



A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE APPLICATION OF THE OFFENSIVE PRINCIPLE IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

*Lucas de Almeida Bacelar**
*Paulo Fernandes Vieira***

Resumo: O presente artigo tem como objetivo analisar e discutir o princípio da ofensividade no ordenamento jurídico do Brasil, em especial no âmbito do Direito Penal, fundando-se nas doutrinas e jurisprudências brasileiras, como também nas doutrinas italianas. Neste trabalho, foi utilizada a metodologia de pesquisa bibliográfica, desenvolvida pela análise aprofundada de doutrinas, normas e jurisprudências do Direito. Na discussão deste artigo, será tratado sobre o surgimento do princípio da ofensividade na Itália, em meio ao período fascista vivido na época, e o desenvolvimento e adequação do princípio no ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, será explorada a influência da reorganização do Estado italiano no período pós-fascismo (1948), como também o advento, e posterior desenvolvimento, do princípio da ofensividade, também conhecido como princípio da lesividade, na legitimação da norma penal incriminadora. Por fim, será observada a aplicação de tal princípio em determinados casos concretos, como no entendimento de determinados tribunais superiores e tribunais de justiça estaduais, considerando a presença implícita deste princípio na Constituição Federal do Brasil de 1988.

Palavras-chave: Direito Penal. Princípio da ofensividade. Princípio da lesividade. Norma penal.

*Graduando do 6º período em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Monitor de Direito Penal I pela UFU em 2021.
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/8427600509109953>. E-mail: lucasalmeidabacelar007@gmail.com.

**Graduando do 5º período em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Monitor de Direito Penal I pela UFU em 2022.
Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/0281382405999299>. E-mail: paulovieira16@outlook.com.br.

Abstract: This article aims to analyze and discuss the offensiveness principle in Brazil's legal system, especially in the context of Penal Law, relying on Brazilian doctrines and jurisprudence, as also in Italian doctrines. In this work, was used the bibliographic research methodology, which was developed by the in-depth analysis of the Law's doctrines, norms and jurisprudence. In this article's discussion, it will be addressed the emergence of the offensiveness principle in Italy, in the midst of the fascist period lived at the time, and the (development and adequacy of the principle in the Brazilian legal system. In this sense, it will explore the influence of the Italian State's reorganization in the post-fascism period (1948) in the advent, and subsequent development, of the offensiveness principle, also known as harmfulness principle, in the legitimation of the incriminating criminal norm. Finally, the application of this principle will be observed in certain concrete cases, as in the understanding of some of the higher and state courts of law, considering this principle's implicit presence in Brazil's Federal Constitution of 1988.

Keywords: Penal Law. Offensive principle. Harmfulness principle. Criminal norm.

1. INTRODUÇÃO

No Direito Penal, há diversas leis e princípios que regem a aplicação do jus puniendi estatal (poder-dever de atuação do Estado frente à exclusividade de fazer incidir o Direito Penal diante dos conflitos sociais), este que é um dos principais objetos de estudo, bem como a principal ferramenta de concretização, deste âmbito do Direito (COELHO, 2020, p. 345).

Com isso, nota-se que tais princípios penais podem transcender um ordenamento jurídico de determinado Estado, e acabar por influenciar os ditames de sistemas normativos jurídicos de outros países.

Este é o caso do Princípio da Ofensividade, também conhecido como Princípio da Lesividade, que trata sobre a proibição da cominação, execução e aplicação de penas, e medidas de segurança, nos casos em que a lesão contra determinado bem jurídico é irrelevante. Em relação a tal princípio, pode-se observar a capacidade de transnacionalidade das normas penais, tendo em vista que o mesmo foi desenvolvido tanto na conjuntura do ordenamento jurídico da Itália, quanto no Direito brasileiro (SANTOS, 2014).

Deste modo, o presente trabalho tem como objetivo analisar o surgimento de tal norma principiológica no contexto histórico italiano, visto a forte influência do fascismo de Mussolini na formação, como também no posterior desenvolvimento, das normas penais incriminadoras daquela época.



Diante disso, também é abordado no texto o período pós-guerra, no qual o ordenamento jurídico italiano determinou a exclusividade da tutela penal estatal para tão somente os bens jurídicos que sofressem algum tipo de lesão concreta, ou sua ameaça. Além disso, é discorrido o debate doutrinário acerca do conceito de tal princípio, bem como a adoção e aplicação no Direito Penal.

Seguindo essa linha, é posta sob análise a presença e influência do princípio da ofensividade no ordenamento jurídico brasileiro, em que é verificado que tanto na Constituição Federal de 1988 quanto no atual Código Penal, em seu artigo 13, *caput*¹, o princípio da lesividade se faz presente, aduzindo que não há crime sem seu respectivo resultado jurídico.

Ainda, é exposto o debate doutrinário acerca da influência do princípio da ofensividade nos crimes de perigo abstrato, sendo estes os que não exigem lesão ou ameaça concreta ao bem jurídico tutelado. Como também, é posta sob análise a jurisprudência das cortes do Brasil acerca do princípio trabalhado, no qual são apreciados os entendimentos de diversos julgados de tribunais superiores, estes sendo o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), além da análise de entendimentos provenientes do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

2. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

O pensamento jurídico entende que a principal missão do Direito Penal, atualmente, está na proteção de bens jurídicos. Isto porque, entende-se que não há delito sem que haja lesão ou risco de lesão a determinado bem jurídico protegido. Conhecido ainda como princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos, é um princípio comum às obras de Beccaria na forma: “É melhor prevenir os crimes do que puni-los [...]. As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito da salvação pública são injustas.” (BECCARIA, 2002, p. 67).

Com isso, é de suma relevância explicar sobre o conceito desse instituto conhecido como “Bem Jurídico”. Jorge Figueiredo Dias (1999, p. 63), notório jurista português, assevera que o conceito de bem jurídico se dá pela “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridi-

¹ Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido (BRASIL, 1940).

camente reconhecido como valioso”.

Isto posto, observa-se então que tal princípio estudado determina que para se tipificar algum crime, é necessário que haja perigo, real e efetivo, de dano a um bem jurídico alheio protegido. Nesse sentido, nota-se a fundamental importância do bem jurídico em relação ao a vedação à incriminação de conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, a autolesão e sentido teleológico da norma penal incriminadora pois, se não há bem jurídico, não há porquê punir e, portanto, não há sentido em existir a norma penal. Segundo Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 546), quando não há o bem jurídico tutelado, entramos num formalismo legal, ou em uma jurisprudência de conceitos.

Diante disso, verifica-se a impossibilidade de punição de atos que não sejam lesivos a bens jurídicos alheios. O Estado não poderá punir aquele que se auto lesionar, como exemplo, não se pune uma pessoa por fazer tatuagem em seu corpo. Nilo Batista (1984, p. 93) assevera que a tentativa de suicídio, fazem parte de uma série de funções primordiais do princípio da ofensividade .

Dessarte, pode-se afirmar que tal princípio se baseia na ideia de proibição da incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, pois com a consagração do direito à inviolabilidade da intimidade e da vida privada no texto constitucional (artigo 5º, inciso X, Constituição Federal do Brasil de 1988)², a intervenção penal estatal que reduz tal direito fundamental positivado, sem qualquer finalidade social ou de garantia dos objetivos da República Federativa do Brasil expressos no artigo 3º da Carta supracitada³, pode ser considerada, em regra, inconstitucional (ARÊDES, 2011, p. 38).

Ou seja, o princípio da lesividade não é capaz de criminalizar a autolesão devido ao fato que tal conduta não é considerada pelo Direito brasileiro como ofensa

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

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

3 Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).



a algum bem jurídico tutelado pelo Estado, tendo em vista que a tutela do bem jurídico do autor da autolesão pertence a este, com base em seu direito fundamental da intimidade e da vida privada.

Outrossim, este princípio ganhou força principalmente na Itália, no pós-segunda guerra mundial, com uma concepção realística do delito. A influência do fascismo de Mussolini estava inserida em diversas normas penais incriminadoras do Código Penal italiano, as tornando normativamente rigorosas, com punições por mera desobediência ou de caráter puramente moral. Por conta disso, na democratização do período pós-guerra, a doutrina de tal país fortaleceu a necessidade de adoção da tese do princípio da ofensividade no ordenamento jurídico da Itália, para se ter a legitimação do tipo penal incriminador, dado o contexto político vivido no país. Com isso, observa-se então que o princípio da ofensividade foi desenvolvido como uma espécie de controle democrático e alinhado à fundamentação constitucional do direito penal (MACHADO, 2014).

Com isso em consideração, é importante constar a fundamental prestação de Franco Bricola, citado por Ferrajoli (2006, p. 474), na legitimação constitucional das leis penais e a inclusão do princípio de “tipicidade substancial” no Código Penal Italiano, determinando que um fato típico que não lesasse o interesse tutelado, não seria punível.

Nesse sentido, a constituição italiana firmou o entendimento de que apenas os bens tutelados na própria constituição seriam objeto de tutela penal. Dessa forma, a lei penal incriminadora só poderia impor pena em situações de lesão a bens jurídicos equivalentes à liberdade. À vista disso, quando uma lei penal incriminadora é promulgada, sem que seja observada a tutela de bens presente na constituição ou que tenha relevância a bens presentes nela, deverá essa lei ser considerada inconstitucional. Ferrajoli (2006, p. 435-436) sustenta que:

É certo que nossa Constituição, ainda que sujeitando o conteúdo das proibições penais ao respeito a outros princípios (da liberdade, da igualdade etc.), não contém norma alguma que enuncie expressamente à garantia de lesividade. Seria ilógico, no entanto, entender que admita privações de um bem constitucionalmente primário, como é a liberdade pessoal, se não se fizer presente o intuito de evitar ataques a bens de categoria igualmente constitucional.

Em vista disso, o princípio da ofensividade afasta a possibilidade de criação de norma penal incriminadora baseada apenas em fundamentos morais ou apenas na reprovação social do fato, já que, se tal norma fundada na moral não lesionar, ou ameaçar de lesão, qualquer bem jurídico, ela não será legítima. O Direito Penal

inspirado no paradigma da ofensividade guarda consonância ainda com a concepção de que a pena – tal como assinalam os doutrinadores da filosofia iluminista: Montesquieu, Beccaria, Romagnosi, Bentham etc. – deve ser necessária e mínima se justificando como a prevenção de novos delitos.

Por isso, tem-se a importância dada por alguns autores funcionalistas ao conceito de bem jurídico, pois a tutela penal do bem jurídico somente tem importância se o conceito de tal instituto for analisado juntamente à ofensividade mínima que se exige para a caracterização da tipicidade material do delito.

Nessa linha, o professor Luiz Flávio Gomes (2002, p. 89) ensina:

Em um Estado Constitucional que se define, com efeito, como democrático e de Direito, e que tem nos direitos fundamentais seu eixo principal, não resta dúvida que só resulta legitimada a tarefa de criminalização primária recai sobre condutas ou ataques concretamente ofensivos a um bem jurídico, e mesmo assim não todos os ataques, senão unicamente os mais graves (fragmentariedade).

Dessa forma, observa-se que somente as ofensas intoleráveis e que de fato podem causar repercussões visíveis à convivência social é que devem ser incriminadas. O jurista Zaffaroni (1973, p. 226) ressalva que:

O injusto concebido como lesão a um dever é uma concepção positivista extremada; é a consagração irracional de dever pelo dever mesmo. Não há dúvida que sempre existe no injusto uma lesão ao dever [uma violação a norma imperativa], porém o correto é afirmar que só existe violação quando se afeta o bem jurídico tutelado. Não se pode interromper arbitrariamente a análise do fato punível e se a ação não prejudica terceiros, deve ficar impune, por expressa disposição constitucional.

Como dito anteriormente, no Direito Penal brasileiro o princípio da ofensividade é posto, ainda que de forma implícita, na Constituição Federal e também no Código Penal em seu artigo 13, que aduz não existir crime sem resultado, ou seja, o resultado jurídico – a lesão ou o perigo concreto de lesão ao bem jurídico – é parte fundamental do injusto penal (BRASIL, 1940, 1988). Portanto, verifica-se que tal princípio também é designado como *nullum crimen sine iniuria* (não há crime sem ofensa).

Segundo Juarez Cirino dos Santos (2014, p. 26) “o princípio da lesividade tem por objeto o bem jurídico determinante da criminalização, em dupla dimensão”, sendo em primeira dimensão a análise qualitativa, em outras palavras, a natureza do bem jurídico lesionado, e em segundo momento do ponto de vista quantitativo, que objetiva a extensão do bem jurídico lesionado.



Ao analisar a dimensão qualitativa, que se refere à natureza do bem jurídico, o princípio da ofensividade aponta que não é possível que se criminalize liberdades constitucionais, pois estão acima de qualquer restrição da legislação penal. Se tratando do ponto de vista quantitativo, o princípio da ofensividade afasta a possibilidade de criminalização de lesões irrelevantes aos bens jurídicos. A doutrina entende que o princípio da lesividade é uma expressão positiva do princípio da insignificância no direito penal.

Dito isso, é válido observar que o princípio da ofensividade pode ser verificado como uma forma de orientação à atividade legiferante, pois dá ao legislador fundamentos para elaboração do tipo penal, exigindo que a conduta proibida pela norma tenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos.

No entanto, este fator também pode ser verificado sob a ótica a limitação do *jus puniendi* por meio da racionalização dos parâmetros de intervenção do Estado nos direitos individuais. Ademais, vê-se o princípio da ofensividade como um limitador do poder punitivista do Estado, direcionado tanto ao legislativo como também ao judiciário. Logo, ao verificar a regra constitucional *nullum crimen, nulla poena sine necessitate*, a observância à lesão ou possível lesão do bem jurídico tutelado durante a atividade legiferante é fundamental e mostra-se como um rigoroso limite ao legislador.

Nessa perspectiva, o princípio da ofensividade é visto como um limitador do *jus puniendi*, pois cria demarcações ao legislador e ao aplicador do direito para que possam nortear o Direito Penal em condutas que coloquem em risco ou que levem à lesão do bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico.

A despeito disso, um importante caso que pode ser vislumbrado como exemplo da ação limitadora do princípio da ofensividade ao *jus puniendi* é o caso “Lawrence v. Texas” do ano de 2003, em que a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou como inconstitucional a lei de sodomia do estado do Texas, lei esta que tinha unicamente fundamentos morais (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2003). A lei de sodomia, que não era exclusiva do estado do Texas e se fazia presente em mais doze estados, era uma lei fundada no ideal moral de que havia crime no fato das pessoas do mesmo sexo se relacionarem afetivamente, isentando-se da existência de lesão ou risco de lesão a um bem jurídico alheio, ou seja, afastando a observância do princípio da ofensividade.

Isso posto, é possível verificar a estreita ligação do princípio da ofensividade com o princípio da materialidade do fato, este que se trata da necessidade de exte-

riorização de uma conduta, para a possibilidade de atuação da intervenção penal. Em suma, se trata da proibição de se punir a vontade, a ideia, as condutas internas ou o modo de ser dos indivíduos, sem que haja uma exteriorização lesiva a bens jurídicos.

Além disto, o princípio da ofensividade pode ainda ser observado como critério interpretativo, levando o intérprete a buscar nos casos concretos determinada lesividade ao bem jurídico protegido. Ainda que todos os limites traçados pelo princípio da ofensividade ao legislador sejam observados, a forma abstrata de tipos penais não impede que, em casos concretos, haja ausência de lesão a bens jurídicos.

Conforme os ensinamentos de E. Raúl Zaffaroni (ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 489), o emprego da legislação penal em situações que o legislador a utiliza para tranquilizar a opinião pública, sem que haja descrição de condutas que causem perigo concreto de lesão a bens jurídicos, e deste modo, promover o clientelismo político, devem ser consideradas inconstitucionais.

Em concordância com o exposto anteriormente, a atividade legiferante não está livre para criminalizar tudo aquilo que bem entender. Tal atividade deve ser orientada por certos critérios que determinarão a real necessidade de tutela pelo Direito Penal. Nesse sentido, cabe ao legislador observar os bens jurídicos penais e os princípios penais presentes na Constituição para salvaguardá-los em sua atividade legislativa.

Por conta disso, exsurge o princípio da proporcionalidade que, em consonância com o princípio da lesividade, constituem limitadores do *jus puniendi* e orientadores da atividade legislativa, além da atividade do aplicador do direito, em que defende a proporcionalidade entre a gravidade do crime praticado e a sanção a ser aplicada (BITENCOURT, 2020, p. 75).

Segundo Canotilho (2002), a proporcionalidade deve ser desdobrada no princípio da adequação social, este que versa sobre a exclusão do âmbito do injusto da conduta que não seja gerada em condições de previsibilidade de produção de um resultado típico (BITENCOURT, 2020, p. 67), e no princípio da necessidade, o qual dita sobre a necessidade da tutela penal somente quando se demonstra a ineficiência de outro meio de tutela menos restritivo de direitos fundamentais “liberdade” (WEYH, 2009, p. 214), após isso, deve-se verificar se a é conduta delituosa, e a consequente aplicação da medida penal proporcional ao fato (CANOTILHO, 2002).

Portanto, verifica-se a presença da lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico alheio e posteriormente se a aplicação penal é proporcional às consequências ge-



radas pelo fato delituoso. Dito isso, é possível verificar que cabe ao Direito Penal tutelar apenas as ações que mais afetam o bem jurídico alheio e que comprometam o bem estar social. Por outro lado, entende-se também que o Direito Penal deve incidir proporcionalmente de dissonância à norma de proibição, evitando o punitivismo exacerbado, a fim de não ser mais danoso do que aquele que infringiu a norma penal. Sobre isso, Ferrajoli (2003, p. 427) diz que:

Se o direito penal responde somente ao objetivo de tutelar os cidadãos e de minimizar a violência, as únicas proibições penais justificadas por sua 'absoluta necessidade' são, por sua vez, as proibições mínimas necessárias, isto é, as estabelecidas para impedir condutas lesivas que, acrescentadas à reação informal que comportam, suporiam uma maior violência e uma mais grave lesão de direitos do que as geradas institucionalmente pelo direito penal.

3. OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO E O PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE

Atualmente, há um extenso debate na jurisprudência e na doutrina brasileira e mundial sobre a legitimidade das normas penais que tipificam crimes de perigo abstrato. Esse debate complexo conta com uma questão central: se os tipos penais de perigo abstrato são ou não adequados ao princípio da ofensividade.

Isso se dá, pois, como já foi tratado no presente artigo, o princípio da lesividade defende a tipificação penal, exclusivamente, de condutas que lesionam, ou ameacem de lesão, um bem jurídico tutelado e, com isso, há entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que defendem a inexistência de tal ameaça quando se trata de crime de perigo abstrato, já que tal ameaça não é efetivamente concreta, mas sim, um risco inadmissível de perigo para determinado bem jurídico, em que tal perigo não é controlável pelo autor da conduta (GRECO, 2004).

Exemplo dessa compreensão de ilegitimidade dos crimes de perigo abstrato em face do princípio da ofensividade é a doutrina de Cezar R. Bitencourt (2000), na qual o jurista defende que o princípio da lesividade afasta a possibilidade de crime em perigo abstrato, como também defende a intervenção do Estado, utilizando-se do Direito Penal, somente quando há lesão, ou sua ameaça efetiva e concreta, a um bem jurídico tutelado, reprimindo a interferência estatal em casos de crime de perigo abstrato).

Bitencourt (2020, p. 61) acrescenta que:

Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante.

Destarte, o entendimento de Bitencourt é de que o controle de constitucionalidade da norma penal incriminadora diz respeito às normas em que não há nenhuma possibilidade de gerar dano ou risco de dano ao bem jurídico tutelado.

A discussão doutrinária também abarca a possibilidade de fundamentar a legitimidade dos tipos penais de perigo abstrato no princípio da precaução, que trata da cautela legal antecipada, para que uma atitude ou ação não venha resultar em efeitos indesejáveis (MILARÉ, 2015, p. 264), e dessa forma antecipar a sanção para condutas potencialmente lesivas. Um exemplo é o crime de porte de arma de fogo (artigo 14 da Lei n.º 10.826/2003)⁴, sendo um crime de perigo abstrato, pois não demonstra uma concretude de perigo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado, mas sim, um risco presumido derivado da conduta.

No mesmo sentido, é preciso destacar que há entendimento no sentido de que o bem jurídico protegido pelo delito de porte de arma de fogo é a incolumidade pública, ou seja, a garantia de bem-estar e segurança de pessoas e, dessa forma, seria a sociedade vítima e o porte da arma um perigo potencial. Não obstante, ainda se tem uma vertente da doutrina que entende que os crimes de perigo abstrato são inconstitucionais, levando-se em conta o princípio da ofensividade.

Claus Roxin (2006, p. 17 e 18) conceitua o bem jurídico:

Em um estado democrático de direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, a propriedade, etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção, etc.) sempre e quando isto não se possa alcançar de forma melhor. Todos esses objetos legítimos de proteção de normas que subjazem a estas condições eu as denomino bens jurídicos .

4 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:

[...]

Parágrafo único. O crime previsto neste artigo é inafiançável, salvo quando a arma de fogo estiver registrada em nome do agente (BRASIL, 2003).



Imperioso ressaltar que Luís Greco (2004, p. 10) aponta que nos crimes de perigo abstrato o problema, em geral, não está no bem jurídico a ser protegido, pois este pode ser o mesmo dos crimes de dano e de perigo concreto, como pode-se verificar no crime de porte de arma de fogo supradito, em que o bem jurídico tutelado é a incolumidade pública, sendo este o mesmo bem jurídico tutelado pelo tipo penal incriminador de perigo concreto do artigo 250, do atual Código Penal brasileiro (Crime de Incêndio)⁵.

Dito isso, observa-se que não são admissíveis crimes que existam para outro viés além de tutela de bens jurídicos. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli (2006, p. 440) expõe que não pode haver criminalização de meras desobediências:

Se o direito penal é um remédio extremo, devem ficar privados de toda relevância jurídica os delitos de mera desobediência, degradados à categoria de dano civil os prejuízos reparáveis e à de ilícito administrativo todas as violações de normas administrativas, os fatos que lesionam bens não essenciais ou os que são, só em abstrato, presumidamente perigosos, evitando, assim, a 'fraude de etiquetas', consistente em qualificar como 'administrativas' sanções restritivas da liberdade pessoal que são substancialmente penais.

O ilustre autor acrescenta:

O mesmo pode-se dizer dos denominados 'crimes de perigo abstratos' ou 'presumido', nos quais tampouco se requer um perigo concreto, como perigo que corre um bem, senão que se presume, em abstrato, pela lei; desta forma, nas situações em que, de fato, nenhum perigo subsista, o que se castiga é a mera desobediência ou a violação formal da lei por parte de uma ação inócua em si mesma. Também estes tipos deveriam ser reestruturados, sobre a base do princípio da lesividade, como delitos de lesão, ou, pelo menos, de perigo concreto, segundo mereça o bem em questão uma tutela limitada ao prejuízo ou antecipada à mera colocação em perigo (FERRAJOLI, 2006, p. 440).

Acerca disso, há uma divergência posta pelo doutrinador Luís Greco (2004, p. 7) que se refere à obrigatoriedade de existência de bem jurídico a ser tutelado, quando se tem a criminalização de uma conduta, sem, contudo, ser essa criminalização um arbítrio estatal. O autor expõe que:

O bem jurídico é, em regra, necessário para legitimar uma incriminação. Mas somente em regra, sendo possíveis exceções: uma delas é o crime de maus-tratos a animais, incriminação legítima, apesar de não tutelar dado necessário à realização de indivíduos, nem tampouco à subsistência do sistema social.

⁵ Art. 250 - Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem [...] (BRASIL, 1940).

Observa-se que a questão central posta por Greco (2004, p. 9) não é o que se protege, mas como se protege. O autor considera simplório o debate acerca da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, pois entende que condutas que ofendam bens que não estão contidos nos considerados bens jurídicos são passíveis de proteção penal, sem qualquer problema.

Em síntese, nos casos em que a atividade legiferante não observar as orientações principiológicas da ofensividade, estes estarão em divergência com a Constituição. Então é possível verificar que o princípio da ofensividade não veta a possibilidade de o legislador criar normas penais incriminadoras fundadas na presunção de periculosidade da conduta ou normas de perigo abstrato, já que tal tipo de tipificação criminal visa a proibição de um risco de lesão inadmissível ao bem jurídico penalmente tutelado. Desta forma, entende-se que, em determinadas situações, os crimes de perigo abstrato, na verdade, buscam a antecipação da tutela penal para uma proteção efetiva dos bens jurídicos.

4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

No que diz respeito ao princípio da ofensividade ser um dogma na jurisprudência dos tribunais brasileiros, o Supremo Tribunal Federal vem tomando decisões no sentido da limitação às atuações legislativa e judicial do Estado. É o caso do Recurso Extraordinário n.º 583.523/RS de 2013, que declarou inconstitucional o artigo 25 do Decreto-Lei n.º 3.688/1941⁶. Nas palavras do ministro relator Gilmar Mendes:

Não tenho dúvida de que o princípio da ofensividade vincula toda a atividade de interpretação da lei penal. E, com maior razão, deve orientar a própria aplicação da lei penal. Desse modo, deverá o juiz, diante das circunstâncias específicas do caso concreto que lhe foi posto para julgamento, aferir o grau de potencial ou efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma penal, para só então aferir a tipicidade (material) da conduta supostamente criminosa. A simples adequação formal fato/norma não é suficiente para qualificar de delituosa a conduta do agente. Conforme ressaltai em voto acerca da tipicidade do crime de porte ilegal de arma de fogo desmuniada (HC 104.410, de minha relatoria, DJe 27.3.2012), entendo que esta Corte deve consagrar o princípio da lesividade, intrinsecamente conectado com o princípio da proporcionalidade, como limite não apenas à atividade judicial de interpretação/aplicação das normas penais, mas também à própria atividade legislativa de

⁶ Art. 25 - Ter alguém em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima [...] (BRASIL, 1941).



criação/conformação dos tipos legais incriminadores, o que estaria a possibilitar o exercício da fiscalização, por parte da Jurisdição Constitucional, da constitucionalidade das leis em matéria penal. [...] Estou certo que o legislador, ao criar essa espécie de contravenção penal, na verdade, antecipou-se aos possíveis e prováveis resultados lesivos, com a clara intenção de evitar que novos crimes de furto fossem cometidos (BRASIL, 2013).

O ministro Gilmar Mendes ratifica o entendimento de que o princípio da ofensividade, além de limitar o *jus puniendi*, orienta o aplicador do direito em relação à lei penal e as circunstâncias ali estabelecidas pelo caso concreto. Além disso, o ministro expõe a justa relação do princípio da ofensividade com o princípio da proporcionalidade ao analisar um crime de perigo abstrato, o porte ilegal de arma de fogo, dessa vez corroborando os limites impostos pelo princípio tanto ao aplicador do direito, quanto à atividade legiferante.

No STJ, o julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n.º 1.290.257/RN (2018/0108948-0), sob relatoria da ministra Laurita Vaz, entendeu que no caso em questão:

O Superior Tribunal de Justiça sedimentou o entendimento de que o delito previsto no art. 15 da Lei n.º 10.826/2003 é crime de perigo abstrato que presume dano à segurança pública, sendo desnecessária a comprovação da lesividade ao bem jurídico tutelado". E por fim citou alguns julgados no mesmo sentido como: "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AMEAÇA. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES. DISPARO DE ARMA DE FOGO EM LOCAL HABITADO. ATIPICIDADE POR AUSÊNCIA DE DOLO. SÚMULA 7/STJ. ART. 15 DA LEI N. 10.826/2003. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. SÚMULA 568/STJ. RECURSO DESPROVIDO." O disparo de arma de fogo em local habitado configura o tipo penal descrito no art. 15 da Lei n. 10.826/2003, crime de perigo abstrato que presume o dano à segurança pública e prescinde, para sua caracterização, de comprovação da lesividade ao bem jurídico tutelado (ut, AgRg no ARÉsp 684.978/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe 12/12/2017). Agravo regimental improvido [...] (BRASIL, 2019))

O STJ, durante o julgado citado acima, entendeu que o art. 15 da Lei n.º 10.826/2003⁷, que trata de disparos de arma de fogo ou acionamento munição em lugar habitado, ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime, como exemplo um crime de perigo abstrato, e que dispensa a necessidade de se comprovar a lesão de determinado bem jurídico protegido, pois seria um crime de dano à segurança pública.

⁷ Art. 15 - Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime [...] (BRASIL, 2003).

A corte sob relatoria do ministro Rogério Schietti Cruz, ainda pelo STJ, julgou o Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial n.º 684.978/SP, que se tratava de disparo de arma de fogo em local habitado, no mesmo sentido do julgado pela ministra Laurita Vaz:

O disparo de arma de fogo em local habitado configura o tipo penal descrito no art. 15 da Lei n.º 10.826/2003, crime de perigo abstrato que presume o dano à segurança pública e prescinde, para sua caracterização, de comprovação da lesividade ao bem jurídico tutelado. [...] Para acolher o pleito defensivo e absolver o réu, seria necessário o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (BRASIL, 2017).

Com a mesma linha argumentativa, o ministro Geraldo Og Fernandes do STJ, que fora relator do Habeas Corpus n.º 234.637/SP (2012/0040018-3), tratando-se novamente de disparo por arma de fogo, também entendeu que nestes casos não seria necessário a comprovação da efetiva lesão ao bem jurídico, em suas palavras:

Ainda que superado tal óbice, melhor sorte não assistiria à paciente, pois sua conduta se amolda ao artigo 15 da Lei n.º 10.826/2003, que se caracteriza como crime de perigo abstrato ou presumido, sendo desnecessária a comprovação da lesividade ao bem jurídico tutelado. Habeas corpus não conhecido (BRASIL, 2013).

Assim, fica evidente o entendimento do STJ de que há possibilidade de crimes abstratos, pois é colocada em risco pelo disparo da arma de fogo, pelo menos nos casos supracitados, a segurança coletiva, ou seja, presume-se o risco e se busca evitar a concretude da ação por meio de um tipo penal incriminador.

Já o STF, ao julgar o *Habeas Corpus* n.º 113.295/SP, que se tratava de um paciente que portava consigo apenas munições de arma de fogo, sob relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, entendeu que: “Mostra-se irrelevante, no caso, cogitar-se da lesividade da conduta de portar apenas a munição, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para cuja caracterização não importa o resultado concreto da ação” (BRASIL, 2012). Dessa forma, o ministro da Suprema Corte apontou que não havia risco abstrato e nem concreto para que se caracterizasse crime. Não havia ofensa nem ao coletivo e nem a um bem jurídico tutelado.

O ministro Celso de Mello, no julgamento do Habeas Corpus n.º 185.974/SC do STF, que se tratava da posse de duas munições de arma de fogo, teve o mesmo entendimento do julgado supracitado sob relatoria do ministro Lewandowski de que não havia potencialidade lesiva e, portanto, não havia perigo abstrato. Luiz Flávio Gomes ensina:



O crime de posse ou porte de arma ilegal, em síntese, só se configura quando a conduta do agente cria um risco proibido relevante (que constitui exigência da teoria da imputação objetiva). Esse risco só acontece quando presentes duas categorias: danosidade real do objeto + disponibilidade, reveladora de uma conduta dotada de periculosidade. Somente quando as duas órbitas da conduta penalmente relevante (uma material, a da arma carregada, e outra jurídica, a da disponibilidade deste objeto) se encontram é que surge a ofensividade típica. Nos chamados 'crimes de posse' é fundamental constatar a idoneidade do objeto possuído. Arma de brinquedo, arma desmuniada e o capim seco (que não é maconha nem está dotado do THC) expressam exemplos de inidoneidade do objeto para o fim de sua punição autônoma (BRASIL, 2020).

Já no STJ, o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.621.389/RS, sob relatoria do ministro Rogério Schietti, que se tratava de posse de munição de arma de fogo, o agravante requereu a absolvição sob o argumento de que os princípios da ofensividade e da insignificância incidiam nos tipos penais previstos no Estatuto do Desarmamento, como pode-se ver pela argumentação abaixo:

[...] os princípios da ofensividade e da insignificância [...] possuem, sim, incidência em relação aos delitos estabelecidos no Estatuto do Desarmamento [...] sobretudo em razão do fato de que a quantidade de munição apontada como sendo do petionário é ínfima e não estava acompanhada (mediata ou imediatamente) de arma de fogo (BRASIL, 2017).

No entanto, o ministro relator não entendeu dessa forma e negou provimento ao agravo, pois segundo Schietti o porte ilegal de munição de arma de fogo, ainda que não associado a alguma arma de calibre compatível, é lesivo à segurança pública e compromete a paz social, sendo assim, configura-se crime.

A ministra Cármen Lúcia, do STF, no julgamento do Habeas Corpus n.º 106.068/MG, que tratava de uma tentativa de furto simples, concedeu ordem nos seguintes termos:

[...] A tentativa de furto de tubos de pasta dental e barras de chocolate, avaliados em trinta e três reais, não resultou em dano ou perigo concreto relevante, de modo a lesionar ou colocar em perigo bem jurídico na intensidade reclamada pelo princípio da ofensividade [...] (BRASIL, 2011).

Ainda, nota-se que a ministra aponta a relação entre o princípio da insignificância e o princípio da ofensividade, visto que foi uma tentativa de furto (de pequeno valor) e que não gerou risco concreto a algum bem tutelado.

Outro caso julgado pelo STF que aborda a questão do princípio da ofensividade no ordenamento jurídico brasileiro foi o Habeas Corpus n.º 93.820/MS, decidido

sob a relatoria do ministro Celso de Mello, que tratava de posse de arma de fogo desmuniçada e que, portanto, não estaria apta para uso imediato. O ministro salientou que em seu entendimento o fato concreto revela-se destituído de potencialidade lesiva a conduta daquele que, embora possuindo arma de fogo totalmente sem munição, não dispõe de acesso imediato à munição, não resultando, por isso mesmo, de tal comportamento, qualquer evento penalmente relevante, eis que, presente esse contexto, deixa de configurar-se situação imputável ao autor do fato que caracterize a criação ou a provocação causal, por ele próprio, de um estado de risco relevante e proibido (BRASIL, 2013).

Pelo STJ, no julgamento do Recurso Especial n.º 1.392.567/PR, que se tratava de crime de tráfico internacional de munição, o ministro relator Felix Fischer apontou que o ilícito de tráfico internacional de munição, tipificado no artigo 18 da Lei n.º 10.826/03⁸, é de perigo abstrato ou de mera conduta e visa proteger a segurança pública e paz social. Sendo assim, é irrelevante o fato de a munição apreendida estar desacompanhada da respectiva arma de fogo. Nesse sentido, o ministro acolheu o entendimento já firmado pela corte e outros processos de que esse tipo de crime coloca em risco a segurança pública e gera perigo a bens jurídicos tutelados (BRASIL, 2017).

Já a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), no julgado de Apelação Criminal n.º 1.0511.12.000146-2/001, entendeu que no caso concreto no qual o cidadão fora encontrado com uma arma garrucha calibre “.22”, não poderia se aplicar o princípio da ofensividade (no sentido de que apenas portar a arma e não lesionar nenhum bem jurídico não se configura delito), pois o simples porte da arma de fogo de uso permitido já configura o delito do art. 14 da Lei n.º 10.826, independente da ocorrência do perigo lesivo, restando afastado a aplicação do princípio da mínima ofensividade (MINAS GERAIS, 2013).

Ainda referente ao TJMG, sua 7ª Câmara Criminal decidiu no julgamento da Apelação Criminal n.º 1.0145.19.025565-6/001, que o caso concreto que envolvia pequenas quantidades de entorpecentes tinha como ausente a ofensividade ao bem jurídico penalmente protegido. Nas palavras do relator:

Não se alegue ainda que a conduta de Ervi é materialmente atípica pela ausência de lesividade/ofensividade (princípio da insignificância), tendo em vista supostamente não haver lesão ao bem jurídico tutelado pela norma penal, na medida em que tal matéria já se encontra pacificamente decidida

⁸ Art. 18 - Importar, exportar, favorecer a entrada ou saída do território nacional, a qualquer título, de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização da autoridade competente [...] (BRASIL, 2003).



na jurisprudência nacional:(HC 141500, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 13/11/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-040 DIVULG 26-02-2019 PUBLIC 27-02-2019) AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Não há falar-se em incidência do princípio da insignificância na espécie, porquanto inaplicável, nos termos da jurisprudência, ao delito de tráfico ilícito de drogas, na medida em que se trata de crime de perigo abstrato, sendo irrelevante a quantidade de droga apreendida em poder do agente (MINAS GERAIS, 2021).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o exposto, é possível verificar a notória importância do princípio da ofensividade no Direito Penal, tanto brasileiro quanto de outros países, visto que tal princípio se encontra em debate doutrinário e jurisprudencial frequente desde seus primórdios da época do Iluminismo.

Ademais, nota-se a relevância que a doutrina italiana no contexto pós-guerra teve no desenvolvimento do princípio estudado, em que esta foi responsável por diversas mudanças na forma de tutela penal do Estado italiano, dado o período político vivido na Itália no período fascista, no qual não havia distinção entre o direito e a moral, o que, de certa forma, banalizou a normatização penal. Com esse entendimento, o jurista Francesco C. Palazzo (apud MACHADO, 2014, p. 178) defende que tal princípio “é um produto tipicamente italiano, ou pelo menos na sua elaboração, a doutrina italiana pode reivindicar méritos especiais”.

Além, se tratando da atuação do princípio trabalhado, pode-se concluir que este detém uma ação dualista, sendo o primeiro plano encarregado de limitar o *jus puniendi* estatal nos momentos *a priori* da elaboração das normas criminais, e o segundo responsável por racionalizar a aplicação *a posteriori* da norma penal pelo magistrado, servindo de critério interpretativo, em que este princípio compele o intérprete da lei a buscar em cada caso concreto fundamental ofensa ao bem jurídico tutelado (BITENCOURT, 2020).

Porém, como afirmado acima, ainda há divergências na discussão sobre a aplicação do princípio da lesividade, principalmente quando se trata da relação deste princípio com os crimes de perigo abstrato. Contudo, há juristas que já buscam a solução para essa divergência doutrinária, defendendo que o caminho correto para a pacificação da relação entre o princípio tratado por este artigo e a legitimação

dos crimes de perigo abstrato está numa detalhada análise de tal tipo de crime e no desenvolvimento de critérios específicos de sua legitimidade, bem como na distinção de alguns grupos de casos de crimes de perigo abstrato, segundo um critério diferenciador que ainda há de ser formulado, para se ter uma enunciação dos requisitos de legitimidade que cada qual tem de atender, para serem efetivos no ordenamento jurídico (GRECO, 2004).

Esse entendimento de legitimidade das normas penais de perigo abstrato também é observado na jurisprudência, como pode ser visto nos julgados supra mencionados. Também, ao verificar a jurisprudência, e perceber que a grande parte dos julgados que tratam sobre o princípio da ofensividade são de crimes de perigo abstrato e considerando a ampla discussão doutrinária acerca da matéria, é possível afirmar que a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, em face do princípio da lesividade, deve ser observada em cada tipo penal e caso concreto, para se ter uma efetiva e legítima ação jurisdicional.

Portanto, é de se concluir que em um Estado Democrático de Direito, este que intrinsecamente tem por objetivo a garantia do poder popular e da proteção social e individual dos seres humanos, estes que são dignos de direitos por natureza, é de suma importância a existência de um instituto que tem como função a defesa de tais garantias democráticas, e é passível de se afirmar que tal instituto que desempenha esse encargo basilar no ordenamento jurídico brasileiro é o Princípio da Ofensividade, ao limitar a punição estatal e nortear a atividade jurisprudencial do magistrado.

REFERÊNCIAS

ARÊDES, S. N. O Princípio da Ofensividade e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Revista CEJ. Brasília, Ano XV, n. 55, out./dez. 2011, p. 36-45. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r28716.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2022.

BATISTA, N. Temas de Direito Penal. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.

BECCARIA, C. Dos delitos e das penas. São Paulo: M. Fontes, 2002. ISBN: 9788546902880.

BITENCOURT, C. R. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. Vol. 1. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BOTTINI, P. C. Crimes de perigo abstrato e princípio de precaução na sociedade do risco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília,



DF: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 24 jul. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: Diário Oficial da União, 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 24 jul. 2022.

BRASIL. Lei n.º 10.826, de 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. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2003. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.826.htm. Acesso em: 24 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n.º 1290257/RN. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Penal. Art. 15 da lei n.º 10.826/2003. Crime de perigo abstrato. Suspensão condicional da pena. Pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos. Impossibilidade. Art. 77, inciso III, do Código Penal. Agravo Regimental desprovido. Relatora: Min. Laurita Vaz, 19 de março de 2019. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801089480&dt_publicacao=01/04/2019. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial n.º 684978/SP. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Art. 15 da lei n.º 10.826/2003. Absolvição. Impossibilidade. Necessidade de reexame de provas. Súmula nº 7 do STJ. Agravo Regimental não provido. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 05 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861307617/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-684978-sp-2015-0074545-0>. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1621389/RS. Agravo Regimental no Recurso Especial. Posse ilegal de munição de uso permitido. Art. 12 da lei n.º 10.826/2003. Crime de perigo abstrato. Insignificância. Inaplicabilidade. Recurso não provido. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 27 de junho de 2017. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201602197359&dt_publicacao=01/08/2017. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). Habeas Corpus n.º 234637/SP. Penal e Processual Penal. Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Impossibilidade. Não conhecimento. Disparo de arma de fogo. Tipicidade da conduta. Constrangimento ilegal não evidenciado. Relator: Min. Og Fernandes, 09 de abril de 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23115711/habeas-corpus-hc-234637-sp-2012-0040018-3-stj/inteiro-teor-23115712>. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). Recurso Especial n.º 1392567/PR 2013/0248703-3. Penal. Recurso Especial. Tráfico internacional de munição. Art. 18 da lei n.º 10.826/2003. Crime de perigo abstrato Momento consumativo. Fiscalização pela zona alfandegária. Caracterização do conatus. Fração de redução pela tentativa. Impossibilidade. Reexame dos elementos fático-probatórios. Súmula 7 do STJ. Relator: Min. Felix Fischer, 25 de

abril de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465718000/recurso-especial-resp-1392567-pr-2013-0248703-3/relatorio-e-voto-465718025>. Acesso em: 12 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus n.º 185974/SC. Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003). Posse de duas munições de uso permitido (art. 12) desacompanhadas de arma de fogo compatível com a sua utilização. Princípio da ofensividade e Direito Penal. “Nullum crimen sine injuria”. O debate em torno dos crimes de perigo abstrato. Doutrina. Comportamento do agente que não caracterizou, no caso, situação de perigo concreto. Fundamento suficiente para a concessão da ordem de “habeas corpus”. Existência, no entanto, de entendimento diverso desta Corte em tema de crimes de perigo abstrato. Princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima do Direito Penal. Incidência, na espécie, do postulado da insignificância, que se qualifica como causa supralegal de exclusão da tipicidade penal em sua dimensão material. Precedentes do Supremo Tribunal Federal, inclusive em matéria concernente ao Estatuto do Desarmamento. “Habeas corpus” deferido. Relator: Min. Celso de Mello, 03 de outubro de 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/941165140/agreg-no-habeas-corpus-hc-185974-sc-0093376-5320201000000/inteiro-teor-941165140>. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Habeas Corpus n.º 106068/MG. Habeas Corpus. Constitucional. Processo Penal. Tentativa de furto simples. Excepcionalidade da Súmula n. 691 do STF. Inexistência de lesão a bem juridicamente protegido. Princípio da Insignificância: incidência. Precedentes. Ordem concedida. Relatora: Min. Cármen Lúcia, 14 de junho de 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20626201/habeas-corpus-hc-106068-mg-stf/inteiro-teor-110025033>. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus n.º 93820/MS. “Habeas Corpus” – Posse de arma de fogo – Objeto desmuniado – Ausência de possibilidade de uso pronto e imediato da arma – Potencialidade lesiva independente da disponibilidade da imediata utilização de referido instrumento – Conduta caracterizadora do tipo penal em questão (lei nº 10.826/2003, art. 12), ressalvada a posição pessoal do relator desta causa, que entende inoportunidade situação configuradora de tipicidade penal – Condenação criminal pela conduta de possuir arma de fogo, de uso permitido, em desacordo com determinação legal – Extinção da punibilidade, no entanto, em razão da permissão de entrega espontânea no período de “vacatio legis” – “Abolitio criminis” temporária devidamente comprovada – Atipicidade penal quanto a esse aspecto – Invalidação da sentença penal condenatória – Pedido deferido. Relator: Min. Celso de Mello, 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24808237/habeas-corpus-hc-93820-ms-stf/inteiro-teor-112281451>. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Habeas Corpus n.º 113295/SP. Penal. Habeas Corpus. Porte de munição. Atipicidade da conduta. “Abolitio Criminis” temporária. Matéria que não foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça. Supressão de instância. Ausência de lesividade da conduta. Inteligência do art. 14 da lei 10.826/2003. Tipicidade reconhecida. Crime de perigo abstrato. Writ parcialmente concedido e, nessa extensão, denegada a ordem. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 13 de novembro de 2012. Disponível



em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22816504/habeas-corpus-hc-113295-sp-stf/inteiro-teor-111040341>. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n.º 583523/RS. Recurso extraordinário. Constitucional. Direito Penal. Contravenção penal. 2. Posse não justificada de instrumento de emprego usual na prática de furto (artigo 25 do Decreto-Lei n. 3.688/1941). Réu condenado em definitivo por diversos crimes de furto. Alegação de que o tipo não teria sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Arguição de ofensa aos princípios da isonomia e da presunção de inocência. 3. Aplicação da sistemática da repercussão geral – tema 113, por maioria de votos em 24.10.2008, rel. Ministro Cezar Peluso. 4. Ocorrência da prescrição intercorrente da pretensão punitiva antes da redistribuição do processo a esta relatoria. Superação da prescrição para exame da recepção do tipo contravencional pela Constituição Federal antes do reconhecimento da extinção da punibilidade, por ser mais benéfico ao recorrente. 5. Possibilidade do exercício de fiscalização da constitucionalidade das leis em matéria penal. Infração penal de perigo abstrato à luz do princípio da proporcionalidade. 6. Reconhecimento de violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, previstos nos artigos 1º, inciso III; e 5º, caput e inciso I, da Constituição Federal. Não recepção do artigo 25 do Decreto-Lei 3.688/41 pela Constituição Federal de 1988. 7. Recurso extraordinário conhecido e provido para absolver o recorrente nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal. Relator: Min. Gilmar Mendes, 03 de outubro de 2013. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342665/recurso-extraordinario-re-583523-rs-stf/inteiro-teor-159438332>. Acesso em: 13 mar. 2022.

CANOTILHO, J. J. G. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COELHO, E. M. Prescrição Penal como limite ao poder-dever punitivo estatal. Revista Jurídica Unicuritiba, Curitiba, v. 3, n. 60, p. 339-360, jul. - set. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/revistajur.2316-753X.v3i60.4185>. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Jur-UNICURITIBA_n.60.15.pdf. Acesso em: 13 mar. 2022.

DIAS, J. F. Questões Fundamentais do Direito Penal Revisitadas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US Supreme Court. LAWRENCE et al. v. TEXAS. Court of Appeals of Texas, Fourteenth District. 2003. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/search.aspx?filename=/docketfiles/02-102.htm>. Acesso em: 24 jul. 2022.

FERRAJOLI, L. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GOMES, L. F. Critérios determinantes do princípio da insignificância. Tribuna, [S. l.], p. 1-1, 03 jan. 2005. Disponível em: <https://tribunapr.uol.com.br/noticias/criterios-determinantes-do-principio-da-insignificancia/>. Acesso em: 31 ago. 2022.

GRECO, L. "Princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato - Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. Revista dos Tribunais Online. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 12, n. 49, jul.-ago., 2004.

GOMES, L. F. Princípio da Ofensividade no Direito Penal. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais: 2002.

GRECO, L. Sobre o chamado direito penal do inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, 2005. Disponível em: <http://fdc.br/arquivos/mestrado/revistas/revista07/docente/07.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2022.

JUNQUEIRA, G. Direito penal. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MACHADO, F. G. P. et al. Livro em homenagem a Miguel Reale Júnior. A leitura italiana sobre o princípio da ofensividade. p. 177-189. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

MILARÉ, É. Direito do ambiente. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (7. Câmara Criminal). Apelação Criminal n.º 1.0145.19.025565-6/001. Apelação criminal. Tráfico de drogas. Preliminar. Atipicidade da conduta. Matéria atinente ao mérito recursal. Absolvição. Insuficiência probatória. Inviabilidade. Conjunto probatório robusto. Ausência de lesividade/ofensividade. Não reconhecimento. Redução da pena. Necessidade. Superada a preliminar. No mérito, dado parcial provimento aos recursos. Relator: Des. Marcílio Eustáquio Santos, 15 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0145.19.025565-6%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 12 mar. 2022.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais (6. Câmara Criminal). Apelação Criminal n.º 1.0511.12.000146-2/001. Apelação criminal - Porte de arma de fogo desmuniada - Conduta típica - Não aplicação do princípio da ofensividade. A simples conduta de portar arma de uso permitido configura o crime do artigo 14 da Lei 10.826/03, independentemente da ocorrência de efetivo perigo, o que afasta a aplicação do princípio da ofensividade. Relatora: Des. Denise Pinho da Costa Val, 24 de setembro de 2013. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0511.12.000146-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 12 mar. 2022.

PRADO, L. R. Bem jurídico-penal e Constituição. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

PRADO, L. R. Curso de Direito Penal Brasileiro. vol. único. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

ROXIN, C. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROXIN, C. Derecho penal: parte general. 2. ed. Madrid: Civitas, 2003.



SANTOS, J. C. Direito Penal: parte geral, 6. ed., ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

WEYH, D. P. O Princípio da Necessidade Penal: um estudo acerca da sua eficiência a partir da análise da tutela jurídica da ordem econômica em sentido estrito. IV Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação – PUCRS, p. 214-221, 2009. Disponível em: https://editora.pucrs.br/anais/IVmostra/IV_MOSTRA_PDF/Ciencias_Criminais/72198-DEBORA_POETA_WEYH.pdf. Acesso em: 26 mar. 2022.

ZAFFARONI, R. E.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. Derecho penal: parte general. 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, R. E.; PIERANGELI, J. H. Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, R. E. Teoría del delito. Buenos Aires: Ediar, 1973.