

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

CAMILA FREITAS DA FONSECA

**BREVES COMENTÁRIOS SOBRE OS PRINCÍPIOS DE DIREITO
PENAL. UMA VISÃO CONSTITUCIONAL DO TRATAMENTO PENAL
DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO.**

VOLTA REDONDA

2018

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

**BREVES COMENTÁRIOS SOBRE OS PRINCÍPIOS DE DIREITO
PENAL. UMA VISÃO CONSTITUCIONAL DO TRATAMENTO PENAL
DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO.**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do UniFOA como requisito à
obtenção do título de bacharel em Direito.

Aluno:

Camila Freitas da Fonseca

Orientador:

Prof. Ricardo Fernandes Maia

VOLTA REDONDA

2018



FOLHA DE APROVAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso intitulado:

Breve comentário sobre os princípios de Direito Penal: uma visão constitucional do tratamento penal dos crimes de perigo abstracto

Elaborado por Camilla de Freitas Lourenço apresentado publicamente perante a Banca Avaliadora, como parte dos requisitos para conclusão do Curso de Direito.

Aprovada em 05 de 11 de 18

Banca Avaliadora:

Professor Orientador - Unifoa

Professor Avaliador - Unifoa

Professor Avaliador - Unifoa

Dedico essa monografia primeiramente a Deus, pois sem Ele não teria sido possível chegar até aqui. Dedico, ainda, aos meus pais, os quais foram meu suporte e proporcionaram a realização desse sonho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus e aos meus pais por todo apoio e sustentação proporcionados a mim desde o início e, sem dúvidas, até o fim. Ao professor Ricardo Fernandes Maia, pela orientação e incentivo que tornaram possível a conclusão desta monografia, apesar de todas as dificuldades, e aos demais professores do UniFOA, pelos valiosos conhecimentos transmitidos. Por fim, agradeço aos meus amigos e ao meu namorado, que estiveram ao meu lado em todos os momentos, inclusive e principalmente nos mais difíceis. Afinal, sozinha nada disso seria possível, por isso, obrigada por tudo.

RESUMO

Os princípios constitucionais são de extrema relevância dentro do ordenamento jurídico brasileiro, servindo como pilares das normas, norteando-as de modo a garantir os direitos de todos os indivíduos dentro da sociedade. O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a importância dos princípios constitucionais do Direito Penal, expondo suas características e efeitos jurídicos nas condutas descritas como típicas pelo Código Penal de 1940, vigente na legislação atual. A monografia tem como escopo apresentar os reflexos de tais princípios, especificamente do princípio da ofensividade, nos crimes de perigo abstrato, expondo as definições de ambos para, por fim, esclarecer quaisquer conflitos que possam existir para a aplicação conjunta destes nos casos concretos. Busca-se, portanto, solucionar a problemática envolvendo a possível afronta à Constituição Federal de 1988 na aplicação dos crimes de perigo abstrato, em frente ao princípio da ofensividade, utilizando-se de exemplos jurisprudenciais, bem como demonstrações na forma da lei que é possível harmonizar os institutos, prezando sempre pelo respeito às garantias e direitos fundamentais de todos os cidadãos.

Palavras-chave: Direito Penal; Princípios Constitucionais; Crimes de Perigo Abstrato; Princípio da Ofensividade.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL.....	9
2.1 Princípio da Humanidade.....	10
2.2 Princípio da Legalidade.....	11
2.3 Princípio da Anterioridade da Lei.....	17
2.4 Princípio da Irretroatividade	18
2.5 Princípio da Ofensividade – “ <i>nullum crimen sine injuria</i> ”	19
2.6 Princípio da Adequação Social.....	22
2.7 Princípio da Intervenção Mínima e da Fragmentariedade.....	24
2.8 Princípio da Insignificância	25
2.9 Princípio da Igualdade e da Proporcionalidade da Pena	27
2.10 Princípio “ <i>bis in idem</i> ”	28
3 TEORIA DO CRIME E OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO	29
3.1 Do Crime.....	29
3.1.1 Conceito.....	29
3.1.2 Elementos do Crime... ..	31
3.1.2.1 Fato Típico.....	31
3.1.2.2 Illicitude... ..	37
3.1.2.3 Culpabilidade... ..	38
3.2 Crimes de Perigo Abstrato.....	40
3.2.1 Conceito.....	40
3.2.2 Crimes de Perigo: Abstrato <i>versus</i> Concreto	40
3.2.3 Porte Ilegal de Munição.....	41
3.2.4 Porte Irregular e Ilegal de Arma de Fogo.....	44
3.2.5 Embriaguez ao Volante... ..	47
3.2.6 Posse de Drogas ou Entorpecentes.....	50
3.2.7 Tráfico de Drogas ou Entorpecentes... ..	53
4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO FACE AO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE.....	55
5 CONCLUSÃO	60
6 REFERÊNCIAS.....	62

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo abordar a importância dos princípios no Direito Penal, haja vista que, indubitavelmente, estes surgem como norteadores de todo o ordenamento jurídico, respaldando-se, implicitamente ou explicitamente, na Lei Maior. O trabalho de conclusão de curso visa, ainda, detalhar o tratamento penal dado aos crimes de perigo abstrato, sob o prisma constitucional dos princípios que serão inicialmente abordados.

Desta maneira, o segundo capítulo da monografia visa, justamente, elucidar acerca dos relevantes princípios constitucionais do direito penal, elencando a importância de cada um deles dentro do Direito Penal, bem como expondo suas características peculiares e a utilização destes na jurisprudência e doutrina majoritária.

O terceiro capítulo vem, inicialmente, tratar acerca dos crimes, ilustrando seus elementos e características peculiares, para, posteriormente, delimitá-los em crimes de perigo abstrato, abordando sua importância para o Direito Penal concomitantemente à apresentação de exemplos para clarear a questão.

Por fim, o último capítulo do presente estudo objetiva demonstrar a problemática no que tange aos crimes de perigo abstrato, face ao princípio da ofensividade, pois o último defende a não tipificação de crimes característicos como os de perigo abstrato, propiciando um conflito e gerando posicionamentos sobre a possível inconstitucionalidade dos supramencionados crimes.

Sendo o presente trabalho elaborado através de análises jurisprudenciais, doutrinárias, artigos jurídicos e consulta à Constituição Federal, Leis Ordinárias e Federais, Decretos e Resoluções.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO PENAL

Inicialmente, fundamental é traçar acerca da conceituação dada aos princípios constitucionais, bem como sua importância dentro do ordenamento jurídico, mais especificamente, dentro do Direito Penal.

Nas palavras de Canotilho *apud* Lenza, “as normas do sistema tanto podem revelar-se sob a forma de princípios como sob a sua forma de regras” (2014, p. 161).

É notório dizer que o um sistema jurídico não pode ser composto somente só por princípios ou somente por regras, mas sim, vê-se necessária a presença de ambos, para ser atingido o equilíbrio e a almejada efetivação da justiça.

Sem os princípios, o sistema tornar-se-ia demasiadamente rígido, ao passo que, sem as regras, ele seria demasiadamente flexível. Desta forma, um não é mais necessário ou importante que o outro, sendo ambos essenciais dentro do ordenamento jurídico, e devendo ser analisada cada peculiaridade dos casos concretos, a fim da justa aplicação.

Conforme elucida Ávila *apud* Lenza:

A interpretação e a aplicação de princípios e regras dar-se-ão com base nos postulados normativos inespecíficos, quais sejam, a ponderação (atribuindo-se pesos), a concordância prática e a proibição de excesso (garantindo a manutenção de um mínimo de eficácia dos direitos fundamentais), e específicos, destacando-se o postulado da igualdade, da razoabilidade e o da proporcionalidade (2014, p. 161).

Para Capez, “os princípios constitucionais e as garantias individuais devem atuar como balizas para a correta interpretação e a justa aplicação das normas penais [...]” (2012, p. 27).

Assim, as regras são relatos descritivos das condutas, sendo a sua aplicação “tudo ou nada”, e somente não incidirá caso o fato típico contido na norma não exista ou houver outra norma mais específica que norteie a situação, ou, ainda, caso tal norma não esteja em vigor (LENZA, 2014).

No que tange aos princípios, estes dão os relatos de forma mais abstrata, sem descrever a conduta, tendo em vista que é necessária a análise da especificidade de

cada caso concreto. Diferentemente das regras, a aplicação dos princípios não se baseia no “tudo ou nada”, mas sim nas circunstâncias representadas pelas normas ou situações de fato (LENZA, 2014).

Desta forma, percebe-se que os princípios são de extrema relevância dentro do ordenamento jurídico brasileiro, norteados todo o sistema, de forma que atuam em conjunto com os regramentos nele incluídos, de forma a melhorar e efetivar os direitos e garantias individuais de todos, sempre observando cada caso concreto.

2.1 Princípio da Humanidade

O princípio da humanidade prevê a necessidade de o réu ser tratado com dignidade, como pessoa humana. Tal princípio encontra-se elencado em vários dispositivos da Constituição Federal de 1988, quais sejam: art 1º, III; art. 5º, III, XLVI e XLVII. Este deve ser observado durante todo o processo penal, inclusive na execução da pena, sendo vedadas quaisquer sanções degradantes (JESUS, 2012).

A tortura, tratamento desumano, proibição de pena de morte, da prisão perpétua, de trabalhos forçados, das penas cruéis são exemplos de sanções vedadas pela Constituição, a fim de respeitar a humanidade do agente. Da mesma forma, preza-se pelo respeito ao preso (art. 5º, XLVIII, XLIX e L), bem como pelas normas disciplinadoras da prisão processual (CAPEZ, 2012).

O Direito Penal, à luz desse princípio, deve pautar-se pela benevolência, a fim de garantir o bem-estar coletivo, inclusive daqueles acusados penalmente ou, ainda, condenados. O fato de o agente ter infringido a norma penal não é embasamento suficiente para excluí-lo da sociedade e tratá-lo como não fosse um ser humano (NUCCI, 2012).

Ademais, no que tange a circunstância de que a pena não pode passar do agente da conduta, esta se dá em decorrência do princípio da humanidade. Ressalva-se, contudo, as hipóteses onde há efeitos extrapenais, por exemplo, quando se conta com a existência de ressarcimento de danos em esfera cível (CAPEZ, 2012).

2.2 Princípio da Legalidade

Tal princípio é tão essencial quanto evidente no Direito Penal, posto que a pretensão punitiva Estatal de reprimir os delitos decorre da lei penal, a qual tipifica os mesmos, apontando as infrações e suas consequentes sanções.

Da mesma forma, a lei penal ampara o cidadão no sentido que este não poderá ser punido pelas ações ou omissões que não estiverem descritas expressamente no texto legal, a fim de evitar abusos por repressões exageradas do Estado.

Evidencia-se, assim, o brocardo “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, não há crime sem lei que o defina, que se encontra disposto no art. 1º do Código Penal Brasileiro: “*art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.*”

Neste sentido, o Estado de Direito e o Princípio da Legalidade estão estritamente interligados, pois no Estado de Direito o poder absoluto do governante não deve existir, posto que a lei vem trazer a subordinação de todos (GRECO, 2012).

Nota-se, portanto que:

O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obras da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranquilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *lebigus solutus*¹ e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas (BONAVIDES *apud* GRECO, 2012, p. 93).

Tal circunstância ganhou força com a teoria de Binding², segundo a qual as normas penais incriminadoras não são proibitivas, mas descritivas. Logo, quem

¹ Legislador absoluto.

² Segundo Binding, a lei tem caráter descritivo da conduta ilícita, ao passo que a norma contida nessa lei possui caráter proibitivo ou mandamental. Isto posto, o agente infrator não age contra a lei, pois pratica o que ali está contido, ele age contra a norma penal dentro da referida lei (GRECO, 2012).

Em relação à norma jurídica e lei, destaca-se: são conceitos diversos. A primeira vem a ser o *prius* lógico da lei, sendo esta o revestimento formal daquela (PRADO *apud* GRECO, 2012, p. 18).

pratica um crime não age contra a lei, mas de acordo com esta, pois os delitos encontram-se detalhadamente descritos na letra da lei, sendo devidamente tipificados (CAPEZ, 2012).

Neste sentido, a teoria da tipicidade também foi fundamental para o princípio da legalidade, uma vez que o mesmo ganhou técnica. Denomina-se típico o fato que se amolda à conduta criminosa descrita pelo legislador. Além disso, é necessário que o tipo penal (conjunto de elementos descritivos do crime contido na lei) tenha sido definido antes da prática delituosa, circunstância que remete ao princípio da anterioridade da lei penal, também contido no art. 1º do Código Penal Vigente, e que será elucidado mais adiante (JESUS, 2012).

Desta forma, resta à lei a tarefa de definir e não proibir o crime, de modo que o agente terá prévio e integral conhecimento das consequências penais da prática delituosa, evitando, assim, qualquer invasão arbitrária em seu direito de liberdade (CAPEZ, 2012).

O princípio da legalidade constitui garantia constitucional fundamental do indivíduo, porquanto assegura sua liberdade nos limites da lei, sendo possível agir como quiser, porém somente do modo como a lei assim permitir. Além da liberdade, garante-se a segurança, visto que seria caótica a possibilidade de punir quaisquer atos ainda não descritos como incriminadores (JESUS, 2012).

As funções fundamentais deste princípio são:

A proibição da retroatividade da lei penal – *nullum crimen nulla poena sine lege praevia*;
A proibição da criação de crimes e penas pelos costumes – *nullum crimen nulla poena sine lege scripta*;
A proibição do emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas – *nullum crimen nulla poena sine lege stricta*;
A proibição de incriminações vagas e indeterminadas - *nullum crimen nulla poena sine lege certa* (GRECO, 2012, p. 96).

Sendo assim, o princípio da legalidade corresponde à necessidade e aspiração do homem de possuir proteção contra quaisquer tipos de tirania daqueles que detém o poder punitivo, o que lhe garante sua convivência na sociedade sem a perda da sua liberdade, com exceção dos casos impostos pela lei (CAPEZ, 2012).

Em resumo, o princípio da legalidade, sob o ponto de vista político, é interpretado como uma forma de evitar abusos do Estado; por outro lado, sob o ponto de vista jurídico, no sentido amplo, interpreta-se que ninguém é obrigado a fazer ou não fazer algo a menos que a lei assim estipule, conforme disposto no art. 5º, inciso II da CF/88. Já no sentido estrito, a interpretação se dá no sentido de que não há crime sem lei (NUCCI, 2012).

Nenhuma fonte diversa da lei é capaz de gerar normas penais, pelo que a imposição de sanções e descrições de tipos penais só é possível com o devido procedimento Legislativo da criação da lei (CAPEZ, 2012).

Portanto, frisa-se a impossibilidade de Medidas Provisórias disporem sobre matéria penal, haja vista que não são leis, somente possuem força de lei, razão pela qual perdem a eficácia caso não sejam convertidas em lei, conforme art. 62 e seu § 3º da CF/88 (CAPEZ, 2012).

Desta forma, a Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, trouxe para o art. 62, § 1º, I, *b*, da Constituição Federal de 1988, uma vedação material explícita acerca da edição de medida provisória sobre matérias de direito penal e processo penal (CAPEZ, 2012).

Evidencia-se a constitucionalidade do princípio da legalidade, portanto, na importância da criação de tipos e sanções penais, posto que, os últimos só podem ser criados por lei, bem como a pretensão punitiva estatal só deve ser exercida nos limites desta lei.

Todavia, ainda sobre as Medidas Provisórias, leciona Capez:

Ora, se a medida provisória veicular matéria benéfica ao acusado, não se justificam as restrições materiais trazidas pela norma constitucional, depois da sua conversão em lei. Antes da conversão é ineficaz, mas depois, pode projetar efeitos na órbita jurídica. Assim, se, por exemplo, for editada uma medida provisória estabelecendo novas causas de diminuição de pena ou hipóteses de perdão judicial para participantes de organizações criminosas que as delatarem às autoridades, tema, inequivocamente, relevante e urgente, não se poderá cogitar de inconstitucionalidade. Embora se trate de matéria penal, não há que se falar em ofensa à reserva legal, pois a norma não está definindo novos crimes, nem restringindo direitos individuais ou prejudicando, de qualquer modo, a situação do réu (CAPEZ, 2012, p. 61).

Já em relação às leis delegadas, as mesmas, da semelhante forma, não podem dispor sobre matéria penal, uma vez que a CF/88, em seu art. 68 § 1º, II, determina que não serão objeto de lei delegada os direitos individuais, e nestes, estão inseridos os da esfera penal (CAPEZ, 2012).

Tal princípio tem extrema importância no Direito, mas, principalmente no Direito Penal, pois este atua, em consonância com a dignidade humana a qual faz jus todos os indivíduos da sociedade, influenciando diretamente na segurança e liberdade do cidadão.

A legalidade propicia a restrição não só do abuso da autoridade dos governantes ao exercer a pretensão punitiva a qual goza o Estado, mas também a restrição ao legislar matérias de conteúdo penal. Ao afunilar a possibilidade de legislar acerca de tal conteúdo, torna-se restringe também o abuso de poder e as injustiças advindas de uma possível imparcialidade na elaboração das leis.

Interessante mencionar que, no que tange à história do referido princípio, este passou a ter sua descrição precisa na Declaração dos Direitos do Homem na Revolução Francesa, de 26/8/1789, em seu art. 8º, nos seguintes termos: *“Ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada”*, passando a figurar nas Constituições Francesas de 1791 e 1793, posteriormente instalando-se nas Constituições de demais países (JESUS, 2012).

Todavia, o princípio da legalidade aparece pela primeira vez na *Magna Charta Libertatum*, documento de cunho libertário imposto ao rei João Sem Terra, no ano de 1215, trazendo em seu art. 39 a previsão de que nenhum homem livre poderia ser submetido a pena não prevista em lei local. Constou também da Constituição Carolina germânica de 1532 (CAPEZ, 2012).

Com a Teoria do Contrato Social, de Rousseau, em 1762, o princípio da legalidade teve um grande impulso, onde o cidadão deveria aceitar sair de seu estado natural e celebrar um pacto para viver em sociedade, caso tivesse garantias mínimas

contra o arbítrio, dentre as quais a de não sofrer punição, salvo nas hipóteses previamente elencadas em regras gerais, objetivas e impessoais (CAPEZ, 2012).

Além disso, na consagrada obra “Dos delitos e das penas”, de Beccaria, em 1764, o Autor expôs: “só as leis podem decretar as penas dos delitos e esta autoridade deve residir no legislador, que representa toda a sociedade unida pelo contrato social” (CAPEZ, 2012).

Observa-se o princípio da legalidade como norma penal e garantia constitucional desde a Constituição de 1824, inclusive inspirada na Revolução Francesa, a qual elencava: “ninguém será sentenciado senão por autoridade competente, por virtude de lei anterior, e na forma por ela prescrita”. Tal disposição foi reproduzida nas Constituições seguintes, com algumas modificações, estando disposta no art. 5.º, XXXIX da Constituição Brasileira Vigente (JESUS, 2012).

Assim como o princípio em apreço está disposto desde as primeiras Constituições redigidas, o mesmo ocorre com os Códigos Criminais. Em seu art. 1º, no Código Penal de 1830, declarava-se que “não haverá crime ou delito sem nenhuma lei anterior, que o qualifique”. E, ainda, o art. 33 dispunha:

Nenhum crime será punido com penas que não estejam estabelecidas nas leis, nem com mais, ou menos, daquelas que estiverem decretadas para punir o crime no grau máximo, médio, ou mínimo, salvo o caso em que aos juizes se permitir arbítrio (BRASIL, 1830).

Já o Código de 1890, também em seu artigo 1º, elencava:

Ninguém poderá ser punido por fato que não tenha sido anteriormente qualificado crime, e nem com penas que não estejam previamente estabelecidas. A interpretação extensiva por analogia ou paridade não é admissível para qualificar crimes, ou aplicar-lhes penas (BRASIL, 1890).

Assim, no Código Penal Vigente, tal disposição da legalidade também se encontra em seu artigo 1º, como nos Códigos anteriores, embasando o princípio e demonstrando sua importância primordial dentro do Direito Penal.

A mera legalidade, na atualidade, não é algo com o que se possa contentar, pois nem todo tipo penal obedece a taxatividade, a descrição precisa da formulação

legal. Deve-se sustentar a estrita legalidade, onde o crime, além de estar previsto na lei, o mesmo é descrito detalhadamente para que não haja dúvidas ou questionamentos, bem como seja possível vislumbrar o dolo ou culpa do agente, e o bem jurídico tutelado lesado em questão (NUCCI, 2012).

Parte da doutrina entende que princípio da legalidade e reserva legal nada mais são que sinônimos, todavia, nas palavras de Fernando Capez, o princípio da legalidade abrange a reserva legal, não sendo, portanto, sinônimos.

Neste sentido:

Pensamos que princípio da legalidade é gênero que compreende duas espécies: reserva legal e anterioridade da lei penal. Com efeito, o princípio da legalidade corresponde aos enunciados dos arts. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e 1º do Código Penal (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”) e contém, nele embutidos, dois princípios diferentes: o da reserva legal, reservando para o estrito campo da lei a existência do crime e sua correspondente pena (não há crime sem lei que o defina, nem pena sem cominação legal), e o da anterioridade, exigindo que a lei esteja em vigor no momento da prática da infração penal (lei *anterior* e *prévia* cominação). Assim, a regra do art. 1º, denominada princípio da legalidade, compreende os princípios da reserva legal e da anterioridade (CAPEZ, 2012, p. 58).

Além disso, parte da doutrina entende que tal distinção existe porque, se fosse falado somente em princípio da legalidade, e não reserva legal, estaria sendo permitida a adoção de quaisquer diplomas dispostos no art. 59 da CF/88 para a legislação em matéria penal, contudo, ao diferenciar, e delimitar o princípio em reserva legal, a criação legislativa no Direito Penal é restringida às leis ordinárias e leis complementares (GRECO, 2012).

Sendo assim, a legislação em matéria penal só pode ser permitida por meio das leis complementares e ordinárias (as quais são a regra geral), mesmo quando se trata do princípio da legalidade, somente (GRECO, 2012)

Evidencia-se que, de qualquer maneira, seja delimitando a reserva legal, seja abrangendo a mesma dentro do princípio da legalidade, tal permissão restritiva acerca de legislar matérias de conteúdo penal se manterá inalterada, portanto, não há necessidade da distinção, pois o objeto desta será alcançado de uma forma, ou de outra.

2.3 Princípio Anterioridade da Lei

O Princípio da Anterioridade da Lei Penal está elencado no artigo 1º do Código Penal, como abordado no tópico anterior, bem como no art. 5.º, XXXIX da CF/88, o qual determina que não haverá crime sem lei anterior que o descreva como tal (BRASIL, 1940).

Esse princípio encontra-se em consonância com o estudado previamente, e não somente pelo fato de ambos estarem dispostos juntos em um mesmo artigo no Código Penal, mas também pelo fato que, para parte da doutrina, o princípio da legalidade abrange o princípio da anterioridade, posto que o crime, além de precisar estar descrito na lei, essa mesma lei deve ser anterior ao fato ilícito.

Desta forma, entende Capez que “princípio da legalidade é gênero que compreende duas espécies: reserva legal e anterioridade da lei penal” (CAPEZ, 2012, p.57).

Sendo assim, para que haja crime e seja imposta pena, é preciso que o ato infracional cometido pelo agente tenha sido após a lei penal entrar em vigor (JESUS, 2012).

A anterioridade da lei penal tem como um dos seus efeitos a irretroatividade, haja vista que não existe a possibilidade da lei atingir fatos passados, porquanto estipula que a mesma deve ser anterior ao fato típico e ilícito.

Vale ressaltar que a retroatividade não pode ocorrer não só em relação às sanções penais, mas sim a qualquer norma de natureza penal. Via de regra, qualquer norma possa criar, extinguir, aumentar ou reduzir a satisfação do direito punitivo Estatal deve ser considerada de natureza penal (CAPEZ, 2012).

Certo é que de nada adiantaria adotar-se o princípio da legalidade sem a correspondente anterioridade, haja vista que a criação de uma lei, após a conduta, tornar-se-ia inútil para a segurança jurídica que a norma penal deve proporcionar a todos os indivíduos do corpo social (NUCCI, 2012).

Isto posto, “dado o princípio da reserva legal, a relação jurídica é definida pela lei vigente à data do fato: *tempus regit actum*” (CERNICCHIARO apud CAPEZ, 2012).

2.4 Princípio da Irretroatividade

O princípio da irretroatividade da lei penal está disposto no art. 2º do Código Penal, *in verbis*:

Art. 2º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único. A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado (BRASIL, 1940).

Do mesmo modo, encontra-se também disposição legal para a irretroatividade na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, XL, o qual estabelece que a lei só irá retroagir quando esta for benéfica ao acusado (BRASIL, 1988).

Diante disto, conclui-se que, via de regra, a lei penal não pode retroagir, contudo, caso a mesma for benéfica ao agente, tal irretroatividade pode ser possível, excepcionando assim o princípio ora abordado.

A exceção para a irretroatividade da lei penal, portanto, é extra-atividade da mesma, uma vez que caso a norma seja benéfica ao agente, ela poderá ser aplicada. Se caso o fato cometido seja anterior à norma penal posterior mais benéfica, esta irá retroagir em benefício do agente: “*novatio legis in melius*” (CAPEZ, 2012).

Há, ainda, a possibilidade da existência de norma mais benéfica ao acusado que já tenha sido revogada, porém, na época do ato criminoso ainda estava vigente, ocorrendo, assim, a ultra-atividade da lei penal revogada.

Por outro lado, quando a lei posterior for prejudicial para a situação do agente (“*novatio legis in pejus*”), esta não é aplicada, ocorrendo a irretroatividade. Nesse caso a *lex mitior* (lei melhor) é a lei anterior (CAPEZ, 2012).

Tal irretroatividade é restritiva às normas de caráter penal, não sendo aplicada para aquelas de caráter processual penal. Conforme o art. 2º do Código de Processo

Penal, a norma de caráter processual terá incidência imediata a todos os processos em andamento, frisando-se que não importa se o crime foi cometido antes ou após sua entrada em vigor ou se a referida norma é mais benéfica ou não ao agente. Em caso de norma processual penal, o que importa é que o processo esteja em andamento, aplicando-se a regra, mesmo que o crime lhe seja anterior e a situação do acusado seja agravada (CAPEZ, 2012).

Norma processual é aquela cujos efeitos repercutem diretamente sobre o processo, não tendo relação com o direito punitivo Estatal. Já a norma de caráter penal é relativa ao direito penal material, versando sobre o *jus puniendi* do Estado (CAPEZ, 2012).

2.5 Princípio Da Ofensividade – “*Nullum Crimen Sine Injuria*”

Este princípio expõe a necessidade de que o Direito Penal só deve ser aplicado quando a conduta infratora ofenda um bem jurídico, não cabendo a justificativa de sua condenação criminal, caso a conduta seja somente imoral, por exemplo (JESUS, 2012).

O princípio da ofensividade pode ser encontrado na Constituição Federal de 1988, onde são disciplinados os crimes de menor potencial ofensivo³, *in verbis*:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;
[...] (BRASIL, 1988).

Parte da doutrina entende que, para que o crime exista, materialmente falando, é necessário que a conduta – ou a omissão – do agente infrator produza uma lesão

³ Para o julgamento das referidas causas, surgem os juizados especiais cíveis e criminais, instituídos pela Lei nº 9.099 de 26/09/1995, bem como dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, advindo da Lei nº 11.340, de 07 de março de 2006, a Lei Maria da Penha (RESTANI, 2018).

efetiva ou um perigo real ao bem jurídico tutelado. Sendo assim, não há crime quando a conduta em questão não houver provocado uma lesão de fato ou ameaça concreta ao bem jurídico (*nullum crimen sine injuria*) (JESUS, 2012).

Uma das vertentes desse princípio pode ser expressa pelo brocardo *cogitationis poenam nemo patitur*, o que significa dizer que ninguém pode ser punido por aquilo que pensa ou sequer por seus sentimentos pessoais, visto que se os mesmos não forem exteriorizados e não produzirem lesão efetiva, não cabe a condenação ao íntimo do indivíduo (GRECO, 2014).

Caso contrário, a punição de algum ilícito que não foi exteriorizado representa grave ameaça ao indivíduo, haja vista que tal fato seria decorrente de uma ação demasiadamente intervencionista do Estado, pois a conduta infratora não entrou em sua fase executória, permanecendo no interior e, portanto, não gerando quaisquer lesões ao bem jurídico (CAPEZ, 2012).

Nota-se a ligação entre o princípio ora estudado com o princípio da intervenção mínima, porquanto o último visa restringir o legislador, justamente a fim de evitar tipificações injustas ou cruéis, só devendo haver a intervenção do Estado, por meio do Direito Penal, em último caso, quando outros ramos do Direito não tiverem obtido sucesso ao combate da conduta delituosa (JESUS, 2012).

Ou seja, os princípios da intervenção mínima e da lesividade são como faces de uma mesma moeda (GRECO, 2014).

Isso ocorre porque, o primeiro busca evitar a intervenção do Direito Penal, sendo esta somente em último caso, e o segundo, por sua vez, existe a fim de limitar as condutas ilícitas, tipificando-as corretamente para que o legislador saiba o momento de aplicar o Direito e, ainda, não cometa excessos (GRECO, 2014).

Neste sentido:

As proibições penais somente se justificam quando se referem a condutas que afetem gravemente a direitos de terceiros; como consequência, não podem ser concebidas como respostas puramente éticas aos problemas que se apresentam senão como mecanismos de uso inevitável para que sejam assegurados os pactos que sustentam o ordenamento normativo, quando não

existe outro modo de resolver o conflito (SARRULE *apud* GRECO, 2014, p. 51).

A origem do princípio da ofensividade reside no período iluminista, que, por intermédio do movimento de secularização procurou desfazer a confusão que havia entre o direito e a moral, possui quatro principais funções, quais sejam:

1. Proibir a incriminação de uma atitude interna;
2. Proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor;
3. Proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais;
4. Proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico (BATISTA, 2007, p. 92-94).

A função principal do princípio em apreço é de delimitar o direito penal do bem jurídico, de modo que sua tarefa não seja proteger a ética, a moral e os bons costumes, valores culturais etc., e sim se destinando à tutelar os bens jurídicos, visto como um conjunto de normas que tem como este seu objetivo (GOMES, 2002).

Portanto, a limitação da pretensão punitiva estatal é o objetivo do princípio da ofensividade, não podendo haver proibição penal sem um conteúdo ofensivo a bens jurídicos. Sendo assim, somente restará justificada a intervenção do Direito Penal quando houver risco real ao bem tutelado, circunstância que esclarece novamente a ligação deste princípio com o da intervenção mínima. Sem afetar o bem jurídico não há infração penal (CAPEZ, 2012).

Entretanto, tal princípio está em discussão no Brasil, no que tange à possibilidade ou não de tipificação de crimes de perigo abstrato (CAPEZ, 2012).

Discutia-se acerca da validade do art. 16 da Lei nº 6.368/76, que proibia o uso de substância entorpecente. O referido dispositivo encontrava-se em clara oposição com o princípio da ofensividade e às mais atuais recomendações político-criminais (BATISTA, 2007).

Ainda após a edição da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a discussão persistiu. Tal fato decorre porque o art. 28 da supramencionada lei ainda incrimina a conduta de consumir drogas, havendo somente uma descarcerização da conduta, uma vez que o novo tipo penal não prevê qualquer pena privativa de liberdade do

usuário, pelo contrário, proíbe a sua prisão em flagrante conforme art. 48 § 2^o da Lei Antidrogas (GRECO, 2014).

Dessa forma, percebe-se que a proibição de porte de drogas para consumo pessoal, em quantidade e forma que não lesione nenhum bem jurídico alheio fere o princípio da ofensividade, uma vez que não acarreta lesão efetiva a quaisquer bens de terceiros protegidos pelo Estado (GRECO, 2014).

Desta forma, como prevenção, como forma de evitar ameaça de lesão, existem os crimes de perigo, nos quais basta o perigo de lesão ao bem jurídico para a consumação do crime; esses, entretanto, dividem-se em crime de perigo concreto, onde o perigo da lesão deve ser comprovado, e em crime de perigo abstrato, no qual o perigo de lesão é presumido por lei, como, por exemplo, a embriaguez ao volante e o tráfico de drogas, já mencionado anteriormente, conforme entendimento do STF - HC 104.410/RS (ARAGAO, 2015).

Assim, pode-se afirmar que não se pode punir alguém que aja imoralmente perante a sociedade, desde que tal conduta não atinja quaisquer bens de terceiros (GRECO, 2014).

Nota-se que todas as vertentes traduzem a impossibilidade de atuação do Direito Penal em conduta que não atacou ou proporcionou perigo efetivo a um bem jurídico de terceiro (GRECO, 2014).

2.6 Princípio da Adequação Social

O princípio da adequação social defende que o Direito Penal só deve punir condutas que tenham relevância social. Deve haver uma seleção dos comportamentos lesivos ao interesse público; conseqüentemente, as condutas

⁴ Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

[...]

§ 2^o Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários (BRASIL, 2006).

enxergadas pela sociedade como normais não podem ser consideradas normas penais, sob pena de a lei incriminadora conter vício de inconstitucionalidade (CAPEZ, 2012).

Neste sentido, leciona Prado *apud* Greco:

A teoria da adequação social, concebida por Hans Welzel, significa que apesar de uma conduta se subsumir ao modelo legal não será considerada típica se for socialmente adequada ou reconhecida, isto é, se estiver de acordo com a ordem social da vida historicamente condicionada (2012, p. 54).

Como exemplo de condutas perigosas, porém consideradas socialmente adequadas, têm-se o trânsito nas grandes cidades, o transporte aéreo e a existência de usinas atômicas (GRECO, 2012).

Salienta-se a diferenciação do princípio da adequação social com o princípio da insignificância: no primeiro, a conduta deixa de ser punida porquanto passa a não ser mais considerada injusta pela sociedade; no segundo, por outro lado, a conduta permanece sendo injusta, todavia, é escassa de lesividade (CAPEZ, 2012).

Essa teoria é criticada sob o argumento que costume não revoga lei, e, ainda, o magistrado não pode se substituir ao legislador e considerar revogada uma lei incriminadora em plena vigência, sob pena de afronta ao princípio constitucional da separação dos poderes (CAPEZ, 2012).

Todavia, é necessário reconhecer, conforme leciona Capez:

Embora o conceito de adequação social não possa ser aceito com exclusividade, atualmente é impossível deixar de reconhecer sua importância na interpretação da subsunção de um fato concreto a um tipo penal. Atuando ao lado de outros princípios, pode levar à exclusão da tipicidade (2012, p. 36).

O princípio da adequação social possui dupla função, visto que, de um lado, busca restringir a abrangência do Direito Penal, bem como limitar sua interpretação; por outro lado, tal princípio tem função de excluir do âmbito das leis penais as condutas socialmente aceitas e adequadas (GRECO, 2012).

2.7 Princípio da Intervenção Mínima e da Fragmentariedade

O princípio da intervenção mínima está elencado na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu artigo 8º, o qual define que a lei deve prever somente penas que sejam, de fato, necessárias (CAPEZ, 2012).

Ele surge a fim de restringir o arbítrio do legislador, buscando evitar a cominação de penas injustas e desumanas, bem como a definição de tipos legais desnecessários. Desta forma, o Estado só deve intervir com o Direito Penal quando outros ramos do Direito não forem suficientes para sanar o problema, ou seja, sua intervenção deve ser em último caso (JESUS, 2012).

Trata-se de um princípio limitador, conforme leciona Conde *apud* Greco:

O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do Direito (2012, p. 47).

Salienta-se que a intervenção mínima tem, como ponto de partida, a fragmentariedade do Direito Penal, “o qual se apresenta por meio de pequenos *flashes*, que são pontos de luz na escuridão do universo” (CAPEZ, 2012, p. 36).

Ou seja, somente irá intervir o Direito Penal nos raros casos onde a norma descreve uma conduta típica e ilícita, qual seja o crime. Quando a lei assim não o descrever, não haverá razão para a atuação penal do Estado (CAPEZ, 2012).

O princípio da intervenção mínima traz consigo, portanto, a primazia de que o direito penal não deve interferir demais na vida do cidadão, a fim de não retirar sua autonomia e liberdade. Havendo a possibilidade de que o bem jurídico tutelado seja protegido por outros meios, deve-se abrir mão da opção de recorrer à legislação penal, objetivando evitar a banalização da punição (NUCCI, 2012).

Nas palavras de Nucci:

A lei penal não deve ser vista como primeira opção (*prima ratio*) do legislador para compor conflitos existentes em sociedade, os quais, pelo atual estágio de desenvolvimento moral e ético da humanidade, sempre estarão presentes (2012, p. 88).

Salienta-se que as vertentes do princípio da intervenção mínima são como faces de uma mesma moeda: por um lado, orienta o legislador quanto à proteção dos bens mais necessários e importantes dentro da sociedade, selecionando-os; de outro, serve de bússola para orientar esse legislador a retirar a proteção do Direito Penal daqueles bens que, no passado, gozavam de suma importância, porém, com a modernidade, podem ser protegidos por demais ramos jurídicos, um exemplo é o adultério (GRECO, 2012).

Vale tecer considerações acerca do princípio da fragmentariedade, o qual é corolário da intervenção mínima. O significado da fragmentariedade reside no fato que nem todas as lesões aos bens jurídicos tutelados devem ser protegidas e punidas pelo Direito Penal (NUCCI, 2012).

Trata-se, somente, de uma parte de um todo, pelo que o Direito Penal é vislumbrado como fragmentário, ocupando-se, apenas, das condutas mais graves e lesivas aos indivíduos (NUCCI, 2012).

2.8 Princípio da Insignificância

O princípio da insignificância é originário do Direito Romano, e de sendo cunho civilista, funda-se no conhecido brocardo de “*minimis non curat praetor*”⁵, segundo o tal, o Direito Penal não deve se preocupar com bagatelas, sendo inadmissível incriminar condutas incapazes de lesar o bem jurídico tutelado (CAPEZ, 2012).

Conforme aponta Toledo *apud* Greco:

Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito pena, por sua natureza fragmentária, só vai aonde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas (2012, p. 65).

Segundo esse princípio, o Direito Penal só deve nos casos de lesão jurídica de certa gravidade, posto que, deve reconhecer a atipicidade do fato nas hipóteses de

⁵ Significa dizer que o pretor não cuida de coisas pequenas, ou seja, pessoas com autoridade não podem preocupar-se com pequenos detalhes (DICIONÁRIO DE LATIM, 2007).

perturbações jurídicas mais leves, aquelas de pequeníssima relevância material (JESUS, 2012).

O STJ tem reconhecido a tese da exclusão da tipicidade nos delitos de bagatela, aplicando-se o princípio da insignificância, haja vista que não cabe à lei penal preocupar-se com infrações de pouca monta, insuscetíveis de causar o mais ínfimo dano à coletividade, relacionando-se, assim, também com o princípio da intervenção mínima e da fragmentariedade (CAPEZ, 2012).

A jurisprudência⁶ tem adotado o princípio da insignificância ou bagatela, por exemplo, nos casos de furto de objeto material insignificante, lesão insignificante ao Fisco, maus-tratos de importância mínima, descaminho e dano de pequena monta, lesão corporal de extrema singeleza, entre outros (JESUS, 2012).

Não se deve confundir crime insignificante ou de bagatela com crimes de menor potencial ofensivo. Estes últimos são definidos pelo art. 61 da Lei n. 9.099/95 e submetem-se aos Juizados Especiais Criminais, sendo que neles a ofensa não pode ser considerada insignificante, porquanto sua gravidade é, de fato, perceptível (CAPEZ, 2012).

Frisa-se que a aplicação do princípio da insignificância deve ser analisada de acordo com as especificidades de cada caso concreto, sob o prisma do potencial da lesão causada à vítima, bem como da intenção e condição do agente quando este assim a causou.

Sendo assim, conforme bem elenca Greco, “a aplicação do princípio da insignificância não poderá ocorrer em toda e qualquer infração penal” (2012 p. 68).

Com a teoria adotada da imputação objetiva, a qual concede relevância à afetação jurídica como resultado normativo do crime, o supramencionado princípio é de extrema essencialidade, pois não permite que ingressem no campo penal fatos de ofensividade mínima (JESUS, 2012).

⁶ Exemplos: REsp 234.271, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU, 8-5-2000, p. 115; REsp 235.015, Rel. Min. Edson Vidigal, DJU, 8-5-2000, p. 116; STJ, 5ª Turma, HC 123.981/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 17-3-2009, DJe, 13-4-2009 (CAPEZ, 2012).

2.9 Princípio da Igualdade e Proporcionalidade da Pena

Inicialmente, vale expor a importância do princípio da igualdade dentro do Direito Penal, posto que, conforme elenca a Constituição Federal de 1988, todos são iguais perante a lei, nos termos do *caput* do seu artigo 5º.

O princípio da proporcionalidade da pena defende que as penas precisam ser harmônicas conforme a gravidade da conduta praticada pelo agente. Não há razão para exageros, nem no sentido de punições severas, sem no sentido de muita liberalidade (NUCCI, 2012).

Como bem elucidado por Bonessana *apud* Greco:

Para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicável nas circunstâncias referidas, proporcionada ao delito e determinada pela lei (2012, p. 73).

Desta forma, é possível extrair duas importantes vertentes do princípio ora estudado, quais sejam a proibição do excesso e a proibição de proteção deficiente. Em relação a proibição do excesso, ocorre a preocupação em evitar punições desnecessárias de comportamentos que não possuem tanta relevância no Direito Penal, ou, ainda, comportamentos que possuem tal relevância, mas que foram valorados excessivamente (GRECO, 2012).

Já no que tange à proteção deficiente, significa dizer que, se por um lado não se admite o excesso, por outro, também não se deve admitir que um direito seja deficientemente protegido (GRECO, 2012).

Nas palavras de Estefam *apud* Greco:

A proibição deficiente consiste em não se permitir uma deficiência na prestação legislativa, de modo a desproteger bens jurídicos fundamentais. Nessa medida, seria patentemente inconstitucional, por afronta à proporcionalidade, lei que pretendesse descriminalizar o aborto (2012, p. 78).

A CF/88 consagra, implicitamente, o princípio da proporcionalidade, como corolário natural da aplicação da justiça, qual seja proporcionar a cada um o que lhe é devido, por seu merecimento (NUCCI, 2012).

O artigo 5º da Constituição elenca as penas de privação ou restrição de liberdade, a perda de bens, a multa, prestação social alternativa, a suspensão ou interdição de direitos (NUCCI, 2012).

2.10 Princípio “bis in idem”

O princípio “*bis in idem*” surge a fim de determinar que ninguém poderá ser punido duas vezes pelo mesmo fato. Tal princípio pode ser abordado sob a ótica penal material e a processual. O primeiro refere-se ao fato que ninguém poderá sofrer duas penas por um mesmo crime, enquanto o segundo trata-se da mesma circunstância, só que no âmbito processual, onde ninguém poderá ser processado e julgado duas vezes pela mesma razão (JESUS, 2012).

3 TEORIA DO CRIME E OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

3.1 Do Crime

3.1.1 Conceito

Inicialmente, deve-se ater que a conceituação do crime é abrangida em diferentes aspectos, quais sejam os aspectos material, formal e analítico, sendo imprescindível a análise individual de cada um desses aspectos para se alcançar o conceito do crime por completo.

Entretanto, no Código Penal vigente não é fornecido um conceito de crime, somente sendo determinado, em sua Lei de Introdução, que para os crimes reservam-se penas de reclusão ou detenção, podendo ser cumulativa com as penas de multa (GRECO, 2012).

A Lei de Introdução ao Código Penal trouxe somente, em seu art. 1º, um critério para diferenciar crime de contravenção penal, porém, tal regra foi quebrada pelo art. 28 da Lei nº 11.323/06. Já o Código Penal do Império de 1830 tentou definir o conceito de crime, bem como o Código Penal Republicano de 1890, todavia, atualmente, tal conceito é eminentemente doutrinário (GRECO, 2012).

Eis os referidos dispositivos, *in verbis*:

Art 1º da Lei de Introdução ao Código Penal. Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente (BRASIL, 1941).

Art. 2º do Código de 1830. Julgar-se-á crime ou delicto:

§ 1º. Toda acção ou omissão voluntaria contraria ás leis penaes. (BRASIL, 1830).

Art 2º do Código Penal de 1890. A violação da lei penal consiste em acção ou omissão; constitue crime ou contravenção (BRASIL, 1890).

No que tange ao aspecto material do conceito de crime, este se refere à essência da ação ou omissão considerada criminosa, definindo-se o crime como qualquer fato, ainda que descuidado, venha a lesar ou ameaçar a perigo bens jurídicos

tutelados, os quais são fundamentais para a convivência harmônica em sociedade (CAPEZ, 2012).

Já sob o ponto de vista do aspecto formal, a conceituação do crime encontra-se na lei, sendo considerado como ato ilícito tudo o que a norma penal assim o descrever, não importando a essência tratada no aspecto material (CAPEZ, 2012).

Vale observar, todavia, conforme o aspecto formal, se o agente violar norma que proíba determinada conduta haverá crime; por outro lado, quando a conduta for lesiva a algum bem jurídico também haverá crime. Porém, se não houver lei protegendo esse bem, não haverá crime por conta do princípio da legalidade. Sendo assim, o conceito de crime analisado sob os aspectos formal e material, somente, é insuficiente (GRECO, 2012).

Nas palavras de Greco, “os conceitos formal e material não traduzem o crime com precisão, pois não conseguem defini-lo” (2012, p. 140).

Por fim, surge então o aspecto analítico, a fim de precisar tal conceituação, pois, por meio dele busca-se estabelecer os elementos estruturais do crime, juridicamente. Desta forma, crime é todo fato típico⁷ e ilícito, e, posteriormente a isso, deve-se levar em consideração a conduta do agente, para determinar se o agente foi responsável ou não pela prática de tal fato (CAPEZ, 2012).

A função do aspecto analítico do crime é analisar todos os elementos integrantes do conceito de infração penal, sem fragmentá-lo. O crime é indivisível, e ao analisá-lo sob o prisma analítico, torna-se mais simples e claro identificar se a conduta praticada pelo agente se enquadra ou não no tipo penal descrito (GRECO, 2012).

Crime é a conduta ilícita considerada grave o suficiente para ser imposta sanções a fim de puni-la, constituindo-se por um fato típico, ilícito e culpável (NUCCI, 2012).

⁷ O fato típico é o fato material que se enquadra nos elementos previstos em lei. Tais elementos são a conduta dolosa ou culposa; o resultado (só nos crimes materiais); o nexo causal (só nos crimes materiais); e a tipicidade (CAPEZ, 2012).

Entretanto, em relação à culpabilidade do agente integrar o conceito de crime, há divergências na doutrina, porquanto parte dela entende que a culpabilidade é um elemento característico da infração penal, enquanto outra parte defende que é somente um pressuposto para a aplicação da pena (GRECO, 2012).

Portanto, crime é qualquer fato típico, ilícito e culpável, necessitando estar descrito na norma legal, bem como deve ser ato que possibilite perigo ou ameaça de perigo a bens jurídicos tutelados.

3.1.2 Elementos do Crime

3.1.2.1 Fato Típico

Inicialmente, vale elucidar que os elementos do crime são o fato típico, ilicitude e culpabilidade, sendo que, quanto ao último, também é fundamento para aplicação da sanção penal, pois representa a intenção na conduta do agente e, por conseguinte, o grau de censura do fato (NUCCI, 2012).

O fato típico é constituído pela conduta omissiva ou comissiva, dolosa ou culposa, pelo resultado, pelo nexos de causalidade e pela tipicidade, a qual pode ser formal ou conglobante (GRECO, 2012).

O fato típico nada mais é que a conduta ligada ao resultado pelo nexos causal, encaixando-se na tipicidade constante na norma penal. Assim, tipicidade é o fato adequado ao tipo penal previsto pela lei e, o fato típico, por sua vez, é a junção da conduta com o nexos causal, com o resultado, dentro da descrição legal (NUCCI, 2012).

Trata-se, portanto, do fato material que se amolda nos elementos contidos na lei penal (CAPEZ, 2012).

Nas palavras de Nucci, “tipicidade é instrumento de adequação, enquanto o fato típico é a conclusão deste processo” (2012, p. 198).

O tipo penal é que a descrição da conduta considerada infracional, seja ela proibitiva, seja ela mandamental, concretizando o princípio da legalidade, no que tange à taxatividade expressa na lei.

O tipo penal abrange o título (ou *nomen juris*), que é o nome dado à conduta ilícita; o preceito primário, qual seja a descrição da conduta proibida, caso seja um tipo penal incriminador, ou da conduta permitida, caso seja tipo penal permissivo; por fim, tem-se o preceito secundário, que é sanção imposta àquela conduta, o qual se encontra somente nos tipos penais incriminadores (NUCCI, 2012).

Em relação à conduta, esta pode ser vista como o sinônimo de ação, bem como de comportamento do agente. A conduta compreende tanto o comportamento comissivo (ação) ou omissivo (omissão), podendo, ainda, ser dolosa ou culposa (GRECO, 2012).

Contudo, vale frisar a diferença entre conduta e ato, uma vez que aquela é a realização da vontade humana por meio de um ou mais atos. Ademais, a conduta possui quatro elementos, quais sejam: vontade, finalidade, exteriorização e consciência (CAPEZ, 2012).

Existem algumas teorias acerca da conduta, quais sejam a finalista, causalista, social e funcional. A primeira afirma que conduta é a ação ou omissão voluntária voltada a consecução de determinado objetivo, visa cumprir uma finalidade; a segunda, por sua vez, elenca que conduta é a ação ou omissão voluntária que determina movimentos corpóreos, excluindo a finalidade (NUCCI, 2012).

No que tange a terceira teoria, esta defende que conduta é um comportamento voluntário socialmente relevante, ou seja, além de servir como ponte entre as duas teorias anteriores, expõe que a consideração a ser feita acerca da conduta é acerca sua relevância social; a última determina que conduta é uma ação ou omissão voluntária que evidencia uma manifestação de personalidade (teoria personalista da ação), ou, que seja capaz de evitar um resultado juridicamente exigível (teoria da evitabilidade individual). Por fim, a teoria funcional surge intitulando-se como uma corrente pós-finalista (NUCCI, 2012).

Nota-se que, em todas as teorias sobre a conduta, a ação ou omissão do agente deve ser voluntária, bem como consciente. Sendo assim, caso o ato seja praticado de forma inconsciente ou sob algum tipo de coação, seja física ou moral, essa mesma ausência de vontade do agente irá interferir na constituição do fato típico como crime.

Desta forma, a conduta pode ser dolosa ou culposa. A dolosa ocorre quando o agente atua querendo aquele resultado, ou assume o risco de produzi-lo (dolo eventual). Já a culposa é quando a causa se dá por conta da imprudência, imperícia ou negligência do agente (GRECO, 2012).

O artigo 18 do Código Penal, em seu parágrafo único elenca que não haverá punição por fato descrito como crime, se não o praticar com dolo. Ou seja, caso o agente atue culposamente, estará isento de sanção penal, embora, dependendo da situação, tenha responsabilidade de indenizar quaisquer danos cometidos (GRECO, 2012).

Ressalta-se, ainda, a possibilidade de o agente não agir nem com dolo nem com culpa. Isso pode acontecer quando a ação for influenciada por estados de inconsciência, força irresistível ou movimentos reflexos (GRECO, 2012).

A força maior e o caso fortuito afastam o dolo e a culpa, e, por conseguinte, a conduta. Caso fortuito é o evento imprevisível e inesperado, a força maior é o evento inevitável, externo à vontade do agente (CAPEZ, 2012).

Portanto, sem conduta não há fato típico e sem fato típico não há crime, haja vista que a primeira é elemento do segundo e, o segundo, por sua vez, é elemento do último. Ocorre a atipicidade do fato.

Além da conduta, vale lembrar que para o fato ser considerado típico, deve haver também o resultado, o nexos causal, e a tipicidade, elementos que serão analisados adiante.

O resultado pode ser analisado por dois critérios: o naturalístico, que é quando ocorre uma modificação no mundo exterior, devido a algum comportamento humano (MIRABETE; FABBRINI, 2007).

Ou seja, só se fala em resultado quando existe alguma mudança no mundo físico, a qual possa ser captada pelos sentidos humanos. Exemplos de resultados são a morte em um homicídio, a destruição do bem no crime de dano, entre outros (NUCCI, 2012).

Diz-se, conforme o aspecto naturalístico, que o “efeito natural da ação que configura a conduta típica, ou seja, o fato tipicamente relevante produzido no mundo exterior pelo movimento corpóreo do agente e a ele ligado por relação de causalidade” (FRAGOSO *apud* MIRABETE; FABBRINI, 2007, p. 97).

Já sob o ponto de vista jurídico ou normativo, o resultado é aquele que gera modificação no mundo jurídico, gerando dano ou perigo de dano à interesse protegido pela normal penal. Um exemplo é a invasão ao domicílio, não provoca mudança no mundo exterior, porém propicia dano ao bem jurídico tutelado, qual seja a inviolabilidade de domicílio do proprietário da casa (NUCCI, 2012).

O art. 13 do Código Penal prevê que a existência do crime depende do resultado, sendo assim, os dois critérios adotados para conceituar o resultado evita a incompatibilidade absoluta entre os dispositivos legais que descrevem comportamentos que não provocam mudança no mundo exterior (MIRABETE; FABBRINI, 2007).

Sendo assim, nota-se que resultado é aquele que gera modificação, proporcionando lesão ou perigo de lesão a um interesse jurídico protegido, seja sob o aspecto naturalístico, seja sob o aspecto normativo.

Em relação ao nexos causal, este é a ligação que deve existir entre a conduta e o resultado, sendo o último a consequência do primeiro. Sem o nexos de causalidade o fato é considerado atípico, haja vista ser elemento essencial para que o fato seja típico.

A relação de causalidade tem reflexos na tipicidade, e, para que seja reconhecida, inicialmente deve-se traçar a causa. Nas palavras de Nucci, “causa é toda ação ou omissão que é indispensável para a configuração do resultado concreto, por menor que seja o seu grau de contribuição” (2012, p. 213).

Leciona, ainda, Capez que “o nexa causal consiste em uma mera constatação acerca da existência de relação entre conduta e resultado. A sua verificação atende apenas às leis da física, mais especificamente, da causa e do efeito” (2012, p. 179).

O conceito de causa pode ser considerado de natureza, e não jurídico. Porém, no âmbito jurídico penal, existem várias teorias que foram elaboradas sobre a causa, a fim de cuidar do nexa de causalidade, como a da causalidade adequada, na qual expõe que causa é a condição mais adequada para produzir o resultado; a da eficiência que determina que a causa é a condição mais eficiente para produzir o evento em questão; a da relevância jurídica, onde diz que causa é tudo o que concorre para o evento, entre outras (MIRABETE; FABBRINI, 2007).

No Brasil, há duas posições doutrinárias em relações às teorias sobre o nexa causal: a teoria da equivalência das condições e a teoria da causalidade adequada. A primeira versa que quaisquer das condições que integram os antecedentes é a causa do resultado, visto que, na falta de alguma delas, o resultado final não iria ocorrer. Essa é a teoria adotada pelo Código Penal vigente – “*conditio sine qua non*” (NUCCI, 2012).

Todavia, tal teoria sofre algumas críticas, haja vista que, sempre haverá uma causa antecedente e, a partir do momento que todas elas são consideradas razão para o resultado ter sido provocado, tem-se uma regressão infinita, sempre sendo possível retroceder a alguma conduta geradora da próxima conduta, e da próxima, até que se alcance o resultado, aplicando o nexa causal em condições muito anteriores, de forma desproporcional.

A segunda teoria é a da causalidade adequada, na qual a conduta só será considerada causa caso ela tenha sido suficiente para gerar o resultado. Essa teoria também sofre críticas no sentido de que aproxima demasiadamente a relação de causalidade à culpabilidade (NUCCI, 2012).

Por fim, tem-se ainda uma terceira teoria, a qual predomina na Alemanha, surgindo como forma de sanar a problemática de ambas as teorias anteriores. Nela, será causa somente o comportamento que tiver criado, de fato, um risco não permitido ao bem jurídico tutelado (NUCCI, 2012).

Vale ressaltar que, tendo em vista que o Código Penal adota a teoria da equivalência dos antecedentes, não há necessidade de diferenciar causa de condição, concausa, ocasião, haja vista que qualquer comportamento que tenha contribuído, ainda que minimamente para gerar o resultado, será considerado causa (CAPEZ, 2012).

O último elemento integrante do fato típico a ser exposto é a tipicidade. A tipicidade está em muito relacionada com o princípio da legalidade, uma vez que a mesma deve se ater à lei. Dessa forma, o tipo penal deve ser descrito detalhadamente para que não haja dúvidas quanto a conduta infracional descrita.

Nas palavras de Zaffaroni *apud* Greco, “o tipo penal é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes” (2012, p. 155).

A tipicidade é a adequação da conduta do agente ao tipo penal. Tipo penal, por sua vez, é o modelo legal da referida conduta, o qual pode ser incriminador, permissivo ou devido (NUCCI, 2012).

Conforme preceitua Conde *apud* Greco, acerca da tipicidade:

É a adequação de um fato cometido à descrição que dele se faz na lei penal. Por imperativo do princípio da legalidade, em sua vertente do *nullum crimen sine lege*, só os fatos tipificados na lei penal como delitos podem ser considerados como tal (2012, p. 156).

Frisa-se que tal adequação à norma penal deve ser total, pois, caso contrário, haverá atipicidade e, portanto, o fato será considerado atípico. Por esta razão o tipo penal deve ser descrito minuciosamente.

A tipicidade penal engloba a tipicidade formal com a tipicidade conglobante. A primeira trata-se do conteúdo expresso na lei penal (adequação típica), ao passo que, na segunda, a conduta praticada pelo agente deve ser considerada antinormativa, além de ser ofensiva aos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal (tipicidade material) (GRECO, 2012).

Ou seja, para que se caracterize a tipicidade conglobante, a conduta do agente deve ser contrária à lei penal (antinormativa), bem como deve haver tipicidade material, com um critério material a fim de determinar o bem tutelado (GRECO, 2012).

Assim, para que a conduta seja considerada crime, inicialmente, o fato deve ser típico, sendo este caracterizado pela presença essencial de cada um dos seus elementos ora abordados no presente tópico, uma vez que, na ausência de somente um deles, o crime não será configurado, e o fato, por sua vez, será atípico.

Desta forma, passaremos para o segundo dos três elementos necessários estar presentes para a configuração do crime.

3.1.2.2 Ilicitude

Ilicitude, ou contradição, é a relação de contrariedade da conduta do agente com ordenamento jurídico. Sendo assim, a ilicitude não se restringe apenas ao Direito Penal, uma vez que se aplica a todo ordenamento jurídico, podendo, então, ter natureza civil, tributária, entre outras (GRECO, 2012).

Para que a ação ou omissão seja considerada crime, é necessário que o fato típico também seja ilícito. Contudo, o Código Penal prevê algumas causas específicas de exclusão de ilicitude, sendo, portanto, interessante frisar que a tipicidade é o indício da ilicitude, uma vez que esta pode ser excluída (MIRABETE; FABBRINI, 2007).

Conforme leciona Jesus:

A conduta descrita em norma penal incriminadora será ilícita ou antijurídica quando não for expressamente declarada lícita. Assim, o conceito de ilicitude de um fato típico é encontrado por exclusão: é antijurídico quando não declarado lícito por causas de exclusão da antijuridicidade (CP, art. 23, ou normas permissivas encontradas em sua parte especial ou em leis especiais) (2012, p. 197).

Ressalta-se, ainda, que a ilicitude leva em consideração o aspecto formal da antijuridicidade, bem como o aspecto material, qual seja a lesão causada a determinado bem jurídico tutelado (NUCCI, 2012).

As excludentes de ilicitude podem ser as previstas no Código Penal vigente, na Parte Geral, quais sejam: o estado de necessidade, a legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito, encontradas nos artigos 23 ao 25 do referido diploma legal; estão previstas, também, na Parte Especial do Código Penal, sendo válidas somente para alguns delitos, como por exemplo o art. 128, I, o qual trata sobre o aborto necessário (NUCCI, 2012).

Há, ainda, as excludentes previstas em legislação extrapenal, as quais podem tratar especificamente das modalidades já elencadas na parte geral do Código Penal; por fim, a exclusão supralegal, qual seja o consentimento do ofendido, haja vista que não se encontra prevista expressamente em lei (NUCCI, 2012).

Para Capez, o emprego dos termos antijuricidade e ilicitude como sinônimos é indevido, pois o primeiro não traduz o real significado. Expõe, ainda, que no Código Penal é empregado o termo ilicitude, como se observa em seus artigos 21 e 23 (2012, p. 294).

Sendo assim, para que a conduta do agente seja considerada como crime, além da análise da caracterização dos elementos do fato típico, deve-se ater se tal fato é ilícito, contrariando a norma penal vigente.

3.1.2.3 Culpabilidade

Culpabilidade é o juízo de reprovação feito sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. Somente pode ser tratada como culpabilidade aquela conduta que o individuo pode ter voluntariamente (GRECO, 2012).

Nas palavras de Mirabete; Fabbrini:

Somos 'culpados' de nossas más ações, de termos causado um dano, uma lesão. Esse resultado lesivo, entretanto, só pode ser atribuído a quem lhe deu causa se essa pessoa pudesse ter procedido de outra forma, se pudesse com seu comportamento ter evitado a lesão (2007, p. 191).

Para Capez (2012) e Jesus (2012), a culpabilidade não é elemento para se caracterizar o crime, mas sim um pressuposto para imposição de pena, haja vista que na culpabilidade observa-se a responsabilidade do autor pelo crime cometido.

Para justificar esse juízo de reprovação, surgiram duas teorias. A primeira, prega o livre arbítrio, e expõe que devido ao indivíduo ser livre para exercer suas escolhas, a responsabilidade penal reside na responsabilidade moral dele, a qual tem por base o livre arbítrio (GRECO, 2012).

Já a segunda teoria, é o determinismo. Esta defende que o homem não possui esse poder de escolha, pois fatores externos e internos podem servir de influência para levá-lo ao cometimento da infração penal (GRECO, 2012).

A culpa, em seu sentido amplo, caminha lado a lado com a reprovação, e, para maior parte da doutrina, deve ser analisada a culpabilidade do fato, de modo que a censura deve recair sobre o fato cometido pelo agente (CAPEZ, 2012).

O conceito de culpabilidade evoluiu no decorrer do tempo, de modo que surgiu novas teorias para tratá-lo, quais sejam: a teoria psicológica (causalista); a teoria normativa ou psicológico-normativa; a normativa pura (finalista); e a funcionalista (NUCCI, 2012).

Importante frisar que a doutrina é divergente quanto à teoria a ser adotada, bem como quanto à culpabilidade como elemento do crime ou somente como pressuposto para a aplicação da pena.

Conclui-se, portanto, que a culpabilidade é a análise feita acerca do fato cometido pelo infrator, com um juízo de censura, tendo em vista que a conduta poderia ter sido evitada pelo autor, porém, este não o fez, recaindo sobre ele a reprovação, e, por conseguinte, a devida punição, mediante os meios utilizados, antecedentes, etc.

Nas palavras de Capez, “sem culpabilidade não pode haver pena – *“nulla poena sine culpa”*”, e sem dolo ou culpa não existe crime – *“nullum crimen sine culpa”*” (2012, p. 327).

3.2 Crimes de Perigo Abstrato

3.2.1 Conceito

Inicialmente, vale esclarecer o conceito dos crimes de perigo. Nestes crimes, para sua consumação basta a possibilidade de lesão ao bem jurídico tutelado. Sua subdivisão ocorre da seguinte forma: crimes de perigo concreto; crimes de perigo abstrato; crime de perigo individual; crime de perigo comum ou coletivo; crime de perigo atual; crime de perigo iminente; e crime de perigo futuro ou mediato (CAPEZ, 2012).

No presente trabalho será retratado o crime de perigo abstrato, o qual, conforme citado anteriormente, é consumado com a simples possibilidade de perigo ao interesse protegido pelo Direito Penal, ou seja, a consumação nestes crimes não necessita da efetiva lesão para ocorrer.

Nos crimes de perigo abstrato a norma presume a prática do fato como perigosa, sendo, portanto, suficiente para a sua caracterização (MIRABETE; FABBRINI, 2007).

Conforme leciona Nucci sobre os crimes de perigo abstrato: “a probabilidade de ocorrência de dano está presumida no tipo penal, independentemente de prova (2012, p. 188)”.

Sendo assim, nota-se que os crimes de perigo abstrato são aqueles que proporcionam perigo ao bem jurídico protegido, não havendo necessidade de tal perigo se concretizar em lesão, bastando somente a ameaça proporcionada pelo fato típico e ilícito cometido.

3.2.2 Crimes de Perigo: Abstrato *versus* Concreto

Os crimes de perigo abstrato, bem como os crimes de perigo concreto pertencem à mesma classificação, sendo semelhantes no sentido de que são crimes que para serem consumados, contentam-se com a mera probabilidade de lesão.

Todavia, é necessário tecer as diferenças que os referidos crimes possuem entre si. Nos crimes de perigo concreto a probabilidade da lesão deve ser investigada, bem como provada, como exemplo, tem-se o crime disposto no artigo 132 do Código Penal – “expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente” (NUCCI, 2012).

Sendo assim, nos crimes de perigo abstrato a possibilidade de lesão é suficiente para ter-se a consumação, diferentemente do que ocorre nos crimes de perigo concreto, nos quais tal possibilidade que proporciona o perigo deve ser efetiva, além de necessitar, ainda, prová-la e investigá-la.

3.2.3 Porte Ilegal de Munição

O crime de porte ilegal de munição está previsto nos artigos 12, 14 e 16 da Lei nº 10.826/2003, qual seja o Estatuto do Desarmamento.

Eis os artigos, *in verbis*, do supramencionado diploma legal:

Posse irregular de arma de fogo de uso permitido

Art. 12. Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido

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. (Vide Adin 3.112-1)

Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

[...] (BRASIL, 2003).

Os referidos artigos estipulam penas de detenção que variam de 1 (um) a 6 (seis) anos, bem como multa. Esse crime, em análise, é um crime de perigo abstrato, tendo em vista que a posse de munição se arma de fogo não gera, de fato, efetivo perigo, mas sim uma mera possibilidade de lesão.

Entretanto, em julgados recentes do STJ e do STF, para considerar o de porte ilegal de munição como crime é necessária a comprovação do perigo, haja vista que o simples porte de munição desacompanhada de arma de fogo não é suficiente para caracterizar a conduta típica e ilícita.

Em dezembro de 2017 foi absolvido um condenado por posse de munição de fuzil, onde o ministro Celso de Mello concedeu HC 149450 ao acusado, embasando-se no princípio da insignificância (STF, 2017).

Já em maio de 2018, a 5ª Turma do STJ negou um recurso do MP, no REsp nº 1710320, RJ (2017/0299213-7), que buscava a caracterização do crime elencado no art. 16 do Estatuto do Desarmamento, todavia, o colegiado entendeu que somente a posse de munição desacompanhada de arma de fogo não é capaz de caracterizar o crime disposto no supramencionado artigo (STJ, 2018).

O relator do referido recurso, Jorge Mussi, ressaltou que a posse de munição configura crime, entretanto, há precedentes no sentido que a posse de munição isolada não é suficiente para caracterizar o delito, pois na ausência da arma de fogo não gera efetivo perigo ao bem jurídico tutelado (STJ, 2018).

Neste sentido, a 2ª Turma do STF trancou ação contra um homem condenado por posse de munição de revólver calibre 22, após apelação do MP de Mato Grosso do Sul. O relator, ministro Ricardo Lewandowski expôs que apesar de se tratar de conduta típica, no caso em questão, a materialidade não foi comprovada (CONJUR, 2017).

Em seu voto, o relator alegou que, sem ofensividade da conduta ao bem jurídico tutelado não há que se falar em tipicidade do fato, e, portanto, descaracteriza-se o crime. Acrescenta que, nas circunstâncias no caso em apreço, não houve qualquer ameaça de perigo à incolumidade pública (CONJUR, 2017).

Sendo assim, a simples posse de munição não gera a tipicidade descrita nos artigos supramencionados da Lei nº 10.826/03, visto que somente a munição, sem a arma, não é capaz de ocasionar lesão a quaisquer interesses protegidos pelo Direito Penal.

A potencialidade lesiva da munição é de extrema necessidade para que se configure crime. Sem a mesma, não existe criação de risco relevante, o que é uma condição da teoria da Imputação Objetiva⁸, e, sem tal risco, sequer pode ser considerado um resultado jurídico da conduta do agente (SUZIGAN, 2011).

Neste sentido, entende o STJ:

PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 12 DA LEI N. 10.826/2003. POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO. ABSOLVIÇÃO. EXCEPCIONALIDADE NA VIA ELEITA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDOTA EVIDENCIADA. CINCO MUNIÇÕES APREENDIDAS. AUSÊNCIA DE DISPOSITIVO DE DISPARO. EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça aponta que os crimes previstos nos arts. 12, 14 e 16 da Lei n. 10.826/2003 são de perigo abstrato, sendo desnecessário perquirir sobre a lesividade concreta da conduta, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física e sim a segurança pública e a paz social, colocadas em risco com a posse de munição, ainda que desacompanhada de arma de fogo, revelando-se despicienda a comprovação do potencial ofensivo do artefato através de laudo pericial. Por esses motivos, via de regra, inaplicável, nos termos da jurisprudência desta Corte, o princípio da insignificância aos crimes de posse e de porte de arma de fogo ou munição, sendo irrelevante inquirir a quantidade de munição apreendida.

2. O Supremo Tribunal Federal, em recente julgado, analisando as circunstâncias do caso concreto, reconheceu ser possível aplicar a bagatela na hipótese de apreensão de apenas uma munição de uso permitido desacompanhada de arma de fogo, tendo concluído pela total inexistência de perigo à incolumidade pública (RHC 143.449/MS, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, Dje 9/10/2017). 3. No caso, o réu foi preso em flagrante na posse de 5 munições calibre .38, de uso permitido, desacompanhadas de dispositivo que possibilitasse o disparo do projétil. Por conseguinte, deve ser reconhecida a incorrência de ofensa à

⁸ A imputação objetiva de um fato, basicamente, é a relação entre acontecimento e vontade. Atribui-se, juridicamente, a alguém a realização de uma conduta criadora de um risco proibido e a produção de um resultado jurídico. Vale acrescentar, ainda, que a conduta só será imputável objetivamente ao agente se houver plausibilidade mínima entre a conduta e o resultado final (BARBOSA, 2003).

incolumidade pública, sendo, pois, de rigor o afastamento da tipicidade material do fato, conquanto seja a conduta formalmente típica. 4. Embargos de declaração acolhidos, para dar provimento ao agravo regimental, a fim de negar provimento ao recurso especial. (STJ – Edcl NO AgRg no REsp: 1700630 RS 2017/0250694-8, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 04/10/2018, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/10/2018).

Desta forma, conclui-se que a simples posse de munição sem arma de fogo, para ser caracterizada como crime, deve ser comprovada a real possibilidade de perigo, tendo em vista que, caso contrário, o STF e o STJ têm entendido que não havendo o efetivo perigo de ofensividade à incolumidade pública, a tipicidade é afastada, desconsiderado o fato como típico e, portanto, como crime.

3.2.4 Porte Irregular e Ilegal de Arma de Fogo

O crime de porte irregular e o porte ilegal de arma de fogo estão previstos no mesmo diploma legal, o qual versa sobre o porte ilegal de munição, qual seja a Lei nº 10.826/03, conhecida como o Estatuto do Desarmamento.

A tipicidade dos crimes de porte irregular ou ilegal de arma consiste que o agente permanece na detenção da posse, mesmo sabendo que a mesma encontra-se em desacordo com a Lei nº 10.826/03.

O porte de arma de fogo é explicitamente proibido no artigo 6 da supramencionada lei, excepcionando em seus incisos casos específicos onde o porte é permitido, *in verbis*:

Art. 6º. É proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para:

[...] (BRASIL, 2003).

O crime está disposto nos artigos 14 e 16 da Lei nº 10.826/03, os quais tratam sobre o porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e a posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, respectivamente.

Em relação ao uso permitido e ao uso restrito, o referido diploma legal, dispõe acerca de tal, em seu artigo 23, *in verbis*:

Art. 23. A classificação legal, técnica e geral bem como a definição das armas de fogo e demais produtos controlados, de usos proibidos, restritos, permitidos ou obsoletos e de valor histórico serão disciplinadas em ato do chefe do Poder Executivo Federal, mediante proposta do Comando do Exército. (Redação dada pela Lei nº 11.706, de 2008)

§ 1º Todas as munições comercializadas no País deverão estar acondicionadas em embalagens com sistema de código de barras, gravado na caixa, visando possibilitar a identificação do fabricante e do adquirente, entre outras informações definidas pelo regulamento desta Lei.

§ 2º Para os órgãos referidos no art. 6º, somente serão expedidas autorizações de compra de munição com identificação do lote e do adquirente no culote dos projéteis, na forma do regulamento desta Lei.

§ 3º As armas de fogo fabricadas a partir de 1 (um) ano da data de publicação desta Lei conterão dispositivo intrínseco de segurança e de identificação, gravado no corpo da arma, definido pelo regulamento desta Lei, exclusive para os órgãos previstos no art. 6º.

§ 4º As instituições de ensino policial e as guardas municipais referidas nos incisos III e IV do caput do art. 6º desta Lei e no seu § 7º poderão adquirir insumos e máquinas de recarga de munição para o fim exclusivo de suprimento de suas atividades, mediante autorização concedida nos termos definidos em regulamento. (Incluído pela Lei nº 11.706, de 2008) (BRASIL, 2003).

Sendo assim, nota-se que a classificação da qual depende o crime em questão, conforme disposto no citado artigo, ainda não é definida, de fato, estando sujeita a uma futura classificação legal, técnica e geral (ADASZ, 2015).

Todavia, é possível extrair uma definição do uso restrito ou proibido, no Decreto 3.665/2000, o qual regula a fiscalização de produtos controlados, em seu art. 3º, *in verbis*:

Art. 3º Para os efeitos deste Regulamento e sua adequada aplicação, são adotadas as seguintes definições:

[...]

LXXIX - uso permitido: a designação "de uso permitido" é dada aos produtos controlados pelo Exército, cuja utilização é permitida a pessoas físicas em geral, bem como a pessoas jurídicas, de acordo com a legislação normativa do Exército;

LXXX - uso proibido: a antiga designação "de uso proibido" é dada aos produtos controlados pelo Exército designados como "de uso restrito";

LXXXI - uso restrito: a designação "de uso restrito" é dada aos produtos controlados pelo Exército que só podem ser utilizados pelas Forças Armadas ou, autorizadas pelo Exército, algumas Instituições de Segurança, pessoas jurídicas habilitadas e pessoas físicas habilitadas;

[...] (BRASIL, 2000)

Ademais, ainda é possível retirar definições no Decreto nº 5.123/2004, o qual regulamenta, especificamente, a Lei nº 10.826/2003, em seus artigos 10 e 11, *in verbis*:

Art. 10. Arma de fogo de uso permitido é aquela cuja utilização é autorizada a pessoas físicas, bem como a pessoas jurídicas, de acordo com as normas do Comando do Exército e nas condições previstas na Lei nº 10.826, de 2003.

Art. 11. Arma de fogo de uso restrito é aquela de uso exclusivo das Forças Armadas, de instituições de segurança pública e de pessoas físicas e jurídicas habilitadas, devidamente autorizadas pelo Comando do Exército, de acordo com legislação específica (BRASIL, 2004).

Ressalta-se, ainda, que há condicionantes para que se caracterize o tipo penal previsto na Lei do Estatuto do Desarmamento. A primeira é que o agente do fato típico deve estar sem autorização e, além disso, ele deve estar violando a lei ou o seu regulamento (ADASZ, 2015).

Em 26 de outubro de 2017 foi sancionada a Lei nº 13.497, a qual inclui o crime de posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito no rol dos crimes hediondos (BRASIL, 2017).

Tal alteração legislativa trouxe mudanças que influenciaram diretamente na Lei nº 10.826/03, no sentido que, a partir da referida alteração, ocorrerá a vedação do arbitramento de fiança nos seguintes crimes, bem como a impossibilidade de anistia, graça ou indulto. Além disso, ocorre também a alteração da fração para progressão do regime, passando-a de 1/6 para 2/5 (se primário) ou 3/5 (se reincidente), e, ainda, o livramento condicional somente após o cumprimento de dois terços da pena, se não for reincidente (GANEM, 2017).

Desta forma, com a inovação, o crime previsto no art. 16 da Lei nº 10.826/03 torna-se crime hediondo. Neste sentido:

Ainda que se considere a natureza diversa de algumas das condutas tipificadas no parágrafo único, trata-se de figuras equiparadas ao *caput* por expressa disposição legal. Se, ao elaborar tipo do art. 16, o legislador utilizou a fórmula “nas mesmas penas incorre”, isso se deu porque as condutas ali elencadas eram consideradas da *mesma gravidade* das anteriores. É, afinal, o que fundamenta as formas equiparadas nos tipos penais. Ignorar isso e destacar, para os efeitos da hediondez, o *caput* do parágrafo único seria nada

mais do que conferir tratamento diferenciado a figuras penais que o legislador erigiu à categoria de equivalentes (CUNHA, 2017).

Como já exposto anteriormente, os crimes de perigo abstrato não exigem lesão efetiva ao bem jurídico tutelado, bastando, somente a possibilidade da lesão. Todavia, é necessário, ainda, comprovar a materialidade do crime de perigo abstrato, consubstanciada na conduta que gera o perigo.

Os tribunais têm entendido que o porte de arma de fogo, ainda que desmuniada, configura o crime previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/03, não há, pois, que se falar em atipicidade da conduta.

Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ARTIGO 14 DA LEI N. 10.826/03. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ALEGADA ATIPICIDADE DE CONDUTA. ARMA DESMUNICIADA. DELITO DE PERIGO ABSTRATO. CONDENAÇÃO MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. É pacífico, no âmbito desta Corte Superior, como bem ressaltado pela Terceira Seção, nos autos do AgRg nos EAREsp n. 260.556/SC, o entendimento de que, para a configuração do tipo penal de porte ilegal de arma de fogo, é irrelevante o fato de a arma estar desmuniada, visto se tratar de delito de mera conduta ou de perigo abstrato, cujo objeto jurídico imediato é a segurança jurídica.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ – AgRg no AREsp: 367860 MG 2013/0257669-0, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 11/11/2014, T6, SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/12/2014).

3.2.5 Embriaguez ao Volante

O crime de embriaguez ao volante está elencado no artigo 306 do Código Brasileiro de Trânsito, in verbis:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor (BRASIL, 1997).

Inicialmente, vale tecer as considerações sobre as alterações trazidas com a Lei nº 11.705/2008, a Lei Seca. Com o advento dessa lei, o crime de embriaguez ao volante passou a ser um crime de perigo abstrato, posto que, anteriormente, era um crime de perigo concreto (GIRÃO, 2018).

Ou seja, antes da inovação do supramencionado dispositivo legal, era fundamental comprovar o perigo que o motorista embriagado propiciava no momento em que dirigia. Agora, somente a conduta de dirigir sob efeito de álcool, acima do limite estipulado pela lei, é suficiente para caracterizar o fato como crime.

Neste sentido, é pacífico o entendimento do STF e STJ:

STJ - HC 231566 RJ 2012/0013418-9 PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. REMÉDIO CONSTITUCIONAL SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. DELITO DE PERIGO ABSTRATO. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE POTENCIALIDADE LESIVA NA CONDUTA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. (...) 3. Conforme reiterada jurisprudência desta Corte, o crime do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo abstrato e dispensa a demonstração de potencialidade lesiva na conduta, configurando-se pela simples condução de veículo automotor em estado de embriaguez. 4. No caso, a paciente foi submetida a teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro) e ficou constatado que dirigia veículo automotor com concentração alcoólica igual a 0,37 mg/l de ar expelido pelos pulmões, valor este que supera o limite legal. Assim, o fato é típico e não há que se falar em trancamento da ação penal. 5. Habeas corpus não conhecido. (STJ – HC: 231566 RJ 2012/0013418-9, Relator: Ministro Og Fernandes, Data de Julgamento: 11/06/2013, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe: 28/06/2013).

STF - RHC 110.258, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 24.5.12 e HC 109.269, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe 11.10.2011: “RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306 DA LEI Nº 9.503/97). ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO TIPO POR SER REFERIR A CRIME DE PERIGO ABSTRATO. NÃO OCORRÊNCIA. PERIGO CONCRETO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência é pacífica no sentido de reconhecer a aplicabilidade do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro – delito de embriaguez ao volante –, não prosperando a alegação de que o mencionado dispositivo, por se referir a crime de perigo abstrato, não é aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro. 2. Esta Suprema Corte entende que, com o advento da Lei nº 11.705/08, inseriu-se a quantidade mínima exigível de álcool no sangue para se configurar o crime de embriaguez ao volante e se excluiu a necessidade de exposição de dano potencial, sendo certo que a comprovação da mencionada quantidade de álcool no sangue pode ser feita pela utilização do teste do bafômetro ou pelo exame de sangue, o que ocorreu na hipótese dos autos. 3. Recurso não provido”.

“HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ALEGAÇÃO DE

INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO TIPO PENAL POR TRATAR-SE DE CRIME DE PERIGO ABSTRATO. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - A objetividade jurídica do delito tipificado na mencionada norma transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção de todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas. II - Mostra-se irrelevante, nesse contexto, indagar se o comportamento do agente atingiu, ou não, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado. Precedente. III No tipo penal sob análise, basta que se comprove que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que esteja caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado e, portanto, configurado o crime. IV Por opção legislativa, não se faz necessária a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal . V Ordem denegada”.

Ademais, antes da nova lei, para que ocorresse o crime era necessária a infração de trânsito de embriaguez, mais a situação de perigo concreto que tal infração proporcionaria, ou seja, a diferença para a infração e o crime residia na situação de perigo. Posteriormente, com as novas disposições trazidas pela Lei Seca, a diferença passou a ser a concentração de álcool por litro de sangue (GIRÃO, 2018).

No que tange à infração de trânsito por embriaguez, esta encontra-se disposta no artigo 165 do CTB, *in verbis*:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

Infração - gravíssima; (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012) (BRASIL, 1997).

Segundo a Resolução 432/13 do CONTRAN, para que a infração seja caracterizada, será necessário exame de sangue que apresente qualquer concentração de álcool por litro de sangue; teste de etilômetro (bafômetro) com

medição realizada igual ou superior a 0,05 miligrama de álcool por litro de ar alveolar expirado (0,05 mg/L), descontado o erro máximo admissível ou sinais de alteração da capacidade psicomotora (LEGISWEB, 2013).

Se, ainda, o condutor não se submeter a esses testes, aplica-se o disposto no § 3º do artigo 277 do CTB, ora transcrito:

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165-A deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 13.281, de 2016) (BRASIL, 1997).

Frisa-se, também, sobre a modificação trazida pela Lei nº 12.760/2012, na qual a configuração do crime ocorre, bastando ser provado que a capacidade automotora do agente foi alterada por influência do álcool ou qualquer outra substância (GIRÃO, 2018).

A Resolução 432/13 também dispõe sobre a caracterização do crime de embriaguez, em seu art. 7º, elencando as hipóteses que geram a configuração do crime, bem como os números de nível do álcool no organismo do agente condutor que devem ser atestados nos testes (LEGISWEB, 2013).

3.2.6 Posse de Drogas ou Entorpecentes para Consumo Pessoal

O crime de posse de drogas ou entorpecentes encontra-se disposto no artigo 28 da Lei nº 11.343/06, a Lei de Drogas. A nova Lei de Drogas surgiu trazendo diversas inovações para o meio jurídico, no que tange ao tratamento penal para os usuários e traficantes de drogas ou demais substâncias entorpecentes.

Na lei anterior que regulava acerca do tráfico de drogas, Lei nº 6.368/1976, o tratamento dado ao traficante e ao usuário era equiparado. Nos artigos 12 e 16 da referida lei, ambos eram submetidos à privação de liberdade, em graus diferentes (MELLO, 2017).

Conforme citado anteriormente no tópico 2.5 do presente trabalho, antes da edição da Lei de Drogas em 2006, já existia a discussão acerca da validade do seu

artigo 16, o qual punia o usuário com penas privativas de liberdade, haja vista que se encontrava em oposição ao princípio da ofensividade. Após a alteração trazida pela Lei nº 11.343/06, a discussão persistiu, porquanto a prática do uso de drogas permaneceu sendo descrita como crime.

A inovação, todavia, tratou de despenalizar a conduta, ou seja, houve imposição de uma medida somente descarcerizadora, pois o novo tipo penal não prevê nenhuma pena privativa de liberdade, proibindo, ainda a sua prisão em flagrante, conforme elenca o artigo 48 § 2º da Lei nº 11.343/06 (GRECO, 2012).

Eis o referido artigo com a mudança advinda da nova Lei, abaixo transcrito:

Art. 48. O procedimento relativo aos processos por crimes definidos neste Título rege-se pelo disposto neste Capítulo, aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal.

[...]

§ 2º Tratando-se da conduta prevista no art. 28 desta Lei, não se imporá prisão em flagrante, devendo o autor do fato ser imediatamente encaminhado ao juízo competente ou, na falta deste, assumir o compromisso de a ele comparecer, lavrando-se termo circunstanciado e providenciando-se as requisições dos exames e perícias necessários (BRASIL, 2006).

Desta forma, a proibição da posse de drogas para consumo próprio, em quantidade que não viole quaisquer bens jurídicos alheios tutelados fere o princípio da lesividade, visto que não ocorre lesão para caracterizar o crime. Por este mesmo motivo, trata-se de um crime de perigo abstrato, pois somente a conduta propiciadora da ameaça de perigo configura o crime.

Em relação à despenalização ocorrida no que tange ao artigo 28 da Lei Antidrogas surgiram algumas correntes, a fim de expor o ocorrido diante da inovação da lei.

A primeira afirma que houve uma descriminalização formal da conduta de posse de drogas para uso próprio, de forma que o artigo 28 da Lei Antidrogas representaria uma “infração penal *sui generis*”, pois não se encaixa no conceito de crime nem de contravenção penal. Em suma, a inovação legal retira o caráter

criminoso da conduta do agente, porém esta permanece elencada no Direito Penal (GOMES, 2007).

Tal tese é apoiada no Decreto Lei nº 3.914/41 – LICP, em seu artigo 1º, o qual dispõe que é considerado crime ou infração penal a lei que comina pena de detenção ou reclusão, isoladamente, alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa (BRASIL, 1941).

Desta forma, conforme a LICP, deve haver uma pena restritiva de liberdade para que a conduta do agente seja considerada crime ou infração penal.

A segunda corrente, minoritária, expõe que o ocorrido com a inovação foi uma descriminalização substancial, ou seja, houve abolitio criminis, de forma que o artigo 28 não deveria sequer fazer parte do Direito Penal (MELLO, 2017).

A terceira corrente, majoritária, entende que o artigo 28 ainda é crime, tendo ocorrido somente uma despenalização, haja vista que, com a inovação, é possível adotar medidas substitutivas ou alternativas, a fim de restringir a aplicação da pena de prisão, sem rejeitar o caráter criminoso da conduta (LIMA, 2016).

Neste sentido, encontra-se pacificado o entendimento do STF:

POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL: (ART. 28 DA L. 11.343/06 – NOVA LEI DE DROGAS): NATUREZA JURÍDICA DE CRIME – 1. O art. 1º da LICP – que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção – não obsta a que Lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime – como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 – pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela Lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto desapareço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas”, só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão “reincidência”, também não se pode emprestar um sentido “popular”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas

de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolitio criminis (C. Penal, art. 107). II. Prescrição: Consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado. (STF – RE-QO 430105 - RJ - 1ª T. - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - DJU 27.04.2007).

3.2.7 Tráfico de Drogas ou Entorpecentes

O crime de tráfico de drogas está previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343 de 2006, definindo, em seu *caput*, como típica a conduta de importar drogas ou, ainda, exportar, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, entre outras condutas, determinando pena de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa (BRASIL, 2006).

O referido artigo do dispositivo legal traz, ainda, em seu § 1º condutas equiparadas às penas estipuladas no *caput*, enquanto os §§ 2º e 3º elenca comportamentos com penas diferenciadas.

A jurisprudência majoritária adota o tráfico de drogas como perigo abstrato, devido ao risco de dano à saúde pública propiciado pela conduta típica descrita no tipo penal.

Neste sentido, entende o STF:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PEDIDO DE EXTENSÃO DA ORDEM CONCEDIDA A CORRÉU. ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRISÃO EM FLAGRANTE POR TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. INDEFERIMENTO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PEDIDO DE EXTENSÃO DEFERIDO. I – No caso sob exame, o indeferimento do pedido de liberdade provisória formulado pelo ora requerente também se fundou na necessidade de se preservar a ordem pública em razão da gravidade abstrata dos delitos e por conveniência da instrução criminal, fazendo-se alusão ao potencial intimidados em crimes dessa natureza, fundamentos insuficientes para manter o requerente na prisão. II – Segundo remansosa jurisprudência desta Corte, não basta a gravidade do crime e a afirmação abstrata de que os réus oferecem perigo à sociedade e à saúde pública para justificar a imposição da prisão cautelar. Assim, o STF vem repelindo a prisão preventiva baseada apenas na gravidade do delito, na comoção social ou em eventual indignação popular dele decorrente, a exemplo do que se decidiu no HC 80.791/SP, relatado pelo Ministro Celso de Mello. III – Requerente que se encontra em situação fático-processual mais favorável do que o paciente beneficiado neste writ, pois foi condenado apenas pelo delito de tráfico ilícito de drogas, sendo absolvido do crime de associação para o tráfico, o que faz incidir o artigo 580 do Código de Processo Penal. IV – Extensão da ordem concedida para

colocar o ora requerente em liberdade provisória, devendo ser expedido o respectivo alvará de soltura somente se por outro motivo não estiver preso (STF – EXTENSÃO NO HABEAS CORPUS : HC 110132 SP - 2ª T. - Rel. Min. Ricardo Lewandowski - DJU 24.04.2012, DJe – 094 DIVULG 15.05.2012 PUBLIC 15.05.2012).

Desta forma, percebe-se que os crimes de tráfico de drogas são crimes de perigo abstrato, de forma já pacificada pela jurisprudência, em razão do perigo coletivo que tal conduta proporcionam para a saúde pública.

Ademais, conforme a jurisprudência apresentada, a gravidade do crime, bem como o fato deste ser inafiançável, assim dispondo a Constituição Federal de 1988, não coloca em risco o direito à liberdade do acusado, circunstância que será debatida no capítulo seguinte.

4 A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO FACE AO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

Inicialmente, como anteriormente abordado, vale lembrar que os crimes de perigo abstrato são aqueles configurados pela conduta do agente que possibilita ameaça de perigo ao bem jurídico alheio. Basta a ameaça para sua caracterização, sendo dispensável a efetiva lesão.

Por outro lado, segundo o princípio constitucional da ofensividade, também abordado anteriormente no presente estudo, apesar de não estar explicitamente elencado na Constituição Federal de 1988, é de indubitável importância dentro do ordenamento jurídico, uma vez que, a própria Constituição preza que seja punível o resultado relevante, a fim de evitar abusos do poder Estatal.

No artigo 13 do Código Penal vigente, é elencado que o crime para existir depende do seu resultado, e, além disso, só é imputável tal crime quem lhe deu a causa (BRASIL, 1940).

Desta forma, é esperado um resultado concreto e relevante, juridicamente falando, para que o crime seja configurado e o agente, conseqüentemente punido nos termos elencados da norma penal.

Entretanto, o legislador, ao descrever os crimes de perigo abstrato contidos na lei, considerou se ater também à importância da função preventiva que possui o Código Penal, objetivando evitar a ocorrência de lesões aos bens jurídicos protegidos, e, assim, ampliar a proteção aos interesses tutelados pelo Direito (CASARIL, 2015).

Nas palavras de Bottini:

A técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado externo. Trata-se de prescrição normativa cuja completude se restringe à ação, ao comportamento descrito no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato, ao contrário do que ocorre com os delitos de lesão ou de perigo concreto (2007, p. 111).

Diferentemente dos crimes de perigo concreto, nos crimes de perigo abstrato, a constatação de perigo real é dispensável, porquanto a lesão é presumida, não

havendo a necessidade de lesão concreta comprovada para que o crime seja configurado, basta a conduta que proporcione ameaça de tal lesão.

Assim, os crimes de perigo abstrato também são conhecidos como crimes de mera conduta, visto que não há indicação do resultado na descrição penal do tipo, somente o comportamento do agente é suficientemente relevante (BOTTINI, 2012).

Aborda-se que, de um lado, têm-se os princípios constitucionais, garantidores da defesa do cidadão contra o arbítrio estatal. De outro, tem-se a finalidade da existência de todos os tipos penais: a proteção do bem jurídico tutelado, assegurando que quaisquer lesões aos bens sejam repreendidas, punidas, e, ainda, evitadas.

Ressalta-se, que embora o princípio da lesividade sustente grande importância no Direito Penal, este não é o único. A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 5º e 6º, os quais retratam os direitos e deveres individuais, e os direitos fundamentais sociais, respectivamente, assevera o direito à segurança aos indivíduos (CASARIL, 2015).

Tal circunstância conflitante entre o princípio da ofensividade e os crimes de perigo abstrato deve ser analisada também sob a ótica da sociedade de risco. É clarividente que os riscos sempre estiveram presentes, todavia, com a globalização e sua conseqüente modernização, eles surgem de formas e graus diversos (ORTEGA, 2015).

O Direito Penal surge nesse preâmbulo a fim de suprimir tais riscos, buscando alternativas eficazes para garantir a segurança de todos os cidadãos, porquanto é direito garantido pela CF/88. Tais alternativas traduzem-se em sanções impostas pela lei, desde aquelas restritivas de direitos e privativas de liberdade, até medidas educativas a fim de inserir o indivíduo na sociedade, alertando-o sobre o risco da conduta típica cometida, como exemplo, tem-se o artigo 28, III da Lei nº 11.343/06.

O direito à segurança aparece na Constituição Federal, elencada no caput do art. 5º, bem como em seu art. 6º. Todavia, enquanto no primeiro ela se apresenta como garantia individual, no segundo trata-se da segurança pública, a qual deve ser proporcionada pelo Estado, pois é seu dever. Além disso, é exercida, conforme

exposto no artigo 144, para preservação da ordem pública, bem como do patrimônio e incolumidade das pessoas (LENZA, 2014).

Desta forma, nota-se que, de um lado, há o direito à segurança, inerente aos cidadãos da sociedade, devendo ser proporcionado pelo Estado, em todos os âmbitos e, pelo âmbito do Direito Penal, é externado pelo *jus puniendi*; de outro lado, há também os direitos do acusado, os quais devem ser respeitados, a fim de evitar os abusos estatais.

Em suma, insta valer-se das palavras de Gonçalves *apud* Lenza:

Entre os desafios para a implementação dos direitos fundamentais encontra-se o uso proporcional do Direito Penal: de adversárias daqueles direitos, viram-se as sanções penais alçadas a instrumento necessário para sua proteção. Esta transposição não foi retilínea, nem está acabada. A busca por um Direito Penal Proporcional, que não descure das garantias fundamentais das pessoas investigadas, acusadas e sancionadas, nem deixe à míngua vítimas de graves ofensas a direitos, é incessante. O caminho que se apresenta para este fim é o da exegese constitucional, de onde se pode haurir a normativa que há de dirigir a atuação do Estado (2014, p. 1117).

Logo, evidencia-se o duplo aspecto do Direito Penal, qual seja a função de limitar o poder de intervenção estatal na esfera dos direitos fundamentais individuais, bem como combater o crime, protegendo ambos os lados: tanto o agente infrator contra os abusos dos agentes estatais, tanto os membros da sociedade contra os abusos do referido agente (TOLEDO, 1982).

Isto posto, percebe-se a necessidade em analisar os princípios, as garantias, direitos e deveres constitucionais como um todo, prezando pela igualdade pregada pela própria Constituição. Nesse prisma, nota-se que o princípio da ofensividade não pode ser considerado, de fato, absoluto.

Frisa-se que a dogmática constitucional moderna defende que os direitos fundamentais passaram a ter um novo papel, constituindo como parte desse papel a função de limitar o arbítrio estatal: a proibição de excesso. Tal função é a clássica, e, diante da modernidade, inclui-se, ainda, uma nova atribuição de obrigar o Estado a atuar na proteção dos direitos fundamentais: a proibição de insuficiência (BALTAZAR, 2010).

Logo, o delito deve ser visto sob ambas as óticas, seja do autor deste, seja da vítima não podendo haver qualquer sobreposição de uma à outra, objetivando uma imunidade aos cidadãos contra o abuso do Estado, e não uma impunidade (CASARIL, 2015).

Neste sentido, em relação às normas constitucionais, as quais se referem à criminalização ou despenalização de condutas, aborda Feldens *apud* Casaril:

Uma imposição – relativa, em seus próprios termos – dirigida ao legislador penal para que construa os tipos penais em consonância ao mandato constitucional e, ao mesmo tempo, uma vedação a que proceda a uma radical despenalização de condutas que culmine por retirar integralmente a proteção ao bem jurídico objeto do mandato de criminalização (2005, p. 78).

Diante de todo o exposto, nesta conjuntura definem-se os crimes de perigo abstrato. Surgem de forma a sanar o direito dos cidadãos à segurança, bem como o dever do Estado de assegurar isto a todos.

O tráfico de drogas ou entorpecentes, assim como a posse de drogas para consumo pessoal, abordado no tópico 3.2.6 do presente trabalho, também é um crime de perigo abstrato. A lesão é presumida, e esta se refere à possibilidade de dano à incolumidade e saúde pública.

A partir daí, vale expor que a Constituição, em seu artigo 5º, XLIII, elenca o tráfico de drogas como crime inafiançável, insuscetível de graça ou anistia. Logo, não há que se afastar a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, posto que estão expressamente dispostos na própria Constituição, como a exemplo, o crime de tráfico de drogas.

Vale ressaltar que o STF tem entendido como inconstitucional a proibição de concessão de liberdade provisória contida no artigo 44 da Lei Antidrogas, confirmando-se por meio do julgamento do HC 104.339, afetado à 2ª Turma (Relator: Ministro Gilmar Mendes, j. 10.05.2012, DJE de 06.12.2012). Tal decisão foi proferida em controle difuso, pelo que o Tribunal autorizou os Ministros a decidirem monocraticamente quaisquer *habeas corpus* que tenha somente como fundamento o artigo 44 da referida lei (LENZA, 2014).

Nota-se, portanto, que o fato de serem crimes inafiançáveis não impede a liberdade provisória, ponderando-se com os demais preceitos contidos na CF/88, quais sejam o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º, III; o princípio da presunção da inocência, elencado no artigo 5º, LVII; e o princípio do devido processo legal, explícito também no artigo 5º, em seu inciso LIV (LENZA, 2014).

Diante disso, uma vez elencada pelo legislador a conduta típica de um crime de perigo abstrato, não há que se falar em inconstitucionalidade destes, posto que estão explicitamente garantidos pela Lei Maior, norteadora de todo o ordenamento jurídico.

O princípio da lesividade denota proteção ao agente da conduta típica, no sentido de ser imputável ao mesmo somente o resultado de sua conduta. Todavia, de semelhante modo que os crimes inafiançáveis não têm a restrição da liberdade do indivíduo como absoluta, assim são os princípios.

O leque de princípios garantidores dos direitos fundamentais do agente é extenso, visando inibir o abuso estatal. Entretanto, a proteção apontada não se assimila à impunidade, pelo que tais princípios, eventualmente, são postos frente a frente, sendo sempre considerada a importância de garantir a igualdade dos cidadãos, relativizando o suposto absolutismo das referidas normas. Salienta-se, ainda, que no âmbito jurídico, nada é absoluto, tudo tende a ser relativizado, em algum momento.

Ora, os crimes de perigo abstrato são de extrema relevância dentro do Direito Penal, oriundos de uma sociedade modernizada, com maiores riscos, e, portanto, necessitando de maior atenção e maiores cuidados, abrangendo alternativas com finalidade de evitar comportamentos típicos e ilícitos, e, por conseguinte, seus respectivos resultados lesivos.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, observa-se que, os princípios constitucionais do Direito Penal buscam garantir a plenitude dos direitos e garantias individuais de todos os cidadãos. Em análise ao princípio da ofensividade, concomitantemente aos crimes de perigo abstrato, contudo, nota-se a existência de um conflito para a aplicação de ambos, tendo em vista que o princípio impossibilitaria a descrição do tipo penal dos referidos crimes.

Verificam-se, assim, as definições e características peculiares, tanto dos princípios quanto dos crimes de perigo abstrato, expondo, ao final, a problemática envolvida no sentido que o princípio da ofensividade fere os crimes de perigo abstrato, uma vez que o referido princípio elenca como típica a conduta a qual propicia efetiva lesão ao bem jurídico, ao passo que os crimes estudados descrevem o comportamento infracional que proporcione a mera possibilidade de dano, considerando a lesão, nesse caso, como presumida e não comprovada.

Desta forma, colocando o princípio da ofensividade em superposição, seria possível definir os crimes de perigo abstrato como inconstitucionais. Todavia, não só o Direito Penal, mas todo o ordenamento jurídico é amplo e, em muito, baseia-se em condições. Portanto, é arriscado estabelecer a inconstitucionalidade de uma conduta expressamente elencada nos dispositivos legais supramencionados durante o presente estudo.

Ora, os princípios são de extrema relevância para a aplicação da justiça, contudo, sua predominância não deve ser considerada absoluta, sendo necessário analisar cada caso concreto com suas especificidades. Embasando-se nas jurisprudências apresentadas, bem como leis, é possível demonstrar que os crimes de perigo abstrato possuem implicitamente dispositivos legais que norteiam sua aplicação, inclusive na Constituição Federal de 1988.

Ademais, é importante analisar a aplicação dos crimes de perigo abstrato dentro da sociedade de risco, sob o prisma do direito à segurança, sem somente se ater à imperiosidade do princípio da ofensividade, posto que os princípios, como já

abordado, possuem natureza abstrata, e sua sobreposição às normas deve ser vista de forma diversa, dependendo do caso concreto em questão.

Isto posto, no que tange aos crimes de perigo abstrato, estes surgem de modo a inibir a possibilidade de lesão ao bem jurídico tutelado, a fim de garantir a segurança de todos os cidadãos da sociedade. Sua constitucionalidade é constatada, visto que, a própria Constituição determina um crime de perigo abstrato como inafiançável, por conta da sua periculosidade de ameaça à incolumidade pública.

O direito à segurança e à saúde pública são direitos fundamentais dispostos na Constituição de 1988 como garantias a todos os indivíduos da sociedade. Neste sentido, deve-se ater a tais garantias, prezando pela sua efetividade, com medidas de segurança, sendo a descrição do tipo penal dos crimes de perigo abstrato uma dessas medidas.

Sendo assim, embora o princípio da ofensividade tenha uma relevância incontestável dentro do Direito Penal, esta não é suficiente para definir os crimes de perigo abstrato como inconstitucionais, visto que os últimos visam propiciar segurança aos cidadãos em meio a todos os riscos do dia a dia, que cada vez mais, tornam-se maiores.

Portanto, os crimes de perigo abstrato são essenciais para a manutenção da segurança e da saúde pública, tendo como espoco proporcionar a efetivação da garantia fundamental destas para todos dentro do corpo social, e, ainda, fundamentando-se, constitucionalmente, nos devidos dispositivos legais.

6 REFERÊNCIAS

ADASZ, Arnaldo. Os crimes de porte ilegal de arma de fogo. Breve estudo dos tipos penais dos artigos 14 e 16 do Estatuto do Desarmamento. In **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4539, 5 dez. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/43816> Acesso às 01:10 em 13/10/2018.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BARBOSA, Karine Andréa Eloy. **Teoria da Imputação Objetiva**. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1232/Teoria-da-Imputacao-Objetiva>> Acesso às 22:46 em 12/10/2018.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica Ao Direito Penal Brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta**. In: Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstratonao-sao-mera-conduta>>. Acesso às 22:42 em 14/10/2018.

BRASIL. **Código Penal de 1830**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm> Acesso em 06/10/18 às 19:31.

_____. **Código Penal de 1890**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm> Acesso em 06/10/18 às 19:31.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Brasília, Distrito Federal: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso às 22:20 em 01/04/2018.

_____. **Estatuto do Desarmamento.** 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.826compilado.htm > Acesso às 20:19 em 12/10/2018.

_____. **Decreto nº 3.665, de 20 de novembro de 2000.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3665.htm > Acesso às 22:07 em 13/10/2018.

_____. **Decreto nº 5.123, de 1º de julho de 2004.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/decreto/d5123.htm > Acesso às 22:08 em 13/10/2018.

_____. **Decreto-lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm > Acesso às 20:16 em 14/10/2018.

_____. **Lei nº 13.497, de 26 de outubro de 2017.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2017/Lei/L13497.htm > Acesso às 22:10 em 13/10/2018

_____. **Lei de Introdução ao Código Penal.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm > Acesso em 06/10/18 às 19:31.

_____. **Lei nº 12.760, de 20 de dezembro de 2012.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2012/Lei/L12760.htm > Acesso às 00:26 em 14/10/2018.

_____. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm > Acesso às 17:07 em 14/10/2018.

_____. **Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/lei/l11705.htm > Acesso às 23:20 em 13/10/2018.

_____. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm> Acesso às 23:05 em 13/10/2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal.** 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASARIL, Letizia. Um Exame dos Crimes de Perigo Abstrato à Luz da Constituição de 1988. In **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 77, maio 2015 – agosto 2015, p. 89-106. Disponível em: <http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1472580657.pdf> Acesso às 23:20 em 14/10/2018

CASTRO, Marcela Baudel de. **Artigos. A Culpabilidade No Direito Penal Brasileiro.** 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23766/a-culpabilidade-no-direito-penal-brasileiro/>> Acesso às 18:22 em 12/10/2018.

CONJUR, Revista Consultor Jurídico. **Não cabe prisão para quem guarda munição sem arma de fogo, diz 2ª Turma do STF.** 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-27/nao-cabe-prisao-quem-guarda-municao-arma-stf>> Acesso às 22:57 em 12/10/2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei 13.497/17: Torna hediondo o crime de posse ou porte de arma de fogo de uso restrito.** São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2017/10/28/lei-13-49717-torna-hediondo-o-crime-de-posse-ou-porte-de-arma-de-fogo-de-uso-restrito/>> Acesso às 22:25 em 13/10/2018.

DICIONÁRIO. **De minimis non curat praetor.** Disponível em: <<https://www.dicionariodelatim.com.br/de-minimis-non-curat-praetor/>> Acesso às 22:55 em 16/10/2018.

GANEM, Pedro Magalhães. **Posse ou porte de arma de uso restrito passou a ser crime hediondo.** 2017. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/posse-porte-arma-crime-hediondo/>> Acesso às 22:27 em 13/10/2018.

GIRÃO, Marcos. **10 Anos de Lei Seca e o Crime do Art. 306 do CTB.** 2018. Disponível em: <https://dhg1h5j42swfq.cloudfront.net/2018/06/19085523/Artigo-Lei-Seca_Jun_18.pdf> Acesso às 23:16 em 13/10/2018.

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

GOMES, Luiz Flávio (coord.). **Lei de Drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343/06**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**, Vol. 1. 14 ed. Niterói: Impetus, 2012.

_____. **Curso de Direito Penal, Parte Geral**, Vol. 1. 16 ed. Niterói: Impetus, 2014.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, Parte Geral**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEGISWEB. **Resolução CONTRAN nº 432 de 23/01/2013**. 2013. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=250598>> Acesso às 00:23 em 14/10/2018.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada: volume único**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MELLO, Bernardo de. **Descriminalização ou despenalização: o que aconteceu com a conduta de porte de drogas para consumo pessoal?** Ceará, 2017. Disponível em: <<https://direitodiario.com.br/descriminalizacao-ou-despenalizacao-porte-de-drogas-para-consumo-pessoal/>> Acesso às 17:22 em 14/10/2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **Vivemos em uma sociedade de risco?** 2015. Disponível em: <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/319664676/vivemos-em-uma-sociedade-de-risco>> Acesso às 11:52 em 15/10/2018.

RESTANI, Diogo Alexandre. **Juizados Especiais Criminais e a Lei Maria da Penha**. 2018. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10704/Juizados-Especiais-Criminais-e-a-Lei-Maria-da-Penha>> Acesso às 20:00 em 12/10/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro aplica princípio da insignificância e absolve condenado por posse de uma munição de fuzil**. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=365463>> Acesso às 20:30 em 12/10/2018.

_____. STF – RE-QO 430105 - RJ - 1ª T. - Rel. Min. Sepúlveda Pertence - DJU 27.04.2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=443566>> Acesso às 20:11 em 14/10/2018.

_____. HC 149450, 0012626-69.2017.1.00.0000, Distrito Federal, Rel: Min. Celso de Mello. 2017. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5294713>> Acesso às 20:30 em 12/10/2018.

_____. STF - RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS: RHC 110258 DF, 1ª T. Rel: Min. Dias Toffoli. 2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21809384/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-110258-df-stf/inteiro-teor-110459280?ref=juris-tabs>> Acesso às 21:14 em 21/10/2018.

_____. STF – EXTENSÃO NO HABEAS CORPUS : HC 110132 SP - 2ª T. – Rel: Min. Ricardo Lewandowski. 2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21809613/extensao-no-habeas-corpus-hc-110132-sp-stf>> Acesso às 21:32 em 21/10/2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Posse de munição de uso restrito sem arma de fogo, por si só, não caracteriza crime**. 2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Posse-de-muni%C3%A7%C3%A3o-de-uso-restrito-sem-arma-de-

[fogo,-por-si-s%C3%B3,-n%C3%A3o-caracteriza-crime>](#) Acesso às 20:54 em 12/10/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça STJ - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL: EDcl no AgRg no REsp 1700630 RS 2017/0250694-8. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/637042465/embargos-de-declaracao-no-agravo-regimental-no-recurso-especial-edcl-no-agrg-no-resp-1700630-rs-2017-0250694-8> > Acesso às 22:33 em 12/10/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça STJ - HABEAS CORPUS: HC 231566 RJ 2012/0013418-9, 6ª T. Rel.: Ministro OG FERNANDES. 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23614258/habeas-corporus-hc-231566-rj-2012-0013418-9-stj>> Acesso às 22:39 em 12/10/2018.

_____. REsp nº 1710320/RJ (2017/0299213-7) autuado em 21/11/2017, 0006189-61.2015.8.19.0002, TJRJ, Rel.: Min. Jorge Mussi, 5ª Turma. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201710320>> Acesso às 21:26 em 12/10/2018.

SUZIGAN, Mario Henrique Ribeiro. Portar arma desmuniada ou portar somente munição pode ser considerado crime?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10190>. Acesso às 21:39 em 12/10/2018.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1982.