

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p586-612>

A IMPRESCINDIBILIDADE DA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA LESIVIDADE COMO GARANTIA DE UM DIREITO PENAL MÍNIMO

THE IMPERATIVE ANALYSIS OF THE PRINCIPLE OF PREFERENCE AS A GUARANTEE OF A MINIMUM CRIMINAL RIGHT

RVD

Recebido em

24.01.2024

Aprovado em.

21.05.2024

Amanda Luiza Nunes Soares¹

RESUMO

O presente artigo em tela tem por objetivo uma análise detida do axioma A4 proposto pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli em seu livro “Direito e Razão”, obra na qual consagra a teoria do garantismo penal. Assim sendo, realizou-se um estudo acerca da origem do bem jurídico tutelado pelo Estado e seus reflexos como limite da intervenção penal estatal, consubstanciado com o princípio constitucional da lesividade/ofensividade. Para isso, a metodologia utilizada foi por meio de um viés bibliográfico com enfoque dogmática penal e teoria do garantismo penal, sob o método hipotético-dedutivo. Apresenta-se a discussão sobre a intervenção estatal necessária para tutelar perigos ao bem jurídico penalmente relevante na contemporaneidade da sociedade de risco, bem como o surgimento de novos bens jurídicos ofendidos com a tutela dos direitos difusos/metajurídicos. Explana-se, ainda, sobre a legitimidade dos crimes de perigo, mais precisamente dos crimes de perigo abstrato. Ao final, conclui-se pela baliza e ponderação entre o princípio da lesividade e o da precaução pautado na intervenção mínima estatal em cada caso envolvendo esses tipos penais.

PALAVRAS-CHAVE: Garantismo Penal; Intervenção Estatal; Bem Jurídico; Lesividade.

ABSTRACT

The purpose of this article is a detailed analysis of axiom A4 proposed by the Italian jurist Luigi Ferrajoli in his book “Law and Reason”, a work in which he enshrines the theory of criminal

¹ Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Pesquisadora do Grupo “Imputação ao Método Penal” (CNPq) da PUC MINAS. Extensionista coordenadora do Grupo de Execução Penal (CEPEX). amandasoares198@hotmail.com. ORCID:<https://orcid.org/0000-0002-5984-0720>

O presente trabalho foi realizado com o apoio da Fundação de Amparo à pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG)– Código de Financiamento PAPG – Direito (Mestrado).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p586-612>

guarantees. Therefore, a study was carried out on the origin of the legal asset protected by the State and its consequences as a limit of state criminal intervention, substantiated with the constitutional principle of harmfulness/offensiveness. For this, the methodology used was through a bibliographical bias with a focus on criminal dogmatics and theory of criminal guarantees, under the hypothetical-deductive method. A discussion is presented on the state intervention necessary to protect dangers to criminally relevant legal assets in the contemporary risk society, as well as the emergence of new legal assets offended by the protection of diffuse/metalegal rights. It also explains the legitimacy of dangerous crimes, more precisely of abstract dangerous crimes. In the end, it is concluded by the guideline and consideration between the principle of harmfulness and that of precaution based on minimum state intervention in each case involving these criminal types.

KEYWORDS: Criminal Guarantee. State Intervention. Good Legal. Harmfulness.

1 INTRODUÇÃO

O direito penal é um importante instrumento para limitação do *ius puniendi* do Estado, ressaltando a importância de seus limites e suas funções dentro da sociedade. Ademais, nessa senda, observa-se que a teoria do bem-jurídico ocupa um lugar de destaque e evidencia como um sustentáculo de limitação desse poder estatal, bem como serve como um aparato garantista frente a criminalização.

Dessa forma, urge compreender quando se deve recorrer ao direito penal e qual a importância do papel do bem jurídico nessa seara, haja vista que atualmente, se vive em uma sociedade em que os riscos crescem cada vez mais, atingindo novos bens jurídicos. À medida que esses riscos expandem, aumenta também a sensação de insegurança. Sendo assim, a sociedade tem buscado novas formas de contenção desses riscos.

Nesse sentido, as ciências jurídico-penais apresentam uma série de métodos que vislumbram abarcar as novas disposições da sociedade atual. Um direito penal que não considerasse as novas e inúmeras maneiras de agressão a novos bens jurídicos não seria totalmente eficaz.

Contudo, faz-se mister considerar que o Direito Penal deve agir como *ultima ratio*, isso é, somente deve intervir para proteger bens jurídicos penalmente relevantes, isto é, bens dotados de certa lesividade. Assim sendo, o estudo do princípio da

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p586-612>

lesividade e da teoria do bem jurídico faz-se necessário para estabelecer os limites e alcance do direito penal na sociedade hodierna, sobretudo, frente a técnica legislativa de tutelar novos riscos ao bem jurídico por meio da tipificação de “crimes de perigo abstrato” que possui o condão de evitar o dano real independente de perigo ou lesão ao bem tutelado.

É nesse cenário, portanto, que o presente artigo encontra um fértil campo de discussões quanto a constitucionalidade desses crimes e a consequente insegurança jurídica gerada, frente a colisão dos princípios constitucionais da lesividade, taxatividade, quando do preenchimento somente do preceito primário do tipo penal, e da precaução frente ao surgimento de novos riscos, devendo-se, portanto, avaliar quais os bens que possuem dignidade penal suficiente para sua tipificação como de perigo abstrato.

Mediante a presente pesquisa será possível vislumbrar que, diante da expansão e inflação do Direito Penal, os pressupostos necessários para a intervenção estatal não estão sendo observados, gerando demandas penais desnecessárias, inadequadas e rigorosas.

O presente artigo tem por finalidade aprofundar o conhecimento científico acerca do tema, não esgotando toda a discussão, buscando analisar os crimes de perigo abstrato ante a lesividade e teoria do bem jurídico como ferramentas limitadoras do poder de punir do estado e propiciadoras do direito penal mínimo.

A coleta dos dados supracitados foi realizada através de pesquisa bibliográfica e documental, com abordagem qualitativa com o intuito de relacionar os dados para melhor interpretação do tema.

O presente artigo foi dividido em três capítulos para uma melhor análise sobre o tema. No primeiro capítulo será abordado a relação entre Direito e Moral, a secularização e seus reflexos na definição de bem jurídico. Já no capítulo 3 será apresentado a evolução do conceito de bem jurídico a partir de um estudo da teoria do bem jurídico, sua correlação com o princípio da lesividade e intervenção mínima. Por fim, no capítulo 4, o último, abordará a sociedade de risco frente a emergência de novos riscos e a tutela de bem jurídicos metaindividuais e os crimes de perigo, com

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p586-612>

maior enfoque aos crimes de perigo abstrato.

2 A SECULARIZAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL E SEUS REFLEXOS NA DEFINIÇÃO DE BEM JURÍDICO

Inicialmente, é mister elucidar a importância do marco temporal da secularização entre direito e moral para teoria do bem jurídico e sua relação com o princípio constitucional da lesividade. Em Habermas (1990), o direito não poderá mais procurar um fundamento na tradição, na religião e na moral. Dessa forma, sob a égide de seu pensamento, é defendido pelo autor uma fundamentação discursiva do direito, isto é, um critério deliberativo do justo. Para ele (1990), a filosofia continuará fiel às origens metafísicas enquanto defender que a razão cognoscente se reencontra no mundo estruturado racionalmente.

E continua o autor:

O direito diferencia-se da moral também pelo fato de desobrigar os destinatários, a quem se exige o cumprimento das normas, dos problemas da fundamentação, aplicação e implementação de tais normas, que são, por sua vez, transferidas para os órgãos estatais. O direito moderno tira dos indivíduos o fardo das normas morais e as transfere para as leis que garantem a compatibilidade das liberdades de ação. Estas obtêm sua legitimidade através de um processo legislativo, que, por sua vez, se apoia no princípio da soberania do povo. Com o auxílio dos direitos que garantem aos cidadãos o exercício de sua autonomia política, deve ser possível explicar o paradoxo do surgimento da legitimidade a partir da legalidade. (Habermas, 1997a, p. 115).

O princípio da secularização², de acordo com Luigi Ferrajoli (2002), é a ideia de que inexiste uma conexão entre o direito e a moral. O direito não tem a missão de (re)produzir os elementos da moral ou de outro sistema metajurídico de valores éticos-

² Nelson Saldanha, descreve o processo de secularização como uma "passagem (gradativa) de contextos dominados pelo padrão teleológico (instituições, valores, linguagem) para contextos marcados pelo espírito [leigo], racional e latentemente crítico".

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p586-612>

políticos, mas, tão-somente, o de informar o seu produto de convenções legais não predeterminado ontológico nem tampouco axiologicamente. Mas, por outro lado, salienta o constitucionalista, percebe-se a autonomia da moral com relação ao direito positivo, ou seja, "os preceitos e os juízos morais, com base nesta concepção, não se fundamentam no direito nem em outros sistemas de normas positivas – religiosas, sociais ou de qualquer outro modo objetivas -, senão somente na autonomia da consciência individual" (Ferrajoli, 2002).

Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho (2001), afirmam que a secularização (laicização) é a ruptura entre a cultura eclesial e as doutrinas filosóficas, especialmente entre a moral do clero e a forma de produção da ciência. Por isso, o Estado "não deve se imiscuir coercitivamente na vida moral dos cidadãos e nem tampouco promover coativamente sua moralidade, mas apenas tutelar sua segurança, impedindo que se lesem uns aos outros" (Carvalho, 2001).

Salienta-se, portanto, que a ruptura entre Direito e Moral significou um marco no Direito Penal Liberal, sendo que após o início da secularização o Direito somente passou a se preocupar com aspectos externos das condutas humanas relacionadas com as normas positivadas nos ordenamentos jurídicos, não mais se preocupando com a conduta interna e individual do ser humano, isto é, a conduta imoral.

Sobre essa disrupção leciona o mestre italiano:

A lei penal tem o dever de prevenir os mais graves custos individuais e sociais representados por esses efeitos lesivos e somente eles podem justificar o custo das penas e proibições. Não se pode nem se dever pedir mais ao direito penal. O princípio da separação entre direito e moral veta, por sua vez, a proibição de condutas meramente imorais ou de estados de ânimo pervertidos, hostis ou, inclusive, perigosos (Ferrajoli, 2002).

Assim, observa-se que o sistema jurídico deve elencar critérios para que o Estado possa interferir na liberdade dos cidadãos, isto é, a intervenção penal deve ser somente em situações extremas e pautada no princípio da necessidade e lesividade, não podendo punir tão somente condutas meramente imorais.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p586-612>

Ferrajoli (2002) explicitou que a confusão entre direito e moral não é benéfica para nenhum dos institutos, haja vista que a primeira necessita de arbitrariedade decisionista e a segunda é desvinculada das medidas coercitivas, sendo mais ligada a expressões autônomas e incondicionadas.

Assim sendo, conclui-se que o direito não deve estar subordinado à moral numa sociedade secularizada e pluralista. É nesse contexto que a lesividade emerge como ferramenta capaz de legitimar a intervenção penal, delimitando, por sua vez, materialmente, a expansão do direito penal.

Portanto, para que o direito penal incida sobre determinado fato, este deve lesionar um bem jurídico, não bastando uma suposta ameaça pra concretizar um crime, o pensamento ou intenção tem que se concretizar numa ação ilícita.

O princípio da secularização implica que a sanção penal não deve ter conteúdo nem fins morais. Sendo que a execução da pena não pode ter o escopo de modificar o pensar do apenado, muito menos condicionar seus direitos a esta mudança

Dessa forma, ao longo da história, as visões éticas do direito penal foram se transformando tendo como marco a Revolução Francesa no século XIX até as concepções mais atuais do direito penal moderno, concretizando nas teorias de bem jurídico e sua estrita relação com o princípio da lesividade.

3 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO E O DIREITO PENAL MÍNIMO

Há dois séculos busca-se a identificação de diversas formas de identificação da lesividade, tendo como pressuposto os conceitos de “dano penal”, “objeto do delito” e “bem jurídico”, tendo a história desses conceitos embrionária relação com a história conceitual moderna do delito.

Desta feita, Ferrajoli (2002) afirma que antes de avaliar como punir é necessário saber o que é proibir, uma vez que a proibição antecede a punição.

3.1 Teorias do Bem jurídico

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p586-612>

A priori, no século XVIII, com o advento do iluminismo, o objeto do delito era, necessariamente, um direito subjetivo natural da pessoa, isto é, um bem fundamental como vida, saúde, liberdade física e bens.

Para a Escola Clássica Italiana para que se recorresse a tutela estatal era imprescindível que se tratasse de algo nocivo ao bem-estar alheio, mal material e até mesmo um mal sensível produzido pelo delito no ato de violação do direito em questão. Já na segunda metade só século XIX, à luz do antigarantismo, há um deslocamento dos interesses individuais para o interesse do Estado, posteriormente, materializando-se em interesse na obediência.

Nessa toada:

Seguindo os passos de Hegel desapareceram progressivamente do horizonte das teorias do bem jurídico os interesses materiais dos indivíduos de carne e osso, para deixarem seu lugar, primeiro, aos interesses e à vontade do Estado, e, depois à simples ideia do direito e do Estado (Ferrajoli, 2002).

A partir de uma concepção positivista, para Binding (2004) o Direito só poderia proteger os bens que possuíam certa relevância, não sendo captado pela realidade, mas sim produto de uma eleição do legislador, que por sua vez, permitia um arbítrio irracional.

Nesse sentido, Binding (2004) definiu bem jurídico-penal ³como:

Tudo o que não constitui em si um direito, mas, apesar disso, tem, aos olhos do legislador, valor como condição de uma vida sã da comunidade jurídica, em cuja, manutenção íntegra e sem perturbações ela (a comunidade jurídica) tem, segundo o seu juízo, interesse, e em cuja salvaguarda perante toda lesão ou perigo indesejado, o legislador se empenha através das normas (Binding Apud Andrade, 2004, p.65).

Assim sendo, o conceito de bem jurídico poderia ser visto como entidade “aos olhos do legislador”, externa ao direito e independente dele, sendo que após orientações teleológicas, formalistas e tecnicista o conceito de bem jurídico recai sobre

³BINDING apud ANDRADE, 2004, op. Cit. P.65.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p586-612>

o de norma jurídica, designando a finalidade da lei penal, consagrando, assim, a dimensão formal do bem jurídico.

Contrariamente, Von Lizst (2006) estabeleceu a dimensão material de bem jurídico, ressaltando todo o limite imposto à ação legiferante, ultrapassando as barreiras normativas, buscando justificativas sociais, isto é, o bem jurídico não seria criação do legislador e sim uma identificação por este dado o contexto social para uma posterior proteção pela norma penal.

Liszt (2006) define bem jurídico como:

Chamamos bens jurídicos os interesses que o direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo, ou da coletividade. É a vida, e não o direito, que produz o interesse, mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicílio e o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do poder público. A necessidade origina proteção e, variando os interesses, valem também os bens jurídicos, quanto ao número e quanto ao gênero. (Liszt, 2006, p.93-104).

Dessa forma, segundo o pensamento de Liszt a ordem jurídica não criaria o interesse, uma vez que esse é oriundo das relações sociais⁴.

Assim sendo, conclui que os bens jurídicos são os interesses na medida do respectivo reconhecimento legal, isto é, da proteção que lhes é juridicamente assegurada. Já para Binding bens jurídicos serão as pessoas, coisas e estados, com o significado, densidade e função que o direito lhes prescreve.

Destarte, a partir da ascensão dos movimentos espiritualista e irracionalista na Alemanha no início do século XX, influenciados pela filosofia neokantiana, o conceito de bem jurídico se transforma em critério de deslegitimação externa, retomando os valores éticos-culturais reverberando a confusão entre direito e moral. Ferrajoli (2002) leciona que para os juristas nazistas, com o advento desse novo modelo pautado no

4 Para Liszt, "os interesses surgem das relações dos indivíduos entre si, e dos indivíduos para com o Estado e a sociedade ou vice-versa. Onde há vida, há força que tende a manifestar-se, afeiçoar-se e desenvolver-se livremente. (Ibid., p. 95-96).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p586-612>

subjetivismo ético e no direito penal da vontade, surgem conceitos como os de “violação do dever”, “desvalor da atitude interna” ou “infidelidade ao Estado.

Para tais teorias, o bem jurídico vem a ser "um valor, abstrato, de cunho ético-social, tutelado pelo tipo legal: 'valor ideal da ordem social juridicamente protegido'. O bem jurídico passa a ser entendido como um valor cultural, sendo que:

[...] sua característica básica é, pois, a referência do delito do mundo ao 'valorativo', em vez de situá-lo diretamente no terreno do 'social. Procura-se vinculá-lo à *ratio legis* da norma jurídica - no sentido teleológico de cada tipo penal - o que acaba por convertê-lo em um simples método interpretativo.⁵

É nesse contexto que o bem jurídico abandona seu conteúdo material ao ser interpretado como *ratio legis*.

Desse modo, o Estado passa a ter a função de mandatário da vontade geral. É nesse contexto histórico que surge o Direito Penal Liberal, caracterizado como norma de *ultima ratio*, somente devendo intervir quando outros ramos do direito não forem suficientes para equacionarem o conflito social (ROXIN, 1997, p. 65).

O traço mais relevante do Direito Penal Liberal é que não se pode utilizar o poder punitivo do Estado diante de “quaisquer condutas de potencialidade lesiva ínfima ou conflitos que pudessem ser resolvidos por outras esferas do controle social informal ou formal não-penal” (CARVALHO, 2008, p. 84).

Portanto, observa-se que o conceito de bem jurídico sofreu severas transformações ao longo da história, tendo retomado seu caráter garantista e democrático após a Segunda Guerra Mundial, no qual houve a retomada da função axiológica, tomando como referência a Constituição e utilizado como uma limitação do *ius puniendi*.

Amelung ensaia a tentativa de basear o conceito material de crime e o conceito de bem jurídico, que que seria entendido pela noção de dano social.

5 PRADO, 2003, op.cit, p.37-38).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p586-612>

Consoante apontamentos de Andrade, Amelung ataca frontalmente a teoria do bem jurídico como conteúdo material da norma, pautada em um Direito Penal irracional e restauracionista, à margem de todo controle sociológico. Assim, o crime e o bem jurídico, configurariam a partir de uma visão da teoria da danosidade social.

Para Hassemer (1989) imprescindível é a confirmação de uma danosidade social para a legitimação da intervenção punitiva por parte do Estado. Acrescenta o teórico que os bens não são produto de processos naturais, senão de acordos sociais baseados na experiência. Dessa forma, pode se concluir que os bens não existem, a não ser que sejam produzidos. Mesmo que os bens e interesses estejam ao alcance das pessoas, pode-se afirmar que são de certo modo autônomos, tendo o Direito Penal o papel de proteção, com o condão de analisar o processo constitutivo no qual, desde o ponto de vista do merecimento da pena, analisará sua aptidão para ser protegido penalmente.

Lado outro, o legislador, a quando da criação da lei penal, atua dentro de sua margem de autonomia, “configurando” os bens jurídicos, e não simplesmente “sacando-os da realidade social, perfazendo assim uma função política. Por fim, define o conceito de bem jurídico de um modo genérico como interesse humano necessitado de proteção jurídico-penal.

Assim, em busca de estabelecer o conteúdo do objeto da tutela penal estatal, surge as teorias constitucionalistas, que consideravam as Constituições como parâmetro para a escolha dos bens a serem protegidos pelo Direito Penal. Desse modo, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) adotou em seu bojo princípios limitadores da norma penal, como o princípio da proporcionalidade e ofensividade, sendo o último objeto da presente pesquisa.

A adoção dos princípios acima expostos no texto magno permitiu estabelecer o conceito de Direito Penal Material. Além dos requisitos formais, somente é possível afirmar a legitimidade do direito penal quando ocorre a efetiva lesão de um bem jurídico protegido ou exposição ao perigo concreto (GOMES, 2007, p. 192).

Conclui-se, portanto, que os bens jurídicos devem ser relevantes e possuírem previsão constitucional para incidir a interferência estatal, não sendo possível a criação

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p586-612>

de tipos penais que tutelem bens jurídicos não considerados como relevantes e protegidos pelo legislador.

3.2 Princípio da Lesividade e da Intervenção Mínima

A partir da visão da Constituição como único instrumento legítimo para abarcar e delimitar o bem jurídico-penal, fixando critérios para ponderação de valores, far-se-á estabelecer os limites da criminalização, pelo Direito Penal, estabelecendo quais os bens jurídicos merecem atenção desse braço do Direito, isto é, elencar quais seriam os bens jurídicos penalmente tutelados.

Os princípios funcionam como a base de todo sistema jurídico, permitindo, assim, a germinação com as normas jurídicas. É nesse contexto que o legislador, ao selecionar os bens jurídicos relevantes, deve orientar-se de acordo com princípio da intervenção mínima⁶.

Assim, para que um objeto seja julgado ele deverá ser considerado como um bem para que se justifique a tutela penal estatal, sendo o valor desse bem superior aos bens que não são ofendidos ou aplicados alguma espécie de pena.

Historicamente, este princípio, tem tido um papel essencial na definição do moderno Estado de direito e na elaboração, quando menos teórica, de um direito mínimo, facilitando uma fundamentação não teológica nem ética, senão laica e jurídica, orientado-o para função de defesa dos sujeitos mais frágeis por meio da tutela de direitos e interesses considerados fundamentais (Ferrajoli, 2002).

Maurício Lopes (1997) leciona que, em observância ao princípio da lesividade, o tipo penal possui dois momentos distintos, sendo eles: 1) no processo de escolha de condutas potencialmente ofensivas aos bens jurídicos mais relevantes (momento da

⁶ Batista leciona que " princípio da intervenção mínima foi produzido por ocasião do grande movimento social de ascensão da burguesia, reagindo contra o sistema penal do absolutismo, que mantivera o espírito minuciosamente abrangente das legislações medievais. Beccaria advertia que "proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que delas possam resultar, mas criar outros novos"; e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão prescrevia que a lei não estabelece senão penas "estrita e evidentemente necessárias" (art. VIII) (BATISTA, 2007, op. cit.. p. 84).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p586-612>

produção legislativa – tipicidade formal); e 2) confirmação da ofensa material significativa ou de perigo potencialmente relevante de dano ao bem jurídico tutelado (tipicidade material).

Nesse cenário, sobre o conceito do princípio da lesividade:

Nosso princípio de lesividade, tal como resulta dos critérios já comentados, atua como uma afiada navalha descriminalizadora, idônea para excluir, por injustificados, muitos tipos penais consolidados, ou para restringir sua extensão por meio de mudanças estruturais profundas. Agora irei me referir, em particular, a três classes de delitos a respeito dos quais se realiza esta função restritiva e minimizadora (Ferrajoli, 2002).

O princípio da lesividade constitui fundamento axiológico do primeiro dos três elementos substanciais ou constitutivos do delito: a natureza lesiva do resultado, isto é, dos efeitos que produz. (Ferrajoli, 2002).

De toda sorte, o autor italiano estabeleceu a existência de critérios negativos de deslegitimação, como por exemplo, a irrelevância ou esvaziamento do bem tutelado, a desproporção com as penas previstas, a possibilidade de uma melhor proteção por meio de medidas destituídas de caráter penal e ausência de lesão efetiva por ocasião da conduta proibida, para aplicação do Direito Penal frente aos bens jurídicos tutelados.

Nesse mesmo sentido Luiz Flávio Gomes (2007) pontua que a adoção do referido princípio implica na concepção do delito como um “fato ofensivo típico”, tendo a tipicidade abarcando o resultado jurídico, traduzida, portanto, na soma da tipicidade formal com a material.⁷

Assim sendo, não há crime sem ofensa, e a ofensa é a lesão ou o perigo de lesão ao bem jurídico, considerando que a lesão não pode ser confundida com o conceito de dano material ou físico. Importa ressaltar que a lesividade não significa dano material, sendo a lesão é um conceito jurídico que pode se produzir tanto nos delitos com dano material quanto nos de dano imaterial.⁸

⁷ GOMES, L., 2007, op.cit.p 33-36.

⁸ Ibid., p 36-37

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p586-612>

A ofensa pode ocorrer também através de um perigo concreto de lesão. O perigo é um resultado danoso em potencial, um estado de fato, é a probabilidade de uma lesão⁹.

Nesse sentido, Brandão (2022) estabelece que a substância do tipo é a tutela de um valor. O tipo penal que não tutela um valor é vazio de conteúdo, isto é, não apresenta um resultado jurídico lesivo. Assim, sem o bem jurídico que confira a ele substância, o tipo penal se transforma em um instrumento de arbítrio.

Logo, são queridos os impactos derivados da relação entre bem jurídico e norma.

Temos, portanto, que frente a problemática dos bens jurídicos, a intervenção penal realizada pelo Direito Penal na tutela desses bens deve ser mínima, considerada como *ultima ratio*, legitimando-se pela fonte material da reação punitiva estatal.

Deve-se demonstrar, concretamente, que da ação (perigosa) do sujeito derivou um plus, que é um resultado perigoso, e a possibilidade concreta desse resultado, por si só, gera uma afetação ao bem jurídico.

Acerca da função restritiva do princípio da lesividade, é cediço a divisão em três classes, sendo elas categorizadas pelo critério quantitativo, qualitativo e estrutural, esse último abrangendo os crimes de perigo abstrato que será comentado no próximo capítulo.

4 A SOCIEDADE DE RISCO E OS CRIMES DE PERIGO

A noção de perigo engloba o perigo real e o perigo concreto, podendo afetar pessoas determinadas (bens jurídicos individuais) ou pessoas indeterminadas (bens supra individuais), sendo o perigo concreto limítrofe para antecipação da tutela penal, frente a eclosão de riscos na sociedade moderna.

A sociedade pós-moderna é marcada pela intervenção do Estado nas atividades produtoras de risco, culminando na tutela dos ditos direitos metajurídicos.

Segundo Prado (2003):

⁹ Ibid., p 38.



<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p586-612>

Bens metaindividuais são caracterizados por uma titularidade de caráter não pessoal, de massa ou universal (coletiva ou difusa); estão para além do indivíduo - afetam um grupo de pessoas ou toda a coletividade; supõem um raio ou âmbito de proteção que transcende, ultrapassa a esfera individual, sem deixar, todavia, de envolver a pessoa como membro indistinto de uma comunidade. **Esses bens jurídicos são primordiais para o desenvolvimento das potencialidades do ser humano enquanto pessoa, bem como sua real integração (social, política, cultural e econômica) em uma coletividade organizada** (Prado, 2003, p.103-109 – grifo nosso).

Ultrapassado o reconhecimento dos bens jurídicos penais supra-individuais, acrescenta-se que a classificação supramencionada é a adotada por Prado,¹⁰ Silveira¹¹ e Souza¹², segundo os quais os bens jurídicos supra-individuais (metaindividuais, ultra-individuais, universais, transindividuais, comunitários, sociais, etc.) podem ser institucionais - públicos ou estatais, nos quais a tutela supra-individual aparece intermediada por uma pessoa jurídica de direito público (v.g., administração pública, administração da justiça) -, coletivos - que afetam um número mais ou menos determinável de pessoas (v.g., saúde pública, relação de consumo), e difusos - que têm caráter plural e indeterminado e dizem respeito à coletividade como um todo (v.g., meio ambiente).

Emerge, portanto, a problemática da proteção jurídico-penal de interesses supra individuais, e a aferição acerca da autenticidade de bens jurídicos penalmente relevantes, ou seja, se estes bens constituem interesses autônomos e dignos de proteção por si mesmos, ou se configuram formas de antecipação da tutela penal de bens jurídicos individuais preexistentes.

Assim, a tutela desses direitos metaindividuais, pautada no risco ao bem jurídico tutelado, preconizado na ineficiência dos meios não penais deflagra em uma expansão do direito penal, definida por Sanches (1992).

10 PRADO, 2003, op. cit., p. 109.

11 SILVEIRA, 2006, op. cit., p. 61.

12SOUZA, 2004, op. cit., p. 297-298.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p586-612>

O princípio da precaução, constitucionalmente assegurado, é a chave legitimadora da chamada sociedade de risco proposta por Beck (2013), que é:

É certo que os riscos e perigos, de maneira geral, sempre existiram no seio da sociedade, entretanto, eram qualificados como individuais, previsíveis, determináveis e exteriores àquela. Por isso, não havia ponderações acerca destes fenômenos, uma vez que eram considerados como acontecimentos isolados e não relacionados à ordem social. Deste modo, o elemento caracterizador da sociedade atual não é a existência do risco, mas a dimensão que este adquiriu (Beck,2013).

Dessa forma, com o surgimento de novos riscos o Direito Penal em seu papel de controle social e diminuição dos danos passa a discutir a criminalização desses novos tipos de delito. Nesse sentido, há uma discussão na doutrina sobre o limite da tutela estatal na emergência de novos riscos na sociedade, desdobrando-se em duas correntes: aqueles que defendem a intervenção mínima do Estado consubstanciado no princípio da lesividade e outros que defendem uma intervenção máxima embasado no princípio da precaução.

Portanto, se a função do Direito Penal é a proteção dos bens jurídicos penalmente relevantes, há de se convir que ele pode tutelar novos bens jurídicos, desde que esses sejam penalmente relevante e possuem um grau de ofensividade, de ponto técnico, a justificar a intervenção estatal. Caso contrário, a situação remontaria a criação de diversos tipos penais em branco, com uma falha técnica legislativa em sua aplicação, na medida em que a comprovação da lesão ao bem jurídico seria inócua, afastando, assim, a necessidade da intervenção estatal.

Observa-se, portanto, que já um conflito entre os princípios constitucionais assegurados e a eclosão de novos riscos, devendo ser compatibilizados.

Reconhecer que a tutela dos bens jurídicos supra individuais dá-se tão-somente através dos crimes de perigo, e, principalmente, através do perigo abstrato, é extremamente pernicioso, e causaria um alargamento indevido e indesejado desta modalidade de intervenção punitiva.

4.1 Os crimes de perigo

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p586-612>

O conceito de perigo pode ser definido como:

Probabilidade de um evento futuro danoso, resultante do que pode ser imputado a algo externo, colocado fora do poder de opção do agente, passa a ser possível falar-se de 'risco' quando um dano, qualquer que seja, for passível de ser entendido como consequência de uma decisão, cujos efeitos sejam imprevisíveis, podendo conduzir, teoricamente, a qualquer horizonte de eventos (Lemos, 2006, p 333).

Segundo Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p.50) os crimes de perigo são aqueles que expõem a perigo um bem jurídico tutelado pela lei penal, ou seja, cujo preceito de não turbação ao bem jurídico tenha por consequência uma pena.

E continua o autor:

Esse autor busca nos registros históricos de como o conceito de perigo para o Direito Penal foi surgindo ao longo do tempo. Ele buscou um brilhante exemplo de uma incriminação que havia na Roma antiga, “[...] que incriminava o fato de colocar-se um vasilhame sobre o peitoril da janela, ainda que não ocorresse lesão aos transeuntes” (Silva, 2003, p.50).

Logo, percebe-se que ao longo da história a tipificação existiu como uma forma de proteção ao bem jurídico, independentemente do nível de lesão causado.

Na lição de Nilo Batista (2004), o direito não pode reprimir condutas desviadas ou simples estados e condições pessoais que não afetem nenhum bem jurídico. O que importa ao direito é o fazer e nunca o ser, pois senão deixaria de ser direito penal de ação e passaria a ser direito penal de autor. Como exemplo temos o homossexualismo. Também, refere o mesmo autor, não podem ser punidas práticas que só podem ser objeto de apreciação moral, como a mentira e práticas sexuais entre adultos.

Os crimes de perigo são aqueles que buscam reprimir, com base em juízo probabilístico, um acontecimento pautado no perigo ou risco e se dividem em crimes de perigo abstrato e crimes de perigo concreto, sendo os primeiros considerados parte integrante do tipo penal enquanto o segundo, presume-se uma situação perigosa. Há

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p586-612>

ainda na doutrina uma vertente que defende a existência de uma terceira classificação, os crimes de perigo abstrato-concreto.

4.1.1 Crimes de perigo concreto

Os delitos de perigo concreto são aqueles que embora não haja uma previsão de um dano ou resultado necessário para a sua configuração, o tipo penal prevê algo concreto que deverá ocorrer para que a conduta seja tipificada como delito de perigo concreto.

Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p.71), conclui que:

Em suma, os crimes de perigo concreto caracterizam-se pela exigência de constatar-se o perigo caso a caso e, como afirmarmos, têm em regra o perigo indicado no tipo. Em certos casos, mesmo que o perigo não esteja indicado no tipo de forma expressa e este seja impreciso, aberto, não poderá configurar crime de perigo abstrato. Ou seja, ausente a taxatividade, dever-se-á, para adequar-se às exigências constitucionais, e para que a legitimidade não reste arranhada, considerar a infração penal como sendo de perigo concreto (Silva, 2003).

Ainda, Roxin (1997) fixa que esses crimes pressupõem no caso concreto a produção de um perigo real para o bem jurídico protegido pela norma penal. Para a configuração dos crimes de perigo concreto é necessário, portanto, comprovar a existência da situação de perigo que o bem tutelado é exposto.

Desse modo, o perigo concreto deve ser constatado na medida de sua efetividade, podendo ser presumido *juris tantum*. Este tipo de perigo admite-se, ainda a prova em contrário, em virtude do seu juízo *ex post*.

4.1.2 Crimes de perigo concreto-abstrato

No que concerne aos crimes de perigo abstrato-concreto, Paulo de Sousa Mendes (2000) afirma que o perigo constitui um elemento da previsão típica e se sujeita a prova, estando associado à própria ação, isto é, a perigosidade genérica da ação necessita de demonstração no caso concreto.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p586-612>

Sobre a temática Luiz Flávio Gomes (2008) sugestiona a utilização da expressão “perigo concreto indeterminado” para se referir aos crimes de perigo concreto-abstrato na medida em que o perigo seria abstrato na medida em que não exige uma vítima concreta do perigo, lado outro, o perigo seria também concreto na medida em que a conduta deve ser concretamente adequada para poder lesionar um bem jurídico individual.

Logo, pode-se afirmar que são crimes intermediários aos de perigo abstrato e aos de perigo concreto. O legislador descreve na norma penal a própria conduta que considera perigosa, sem necessidade de possuir o resultado perigoso autônomo e que é o perigo em si.

4.1.3 Crimes de perigo abstrato

Segundo Claus Roxin (1997, p. 407) crimes de perigo abstrato seriam aqueles em que se castiga a conduta tipicamente perigosa como tal, sem que no caso concreto tenha que ocorrer um resultado de exposição a perigo. Dessa forma, é notório que a conduta por si só é suficiente para criminalização do agente, prescindindo a comprovação do fato que pôs o bem jurídico em perigo, sendo presumido, então, *juris et de jure*. O juízo feito nestes tipos de crime são *ex ante*, ou seja, quando da prática da ação pressupõe-se que haverá dano ao interesse tutelado.

Porque em se tratando de delitos de danos presumidos, aqueles que defendem sua constitucionalidade, pelo menos admitem que possam haver prova em contrário, isto é, o agente acusado pode demonstrar nos autos que a sua conduta, embora de delito de perigo abstrato, no caso não houve sequer uma lesão mínima ao bem jurídico tutelado, impondo-lhe sua absolvição.

Acerca da discussão envolvendo a inconstitucionalidade dos delitos de perigo abstrato, a doutrina e a jurisprudência se dividem, tendo os tribunais superiores, sobretudo o Supremo Tribunal Federal (STF), entendido pela constitucionalidade de tais crimes sob o argumento de que não se pode erradicar os crimes de perigo partindo do

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p586-612>

pressuposto que foi uma opção do legislador tutelá-los baseado nos princípios constitucionais.

Nesse viés, Pierpaolo Cruz Bottini (2012) preleciona:

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

De outra sorte parte da doutrina sustenta que os crimes de perigo abstrato são inconstitucionais pois ferem veemente o princípio da lesividade, taxatividade e em alguns casos até a legalidade estrita.

Segundo Maria Fernanda Palma (1995, p. 209):

Os crimes de perigo abstracto concretizam uma técnica legislativa de difícil articulação com um direito penal de culpa. Sendo o perigo mero motivo da incriminação e não constatando do tipo legal de crime, a conduta proibida não tem que revelar a concreta falta de motivação pela norma e a decorrente culpabilidade do seu autor. Portanto, a culpabilidade nos crimes de perigo abstrato não é presumida, necessita ser constatada caso a caso pelo juiz.

Outra afronta ao princípio da lesividade são os crimes de perigo abstrato, pois o delito consuma-se com o simples perigo criado para o bem jurídico.

Nas palavras de César Roberto Bitencourt (2013):

Crime de perigo é o que se consuma com a simples criação do perigo para o bem jurídico protegido, sem produzir um dano efetivo. Nesses crimes, o elemento subjetivo é o dolo de perigo, cuja vontade limita-se à criação da situação de perigo, não querendo o ano, nem mesmo eventualmente. (...) O perigo abstrato é presumido *juris et de jure*. Não precisa ser provado, pois a lei contenta-se com a simples prática da ação que pressupõe perigosa (Bitencourt,2013).

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p586-612>

O delito de perigo abstrato, previsto no artigo 306 do CTB, é exemplo de ofensa ao princípio da lesividade. Neste sentido colaciona-se o parecer de Lenio Luiz Streck (2004):

(...) com efeito, como venho sustentando, o delito imputado ao apelante – art. 306 do CTB – exige perigo concreto. Não basta, e foi somente isso descrito na exordial acusatória, a existência de dano potencial. O fato de o réu dirigir embriagado, à noite e com os faróis desligados, indiscutivelmente gera perigo, mas, salvo prova em contrário, perigo para o próprio condutor. A "ação delitiva" descrita nem de longe – e nem de perto – anunciou o efetivo perigo a alguém ou a alguma coisa. Logo, concluo inexistente o necessário perigo concreto (Streck, 2004)

E continua o autor:

(...) o apelo merece provimento em razão do princípio da secularização do direito, próprio do moderno Estado Democrático de Direito. Com efeito, no Estado Democrático de Direito não se pode admitir a punição de condutas ou comportamentos que abstratamente possam colocar em risco a sociedade. O direito penal somente pode estar voltado à punição de condutas que violem concretamente bens jurídicos especificados. Afinal, não há crime sem vítima. E não se diga que, no caso, a vítima é a sociedade. Ora, 'a sociedade' nada mais é do que um conceito metafísico. Assim, somente pode haver crime se, no caso concreto, ficar provado que houver risco, para um determinado bem jurídico. O resto é - -respeitando opiniões m contrário - resquícios de um direito não secularizado (Streck,2004).

Isto posto, é cediço que a declaração da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato não se revela como a decisão mais adequada. Contudo, considerando que os referidos crimes são constitucionais é necessário encontrar uma baliza entre o princípio da lesividade e o princípio da precaução de modo que a decisão seja analisada considerando os aspectos de cada caso e levando em consideração a intervenção mínima do Direito Penal.

Conforme posicionamento de Dias, não há razões para que hoje se advogue o crescimento exponencial de proteções antecipadas de bens jurídicos - de que os crimes de perigo abstrato são o sinal mais evidente - até um ponto em que o bem jurídico

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p586-612>

perde os seus contornos, se esfuma e, com isto, deixa completamente de exercer a sua função crítica como padrão de legitimação. Ainda que o "perigo" ou "risco" deva constituir a noção-chave da dialética da ilicitude penal, como síntese entre a tese do desvalor de ação e a antítese do desvalor de resultado, isto em nada contende com a contestação que deve merecer a tentativa de transformar o Direito Penal dos bens jurídicos num Direito Penal dos perigos.

Destarte, após uma análise constitucional levando em consideração os princípios da lesividade, proporcionalidade e intervenção penal mínimo, é forçoso concluir que os delitos de perigo abstrato devem ser analisados de forma comedida frente ao ordenamento penal pátrio, por ferirem os pressupostos da ofensividade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade hodierna é marcada pelo surgimento de novos riscos, gerando, porquanto, novos bens jurídicos. É nesse sentido que os crimes de perigo encontraram terreno fértil com essa nova visão de assunção de novos riscos à sociedade, sendo incrementados na legislação penal. Contudo, o direito penal não pode ser considerado meio hábil e suficiente para regulação e contenção desses riscos que tutela os bens jurídicos clássicos não é considerado suficiente e eficiente para conter os novos tipos de risco, haja vista que a intervenção estatal na esfera penal poderá ser justificada se os bens a serem tutelados forem necessários à defesa de valores eleitos pela comunidade como essenciais em face de agressões intoleráveis, sendo o direito penal instrumento de *ultima ratio*, isto é, recurso somente acionado quando outros meios de controle social, até mesmo dentro do próprio direito, como o âmbito civil e administrativo não se mostrarem suficientes para contenção da produção de novos riscos.

Por sua vez, o princípio da secularização fomentou a visão de distanciamento de conceitos morais e religiosos do Direito Penal, servindo como instrumento de restrição e reforçando a ideia de lesividade ao bem jurídico como seu objeto, limitando, portanto, sua expansão. Porém observa-se, que ainda hoje, a secularização

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p586-612>

caracteriza-se como um processo inacabado frente a insurgência de novos riscos na sociedade moderna, principalmente, com a interferência dos avanços tecnológicos, caracterizando uma inflação legislativa.

Não é possível admitir, na atividade legislativa, criação desarrazoada de tipos penais para tutela de quaisquer bens jurídicos, ou em desrespeito aos postulados da proporcionalidade, da ofensividade e da intervenção mínima, sendo latente a observância de disposições que fere e contrariam os princípios da intervenção mínima, ofensividade e proporcionalidade.

Assim, o legislador ao selecionar os bens jurídicos mercedores da tutela penal, deve considerar, como princípios norteadores de sua atividade, a intervenção mínima e da ofensividade. Sendo o primeiro uma premissa de que o direito penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos por outros meios, o segundo na medida em que só pode punir aquele comportamento/ação que lesione ou gere perigo concreto de lesão a um bem jurídico penal.

Dessa forma, é necessário buscar um direito penal secularizado, amoldado aos preceitos constitucionais trazidos no bojo da Constituição de 1988, atinente ao Direito Penal mínimo e às observações aos princípios constitucionais limitadores do poder de punir do estado, selecionando bens jurídicos que estejam de acordo com tais ditames constitucionais, evitando, assim, uma criminalização desarrazoada, inflável e expansiva.

Assim, faz-se mister o reconhecimento dos bens jurídicos metaindividuais, sendo, contudo, implementados após uma rigorosa técnica de tipificação, assim como uma precisa e taxativa descrição do tipo incriminador, principalmente no que concerne aos crimes de perigo abstrato. Assim, quando do julgamento desses tipos penais, dever-se-á observar sempre os princípios constitucionais como fundamento de uma política criminal com traços de cientificidade e racionalidade.

Destarte, seguindo esses critérios poderá almejar uma retomada de uma técnica legislativa garantista do bem jurídico e um afastamento da expansão do direito penal, valendo-se do conceito de bem jurídico enquanto critério de limitação da

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p586-612>

intervenção punitiva.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

_____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e Acordo em Direito Penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro: Legitimação versus deslegitimação do sistema penal brasileiro. 9. ed. Renavan. Rio de Janeiro, 2004.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco –Rumo a uma outra modernidade**. Trad. Sebastião Nascimento. 1 ed. São Paulo: Editora 34, 2010. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal–Parte Geral I*. 19 ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal–Parte Geral I**. 19 ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2013.

_____. *Manual de Direito Penal*. vol. 1. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta**. Consultor Jurídico, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigo-abstrato-nao-sao-mera-conduta>>. Acesso em: 06 mai. de 2023.

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

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p586-612>

BRANDÃO, Cláudio ; FEITOSA, D. E. ; OLIVEIRA, C. O. M. . **O Princípio da Insignificância como Causa de Atipicidade e o Fator da Reincidência: a Incongruência Epistemológica da Jurisprudência Brasileira.** REVISTA MAGISTER DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL , v. 107, p. 7-20, 2022.

BRASIL. Lei 10.826, 22 de dezembro de 2003. **Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas –Sinarm, define crimes e dá outras providências.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.826compilado.htm>. Acesso em: 19 out. 2019.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.** Acesso em: 21 set 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de setembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 10 set. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal. Parte Geral.** 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2018.

CARVALHO, Salo de. **Anti-manual de Criminologia.** 2ª ed. -Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

COSTA, José Francisco de Faria. **O Perigo em Direito Penal.** 1 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. **Uma genealogia das teorias e tipologias do Estado de Bem-Estar Social.** In DELGADO, Mauricio Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. O Estado de Bem-Estar Social no Século XXI. São Paulo: LTr, 2007.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p586-612>

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. Tradução: Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavarez e Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da Ofensividade no Direito Penal. Série as ciências criminais no século XXI**. vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Direito Penal Tradicional Versus “Moderno e Atual” Direito Penal**. Revista brasileira de ciências criminais. São Paulo, a. 11, n. 42, jan./mar. 2003.

_____. Coordenador. GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal**. v. 2. Parte Geral. São Paulo: RT, 2007. p. 192.

HABERMAS, J. **Pensamento pós-metafísico: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HASSEMER, Winfried; MUNOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo blanch, 1989.

MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal: fundamentos e limites do Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

LEMOS, Marco Antônio da Silva. **O direito como regulador da sociedade de riscos**. In.: **Direito, sociedade e riscos: a sociedade contemporânea vista a partir da idéia de risco**. Marcelo Dias Varalla (Org.). Brasília: UNICEUB, 2006.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Direito Penal alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006. v. 1.

LOPES, Maurício Lopes. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**, Rio de Janeiro: RT, 1997.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Sérgio Antônio Fabris Editor. Porto Alegre, 1991.

MENDES, Paulo de Sousa. **Vale a pena o Direito Penal do Ambiente?** Lisboa: AAFDL, 2000.

<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p586-612>

ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general -tomo I. Fundamentos: las estructuras de la teoria del delito.** 1 ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña et all. Madrid: Civitas, 1997.

_____. **Problemas fundamentais de direito penal.** 3ª ed. Lisboa: Vegas, 1998. p. 27-28.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. **Aproximación al Derecho penal contemporâneo.** Barcelona: J. M. Bosch Editor S.A., 1992.

_____. **La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales.** 2ª ed., Madrid: Civitas, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental. Estudos sobre a Constituição, os Direitos Fundamentais e a Proteção do Ambiente.** São Paulo: RT, 2011.

SALDANHA, Nelson. **Secularização e Democracia. Sobre a relação entre as formas de governo e contextos culturais.** Rio de Janeiro. Renovar, 2003

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, Pablo Rodrigo Afllen da. **Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco.** In.: Revista Brasileira de Ciências Criminas. n. 46, Jan.–Fev., 2004, p. 73 – 93.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. **Direito penal econômico como direito penal de perigo.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

STRECK: Lenio Luiz. **Bem jurídico e Constituição da proibição de excesso (UBERMABVERBOT) à proibição de proteção deficiente (UNTERMABVERBOT) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais.** Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra,.80, P. 307-311,2004.

_____. **O princípio da proibição de proteção deficiente e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico.** Disponível em: <http://leniostreck.com.br>. Acesso em: 20.01.2010.



<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2020.v11n1.p586-612>

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 7. ed. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p.107.

_____. **A Dogmática Penal Alemã entre 1933 a 1945**. 1 ed. Trad. Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

WELZELI Hans. **Derecho penal aleman parte general**. 11. ed. Trad. Juan Bustos Ramirez, Sergio Yáñez Pérez. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1997.