Direito de Defesa: Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta

Talvez, de todos os debates acadêmicos da atualidade, o de maior repercussão concreta seja aquele a respeito da legitimidade, natureza e limites dos crimes de perigo abstrato. Esses tipos penais são distintos dos demais porque neles o legislador deixa de indicar qualquer resultado naturalístico, descrevendo apenas o comportamento penalmente relevante. Por isso, são chamados por alguns como *crimes de mera conduta.*

São de perigo abstrato o *tráfico de drogas, o porte de armas, a embriaguez ao volante* e tantos outros tipos penais cuja redação indica apenas a conduta, sem qualquer menção ao resultado.

Há quem diga que os tipos de *perigo abstrato* são inconstitucionais, vez que afrontam o principio da *lesividade,* pelo qual todo comportamento criminoso deve ofender um bem jurídico, seja pela lesão, seja pelo perigo concreto. A mera conduta não teria relevância penal.

No entanto, não parece adequado imprimir inconstitucionalidade ao crime de *perigo abstrato,* vez que a própria Constituição descreve um deles — o crime de *tráfico de drogas* — e prevê sua equiparação a *crime hediondo.* Por mais que a Carta Magna não descreva claramente no que consiste o *tráfico de drogas,* resta claro que determina a criminalização do comércio de substâncias entorpecentes, independentemente de seu resultado concreto sobre a saúde dos eventuais usuários.

Por outro lado, ainda que os crimes de *perigo abstrato* sejam constitucionais, devem ser interpretados sistematicamente, levando-se em consideração a orientação teleológica do Direito Penal. Por isso, ainda que o tipo penal descreva a *mera conduta,* cabe ao intérprete — em especial ao juiz — a constatação de que o comportamento não é inócuo para afetar o bem juridico tutelado pela norma penal. Em outras palavras, não basta a mera ação descrita na lei, faz-se necessária a verificação da *periculosidade* da conduta, sua capacidade — mesmo que em abstrato — de colocar em perigo bens jurídicos.

Essa parece ser a única interpretação coerente com o texto constitucional — que admite os crimes de *perigo abstrato* — e com a consagração da ideia de que o Direito Penal tem como norte a *exclusiva proteção de bens jurídicos.* Do contrário, teremos o *Direito Penal de autor,* que pune comportamentos sem qualquer potencialidade de causar resultados lesivos com a justificativa única de que revelam a *periculosidade*

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

do agente.

Compreender que mesmo comportamentos inócuos são penalmente relevantes — se descritos nos tipos de *perigo abstrato* — conflita com o próprio Código Penal, que determina a impunidade do *crime impossível*, condutas sem possibilidade de afetar o bem juridico, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto (Código Penal, artigo 17).

Em outras palavras, os crimes de *perigo abstrato* são legítimos e constitucionais, desde que o magistrado se certifique de que, no caso concreto, aquele comportamento específico tinha *potencialidade* para lesionar ou colocar em risco o bem jurídico protegido pela norma penal, que não era *absolutamente inócuo.*

É o que sustenta parte da doutrina. Meyer aponta que a materialidade dos delitos de perigo abstrato reside na *periculosidade* da ação, e propõe até a substituição de sua denominação, que passariam a ser designados como tipos de *periculosidade*. Silva Sánchez também rechaça a caracterização dos delitos de perigo abstrato como delitos de perigo presumido.[1] Esse autor exige a verificação da *periculosidade de conduta* para a caracterização dos tipos em análise. Da mesma forma entendem inúmeros outros autores [2].

Na prática, essa postura se traduz em afastar a tipicidade em diversas situações, como nos casos de *rádios comunitárias* sem potência capaz de afetar a segurança dos transportes (bem jurídico protegido pela norma), e de *porte de arma* sem capacidade de funcionamento ou sem munição adequada, dentre muitos outros.

Os tribunais pátrios não adotam a posição esposada, mas em alguns julgados se nota a busca por alguma *materialidade* nos crimes de *perigo abstrato*, de algo que vá *mais além* da mera conduta, indicando uma possível e futura mudança de postura.

Não foi outra a interpretação do STJ que, em julgado recente, absolveu réu acusado de porte ilegal de munição, reconhecendo que o uso desse artefato, sem a arma, não tem *potencialidade* para violar o bem jurídico protegido pela norma, qual seja a segurança e a integridade dos demais membros da sociedade. Embora parte dos ministros tenha afastado a tipicidade por entender que o porte de munição seria *crime de perigo concreto*, parece acertada a posição do relator do caso, que caracterizou o crime como de *perigo abstrato* e ainda assim constatou a falta de materialidade por ausência de *periculosidade* para o bem juridico (STJ, HC 194.468, j.17/04/12).

Nesse sentido também entendeu o mesmo STJ em caso de *porte de arma desmuniciada* com munição próxima incompatível com aquele artefato. Nesse caso, o relator indicou expressamente que: "tratando-se de crime de porte de arma de fogo, faz-se necessária a comprovação da potencialidade do instrumento, já que o princípio da ofensividade em Direito Penal exige um mínimo de perigo concreto ao bem jurídico tutelado pela norma, não bastando a simples indicação de perigo abstrato." (STJ, HC 118.773 e AgRg no REsp 998.993-RS).

Em síntese, o crime de *perigo abstrato* não é de *mera conduta*, mas exige uma *materialidade*, um *desvalor de resultado*, consubstanciada na *periculosidade* do comportamento — que não se confunde

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

com a exigência de lesão nem de perigo concreto. O reconhecimento dessa *materialidade* é a única forma de compatibilizar a técnica legislativa de descrição de uma *mera conduta típica* com o princípio de exclusiva proteção aos bens jurídicos, consagrado pela dogmática penal.

[1] SILVA SÁNCHEZ, *A expansão do direito penal*, *passim*.

[2] Citados em BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princpio da precaução na sociedade de risco.* São Paulo, RT, 2008: MEYER, *Gefährlichkeitsdelikte*, p. 355 e ss., *apud* MENDOZA BUERGO, *Límites*, p. 313, e RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro*, p. 346, TERRADILLOS BASOCO, *Peligro abstracto*, p. 799, JIMÉNEZ DE ASÚA – para quem os delitos de perigo abstrato se materializam *cuando el delito, como tal, representa la específica puesta en peligro de bienes jurídicos, pero la penalidad es indiferente de que se demuestre en el caso concreto la especial situacion de peligro*, e os delitos de desobediência devem ser afastadas do campo penal por constituírem meras transgressões regulamentárias, *apud* AGUIRRE OBARRIO, Segundo paseo con el peligro, p. 78 – QUINTERO OLIVARES, I reati di pericolo, p. 353.

Date Created
29/05/2012

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.