



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAIBA – CAMPUS III
CENTRO DE HUMANIDADES OSMAR DE AQUINO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS
BACHARELADO EM DIREITO**

RENÊ RAMON BARBOSA NUNES

**A LEGALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

**GUARABIRA – PB
2015**

RENÊ RAMON BARBOSA NUNES

**A LEGALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Universidade Estadual da
Paraíba – UEPB, Campus III, como requisito
parcial de obtenção de título de Bacharel em
Direito.

Área de concentração: Direito Penal

Orientador: Renan Aversari Câmara

**GUARABIRA – PB
2015**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

N9721 Nunes, Renê Ramon Barbosa

A legalidade dos crimes de perigo abstrato à luz da constituição federal de 1988 [manuscrito] / Rene Ramon Barbosa Nunes. - 2015.

25 p. nao

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades, 2015. "Orientação: Renan Aversari Câmara, Departamento de Direito".

1. Crimes. 2. Perigo Abstrato. 3. Princípio Fundamentais. 4. Legalidade I. Título.

21. ed. CDD 342

RENÉ RAMON BARBOSA NUNES

**A LEGALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO À LUZ DA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**

BANCA EXAMINADORA



Prof. Renan Aversari Câmara /UEPB
Orientador



Prof. Ailton Nunes Melo Filho /UEPB
Examinador



Prof. Maria Verônica Fernandes Marinho/ UEPB
Examinadora

Aprovado em: **01/06/2015**

GUARABIRA - PB
2015

A LEGALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Renê Ramon Barbosa Nunes¹

RESUMO

No sistema penal brasileiro adota-se a teoria do direito penal mínimo, de forma que a aplicação da lei penal dá-se como último recurso para proteção de bens jurídicos relevantes para a manutenção da vida em sociedade. Nesse contexto o Estado somente exercerá seu controle social penal quando presente uma lesão a um bem jurídico protegido legalmente em razão de sua relevância. Assim, pune-se o fazer lesivo a interesses de terceiros, mas não o pensar ou intentar, uma vez que o Estado não pode comandar aspectos da esfera privada do indivíduo. Nesse contexto os crimes de perigo abstrato em sua constitucionalidade questionada por violar princípios constitucionais basilares ao estabelecer punição de forma preventiva, sem que haja dano ou risco provado. Desse modo, o presente estudo objetiva analisar os principais aspectos doutrinários dos crimes de perigo abstrato e suas consequências para a aplicação da lei penal. Por meio do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica qualitativa serão analisados os fundamentos mais relevantes apontados pela doutrina, fim de promover a discussão e aprimoramento do objeto de estudo dentro da seara jurídica penal.

Palavras chaves: Crimes. Perigo Abstrato. Princípios Fundamentais. Legalidade.

1 INTRODUÇÃO

No sistema penal brasileiro a pena é a resposta do Estado ao indivíduo em razão da violação de bens jurídicos legalmente constituídos e representa, por um lado, a busca pela coibição de práticas criminosas, ou seja, a prevenção do crime e, de outro lado, uma resposta à sociedade que celebrou o pacto de abrir mão de parcela de sua liberdade em troca de segurança.

Assim, é a partir das funções atribuídas à pena que se extrai a sua função declarada, qual seja, proteger bens jurídicos penais relevantes para o convívio pacífico em sociedade, os quais recebem a resposta do sistema penal instituído e aplicado pelas instituições, tais como a polícia, o Poder Judiciário e os

¹ Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba, Campus III.

Email: reneramonn_gba@hotmail.com

estabelecimentos penais. Nesse sentido o Direito Penal se presta a cumprir duas funções primordiais, quais sejam: a ético-social e a preventiva.

Contudo, o sistema penal é regido por princípios implícitos e explícitos que norteiam a aplicação da Lei Penal. Nesse sentido, não há crime se não há lesão, de forma que se pune o fazer mas não o ser, livrando da esfera de incidência penal o pensamento e condutas moralmente e socialmente reprovadas mas que não causam danos a terceiros.

Nesse contexto, os crimes de perigo abstrato são a definição legal para proteção de bens jurídicos relevantes a partir de situações abstratas, hipotéticas, sem que haja o real risco ou dano concreto.

No entanto, o Direito Penal deve ser mínimo, ou seja, a *última ratio* na persecução de uma sociedade justa e solidária, eis que o Direito Penal representa a intervenção estatal mais profunda no comportamento coletivo com base no princípio da intervenção mínima.

A necessidade de segurança e o aumento da criminalidade faz o legislador editar espécies de crimes que afrontam os Direitos fundamentais na tentativa de atender aos anseios sociais, o que ocasiona uma conduta legislativa inadequada e uma aplicação jurídica perigosa por parte do Poder Judiciário.

Por conseguinte, a notória incapacidade das instituições penais, especialmente no Brasil, de evitar e diminuir a criminalidade evidencia a distorção e o distanciamento teórico entre as funções simbólicas e reais da pena, além do fracasso do sistema prisional brasileiro.

Os fundamentos que regem a política criminal no Brasil, apesar de sua constante reformulação, apenas efetivam as desigualdades econômicas e sociais, bem como, o conflito entre o desacreditado Estado e sua legislação com a sociedade.

Objetiva-se analisar os crimes de perigo abstrato sob a perspectiva dos princípios da Constituição Federal e do Direito Penal, a fim de analisar sua legalidade, de modo a contribuir com seu questionamento e, assim, contribuir pela melhor aplicação das leis, cuja consequência maior é assegurar a liberdade e os direitos fundamentais.

Nessa esteira, o tema justifica-se pela sua importância acadêmica e prática, na medida em que se busca efetivar o ideal de um direito penal mínimo, atualmente

em choque com a crescente violência e criminalidade ante os anseios sociais por uma maior punibilidade.

O presente estudo respalda sua justificativa nas reflexões que poderá suscitar, colaborando para o seu aprimoramento, na medida em que quanto mais discussões são suscitadas e novas propostas legislativas são demonstradas em tema tão relevante para a sociedade, mais embasamentos são disponibilizados aos operadores do direito, cujo dever é promover a defesa dos direitos humanos e da justiça social, bem como, contribuir pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas, de modo a se efetivar o desenvolvimento jurídico e social

Dessa forma, por meio da pesquisa bibliográfica qualitativa e do método dedutivo-hipotético a temática é analisada a partir das publicações doutrinárias mais relevantes dentro da seara jurídica brasileira, em especial nas lições de Luiz Régis Prado, Luiz Flávio Gomes e Nilo Batista. O método dedutivo possibilitará o entendimento geral dos crimes de perigo abstrato de acordo com sua demonstração doutrinária, para posterior análise específica à luz dos postulados constitucionais.

Portanto, vale frisar que não se objetiva esgotar o assunto, na medida de sua extensão e complexidade, apenas destacar seus principais pontos que merecem a atenção da comunidade jurídica.

2 O ESTADO CONSTITUCIONAL

O Estado Constitucional de Direito pode ser entendido como o padrão político e jurídico onde se estabelece a Teoria do Garantismo, ou seja, representa uma evolução do Estado de Direito, onde os princípios constitucionais se estabelecem com maior eficácia².

Assim, o Estado de Direito firmou-se no século XIX como resposta ao Estado absolutista onde imperava o regime de força, e representava os ideais liberais com prevalência da razão. Nesse sentido, o Estado de Direito buscava o

² PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el Estado Constitucional de Derecho**. Madrid: Trotta, 1997, p.19.

fim da arbitrariedade do Estado sobre os cidadãos e uma maior liberdade na vida privada, sendo, pois, o pressuposto das constituições liberais³.

Por sua vez, o Estado Constitucional é considerado por muitos juristas como uma evolução ou um aperfeiçoamento do Estado de Direito e representante do nosso atual momento constitucional. Segundo Zagrebelsky⁴ “o próprio Estado constitucional, que é a forma de Estado típica do nosso século, é representado com freqüência como uma versão particular do Estado de direito”. Ainda, segundo este autor, o Estado de Direito “assumia um significado que compreendia a representação eletiva, os direitos dos cidadãos e a separação de poderes; um significado particularmente orientado à proteção dos cidadãos frente à arbitrariedade da Administração”.⁵

Assim, no Estado de Direito, a máxima é a Lei, a qual rege todas as ações, tanto da Administração Pública quanto do cidadão. É no Estado de Direito que se estabelece o princípio da legalidade, o qual estabelece que a lei é soberana, sem limitação de conteúdo.⁶ Destaca o autor que em razão da divergência entre o mundo do dever ser e o mundo real econômico e social, escolheu-se aplicar a legislação formalizada em termos absolutos, separando, taxativamente, o Direito da realidade material social.⁷ Assevera o autor que “como consequência dessa dissociação, esvaziou-se do Direito qualquer referência substancial, tornando-se ele um simples receptáculo de quaisquer decisões adotadas via processo legislativo”.⁸

Desse modo, no Estado de Direito liberal, a posição da Administração Pública e dos cidadãos perante a Lei se diferencia, no sentido de que, se para aquela somente é permitido fazer o que a Lei autorizada, para estes é permitido fazer tudo desde que não vedado expressamente por Lei.

Assim, segundo Montaner, o princípio da legalidade “era entendido como a necessidade de que qualquer atuação interventora do Poder Executivo estivesse previamente regulada por uma Lei”.⁹

³ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002, p. 21-22.

⁴ Ibid., p. 21.

⁵ Ibid., p.23.

⁶ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade administrativa no estado constitucional de Direito**. Curitiba: Juruá, 2001, p.61.

⁷ Ibid., p.61-62.

⁸ CADEMARTORI, 2001, p.62.

⁹ MONTANER, Luis Cosculluela. **Manual de derecho administrativo I**. 13. ed. Madrid: Civitas, 2002, p.26.

Todavia, o Estado Liberal entrou em crise, na medida em que a Lei deixou de ser o resultado da vontade geral, mas passou a servir interesses da minoria que se reveza no Poder, somado ao excesso de formalismo e relativismo axiológico em que as leis são produzidas, o que resultou legislações totalmente distante da realidade social e econômica.¹⁰

Assim, buscou-se a consolidação do Estado de Direito em um modelo mais eficaz e substancial, onde os três Poderes estão atrelados ao seu caráter normativo. De acordo com Cademartori¹¹:

Estado Constitucional de Direito não foi nada além do que uma tentativa de realizar uma otimização dos mesmos valores que, inicialmente, inspiraram o Estado de Direito na sua versão pós-revolucionária ainda permeada pelo espírito racional-iluminista do século XVIII e que se traduziu na garantia dos direitos dos cidadãos e sua centralidade com relação ao poder político.

Nesse sentido, a Lei cede espaço à Constituição, a qual desempenha o papel de máxima normativa, responsável por manter a unidade por meio de princípios e garantias fundamentais amplamente aceito, com natureza superior, indisponível e vinculante para todos os Poderes da administração e para os cidadãos, evidenciando, pois, o sistema garantista.¹²

Segundo Peña Freire¹³ são três as características do Estado Constitucional:

(a) a supremacia constitucional e dos direitos fundamentais, b) a consagração do princípio de legalidade como submissão efetiva a direito de todos os poderes públicos e c) a funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia do desfrute dos direitos de caráter liberal e a efetividade dos direitos de caráter social.

No modelo de Estado Constitucional o princípio da legalidade representa tanto a fonte jurídica legal quanto a legitimação dos poderes instituídos e faz possível a existência de “juízos de valor” que tem grande importância na aplicação, efetivação e validade das normas jurídicas. Desse modo, a Constituição é muito mais do que uma norma superior que vincula as inferiores sem considerar o conteúdo material, ao contrário, no Estado Constitucional:

¹⁰ CADEMARTORI, op. cit., p.63.

¹¹ Ibid., p.64.

¹² ZAGREBELSKY, 2002, p. 40.

¹³ PEÑA FREIRE, 1997, p.37.

[...] a Constituição estrutura-se como um complexo programa que visa à ordenação ou à constitucionalização social, política, econômica, cultural e assim por diante, no qual os princípios constitucionais passam a desempenhar um papel fundamental como reflexos normativos dos valores constitucionais.¹⁴

Assim, os princípios gerais tornam-se princípios constitucionais e representam uma revolução jurídico-normativa, pois são a chave do sistema não apenas em seu aspecto formal, mas sobretudo material. Desse modo, os direitos e garantias fundamentais ganham maior força coercitiva e efetividade, sob pena de deslegitimar a atuação estatal e suas instituições jurídicas, ou seja, o Estado somente possui legitimidade e suas normas apenas possuem legalidade quando observados os direitos fundamentais constitucionais.

3 OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Os crimes de perigo abstrato são classificados como aqueles crimes que definem uma conduta, porém sem resultado danoso concreto, onde não há a real lesão ou a colocação do bem jurídico em risco. Segundo Queiroz, “nos crimes de perigo, o legislador, ao descrever o tipo, contenta-se com o perigo que a presente ação representa relativamente ao bem jurídico”.¹⁵

Como exemplo dos crimes de perigo abstrato temos o previsto na Lei 9.503/97¹⁶:

Art. 276. Qualquer concentração de álcool por litro de sangue ou por litro de ar alveolar sujeita o condutor às penalidades previstas no art. 165
Parágrafo único. O Contran disciplinará as margens de tolerância quando a infração for apurada por meio de aparelho de medição, observada a legislação metrológica.

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:
Infração - gravíssima;
Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses.

¹⁴ CADEMARTORI, 2001, p.80.

¹⁵ QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal. Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.175.

¹⁶ BRASIL. Lei 9.507 de 23 de setembro de 1997. **Código de Trânsito Brasileiro**. Disponível em: <www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/resolucao153_03.doc>. Acesso em: 25 fev. 2015.

Da análise dos citados artigos, verifica-se que não é necessária a constatação da lesão ou o seu risco concreto, ou seja, independente do resultado, basta a conduta tipificada para que incida a aplicação da pena.

Outro exemplo de crime de perigo abstrato é o porte e posse ilegal de arma de fogo, ainda que desmuniçada, pois a Lei 10.826/2003, não faz essa diferenciação¹⁷. Para a caracterização do tipo penal basta a probabilidade de dano e não sua ocorrência. Assim, a criminalização do porte e posse de arma de fogo não se limita à proteção jurídica da incolumidade física, do direito à vida, mas abrange a liberdade pessoal, a segurança coletiva, o patrimônio, etc¹⁸.

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente.¹⁹

Referido artigo não foi declarado inconstitucional pelo STF, razão pela qual continua válido e a conduta descrita típica.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 14 DA LEI 10.826/03. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. CRIME DE PERIGO. ABSTRATO. TIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO IMPROVIDO.1. A segurança coletiva é o objeto jurídico imediato dos tipos penais compreendidos entre os arts. 12 e 18 da Lei 10.826/03, com os quais visa o legislador, mediadamente, proteger a vida, a integridade física, a saúde, o patrimônio, entre outros bem jurídicos fundamentais. 2. Consoante o firme entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, tais crimes são de perigo abstrato, do que se conclui ser presumida a ofensividade da conduta ao bem jurídico tutelado. 3. As condutas do art. 14 da Lei 10.826/03 (porte de arma de fogo de uso permitido) não estão acobertadas pela hipótese de "atipicidade momentânea", razão pela qual o prazo do art. 30 da Lei 10.826/03, com redação dada pela Lei 11.706/08, a elas não se refere. 4. Recurso improvido.²⁰

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1121671/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, quinta turma, julgado em 01/06/2010, DJe 21/06/2010. TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 21/06/2010.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 147.623/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, quinta turma, julgado em 09/03/2010, DJe 05/04/2010.

¹⁹ BRASIL. Lei 10.826 de 22 de dezembro de 2003. **Estatuto do Desarmamento**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm>. Acesso em: 25 fev. 2015.

²⁰ BRASIL. STJ. **Superior Tribunal de Justiça**. RHC 21423/SP. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 2007/0130597-4. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Órgão Julgador: Quinta Turma. Data do Julgamento: 18/06/2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 25 fev. 2015.

Importante ressaltar que os crimes de perigo abstrato têm sido amplamente utilizados pelo legislador em diversas áreas além do trânsito, e do porte de armas, mas também tem sido empregado em condutas na seara ambiental, médica, biossegurança, financeira. Quanto mais complexa a sociedade se torna, mais condutas são tipificadas, a fim de proteger bens jurídicos de natureza fundamental.

Consoante ressalta Bottini:²¹

[...] a expansão do direito penal atual prima pela utilização dos crimes de perigo abstrato como técnica de construção legislativa empregada para o enfrentamento dos novos contextos de risco. Pode-se afirmar que os tipos de perigo abstrato constituem o núcleo central do direito penal de risco. A configuração da sociedade contemporânea, o surgimento dos novos riscos e suas características respondem por este fenômeno, por diversos motivos.

Desse modo, o autor é punido pela desobediência da letra da lei, sem a necessidade de se comprovar qualquer lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico protegido pela norma, razão pela qual essa presunção legal do perigo e a tipificação abstrata, ou seja, vaga, subjetiva, tornam a temática tão debatida juridicamente, pois sua constitucionalidade é questionada. De acordo com Romero,²² os crimes de perigo

são de resultado como os delitos de lesão, mas sua verificação importa em critérios de imputação divergentes, pois em vez de apresentarem um resultado lesivo de dano, apresentam um resultado de criação de perigo de resultado de dano, de assunção de risco de lesão não permitido pela norma.

Para grande parte da Doutrina essa presunção legal incidente sobre os crimes de perigo abstrato representa uma tendência de expansão do Direito Penal pelo desprestígio de outros ramos não penais para proteção de bens jurídicos.

[...] esses ramos não detêm a autonomia necessária para tutelar lesões a bens jurídicos, o que conduz a um alastramento da delinquência e ao incremento de proibições penais. Trata-se o direito penal como o único instrumento eficaz de pedagogia político-social, como mecanismo de socialização, de civilização, supondo uma expansão ad absurdum da outrora ultima ratio.²³

²¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 61, p. 44-121, jul./ago. 2006, p. 66.

²² ROMERO, Diego. Reflexões sobre os Crimes de Perigo Abstrato. **Revista IOB Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, v. 39, p. 43-62, ago./set. 2006, p. 13.

²³ FERRAZ, Denise Nóbrega. **Crimes de perigo abstrato: A tutela de bens jurídicos supra-individuais no Direito Penal Moderno. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, a. 14, dez. 2006, p. 16.

Porém para outros essa tendência viola os princípios constitucionais, além de padecer de técnica legislativa criticável para suprimir direitos e garantias fundamentais, entre eles a presunção de inocência, a liberdade, a legalidade, a ofensividade, a culpabilidade e o Direito Penal mínimo.

De acordo com Wunderlich é notória a "violação ao princípio da culpabilidade, uma vez que nos delitos de perigo abstrato, como se sabe, basta a realização da conduta pelo agente, não sendo necessária a demonstração do dano efetivo".²⁴

Ocorre nos crimes de perigo abstrato um adiantamento da proteção pela Lei, cujo objetivo é evitar a lesão aos bens jurídicos essenciais, todavia, outros direitos fundamentais igualmente protegidos são violados.²⁵

3.1.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade está disposto no artigo 5º, inciso II, em sentido amplo e inciso XXXIX, em sentido estrito, da Constituição Federal²⁶, os quais asseguram que as obrigações impostas ao cidadão serão sempre derivadas de lei, bem como, que qualquer tipo penal e sua conseqüente punição sujeita-se ao seu prévio estabelecimento em lei. Tais garantias visam coibir a ação arbitrária e o abuso de poder por parte do ente Estatal.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

O artigo 1º do Código Penal²⁷ igualmente estabelece:

²⁴ WUNDERLICH, Alexandre. Uma reflexão sobre os delitos de perigo abstrato ou presumido. **Revista Jurídica**, n.270, abr. 2000, p. 52.

²⁵ OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Crimes de perigo abstrato. **Revista Jurídica**, n.325, nov. 2004, p. 100.

²⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 fev. 2015.

²⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 2848 de 07 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 26 fev. 2015.

Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

Da mesma forma, o artigo 3º da Lei de Execução Penal²⁸ prevê:

Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

De acordo com Prado²⁹ sobre o princípio da legalidade:

[...] não há crime (infração penal), nem pena ou medida de segurança (sanção penal) sem prévia lei (*stricto sensu*). Isso vale dizer: a criação dos tipos incriminadores e de suas respectivas consequências jurídicas está submetida à lei *formal* anterior (garantia formal). Compreende, ainda, a garantia substancial ou material que implica uma verdadeira predeterminação normativa (*lex scripta Lex praevia et lex certa*).[...] O seu fundamento político radica principalmente na função de garantia da liberdade do cidadão ante a intervenção estatal, por meio da realização da certeza do direito.[...] A lei formal e tão-somente ela é fonte criadora de crimes e de penas, de causas agravantes ou de medidas de segurança, sendo inconstitucional a utilização em seu lugar de qualquer outro ato normativo (v.g medida provisória), do costume ou do argumento analógico in malam partem- exigência de lei escrita (*nulla poena sine lege scripta*).

Igualmente, Moraes³⁰ esclarece que “só por meio de espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional, podem se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral.”

Além disso, decorre deste princípio o princípio da reserva legal, o qual estabelece a competência absoluta do Poder Legislativo para legislar sobre matéria penal, impedindo o Poder Executivo de atuar em sede de normatização penal, bem como, que a regulação de determinadas matérias específicas, caso a caso, são feitas obrigatoriamente por lei formal, retirando tal possibilidade de outras fontes.

Do princípio da legalidade ainda derivam os postulados de garantia jurisdicional e penitenciária ou de execução; o princípio da irretroatividade da lei e sua exceção, ou seja, a lei penal não retroagirá, salvo em benefício do réu, nos termos do art. 5º, inciso XL da Constituição Federal e art. 2º do Código Penal; e por fim, princípio da taxatividade ou da determinação, que regula a técnica de elaboração da lei penal, a qual deve ser clara, precisa e determinada, com perfeita

²⁸ BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 26 fev. 2015.

²⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1: parte geral. 13. ed. São Paulo: São Paulo, 2014, p.140.

³⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.69.

descrição quanto ao tipo penal e sua respectiva sanção, de modo a garantir a segurança jurídica.³¹.

3.1.2. Princípio da igualdade

O princípio da igualdade processual está previsto no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, que nada mais é do que proporcionar tratamento igual às partes e seus procuradores a fim de que tenham as mesmas oportunidades de aduzir suas razões e participar do convencimento do juízo³², bem como, que é vedada qualquer distinção de gênero, raça, credo, condição social ou pensamento político.

Igualmente, o parágrafo único do artigo 3º da Lei de Execução Penal³³ estabelece que não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política. Segundo diz Olmedo citada por Tourinho Filho, “a norma constitucional segundo a qual todos são iguais perante a lei traduz-se, em juízo, como a igualdade das partes”.³⁴

A Doutrina de Cintra, Grinover e Dinamarco³⁵ exemplifica que:

No processo civil legitimam-se as normas e medidas destinadas a reequilibrar as partes e permitir que litiguem em paridade em armas, sempre que alguma causa ou circunstância exterior ao processo ponha uma delas em condições de superioridade ou de inferioridade em face da outra. Mas é muito delicada essa tarefa de reequilíbrio substancial, a qual não deve criar desequilíbrios privilegiados a pretexto de remover desigualdades.

Igualmente, Moraes traz importante assertiva:

Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de justiça [...].³⁶

³¹ PRADO, 2014, p.114.

³² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo e et al. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.53.

³³ BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 26 fev. 2015.

³⁴ OLMEDO, Clarita. *Drecho Procesal*. v.1. Buenos Aires: Depalma, 1989, p.83. In: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p.19.

³⁵ CINTRA et al., 2003, p.54.

³⁶ MORAES, 2014, p.64.

De acordo com Dinamarco³⁷:

Perante a Constituição e a lei, o juiz tem o compromisso de dar ele próprio esse tratamento equilibrado e de desencadear medidas capazes de superar desequilíbrios eventualmente existentes (CPC, art. 125, inc. I) O processo será justo e equo na medida em que a o juiz seja capaz de chegar a esse optimum, sem que o autor seja privilegiado em nome de uma obcecada busca da celeridade processual e sem que os sentimentos pessoais do juiz o influenciem na condução do processo e julgamento da causa. Esses aspectos isonômicos constituem o conteúdo da garantia constitucional da igualdade das partes e do dever judicial de dar a estas um tratamento que realize as exigências constitucionais.

Sendo assim, o princípio da legalidade está intimamente ligado ao princípio da razoabilidade, uma vez que o acusado não pode sofrer a aplicação da legislação de forma arbitrária e desmedida.

3.1.3 Princípio da Lesividade

O princípio da lesividade ou da ofensividade está presente no artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal e no artigo 13, *caput*, do Código Penal. O mesmo trata da necessidade de se criminalizar e punir somente a conduta que atinja interesses de terceiros, ou seja, ocasionem lesão a um bem jurídico relevante que torne insegura a vida em sociedade. Segundo Gomes³⁸ “o delito não pode ser concebido como mera desobediência ou simples infração de um dever (simples violação do aspecto imperativo da norma). Delito é sempre uma violação aos direitos de outrem.”

De acordo com Greco³⁹ “[...] o Direito Penal só pode, de acordo com o princípio da lesividade, proibir comportamentos que extrapolem o âmbito do próprio agente, que venham atingir bens de terceiros”.

Dessa forma, não compete ao Direito Penal impor condutas ou formas de comportamento e pensamento, mas apenas tutelar aqueles bens jurídicos que impliquem em uma convivência social segura, garantido os preceitos básicos de vida, liberdade e propriedade.

³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. II. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 290.

³⁸ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.28.

³⁹ GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. Niterói: Impetus, 2005, p.90.

Segundo Damásio⁴⁰ (2000, p.19), o princípio da lesividade adquire maior importância a partir da teoria da imputação objetiva do resultado, uma vez que não confere valor às condutas inofensivas que antes eram abarcadas pelo dogma causal, tendo em vista que a teoria do *conditio sine qua non* não considera a real missão do Direito Penal que é a proteção de bens jurídicos relevantes.

Ressalta-se que não se confundem o princípio da lesividade com o princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos. Ensina Gomes⁴¹:

O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, de outro lado, justamente porque nos revela uma forma de Direito penal, tem a preocupação de responder entre outras, questões como Que é que deve ser protegido? Qual é o objeto de proteção? Que se entende por bem jurídico? Quais são suas características? Etc. São questões que corporificam o conteúdo do bem jurídico. Já o princípio da ofensividade tem outros tipos de preocupação: Que contribuição pode dar para definir materialmente o bem jurídico? Como deve o legislador contemplar a redação de um tipo penal? Que se entende por lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico? Quais são os limites da antecipação da tutela penal? etc.

É o grau de lesividade aos interesses de terceiro perpetrados por determinada conduta que determinará o crime e a pena, de forma que o princípio ora analisado pressupõe a incidência de um juízo de valor sobre o dano apto a justificar sua proteção e a conseqüente aplicação da pena. Todavia é com fundamento nesse entendimento que parte da doutrina tenta fazer valer a não punição da tentativa.

Nesse aspecto, o princípio da lesividade guarda estreita ligação com o princípio da insignificância ou bagatela, haja vista que mesmo uma conduta típica, mas ínfima no sentido de causar uma lesão relevante ao interesse jurídico de terceiro não deve ser passível de punição diante do postulado do direito penal como *ultima ratio*. Para este princípio no Direito Penal moderno não há espaço para o crime de perigo abstrato.

O princípio da lesividade também se relaciona com o princípio da intervenção mínima e da fragmentariedade, sendo inadmitido, modernamente, um Direito Penal intervencionista. Assim, de acordo com Bianchini⁴²: “[...] a preocupação com a ofensividade decorre do caráter fragmentário do direito penal que, por sua vez, advém do entendimento que propugna o seu uso mínimo.”

⁴⁰ JESUS, Damásio Evangelista de. **Imputação objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.19.

⁴¹ GOMES, op. cit., p.43-44.

⁴² BIANCHINI, Alice. **Pressupostos penais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.52.

Outrossim, ainda que haja a lesão a bem jurídico protegido e de relevância social, faz-se necessário que não haja outro meio eficaz senão o penal para a solução do conflito, justamente em razão da subsidiariedade do direito penal e do princípio da intervenção mínima, conforme já inferido, uma vez que a lei penal é a forma mais gravosa da qual, infelizmente, a sociedade ainda prescinde. Conforme destaca⁴³ Luisi, “se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta.”

Por sua vez, vale esclarecer que o princípio da lesividade impõe um limite ao poder-dever do Estado de punir, a fim de que o mesmo recaia somente sobre bens jurídicos relevantes e onde haja verdadeiramente a lesão e o dano, no entanto, não exige a ocorrência do resultado, pois são tipificadas condutas que signifiquem apenas o risco a esses bens.

O bem maior do homem é a sua liberdade, motivo pelo qual todo Estado Democrático de Direito que se fundamenta na dignidade da pessoa humana, como o faz o Estado brasileiro, deve pautar sua política criminal nos pressupostos do princípio da lesividade. Assim, referido princípio é de extrema importância, na medida em que efetiva todos os demais postulados de garantias e direitos fundamentais em que se pauta o ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da justiça social, da igualdade, entre outros.

Por conseguinte, o princípio da lesividade deve se coadunar com os pressupostos de adequação e eficácia da medida punitiva, a fim de se efetivar o poder-dever estatal de aplicar a norma penal, bem como, responder à sociedade com eficiência e proporcionalidade. Segundo ressalta Bianchini⁴⁴:

Adequação e eficácia encontram-se no plano mais próximo quando se diz que a medida é inidônea, por ser ineficaz. Portanto, pode ocorrer de a intervenção ser considerada imprópria, ou porque os meios são considerados ilegítimos (em descompasso com a expressão de vontade do Estado social e democrático de direito) ou por se considerar ineficaz (não sendo capaz de alcançar os fins visados).

Nesse aspecto, impera a necessidade de se efetivar a racionalização do Direito Penal, adequando-se as medidas necessárias para que se atinja o fim da pena, quais sejam, a proteção da sociedade e a ressocialização do criminoso, em

⁴³ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed., rev. e aum. Porto Alegre: Fabris, 2003, p.39.

consonância com a proporcionalidade, a eficiência e a efetiva tutela dos bens jurídicos protegidos.

3.1.4 Princípio da Intervenção Mínima

O princípio da intervenção mínima significa que ao Estado somente compete intervir subsidiariamente, ou seja, quando nenhum outro ramo do direito é apto a dar a resposta para o conflito social, atuando, desse modo, como *ultima ratio*. Em igual sentido, para Capez, a intervenção mínima “tem como ponto de partida a característica da fragmentariedade do Direito Penal”⁴⁵. De acordo com Prado⁴⁶:

O princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Desse modo, a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio*. E, de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia.

Igualmente, para Capez⁴⁷:

Da intervenção mínima decorre, como corolário indescutível, a característica de subsidiariedade. Com efeito, o ramo penal só deve atuar quando os demais campos do Direito, os controles formais e sociais tenham perdido a eficácia e não sejam capazes de exercer essa tutela. [...] Se existe um recurso mais suave em condições de solucionar plenamente o conflito, torna-se abusivo e desnecessário aplicar outro mais traumático. A intervenção mínima e o caráter subsidiário do Direito Penal decorrem da dignidade humana, pressuposto do Estado Democrático de Direito, e são uma exigência para a distribuição mais equilibrada da justiça.

Assim, pelo princípio da intervenção mínima somente faz jus à tutela penal a violação a bens jurídicos relevantes que não possam ser protegidos ou punidos de outra maneira ou por outros ramos do direito, uma vez que a lei penal é o último recurso a ser utilizado. Segundo Bitencourt⁴⁸:

⁴⁴ BIANCHINI, 2002, p.11.

⁴⁵ CAPEZ, Fernando. **Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 11-12.

⁴⁶ PRADO, Luiz Régis et al. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.119-120.

⁴⁷ CAPEZ, op. cit., p. 22.

⁴⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**: parte geral. Vol. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 315.

Os legisladores contemporâneos têm abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal que acaba perdendo sua força intimidativa diante da inflação legislativa reinante nos ordenamentos jurídicos.

De acordo com Mirabete⁴⁹:

O ordenamento positivo, pois, deve ter como excepcional a previsão de sanções penais e não se apresentar como um instrumento de satisfação de situações contingentes e particulares, muitas vezes servindo apenas de interesses políticos [...] a sanção penal estabelecida para cada delito deve ser aquela “necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (na expressão acolhida pelo art. 59 do CP), evitando-se o excesso punitivo sobretudo com a utilização da pena privativa de liberdade [...] deve buscar na realidade fática o substancial para tornar efetiva a tutela dos bens e interesses considerados relevantes quando dos movimentos de criminalização, neocriminalização, descriminalização e despenalização’.

Portanto, a descriminalização de condutas, como corolário do princípio da intervenção mínima, bem como, a busca por sanções alternativas são os meios adequados para o melhor funcionamento da máquina estatal.

3.1.5 Princípio da presunção de inocência

Inicialmente, o presente estuda parte do estudo do princípio da presunção de inocência, o qual está inserido no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal: a saber:

Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória⁵⁰;

Esclarece Moraes⁵¹ acerca do princípio da presunção de inocência que “há necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio

⁴⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. v.1. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 117.

⁵⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 fev. 2015.

⁵¹ MORAES, 2014, p.132.

estatal.” Acrescenta ainda Moraes⁵² que a presunção de inocência é presunção *iuris tantum* e, portanto, “exige para ser afastada a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e com a garantia da ampla defesa”.

Outrossim, a presunção de não-culpabilidade do indivíduo abarca quatro funções básicas, quais sejam: limitação à atividade legislativa; critério condicionador das interpretações das normas vigentes; critério de tratamento extraprocessual em todos os seus aspectos (inocente); obrigatoriedade do ônus da prova da prática de um fato delituoso ser sempre do acusador.⁵³ Para Capez:⁵⁴

O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos:
 a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova;
 b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida;
 c) no curso do processo penal, como paradigma do tratamento do imputado, especialmente no que concerne à análise da necessidade da prisão processual.

Desse modo, a inocência é presumida até que as provas até que se prove o contrário e, a ação ou omissão no crime de perigo deve ficar cabalmente comprovada, sob pena de violação deste princípio.

3.1.6 Princípio da culpabilidade

Por este princípio não há crime sem culpabilidade, o qual é a base da imputação penal. Assim, se não há dolo ou culpa não recai a sanção penal. De acordo com Bitencourt⁵⁵: “A culpabilidade diz respeito a reprovabilidade social da conduta injusta (típica e antijurídica). Sendo assim, não basta que a conduta seja típica e antijurídica, é necessário também que seja considerada culpável, vale dizer, reprovável socialmente.” Ainda, segundo Ferrajoli⁵⁶:

⁵² MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 339.

⁵³ *Ibid.*, p. 385.

⁵⁴ CAPEZ, 2012, p.44.

⁵⁵ BITENCOURT, 2002, p.10.

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradutores: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.390.

[...] por exigir dita condição, que corresponde ao chamado elemento subjetivo ou psicológico do delito, nenhum fato ou comportamento humano é valorado como ação se não é fruto de uma decisão; conseqüentemente, não pode ser castigado, nem sequer proibido.

A culpabilidade esmiúça a ação delitiva, típica em seu aspecto psicológico e serve de limite da imposição da pena, ou seja, o individuo responde na medida de sua culpabilidade.

4 A ILEGALIDADE CONSTITUCIONAL DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

A ilegalidade dos crimes de perigo abstrato ainda é muito discutida na Doutrina, pela violação dos postulados constitucionais expostos, especialmente o princípio da legalidade, pois a descrição da conduta típica é inexata, sem a devida definição e, em razão disso, sua interpretação e aplicação ficam sujeitas à arbitrariedades.

Os crimes de perigo abstrato emergiram de uma necessidade preventiva para a tutela de certos bens jurídicos que poderiam ser tutelados por outros ramos do Direito, como o Civil, Administrativo etc., o que demonstra sua incompatibilidade com o princípio da intervenção mínima.

Igualmente, o princípio da presunção de inocência e o *in dubio pro reo*, são violados pelos crimes de perigo abstrato pois já se presume a culpabilidade sem sequer a ocorrência do perigo. A lesividade é afrontada pela mesma razão.

Entende Queiroz⁵⁷ que a objeção aos crimes de perigo abstrato decorrem justamente da inobservância do princípio da lesividade, pois a presunção se apresenta em posição anterior ao próprio crime e incide meramente pela desobediência da norma. Contudo, assevera o autor que:

[...] casos há em que o perigo de lesão é de tal modo grave que a sua criminalização se justifica plenamente, tal como ocorre com a falsificação de moeda, por exemplo, razão pela qual cumpre verificar cada caso concretamente, de modo a verificar se sua tipificação é ou não legítima.

⁵⁷ QUEIROZ, 2011, p. 166-167.

Já para Streck⁵⁸ somente a efetiva lesão ou sua possibilidade concreta e imediata é que justifica a intervenção penal do Estado sob pena de incorrer em responsabilidade objetiva pela violação dos postulados básicos do Estado Democrático de Direito. Segundo Gomes⁵⁹:

[...] a lei, em suma, não pode presumir fatos ou a culpabilidade. Não pode presumir, em consequência, o perigo, como algo inerente à conduta. A presunção legal de perigo, como sabemos, desobriga o acusador de demonstrar o perigo concretamente. É exatamente isso que conflita flagrantemente com a presunção de inocência, pois esta impõe o dever ao acusador de comprovar legalmente a culpabilidade [...]. Comprovar legalmente a culpabilidade significa demonstrar dentro do processo a existência de um fato lesivo ou perigoso para um bem jurídico e, ao mesmo tempo, que ele é atribuível ao seu agente.

Os crimes de perigo abstrato não se coadunam com a o caminho para o qual a nova ordem constitucional pretende encaminhar o Direito Penal e o legislador não deve se valer dessa perspectiva sempre que a necessidade e o anseio social assim o quiserem. Todavia, ante a necessidade da prevenção na sociedade de risco na qual estamos inseridos, evidencia-se que somente o caso concreto evidenciará a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato.

5 CONCLUSÃO

A fim de inserir a temática abordada em seu contexto normativo, iniciou-se a presente pesquisa pela exposição da evolução do Estado Democrático de Direito, com objetivo de ampliar o entendimento da presença onipresente dos princípios fundamentais constitucionais e da necessidade de sua observância na aplicação da legislação penal.

Assim, verifica-se que o Estado Constitucional surgiu como uma evolução, um aprimoramento do Estado de Direito, onde os princípios básicos tornam-se princípios constitucionais, de ordem superior, vinculante e indisponível, não apenas como norma jurídica de caráter superior formal, mas sim como postulado básico,

⁵⁸ STRECK, Lênio Luis. O crime de porte de arma à luz da principiologia constitucional e do controle de constitucionalidade: Três soluções à luz da hermenêutica. **Revista de Estudos Criminais do ITEC**, a. 1, n. 1, 2001, p.52.

único e fundamental de ordem formal e material, a fim de reger todas das demais disposições normativas. Nesse sentido, demonstrou-se que a Lei abriu espaço à Constituição e seus princípios como valores jurídicos supremos.

Demonstrou-se que a atuação estatal deve assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais, na medida em que somente por meio de um sistema jurídico de garantias e meios de controle da atuação estatal é que se torna possível a defesa dos direitos dos cidadãos. Desse modo, é possível concluir que o Direito Penal como é atualmente aplicado caminha no sentido contrário ao pretendido de *ultima ratio*.

A incompatibilidade dos crimes de perigo abstrato com a nova ordem constitucional de supremacia dos princípios constitucionais penais de igualdade, presunção de inocência, culpabilidade, intervenção mínima, lesividade, etc., motivo pelo qual a Doutrina penalista brasileira se divide entre sua constitucionalidade e inconstitucionalidade.

A crescente criminalidade não deve servir de justificativa única para o desvirtuamento do Direito Penal e dos seus postulados, dentro na seara Constitucional.

A liberdade, como bem fundamental e corolário da dignidade humana somente deve ser retirada do indivíduo quando outra solução não se apresente tanto para a ressocialização, quanto para a punição.

Nesse sentido, conclui-se que o Direito Penal, em razão da subsidiariedade da sua norma, deve pautar-se em um princípio maior, de valoração de bens jurídicos e de promoção da dignidade da pessoa humana, transpondo, pois, os limites impostos pelo anseio de recriminar.

O amadurecimento do Estado Democrático de Direito repousa, pois, na aplicação fragmentária e subsidiária do direito penal, mediante a valoração de bens jurídicos penais que merecem maior proteção jurídica quando ausente outro meio jurídico de garanti-lo. Assim, somente por meio de uma aplicação constitucionalista do Direito Penal é que se assegura a legitimidade do controle estatal penal.

Deve-se evitar, portanto, a aplicação de um Direito Penal reacionário e extremista, pautado em valores retrógrados e violentos, sem qualquer semelhança com os postulados trazidos pela Constituição Federal de 1998. O aumento das

⁵⁹ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.78.

penas e das sanções não resultará em diminuição da impunidade, mas no recrudescimento social.

Verificou-se que a legitimação do controle penal não está somente nos parâmetros impostos pela lei e pelos princípios do modelo sócio-jurídico vigente, mas sim na valoração dos bens jurídicos, bem como, na capacidade de proteger esses mesmos bens considerados essenciais para o desenvolvimento do indivíduo e da coletividade, impedindo efetivamente a repetição de condutas lesivas.

Portanto, a necessidade de criminalizar condutas deve sempre considerar o princípio da lesividade, da culpabilidade, da intervenção mínima e, acima de todos, a dignidade da pessoa humana, uma vez que o Estado Democrático de Direito não se coaduna com um Estado arbitrário fomentado por uma sociedade descontrolada e vingativa.

6 REFERÊNCIAS

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

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de Direito Penal**: parte geral. Vol. 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 61, p. 44-121, jul./ago. 2006.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848 de 07 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 26 fev. 2015.

_____. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 26 fev. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 fev. 2015.

_____. Lei 9.507 de 23 de setembro de 1997. **Código de Trânsito Brasileiro**. Disponível em: <www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/resolucao153_03.doc>. Acesso em: 25 fev. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1121671/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, quinta turma, julgado em 01/06/2010, DJe 21/06/2010. TURMA, julgado em 01/06/2010, DJe 21/06/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. HC 147.623/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, quinta turma, julgado em 09/03/2010, DJe 05/04/2010.

_____. Lei 10.826 de 22 de dezembro de 2003. **Estatuto do Desarmamento**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm>. Acesso em: 25 fev. 2015.

_____. STJ. **Superior Tribunal de Justiça**. RHC 21423/SP. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 2007/0130597-4. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Órgão Julgador: Quinta Turma. Data do Julgamento: 18/06/2009. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 28 fev. 2015.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. Curitiba: Juruá, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo e et al. **Teoria geral do processo**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradutores: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ, Denise Nóbrega. Crimes de perigo abstrato: A tutela de bens jurídicos supra-individuais no Direito Penal Moderno. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, a. 14, dez. 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. Niterói: Impetus, 2005.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Imputação objetiva**. São Paulo: Saraiva, 2000.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed., rev. e aum. Porto Alegre: Fabris, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Vol.1. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MONTANER, Luis Cosculluela. **Manual de Derecho Administrativo I**. 13. ed. Madrid: Civitas, 2002.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

OLMEDO, Clarita. Drecho Procesal. Vol. I. Buenos Aires: Depalma, 1989. In: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. Crimes de perigo abstrato. **Revista Jurídica**, n. 325, nov. 2004.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el Estado Constitucional de Derecho**. Madrid: Trotta, 1997.

PRADO, Luiz Régis, et al. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 1: parte geral. 13. ed. São Paulo: São Paulo, 2014.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal. Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROMERO, Diego. Reflexões sobre os Crimes de Perigo Abstrato. **Revista IOB Direito Penal e Processual Penal**, São Paulo, v. 39, p. 43-62, ago./set. 2006.

STRECK, Lênio Luis. O crime de porte de arma à luz da principiologia constitucional e do controle de constitucionalidade: três soluções à luz da hermenêutica. **Revista de Estudos Criminais do ITEC**, a. 1, n.1, 2001.

WUNDERLICH, Alexandre. Uma reflexão sobre os delitos de perigo abstrato ou presumido. **Revista Jurídica**, n.270, abr. 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, derechos, justicia. 4. ed. Madrid: Trotta, 2002.