

Sociedade de risco e a expansão do Direito Penal: uma análise dos crimes de perigo abstrato à luz do Estado Constitucional

Autor: Lorena Siqueira Rodrigues^{*}
Orientador: Karlos Alves Barbosa^{**}

RESUMO

O presente artigo trata sobre os Crimes de Perigo abstrato, partindo das características da sociedade de risco, da migração de uma modernidade tradicional para uma modernidade reflexiva e da necessidade de uma legislação mais abrangente na era da globalização. Após essas considerações, é feita uma análise da adequação desses crimes perante alguns princípios constitucionais e também uma análise jurisprudencial sobre o assunto, podendo assim ser feita uma conclusão a respeito da constitucionalidade desses crimes frente ao Estado Constitucional de Direito.

Palavras chave: crimes de perigo abstrato; sociedade de risco; Estado Constitucional de Direito.

INTRODUÇÃO

Com a evolução, modernização e globalização da sociedade novos riscos foram surgindo gerando uma constante “sensação de risco”. Tal sensação se faz pela incerteza presente na sociedade devido a inovações que são apresentadas diariamente em corroboração com a intensa cobertura da mídia a respeito de catástrofes e acidentes, gerando o que hoje chamamos de sociedade de risco.

^{*} Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia(UFU),MG. E-mail: lorenasiqueirar@gmail.com

^{**} Professor Ms Penal e Processo Penal.

Nesse sentido, a sociedade exige cada vez mais uma expansão do direito penal, com a dilatação do campo de abrangência das normas, para que essas novas situações possam ter o necessário respaldo na lei.

É nesse contexto que surgem os chamados crimes de perigo abstrato. Esses crimes são caracterizados por não exigirem a existência de certas elementares, como uma situação de perigo real e concreto ou a lesão de um bem jurídico. Como exemplo o crime de dirigir embriagado, porte de armas e o tráfico de drogas.

Todavia, essa expansão do direito encontra limites. A sociedade contemporânea é uma sociedade democrática, que é respaldada por uma constituição que impõe regras e princípios limitadores para garantir ao cidadão a maior igualdade de direitos.

Assim, a criação de tipos penais incriminadores gera grande discussão doutrinária, visto que toda legislação infraconstitucional deve estar de acordo com os ditames impostos pelo Estado Constitucional, não podendo desconsiderá-los.

É justamente por isso que no cenário atual se discute se os crimes de perigo abstrato estão de acordo com os princípios constitucionais como o princípio da ofensividade, da culpabilidade, da intervenção mínima entre outros, se concretizando como tema de grande importância e que será tratado no presente trabalho.

No primeiro capítulo será feita uma abordagem da sociedade de risco, como se deu a evolução até ela e a nova realidade imposta. Além disso, é feito um paralelo entre a modernização tradicional e a modernização reflexiva entendendo suas diferenças.

O segundo capítulo trata sobre a globalização e o direito penal. Inicialmente é feita uma introdução a respeito do fenômeno globalização e como ele é sentido nas mais diversas áreas. Logo depois é feita uma abordagem da evolução do direito penal no Brasil, da colonização aos dias atuais e onde se tem um direito globalização que é tratado mais

especificamente no próximo tópico sobre expansão e globalização do direito penal.

O terceiro capítulo é sobre os crimes de perigo abstrato. Para uma melhor compreensão do tema, inicialmente é feita uma abordagem sobre os crimes de perigo e os de dano, logo depois os crimes de perigo abstrato são tratados de forma mais específica.

No quarto capítulo é feita a análise dos crimes de perigo abstrato frente o Estado Constitucional, assim são abordados alguns princípios e feita a análise se esse tipo de crime estaria os infringindo. Logo depois é feita uma análise jurisprudencial para entender qual o posicionamento dos tribunais superiores em relação ao assunto.

A SOCIEDADE DE RISCO

Evolução da sociedade industrial para a sociedade de risco

Compreender a sociedade atual, na qual se vive, e como todo esse processo de evolução ocorreu se faz necessário visto que a lógica da distribuição de riscos atual possui na própria sociedade suas origens e fundamentos. Para tanto, é importante uma breve análise dos acontecimentos que contribuíram para a configuração da sociedade contemporânea.

Com a revolução francesa e os ideais iluministas, uma nova era foi ganhando espaço. Os ideais baseados na razão e na liberdade passaram a transformar a sociedade, e assim dar início a modernidade.

Foi nesse contexto, que se deu a revolução industrial, iniciada na Inglaterra, no século XVIII, e que levou a modernização dos meios de produção. A transição do artesanato e da manufatura, a busca por maiores lucros e menos custos, transformou os meios de produção gerando muita mão-de-obra disponível e barata. O capitalismo se instaurava.

A partir do século XX, com o capitalismo e a industrialização já concretizados, o desenvolvimento das ciências e tecnologias foi ganhando

espaço e acontecendo cada vez mais rapidamente. Esse desenvolvimento porém, veio acompanhado de novos riscos. Nesse sentido pontua Ulrich Beck¹:

“o conceito de “sociedade industrial” ou “de classes” (na mais ampla vertente de Marx e Weber) gira de torno da questão de como a riqueza socialmente produzida pode ser distribuída de forma socialmente desigual e ao mesmo tempo “legítima”. Isto coincide com o novo paradigma da sociedade de risco, que se apoia fundamentalmente na solução de um problema similar e no entanto inteiramente distinto. Como é possível que as ameaças e riscos sistematicamente coproduzidos no processo tardio de modernização sejam evitados, minimizados, dramatizados, canalizados e, quando vindos à luz sob a forma de “efeitos colaterais latentes”, isolados e redistribuídos de modo tal que não comprometam o processo de modernização e nem as fronteiras do que é (ecológica, medicinal, psicológica ou socialmente) “aceitável”?

Foi nesse novo contexto, que se instaurou uma constante sensação de perigo na sociedade. O inédito, fruto da produção científica exacerbada, do desenvolvimento industrial, da exploração invasiva do meio ambiente, o manejo da energia nuclear, os avanços genéticos, levou a atual situação.

A Sociedade de Risco

Não se pode dizer que os riscos da sociedade surgiram apenas com a modernidade. De fato eles sempre estiveram presentes na sociedade, porém de uma forma muito diferente do que se tem hoje. Antes, associados a aventuras, aos desafios, aos problemas profissionais e empresariais, na atualidade, ao se falar de riscos existe uma preocupação global visto que as barreiras dos Estados não são mais limite para seu alcance além do fato de que os riscos se tornaram imprevisíveis.

A devastação ambiental passou a níveis globais, afetando países de diversas características, não apenas os mais industrializados, a contaminação dos alimentos por agrotóxicos passou a atingir diversas gerações. Os riscos

¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco, rumo a outra modernidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p.23.

deixaram de estar ligados ao lugar que foram gerados, atingindo a vida no planeta, sob todas as suas formas.

Isso tudo ocorreu pelo fato de que a produção social de riquezas, através do avanço tecnológico, da expansão dos meios de comunicação, da exploração da natureza implicou na produção social dos riscos em uma escala inimaginável pelo homem, e imprevisível pela ciência, atingindo a todos indiscriminadamente.

Assim, se por um lado, o desenvolvimento técnico e científico proporcionou diversos avanços para o homem, esse mesmo desenvolvimento, resultou em novas ameaças e riscos, tornando o futuro indeterminado.

Nas palavras de Ulrich Beck²:

Tampouco os ricos e poderosos estão seguros diante deles. Isto não apenas sob a forma de ameaças a saúde, mas também como ameaças a legitimidade, a propriedade e ao lucro: com o reconhecimento social de riscos da modernização estão associadas a desvalorização e desapropriação ecológica, que incidem múltipla e sistematicamente a contrapelo dos interesses de lucro e propriedade que impulsionam o processo de industrialização.

Nesse sentido, fica clara a ideia de Ulrich Beck em relação ao fato de que os riscos não são distribuídos conforme a riqueza, atingindo a sociedade como um todo. É o que ele chama de efeito boomerang, que implode o esquema da luta de classes, assim, nem os ricos e poderosos estariam seguros diante dos riscos, não sendo possível prever que serão os afetados.

O autor em questão traz o exemplo do acidente nuclear de Chernobil para demonstrar a diferença entre a sociedade industrial e a sociedade de risco. O acidente atingiu milhares de pessoas das mais diferentes localidades, que não estavam ligadas a produção da energia nuclear. Um risco concretizado que foi causado pelo próprio desenvolvimento da sociedade.

² BECK, ULRICH. **Sociedade de Risco, rumo a outra modernidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p.

É o que ocorre também com as catástrofes ambientais. O uso indevido de agrotóxicos, o desmatamento exacerbado, a produção de tóxicos cada vez maiores, leva a grande instabilidade da natureza gerando grandes catástrofes naturais que devastam cidades, países e em um futuro próximo, talvez, continentes, atingindo a todos indiscriminadamente.

Se por um lado, esses riscos são de grandes proporções como as catástrofes naturais, por outro lado são por vezes imperceptíveis aos olhos e terão como maiores afetados as futuras gerações. Como por exemplo, a radioatividade e a contaminação químicas e de alimentos.

Nesse sentido pontua Ulrich Beck³

Cada vez mais estão no centro das atenções ameaças que com frequência não são nem visíveis nem perceptíveis para os afetados, ameaças que, possivelmente sequer produzirão efeitos durante a vida dos afetados, e sim na vida de seus descendentes, em todo caso ameaças que exigem os “órgãos sensoriais” da ciência – teorias, experimentos, instrumentos de medição – para que possam chegar a ser “visíveis” e interpretáveis como ameaças.

Diante de disso, do alcance universal dos riscos, e dos limites incalculáveis de seus efeitos nocivos surge cada vez mais um debate ético a esse respeito. Existiriam riscos aceitáveis? O que é preciso proteger? Como seguir adiante com a natureza? Como pontua Ulrich Beck, essas são velhas-novas questões que no estágio mais avançado do processo civilizatório voltam a gozar de prioridade na ordem do dia⁴.

Assim, diante dessa sociedade, e da consciência de novos riscos surge a necessidade cada vez maior da promessa de segurança e da tutela de novos bens jurídicos. Porém, o direito penal existente não é apto para combater essas novas situações surgindo, portanto, a necessidade de uma expansão do mesmo com o objetivo de atender a essa nova realidade da sociedade de risco.

³ BECK, ULRICH. **Sociedade de Risco, rumo a outra modernidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011,p.32

⁴ BECK, ULRICH. **Sociedade de Risco, rumo a outra modernidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011,p.34

A distinção entre a modernidade tradicional e a modernidade reflexiva

O sociólogo Ulrich Beck, precursor da teoria da sociedade do risco tratada anteriormente, distingue nessa mesma linha de raciocínio, dois tipos de modernidade, a chamada modernidade tradicional ou simples, ocorrida durante o processo de industrialização, e a modernidade reflexiva que surge da própria sociedade industrial dissolvendo seus pilares e fazendo surgir a sociedade mundial do risco.

A modernidade tradicional foi uma transição de período através do progresso industrial, midiático, e da mudança da forma de pensar da sociedade. Nesse momento, o desenvolvimento do conhecimento passou a ter por base a razão, especialmente na sua dimensão instrumental, instaurou-se o Iluminismo, movimento intelectual que extinguiu a ignorância e a superstição por meio do uso da razão, libertando o homem das mitologias. Assim, chegou o fim do sagrado como única explicação de todos os fenômenos existentes.

A racionalidade, o antropocentrismo, a razão reduzida a dimensão científica, a dessacralização e racionalização das visões de mundo são também fortes características da modernização tradicional. Assim, com a ciência em tamanha evidência, instaurou-se uma industrialização em uma escala jamais vista, contrastando com a maioria dos ofícios existentes na pré-modernidade, e com as antigas manufaturas.

Economicamente, tem-se a expansão e fixação do capitalismo e o surgimento de uma sociedade do consumo massificado, do capitalismo de consumo. Já no que tange ao Direito, temos que a modernidade tradicional, sem dúvidas significou um avanço de direitos e deveres dos cidadãos, porém ao mesmo tempo, diminuiu a liberdade individual visto que ocorreu uma universalidade homogeneizadora.

Já a modernização reflexiva por outro lado, surgiu com a chegada da pós-modernidade. Com o fim do comunismo e colapso da União Soviética em 1989, grandes mudanças ocorreram em toda a sociedade e pode-se dizer que

houve a transição da modernidade para a pós-modernidade, e é nesse contexto que surgiu a discussão a respeito da reflexividade da modernização.

Com o fim de duas grandes guerras mundiais não havia mais dúvidas de que os valores da Modernidade estavam em crise. Havia-se presenciado as violências extremas do nazi-facismo. Assim, a segunda metade do século XX foi marcada por grandes mudanças de pensamento, principalmente ao modo de pensar a sociedade e suas instituições.

A total crença na, razão, no progresso e no capitalismo já não existia mais. Além disso, ficou evidente o fracasso do Iluminismo racionalista moderno, que levou o mundo a grandes ideologias, tanto de direita quanto de esquerda. Essa modernização ocorre, portanto, em um contexto de declínio do modernismo e ascensão de uma sociedade pluralista e individualista.

A modernização reflexiva representa uma reinvenção da modernidade e de suas formas industriais por outro tipo de modernidade. O conceito reside no dinamismo da sociedade industrial que destrói seus próprios fundamentos, abrindo espaço para uma modernização ainda mais avançada. É a modernização da modernização.

Como define Ulrich Beck⁵:

Assim, em virtude de seu inerente dinamismo, a sociedade moderna está modificar as suas formações de classe, de status, de ocupação, os papéis sexuais, a família nuclear, a indústria, os setores empresariais e, claro, também os pré-requisitos e as formas do natural progresso tecnoeconômico. Esta nova fase, na qual o progresso se pode transformar em autodestruição, na qual um tipo de modernização corta e transforma outro tipo, é aquela a que eu chamo fase da modernização reflexiva.

Diferentemente do que ocorreu na transição do mundo tradicional para a era industrial, onde a amarga realidade, a luta de classes e as crises eram os motivos das grandes revoltas, nessa nova sociedade, a crescente riqueza, o

⁵ BECK, ULRICH. **Sociedade de Risco, rumo a outra modernidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011,p.13.

crescimento econômico, o desenvolvimento tecnológico e a vitória do capitalismo, são os motivos que levam as transformações.

Nesse sentido, Ulrich Bech afirma ainda que na sociedade reflexiva, tudo ocorre de forma silenciosa. Isso porque, as diversas mudanças que vão ocorrendo ao longo do tempo, como a crescente independência das mulheres e as modificações no sistema de trabalho, escondem de certa forma seu potencial transformador das bases da sociedade. O foco por vezes continua sendo os tradicionais problemas.

Na modernização reflexiva os riscos também são diferentes em relação a modernização tradicional. Na sociedade industrial, onde se tem a primeira modernização (tradicional), os riscos apesar de produzidos, eram em menor escala e não eram assuntos de grande destaque e preocupação. Já em um segundo momento, com a modernização reflexiva, os riscos tornam-se o centro das atenções, momento que se tem a então chamada sociedade de risco.

Na sociedade de risco, o desenvolvimento acelerado produz cada vez mais riscos não sendo mais possível prevê-los nem controlá-los. Essa sociedade surge com a modernização exacerbada, que não percebe suas próprias ameaças, e acabam por destruir os alicerces da sociedade industrial. É o que Ulrich Beck chama de reflexividade⁶. A modernidade reflexiva, portanto, é a autoconfrontação da modernidade através dos riscos que surgem nessa nova sociedade, na sociedade de risco.

A individualização é outro ponto dessa sociedade. Na sociedade industrial a ideia do homem com o centro da família e do sustento acabava por estruturar socialmente as classes. Já na modernização reflexiva, e na sociedade pós-moderna, o cenário é outro. Segundo Ulrich Beck, há a substituição por um novo tipo de condução de disposição de vida, não mais obrigatória e nos modelos tradicionais. Buscam-se novas certezas para si, a autobiografia, a autor representação. Mas por outro lado, surgem também

⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco, rumo a outra modernidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011,p.31.

novas interdependências. A individualização e a globalização são, na verdade, dois lados do mesmo processo de modernização reflexiva⁷.

Porém, essa individualização não ocorre por livre escolha. Há a condenação das pessoas a essa situação pelas circunstâncias da sociedade. Assim como ocorre com a transição da modernidade para a modernidade reflexiva. Não se é possível escolher ou rejeita-la, tudo ocorre de forma autônoma, indesejada e despercebida.

GLOBALIZAÇÃO E O DIREITO PENAL

O fenômeno da globalização

Não se pode negar que toda a sociedade mundial tem passado por inúmeras transformações. Há a transição do nacional para o global com o nascimento das culturas virtuais, plurais e fragmentadas. Além disso, há a perda do controle sobre os riscos, pois não é mais possível prever os perigos do avanço tecnológico e a falta de consciência da finitude dos recursos naturais despertou grandes desastres.

A globalização nesse sentido é o fenômeno global que significa a intensificação das mais diversas interações, incluindo as econômicas, sociais, políticas e culturais. Trata-se de um processo que atravessa as mais diversas áreas da sociedade, atingindo a todos indiscriminadamente.

Giddens⁸ define globalização como: “a intensificação das relações sociais mundiais que unem localidades distantes de tal modo que os acontecimentos locais são condicionados por eventos que acontecem a muitas milhas de distancia e vice versa”. Já para Boaventura de Sousa Santos⁹ (2002, p.26), “estamos perante um fenômeno multifacetado com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo completo”.

⁷ GILDDENS, Anthony. **The Consequences of Modernity**, p.63ss; Wallerstein, *The Modern World System* 1974; Roszak, *Person/Planet: The Creative Disintegration of Industrial Society*, 1979.

⁸ GILDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Editora Unesp, 1990, p.60

⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Os processos de globalização**. In: **Globalização e as ciências sociais**. Boaventura de Souza Santos (org.), 2ª ed, São Paulo: Cortez, 2002, p.26.

Economicamente, a globalização significa investimentos em escala global, processos de produção flexíveis, revolução das tecnologias de comunicação e informação, baixos custos de transporte e emergência de grandes capitalismos como o Americano e o Japonês. Porém, apesar de atravessar todo o sistema mundial, ocorre de forma desigual de acordo com a posição dos países no sistema mundial.

A globalização econômica exige que os países abram-se ao mercado mundial, dando espaço para as multinacionais. Além disso, exige-se que seja destinada especial atenção as exportações, e as necessidades das grandes economias mundiais. Há um consenso econômico neoliberal, que impõe que a regulação Estatal seja mínima.

No quesito social, pode-se dizer que a globalização agravou as desigualdades e dificultou ainda mais uma distribuição equilibrada de riquezas. De acordo relatório de desenvolvimento do Banco Mundial de 1995, o conjunto de países mais pobres, onde vive 85,2% da população mundial, detém apenas 21,5% do rendimento mundial, enquanto o conjunto de países ricos com 14,8% da população mundial detem 78,5% do rendimento mundial.

A ruptura de fronteiras com o aumento dos grandes movimentos de migração, de refugiados e também do aumento das desigualdades sociais é outra característica desse processo bastante complexo e variável.

Direito Penal no Brasil: da colonização até os dias atuais

Examinar as relações entre História e Direito reveste-se de grande importância visto que assim é possível compreender a atual situação da legislação penal brasileira. Toda cultura tem um aspecto normativo, estabelecendo padrões e regras que determinam condutas. Esse aspecto normativo traduz o grau de evolução e complexidade da sociedade. Assim, o direito penal teve diferentes formas de expressão durante toda a história do Brasil, desde a colonização até a atualidade.

No Brasil Colônia, instaurou-se uma extensão do poder de Portugal no território brasileiro. A estrutura política, econômica e social era baseada nas necessidades da Metrópole e em um segundo plano, na elite agrária local. Nesse sentido pontua A.L. Machado Neto que, dos grupos étnicos que compunham o Brasil colonial, apenas a do colonizador luso teve influências significativas na formação jurídica da época. Os negros e indígenas foram deixados de lado.

Nesse sentido, pontua Antonio Carlos Wolkmer¹⁰:

De fato, o Direito Vigente no Brasil-Colônia foi a transferência da legislação portuguesa contida nas compilações de lei e costumes conhecidos como Ordenações Reais, que englobavam as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603). Em geral, a legislação privada comum, fundadas nas Ordenações do Reino, era aplicada sem qualquer alteração em todo território nacional.

Porém, como essas normas, advindas do direito português eram inadequadas ao Brasil, começaram a surgir outras leis para suprimirem as necessidades existentes, principalmente as relacionadas ao comércio, mantendo sempre a coroa portuguesa e a elite agrária em primeiro plano.

Paralelamente a esse Direito, existiam práticas jurídicas informais e não-oficiais no interior do Brasil, nos quilombos¹¹ e comunidades indígenas conhecidas como reduções¹². Nesses locais, onde a civilização não havia adentrado, permanecia um direito costumeiro e próprio dessas comunidades. Além disso, existiu também o direito penal aplicado pelos jesuítas em suas missões.

Proclamada a independência do Brasil em 1822, o liberalismo passou a estruturar a sociedade com a proposta de progresso e superação do colonialismo. Porém, a dominação continuou sendo de uma elite conservadora, ignorando a grande parte da população. Foi nesse período que foram criados

¹⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.46.

¹¹ Os quilombos eram os locais de refúgio dos escravos durante o período colonial e imperial. Nesses locais viviam os escravos livres e de acordo com suas tradições.

¹² As reduções indígenas eram os aldeamentos que os jesuítas utilizavam para realizar suas missões.

os primeiros cursos jurídicos no Brasil, sendo possível a formação de uma elite jurídica própria e a elaboração de leis, códigos e da primeira constituição brasileira.

O primeiro documento normativo após a independência do Brasil foi a Constituição de 1824, marca pelas ideias liberais e com grande influência francesa¹³. Segundo Antonio Carlos Wolkmer¹⁴ “tratava-se de uma Constituição outorgada que institucionalizou uma monarquia parlamentar, impregnada por um individualismo econômico e um acentuado centralismo político”. Uma constituição que ignorada a realidade brasileira e firmava-se frente a elite dominante.

Além da Constituição, foi criado um Código Criminal, em 1830, que representou um grande avanço aos processos cruéis das ordenações. O código era orientado pelos princípios da legalidade e da personalidade, porém, não representou nenhum avanço quando ao reconhecimento dos negros e índios do país, além disso, contemplava a pena de morte. Dois anos depois foi criado O Código de Processo Criminal de 1832, que reforçou as instituições liberais como os juízes de paz. Os juízes de paz atuavam tanto na formação de culpa dos acusados quanto julgando certas infrações penais menores, chamadas de crimes de policia.

Com o tempo, a elite agrária foi perdendo poder, juntamente com o declínio da economia agrária. Nesse contexto ocorreu o crescimento das concepções antimonarquistas, instaurou-se o movimento abolicionista e houve também o enfraquecimento das relações entre a igreja e o Estado, surgindo o Estado Liberal Republicano em 1889.

Um novo Código foi sancionado em 1890 e que ficou em vigência até 1941, possuía um texto liberal e clássico simplificando o sistema de penas do Código anterior. Foi criada também uma nova Constituição em 1891 com valores republicanos e positivistas, porém, sem a participação das vontades da população, assim como a constituição de 1824.

¹³ A revolução francesa foi uma grande influenciadora da Constituição de 1824, principalmente as doutrinas do publicista do francês Benjamin Constant.

¹⁴ WOLKMER, Antônio Carlos, **História do Direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.70-71.

Nesse sentido pontua Antônio Carlos Wolkmer¹⁵:

Sem sombra de duvida, os textos constitucionais em questão configuram o controle político-econômico das oligarquias agroexportadoras, que, enquanto parcelas detentoras do poder, acabavam impondo seus próprios interesses e moldavam a dinâmica do Direito Público compreendido entre a Independência do país e o fim da Republica Velha. Tais constituições materializaram consensualidades em cujo horizonte sobressaíam a supremacia de frações definidas da elite dominante e uma ordenação ampla do Estado no sentido de seus procedimentos burocrático-patrimonialistas.

Nesse contexto de desigualdade, e insatisfação de grande parte da população, foram surgindo propostas de mudanças por diferentes atores e classes. O que se tinha era uma sociedade fragmentada por vários poderes regionais, composta por muitos conflitos.

Em 1934 o Brasil teve uma nova Constituição. Foi a primeira Constituição que preocupou-se com a situação social do país. Implementou também direitos políticos e econômicos. Surgia nessa época também a Justiça do Trabalho. Prosseguindo, a Constituição de 1937, legitimou o autoritarismo do Estado Novo, permitindo legislar por meio de decretos leis e intervir nas organizações partidárias e sociais, restringindo efetivamente os direitos dos cidadãos.

Foi ainda no Estado Novo, em 1940, que surgiu um novo Código Penal. Um código rigoroso e autoritário, impregnado de medidas de segurança pós-delituosa. Nas palavras de Eugenio Raúl Zaffarini e José Henrique Pierangeli¹⁶(ANO,p.223) o Código “desemboca numa clara deterioração da segurança jurídica e converte-se num instrumento de neutralização de “indesejáveis”, pela simples deterioração provocada pela institucionalização demasiadamente prolongada”

Em 1946 a democracia foi reestabelecida, com a volta da independência dos poderes e a garantia dos direitos individuais. Porém ainda vigorava o Código de 1940, que era totalmente incompatível com a nova Constituição,

¹⁵ WOLKMER, Antônio Carlos, **História do Direito no Brasil**. 3 ed. Rio de Janeiro, 2003, p.92

¹⁶ PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 6. Ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 194.

assim, passou a existir uma concepção dupla do homem, o que com o tempo foi tornando-se intolerável.

Nesse contexto, já em 1969, surgiu um novo Código Penal, sancionado pelo governo militar. O Código não cedeu muito a repressão do anterior, mantendo penas extremamente graves. No fim do governo militar, em 1979, iniciou-se um período de maior abertura política, assim, em 1980 foi institucionalizada uma comissão de reforma da parte geral do Código Penal entrando em vigor em 1985 juntamente com a Lei de Execução Penal.

Nas palavras de Eugenio Raúl Zaffarini e José Henrique Pierangeli¹⁷:

O texto que compõe a nova parte geral constitui uma verdadeira reforma penal e supera amplamente o conteúdo tecnocrático da frustrada tentativa de reforma de 1969, posto que apresenta uma nova linha de política criminal, muito mais de conformidade com os Direitos Humanos. De uma maneira geral, o neo-idealismo autoritário desaparece do texto, apresentando apenas uma isolada amostragem de neo-hegelianismo, ao cuidar da imputabilidade diminuída.

Diante do todo exposto pode-se perceber que a legislação penal nos últimos séculos seguiu o curso da política geral do Brasil, e em suas primeiras leis não atendia aos anseios da sociedade. Por outro lado, nas últimas décadas percebe-se uma preocupação maior com a sociedade e suas necessidades, como será tratado nos próximos capítulos.

A expansão e a globalização do direito penal

Diante do histórico feito anteriormente, percebe-se que durante a história do Brasil o direito penal teve avanços mas também sofreu retrocessos. Porém, nos últimos tempos percebe-se uma expansão intensificada do Direito Penal, devido a varias circunstancias como a globalização, o surgimento da sociedade de risco, a instabilidade da modernidade entre outros que serão tratados de forma especifica adiante.

¹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p225..

Um dos motivos que levaram/levam a uma expansão do direito penal, são os riscos existentes na sociedade atual. Conforme anteriormente tratado, o intenso desenvolvimento tecnológico, a exploração da natureza, o avanço científico levou a uma sociedade que não detém mais o controle sobre os futuros riscos, assim, surge uma busca por proteção cada vez maior.

Esses riscos produzidos, são em sua maioria consequência de escolhas do próprio homem. São riscos derivados da forma como o homem lida com a tecnologia, e como aplica os avanços nas mais diversas áreas, como na biologia, na energia, na genética. Assim, surgem novas formas de produzir resultados lesivos à sociedade. Nesse ponto surge a necessidade de uma expansão do Direito Penal para proteção além dos limites antes impostos.

Outro ponto que teve grande importância na expansão do direito penal foi o surgimento de novos bens jurídicos. Esses novos bens jurídicos surgem a partir de uma nova realidade, antes inexistente e também através da escassez de alguns bens que eram anteriormente abundantes.

Nas palavras de Jesús María Silva Sánchez¹⁸:

O Direito Penal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes. Fixado este ponto, parece obrigatório levar em conta a possibilidade de que sua expansão obedeça, ao menos em parte, já a aparição de novos bens jurídicos – de novos interesses ou de novas valorações de interesses preexistentes –, já ao aumento do valor experimentado por alguns dos que existiam anteriormente, que poderia legitimar sua proteção por meio do Direito Penal.

Além disso, a sociedade globalizada fez surgir a necessidade de um direito também globalizado e aberto, visto que com a nova dinâmica da sociedade não é mais possível que o direito mantenha seus conceitos e definições como fixos e imutáveis. É necessário acompanhar o desenvolvimento da sociedade como um todo.

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.27.

OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Os crimes de dano e crimes de perigo

Os crimes de dano são aqueles que exigem um resultado material danoso a um bem jurídico para sua configuração. Já nos crimes de perigo basta que seja criada uma situação de perigo real ao bem jurídico sem a necessidade que esse perigo se concretize. Os crimes de perigo se desdobram em dois tipos, os crimes de perigo abstrato e os de perigo concreto.

Para Rogério Greco os crimes de dano são aqueles que, para a sua consumação, deve haver a efetiva lesão ao bem juridicamente protegido pelo tipo. A conduta do agente, portanto, é dirigida finalisticamente a produzir o resultado, acarretando dano ou lesão para o bem protegido pelo tipo penal, a exemplo do que ocorre com os crimes de homicídio e lesão corporal¹⁹.

Para Cesar Roberto Bitencourt²⁰ crime de dano é aquele para cuja consumação é necessária a superveniência de um resultado material que consiste na lesão efetiva do bem jurídico. A ausência desta pode caracterizar a tentativa ou um indifferente penal, como ocorre com os crimes materiais.

Já em relação aos crimes de perigo André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves argumentam que: “Há crimes, por outro lado, cuja consumação se dá quando o bem jurídico sofre um perigo (ou ameaça) de lesão. A simples exposição do bem a tal perigo já é suficiente para que a infração esteja consumada.

Como exemplos de crimes de perigo se tem o art. 130 do Código Penal (“Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado”), o art. 131 (“Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio”), e também o art. 132 também do Código Penal (“Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente”).

¹⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. Volume 2. 5ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008. p. 108.

²⁰ BITENCOURT, Roberto, Cesar, **Tratado de Direito Penal**. 24ª ed. Saraiva, 2018, p. 292.

Os Crimes de perigo concreto

Esse tipo de crime exige a comprovação do perigo, ou seja, é necessário que seja demonstrada a situação efetiva de risco ocorrida no caso concreto ao bem protegido. É nesse ponto que divergem dos crimes de perigo abstrato como será tratado adiante.

Conceito dos crimes de perigo abstrato

Para Pierpaolo Cruz Bottini o crime de perigo abstrato é uma técnica utilizada pelos legisladores, para criminalizar certos tipos de conduta, independentemente da produção de um resultado externo. Assim, são crimes onde não existe a necessidade da produção de efeitos concretos, bastando apenas para sua completude certa ação.²¹

Rogério Greco define esses crimes como sendo crimes onde presume-se o perigo, independentemente de comprovação, no caso concreto, de que a conduta do agente produziu efetivamente a situação de perigo que o tipo procura evitar²².

Assim, pode-se dizer que os crimes de perigo abstrato são aqueles crimes que só dependem de certa conduta, independentemente dos resultados que a mesma pode levar, o desvalor reside, portanto, e unicamente na ação e não no resultado. Ou seja, não importa se a conduta teve alguma consequência. É o que ocorre, por exemplo, com o porte irregular de armas de fogo²³, no crime de tráfico de drogas²⁴, ou em algumas atividades descritas na lei de biossegurança²⁵.

²¹ BOTTINI, Cruz, Pierpaolo. **Crimes de Perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. Ed Revista dos Tribunais, 2007, p. 111.

²² GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Volume 11ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009. p. 109.

²³ A lei 10.826/2003 em seu art.12 trata sobre o porte de arma: "Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou,

Os crimes de perigo abstrato e a sociedade de risco

Os crimes de perigo abstrato são uma construção do legislador para enfrentar novos contextos de risco, que surgem na sociedade contemporânea, a chamada sociedade de risco.

Pierpaolo Cruz Bottini pontua algumas razões para a proliferação desse tipo de crime²⁶, sendo a primeira o alto potencial lesivo de algumas atividades e produtos. Com o avanço da tecnologia e das ciências foi possível explorar a energia nuclear, desenvolver os organismos geneticamente modificados, produzir agrotóxicos, entre outros, porém, sem as devidas precauções, podem ocorrer graves lesões a bens jurídicos fundamentais. Nesse contexto, os crimes de perigo abstrato surgem como norma de antecipação de tutela, sob uma perspectiva preventiva do direito.

A segunda razão para a proliferação dos crimes de perigo abstrato para o autor, é a dificuldade de previsão de nexos causais derivados da aplicação das novas tecnologias. O que ocorre é que os resultados da utilização das novas tecnologias, ou do avanço da ciência, são imprevisíveis e nem sempre iguais, não sendo possível traçar uma relação de causalidade que associe sempre um resultado a um comportamento prévio.

Uma terceira razão para a proliferação dos crimes de perigo abstrato é a proteção, cada vez mais acentuada, de bens jurídicos coletivos. Existe uma dificuldade cada vez maior em delimitar os sujeitos passivos de cada ação criminosa depois que os interesses difusos ganharam status penal. Por exemplo, ao tutelar o meio ambiente é difícil delimitar quem teria seus interesses lesados. Assim, como pontua Pierpaolo Cruz Bottini²⁷: "o emprego

ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

²⁴A Lei 11343/2006 prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.

²⁵ Lei 11.105/2005 estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados.

²⁶ BOTTINI, Cruz, Pierpaolo. **Crimes de Perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. Ed Revista dos Tribunais, 2007, p. 118.

²⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 122.

de tipos penais de perigo abstrato, nesses casos, facilitaria a inibição de condutas, justamente por prescindirem de qualquer resultado concreto para a aferição do tipo objetivo”.

A última razão para o autor da proliferação dos crimes de perigo abstrato, são os atos perigosos por acumulação. São aquelas ações que isoladamente não proporcionam ameaça aos bens jurídicos tutelados, porém, quando praticadas reiteradamente, surge risco de lesão aos bens jurídicos. Assim, não é possível que essas ações sejam enquadradas em algum tipo de crime de resultado, pois os resultados individuais não geram por si só risco. É necessário que a tutela seja por meio dos crimes de perigo abstrato, pois as resultados danosos só ocorrem pela junção de ações similares praticada por agentes diversos.

Assim, é possível entender como a sociedade de risco influencia de forma direta na tipificação dos delitos de perigo abstrato. O desenvolvimento tecnológico, os novos riscos, o inédito e a necessidade de proteção de novos bens jurídicos, exige que o direito penal seja expandido, o que acaba acarretando a criação desses tipos de crime.

ANÁLISE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO SOB A LUZ A LUZ DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Considerações preliminares

Como analisado anteriormente, a necessidade de um Direito Penal mais abrangente, que acompanhasse o desenvolvimento da sociedade, levou ao legislador a criação dos crimes de perigo abstrato. Assim, foi possível a tutela de novos bens jurídicos e uma maior proteção de uma sociedade cercada de riscos.

Primeiramente, é válido definir o papel do Direito Penal. Para Rogério Greco²⁸ o Direito Penal tem a finalidade de proteger os bens mais importantes e

²⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Volume 1. 11ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009, p.04.

necessários para a própria sobrevivência da sociedade e que não podem ser tutelados por outro ramo do direito.

Para Pierpaolo Cruz Bottini o Direito Penal tem o objetivo de preservar o funcionamento do modelo social no qual ele é criado e se reproduz, e o alcança por meio da manutenção de expectativas de convivência. Nesse sentido os institutos que compõe o Direito Penal, como a ação, a causalidade, os critérios de imputação, a causalidade, não são formados por conceitos fixos, mas são construídos e analisados para manter a estabilidade da organização social que estão inseridos.

Outro ponto a ser considerado é a Constituição do Brasil e o modelo de organização do poder político vigente que é o Estado Democrático de Direito. Isso determina que o poder popular é soberano e que a pluralidade e dignidade da pessoal humana devem ser respeitadas. Dentro desse contexto se apresenta também o Estado Constitucional de Direito, que é movido pela supremacia da Constituição, ou seja, a normatividade constitucional deve ser respeitada, sendo assim os poderes públicos devem sempre observa-las.

É nesse contexto que devem ser analisados os crimes de perigo abstrato e sua constitucionalidade, que é colocada em dúvida por muitos. Assim, será feita adiante uma análise de alguns princípios constitucionais aplicados ao Direito Penal para que se possa contextualizar mais claramente a questão. Além disso, será realizada também uma análise de algumas jurisprudências sobre esse tipo de crime.

Princípio da lesividade e da intervenção mínima

Para Rogério Greco²⁹ “os princípios da intervenção mínima e da lesividade são como que duas faces de uma mesma moeda. Se, de um lado, a intervenção mínima somente permite a interferência do Direito Penal quando estivermos diante de ataques a bens jurídicos importantes, o princípio da

²⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Volume 1. 11ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009, p. 53.

lesividade nos esclarecerá, limitando ainda mais o poder do legislador, quais são as condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal”.

O princípio da lesividade tem como função, de acordo com Nilo Batista³⁰: proibir a incriminação de uma atitude interna; proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor; proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais; proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico. Já de acordo com Pierpaolo Cruz Bottini³¹ de acordo com o princípio, somente será penalmente relevante a conduta que lesiona o bem jurídico protegido, de forma que serão atípicos os atos que não afetem os interesses tutelado.

Portanto, em uma primeira análise, seria possível concluir que os crimes de perigo abstrato não estão em acordo com o princípio da lesividade visto que não existe um dano efetivo para os bens jurídicos. Porém, por outro lado, caso seja feita uma revisão do conceito de lesividade acoplando também situações onde há a desestabilização de expectativas diante de atividades arriscada, com mero potencial de perigo³² os crimes de perigo abstrato passam a estar de acordo com o princípio.

Já o princípio da intervenção mínima indica que o direito penal deve interferir o mínimo possível na vida dos indivíduos. Assim, sempre que um bem jurídico puder ser protegido por outra esfera do Direito, deve-se abrir mão da opção legislativa penal.

Assim, os crimes de perigo abstrato não ferem obrigatoriamente o princípio da intervenção mínima. Deve ser observado se a norma criada poderia ser tutelada por outro ramo do direito, como o direito civil ou administrativo. Cabe aqui ressaltar que na sociedade de risco existe certa dificuldade outros meio controlarem os riscos restando ao Direito Penal essa função.

³⁰ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**, p.92-94.

³¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.203.

³² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007 p.205.

Nesse sentido pontua Pierpaolo Cruz Bottini³³ que “A dificuldade dos demais meios de controle social em lidar com os novos riscos termina por transferir ao direito penal a tarefa de sua gestão, o que nem sempre é adequado, útil e racional”. O que justifica, portanto, a atuação do atual direito penal.

Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade tem como finalidade equilibrar os direitos individuais e os anseios da sociedade, ponderando assim a atuação do legislador. O princípio apesar de não ser expressamente tratado na constituição, esta indiretamente embutido em alguns dispositivos.

Para Alberto Silva Franco³⁴ o “Princípio da Proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que possa alguém ser privado(gravidade da pena)”

Além disso, deve-se considerar que o princípio da proporcionalidade pode ser dividido em três subprincípios (requisitos) sendo eles: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A adequação diz respeito ao fim pretendido e aos meios adotados para consegui-lo, devendo os meios serem adequados para que se chegue ao fim pretendido. Já a necessidade indica que os meios ou medidas adotadas deve ser realmente necessárias ou exigíveis perante a sociedade. E por último, a proporcionalidade em sentido estrito, é um sistema de valoração que determina que as vantagens que serão obtidas serão maiores que qualquer desvantagem.

Para uma análise dos crimes de perigo abstrato frente o princípio da proporcionalidade é necessário considera-los individualmente. A criação

³³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.208.

³⁴ FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 67

desses crimes não representa por si só alguma inconstitucionalidade. O que pode ocorrer com base no princípio da proporcionalidade é a não obediência dos critérios já expostos anteriormente o que os tornaria inconstitucional

Assim, os crimes de perigo abstrato se tornariam inconstitucionais, por exemplo, caso incriminassem ato ou comportamentos que não tenham aptidão nem potencial para produzir qualquer perigo concreto. Dessa forma, devem ser incriminados comportamentos que coloquem realmente em risco algum bem jurídico.

De acordo com a necessidade, deve ser observado se não existem medidas mais eficazes para proteção do bem jurídico objeto do crime de perigo abstrato e menos gravosas aos direitos individuais, caso existam, o crime passa a ser inconstitucional.

Por ultimo deve ser sempre observado também a proporcionalidade em sentido estrito. Os crimes de perigo abstrato devem passar pela valoração para que estejam de acordo com o princípio.

Princípio da precaução

Esse princípio é adotado nos casos onde não se tem uma previsão exata dos danos e consequências que podem ser gerados por certa conduta ou atividade. Esse princípio se difere do principio da prevenção, pois nesse caso a periculosidade é constatada pela ciência.

Assim, é um importante meio de se proteger possíveis danos onde não existe a certeza científica de que poderão ocorrer mas a prevenção não pode ser postergada. Atualmente é muito utilizado na preservação do meio ambiente.

Nesse sentido pontua Pierpaolo Cruz Bontini³⁵ que no Brasil, o principio da precaução vai, aos poucos, sendo incorporado na legislação e na construção de decisões judiciais. A lei de Biossegurança (11.105/2005) faz

³⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e principio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

menção expressão ao princípio. Além disso, o Brasil ratificou e incorporou no ordenamento jurídico três diplomas internacionais que mencionam o princípio: a Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Convenção sobre a Diversidade Biológica e o Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro.

Porém, deve-se considerar que a utilização do princípio da precaução deve ser ponderada, pois, é necessário que exista a suspeita da periculosidade na conduta, um indicio de risco. Nesse sentido, o princípio não torna por si só os crimes de perigo abstrato legitimados.

ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Após a análise de alguns princípios constitucionais frente aos crimes de perigo abstrato, cabe agora analisar a jurisprudência para entender qual o entendimento dos tribunais em relação ao assunto. Nesse sentido, será possível perceber que os tribunais há tempos tem se posicionado pela constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato.

“Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO TIPO PENAL POR TRATAR-SE DE CRIME DE PERIGO ABSTRATO. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - A objetividade jurídica do delito tipificado na mencionada norma transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção de todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas. II - Mostra-se irrelevante, nesse contexto, indagar se o comportamento do agente atingiu, ou não, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado. Precedente. III - No tipo penal sob análise, basta que se comprove que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que esteja caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado e, portanto, configurado o crime. IV - Por opção legislativa, não se faz necessária a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal. V - Ordem denegada. (STF, 2011)

No presente caso, o tribunal entendeu que nos crimes de embriaguez ao volante, crime de perigo abstrato, não é relevante a demonstração de resultado concreto bastando que seja encontrada uma quantidade específica de álcool no sangue.

APELAÇÃO. ART. 14, CAPUT, DA LEI Nº 10.826. DELITO DE PERIGO ABSTRATO. CONSTITUCIONALIDADE. A tipificação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, criação de dispositivo legal eivado de inconstitucionalidade. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo. Precedentes da Primeira Câmara Criminal desta Corte. Apelações parcialmente providas, para redução da multa. (Apelação Crime Nº 70047922521, Quarta Câmara. (STJ, 2012, pp. on-line)

O presente caso diz respeito ao porte de arma sem autorização, onde foram os réus condenados nas sanções do art 14 da Lei 10.826/2003. Assim, os réus apelaram argumentando que a conduta de portar arma de fogo não causou ofensa a bem-jurídico se tratando de fato atípico, além disso, argumentaram que os crimes de perigo abstrato teriam sido afastados do Direito Penal moderno.

A apelação foi julgada parcialmente procedente em relação a argumentos relacionados aos atenuantes da pena, porém no que diz respeito aos crimes de perigo abstrato os votos dos desembargadores foram no sentido de que é entendimento do Superior Tribunal Federal que esses crimes são constitucionais.

APELAÇÃO CRIMINAL. TRAFICO DE DROGAS. ART. 33 DA LEI 11.343/06. PRELIMINAR DE NULIDADE DO LAUDO TOXICOLÓGICO REJEITADA. PROVAS DA AUTORIA E MATERIALIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DESCLASSIFICAÇÃO NEGADA. ISENÇÃO DA PENA DE MULTA NEGADA. REDUÇÃO DA PENA DE MULTA CONCEDIDA. PENA MANTIDA. 1. O réu foi condenado pela prática do crime previsto no artigo 33 previsto no art. 33, caput, da lei 11.343/06 à pena de 04 anos e dois meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais pagamento de 500 dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo. Em recurso, alega preliminarmente, a nulidade do laudo pericial por não informar a quantidade de reagente contido na substância. No mérito, sustenta, em síntese, a ausência de justa causa para a ação penal, a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, a atipicidade da conduta por ausência do dolo de mercancia e a insuficiência probatória. Pede que o réu seja absolvido da condenação por tráfico de drogas. Subsidiariamente, pede a desclassificação para a conduta prevista no art. 28 da Lei

11.343/06. Pede ainda, caso mantida a condenação, a isenção da pena de multa, bem como o redimensionamento da pena base para o mínimo legal. 2. O laudo constata a existência de THC na substância analisada e em seguida atesta que a substância analisada causa dependência. Pouco importa a descrição da quantidade de reagente utilizado no teste. Preliminar rejeitada. 3. Não há razão ao apelante ao afirmar a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, já que a jurisprudência do tribunal guardião da Constituição reconhece a constitucionalidade desse tipo de criminalização, que não exige a comprovação de lesão ou ameaça de lesão ao bem tutelado. 4. As provas são bastantes a demonstrar a prática do crime. O réu afirma que já teria vendido buchas de maconha antes da polícia chegar, com o objetivo de comprar pedras de crack. É desnecessária a demonstração de ato de mercancia, bastando que o agente possua a substância com a finalidade diversa do exclusivo consumo pessoal, o que restou amplamente evidenciado tanto pela quantidade de entorpecente e de dinheiro apreendidos quanto pelas circunstâncias em que o ocorreu a prisão. 5. Cabe ao juízo de origem definir a pena mais arrazoada ao caso, cabendo aos tribunais superiores correção somente de aumento desproporcional ou injustificado. No caso, a pena deve permanecer no mínimo legal. Pena mantida. 6. Pena de multa é preceito secundário da norma, não podendo ser isentado o seu pagamento em razão da parca condição econômica do réu. No entanto, inexistindo fundamentação em contrário, a redução da pena de multa deve guardar proporção com a pena privativa de liberdade. Pena de multa reduzida. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA (TJ-RS, 2014)

Nesse segundo julgado os réus foram condenados pelo crime de tráfico de drogas. Assim, foi proposta apelação e entre as alegações sustentou que se tratava de crime de perigo abstrato e que os mesmo são inconstitucionais. Nesse sentido foi argumentado pelos desembargadores que não há razão para a alegação visto que as Cortes nacionais, sobretudo o STF, reconhece a constitucionalidade desse tipo de criminalização não exigindo a comprovação de lesão ou ameaça de lesão ao bem tutelado.

EMENTA Habeas corpus. Penal. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14 da Lei nº 10.826/03). Arma desmontada e desmuniada. Crime de perigo abstrato. Tipicidade da conduta configurada. Precedentes. Ordem denegada. Prescrição da pretensão punitiva efetivada. Habeas corpus concedido de ofício para julgar extinta a punibilidade do paciente. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é de perigo abstrato o crime de porte ilegal de arma de fogo, sendo, portanto, irrelevante para sua configuração encontrar-se a arma desmontada ou desmuniada. 2. Entretanto, o caso é de concessão da ordem de ofício, em razão da efetivação da prescrição. 3. A pena máxima, abstratamente cominada para o delito imputado ao paciente (art. 14 da Lei nº 10.826/03), é de 4 (quatro) (STF, HABEAS CORPUS: HC 95861. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ:30/06/2015., 2015) anos, razão pela qual seu prazo prescricional é de 8 (oito) anos (CP, art. 109, inciso V). Nessa conformidade, considerando que o último marco interruptivo se deu

com o recebimento da denúncia (CP, art. 117, inciso I), em 18/6/04, é de se concluir que a prescrição foi alcançada aos 17/6/12. 4. Habeas corpus denegado. Ordem concedida de ofício para julgar extinta a punibilidade do paciente em virtude da consumação da prescrição da pretensão punitiva estatal, com fundamento no art. 107, IV, do Código Penal. (STF, HABEAS CORPUS: HC 95861. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ:30/06/2015., 2015)

Nesse julgado, o réu foi preso em flagrante por porte ilegal de arma, assim foi impetrado habeas corpus junto ao tribunal de justiça do Rio de Janeiro alegando atipicidade na conduta visto que não tinha o condão de ofender bem jurídico penalmente tutelado, porém foi denegado. Foi argumentado pelo Ministro que porte ilegal de arma de fogo é crime de perigo abstrato e por tal não necessita de comprovação de que ofendeu bem jurídico de forma concreta. Assim, não vem ao caso esta a arma desmuniada ou desmontada.

Assim, pode-se perceber que os tribunais superiores possuem entendimento de que os crimes de perigo abstrato são constitucionais mesmo com suas particularidades. Exemplo são os crimes de porte ilegal de arma, onde constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter, sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Dessa forma, não é necessário a lesão ou o perigo concreto de lesão a bem jurídico.

Portando, o entendimento está de acordo com a análise principiológica feita anteriormente, visto que são constitucionais os crimes, porém devem sempre respeitar aos limites impostos pelos princípios constitucionais penais como a proporcionalidade.

CONCLUSÃO

De acordo com o exposto pode-se concluir que a sociedade global de riscos, que surge com a modernidade reflexiva, acaba gerando a necessidade de uma expansão do Direito Penal, pois, existe a exposição a novas situações que antes não eram previstas por esse ramo do direito, sendo necessário reconhecer a complexidade da sociedade contemporânea.

Nesse sentido, a expansão do Direito Penal acompanha o desenvolver da sociedade e as suas necessidades, cumprindo assim sua função de proteger importantes bens para a humanidade. Ora, se não existisse uma expansão do direito penal o mesmo seria pouco eficaz ao longo do tempo.

Assim, com o objetivo de atender as novas necessidades, o legislador acaba por criar os crimes de perigo abstrato. Esses crimes buscam evitar futuros acidentes e graves problemas que podem ocorrer na sociedade. Porém, o que se percebe é que a partir de então o direito penal passar a atuar como um direito aberto.

Nesse sentido, foi possível perceber através das análises doutrinárias, dos princípios constitucionais e das jurisprudências que os crimes de perigo abstrato são constitucionais desde que ocorra uma flexibilização na forma como são analisados diante dos conceitos existentes no direito penal. Essa situação, não deslegitima os crimes visto que essa flexibilização é adequada frente a sociedade contemporânea, que não mais se sustenta diante de um direito penal composto por um sistema arcaico e fechado.

Abstract

The present article deals with crimes of abstract danger, beginning with the characteristics of the risk society, migration of traditional to reflexive modernity and, the necessity of a more comprehensive legislation in the globalization era. In the end of this text was carried out an analysis of the adequacy of these crimes against some institutional principles and an analysis of some court decision-making on this subject. Conclusions was also raised regarding the constitutionality of the abstract danger crimes, following the constitutional state of law.

Keywords: crimes of abstract danger; risk society; constitutional state of law.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva 2010.

BECK, ULRICH, **Sociedade de Risco, rumo a outra modernidade**. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. Volume 1. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018

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

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 de maio 2019.

COSTA, José de Faria. **O perigo e o direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade de risco”**. Revista brasileira de ciências criminais. Ano 9, n 33 jan-mar, 2001.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. Volume 2. 5ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. Volume 1. 11ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. Vol. V.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências politico-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PRITTIWITZ, Cornelius. **O direito penal entre o direito penal do risco e o direito penal do risco: tendências atuais em direito penal e política criminal**. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. a. 12. N. 12. São Paulo, 2004.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídica penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Os processos de globalização**. In: **Globalização e as ciências sociais**. Boaventura de Souza Santos (org.), 2ª ed, São Paulo: Cortez, 2002.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato frente a constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartie Latin, 2007

STF. (27 de 09 de 2011). *HABEAS CORPUS : HC 109269 MG. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJ: 27/09/2011*. Acesso em 10 de 06 de 2019, disponível em JusBrasil: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20620557/habeas-corp-us-hc-109269-mg-stf?ref=serp>

STF. (30 de 06 de 2015). *HABEAS CORPUS: HC 95861. Relator: Ministro Cezar Peluso. DJ:30/06/2015*. Acesso em 05 de 06 de 2019, disponível em JusBrasil.

STJ. (2012). *Apelação Crime : ACR 70047922521 RS. Relator: Desembargador Gaspar Marques Batista. DJ: 05/07/2012*. Acesso em 10 de 06 de 2019, disponível em JusBrasil: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21944276/apelacao-crime-acr-70047922521-rs-tjrs/inteiro-teor-21944277?ref=juris-tabs>

TJ-RS. (30 de 04 de 2014). *Apelação Crime : ACR 70057223612 RS. Relator: Desembargador Julio Cesar Finger. DJ 30/04/2014*. Acesso em 11 de 06 de 2019, disponível em JusBrasil: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/121923970/apelacao-crime-acr-70057223612-rs?ref=juris-tabs>

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

