Nader conceitua o Estado, como sendo “um complexo político, social e jurídico, que envolve a administração de uma sociedade estabelecida em caráter permanente em um território e dotado de poder autônomo”. (NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 23ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 126).

⁵¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. Volume 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 42.

que o direito de punir pertence ao poder estatal. Deste modo, cumpre salientar que não é o Estado que se adequa às normas jurídicas penais, mas sim, as normas que são estabelecidas pelo Estado.⁵²

Contudo, como já dito, esta adequação, ou seja, a forma em que o Direito Penal se exterioriza, depende do modelo de Estado. No caso do Brasil, que é o modelo que interessa a este trabalho, o Direito Penal nasce dentro de um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, Paulo Nader aduz que “o Direito emana do Estado e este é uma instituição jurídica. Da mesma forma que a sociedade depende do Direito para organizar-se, este pressupõe a existência do poder Político, como órgão controlador da produção jurídica e de sua aplicação”.⁵³

Desta forma, tendo em vista o modelo de Estado adotado no Brasil, Luiz Regis Prado afirma que “em um Estado Democrático e Social de Direito, a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária”.⁵⁴

Cumpre destacar que Estado Democrático de Direito não é um conceito uno. Este modelo de Estado, portanto, é formado por alguns elementos, como Estado de Direito e Estado Democrático.

Nesse diapasão, Luiz Regis Prado assevera que Estado de Direito:

É aquele cujo ordenamento jurídico positivo confere específica estrutura e conteúdo a uma comunidade social, garantindo os direitos individuais, as liberdades públicas, a legalidade e a igualdade formais, mediante uma organização policêntrica dos poderes públicos e a tutela judicial dos direitos.⁵⁵

Na concepção de Paulo Nader,

⁵² QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito penal: parte geral. 7.ed., completamente revista e atualizada. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 40.

⁵³ NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 23ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 125.

⁵⁴ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. -3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 70.

⁵⁵ Ibid., p. 71.

O fundamental à caracterização do Estado de Direito é a proteção efetiva aos chamados direitos humanos. Para que esse objetivo seja alcançado é necessário que o Estado se estruture de acordo com o clássico modelo dos poderes independentes e harmônicos; que a ordem jurídica seja um todo coerente e bem definido; que o Estado se apresente não apenas como poder sancionador, mas como pessoa jurídica portadora de obrigações.⁵⁶

Em um conceito mais formal, Maria Helena Diniz aduz que o Estado de Direito é “uma situação criada em razão de lei, trazendo limitação do poder e das atividades estatais pelo direito”. Ainda sobre o assunto, a autora afirma que “o Estado de Direito tem por escopo a garantia dos direitos fundamentais, mediante a redução dos poderes de intervenção estatal, impondo-lhes restrições fundadas em lei”.⁵⁷

Contudo, em que pese o Estado de Direito ser pautado na proteção de direitos individuais e humanos, não significa dizer que todo estado de Direito, inclusive o de característica meramente formal, é um Estado Democrático, o qual exige uma efetiva participação da sociedade.

Nesse sentido, José Afonso da Silva, ao traçar diferenças entre os modelos de Estado, afirma que o Estado Democrático possui, como base de sua fundamentação, a participação do povo no poder público, na vontade do Estado, isto é, fundamenta-se no princípio da soberania popular.⁵⁸

Para Luiz Regis Prado, o Estado Democrático é “aquele em que os governos têm legitimação democrática, essencialmente à base de eleição por sufrágio universal de assembleias representativas, com a participação livre de uma pluralidade de partidos e com um mínimo de informação e debate político”.⁵⁹

Outrossim, a própria Constituição brasileira concretiza a ideia de Estado Democrático Brasileiro, ao estabelecer, em seu artigo 1º que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”.⁶⁰

⁵⁶ NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito. 23ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 134.

⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico universitário. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 245.

⁵⁸ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36ª. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2013, p. 119.

⁵⁹ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. -3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 75, et seq.

⁶⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Artigo 1º.

Todavia, cumpre salientar que o Estado democrático de Direito não é um conceito cumulativo. Nessa linha de pensamento, José Afonso da Silva conclui que:

A configuração do *Estado Democrático de Direito* não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*⁶¹.

Deste modo, Estado Democrático de Direito é um modelo de Estado em que o ordenamento jurídico positivado, pautado na legalidade, tem como base a vontade do povo. Ou seja, os direitos que regem os indivíduos, e que lhe concedem direitos, são regidos pelo próprio indivíduo, através da soberania popular, uma via de mão dupla.

Assim, inserido em um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal que “o direito Penal no Brasil deve ser concebido e estruturado a partir de uma concepção democrática do Estado de Direito, respeitando os princípios e garantias reconhecidos na nossa Carta Magna”.⁶²

Por sua vez, tomando como base o modelo de Estado adotado pela Constituição da República, Cezar Roberto Bitencourt salienta que “o direito Penal no Brasil deve ser concebido e estruturado a partir de uma concepção democrática do Estado de Direito, respeitando os princípios e garantias reconhecidos na nossa Carta Magna”.⁶³

3.2 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO E O MODELO PENAL GARANTISTA

A evolução histórica do Direito penal, bem como a finalidade protetiva dos bens jurídicos penalmente tutelados, permite a expansão deste ramo jurídico em um Estado Democrático Social de Direito, contudo, a expansão não pode acontecer de

⁶¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36ª. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2013, p. 121.

⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. Volume 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 42.

⁶³ Ibid., p. 42.

qualquer forma. Desta maneira, as normas penais submetem-se ao crivo Constitucional, baluarte de todo ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, como bem preceitua Luis Roberto Barroso:

Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da superioridade jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos no âmbito do Estado. Por força da supremacia constitucional. Nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental.⁶⁴

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, tratando sobre o assunto explica que:

A relação do direito penal com o direito constitucional deve ser sempre muito estreita, pois o estatuto político da Nação – que é a Constituição Federal – constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional.⁶⁵

A Constituição Federal brasileira possui como principal característica, sua rigidez. Deste modo, mantém toda a organização estatal, abrangendo a atividade legislativa, dentro de um sistema em que a Carta Magna é o ponto de partida e de chegada de todos os poderes, pois fora dela não há que se falar em Estado Democrático de Direito.

Conforme exposto acima, um dos papéis fundamentais da Constituição é exercer o controle da atividade legiferante. Sem a observância das normas constitucionais, o poder legislativo não encontra fundamento para sua atuação, pelo menos um fundamento correto. A magna-carta, portanto, será a norma suprema da organização jurídica do Brasil.

Por sua vez, José Afonso da Silva, afirma que toda espécie normativa integrante do ordenamento jurídico brasileiro deverá se adequar aos ditames da Constituição

⁶⁴ BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. – 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 1999, p. 156.

⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI. Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral. – 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 120.

Federal para que, assim, seja considerada uma norma válida.⁶⁶

Com efeito, mostra-se incontestado o papel limitador da lei maior. Assim sendo, o legislador não possui total liberdade no exercício de sua função típica, o ato de legislar. Tal limitação, por consequência lógica, alcançará o ato de criação das normas penais.

O Direito Penal, portanto, será consubstanciado nos ditames constitucionais. A criação de normas incriminadoras não poderá ser realizada sem observância do texto constitucional. Neste sentido, Yuri Carneiro Coelho, explica que:

Não é possível construir-se um Direito Penal legítimo, de bases democráticas, sem recorrência e vinculação ao texto constitucional, em toda a sua essência, seu sentir, seu espírito, em respeito aos seus comandos, vinculantes, sem dúvida e merecedores de absoluto respeito.⁶⁷

Retoma-se, assim, a questão relativa à proteção dos bens jurídicos penalmente tutelados, e o questionamento acerca da finalidade da ciência jurídica penal. A proteção de determinados bens jurídicos, através de normas penais, deverá ser vinculada aos valores constitucionais.

Destarte, o direito penal, segundo Yuri Coelho, “tem uma função residual, de tutela apenas dos bens ou valores mais fundamentais em sociedade, devendo este processo de seleção de valores a serem tutelados pelo Direito Penal levar, em primeiro plano de consideração, a esfera de valores Constitucionais”.⁶⁸

Ao tratar sobre a relação entre o Direito Penal e o Estado, Paulo Queiroz salienta que:

[...] a hierarquia entre a Constituição e o direito penal não é apenas formal, mas funcional e axiológica, na medida em que suas disposições somente valem e obrigam quando se prestem à realização dos fins constitucionais e prestigiem os valores mais caros, aferidos, naturalmente, segundo cada contexto histórico-cultural.⁶⁹

⁶⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36ª. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2013, p. 48.

⁶⁷ COELHO, Yuri Carneiro. Introdução ao Direito Penal: conceito, teorias da pena, direito penal constitucional, hermenêutica e aplicação da lei penal. – Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 68.

⁶⁸ Ibid., p. 75.

⁶⁹ QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito penal: parte geral. 7.ed., completamente revista e atualizada. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 41.

Para Sebastián Borges de Albuquerque Mello:

O Direito Penal, como subsistema integrante do ordenamento jurídico, subordinado hierárquica, lógica, axiológica e teleologicamente aos princípios constitucionais, deve retirar dos mesmos sua pauta valorativa, enfim, deve concretizar os princípios estruturantes, na medida do sentido de limitação e complementaridade mútua.⁷⁰

Para que não cause dúvida acerca da terminologia, cumpre destacar que os princípios estruturantes e os princípios de Direito Penal Constitucional apresentam diferença essencial em seu alcance. Ou seja, os princípios fundamentais estruturantes “têm caráter geral, aplicáveis a todos os ramos do Direito, indistintamente, enquanto nos princípios de Direito Penal Constitucional, já existe o caráter distintivo do Direito Penal em relação aos outros subsistemas jurídicos-constitucionais”.⁷¹

A partir dessa premissa, da ideia de supremacia constitucional, o Direito Penal ganha um enfoque garantista. Os direitos do homem, principalmente no que tange a sua liberdade, ganham uma maior expressão. Desta forma, a ciência jurídica penal volta-se para a proteção não só da vítima, mas também para a tutela dos direitos do autor do delito.

A Teoria do Garantismo Penal, preconizada pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, nasce como um importante “instrumento”, em um Estado Democrático de Direito, de ratificação das garantias penais do indivíduo. É, portanto, um modelo constitucional de limitação do poder punitivo do Estado. Assim, segundo Ferrajoli “o garantismo – entendido no sentido do Estado Constitucional de Direito, isto é, aquele conjunto de vínculos e de regras racionais impostos a todos os poderes na tutela dos direitos de todos, representa o único remédio para os poderes selvagens”.⁷²

Para melhor entender essa teoria, torna-se necessário a construção do conceito de *garantia*. Cabe ressaltar, que garantia e direito possuem conceitos distintos, embora alcancem o mesmo resultado. Adepto dessa dicotomia, José Afonso da Silva ensina

⁷⁰ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. Direito penal – sistemas, códigos e microsistemas jurídicos. 1ª ed. (ano 2004), 3ª reimp./ Curitiba: Juruá, 2011, p. 103.

⁷¹ Ibid., p. 108.

⁷² FERRAJOLI, apud GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. Volume 1. 14ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 8.

que "os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens".⁷³

Isto posto, percebe-se que a Teoria do Garantismo Penal, nasce como um modelo jurídico que busca assegurar o exercício dos direitos do homem. Em um constitucionalismo garantista, o *jus puniendi* estatal é reduzido, ampliando, por outro lado, a liberdade do indivíduo. Contudo, cabe ressaltar, que a intensão de Ferrajoli não é tornar o direito penal uma ciência jurídica extremista.

Com efeito, Iago Oliveira Ferreira, esclarece que:

Com esse modelo, preservam-se ao máximo a liberdade individual e os direitos fundamentais, no plano das garantias substanciais, contra proibições estatais arbitrárias e abusivas e punições desproporcionais e, no das garantias processuais, contra abusos na persecução penal.⁷⁴

Assim sendo, no sistema sugerido pelo jurista italiano, é repellido o Estado antiliberal, baseado no abuso do poder de punir, bem como é refutado o abolicionismo penal, caracterizado pela ausência de regras.

Cabe ressaltar que o modelo penal garantista não pretende abolir o Direito Penal, apenas priva por uma tutela Estatal pautada no respeito aos mandamentos constitucionais de direitos dos indivíduos. Nesse sentido, Fábio Roque assevera que:

[...] o garantismo penal almeja estabelecer parâmetros de racionalidade à intervenção penal, proscrevendo o arbítrio punitivo, que pode ser identificado seja na criminalização de condutas banais, seja na inobservância de direitos no curso da persecução criminal, judicial ou extrajudicial.⁷⁵

O garantismo, portanto, é baseado em um equilíbrio jurídico. E, para o alcance deste equilíbrio, Luigi Ferrajoli indica a observância de dez axiomas/princípios basilares, quais sejam: "*nulla poena sine crimine*" (princípio da retributividade); "*nullum crimem*

⁷³ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 36ª. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2013, p. 414.

⁷⁴ FERREIRA, Iago Oliveira. A Expansão do Direito Penal à Luz do Estado Constitucional de Direito. Revista Direito e Liberdade, Vol.16(3), pp.149-188, 2014, p. 158.

⁷⁵ ARAÚJO, Fábio Roque. O Princípio da Proporcionalidade Referido ao Legislador Penal. - Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011, p. 79.

sine lege” (princípio da legalidade); “*nulla lex sine necessitate*” (princípio da intervenção mínima); “*nulla necessitas sine injuria*” (princípio da lesividade); “*nulla injuria sine actione*” (princípio da exteriorização); “*nulla actio sine culpa*” (princípio da culpabilidade); “*nulla culpa sine iudicio*” (princípio da jurisdicidionariedade); “*nullum iudicium sine accusatione*” (princípio acusatório); “*nulla accusatio sine probatione*” (princípio do ônus da prova); e “*nulla probatio sine defensione*” (princípio do contraditório).⁷⁶

Da análise desses dez axiomas, é notório que a Constituição Federal de 1988 é adepta ao modelo garantista. Assim, pautada na defesa de direitos fundamentais, a carta magna, no que tange ao Direito Penal, admite e invoca os princípios supramencionados. Desta maneira, fica claro que o modelo jurídico brasileiro, respaldado pela Lei maior, é baseado na imposição de limites ao *jus puniendi* do Estado.

Seguindo essa temática, preceitua Rogério Greco, que a Constituição Federal é a norma garantidora dos direitos fundamentais do homem, tendo em vista sua importância na limitação das intransigências estatais.⁷⁷

A Constituição Federal, portanto, possui fundamental importância na limitação do Direito Penal, inclusive, através da delimitação dos bens jurídicos passíveis de tutela penal. Nesse diapasão, Sebastián Borges de Albuquerque Mello afirma que:

A prevalência do Direito Constitucional a partir do início do século XX faz com que haja mudança e ampliação das fontes materiais do Direito Penal, pois passa também a ser função do Direito Constitucional selecionar os bens jurídicos a serem dignos de incriminação, e isso vai-se refletir principalmente não só na tutela dos crimes previstos na parte especial do Código Penal, mas também, e principalmente, na tutela penal presente nas leis especiais e nos microssistemas jurídicos.⁷⁸

Destarte, seja na Teoria do Garantismo de Luigi Ferrajoli, ou na Constituição Federal de 1988, elaborada pelo poder constituinte, os princípios mostram-se como

⁷⁶ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, passim.

⁷⁷ GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. Volume 1. 14ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

⁷⁸ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. Direito penal – sistemas, códigos e microssistemas jurídicos. 1ª ed. (ano 2004), 3ª reimp./ Curitiba: Juruá, 2011, p. 104.

instrumentos essenciais no controle da atividade punitiva estatal. O Direito Penal, portanto, não deve servir como medida desenfreada de solução de conflitos, devendo ser utilizado apenas quando realmente necessário.

3.3 PRINCÍPIOS COMO NORMAS COGENTES

Na vigência de um Estado Democrático de Direito, não se pode conceber um engessamento das leis. O sistema jurídico brasileiro, principalmente depois do movimento neoconstitucionalista, vem passando por uma grande evolução. Desta forma, começa a ser abdicado o conceito singular de norma, que considera apenas as regras como instrumento regulador, para dar espaço aos princípios como fonte normativa.

No Direito contemporâneo os princípios possuem grande relevância e aplicabilidade, pois, segundo Rogério Greco, são normas “com alto nível de generalidade e informadoras de todo o ordenamento jurídico, com capacidade, inclusive, de verificar a validade das normas que lhe devem obediência”.⁷⁹

Ao abordar este tema, Humberto Ávila assevera que:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o Estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.⁸⁰

Os princípios, portanto, são normas de “caráter cogente”, ou seja, de cumprimento obrigatório, coercitivo, pois “servem de garantia a todos os cidadãos, em um Estado Constitucional e Democrático de Direito, contra as tentativas do Estado em se arvorar em senhor onipotente”.⁸¹

Como observa Robert Alexy, “princípios são, tanto quanto as regras, razões para

⁷⁹ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. 4. ed.-Niterói, RJ: Impetus, 2009, p. 49.

⁸⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17 ed. São Paulo: Malheiros. 2016, p. 102.

⁸¹ GRECO, op. cit, p. 53.

juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas”.⁸²

Com efeito, ao equiparar às regras, Robert Alexy confere força cogente aos princípios, isto é, de cumprimento obrigatório. Desta forma, como afirma o autor:

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.⁸³

Repetindo Sebastián Mello, “o que diferencia o princípio da regra jurídica é o grau de abstração e de determinabilidade, sua posição hierárquica no ordenamento jurídico, e sua proximidade em relação aos valores fundamentais de uma ordem jurídica”.⁸⁴

O poder punitivo estatal encontra nas normas principiológicas os limites de sua atuação. Assim, percebe-se que a mera vontade de punir não pode ser fundamento do Direito Penal.

Desse modo, “o legislador deve se guiar pelas necessidades mínimas de intervenção da esfera penal, como forma de respeitar princípios basilares do Estado Democrático de Direito, e, mais especificamente, princípios de direito penal constitucional implícitos [...]”.⁸⁵

Por sua vez, Luiz Regis Prado assegura que:

A idéia de princípio não pode ser entendida enquanto fim, objetivo a alcançar, no sentido legitimador, como muitas vezes ocorre, visto que aquele não representa intenção, propósito ou tendência voltada para o porvir, mas fundamenta e conforma o Direito Penal, delinea sua constituição e seus limites.⁸⁶

Destarte, os princípios não servem apenas para limitar a atividade legiferante, mas

⁸² ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 87.

⁸³ Ibid., p. 90.

⁸⁴ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. Direito penal – sistemas, códigos e microsistemas jurídicos. 1ª ed. (ano 2004), 3ª reimp./ Curitiba: Juruá, 2011, p. 128.

⁸⁵ COELHO, Yuri Carneiro. Bem jurídico-penal. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 109.

⁸⁶ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. -3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 66.

sim todo o ordenamento jurídico, desde a criação de normas até a concretização das mesmas. Neste sentido, Luiz Flávio Gomes, com precisão, afirma que:

[...] a eficácia prática dos princípios irradia-se não só ao momento legislativo de elaboração da norma penal (quando o legislador cria a lei penal), senão também ao aplicativo e interpretativo (nem o intérprete nem o juiz podem ignorá-los), bem como no momento executivo (no momento da elaboração de políticas preventivas assim como quando se vai concretizar o comando sancionador contido na sentença condenatória, ou seja, no momento da execução da pena).⁸⁷

Outrossim, no âmbito da interpretação normativa penal, Sebastián Borges de Albuquerque Mello aduz que:

[...] os princípios estruturantes possuem também uma verdadeira função de hermenêutico penal, pois é com base nos princípios que deve ser feita a interpretação das normas penais. Os princípios exercem esta função hermenêutica não só sistemática, de modo a conduzir à interpretação que melhor se aproxime da ideia de Direito, mas também, prospectiva, em face de sua estrutura, que não contem uma consequência jurídica imediata, permitindo que seu conteúdo possa ser adotado numa interpretação evolutiva.⁸⁸

Ademais, não restam dúvidas que a principal função dos princípios, no âmbito criminal, é de restringir o *jus puniendi* estatal. Para isso, a dogmática jurídica penal menciona alguns destes princípios, dentre eles: o princípio da intervenção mínima, que se desdobra nos princípios da fragmentariedade e subsidiariedade, o princípio da ofensividade, e o princípio da proporcionalidade. Cabe ressaltar, que este não é o rol exaustivo dos princípios penais, mas para o objetivo que este trabalho se propõe, é o que basta.

3.3.1 Princípio da Intervenção Mínima

A partir do estudo da sua finalidade, percebe-se que o Direito Penal é voltado, exclusivamente, para a tutela dos bens jurídicos. Neste sentido, Luiz Flávio Gomes afirma que não cabe à ciência jurídica penal a proteção de ideologias, crenças

⁸⁷ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice e DAHER, Flávio. Princípios Constitucionais Penais: à luz da Constituição e dos Tratados Internacionais. 1ª ed. Editora LivroeNet/ Atualidades do Direito, 2015, p. 8.

⁸⁸ MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. Direito penal – sistemas, códigos e microsistemas jurídicos. 1ª ed. (ano 2004), 3ª reimp./ Curitiba: Juruá, 2011, p. 103.

religiosas, atividades de governo e da moralidade.⁸⁹ Nesse contexto, é critério de validade de toda norma incriminadora brasileira a observância ao princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos.

Contudo, essa sistemática não é tão simples e genérica assim. Não é, e não deve ser, da função do Direito Penal a tutela de todo e qualquer bem jurídico. Deste modo, o princípio da intervenção mínima nasce para restringir a intervenção jurídica penal nas relações sociais. Surge, portanto, para “limitar o arbítrio do legislador no que diz respeito ao conteúdo das normas penais incriminadoras”.⁹⁰

Ainda sobre a intervenção mínima, Luiz Regis Prado assevera que sob a égide deste princípio “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 outra forma”.⁹¹

Continua o autor, afirmando que esse princípio “aparece como uma orientação de Política Criminal restritiva do *jus puniendi* e deriva da própria natureza do Direito Penal e da concepção material de Estado de Direito”.⁹²

Outrossim, Yuri Carneiro Coelho aduz que:

O princípio da intervenção mínima estabelece que o direito penal só deve atuar quando for necessária a proteção de bens jurídicos considerados fundamentais à convivência pacífica em sociedade e somente quando formas menos gravosas de intervenção não sejam suficientes para evitar a lesão ao bem jurídico.⁹³

Ademais, a doutrina penal brasileira entende que o princípio da intervenção mínima se desdobra no caráter fragmentário e subsidiário do Direito Penal, ambos com objetivo limitador do poder de punir do Estado.

O princípio da intervenção mínima é fruto da corrente minimalista do Direito Penal, que assegura ao indivíduo uma maior manutenção de sua liberdade. Ao Estado não

⁸⁹ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice e DAHER, Flávio. Princípios Constitucionais Penais: à luz da Constituição e dos Tratados Internacionais. 1ª ed. Editora LivroeNet/ Atualidades do Direito, 2015.

⁹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. Volume 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 53.

⁹¹ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. -3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 68.

⁹² Ibid., p. 68.

⁹³ COELHO, Yuri Carneiro. Bem jurídico-penal. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 113.

é dado o total poder de punição, e na fragmentariedade do ramo jurídico supramencionado, o legislador encontra um verdadeiro filtro da sua atuação. Assim, de acordo com Nucci, a ciência criminal deve se preocupar apenas com um *fragmento* das lesões que incidem sobre o ordenamento jurídico.⁹⁴

Para Luiz Regis Prado, com base na fragmentariedade do Direito Penal, “o bem jurídico é defendido penalmente só perante certas formas de agressão ou ataque, consideradas socialmente intoleráveis”. Isso explica que apenas as ações mais graves dirigidas contra bens fundamentais podem ser criminalizadas.⁹⁵

Assim, segundo este autor, o Direito Penal realiza uma seletividade em sua tutela, protegendo os bens jurídicos de maior relevância, impondo limites ao *jus puniendi* estatal rechaçando, portanto, o estado policialesco.

Ou seja, o Direito Penal “limita-se a castigar as ações mais graves praticadas contra os bens jurídicos mais importantes, decorrendo daí o seu caráter fragmentário, uma vez que se ocupa somente de uma parte dos bens jurídicos protegidos pela ordem jurídica”.⁹⁶

Como bem assevera Yuri Carneiro Coelho, com a fragmentariedade do Direito Penal, “busca-se conferir legitimidade ao sistema penal, em confronto com os perigos que o crescente processo de criminalização de condutas tem ocasionado, buscando-se assim evitar a redução do direito penal a um instrumento meramente simbólico na proteção de bens jurídicos”.⁹⁷

É certo que o Estado, detentor do direito de punir, na tentativa de garantir os interesses de uma dada coletividade, deve lançar mão das normas penais. Entretanto, esta atividade não pode ser ilimitada, pois transformaria o próprio Estado em um ser tirano, voltado para interesses particulares. O Direito Penal, portanto, deverá se restringir às agressões mais graves aos bens jurídicos.

⁹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. - 3. ed. atual. e ampl. 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

⁹⁵ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. -3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 69.

⁹⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. Volume 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 55.

⁹⁷ COELHO, Yuri Carneiro. Bem jurídico-penal. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 117.

Ademais, cabe ressaltar que a proteção dos bens jurídicos só deverá ser realizada pelo Direito Penal, quando nenhum outro ramo do direito, dentro de um determinado sistema jurídico, for capaz de dirimir os conflitos emergentes, ou seja, o Direito Penal deve se preocupar apenas com os bens jurídicos de relevante importância.

A ciência jurídica penal, dentre todas as outras, presentes em um sistema jurídico, é, notoriamente, a que possui a mais rígida sanção, por atingir, de forma direta ou não, a liberdade do infrator. Desta maneira, o Direito Penal deve ser utilizado como *ultima ratio* do sistema normativo, ou seja, a última alternativa de solução de conflitos a ser empregada no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Muñoz Conde afirma que “o direito penal só deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes, e as perturbações mais leves da ordem jurídica são objeto de outros ramos do direito”.⁹⁸

Igualmente, Paulo Queiroz aduz que “somente quando não forem realmente suficientes outros modos de intervenção social ou jurídica se possa recorrer, legitimamente, ao direito penal, para proteção de bens jurídicos fundamentais (princípio da proporcionalidade em sentido amplo)”.⁹⁹

Com base nesse raciocínio, resta caracterizada a subsidiariedade da ciência jurídica penal. Sua utilização deve ser efetivada, apenas, para a proteção de bens jurídicos essenciais à tranquilidade social, a última opção na tentativa de regulação social. Enquanto os conflitos possam ser dirimidos por outros instrumentos de controle, o Direito Penal deverá permanecer inerte.

Neste sentido, ao discorrer sobre a subsidiariedade do Direito penal, Cezar Roberto Bitencourt afirma que:

O caráter subsidiário da proteção indica que a intervenção coercitiva somente terá lugar para prevenir as agressões mais graves aos bens jurídicos protegidos, naqueles casos em que os meios de proteção oferecidos pelos demais ramos do ordenamento jurídico se revelem insuficientes ou inadequados para esse fim.¹⁰⁰

⁹⁸ CONDE, apud BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 10ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 85.

⁹⁹ QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito penal: parte geral. 7.ed., completamente revista e atualizada. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.16.

¹⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. Volume 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 55.

Desse modo, podemos concluir com Rogério Greco, quando assevera que o princípio da intervenção mínima possui caráter dúplice, ora delimitando a atividade legiferante na seletividade de novos bens jurídicos passíveis de tutela penal, ora orientando o legislador para retirar da ingerência estatal, determinados bens jurídicos já tutelados penalmente, que perderam relevância social com o tempo e que já podem ser protegidos por outro ramo do Direito.¹⁰¹

Assim sendo, o princípio da intervenção mínima, pautado na fragmentariedade e na subsidiariedade, mostra-se como um forte instrumento para a defesa das garantias individuais, pois atua, diretamente, na redução da ingerência penal do Estado nas relações sociais.

3.3.2 Princípio da Ofensividade

Outrossim, ainda no campo da limitação da interferência estatal na vida social, a doutrina jurídica penal estabelece o princípio da ofensividade, conhecido, também, como princípio da lesividade. Tal princípio reduz a possibilidade de criminalização de determinadas condutas humanas, quando o fundamento normativo não é a incriminação de dano ou perigo concreto de dano ao bem jurídico.

Nesse diapasão, ao tratar do princípio da ofensividade, Paulo Queiroz afirma que condutas que não gerem lesão a bem jurídico de terceiro não podem ser consideradas um ilícito penal.¹⁰²

Ou seja, o princípio da ofensividade “impõe o reconhecimento de que somente as condutas que lesionem ou coloquem em perigo de lesão bens jurídicos tutelados pelo direito penal podem sofrer a imposição de uma pena”.¹⁰³

Parafraseando Cezar Roberto Bitencourt, é prudente dizer que a intervenção estatal

¹⁰¹ GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. Volume 1. 14ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 49.

¹⁰² QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito penal: parte geral. 7.ed., completamente revista e atualizada. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 64.

¹⁰³ COELHO, Yuri Carneiro. Bem jurídico-penal. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 121, et seq.

no âmbito penal somente se faz necessária quando existir uma ofensa real e concreta sobre um interesse relevante, que na mais branda hipótese, gere perigo concreto ao bem jurídico que se deseja tutelar.¹⁰⁴

Na lição de Rogério Greco, o princípio da ofensividade impossibilita “a atuação do direito penal caso um bem jurídico relevante de terceira pessoa não esteja sendo efetivamente atacado. Aquilo que for da esfera própria do agente deverá ser respeitado pela sociedade e, principalmente, pelo Estado”.¹⁰⁵

Nesse seguimento, o legislador penal, no exercício de suas funções, não pode utilizar a mera vontade pública como alicerce de sua atuação, pois conforme ressalva Yuri Carneiro Coelho, fica vedada “a incriminação de condutas que excedem a condição subjetiva, interna do autor. Proíbe-se, também, a criminalização de condutas que violem opções religiosas ideológicas, ou puramente morais”, bem como [...] “a criminalização de estados de pessoas”.¹⁰⁶

Assim, Luiz Flávio Gomes afirma que “ninguém pode ser punido por mera atitude interna (mera intenção), posto que o fato deve ser exteriorizado (princípio da materialização do fato) e, mais que isso, esse mesmo fato deve afetar de forma significativa o bem jurídico protegido pela norma”.¹⁰⁷

Nessa perspectiva, salienta Paulo Queiroz que “o autor há de responder exclusivamente pelo que faz (direito penal do fato) e não pelo que é (direito penal do autor), de modo que não é o crime que é identificado a partir do criminoso, mas o criminoso a partir do crime”¹⁰⁸. A ciência jurídica criminal brasileira, de cunho garantista, veda, portanto, a criminalização do ser pelo ser.

Nesse sentido, o Direito Penal brasileiro, consubstanciado pelos ideais principiológicos penais, veda a atuação penal do Estado visando o agente e não a

¹⁰⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. Volume 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 61.

¹⁰⁵ GRECO, Rogério. op. cit., p. 53.

¹⁰⁶ COELHO, Yuri Carneiro. Introdução ao Direito Penal: conceito, teorias da pena, direito penal constitucional, hermenêutica e aplicação da lei penal. – Salvador: Editora Jus Podivm, 2009, p. 103.

¹⁰⁷ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice e DAHER, Flávio. Princípios Constitucionais Penais: à luz da Constituição e dos Tratados Internacionais. 1ª ed. Editora LivroeNet/ Atualidades do Direito, 2015, p. 33.

¹⁰⁸ QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito penal: parte geral. 7.ed., completamente revista e atualizada. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 66.

sua conduta. Assim, segundo Nilo Batista:

O que é vedado pelo princípio da lesividade é a imposição de pena (isto é, a constituição de um crime) a um simples estado ou condição desse homem, refutando-se, pois, as propostas de um direito penal de autor e suas derivações mais ou menos dissimuladas (tipos penais de autor, culpabilidade pela conduta ao longo da vida, etc).¹⁰⁹

Com efeito, para que uma conduta seja considerada crime no Estado Democrático de Direito brasileiro, passível, assim, de sanção penal, não é suficiente apenas a reprovação social da ação. Apesar dessa colocação, afirma Luiz Flávio Gomes, que a materialização de um crime exige o desvalor da ação, bem como o desvalor do resultado gerado por este comportamento humano negativamente valorado.¹¹⁰

Ao tratar do tema, Cezar Roberto Bitencourt apresenta uma dicotomia, afirmando que o princípio da ofensividade possui efeitos práticos em dois planos:

[...] no primeiro, *servir de orientação à atividade legiferante*, fornecendo substratos político-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou contenha verdadeiro conteúdo de bens jurídicos socialmente relevantes; no segundo plano, *servir de critério interpretativo*, constringendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido.¹¹¹

Ademais, cabe ressaltar que o princípio da ofensividade, como afirma Bitencourt, não pode ser confundido com a exclusiva proteção dos bens jurídicos, tendo em vista que o princípio da lesividade não é voltado para a limitação da incriminação de interesses, pois parte da premissa de bem jurídico já tutelado pelo Direito Penal.¹¹²

Destarte, resta evidente que o principal efeito prático do princípio da ofensividade, enquanto norteador do Direito Penal, é a modulação do sistema punitivo. Assim, o modelo garantista brasileiro, dentro da ideia de Estado Democrático de Direito, coordena a atividade típica do legislador, evitando a criação do Estado policalesco, fundamentado, exclusivamente, no abuso do poder de punir.

¹⁰⁹ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 10ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 93.

¹¹⁰ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice e DAHER, Flávio. op. cit, p. 35.

¹¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de direito penal: parte geral. Volume 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 61.

¹¹² Ibid., p. 63.

3.3.3 Princípio da Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade, como todos os princípios já abordados no presente trabalho, representa uma norma de grande importância no resguardo dos direitos fundamentais do indivíduo, tendo em vista que impõe limite a atuação do Estado na esfera penal. Nesse sentido, Fábio Roque Araújo assevera que “a proporcionalidade aparece como medida de atuação do Estado; assim, o agir estatal há de ser proporcional, proporcionalidade esta que há de ser observada entre os meios a serem empregados e os fins a serem alcançados”.¹¹³

A doutrina jurídica penal ao tratar do princípio da proporcionalidade, tende a discutir o princípio no âmbito da pena, ou seja, a proporcionalidade deve ser assegurada entre o delito e a pena aplicada.

Segundo Cezar Roberto Bitencourt, “com base no princípio da proporcionalidade é que se pode afirmar que um sistema penal somente estará justificado quando a soma das violências –crimes, vinganças e punições arbitrárias – que ele não pode prevenir for superior à das violências constituídas pelas penas que cominar”.¹¹⁴

Para Rogério Greco, apesar de o princípio da proporcionalidade não possuir previsão expressa, pode ser observado em algumas fases processuais, como, por exemplo, na fixação da pena a um dado caso concreto.¹¹⁵ Assim, para o autor, “com a individualização da pena, seja no plano abstrato, pela cominação prevista para as infrações penais, seja no plano concreto, com sua aplicação pelo juiz, visualiza-se, com clareza, a obediência ou mesmo a ofensa ao princípio em estudo”¹¹⁶, isto é, da proporcionalidade.

Ocorre que, além de uma limitação a atribuição da pena a ser aplicada a uma determinada conduta humana, seja de ordem abstrata ou concreta, o princípio da

¹¹³ ARAÚJO, Fábio Roque. O Princípio da Proporcionalidade Referido ao Legislador Penal. - Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011, p. 143.

¹¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de direito penal: parte geral. Volume 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 69.

¹¹⁵ GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. Volume 1. 14ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 76.

¹¹⁶ Ibid., p. 76.

proporcionalidade impõe limite a atividade legiferante no âmbito de criminalização das ações dos indivíduos. Como observa Fábio Roque Araújo:

[...] a previsão, e posterior cominação de sanções, são apenas instrumentos a seres utilizados para o alcance do escopo precípua do Direito Penal, que é a proteção subsidiária de determinados bens jurídicos, considerados mais relevantes para a sociedade”.¹¹⁷

Assim, deve ficar claro que o princípio da proporcionalidade vai muito além de um limitador de aplicação de pena. Este princípio, portanto, serve como fundamento justificativo da própria finalidade do Direito Penal, que como já dito, visa a proteção dos bens jurídicos mais relevantes da sociedade.

Cabe destacar que o princípio da proporcionalidade é analisado em três fases, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Com efeito, para uma determinada criação de um ilícito penal ou aplicação de pena, deverá ser observado se o meio utilizado para atingir um dado objetivo é adequado, necessário e proporcional ao próprio fim.¹¹⁸

Não é outra a lição de Paulo Queiroz, quando diz que:

O princípio da proporcionalidade, entendido como mandamento de otimização do respeito máximo a todo direito fundamental (Alexy), compreende, numa acepção ampla, os princípios (ou subprincípios) da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito, já que a intervenção do poder público sobre a liberdade dos cidadãos somente pode ser legítima na medida em que seja, contemporaneamente, necessária, adequada e proporcional.¹¹⁹

Nesse contexto, como bem salienta Cezar Roberto Bitencourt, o princípio da proporcionalidade não pode ser visto “como um simples critério interpretativo, mas como garantia legitimadora/limitadora de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional”.¹²⁰

¹¹⁷ ARAÚJO, Fábio Roque. O Princípio da Proporcionalidade Referido ao Legislador Penal. - Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011, p. 149.

¹¹⁸ Ibid., p. 144 et seq.

¹¹⁹ QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito penal: parte geral. 7.ed., completamente revista e atualizada. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 50 et seq.

¹²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto, Tratado de direito penal: parte geral. Volume 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 66.

Desta maneira, assim como o princípio da intervenção mínima e da ofensividade, ou lesividade, como alguns autores preferem chamar, o princípio da proporcionalidade está ligado a liberdade da sociedade, visto que serve como delimitador do *jus puniendi* estatal, impedindo, portanto, que o Estado interfira em toda e qualquer ação humana.

4 DA CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DOS CRIMES

O Sistema jurídico penal brasileiro é formado por várias modalidades de crimes. Através das classificações apresentadas pela doutrina, é possível fazer uma melhor análise fática das infrações penais. Deste modo, a distinção dos crimes, no que tange a sua manifestação no mundo jurídico, é uma importante ferramenta no processo interpretativo dos casos concretos.

A partir dessas divisões classificatórias surge os chamados crimes de perigo, delitos baseados na lesividade gerada ao bem jurídico que se pretende tutelar. Dessa espécie de injusto penal decorre, ainda, duas subdivisões: crimes de *perigo concreto* e crimes de *perigo abstrato*.

Como dito acima, a doutrina jurídico-penal brasileira, embora considere crime um conceito uno e geral, ou seja, todo fato típico, antijurídico e culpável, apresenta as infrações penais a partir de diversas classificações, observando, apenas, os elementos do delito. Apesar da ampla diversidade classificatória, o presente trabalho se restringe à análise da classificação das normas incriminadoras quanto a sua lesividade.

4.1 DOS CRIMES DE DANO

O Direito Penal brasileiro, no que tange a lesividade da conduta, faz uma dicotomia na concepção dos crimes. Assim sendo, as infrações penais, sejam elas crimes ou contravenções, podem ser classificadas como crimes de *dano* ou de *perigo*. A tangência entre a conduta humana e o objeto tutelado fundamenta esta divisão, ou seja, a diferença encontra-se na maneira em que os bens jurídicos são lesionados.

Os crimes de dano, como seu próprio nome expressa, depende de um resultado material para caracterização, isto é, uma efetiva violação ao bem jurídico. A lesão tem que ser real e concreta. Neste sentido, Paulo Queiroz relata que os delitos de dano “são aqueles em que o tipo penal descreve uma ação lesiva de um bem jurídico, de modo que a conduta somente assume relevância jurídico-penal quando

se verificar um dano (lesão) real ou potencial (consumação ou tentativa) ao interesse tutelado”.¹²¹

Para Cezar Roberto Bittencourt, “crime de dano é aquele para cuja consumação é necessária a superveniência de um resultado material que consiste na lesão efetiva do bem jurídico”.¹²² Com efeito, na lição deste autor, a ausência de dano como resultado de determinada conduta humana não pode caracterizar um ilícito penal.¹²³

Segundo os ensinamentos de Paulo José da Costa Jr., “dano (prejuízo) é tudo aquilo que impede, total ou parcialmente, a satisfação das necessidades humanas. Como estas são mitigadas pelos bens, dano é tudo aquilo que implique a destruição ou diminuição de um bem”.¹²⁴ Para Maria Helena Diniz, dano é todo “ato punível que vem a destruir, inutilizar ou deteriorar bem alheio”.¹²⁵ Assim sendo, o crime de dano restará caracterizado quando a conduta humana exteriorizar um prejuízo tangível ao objeto jurídico.

Deste modo, ocorrerá crime de dano, como exemplo, quando determinado indivíduo subtrair algum pertence de outrem (art. 155 do Código Penal - Furto), acarretando, assim, prejuízo para este. Veja, que o dano é inerente ao próprio tipo penal, o ofendido, portanto, sofre uma perda real e concreta do bem jurídico tutelado pela norma incriminadora, que neste caso é o patrimônio.

4.2 DOS CRIMES DE PERIGO

Por outro lado, ao contrário do que prevê o crime de dano, os delitos de perigo não exigem uma lesão concreta ao objeto jurídico. Nesse sentido, Cezar Roberto Bittencourt assevera que “crime de perigo é aquele que se consuma com a superveniência de um resultado material que consiste na simples criação do perigo

¹²¹ QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito penal: parte geral. 7.ed., completamente revista e atualizada. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 175.

¹²² BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. Volume 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 282.

¹²³ Ibid., p. 282.

¹²⁴ COSTA JR, Paulo José da. Curso de direito penal. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 112.

¹²⁵ DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico universitário. – São Paulo: Saraiva, 2010, p. 179.

real para o bem jurídico protegido, sem produzir um dano efetivo”.¹²⁶ A preocupação do legislador, portanto, é direcionada à mera possibilidade de concretização do dano.

Conforme preceitua o Dicionário Aurélio, perigo é toda “situação de fato da qual decorre o temor de uma lesão física ou moral a uma pessoa ou de uma ofensa aos direitos dela”.¹²⁷ Assim sendo, os crimes de perigo precedem a ocorrência de determinado dano. O elemento volitivo dessa espécie de infração independe, portanto, da produção da lesão.

Faz-se mister salientar, que os conceitos de dano e de perigo não são autônomos, pois segundo Paulo Queiroz, o perigo representa uma potencialidade de efetivação do dano, que por sua vez, caracteriza a consumação do perigo. Desta maneira, não restam dúvidas que tais definições dialogam entre si, divergindo, apenas, na manifestação do fato tipificado e no resultado produzido.¹²⁸

Destarte, os crimes de perigo são infrações penais baseadas no risco de lesão que determinada conduta humana possa ocasionar. A possível ocorrência do dano faz com que o legislador antecipe a análise do crime, punindo a possibilidade do dano e não o próprio dano. Isto posto, a mera exposição do bem jurídico a um dado perigo é o fundamento de tais normas incriminadoras.

É importante lembrar, que a definição dos crimes de perigo exige o dolo como elemento subjetivo da conduta, pois, segundo Rogério Greco, os delitos de perigo não possuem a previsão da modalidade culposa em seu tipo penal, como é exigido pelo artigo 18 do Código Penal. Por conseguinte, nos crimes de perigo a intenção do agente sempre será pautada na produção consciente do risco.¹²⁹

Assim, os crimes de perigo exigem um dolo específico, isto é, o agente, no momento da exteriorização de sua vontade, tem potencial consciência acerca do risco gerado

¹²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. Volume 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 282.

¹²⁷ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa. – 3.ed. totalmente revista e ampliada. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1545.

¹²⁸ QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito penal: parte geral. 7.ed., completamente revista e atualizada. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

¹²⁹ GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. Volume 1. 14ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012, p. 194.

por sua conduta, contudo, não possui como elemento volitivo o resultado dano.

Com efeito, cumpre salientar que “a intencionalidade necessária à consumação do delito não será, portanto, a mera vontade de contrariar a norma, mas de criar um contexto de periculosidade para o bem jurídico que se quer proteger”.¹³⁰

Ademais, há ainda uma subdivisão dos crimes de perigo, levando em consideração a descrição fática da ameaça. Deste modo, a doutrina jurídico-penal brasileira desenvolve os conceitos de crimes de *perigo concreto* e crimes de *perigo abstrato*. Cabe ressaltar, que tais definições contribuem significativamente para a subsunção do fato a norma, ou seja, a adequação do caso concreto ao direito posto.

Com efeito, Paulo Queiroz, com precisão, afirma que o crime de perigo concreto só será qualificado quando a conduta humana demonstrar um risco real de lesão¹³¹, isto é, o efetivo perigo deve ser característica elementar do tipo penal, exigindo sua comprovação em cada casuística.

Nessa linha de pensamento, ainda sobre os crimes de perigo concreto, Luciano Anderson de Souza, assevera que:

O legislador penal protege o bem jurídico por meio de elaboração de tipos em que trata o perigo como elemento do tipo, descrevendo-o na hipótese fática. Exige-se, então, que o perigo se verifique concretamente, ou seja, que a conduta do infrator da norma realmente exponha a prego o bem jurídico tutelado. A descrição do tipo passa, portanto, pela referência ao perigo na descrição do tipo.¹³²

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt sustenta que “o perigo é reconhecível por uma valoração da probabilidade de superveniência de um dano para o bem jurídico que é colocado em uma situação de risco, no caso concreto”.¹³³ O perigo, portanto, não deve ser uma mera atribuição do legislador, mas sim uma verdade explícita.

¹³⁰ DOURADO, Laís Meneses Brasileiro. Crimes de Perigo Abstrato: análise dos modelos de fundamentação. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, p. 39.

¹³¹ QUEIROZ, Paulo de Souza. Direito penal: parte geral. 7.ed., completamente revista e atualizada. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 175.

¹³² SOUZA, Luciano Anderson de. Expansão do Direito Penal e Globalização. – São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 121, et seq.

¹³³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. Volume 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 282.

A título de exemplo, a doutrina penal brasileira aponta o crime tipificado no artigo 132 do Código Penal, “expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente”¹³⁴, como uma infração de perigo concreto. Assim, como se observa na leitura da redação do tipo, a consumação do crime exige a constatação de um perigo real na ação do indivíduo.

No crime de perigo concreto não há presunção de um efetivo perigo gerado por determinada conduta humana. O bem jurídico a ser tutelado, deve, portanto, ser posto a um perigo real de lesão.

Por sua vez, os crimes serão de perigo abstrato “quando o legislador tipificar a conduta por julgá-la perigosa em si mesma, independentemente da demonstração de dano ou perigo concreto de dano”¹³⁵. O crime de perigo abstrato, portanto, levará em consideração a mera vontade do legislador, ocasionando, assim, uma presunção legal do perigo.

Outrossim, Cezar Roberto Bitencourt atesta que o perigo abstrato é fruto de uma presunção absoluta, ou seja, *juris et de juri*. A comprovação do perigo é dispensada, pois o mesmo é presumido com a simples realização do ato.¹³⁶ Reitera, ainda, Guilherme de Souza Nucci, que a “probabilidade de ocorrência de dano está presumida no tipo penal, independendo de prova”.¹³⁷

Nos crimes de perigo abstrato, portanto, o perigo serve apenas como fundamento justificador para o legislador criminalizar determinada conduta. Por esta razão, Luciano Anderson de Souza, afirma que:

[...] o perigo não irá se inserir na estrutura própria do tipo, nem de forma indireta. Ocorre, neste contexto, uma presunção de perigo na conduta descrita no tipo, sem que seja necessária a efetiva comprovação de que a atuação do agente colocou, efetivamente, o bem jurídico em perigo. E isso porque como o perigo não consiste em elemento do tipo, não há efetiva necessidade de sua comprovação, presumindo-se a sua ocorrência. Entretanto, como a presunção é absoluta, não admitindo prova em contrário, afirma-se, não sem razão, que o perigo é ínsito à conduta

¹³⁴ BRASIL. Código Penal: Decreto-Lei n° 2.848/1940. art. 132.

¹³⁵ QUEIROZ, Paulo de Souza. op. cit. p. 175.

¹³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. Volume 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 282.

¹³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. - 3. ed. atual. e ampl. 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 180.

perpetrada.¹³⁸

Cabe ressaltar, como leciona o doutrinador Fredie Didier, que as presunções legais absolutas não admitem o contraditório probatório, ou seja, a conclusão aferida pela norma incriminadora é uma verdade incontestável. Desta forma, o perigo, nessa modalidade de crime, é presumido por lei e confirmado sem possibilidade de análise fática no caso em concreto.¹³⁹

Segundo o dicionário da língua portuguesa, Aurélio, presunção é a “opinião ou juízo baseado nas aparências; suposição, suspeita”.¹⁴⁰ Assim sendo, os crimes de perigo abstratos são infrações que se consumam apenas com a realização da conduta descrita no tipo penal, independente de um resultado efetivo.

Outrossim, acerca do tema, Luciano Anderson de Souza aduz que o perigo:

[...] apresenta para o Direito Penal uma função dogmática, sendo importante instrumental para a interpretação e operacionalização de certos tipos penais estruturados para a proteção de delicados bens jurídicos que o legislador optou por proteger em nível prévio, abstendo-se de exigir uma violação efetiva, bastando que o bem jurídico tenha sido exposto a perigo para que possa, conforme o caso fático, haver a persecução de seu autor e a eventual imputação da norma com a possível e consequente aplicação da pena prevista.¹⁴¹

Nesse sentido, é crime de perigo abstrato, como bem assegura a jurisprudência hodierna, a conduta tipificada no artigo 16 da Lei 10.826/03 (Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito).¹⁴² O legislador penal incrimina a simples ação de portar arma, acessório ou munição de uso restrito, sem a necessidade de que esta conduta ocasione um dano ou um perigo concreto de lesão.

A norma penal, portanto, presume que a mera realização do ato descrito no texto normativo é suficiente para caracterizar o crime. A lesão ao bem jurídico penalmente

¹³⁸ SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito Penal e Globalização*. – São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 122, et seq.

¹³⁹ DIDIER JR, Fredie.; BRAGA, Paula Sarno e ALEXANDRIA, Rafael. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. – 11. ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

¹⁴⁰ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. – 3.ed. totalmente revista e ampliada. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1635.

¹⁴¹ SOUZA, op. cit, p. 116, et seq.

¹⁴² STJ - Habeas Corpus – HC 442036/SP, Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. 12/06/2018.

tutelado é presumido, presente, apenas, no mundo da possibilidade.

Muito se discute doutrinariamente, bem como em sede de jurisprudência, acerca da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, por se tratarem de normas que, como já dito, não resulta lesão a um bem jurídico, ou sequer um perigo concreto de lesão. Contudo, essa temática será melhor analisada em capítulo posterior.

5 OS DELITOS DE PERIGO À LUZ DO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Na vigência de um Estado Democrático de Direito, os crimes de perigo abstrato devem ser analisados sob a égide de um ordenamento jurídico, seja por normas regras ou por normas princípios. Apesar de haver uma constante evolução social, com o conseqüente nascimento de novos bens jurídicos, vistos sob o prisma de uma sociedade de risco, não é permitido ao Estado a tutela desmedida destes bens através do *jus puniendi*.

É nesse contexto de proteção desenfreada, que o Estado tem gerado uma grave expansão do Direito Penal, infringindo princípios constitucionais e sufocando a sociedade com normas penais limitadoras de liberdade ambulatorial, com o discurso antagônico de proteção do próprio indivíduo.

5.1 DIREITO PENAL E SOCIEDADE DE RISCO

Com o advento da sociedade pós-industrial, isto é, sociedade moderna, o indivíduo foi inserido na chamada “sociedade de risco”¹⁴³. Em que pese o avanço tecnológico ser um fator positivo para sociedade, este avanço, também, trouxe consigo a geração de perigos para toda a sociedade.¹⁴⁴

Ao tratar sobre os riscos decorrentes do avanço tecnológico, Rudá Santos Figueiredo esclarece que:

O risco de que se fala se correlaciona com as atividades empreendidas

¹⁴³ Em 1986 o sociólogo Ulrich Beck apresentou um trabalho intitulado “*A sociedade do risco a caminho de uma nova modernidade*”, abordando a problemática dos novos riscos que advieram com o desenvolvimento e a sua relação com as sociedades pós-industriais. Foi Beck, portanto, o autor da chamada “Teoria da Sociedade do Risco”, teoria esta que traz como principal argumento que a sociedade industrial, a qual se caracteriza pela produção e distribuição de bens, foi desarticulada pela sociedade do risco, na qual a distribuição dos riscos é desproporcional em relação às diferenças nas esferas social, econômica e geográfica da primeira modernidade. (SERRA, Carlos Eduardo da Silva. Bem jurídico: uma reflexão sobre seu papel como limite à legitimidade da intervenção penal no âmbito da “sociedade do risco”. Revista Liberdades. Edição nº 25, janeiro/junho, p. 51- 2018, p. 52).

¹⁴⁴ FIGUEIREDO, Rudá Santos. Direito de intervenção e Lei 12.846/2013: a adoção do compliance como excludente de responsabilidade. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2015, p. 15.

atualmente em sociedade e à globalização, que faz com que as sociedades estejam imbricadas, interligadas, de sorte que a afetação direta de uma comunidade termina por afetar várias outras no globo terrestre.¹⁴⁵

Como bem assevera Fábio Roque Araújo, “o advento da sociedade pós-industrial traz consigo não apenas uma alteração na dinâmica das relações inter-pessoais, mas, sobretudo, o surgimento de novos valores que se incrustam no imaginário coletivo”.¹⁴⁶ Nesse diapasão, Davi Castro Silva é claro ao afirmar que:

O processo de industrialização é indissociável do processo de produção de riscos, uma vez que uma das principais consequências do desenvolvimento científico industrial é a exposição dos indivíduos a riscos e a inúmeras modalidades de contaminação nunca observados anteriormente, constituindo-se em ameaças para as pessoas e para o meio ambiente. Portanto os riscos acompanham a distribuição dos bens, decorrentes da industrialização e do desenvolvimento de novas tecnologias.¹⁴⁷

Para María José Jiménez Díaz, a sociedade de risco se caracteriza “por su complejidad, transnacionalidad, dinamicidad em su economia, multiplicidad de interconexiones causales y existência de uma alta intervención de colectivos”.¹⁴⁸

Por sua vez, Jesús-María Silva Sánchez afirma que:

[...] tudo isso evidencia que, negavelmente, estamos destinados a viver em uma sociedade de enorme complexidade, na qual a interação individual – pelas necessidades de cooperação e de divisão funcional – alcançou níveis até agora desconhecidos. Sem embargo, a profunda *correlação das esferas de organização individual* incrementa a possibilidade de que alguns desses contatos sociais redundem na produção de consequências lesivas.¹⁴⁹

Nesse contexto, Alexandre Rocha Almeida de Moraes assevera que:

A sociedade moderna é caracterizada pelo individualismo de massas, pela mudança do sistema de organização e de comunicação, assim como pela globalização, traços preponderantemente responsáveis pela formatação da

¹⁴⁵ FIGUEIREDO, Rudá Santos. Direito de intervenção e Lei 12.846/2013: a adoção do compliance como excludente de responsabilidade. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2015, p. 15.

¹⁴⁶ ARAÚJO, Fábio Roque. O Princípio da Proporcionalidade Referido ao Legislador Penal. - Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011, p. 132.

¹⁴⁷ SILVA, Davi Castro. Bem jurídico penal: algumas compreensões, breves reflexões. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, ano 6, n. 10. p. 190-210, Revista dos tribunais, Jan-jun, 2009, p. 202.

¹⁴⁸ DÍAZ, María José Jiménez. Sociedad del riesgo e intervención penal. Revista electrónica de ciência penal y criminología, 2014, núm. 16-08, p. 08:1-08:25, p. 08:2.

¹⁴⁹ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais; tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 31.

‘sociedade de riscos’, onde a sensação de insegurança coletiva convive com novos bens jurídicos alçados à tutela do Direito (como os interesses difusos), desencadeando a descodificação do Direito, a hipertrofia e irracionalidade legislativa.¹⁵⁰

É diante da dita sociedade de riscos que a insegurança da população tem aumentado, o que, equivocadamente, tem exigido “respostas do Estado frente aos perigos aos quais constantemente estão expostos os cidadãos, sendo o setor mais sensível a essas exigências o direito penal”.¹⁵¹

Nesse sentido, Jesús-María silva Sánchez aduz que “um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança, isto é, o aparecimento de uma forma especialmente aguda de viver os riscos”.¹⁵²

Ocorre que esse efeito imediatista do Direito Penal, de atendimento dos anseios sociais, deturpa, por vezes, o caráter teleológico desse ramo do Direito, que passa a tutelar bens jurídicos de menor relevância para sociedade. Ou seja, “o Direito penal é, assim, trazido à baila para que o Estado – ou muitas vezes, o governante do momento, com a constante propaganda política – possa demonstrar uma imediata e aparente dura e eficaz resposta”.¹⁵³

Assim, diante deste imediatismo, o Direito Penal passa a ter característica simbólica, vez que, por conta do aumento da sensação de insegurança, o Estado, através da função típica do poder legislativo, vislumbra “na intervenção penal a forma mais eficiente para solucionar os casos de criminalidade, sempre crescentes”.¹⁵⁴

Ou seja, o Estado, na tentativa de reduzir a sensação de insegurança presente na sociedade, induz a população a erro, levando o indivíduo a acreditar que o aumento

¹⁵⁰ MORAES apud FERREIRA, Iago Oliveira. A Expansão do Direito Penal à Luz do Estado Constitucional de Direito. Revista Direito e Liberdade, Vol.16(3), pp.149-188, 2014, p. 165.

¹⁵¹ Ibid., p. 165, et seq.

¹⁵² SÁNCHEZ, Jesús-María silva. A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais; tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 33.

¹⁵³ SOUZA, Luciano Anderson de. Expansão do Direito Penal e Globalização. – São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 154.

¹⁵⁴ Ibid., p. 155.

da criminalização de determinadas condutas humanas, possui, cada vez mais, efeitos práticos positivos.¹⁵⁵

Deste modo, no âmbito do surgimento de novos perigos na sociedade após o avanço tecnológico, o Direito Penal aparece como instrumento de contenção de riscos, pois, como afirma Rudá Figueiredo:

[...] surge a necessidade de proteger tais atividades, pois lesões a elas podem ter repercussão incomensurável. Passa-se, assim, a inadmitir a própria criação de risco a tais atividades, razão por que é forjado um direito penal para contenção de riscos, afastado da teoria do bem jurídico-penal, surgindo a ideia de estratégia para gestão de riscos.¹⁵⁶

Contudo, a grande problemática surge na utilização do Direito Penal como instrumento de urgência. Por esta razão, Vera Regina Pereira de Andrade afirma que a preocupação na era moderna, dita globalizada, não está voltada para a discussão acerca da tendência da ciência jurídica penal (minimalista ou abolicionista), mas sim, para exteriorização do Direito Penal como expansionista, marcado pelo efficientismo.¹⁵⁷

Cumprido salientar que é nesse contexto, de um Direito Penal moderno, marcado pelo surgimento de riscos, que os crimes de perigo abstrato ganham força, o que somente ratifica, pelas razões que serão melhor trabalhadas nos tópicos posteriores, a ideia de um direito penal simbólico e de finalidade protetiva expandida.

Assim, no intuito de atender as exigências impostas pela sociedade:

[...] o legislador se vale da presunção absoluta de perigo abstrato, podendo-se, todavia, reconhecer hipótese fáticas em que os tipos penais refletem, em verdade, a formulação de tipos de perigo abstrato presumidos de forma relativa, cabendo, assim, a discussão a respeito da possibilidade de que a conduta não praticada não tenha, efetivamente, colocado em risco o bem jurídico tutelado.¹⁵⁸

¹⁵⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito Penal e Globalização*. – São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 156.

¹⁵⁶ FIGUEIREDO, Rudá Santos. *Direito de intervenção e Lei 12.846/2013: a adoção do compliance como excludente de responsabilidade*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2015, p. 15.

¹⁵⁷ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Minimalismos, abolicionismos e efficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão*. *Revista Sequência*, nº 52, p. 163-182, jul. 2006, p. 178.

¹⁵⁸ SOUZA, op. cit, p. 123.

Nesse sentido, Luciano Anderson de Souza, sustenta que:

O imediatismo das construções legislativas, o abuso do simbolismo e a falta de técnica levam ao erigimento de um Direito Penal de emergência, que gera a deslegitimação deste ramo jurídico para o equacionamento de novos interesses sociais.¹⁵⁹

Deste modo, com a justificativa de abranger a tutela penal do Estado, com a abrangência dos novos bens jurídicos, o Direito Penal moderno se afasta da sua própria finalidade, isto é, da proteção dos bens jurídicos mais relevantes para sociedade (subsidiariedade).

Por esta razão, “deve manter-se a recusa de qualquer concepção penal baseada na extensão da criminalização em que o direito penal se transforme em instrumento diário de governo da sociedade e em promotor ou propulsor de fins de pura política estadual”¹⁶⁰

5.2 OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO FRENTE AOS PRINCÍPIOS LIMITADORES DO PODER PUNITIVO ESTATAL

O Direito Penal hodierno, com forte disposição minimalista e garantista, induz uma maior discussão acerca da real necessidade de incriminação de determinadas condutas humanas. Desta forma, a ciência jurídica penal é pautada na intervenção mínima, que nas palavras de Zaffaroni, “é uma tendência político criminal contemporânea, que postula a redução ao mínimo da solução punitiva dos conflitos sociais, em atenção ao efeito frequentemente contraproducente da ingerência penal do Estado”.¹⁶¹

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt, com a maestria que lhe é inerente, assevera que “o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* do sistema normativo, isto é,

¹⁵⁹ SOUZA, Luciano Anderson de. Expansão do Direito Penal e Globalização. – São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 166.

¹⁶⁰ WEDY, Gabriel Tedesco; WEDY, Miguel Tedesco. O Direito Penal e a Sociedade de Risco. In: SCARPA, Antônio Oswaldo; HIRECHE, Gamil Föppel El. Temas de Direito penal e Direito Processual Penal: estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto. Salvador: Juspodvm, p. 245-262, 2013, p. 248.

¹⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. Manual de direito penal brasileiro. -5. ed. rev. atual. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 340.

deve atuar somente quando os demais ramos do Direito se revelarem incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade”.¹⁶²

A partir dessa perspectiva, os crimes de *perigo abstrato* são alvos de fortes críticas feitas pela doutrina jurídico-penal brasileira. Estas censuras nascem da confluência dessa espécie incriminadora com os princípios limitadores do poder punitivo estatal. É inconcebível, em um Estado Democrático de Direito, a análise isolada e restrita das normas penais, pois, segundo Yuri Carneiro Coelho, o Direito Penal só se legitima quando vinculado à normatividade constitucional, seja por regras ou princípios.¹⁶³

Nesse sentido, segundo Luiz Regis Prado, “para selecionar o que deve ou não merecer a proteção da lei penal –bem jurídico-, o legislador ordinário deve necessariamente levar em conta os princípios penais que são as vigas mestras-fundantes e regentes –de todo o ordenamento penal”.¹⁶⁴

Como já estudado, o delito de perigo abstrato fundamenta-se em uma presunção legislativa de perigo, isto é, sua consumação independe da ocorrência de lesão ou perigo concreto de lesão. Com efeito, em razão do princípio da ofensividade, tal normatização não deve persistir, pois, na concepção de Bitencourt, as condutas humanas incapazes de gerar um dano ou colocar em perigo concreto o bem jurídico que se pretende tutelar, devem ser ignoradas pelo legislador penal.¹⁶⁵

É certo que a incriminação dessas ações decorre do intenso anseio social pela busca da “justiça”. Assim, para que este valor seja alcançado, o Estado se vale do seu *jus puniendi* através do Poder Legislativo. Contudo, tal prática torna-se totalmente incoerente com as diretrizes do sistema jurídico brasileiro, pois segundo Luiz Flávio Gomes:

¹⁶² BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. Volume 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54.

¹⁶³ COELHO, Yuri Carneiro. Introdução ao Direito Penal: conceito, teorias da pena, direito penal constitucional, hermenêutica e aplicação da lei penal. – Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

¹⁶⁴ PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. -3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 66.

¹⁶⁵ BITENCOURT, op. cit, p. 61.

Em virtude do princípio da ofensividade está proibido no direito penal o *perigo abstrato presumido* (o perigo é presumido quando se dispensa a prova de sua existência, bastando a periculosidade definida pelo legislador em critérios abstratos e genéricos). No perigo abstrato presumido o legislador passa a cumprir papel processual, dispensando a acusação de provar a perigosidade (ou lesividade) real da conduta do agente.¹⁶⁶

Deste modo, os crimes de perigo abstrato não se coadunam com os ditames principiológicos, tendo em vista que sua finalidade legal não é congruente com o objeto do Direito Penal. A atividade legiferante, no que tange a elaboração de tais delitos, transcende sua competência, pois neste caso, como bem assegura Luiz Flávio Gomes, o legislador faz o papel do judiciário, interferindo no exame das provas, já que presume a ocorrência do dano ou o perigo efetivo de lesão no caso concreto.¹⁶⁷

As infrações penais, conforme preceitua Cezar Roberto Bitencourt, somente são aceitas pelo Direito Penal de um Estado Democrático de Direito quando for constatado uma lesão ou perigo real de lesão a um dado interesse social ou individual.¹⁶⁸

Ademais, cabe ressaltar que parte da doutrina tem apresentado uma terceira modalidade de delito de perigo, os crimes de perigo abstrato de perigosidade real. A partir do rompimento da dicotomia apresentada pela doutrina majoritária entre perigo concreto e abstrato, Luiz Flávio Gomes assegura que o perigo abstrato de perigosidade real demarca a fronteira de validade dos injustos penais de perigo frente ao princípio da ofensividade.¹⁶⁹

A perigosidade real estará caracterizada, ainda segundo Luiz Flávio Gosmes, quando o risco gerado a um dado bem jurídico que se pretende tutelar for comprovado na análise do caso concreto, no entanto, é dispensada a constatação de perigo à vítima determinada.¹⁷⁰

¹⁶⁶ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice e DAHER, Flávio. Princípios Constitucionais Penais: à luz da Constituição e dos Tratados Internacionais. 1ª ed. Editora LivroeNet/ Atualidades do Direito, 2015, p. 33.

¹⁶⁷ Ibid., p. 33.

¹⁶⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. Volume 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 61.

¹⁶⁹ GOMES, op. cit., p. 33.

¹⁷⁰ Ibid., p. 34.

O Direito Penal, como dito alhures, visa a proteção de bens jurídicos, melhor dizendo, os interesses de maior relevância. À vista disso, só poderá ser caracterizado como infração penal quando houver uma dupla desvalorização do fato, ou seja, exige-se que a ação humana seja desvalorizada socialmente, bem como que o resultado seja igualmente desvalorizado, afetando, assim, o bem jurídico tutelado.¹⁷¹

Fora dessa sistemática não há que se falar em crime, isto é, a ausência do desvalor da ação ou do resultado impede a ingerência penal no âmbito das relações sociais. Caso contrário, o Estado estaria privando o homem de sua liberdade pela simples desobediência à norma, o que é inadmissível no Direito Penal. Deste modo, “o valor social do bem merecedor de garantia penal deve estar em consonância com a gravidade das consequências próprias do Direito Penal”.¹⁷²

Destarte, o injusto penal previsto no artigo 16 da Lei 10.826/03 (Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito), que pode ser configurado, também, pela simples posse/porte de munição, por se tratar de crime de ação múltipla, mostra-se como uma aberração jurídica e uma afronta às normas estabelecidas no Estado Democrático de Direito Brasileiro. A mera detenção de munição de forma isolada, ou seja, sem a presença de nenhum instrumento que lhe confira poder de lesão, não reúne os requisitos necessários para a caracterização de um crime.

A conduta humana de carregar consigo uma única munição pode até ter o desvalor da ação, contudo, jamais terá desvalor do resultado, tendo em vista que por si só não é capaz de gerar nenhum tipo de dano, nem mesmo de perigo concreto. Assim, o delito supramencionado representa uma intervenção desmedida do Estado nas ações humanas.

Outrossim, além da limitação imposta ao poder punitivo estatal pelo princípio da ofensividade, o crime de perigo abstrato também encontrará um obstáculo à sua validade no princípio da intervenção mínima. Haja vista que os delitos de perigo presumido não reúnem os elementos necessários para justificar a incriminação da

¹⁷¹ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice e DAHER, Flávio. *Princípios Constitucionais Penais: à luz da Constituição e dos Tratados Internacionais*. 1ª ed. Editora LivroeNet/ Atualidades do Direito, 2015, p. 35.

¹⁷² PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. -3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 105.

conduta, torna-se descabida a interferência penal. Nesse sentido, salienta Fábio Roque Araújo:

Em decorrência do princípio da intervenção mínima, só haverá incidência do Direito Penal quando esta for necessária. Assim, podemos concluir, em resumo, que se o princípio da legalidade impõe a lei certa, anterior, escrita e estrita a o princípio da intervenção mínima impõe a lei necessária. A intervenção mínima é reflexo da adoção de um Direito Penal mínimo, cujos defensores são chamados minimalistas.¹⁷³

Por seu turno, o caráter subsidiário do Direito Penal impede a interferência deste ramo jurídico quando outro for suficiente para solucionar o conflito. Na linha desse pensamento, Rogério Greco acentua que “embora importante o bem, se outros ramos do ordenamento jurídico forem fortes e capazes o suficiente para levar a efeito a sua proteção, não haverá necessidade de intervenção drástica do Direito Penal”.¹⁷⁴

Para que os crimes de perigo abstrato alcancem, portanto, sua validade, é necessária a produção de uma lesão, ou ao menos um risco concreto ao bem jurídico, bem como a impossibilidade de resolução do sinistro por outro ramo jurídico, tendo em vista que o Direito Penal é a *ultima ratio legis* do sistema jurídico. Assim, segundo Bitencourt, a validade de tais injustos penais é condicionada a efetiva possibilidade de a ação provocar um dano.¹⁷⁵

A tentativa de defesa dos interesses sociais, como resposta às exigências da própria sociedade, por vezes denota limitação de direitos. É inconteste a importância dos bens jurídicos tutelados pelos crimes de perigo abstrato, contudo o Direito Penal não é o ramo jurídico mais adequado para essa proteção. Não havendo lesão nem perigo concreto de lesão, não há que se falar, portanto, em crime.

5.3 OS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO E A EXPANSÃO TELEOLÓGICA DO DIREITO PENAL

¹⁷³ ARAÚJO, Fábio Roque. Princípios constitucionais penais e os direitos fundamentais. 2013, p. 7.

¹⁷⁴ GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal. 4. ed.-Niterói, RJ: Impetus, 2009, p. 25.

¹⁷⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral. Volume 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 61.

No âmbito de uma sociedade de risco, pós-industrial, marcada pelo surgimento de riscos, o Direito Penal, cada vez mais, tem expandido o seu limite de atuação. O Estado, portanto, com a justificativa de tutela de novos bens jurídicos, expande o seu jus puniendi, aumentando, conseqüentemente, a restrição da liberdade civil.

Esta expansão muito se deve a sensação de insegurança que permeia a sociedade, impactando, diretamente, no Direito Penal, pois como afirma Davi Castro Silva:

a) a tutela dos bens jurídicos supraindividuais não foi exercida nos moldes de *ultima ratio* e sim de *prima ratio* (por exemplo, meio ambiente). O Direito Penal passou a ser o carro-chefe na resposta estatal dos riscos da modernidade, exercendo uma nociva função promocional. b) A seleção de condutas que vulneram bens jurídicos supraindividuais não tem sido feita de forma criteriosa, por vezes sob o pretexto de proteger interesses difusos relevantes, tem-se na verdade se tutelado meras funções estatais (funções de arrecadação, controle de movimentações financeiras, controle de tráfego e outras de mero caráter administrativo) e outras questões que não se adéquam a uma concepção pessoal de tutela de bens jurídicos.¹⁷⁶

Nesse sentido, María José Jiménez Díaz afirma que:

[...] el *Derecho penal actual* es um Derecho en expoansión como respuesta a dicha sociedade del riesgo, de manera que lo que viene en calificarse como expansión *del Derecho penal* se vincula basicamente a su utilización para defender a la sociedade moderna de esos nuevos peligros que comporta la actual era post-industrial.¹⁷⁷

Percebe-se, portanto, que o Direito Penal moderno ultrapassa os limites da sua finalidade, isto é, a proteção dos bens jurídicos de maior relevância para sociedade. Nesse contexto, não se pode conceber um Direito Penal de *prima ratio*, pois:

[...] a visão do Direito Penal como único instrumento eficaz de pedagogia político-social como mecanismo de socialização de civilização, supõe uma expansão *ad absurdum* da outrora *ultima ratio*. Mas, principalmente, porque tal expansão é em boa parte inútil, na medida em que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar.¹⁷⁸

Por esta razão, como acertadamente conclui Julio César Montáñez Ruiz, o

¹⁷⁶ SILVA, Davi Castro. Bem jurídico penal: algumas compreensões, breves reflexões. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, ano 6, n. 10. p. 190-210, Revista dos tribunais, Jan-jun, 2009, p. 204 et seq.

¹⁷⁷ DÍAZ, María José Jiménez. Sociedad del riesgo e intervención penal. Revista electrónica de ciência penal y criminología, 2014, núm. 16-08, p. 08:1-08:25, p. 08:3.

¹⁷⁸ SÁNCHEZ, Jesús-María silva. A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais; tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 61.

fenômeno da expansão do Direito Penal sempre terá posições contra e a favor, mas sem dependência existencial, pois este fenômeno ocorrerá independentemente da aceitação, seja daqueles que o defendem, como por aqueles que almejam um Direito Penal mínimo.¹⁷⁹

Cumprido salientar que não se defende no presente trabalho que o Direito Penal se mostre indiferente aos novos bens jurídicos trazidos com sociedade pós-industrial, visto que, conforme aduz Jiménez Díaz:

En el contexto actual, pretender que el *Derecho penal* se muestre insensible a la evolución social es de todo punto impensable. El orden punitivo, como el resto del Ordenamiento jurídico, es un mero instrumento al servicio de la sociedad y de sus ciudadanos y, como tal, debe adaptarse a los tiempos en los que debe ser aplicado. Partiendo de esta premisa el *Derecho penal* no puede ni debe acorazarse en torno al núcleo tradicional, contiéndose en un cuerpo normativo obsoleto, incapaz de afrontar las nuevas demandas sociales. Muy al contrario, debe evolucionar y hacer frente, junto a los peligros clásicos, a los nuevos riesgos que vayan apareciendo.¹⁸⁰

Contudo, o Direito Penal não pode servir resposta imediata e desenfreado de contenção de riscos, sob pena de criar um Direito altamente repressor e apenas simbólico, sem efeito prático. Assim, continua o autor, afirmando que:

[...] esa inadecuada política-criminal, irremediavelmente acaba desembocando en una utilización simbólica de Derecho penal y termina por decepcionar a todos aquellos ciudadanos que, aunque inicialmente, se dejaron impresionar positivamente por la elección de la vía penal para resolver determinados problemas, al final se dan cuenta que esse caminho, en muchos de los casos, no sirve para nada.¹⁸¹

Nesse contexto de novos riscos sociais, com a finalidade de tutela de bens jurídicos supraindividuais e coletivos, o Direito Penal utiliza-se, desenfreadamente, os chamados crimes de Perigo Abstrato. Crimes estes, que como já dito, infringem diretamente os princípios penais constitucionais, o que transforma a ciência jurídica penal em um “instrumental apenas simbólico”¹⁸².

¹⁷⁹ RUIZ, Julio César Montáñez. El debate entre la expansión del Derecho penal hacia la criminalidad de la clase alta y el derecho penal mínima. Revista Estudios Socio-jurídicos, vol. 12, núm. 1, enero-junio, pp. 285-304, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 301.

¹⁸⁰ DÍAZ, María José Jiménez. Sociedad del riesgo e intervención penal. Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 2014, núm. 16-08, p. 08:1-08:25, p. 08:20.

¹⁸¹ Ibid., p. 08:20.

¹⁸² COELHO, Yuri Carneiro. Bem jurídico-penal. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 113.

Pautado em uma presunção de perigo, os crimes de perigo abstrato servem de instrumento legitimador da ingerência estatal nas condutas humanas através da atividade legiferante. Contudo sua utilização gera na sociedade justamente o efeito inverso, afinal, “se se proibem aos cidadãos uma porção de atos indiferentes, não tendo tais atos nada de nocivo, não se previnem os crimes: ao contrário, faz-se que surjam novos, porque se mudam arbitrariamente as ideias ordinárias de vício e virtude”.¹⁸³

Com efeito, o Direito Penal passa a ter característica administrativa, vez que está se tornando comum a utilização da ciência jurídica penal, através dos crimes de perigo abstrato, para a tutela de atividades estatais, fenômeno conhecido como administrativização do Direito Penal.¹⁸⁴

Nesse sentido, como salienta Rudá Figueiredo Santos, “o Direito de Intervenção, ao cuidar das situações de perigo abstrato, tem um caráter preventivo diferente daquele caráter previsto para o direito penal”.¹⁸⁵ Assim, segundo o autor:

Os crimes de perigo abstrato são marca da sociedade de riscos e da incapacidade de gestão pela Administração de certas atividades, de sorte que surgem proibições a condutas que não representam, a priori, lesões a bens jurídicos ou até riscos reais. Proíbem-se, assim, as atividades arriscadas e não a criação do risco concreto.

Os crimes de perigo abstrato, portanto, representa uma expansão teleológica do Direito Penal, vez que não se presta para a proteção de bens jurídicos relevantes, mas sim, como instrumento validador do aumento do *jus puniendi* estatal, baseado em um efficientismo. Ocorre que “un desmesurado intervencionismo acabaria por desembocar en un Derecho penal autoritario o, lo que es peor, nos acercaría peligrosamente al rechazable Derecho penal del enemigo”.¹⁸⁶

Nas palavras de Iago Oliveira Ferreira:

O cerne da crítica ao modelo punitivista e simbólico de direito penal que se

¹⁸³ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. –2. ed. – São Paulo: EDIPRO, 2015, p. 104.

¹⁸⁴ FIGUEIREDO, Rudá Santos. Direito de intervenção e Lei 12.846/2013: a adoção do compliance como excludente de responsabilidade. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2015, p. 200.

¹⁸⁵ Ibid, p. 36.

¹⁸⁶ DÍAZ, María José Jiménez. Sociedad del riesgo e intervención penal. Revista electrónica de ciência penal y criminología, 2014, núm. 16-08, p. 08:1-08:25, p. 08:21.

vê avançar nos dias atuais remete ao fato de que esse modelo, calcado na prevenção e na garantia da segurança pública pretensamente ameaçada pelas emergências, acaba por desconstruir os postulados garantistas do direito penal liberal consolidados nos Estados de Direito ocidentais, de valor constitucional, vulnerando os cidadãos em face do arbítrio estatal.¹⁸⁷

A ciência jurídica penal deve permanecer, assim, protegendo bens jurídicos de maior relevância para a sociedade, ou seja, fragmentária, e utilizada apenas como nenhum outro ramo do Direito for suficiente para manter a paz social, isto é, um Direito penal subsidiário, de *ultima ratio*.

Assim, o Direito Penal não comporta esses tipos de delitos, porquanto divergentes das normas principiológicas penais, o que acarreta um expansionismo desmedido e violador dos direitos fundamentais do indivíduo. Até porque, como bem concluiu Cesare Beccaria, para não representar um “ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicável nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei”.¹⁸⁸

¹⁸⁷ FERREIRA, Iago Oliveira. A Expansão do Direito Penal à Luz do Estado Constitucional de Direito. Revista Direito e Liberdade, Vol.16(3), pp.149-188, 2014, p. 174.

¹⁸⁸ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. –2. ed. – São Paulo: EDIPRO, 2015, p. 110.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito Penal, como todos os ramos do ordenamento jurídico, não é uma ciência estanque, acompanha, portanto, a evolução social. Esta mutação da sociedade gera um constante surgimento de novas interações humanas, e conseqüentemente, novos riscos. Deste modo, o Direito Penal aparece como um importante instrumento de regulação dessas relações.

A incessante busca pela justiça exige do Estado uma atuação positiva quanto ao controle das ações humanas. Contudo, essa atividade, concretizada pelo poder legislativo, não pode ser realizada de qualquer maneira, sem a devida observância dos requisitos estipulados pelo sistema jurídico. O legislador penal deve, por conseguinte, se adequar aos ditames normativos, sejam por regras ou por princípios.

A evolução histórica do Direito Penal, bem como seu objeto de tutela, conduz os estudiosos da área à conclusão de que a atividade legiferante não deve ser ilimitada. Assim, por estar voltado à proteção dos interesses mais relevantes da sociedade, ou seja, os bens jurídicos de maior importância, não cabe ao Direito Penal a interferência em toda e qualquer conduta humana.

Outrossim, além do respeito ao seu próprio fundamento teleológico, a ciência jurídica penal deve atuar em harmonia com os princípios limitadores do poder punitivo estatal, tendo em vista a vigência de um Estado Democrático de Direito de cunho garantista. Destarte, o Estado, no momento da estipulação de restrições da liberdade individual, encontra, nas normas principiológicas, obstáculos ao exercício de seu poder.

Assim sendo, a intensa dialética entre o *jus puniendi* estatal e os princípios que regem o Direito Penal fomenta a importante discussão, proposta neste trabalho, acerca da análise dos crimes de perigo abstrato como forma de expansão da finalidade do Direito penal.

Os delitos de perigo abstrato, por estarem respaldados na mera presunção de risco, divergem dos ditames principiológicos inerentes ao sistema jurídico brasileiro. Nesse sentido, tendo em vista que o princípio da ofensividade exige o dano ou perigo

concreto ao bem jurídico tutelado, não há que se falar em validade dessa modalidade de infração penal, pois é formado com a ausência de tais requisitos.

A abstração do perigo indica a ideia de inexistência do mesmo, pois se encontra apenas na vontade do legislador penal. Assim, nos crimes de perigo abstrato, o Direito Penal criminaliza a conduta pelo simples fato de sua ocorrência. É incongruente com a ciência jurídica penal, com tendência minimalista, a privação da liberdade do indivíduo com fundamento apenas na desobediência à norma.

O Poder Legislativo, portanto, no momento da criação dos crimes de perigo abstrato, extrapola os limites de sua atuação. Nessa perspectiva, o Direito Penal deve ser visto como a *ultima ratio* do sistema jurídico brasileiro, preocupando-se, apenas, com os interesses de maior relevância para a sociedade. O bem jurídico, por conseguinte, só deverá ser tutelado pelo Direito Penal quando nenhum outro ramo jurídico for igualmente eficaz.

Assim, ainda que inserido no bojo da sociedade de risco, marcado pela busca da tutela de direitos supraindividuais e coletivos, os crimes de perigo abstratos representam a concretude de um Direito Penal simbólico, ocasionando uma expansão teleológica do Direito Penal. Ou seja, com o fortalecimento dos delitos de perigo abstrato, a ciência jurídica penal se afasta de sua finalidade, isto é, de proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, visando, apenas, uma resposta social, eficientista, não congruente com o Estado Democrático de Direito.

Destarte, a definição jurídica dos crimes de perigo abstrato não encontra base legal normativa. Em um Estado Democrático de Direito, o respeito às normas, sejam regras ou princípios, é de suma importância para a validação das tipificações penais.

Restou claro, portanto, no presente trabalho, que o poder de punir do Estado não é absoluto; devendo o legislador penal preocupar-se apenas com as ações que produzam dano ou perigo concreto de lesão a um dado objeto de tutela.

Ademais, é importante destacar que a abordagem realizada no presente trabalho não exaure toda a temática em questão. Torna-se relevante, portanto, a manutenção do estudo acerca dos crimes de perigo abstrato e seus efeitos, pois estimula a

sociedade em geral fiscalizar a atividade legislativa, imputando, assim, limites ao poder punitivo do Estado.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos, abolucionismos e eficienticismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão**. Revista Sequência, nº 52, p. 163-182, jul. 2006.

ARAÚJO, Fábio Roque. **O Princípio da Proporcionalidade Referido ao Legislador Penal**. - Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011.

_____. **Princípios constitucionais penais e os direitos fundamentais**. 2013.

Disponível em:

[http://s3.amazonaws.com/manager_attachs/cms/downloads/2013/07/5-](http://s3.amazonaws.com/manager_attachs/cms/downloads/2013/07/5-F%C3%A1bio_Roque_-_Principios_Constitucionais_Penais_e_os_Direitos_Fundamentais.pdf?1372869867)

[F%C3%A1bio_Roque_-](http://s3.amazonaws.com/manager_attachs/cms/downloads/2013/07/5-F%C3%A1bio_Roque_-_Principios_Constitucionais_Penais_e_os_Direitos_Fundamentais.pdf?1372869867)

[_Principios_Constitucionais_Penais_e_os_Direitos_Fundamentais.pdf?1372869867.](http://s3.amazonaws.com/manager_attachs/cms/downloads/2013/07/5-F%C3%A1bio_Roque_-_Principios_Constitucionais_Penais_e_os_Direitos_Fundamentais.pdf?1372869867)

Acesso em: 15 de janeiro de 2019.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 17 ed. São Paulo: Malheiros. 2016.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. –2. ed. – São Paulo: EDIPRO, 2015.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. **O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual**. Revista Liberdades - nº 1, IBCCRIM, maio/agosto 2009.

Disponível em:

http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=3. Acesso em 15 de janeiro de 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. Volume 1. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. – 4. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. **Código Penal**: Decreto-Lei nº 2.848/1940. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 21 de janeiro de 2019.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 20 de janeiro de 2019.

_____. **Estatuto do Desarmamento: Lei 10.826/2003**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm. Acesso em 06 de janeiro de 2019.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes, **Introdução ao Direito Penal: Fundamentos para um Sistema Penal Democrático**, 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. – Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

_____. **Introdução ao Direito Penal**: conceito, teorias da pena, direito penal constitucional, hermenêutica e aplicação da lei penal. – Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.

COSTA, Álvaro Mayrink. **Direito Penal e Proteção dos Bens Jurídicos**. Revista da EMERJ, v. 14, n. 53, 2011. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista53/Revista53_7.pdf. Acesso em: 11/02/2019.

COSTA JR, Paulo José da. **Curso de direito penal**. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

DÍAZ, María José Jiménez. **Sociedad del riesgo e intervención penal**. Revista electrónica de ciência penal y criminologia, 2014, núm. 16-08, p. 08:1-08:25.

DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno e ALEXANDRIA, Rafael. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. – 11. ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico universitário**. – São Paulo: Saraiva, 2010.

DOURADO, Laís Meneses Brasileiro. **Crimes de Perigo Abstrato: análise dos modelos de fundamentação**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Prefácio da 1. ed. Italiana, Norberto Bobbio. 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa**. – 3.ed. totalmente revista e ampliada. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA, Iago Oliveira. **A Expansão do Direito Penal à Luz do Estado Constitucional de Direito**. Revista Direito e Liberdade, Vol.16(3), pp.149-188, 2014.

FIGUEIREDO, Rudá Santos. **Direito de intervenção e Lei 12.846/2013: a adoção do compliance como excludente de responsabilidade**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2015.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice e DAHER, Flávio. **Princípios Constitucionais Penais: à luz da Constituição e dos Tratados Internacionais**. 1ª ed. Editora LivroeNet/ Atualidades do Direito, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. Volume 1. 14ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

_____. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. 4. ed.- Niterói, RJ: Impetus, 2009.

JESUS, Damásio E. de, **Direito Penal. Parte geral**. 21. Ed; rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 1998.

LIMA, Alberto Jorge C. de Barros. **Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais**. – São Paulo: Saraiva, 2012

LISZT, Franz Von. **A idéia do fim do direito penal**. [tradução Hiltomar Martins de Oliveira]. – 1.ed. – São Paulo: Ridel, 2005.

MARQUES, Karla Padilha Rebelo. **A propósito de se aferir a legitimidade de intervenção do direito penal (A partir de uma análise sobre a dignidade penal do bem jurídico que se pretende tutelar)**. Disponível em: http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=319. Acesso em 19 de janeiro de 2019.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **Direito penal – sistemas, códigos e microssistemas jurídicos**. 1ª ed. (ano 2004), 3ª reimp./ Curitiba: Juruá, 2011.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 23ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NIKITENKO, Viviani Gianine. **FUNCIONALISMO-SISTÊMICO PENAL DE GÜNTHER JAKOBS: uma abordagem à luz do Direito Penal mínimo e garantista**. v. 15, n. 25. Revista Direito em Debate, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. - 3. ed. atual. e ampl. 2. tir. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. -3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Curso de Direito Penal brasileiro, parte geral: arts. 1º a 120**. – 8. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: parte geral**. 7.ed., completamente revista e atualizada. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Para entender o Garantismo Penal de Ferrajoli**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/para-entender-o-garantismo-penal-de-ferrajoli-por-alexandre-morais-da-rosa/>. Acesso em 16 de outubro de 2018.

ROXIN, Claus. **A proteção dos bens jurídicos como função do Direito penal**. Org. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli – 2. ed. Tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

RUIZ, Julio César Montáñez. **El debate entre la expoansión del Derecho penal hacia la criminalidade de la classe alta y el derecho penal mínima**. Revista Estudios Socio-jurídicos, vol. 12, núm. 1, enero-junio, pp. 285-304, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.

SÁNCHEZ, Jesús-María silva. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2002.

SCOLANZI, Vinícius Barbosa. **Bem jurídico e Direito Penal**. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/20939/bem-juridico-e-direito-penal>. Acesso em 11 de novembro de 2018.

SERRA, Carlos Eduardo da Silva. **Bem jurídico: uma reflexão sobre seu papel como limite à legitimidade da intervenção penal no âmbito da “sociedade do risco”**. Revista Liberdades. Edição nº 25, janeiro/junho, p. 51- 2018.

SILVA, Ivan Luiz da. **O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal**. Revista de informação legislativa, v. 50, n. 197, 2013. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496972/000991309.pdf?sequen ce=1>. Acesso em 09 de agosto de 2018.

SILVA, Davi Castro. **Bem jurídico penal: algumas compreensões, breves reflexões**. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, ano 6, n. 10, p. 190-210, Revista dos tribunais, Jan-jun, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 36^a. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2013.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do Direito Penal e Globalização**. – São Paulo: Quartier Latin, 2007.

WEDY, Gabriel Tedesco; WEDY, Miguel Tedesco. **O Direito Penal e a Sociedade de Risco**. In: SCARPA, Antônio Oswaldo; HIRECHE, Gamil Föppel El. Temas de Direito penal e Direito Processual Penal: estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto. Salvador: Juspodvm, p. 245-262, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Enrique. **Manual de direito penal brasileiro**. -5. ed. rev. atual. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Manual de direito penal brasileiro, volume 1: parte geral**. – 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.