

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROF. JACY DE ASSIS

KARLOS ALVES BARBOSA

Sociedade de risco e os crimes de perigo abstrato

Uberlândia

2012

KARLOS ALVES BARBOSA

Sociedade de risco e os crimes de perigo abstrato

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em Direito público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Guedes de Paula Machado.

Uberlândia

2012

Karlos Alves Barbosa

Sociedade de risco e os crimes de perigo abstrato

Dissertação apresentada ao programa de pós-graduação em Direito público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Público.

Uberlândia, ... de de 2012.

Banca examinadora

Prof. Dr. Fábio Guedes de Paula Machado

Renato de Mello Jorge Silveira

Alamiro Velludo Salvador Netto

Para José Carlos Barbosa

In memoriam

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Raiz e aos meus filhos pelo estímulo, carinho e compreensão;

Agradeço ao prof. Dr. Fábio Guedes de Paula Machado pela confiança em mim depositada.

Agradeço ao departamento de pós graduação da Faculdade de Direito prof. Jacy de Assis, onde, na vivência diária contei com a compreensão, estímulo e cooperação de professores e funcionários para a realização desse trabalho.

Agradeço aos meus amigos professores ou professores amigos: Alexandre Walmot Borges, Edihermes Marques Coelho, Simone Prudêncio e Fernando Rodrigues Martins.

Agradeço aos amigos Márcio Resende, Marco Aurélio, Vitinho (*in memorian*), Wendell, Marcelo Rosa, Rodrigo Vitorino, ao Vinícius e a Ludmila e tantos outros que com certeza me esqueci...

Agradeço ao amigo Rafael Magalhães Abrantes Pinheiro. Cara o que você fez por mim é coisa de irmão, meu querido... Valeu demais!

Agradeço ao meu sogro e minha sogra por terem me adotado...

Agradeço a minha mãe e irmãos que, à distância, me acompanharam.

“Bom mesmo é ir a luta com determinação,
abraçar a vida e viver com paixão, perder com
classe e vencer com ousadia, pois o triunfo
pertence a quem se atrave... A vida é muito
para ser insignificante”.

(CHARLES SPENCER CHAPLIN)

RESUMO

Barbosa, Karlos Alves. **Sociedade de risco e crimes de perigo abstrato**. 2012. Dissertação (pós graduação em Direito Público). Programa de pós graduação da Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2012. A sociedade contemporânea é marcada por um processo de aceleração do desenvolvimento industrial a partir da radicalização dos preceitos estabelecidos pela revolução industrial. Todo esse processo entra em rota de colisão com o racionalismo individualista do período da ilustração, provocando o colapso da idéia de controle e segurança que norteiam nossa organização social. A quebra de esses paradigmas sociais acaba por determinar um processo de transformação do direito penal para atender as novas realidades da sociedade contemporânea de risco. A partir dessa premissa, o trabalho com base em pesquisas bibliográficas sobre a sociedade de risco, direito penal contemporâneo, bens jurídicos e crimes de perigo abstrato procurar contextualizar a formação da sociedade de risco, a partir do pensamento de Ulrich Beck e a sua diferenciação entre modernização tradicional e modernização reflexiva, analisar – ainda que de forma resumida – alguns problemas advindos dos novos padrões sociais impostos pela sociedade de riscos e a repercussão da sociedade de risco sobre o ordenamento jurídico, em especial, sobre o direito penal como elemento de gerenciamento de risco. Nesse contexto, é preciso afirmar que a consolidação da sociedade de risco representa, em matéria penal, o desenvolvimento de um novo papel ao direito penal. A diversidade e a complexidade social dão ao direito penal a ingrata missão de orientar a forma de ordenação da vida social através do estabelecimento de diretrizes de controle aos novos riscos, por meio da criação de demandas normativas por segurança. Urs Kindhauser chega a afirmar que o Direito penal se converte, na sociedade contemporânea, em um Direito penal da segurança como forma de enfrentar os riscos criados pela hipercomplexização. Nessa seara, investiga-se a nova concepção de bem

jurídico, partindo de uma concepção individualista até chegar a uma concepção supraindividual. É a partir dessas perspectivas que os crimes de perigo abstrato tomam uma nova dimensão. Em um século que foi marcado pela idéia de minimalismo penal vemos a utilização crescente dos crimes de perigo abstrato. Essa forma de tutela de bens jurídicos não se constitui como uma novidade dentro do sistema jurídico, mas a legitimidade da sua utilização deve ser analisada, na medida em que, a técnica possibilita a antecipação da tutela penal. Com base nessas premissas, o trabalho procurar analisar as várias concepções que os crimes de perigo abstrato assumem nas teorias clássica, neoclássica, finalista e, principalmente, na pós finalista. Há também a preocupação de analisar se essa técnica se compatibiliza com o nosso modelo constitucionalista.

Palavras chave: Sociedade de risco, bem jurídico, crimes de perigo abstrato, direitos fundamentais.

ABSTRACT

Barbosa, Karlos Alves. **Risk society and delict of abstract danger**. 2012. Contemporary society is marked by an acceleration process of industrial development from the radicalization of the precepts established by the industrial revolution. This whole process goes on a collision course with the individualistic rationalism of the period of enlightenment, causing the collapse of the idea of control and security that guide our social organization. The breakdown of these social paradigms ultimately determine a transformation process of criminal law to meet the new realities of contemporary society at risk. From this premise, the work based on research literature on risk society, contemporary criminal law, legal rights and crimes of abstract danger seek to contextualize the formation of risk society, from the thought of Ulrich Beck and his differentiation between modernization traditional and reflexive modernization, look - albeit briefly - some of the problems created new social patterns of risk imposed by society and the impact of the risk society on the legal system, especially on criminal law as an element of risk management. In this context, we must say that the consolidation of the risk society is, in criminal matters, the development of a new role of criminal law. The diversity and social complexity of criminal law give the thankless task of guiding the sorting order of social life by establishing new guidelines to control risk through the creation of normative demands for security. Urs Kindhauser even claims that the criminal law to be converted, in contemporary society, a criminal law as a form of security to address the risks created by hipercomplexização. In this area, we investigate the new concept of legal interest, from an individualistic conception until a design supraindividual. It is from these perspectives that the crimes of abstract danger take a new dimension. In a century that was marked by the idea of minimalism we see the increasing use of criminal crimes of abstract danger. This form of legal protection of property is not as a novelty within the legal system, but the legitimacy of its use should be analyzed to the extent that the technique allows the anticipation of the penal protection. Based on these assumptions, the paper try to analyze the various concepts that crimes of abstract danger theories

assume classical, neoclassical, finalists, and especially in post finalist. There is also the concern of this technique to examine whether our model reconciles constitutionalist.

Keywords: Risk society and legal delict of abstract danger, fundamental rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
CAPÍTULO I.....	15
CARACTERIZAÇÃO DA SOCIEDADE DE RISCO.....	15
1. A distinção entre a modernização tradicional e a modernização reflexiva ..	15
2. A sociedade global como uma sociedade de risco.....	18
3. Os problemas advindos da sociedade de risco.....	28
 CAPÍTULO II.....	 37
DA REPERCUSSÃO DA SOCIEDADE DE RISCO SOBRE O ORDENAMENTO JURÍDICO (DOS MECANISMOS DE GERENCIAMENTO DO RISCO).....	37
1. Considerações preliminares.....	37
2. O gerenciamento do risco.....	39
3. O direito penal como elemento de gerenciamento do risco.....	43
3.1. A política criminal da sociedade de risco.....	56
3.2. Da administrativização do direito penal.....	65
4. Reações da crítica jurídica – O debate sobre a capacidade do Direito penal de enfrentar os novos problemas advindos da sociedade de riscos.....	69
4.1. Escola de Frankfurt.....	70
4.1.1. Hassemer e o Direito penal como controle social.....	70
4.1.2. Kants Straftheorie Naucke.....	73
4.1.3. Bemann-FS Lüderssen.....	74
4.1.4. Peter-Aléxis Albercht.....	74
4.2. Jesús-María Silva Sanchez.....	75
4.3. Tomada de posição.....	78

CAPÍTULO III.....	80
BEM JURÍDICO.....	80
1. Evolução epistemológica do conceito de bem jurídico.....	81
1.1. As concepções de Feuerbach e Birnbaum.....	81
1.2. As concepções de Binding e Von Liszt.....	83
1.3. As concepções neokantianas.....	84
1.4. As concepções contemporâneas de bem jurídico.....	85
1.5. Conceito de bem jurídico.....	89
1.6. Bens jurídicos difusos como objeto de proteção.....	93
1.6.1. A tutela dos bens jurídicos supraindividuais.....	93
 CAPÍTULO IV.....	 100
DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO.....	100
1. Dos crimes de dano.....	100
2. Dos crimes de perigo.....	102
2.1. O conceito de perigo.....	103
2.1.1. A teoria subjetiva dos crimes de perigo: A concepção de perigo como juízo.....	105
2.1.2. A teoria objetiva dos crimes de perigo.....	106
2.2. Dos crimes de perigo concreto.....	108
2.3. Dos crimes de perigo abstrato-concreto.....	109
2.4. Dos crimes de perigo abstrato.....	109
2.5. Do conceito de crime de perigo abstrato.....	111
3. Desenvolvimento epistemológico dos crimes perigo abstrato.....	117
3.1. Direito penal clássico.....	117
3.2. Neokantismo.....	120
3.3. Finalismo.....	125

3.4. Concepções pós-finalistas.....	125
3.4.1. Mirentxu Corcoy Bidasolo.....	125
3.4.1.1. Apontamentos sobre o conceito de perigo.....	125
3.4.1.2. Apontamentos sobre o conceito de delito de perigo abstrato	127
3.4.2. José Manuel Paredes Castañón.....	130
3.4.3. Blanca Mendoza Buergo.....	132
3.4.4. Urs Konrad Kindhäuser.....	135
3.4.5. Klaus Tiedmann.....	137
3.4.6. José Maria Escrivá Gregori.....	138
3.4.7. Teresa Rodríguez Montañes.....	140
3.4.8. Ricardo M. Mata y Martín.....	145
3.4.9. Bernardo Feijoó Sanchez.....	147
3.4.10. Cristina Mendez Rodríguez.....	150
3.4.11. José Cerezo Mir.....	152
4. Da legitimidade dos crimes de perigo abstrato.....	154
4.1. Considerações preliminares.....	154
4.2. Bem jurídico constitucionalizado.....	159
4.3. Bem jurídico constitucionalizado e os crimes de perigo abstrato.....	163
4.4. O princípio da lesividade ou ofensividade e a função do direito penal de proteção aos bens jurídicos	165
4.5. O princípio da proporcionalidade	169
4.6. Princípio da subsidiariedade e da fragmentariedade.....	171
4.7. Princípio da culpabilidade	173
4.8. Princípio da precaução	175
Conclusão	179
Referências	181

INTRODUÇÃO

Nossa sociedade mudou! Essa afirmação pode parecer simples, mas as suas implicações acabaram por transformar a forma com que o homem se relaciona entre si e a forma com que ele se relaciona com o próprio desenvolvimento tecnológico.

A história entre em uma espiral de desenvolvimento sem precedentes e esse processo acaba por trazer problemas que não eram queridos e que não foram previstos. O homem se transformou em uma vítima do seu próprio sucesso.

No primeiro capítulo, será caracterizada a sociedade advinda desse desenvolvimento tecnológico, a chamada sociedade de risco. Seu modelo de organização global, seu processo de modernização reflexiva promove a relativização do racionalismo iluminista gerando uma série de problemas no modo de gerenciamento dos perigos advindos do desenvolvimento industrial.

No capítulo seguinte, serão expostas as diversas formas de gerenciamento do risco, ou seja, como o sistema jurídico toma a frente na tarefa da gestão das novas situações criadas pela sociedade de risco. Também serão expostas as reações críticas a essa mudança de postura do direito penal.

No terceiro capítulo, procurou-se analisar como a mudança de paradigma implica em uma nova sistematização do conceito de bem jurídico. A preocupação é demonstrar que a evolução do conceito de bem jurídico está dentro do contexto de transformações e que ele está diretamente ligado ao novo parâmetro dado a utilização dos crimes de perigo abstrato na realidade imposta pela sociedade de risco.

Já no quarto capítulo, trataremos dos crimes de perigo abstrato nas mais diferentes concepções. A demonstração dessas concepções tem como objetivo demonstrar que a doutrina busca, incansavelmente, (re) adequar esse modelo de tipificação a uma nova realidade.

CAPÍTULO I

A CARACTERIZAÇÃO DA SOCIEDADE DE RISCO

1. A distinção entre a modernização tradicional e a modernização reflexiva

Algumas teorias procuram estabelecer o alcance das transformações sociais vivenciadas na sociedade contemporânea. Não se trata de uma tarefa fácil devido ao pluralismo experimentado por essa sociedade.

Dentre as muitas teorias que procuram explicar os fenômenos da sociedade contemporânea o sociólogo Ulrich BECK, a partir da distinção entre as formas de modernização – tradicional e reflexiva – vivenciadas pela humanidade, procurou estabelecer a base para a construção do conceito de sociedade de risco.

De acordo com Ulrich BECK, a modernização tradicional representa um momento de desenvolvimento pautado na exploração direta de recursos naturais de modo a permitir um desenvolvimento pautado em elementos dotados de certa controlabilidade¹.

Nesse primeiro momento o que temos são uma vitória do modelo de industrialização que se estabelece a partir da estruturação de Estados nacionais como elementos fomentadores do desenvolvimento industrial dentro dos seus limites territoriais. Há a dissolução de uma sociedade agrária e a construção de uma sociedade marcada pelo iluminismo racionalista do século XIX que vê no desenvolvimento científico tecnológico um caminho para a solução de todas as mazelas humanas.

Em suma, essa forma de modernização representa a reestruturação de formas sociais tradicionais pelas formas sociais industriais

¹ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo XXI de Espana Editores, 1999, p. 3.

O segundo momento de modernização representa uma radicalização dos fundamentos da primeira modernidade, na medida em que, vemos o colapso da idéia de controlabilidade e segurança que representam o cerne da primeira modernidade. Essa forma de modernização foi chamada de “modernização reflexiva” ou “modernização pós-industrial”.

Esse processo de diferenciação entre as formas de modernização está ligado à lógica da repartição das riquezas e dos riscos produzidos pelo desenvolvimento tecnológico, pois a modernização reflexiva eleva o nível alcançado pelas forças produtivas de forma absolutamente impar, permitindo o surgimento de novos padrões coletivos de vida, progresso e, principalmente, de riscos. A modernização reflexiva transcende as fronteiras estatais e rompe com os paradigmas da modernização simples. Assim, a estabilidade nacional, o controle sobre os mecanismos tecnológicos e própria racionalidade do desenvolvimento são conceitos que precisam se adaptar aos contornos dessa nova forma de ordenação social.

O conceito de modernização inaugurado por Ulrich BECK ganha à adesão de Scott LASH e Anthony GIDDENS, que passam a sustentar que os mundos de certezas vivenciados pelos homens com o desenvolvimento industrial tradicional se diluem e os novos tempos impõem novos desafios².

A modernização reflexiva questiona a rigidez e a impossibilidade de superação dos conceitos de sociedade industrial. Na verdade, ela promoverá um processo de autotransformação da modernidade industrial: o trânsito de uma época industrial para uma época do risco realizada de forma anônima e imperceptível³.

Dessa forma, a modernização reflexiva coloca no centro do debate questões relacionadas à gestão tecnológica e a política de gerenciamento dos riscos gerados pelas novas formas de interação econômica e social.

² GIDDENS, Anthony, BECK, Ulrich e LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**, 1995. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora UNESP, 1997, p. 11.

³ AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco**. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 78.

Segundo Ulrich BECK, a modernização reflexiva torna-se em si mesmo o tema e problema já que o desenvolvimento e a aplicação da tecnologia são substituídos pelas atividades de gestão dos riscos. Isso se dá porque “as instituições afundaram no seu próprio sucesso”, já que as mudanças sociais implicaram na radicalização da modernidade⁴.

Para Cláudio Prado AMARAL a modernidade reflexiva, de certa forma, conflita com a dialética do iluminismo, pois desenvolve uma dinâmica autônoma, autolibertando-se do racionalismo científico cartesiano imposto por aquele período⁵. Foram liberadas as amarras da indústria moderna.

No mesmo sentido, Marta MACHADO pondera que a modernização reflexiva dissolve os contornos da sociedade industrial clássica, a partir da premissa da radicalização do processo de modernização que se deu com a integração econômica mundializante e o desenvolvimento do saber tecnológico científico sem precedentes na história⁶.

A compreensão dessa nova forma de modernização se faz reflexiva em três sentidos. Em primeiro lugar, ela se torna um problema em si mesmo, ou seja, os perigos globais advindos do desenvolvimento tecnológico estabelecem novos contornos na esfera pública mundial a partir de uma crescente interdependência entre os Estados. A relação de interdependência coloca em crise o conceito de soberania.

Em segundo lugar, o processo de aproximação dos Estados acaba por criar uma percepção global de que a criação de riscos gera a necessidade de criação de mecanismos internacionais de cooperação.

Em terceiro lugar, em decorrência do que foi dito, as fronteiras políticas começam a ser eliminadas e as alianças globais passam a determinar as ações a serem tomadas por subgrupos politicamente organizados em coalizões políticas dos Estados-nação.

⁴ GIDDENS, Anthony, BECK, Ulrich e LASH, Scott, ob. cit., p.12.

⁵ AMARAL, Cláudio do Prado, ob. cit., p.78.

⁶ MACHADO, Marta Rodríguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005, pp.19-20.

Luciano Anderson de SOUZA afirma que a produção dos novos riscos decorrentes do avanço tecnológico, econômico e científico, bem como a nova dimensão dos problemas sociais dá a conformação da nova modernidade, transformando-se em substrato para a construção de uma teoria que identifica a sociedade de riscos⁷.

Em síntese, a modernização trouxe como consequência a existência de efeitos colaterais de dimensão global, em virtude do processo de modernização reflexiva e o reconhecimento social de que tais riscos passam a ser culturalmente percebidos e transpostos à agenda política global.

Assim, “os sapatos silenciosos da modernidade reflexiva” paulatinamente provocaram uma mudança radical nos padrões coletivos de vida, no progresso, na controlabilidade e na exploração da natureza típicos da modernidade tradicional pelo surgimento de riscos globais. Nossa sociedade se transforma a partir de um modelo de desenvolvimento pautado na exploração direta de recursos naturais, que permitia certa controlabilidade, para um modelo que implode a idéia de controlabilidade e segurança.

O desenvolvimento tecnológico ganha uma nova conotação a partir da introdução do risco como elemento do desenvolvimento.

2. A sociedade global como uma sociedade de risco⁸

Segundo Renato de Mello Jorge SILVEIRA a sociedade global contemporânea mostra-se como uma algo enormemente complexo que se caracteriza pela quebra do Estado do bem estar social. Nela desenvolvem-se

⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartie Latin, 2007, p.39.

⁸ Segundo Flávia Goulart Pereira a sociedade pós industrial carrega consigo riscos incalculáveis, potencialmente ilimitados, dificilmente evitáveis e que desconhecem fronteiras, raças, culturas ou religiões. Todos somos vítimas em potencial e, mais do que isso, todos somos autores em potencial. Para a autora o homem aprendeu a defender das ameaças da natureza, mas está indefeso perante suas próprias ameaças. PEREIRA, Flávia Goulart. **Revista brasileira de ciências criminais – IBCCRIM**. São Paulo: Revistas dos Tribunais. nov-dez v. 51, 2004, pp. 108-109.

inter-relações sociais nunca antes vistas, sendo que, um dos marcos dessa sociedade é a sensação social de insegurança⁹.

Antes de adentrarmos na análise da dimensão que o risco assume na sociedade contemporânea, temos que frisar que ele não se traduz em um elemento criado pela sociedade industrial. A existência de caravanas destinadas ao descobrimento de novos pontos de troca comercial, nas grandes expedições, por exemplo, são exemplos de situações de risco que repercutiram sobre, essencialmente, na esfera individual daqueles que se propuseram a buscar novos “continentes”.

De plano, podemos afirmar essa é a grande diferença dos riscos até então existentes e os riscos advindos da sociedade de risco: no passado os riscos eram pessoais, na sociedade contemporânea os riscos são globais¹⁰.

O novo dimensionamento advém da existência de situações de perigo que surgem a partir de decisões que outros concidadãos tomam ao manejar avançadas tecnologias derivadas da indústria, da biologia, da genética, da energia nuclear, da informática, da comunicação etc. Assim, o que foi no passado foi considerado como perigoso, por ser facilmente percebida pelos sentidos, na sociedade contemporânea a percepção é substituída pelo risco advindo de relações sociais de enorme complexidade na qual a interação entre os indivíduos avançou a níveis desconhecidos. Esse processo determina uma impessoalização das situações vivenciadas na qual os perigos dão lugar aos riscos na sociedade contemporânea.

Ao analisar esse processo de evolução Niklas LUHMANN diferencia os riscos dos perigos. O termo risco vincula-se a uma decisão racional, ligada a consequências que podem ou não ser conhecidas pela sociedade. Os perigos são ligados a uma causa exterior, sob a qual não se tem controle ou não se pode evitar¹¹.

⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supraindividual – interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.31.

¹⁰ BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**, ob. cit., p.27

¹¹ LUHMANN, Niklas. **El concepto de riesgo**. Barcelona: Anthropos, 1996, pp.123-172.

Partindo da distinção de LUHMANN, Ulrich BECK teoriza sobre a existência de uma diferença entre os riscos criados na sociedade contemporânea: existem riscos controláveis e riscos incontroláveis. Os segundos são advindos dos primeiros, na medida em que, o processo industrial criou mecanismos para dominar a natureza e controlar os riscos e perigos, o que acabou gerando novos riscos, que escapam do controle das instituições sociais¹².

Para chegar a essa conclusão o autor se vale de cinco premissas básicas: A primeira estabelece que os riscos ganham uma nova dimensão na medida em que se desenvolvem as forças produtivas. Na sociedade contemporânea as condutas humanas ganham uma nova dimensão, pois há o que Jesús-Maria SILVA-SANCHEZ chama de risco de procedência humana como fenômeno social estrutural¹³. Nesse paradigma, os riscos causam danos sistemáticos e irreversíveis, mantendo-se, na maioria dos casos, invisíveis aos olhos da comunidade e sujeitos a processos sociais de definição sociopolítica¹⁴.

De acordo com Luciano Anderson de SOUZA, no final do século XX a comunidade internacional defrontou-se com problemas inéditos, tais como as malformações fetais provocadas pela ingestão de tranquilizantes “Cotergan”, a epidemia espanhola decorrente do consumo de azeite de “colza” ou ainda o acidente radioativo de Chernobyl, de consequências nefastas, atingindo gerações que sequer presenciaram as condutas geradoras dos efeitos por elas suportados¹⁵.

A segunda premissa aponta que com o novo dimensionamento dado aos riscos surgem situações de incremento global do perigo. O progresso técnico se converte em instrumento capaz de produzir resultados especialmente lesivos e meio para o surgimento de novas formas delitivas que se projetam sobre os espaços abertos pela tecnologia. A ciberdelinquência, o

¹² MACHADO, Marta Rodríguez de Assis, ob. cit., p.37.

¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.29.

¹⁴ BECK, Ulrich, ob. cit., p.28.

¹⁵ SOUZA, Luciano Anderson de, ob. cit., pp.24-25.

desenvolvimento de formas de criminalidade organizada que operam internacionalmente são exemplos dos novos riscos para os indivíduos e para os Estados¹⁶.

Segundo Alberto Silva FRANCO, o modelo globalizador produziu novas formas de criminalidade que se caracterizam fundamentalmente por uma criminalidade supranacional, sem fronteiras limitadoras, organizada a partir de uma estrutura hierarquizada na forma de empresas ilícitas ou de organizações criminosas. Tal criminalidade é desvinculada do espaço geográfico fechado de um Estado e se distancia dos padrões de criminalidade até então objeto de consideração do Direito Penal¹⁷.

Em razão de todas as facilidades proporcionadas pelo processo de globalização (o trânsito livre de mercadorias, a circulação financeira sem precedentes, a informatização dos meios de comunicação, etc.), problemas locais são redimensionados junto com o desenvolvimento tecnológico. O crime se globaliza junto com o comércio, formando um poder paralelo que integra ações ligadas ao narcotráfico, tráfico de seres humanos, tráfico de armas, tráfico de órgãos, tráfico de animais, corrupção internacional, ciberdelinquência etc.

A terceira premissa aponta que o novo dimensionamento dos riscos rompe com a lógica do desenvolvimento capitalista, elevando-o a um novo patamar de complexidade. Na verdade, os novos tempos transformam os riscos da modernização em um grande negócio. O desenvolvimento tecnológico vive da geração de novas formas de satisfação das necessidades humanas.

Para Celso CAMPILONGO não é razoável pensar num sistema social de complexidade espantosamente crescente como é a "sociedade global" seja possível a retomada de esquemas simplistas de organização¹⁸.

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, ob. cit., p.30.

¹⁷ FRANCO, Alberto Silva; LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro; BATISTA, Nilo; MACHADO, Hugo de Brito; GOMES, Luís Flávio; STOCO, Rui. **Temas de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pp.256-257.

¹⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.115. Ao analisar o pensamento de Luhmann, o professor Campilongo aponta

Esse esquema complexo passa pela diluição das relações sociais e pela complexização das relações de consumo, a partir do estabelecimento de novos padrões mundiais de consumo. A sociedade de riscos é também a sociedade onde a necessidade de desenvolvimento tecnológico voltado para o atendimento de novas demandas torna-se uma das premissas mais importantes.

A dinamização do desenvolvimento tecnológico e o surgimento de novos riscos proporcionaram o surgimento do que Ulrich BECK chama de “barril de necessidades sem fundo”, inacabável e autopoietico¹⁹. A dimensão assumida pelo capitalismo impõe a geração constante de novas formas de criação e atendimento das demandas que surgem com os novos processos de interação social.

No mesmo sentido, José de FARIA COSTA afirma que os processos de interação social representam a força motriz das novas formas de organização social, sendo sustentada por uma comunicação global que se opera em tempo real²⁰.

A quarta premissa está ligada ao patamar político que os novos riscos assumem. Analisando a influência da globalização sobre o sistema político Celso CAMPILONGO aponta que no mundo globalizado o esvaziamento do Estado significa o enfraquecimento da capacidade do sistema político para: a) regular as relações de trabalho, na medida em que, a volatilidade do capital em busca de trabalhadores menos onerosos em qualquer parte do mundo; b) promover o bem-estar social, pois há uma expansão dos serviços privados de saúde e educação, ocorrendo

que ele via na sociedade um sistema social que inclui todas as comunicações. Dentro dessa perspectiva, o referencial teórico é tomado a partir da forma com que a sociedade se organiza, ou seja, o que importa é saber o modo de organização do sistema social e reproduz a sua operação básica – a comunicação.

Para Campilongo os subsistemas sociais funcionalmente diferenciados, apesar da força extraordinária das relações de mercado, não serão por ela submetidos. A marca da globalização não está no processo de indiferenciamento dos subsistemas, ao contrário, ela é marcada por uma crescente interdependência entre os subsistemas jurídicos, político, científico, etc. como forma de estabilização das novas demandas sociais.

¹⁹ BECK, Ulrich, ob. cit., p.29.

²⁰ COSTA, José de Faria. **O fenômeno da globalização e o direito penal econômico**. Revista Brasileira de ciências criminais. n. 35. Julho-setembro. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 10.

paralelamente a uma "guerra fiscal" internacional pela atração de capitais que culmina no declínio da arrecadação de tributos e da implementação de políticas sociais; c) garantir a segurança pública e controlar a violência, daí o crescimento da impunidade, da violação dos direitos humanos, o descrédito da política e da Justiça e o consequente incremento da sensação de insegurança.

Dessa forma, conclui Celso CAMPILONGO, a globalização deve ser definida como um “paradigma heurístico”, pois ela abre um enorme campo para a redescritção das estruturas e processos sociais contemporâneos. A soberania, a democracia, o Direito e a ordem internacional ganham novos contornos teóricos²¹.

De acordo com Niklas LUHMANN, a sociedade moderna é diferenciada funcionalmente, ou seja, os limites de seus subsistemas não podem mais ser integrados por fronteiras territoriais comuns. Somente o subsistema político continua a usar tais fronteiras, porque segmentação em 'Estados' parece ser a melhor maneira de otimizar sua própria função. Mas, outros subsistemas, tais como ciência ou economia, espalham-se pelo globo inteiro²².

A consequência desse processo de diferenciação dos subsistemas diante dos novos riscos é a crescente sensação de que o Estado é incapaz de responder com um mínimo de eficiência às suas Funções nas áreas da saúde, educação, segurança, emprego, ambiente, finanças públicas e justiça, etc.²³. Dessa forma, a reestruturação do sistema político e da própria função do Estado passa a ser questionada em virtude do (re) dimensionamento dos novos riscos.

Para Alberto Silva FRANCO, o Estado-nação foi derruído na sua soberania e tornado mínimo pelo poder econômico global, não tendo mais condições de oferecer respostas concretas e rápidas. O que há é um clima que

²¹ CAMPILONGO, Celso Fernandes, ob. cit., p.116.

²² LUHMANN, Niklas, ob. cit., p.190.

²³ Ibid., p.119.

se avizinha a anomia²⁴. Assim, os Estados perdem força em face de condicionamentos políticos que escapam de seus controles, mas deve ser “forte” o suficiente para implementar reformas que os ajustem as novas necessidades da economia.

Segundo Boaventura SANTOS, a fraqueza do Estado não foi um efeito secundário ou perverso do processo de globalização da economia. Foi, na verdade, um processo político muito preciso e destinado a construir outro Estado forte, cuja força esteja sintonizada com as exigências políticas do capitalismo global. A força do Estado, que no período de reformas constituiu-se na capacidade em promover interdependências não mercantis, agora passou a ser a capacidade do Estado em se submeter às interdependências voltadas à lógica mercantil²⁵.

A quinta premissa aponta que reconhecido o conteúdo político dos novos riscos impõe-se a consideração de que a eliminação de suas causas está diretamente ligada ao processo de industrialização em si. Os efeitos colaterais e a assunção dos novos riscos advindos do processo de industrialização representam uma flagrante crise institucional da sociedade industrial.

Essa crise refere-se ao que Marta MACHADO chama de época em que o lado negro do progresso domina o debate social, onde a possibilidade de devastação em massa, o auto-arriscamento e a destruição da natureza tornam-se temas centrais do debate político em detrimento do processo de industrialização. Ou seja, a produção social da riqueza veio acompanhada, sistematicamente, pela produção social dos riscos e tais riscos emergem como efeitos colaterais de produtos ou processos industriais, no desenrolar da modernização²⁶.

²⁴ FRANCO, Alberto Silva; LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro; BATISTA, Nilo; MACHADO, Hugo de Brito; GOMES, Luís Flávio; STOCO, Rui, ob. cit., p.258.

²⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. **A reinvenção solidária e participativa do Estado**. Brasília: Mare, 1997, p. 3.

²⁶ MACHADO, Marta Rodríguez de Assis, ob. cit., p.35.

Ulrich BECK afirma que esses riscos e incertezas são efeitos sociais secundários, econômicos e políticos produzidos na sociedade industrial porque o consenso para o progresso e a abstração dos efeitos e dos riscos ecológicos foi responsável por legitimar discursos que nos levaram a produção de novos riscos²⁷.

A incorporação dos riscos pela sociedade contemporânea à atividade de produção leva a intensificação dos âmbitos de periculosidade, repercutindo nas formas de organização social e interferindo na produção de discursos econômicos, sociais e políticos. Assim, o risco deixa de ser um dado periférico da organização social para se transformar em um conceito relacionado à própria atividade humana. O que era externo passa a ser também interno, passa a integrar o núcleo de desenvolvimento da sociedade. O risco torna-se um referencial político²⁸.

Todos esses fenômenos provocaram a institucionalização da insegurança, pois a globalização e a expansão dos riscos afetam a todos, não se podendo afirmar mais que os riscos sejam pertencentes unicamente a determinados grupos sociais ou a certas classes.

Jesús-Maria SILVA-SANCHEZ afirma que além da “sociedade do risco” tecnológico, vivemos a sociedade de “objetiva” insegurança, onde a coletividade não abre mão do desenvolvimento técnico, da comercialização de novos produtos ou da utilização de novas substâncias cujos possíveis efeitos nocivos são desconhecidos, mas a incorporação desses fatores a vida privada tem gerado incertezas sociais²⁹.

Esse fenômeno gera o que Ulrich BECK chama de o “fim dos outros”, ou seja, nesse processo todos são expostos a tudo, diluindo-se a distinção entre agressores e vítimas, o que leva a diluição da capacidade do sistema jurídico de individualizar as responsabilidades³⁰. Há nesse processo

²⁷ BECK, Ulrich, ob. cit., p.30.

²⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.36.

²⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, ob. cit., p.30.

³⁰ GIDDENS, Anthony. **A constituição da sociedade**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.374.

um “efeito bumerangue”, na medida em que, os riscos afetam também que os produzem e os que dele se beneficiam. Enfim, os riscos não se limitam a classes sociais, fronteiras, níveis de desenvolvimento, etc.³¹.

A sociedade de risco é fruto do desenvolvimento do modelo econômico que surge na revolução industrial, a partir da organização da produção de bens por meio de um sistema de livre concorrência mercadológica. A lógica desse sistema exige dos agentes produtores a busca incessante por novas tecnologias que permitam uma produção e distribuição em larga escala, de forma, a atingir um número maior de consumidores através da agregação de técnicas inovadoras. Esse processo de inovação acaba criando uma dinâmica peculiar onde a velocidade e intensidade do progresso da ciência não são acompanhadas pela análise dos efeitos decorrentes da utilização das novas tecnologias. Em outras palavras, a criação de novas técnicas de produção não é acompanhada pelo desenvolvimento dos instrumentos de avaliação dos riscos resultantes da sua aplicação. É dessa forma que o risco se coloca como fator indispensável ao desenvolvimento econômico de livre mercado, e passa a ocupar um papel nuclear no desenvolvimento da atividade social³².

Há o surgimento de uma nova classe de riscos que se coloca como um novo e poderoso fator de indeterminação do futuro, pois a sua característica está no fato de terem emergido na qualidade dos efeitos secundários não previstos e não delimitados pelos processos de modernização. Assim, a sociedade de risco, que se erige a partir da incerteza apõe sua marca no que ate então poderia ser entendido como uma das grandes conquistas hauridas junto à modernidade – a racionalidade³³.

O próprio Ulrich BECK afirma que a mudança da sociedade industrial, ocorrida sub-repticiamente e sem planejamento no início da modernização simples implica na radicalização da modernidade – modernidade

³¹ BECK, Ulrich, ob. cit., p. 29.

³² BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.34.

³³ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2009, p.103.

reflexiva – que vai invadir as premissas e os contornos da sociedade industrial e abrir caminhos para a sociedade contemporânea³⁴.

Para Marta MACHADO a sociedade de risco refere-se à época em que o lado negro do progresso domina o debate social. O auto-ariscamento, a devastação da natureza e a possibilidade de destruição em massa tornaram-se os temas centrais do debate público, pois os novos padrões de produção e de consumo proporcionam o surgimento de novos riscos – especialmente aqueles de origem tecnológica – que determinam uma transformação da sociedade industrial em um novo tipo macrosociológico: a sociedade de risco. Os novos riscos derivam decisões de âmbito industrial que ou técnico-encômico de pessoas ou organizações³⁵.

Em síntese, os riscos assumem a condição de fenômeno estrutural da sociedade contemporânea sendo produzidos durante a manipulação dos avanços tecnológicos. Esse processo decorre do avanço tecnológico, econômico e científico, bem como da nova dimensão dada aos problemas sociais advindos da nova conformação social da modernidade³⁶.

A partir das considerações feitas ao modelo de sociedade teorizada por Ulrich BECK percebemos que a lógica da sociedade se transforma, na medida em que, nasce um movimento de que busca a eliminação dos riscos por meio da imputação de responsabilidades aos causadores das situações perigosas. É nesse contexto, que o direito penal ganha uma nova dimensão, passando de modelo prioritariamente repressivo para a uma configuração vinculada à emergência, a partir de uma política criminal prevencionista e calcadas na idéia de antecipação da tutela penal como um dos signos mais atuais do desenvolvimento do direito penal.

³⁴ GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Schott, ob. cit., p.12. Segundo os autores, o dinamismo do processo de modernização industrial acabou gerando efeitos que não puderam ser incorporados pelo racionalismo industrial gerado pela modernização tradicional. Ou seja, a modernização tradicional “dissolveu a sociedade agrária estamental e elaborou a imagem estrutural de uma sociedade industrial”. Mas hoje a modernização “dissolve os contornos da sociedade industrial, e em continuidade da modernidade, surge outra figura social”.

³⁵ MACHADO, Marta Rodríguez de Assis, ob. cit., pp.38-39.

³⁶ SOUZA, Luciano Anderson de, ob. cit., pp. 107-108.

Blanca MENDOZA BUERGO afirma que a tendência político criminal prevencionista marca a doutrina Alemã nos últimos anos, na medida em que, o modelo teórico em torno da concepção da sociedade de risco rapidamente foi incorporado pelo ordenamento jurídico³⁷. Em outras palavras, os tempos de incerteza e insegurança determinam a necessidade da sociedade se voltar para o direito penal e dele exigir que uma solução para problemas de uma modernidade que se voltou contra si mesma. Esse processo de hipercomplexização produzido pela modernização reflexiva tem provocado profundas alterações estruturais no âmbito do âmbito penal.

Nesse sentido, Helena Lobo da COSTA afirma que as modificações do direito penal a partir do final do século passado questionaram uma série de critérios e trouxeram para alguns a modernização, para outros a administrativização ou expansão, para terceiros o reconhecimento de novos âmbitos de proteção, como a proteção dos direitos difusos e a “espiritualização” do conceito de bem jurídico, o (re) dimensionamento da utilização da técnica dos crimes de perigo abstrato, dentre outras mudanças³⁸.

3. Os problemas advindos da sociedade de risco

Ulrich BECK afirma que a reflexividade da modernidade produz não somente uma crise cultural de orientação, mas uma crise institucional fundamental. Todas as instituições fundamentais, como os partidos políticos, os sindicatos, os princípios causais da responsabilidade na ciência e no direito, as fronteiras nacionais, a ética da responsabilidade individual, a ordem da família nuclear, perdem suas bases e sua legitimação histórica³⁹.

A reflexividade da modernidade acaba por estabelecer uma mudança radical nos padrões coletivos de vida, no progresso, na controlabilidade e na exploração da natureza típicos da modernidade tradicional, principalmente,

³⁷ MENDOZA BUERGO. Blanca. **El Derecho penal em la sociedade de riesgo**. Madrid: Civitas, 2001, p.23.

³⁸ DA COSTA, Helena Lobo. **Proteção penal ambiental**: Viabilidade, efetividade tutela por outros ramos do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 2.

³⁹ GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Schott, ob. cit., pp. 211-212.

pelo surgimento de riscos globais. A perspectiva dos riscos globais é construída a partir da constatação de que as decisões humanas são capazes de afetar a todos indistintamente, o que nos possibilita falar em sociedade de risco mundial⁴⁰. Em outras palavras, a modernidade acaba por definir novos parâmetros de riscos, surgidos na condição de efeitos colaterais dos processos industriais no desenrolar da modernização. Tais efeitos colaterais determinam a mudança nos padrões coletivos de organização social e dos instrumentos capazes de enfrentar tal situação.

A mudança nos padrões coletivos de vida se dá em virtude da transnacionalização dos perigos⁴¹. Assim, não importa que os perigos representados pelos novos riscos venham a se concretizar ou não, basta à mera possibilidade de sua ocorrência para que se gere uma nova realidade social, para que um novo valor seja agregado ao grupo social como algo digno de proteção, ou seja, para que a sensação de segurança se transforme em sensação de insegurança⁴².

Dentro dessa perspectiva, Guilherme Costa CÂMARA afirma que vivemos um estágio civilizatório que se faz notável a imprognosticabilidade da exata dimensão e extensão dos riscos e que revela, de um lado, uma “fratura dentro da modernidade”; de outro a notável complexidade da sociedade contemporânea⁴³.

Jesús-Maria SILVA-SANCHES aponta que o extraordinário desenvolvimento da técnica realça a crescente dependência do ser humano de realidades externas a ele mesmo. Esse processo tende a apresentar repercussões diretas no bem estar individual e na dinâmica dos fenômenos econômicos vivenciados pelos grupos sociais.⁴⁴ Os padrões de vida mudaram, o progresso, a controlabilidade da exploração da natureza vivenciados na

⁴⁰ MENDOZA BUERGO. Blanca, ob. cit., pp. 26-27.

⁴¹ AMARAL, Cláudio do Prado, ob. cit., p. 62.

⁴² SOUZA, Luciano Anderson de, ob. cit., p.108.

⁴³ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p.129.

⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, ob. cit., p. 28.

modernização simples são revolucionados pelo surgimento de uma nova dinâmica sócio tecnológica.

A partir dos apontamentos feitos acima, pode-se afirmar que há nesse século a consolidação de uma nova estrutura social denominada sociedade de risco, tendo como característica principal a substituição da lógica da produção social de riquezas pela lógica da produção social de riscos⁴⁵. Assim, a lógica da sociedade industrial clássica - a produção social de riquezas – acaba por criar uma situação social nova em que o principal objetivo é a produção social do risco⁴⁶.

Fala-se em produção social do risco e não dos perigos, pois o termo “risco” deve ser entendido como uma decisão racional, mesmo que na maior parte das vezes se desconheça as conseqüências que dela possam advir, ao passo que, o termo perigo deve ser reservado para as situações em que o dano hipotético é acarretado por uma causa exterior, sobre a qual não se tenha controle, e nem se quer se pode evitá-lo⁴⁷.

Nesse sentido, José de FARIA COSTA afirma que uma situação de risco está ligada a uma atitude intelectual que assuma dois resultados – um positivo e um negativo. Na interação entre a ausência de um dano específico (conformação positiva da atitude intelectual) e na realização de um dano considerado (conformação de cunho negativo) é que estaremos diante de um risco. Em outras palavras, o risco é a possibilidade de que algo negativo ocorra e que venha a macular conformação positiva da atitude intelectual⁴⁸.

Luciano Anderson de SOUZA afirma que a concepção do autor português vai de encontro ao pensamento de Niklas LUHMANN⁴⁹, segundo a concepção de que o risco está ligado a uma decisão racional⁵⁰.

⁴⁵ SOUZA, Luciano Anderson de, ob. cit., p.109.

⁴⁶ BECK, Ulrich, ob. cit., p.25.

⁴⁷ LUHMANN, Niklas, ob. cit., pp.123 – 172.

⁴⁸ COSTA, José de Faria. **O perigo e o direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992, p.611.

⁴⁹ Segundo Pablo SILVA, em 1986 Luhmann observa o fato de que, até então, era comum a definição de risco como sendo a medida de um perigo. Mas esse tipo de entendimento deixava em aberto os motivos nos quais se baseava o perigo. Logo, os desastres naturais tinham a mesma medida dos desastres tecnológicos. A partir dessa constatação o sociólogo alemão

O que se vislumbra é a volatilização no tempo e no espaço dos riscos vivenciados pela sociedade. Ou seja, as consequências de um ato ou fato ocorridos hoje poderão ser sentidos depois de décadas ou gerações, vivendo-se sob ameaça constante de uma incerteza na produção dos efeitos previstos, mas ainda desconhecidos. Com efeito, é possível que as consequências derivadas das situações de risco venham a produzir efeitos colaterais tão somente em outros Estados, mantendo ilesa a população do local de onde partiu a ação que desencadeou a concretização do risco. Os riscos e as suas consequências não respeitam as fronteiras estatais.

Se o risco é inerente as condutas humanas voltadas para o atendimento do interesse coletivo, por que só agora ele se transformou em questão social?

Ulrich BECK aponta que o risco sempre se fez presente nas sociedades humanas, mas nas sociedades pré-industriais e nas industriais de modernização tradicional esse elemento não ganha uma dimensão política, pois ele pode ser imputado ao destino, a ações racionais destinadas a um fim demarcado e na sua maioria das vezes a causas naturais, ao passo que na sociedade mundial do risco a gênese dos novos riscos está ligada a idéia de consequência acessória ou efeitos imediatos que certas atividades humanas ganham⁵¹. Dessa forma, o risco torna-se o centro do debate assumindo uma posição dentro das instâncias política, administrativas, econômicas, jurídicas e etc.

Para Anthony GIDDENS⁵² os novos riscos por estarem ligados à exploração e ao manejo de novas tecnologias, como a energia nuclear,

procurou fazer a distinção entre risco e perigo. O critério de diferenciação foi o poder de decisão. Assim, quando uma decisão for elemento indispensável na ocorrência de um prejuízo estaremos diante de um risco. Em outras palavras, a decisão é um pressuposto do risco. SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Revista brasileira de ciências criminais – IBCCRIM**. São Paulo: Revistas dos Tribunais. jan-fev v. 46, 2004, pp. 76-77.

⁵⁰ SOUZA, Luciano Anderson de, ob. cit., pp.109- 110.

⁵¹ BECK, Ulrich, ob. cit., p.31.

⁵² O termo risco fabricado por Giddens reflete o fato predominante de que nessa sociedade há uma convergência de racionalidades plúrimas para a construção social do risco. É essa percepção que leva, em última instância, à sua constituição. Dessa forma, como percepção social, o risco conota diversas formas e não pode ser constrangido a fórmulas e cálculos precisos.

produtos químicos, manejo de recursos alimentícios, tecnologia genética e etc., devem ser chamados de riscos artificiais, tecnológicos ou fabricados. Assim, esses riscos determinam o fim da natureza e da tradição. A organização social passa a se projetar para o futuro e a preocupação com os perigos, que no passado eram creditados aos deuses, agora assumem uma nova dimensão, a dimensão de riscos que colocam em dúvida a própria existência humana. O risco e a indeterminação do futuro são resultados de uma dinâmica mobilizadora de uma sociedade em constante transformação, que deseja determinar o seu próprio futuro em vez de confiá-lo à religião, à tradição ou aos caprichos da natureza⁵³.

Assim, na sociedade contemporânea não há uma ação racional direcionada ao equacionamento dos novos processos criadores de risco, há apenas ciclos de desenvolvimento que se sucedem e determinam novas formas de desenvolvimento das forças produtivas. Esse processo coloca o desenvolvimento tecnológico dentro de uma espiral ascendente que, para Niklas LUHMANN não tem limites, mas ela é o seu próprio limite, ou seja, ela pode falhar muito menos em virtude da natureza ou de falhas humanas do que graças a ela mesma⁵⁴.

O que se percebe a partir dessa constatação é que os grandes perigos surgidos na segunda metade do século XX suprimiram os pilares básicos do cálculo dos riscos e da segurança, pois os novos riscos se sobrepõem aos conflitos e crises próprios da sociedade de modernização tradicional ou sociedade industrial clássica⁵⁵.

Na órbita do Direito Constitucional, Jorge MIRANDA afirma que é curioso observar que a irrupção do *topos Risikogesellschaft*, descende do manejo indiscriminado das modernas tecnologias revela intensa complexidade, vez que a sociedade contemporânea também não pode prescindir dos avanços científicos relativos à engenharia genética, informática, dentre tantos outros

⁵³ GIDDENS, Anthony. **Em defesa da sociologia: ensaios, interpretações e tréplicas**. São Paulo: editora Univesp, 2001, pp. 311-315.

⁵⁴ LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological Theory**. New York: A. de Gruyter, 1993, pp. 94-95.

⁵⁵ MENDOZA BUERGO. Blanca, ob. cit., p.28.

alguns dos quais já classificados como direitos fundamentais de quarta geração⁵⁶.

O que gera perplexidade é a possibilidade de muitos dos riscos gerados por esses desenvolvimentos tecnológicos causarem danos sistemáticos e irreversíveis, e, ao mesmo tempo, permaneçam invisíveis por um longo período. Dito de outra maneira, os riscos de procedência humana nessa nova forma de ordenação social não podem ser analisados através de mecanismos lineares, pois eles não são meros momentos de perigo, eles são construídos a partir do desenvolvimento tecnológico que nos propiciou dar um salto evolutivo, mas do qual nos tornamos dependentes. Assim, o que se percebe é que houve a internalização dos riscos por parte da sociedade e, como consequência, a criação de uma sensação de perigo que ameaça um número indeterminado de pessoas. Há uma quebra da concepção local-nacional, na medida em que, a sociedade mundial toma consciência da sua complexidade organizativa reconhecendo que os novos riscos não permaneceram vinculados ao lugar e ao tempo do seu surgimento.

A idéia de sociedade de risco conduz-nos a um mundo onde as "enfermidades civilizatórias" povoam o imaginário coletivo, ameaçando o futuro da humanidade⁵⁷.

A interação e inter-relação dos processos e a sua complexidade inerente leva Blanca MENDOZA BUERGO a se referir a esse aspecto como sendo uma irresponsabilidade organizada, no sentido de que, quanto mais complexa e organizada é uma sociedade, quanto mais se fazem presentes às interconexões menor é a sensação de responsabilidade, pois as considerações sobre a contribuição individual são reduzidas em face do conjunto⁵⁸.

Segundo Pierpaolo Cruz BOTTINI, a insuficiência dos mecanismos de cálculo de risco importará na dificuldade de determinar a responsabilidade pela causação de perigo ou de dano. Essa dificuldade de se fazer o nexo

⁵⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 24.

⁵⁷ CÂMARA, Guilherme Costa, ob. cit., p. 130.

⁵⁸ MENDOZA BUERGO. Blanca, ob. cit., p. 29

causal entre uma conduta e um resultado leva à ausência de critérios de imputação e, conseqüentemente, ao controle das atividades com vistas a reduzir seus efeitos prejudiciais⁵⁹.

O que se percebe é que há um processo de indeterminação das causas e conseqüências dos novos riscos que fogem à aplicação das regras securitárias do cálculo, da estatística e da monetarização. Dessa forma os novos riscos não podem ser tratados segundo as regras estabelecidas da causalidade e da culpa e dificilmente podem ser compensados ou indenizados, pois suas dimensões e conseqüências não podem ser delimitadas⁶⁰.

Raffaele de GIORGI pondera que na sociedade industrial era possível estabelecer um padrão de regularidade e normalidade que permitia a construção de conexões entre os acontecimentos e a imputação de causalidades de forma a se elaborar uma cadeia de conexões entre os acontecimentos. Na sociedade de risco o padrão se altera, as regras de imputação tradicionais não são mais confiáveis como vetores de previsibilidade e calculabilidade, pois se reconhece a existência de contingências e indeterminações, não mais passíveis de serem controladas⁶¹. Assim, o Direito penal prevencionista, pautado na idéia de antecipação da tutela penal por meio da tipificação dos crimes de perigo abstrato, passa a ser visto como uma aquisição evolutiva do tratamento das contingências e sua construção de vínculos do futuro.

Os horizontes do futuro se restringem diante da velocidade da vida na sociedade moderna, na rapidez das transformações que se produzem nela. O modo com que o presente trata um futuro indeterminado e desconhecido converte-se em um tema de comunicação social, pois o futuro passa a ser objeto de ponderações da opinião pública. Dessa forma, o horizonte para o que

⁵⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit. p. 39.

⁶⁰ MACHADO, Marta Rodríguez de Assis, ob. cit., p. 41.

⁶¹ DI GIORGI, Raffaele. **O risco na sociedade contemporânea**. Revista sequência. Revista do curso de pós graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, n. 28, jun, 1994, p. 45-54.

ele chama de conceito-guia de “risco” se altera⁶². Esse grau de indeterminação do futuro e o caráter reflexivo dos novos riscos são responsáveis pelo acirramento das reivindicações por segurança, por um controle destes riscos. Isso se dá porque os novos riscos afetam a toda a sociedade. Os novos riscos não se ligam a condição social do indivíduo.

A vivência dos novos riscos tecnológicos pressupõe um horizonte de segurança e confiança perdidos, já que o reconhecimento dos riscos produzidos por essa sociedade significa a negação da ambição moderna de controle humano da natureza por meio do avanço do progresso técnico. Os novos riscos não podem ser reduzidos por cálculos seguros e pela monetarização que outrora recomfortaram a sociedade e que serviram como mecanismos regulatórios da vida social⁶³. Diante dos novos riscos e a ausência de diretrizes científicas que fixem as pautas de condutas seguras, se dissemina o sentido de temor social. Esse sentimento é reforçado pelos meios de comunicação de massa, pois permitem que fenômenos distantes tornem-se eventos próximos e cotidianos.

De acordo com Pierpaolo Cruz BOTTINI essa sensação de insegurança é realçada pela degradação dos valores éticos responsáveis pela sustentação de expectativas comportamentais. O desenvolvimento dos meios de produção e a incorporação de novas tecnologias tornam a atividade econômica mais dinâmica, exigindo dos trabalhadores e funcionários um aumento da sua dedicação. A manutenção desse sistema competitivo depende de uma inversão de prioridades, pois se vive o fantasma da substituição das empresas e dos empregados. A consequência dessa priorização das atividades geradoras de riqueza é a ausência da participação do cidadão em âmbitos de organização social, tais como a família, as associações comunitárias, religiosas, etc. Essa insegurança social catalisará movimentos pelo controle mais efetivo das atividades arriscadas. O discurso pela segurança é potencializado pelos diversos movimentos organizados pela sociedade civil organizada, tais como, os movimentos ecológicos, os movimentos de defesa do

⁶² DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco – vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. 1998, pp.217-218.

⁶³ MACHADO, Marta Rodríguez de Assis, ob. cit., p. 82.

consumidor e de outros setores sociais. Todos esses movimentos são integrados ao processo econômico que, em alguns seguimentos, lucram com a busca por controle e segurança ⁶⁴.

A dissolução dos vínculos de organização social e a ausência de valores éticos claros implicam a insegurança das expectativas e incrementa a necessidade de intervenção estatal como meio de reforçar os valores vigentes, já que os novos riscos expõem a fratura de uma sociedade que se sujeita as mais variadas causas indesejadas. A hiperatividade do conceito de risco, que passa a ser um componente operativo na investigação da sociedade complexa deixa entreaberta uma questão: é possível a contenção, minimização ou a redução dos riscos?

⁶⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit. p. 46.

CAPÍTULO II

DA REPERCUSSÃO DA SOCIEDADE DE RISCO SOBRE O ORDENAMENTO JURÍDICO (DOS MECANISMOS DE GERENCIAMENTO DO RISCO)

1. Considerações preliminares

A sociedade de risco criou uma situação paradoxal: a dinâmica socioeconômica reclama um desenvolvimento tecnológico crescente, mas esse desenvolvimento traz a criação de uma gama de riscos que devem ser tidos como efeitos colaterais indesejados do processo de desenvolvimento. Na sociedade de risco ocorre a falência do discurso sobre o cálculo de seguro, de previsibilidade e da distribuição das decisões como função institucional⁶⁵.

A partir da falência do discurso ligado a segurança e a previsibilidade nasce à idéia de gestão de riscos como mecanismo capaz de promover a manutenção dos vínculos institucionais que se diluíram diante das incertezas que rondam as relações sociais. Nesse contexto, o nascimento de uma sociedade de risco globalizado gera uma obsessão de controle do incontrolável em todos os níveis, da vida cotidiana ao direito⁶⁶.

Pierpaolo Cruz BOTTINI afirma que a gestão de riscos é uma atividade generalizada na sociedade atual, levada a cabo por diversos personagens, seja na esfera pública, seja na esfera privada⁶⁷.

Isso se dá porque o risco passa a ser um componente operativo no interior de uma sociedade complexa, levando ao questionamento sobre a capacidade da ciência de enfrentá-los e sobre a forma com que o gerente de riscos irá avaliá-los para tomar decisões de acordo com essa avaliação. Nesse contexto, os riscos passam a ser assunto das instâncias políticas,

⁶⁵ BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da pós-modernidade**. Tradução Mauro Gama, Cláudia Martinelli. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

⁶⁶ BECK, Ulrich, ob. cit., p. 33.

⁶⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 51.

administrativas, econômicas, jurídicas e etc. O seu tratamento está intimamente ligado ao reconhecimento da complexidade e do paradoxo, pois o risco passa a afetar não apenas as escolhas individuais ou coletivas, mas ambas.

De acordo com Celso CAMPILONGO a globalização torna cada vez mais evidentes e intensas as interdependências entre esses subsistemas. Nessas situações, uma sociedade diferenciada funcionalmente reage proporcionando estruturas que estabilizem os mecanismos de controle dessas interdependências. Foi assim que se deu com o contrato nas relações entre o sistema jurídico e o sistema econômico; foi assim também com as constituições e a sua interdependência com o sistema político. Todo esse processo de interdependência representa um ambiente de aquisições evolutivas que permitem a manutenção da integralidade dos sistemas⁶⁸.

O denominador comum das atividades que buscam a manutenção e integração dos sistemas é o enfrentamento do paradoxo do risco, a partir da construção de critérios e instrumentos para a tomada de decisões diante de uma situação de risco. A atividade de gestão de risco tem sua origem no modelo de organização social atual que expõe a contradição entre o desenvolvimento e a restrição ao risco.

Como instrumento de controle social o direito penal tem como missão produzir, decidir e solucionar questões que tem relevância jurídico-penal⁶⁹. Como instrumento de controle social o direito penal sofre a influência do processo de transformação social que a sociedade contemporânea passa. Seus operadores e aplicadores se convertem em gestores de riscos em diversas situações.

A tipificação de condutas que violam o dever objetivo de cuidado – crimes culposos, a fixação de critérios de imputação, a delimitação de um

⁶⁸ CAMPILONGO, Celso Fernandes, ob. cit., pp. 115-117, onde esclarece que a unidade do sistema global não reside nas estruturas específicas mas na forma de diferenciação funcional da comunicação entre os subsistemas.

⁶⁹ MUÑOZ CONDE. Francisco. **Direito penal e controle social**; Tradução Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 2.

âmbito de risco permitido, a criação da figura do garantidor nos crimes comissivos por omissão, a técnica de caracterizadora das hipóteses de crimes tentados são exemplos de institutos dogmáticos que lidam com a gestão de riscos e se submetem à influência do momento vivenciado socialmente.

Como o direito penal poderá atuar como sistema de gerenciamento de riscos? Para responder a essa pergunta se faz necessário, preliminarmente, no que consiste a atividade de gerenciamento de risco na sociedade contemporânea para, posteriormente, discutir como esse ramo do ordenamento jurídico busca atenuar os riscos.

2. O gerenciamento de risco

O risco se faz presente em todas as atividades humanas e em todos os lugares. O seu gerenciamento depende do tipo de ameaça ou perigo. Para que se possa fazer uma administração eficiente dos vários riscos é preciso criar mecanismos de gerenciamento de riscos capazes de combinar.

Ao ponderar sobre a nova realidade, sobre os novos modelos de organização social, Raffaele de GIORGI afirma que os outros modelos de organização social não se faziam necessárias à construção científica de instrumentos capazes de medir e gerenciar os riscos, algo que se modifica em meados do século XIX com o lançamento das bases científicas da teoria das probabilidades, que estão ligadas a descrição de acontecimentos causados por indeterminação⁷⁰.

A partir dos estudos sobre as probabilidades a sociedade passa a dispor de mecanismos científicos para embasar as discussões sobre a definição do risco. O gerenciamento das atividades potencialmente perigosas tornou-se mais importante e mais complexo com o surgimento das novas

⁷⁰ DE GIORGI, Raffaele. **O risco na sociedade contemporânea**. Tradução Cristiano Paixão, Daniela Nicola, Samantha Dobrowolski. Revista do Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, n. 28, 1994, p. 49.

tecnologias que consolidaram a sociedade de risco como modelo estrutural da sociedade contemporânea⁷¹.

Nesse contexto científico não importa se o perigo representado pelo risco vá acontecer ou se concretizar, basta à possibilidade de sua ocorrência para a determinação de uma nova realidade social, para que um novo valor, digno de proteção, seja violado e a sensação de insegurança se transforme em um sentimento caracterizado por Jesús-Maria SILVA SANCHEZ como a “insegurança sentida” da sociedade do medo⁷².

O risco e a existência de uma abundância informativa são fatores capazes de disseminar o medo entre os cidadãos e fazer com que eles clamem por proteção. Paulo FERNANDES aponta que o “discurso do risco” começa onde a crença da segurança termina⁷³.

Como bem salienta Marta MACHADO, os reconhecimentos dos novos riscos e os horizontes semânticos da prevenção realizam um movimento de expansão, que busca abarcar os novos fenômenos da sociedade do risco a partir de perspectivas sociais de segurança e controle⁷⁴.

A abundância de informações aliada à falta de critérios para a decisão sobre o que é bom e o que é mal, sobre em que se pode e em que não se pode confiar, constitui uma fonte de dúvidas, ansiedades, incertezas e insegurança.

Dessa forma, é incontestável a correlação entre a sensação social de insegurança e a atuação dos meios de comunicação, na medida em que, eles se tornaram fonte de transmissão de imagens da realidade quase idêntica a aquela que vivenciada pelos receptores da mensagem. Isso coloca o receptor

⁷¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob.cit., p.54.

⁷² SILVA SANCHEZ, Jesus Maria, ob. cit., p. 38.

⁷³ FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns**. Coimbra: almedina, 2001, p. 59.

⁷⁴ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, ob. cit., p. 154.

em uma situação de impotência, pois a tecnologia nos faz mais próximos, mas não nos faz mais semelhantes⁷⁵.

A diversidade inserida na universalidade da informação cria a sensação de desordem, onde os meios de comunicação se tornam mecanismos de propagadores da sensação de medo e vitimização por meio da divulgação dos novos riscos advindos da modernização reflexiva⁷⁶.

Como forma de mitigar as inseguranças e as incertezas apontadas acima se exige que o gestor de riscos crie limites para a execução de determinadas atividades. Ele analisa a necessidade de se criar instrumentos para a mensuração dos riscos inerentes as atividades que visam regular as tomadas de decisões sobre as condutas mais adequadas diante de situações de risco criadas. Neste contexto, o Direito penal passa a ser visto como instrumento de gerenciamento de risco.

Segundo Cornelius PRITTWITZ, o ponto central a ser analisado pelo Direito Penal da sociedade de risco está no estabelecimento de uma conexão entre a descoberta sociológica do risco, entre outros por Niklas Luhmann, Beck e Guidens, que passa a permear todo o discurso e pensamento da dogmática penal⁷⁷.

Assim, a dogmática penal passa a se ocupar de mecanismos que permitam trabalhar os reflexos do risco sobre o direito penal por meio de construções que serão incorporadas ao sistema jurídico pela atividade legislativa. A instituição de crimes culposos, a definição do âmbito de incidência do risco permitido, o estabelecimento dos critérios de imputação pautada na

⁷⁵ SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria, **A expansão do direito penal**, ob.cit., p. 33.

Nessa passagem o autor cita García Anoveros que destaca no texto *desordem mundial* publicado no diário el pais em 12.11. 1998, p. 20, que destaca o quanto a tecnologia coloca os homens mais próximos, mas ao mesmo tempo suas diversidades, oriundas dos vários sistemas de organização política, promovem um desajuste entre as realidades a ponto de produzir uma sensação de desordem e um certo desalento diante da ausência de meios, instituições, procedimentos, para fazer frente aos problemas que supõe a proximidade gerada pela técnica.

⁷⁶ Idem, ob. cit., p. 39.

⁷⁷ PRITTWITZ, 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, p. 38.

criação ou implementação de riscos não permitidos no âmbito de incidência da norma jurídica são exemplos de institutos criados para enfrentar a nova realidade vivenciada pela dogmática penal.

Em tempos de incerteza a sociedade se volta para o direito penal e dele exige o que os outros ramos não conseguiram: uma solução para a hipercomplexização da sociedade de riscos.

Para os críticos esse processo representa a maximização do Direito Penal, que acaba por se desviar da sua missão institucional ao se apoderar de amplos setores da vida social. Por todos, HASSEMER afirma que a utilização do direito penal não é mais marcada pela adequação ou pela justiça de suas proposições, mas pela tendência crescente de não se aplicar o direito penal como *ultima ratio*, mas, sim, como *sola* ou *prima ratio* para a solução dos problemas da sociedade. Dessa forma, o direito penal transforma-se em um instrumento de solução de conflitos sociais que não mais se diferencia dos outros instrumentos de solução de conflito⁷⁸.

Para aqueles que são favoráveis a utilização do direito penal como mecanismo de gerenciamento de riscos a incorporação de novos institutos provoca o surgimento de novas perspectivas dogmáticas ou o redimensionamento dos seus institutos a sociedade contemporânea. Em outras palavras, temos um processo de (re) definições na busca de novos critérios estáveis e objetivos para fixação dos institutos que constituirão a dogmática penal contemporânea.

O próprio HASSEMER, um severo crítico da utilização do direito penal como forma de contenção dos riscos, aponta que o direito penal moderno vive um momento denominado como “Dialética do Esclarecimento”, onde o seu desenvolvimento se dá até certo ponto onde ele se tornou contra produtivo, até mesmo, anacrônico ao se afastar dos conceitos metafísicos e prescrever a si uma metodologia empírica; ao realizar a sua execução pelo empirismo, especialmente, no conceito de orientação das conseqüências; ao favorecer os

⁷⁸ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Tradução Regina Greve e Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 196.

conceitos preventivos em detrimento daqueles relativos à teoria da retribuição e ao tentar vincular o legislador penal e suas decisões a princípios para tornar controlável a proteção dos bens jurídicos⁷⁹.

Em grande parte, as mudanças de entendimento judicial e as reformas pontuais na legislação é que dá margem a incorporação dos mecanismos de gerenciamento de riscos para viabilizar o processo de transformação e adequação das estruturas do direito penal à dinâmica social⁸⁰.

É claro que uma tarefa como essa é marcada por uma série de dificuldades, pois a gestão dos riscos constitui-se como atividade pragmática e os processos de incorporação dos mecanismos de gerenciamento não conseguem acompanhar a tônica da mudança social.

3. O direito penal como elemento de gerenciamento do risco⁸¹

A consolidação da sociedade de risco traz como consequência o desenvolvimento do Direito Penal que busca solucionar os problemas de uma modernização que se voltou sobre si mesma, hipercomplexizando-se. Essa nova forma de se compreender esse ramo da ciência jurídica representa uma tentativa de conter os riscos que se perpassam na sociedade por meio da funcionalização dos seus institutos.

Segundo Pierpaolo Cruz BOTTINI, esse modelo de organização social representa um paradoxo: necessita do risco para o desenvolvimento das suas relações econômicas e, ao mesmo tempo, refuta esse mesmo risco,

⁷⁹ HASSEMER, Winfried, ob. cit., p. 189.

⁸⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 53.

⁸¹ Ao analisar o garantismo sob uma perspectiva sistêmica, Germano SCHWARTZ afirma que o direito penal de qualquer época representa um ato simbólico da evolução aquisitiva de uma determinada sociedade. Assim, novos tempos impõem repensar como o direito penal acaba por se constituir em um símbolo de uma sociedade, em tese, mais avançada. SCHWARTZ, Germano. **Revista ibero-americana de ciências penais**. Porto Alegre: CEIP. Ano 2, n. 4. Set-dez. 2001, p. 34.

buscando mecanismos de inibição de sua produção. Essa a dinâmica interfere na construção do discurso penal⁸².

A partir dessa premissa Urs KINDHAUSER – professor da Universidade de Bonn – cunha a expressão *direito penal da segurança* para demonstrar o papel desse ramo do ordenamento jurídico dentro do contexto da sociedade de risco. Assim, o progresso técnico e os riscos crescentes que caracterizam a sociedade atual convertem o Direito Penal em um instrumento de controle dos riscos. Ele é chamado para que suas regras de sancionamento sejam utilizadas para assegurar o cumprimento dos valores-limite socialmente estabelecidos⁸³.

Refletindo sobre esse processo de transformação Raffaele de GIORGI, afirma que na sociedade de modernização tradicional a representação do futuro fornecia orientações úteis e davam plausibilidade às tomadas de decisões, porque permitiam tratar como previsíveis ou até como objeto de expectativa o dano que eventualmente derivasse daquelas decisões. O potencial descritivo destas decisões havia sedimentado uma semântica que estabilizava as estruturas e as expectativas e fornecia segurança. A distinção amigo/inimigo, igualdade/desigualdade, racionalidade formal/ racionalidade material eram assumidas como fator evolutivo da sociedade, na medida em que, elas eram caracterizadas como valores sociais positivos ou negativos. A diferença entre tais valores é que dava a situação de equilíbrio e sentido que se estabilizaram no princípio da racionalidade.

Hoje, segundo Raffaele de GIORGI, todo esse esquema de autodescrição fragmentou-se e o potencial descritivo das distinções esgotou-se, pois os acontecimentos da última década privaram a sociedade de seu pressuposto de estabilidade na relação entre a racionalidade e o tempo - a autodescrição de seu fundamento. Dessa forma, não se pode mais ter

⁸² BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 85.

⁸³ KINDHAUSER, Urs. **Estructura y legitimación de los Delitos de Perigo Del Decrecho Penal**. ILECIP. Ver. 004 – 001 (2009) <http://www.ilecip.org>, p. 2.

confiança na normalidade já que ela passa a ser constituída por constelações de indeterminações⁸⁴.

A diversidade e complexidade social, com sua enorme pluralidade de opções se somam a falta de critérios para a decisão sobre o que é bom e o que é mau, sobre em quem se pode e em que não se pode confiar, constitui uma fonte de dúvidas, incertezas, ansiedade e insegurança⁸⁵.

São as indeterminações do novo modelo de ordenação social que provocam o novo dimensionamento da sensação de insegurança vivida pela sociedade. Dessa forma, a vivência dos novos riscos tecnológicos pressupõe um horizonte de segurança e confiança que foram perdidos. O reconhecimento dos novos riscos produzidos pela sociedade industrial significa a negação da ambição moderna de controle humano sobre a natureza e do alcance da natureza e do alcance da felicidade por intermédio do processo técnico.

A constatação de se estar vivendo em uma sociedade com características próprias, fruto da modernização reflexiva, com novas demandas sociais enxerga no Direito Penal a forma mais eficiente para solucionar as novas situações danosas. Isso se dá porque o medo da criminalidade constitui a concreção de um conjunto de medos difusos dificilmente perceptíveis que de algum modo são inerentes à posição das pessoas nas sociedades contemporâneas⁸⁶.

Todo esse processo acaba revelando as limitações estruturais dos mecanismos institucionais utilizados até agora pelo Estado para controlá-los, ou seja, o abalo a credibilidade dos sistemas social, político, técnico e jurídico acaba com a confiança garantida pelo Estado-nação, não só porque os riscos e perigos se tornam globais e incontrolláveis, mas, ainda, porque se tornaram

⁸⁴ DE GIORGI, Raffaele. **O risco na sociedade contemporânea**. Revista sequência. Revista do curso de pós graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, n. 28, jun, 1994, p.45-47.

⁸⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, ob. cit., p. 33.

⁸⁶ Idem, ob. cit., p. 40.

evidentes as limitações estruturais dos mecanismos institucionais utilizados até agora pelo Estado para controlá-los⁸⁷.

Para Raffaele de GIORGI na sociedade contemporânea reforçam-se simultaneamente a segurança e a insegurança, a determinação e a indeterminação, a estabilidade e a instabilidade⁸⁸.

Nesse sentido, Guilherme Costa CÂMARA afirma que o trânsito para a sociedade do risco anuncia a mudança do sistema axiológico da sociedade desigual para o sistema da sociedade insegura, orientada para fins “negativos e defensivos”: já não se trata de alcançar o bom, mas de evitar o pior.⁸⁹

Identifica-se nesse processo uma ponderação valorativa no sentido de se incorporar ao Direito Penal uma diretriz antecipatória das barreiras da punibilidade, que tem como consequência a ampliação do sistema penal, pois a função minimalista de tutela de alguns bens jurídicos é deixada de lado, dando lugar a uma função promocional de valores orientadores da ação humana na vida comunitária.

A solução para a insegurança não se busca mais no seu lugar natural – o direito de polícia – senão no direito penal⁹⁰.

As novas características dos riscos contemporâneos facilitam a propagação do discurso pela expansão do direito penal. Isso se dá porque desse processo nasce uma demanda normativa voltada para garantir segurança, de modo que se reclama além da proteção objetiva diante dos riscos, a sensação de confiança nessa proteção. Dessa forma, a sociedade contemporânea é marcada pela transformação da aspiração por segurança em atuação positiva do Estado no sentido da prevenção frente aos novos riscos.

⁸⁷ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, ob.cit., p. 83.

⁸⁸ DE GIORGI, Raffaele, ob.cit., p.48.

⁸⁹ CÂMARA, Guilherme Costa, ob. cit., p. 131.

⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, ob.cit., p. 41.

Segundo Blanca MENDOZA BUERGO, a sociedade de risco se caracteriza por uma necessidade de segurança crescente como forma de ordenação da vida social, pois o direito à segurança se converte em diretriz de controle frente aos novos riscos⁹¹. A crescente sensação de incerteza acaba se convertendo em uma demanda social normativa por segurança, ou seja, alcançar a segurança torna-se a finalidade dominante da ordenação social⁹². É assim que o Direito Penal ganha novos contornos.

As novas demandas surgidas com a sociedade de risco determinam um redimensionamento dos institutos do Direito Penal sob uma perspectiva preventiva e direcionada a inibição de atividades humanas, em um momento antecedente à afetação de um bem jurídico. A norma penal torna-se um instrumento de tutela preventiva a comportamentos potencialmente lesivos aos bens jurídicos.

As duas faces de análise da conduta desvalorosa representada pelos desvalores, da ação e do resultado, assumem novos matizes, pois o desvalor do resultado é substituído pelo desvalor da ação, o prejuízo concreto é substituído pela probabilidade de afetação de bens de interesses. Tipos penais deixam de abrigar a lesão em sua redação e direcionam seus elementos para o perigo, para a inibição do risco, independentemente de suas consequências de concretas⁹³.

Para Jesús-Maria SILVA-SÁNCHEZ o redimensionamento do direito penal poderá provocar “fissuras” no modelo garantista de intervenção do direito penal liberal. Ou seja, para atender às novas demandas se faz necessário modificar as garantias clássicas do Estado de Direito já que elas são vistas como elementos excessivamente rígidos, que devem ser “flexibilizados”⁹⁴.

Nesse contexto, a construção do direito penal nessa sociedade se coloca em uma encruzilhada: crescem as dúvidas sobre a medida e o grau de aplicação das penas, sobre quais comportamentos arriscados realmente

⁹¹ MENDOZA BUERGO, Blanca, ob. cit., p. 31.

⁹² MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, ob. cit., p. 85.

⁹³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.86.

⁹⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, ob. cit., p. 41.

interessam ao direito penal, sobre os conflitos políticos que são subjacentes à atividade de gestão dos riscos, sobre as atividades de estruturação e aplicação dos tipos penais, sobre os processos de interpretação dos novos institutos jurídicos criados ou redimensionados para atender as novas demandas sociais⁹⁵.

Segundo Jorge de FIGUEIREDO DIAS, a idéia de sociedade de risco suscita ao direito penal problemas novos e incontroláveis. Nas suas implicações com a matéria penal a nova forma de ordenação social evidência uma transformação radical da sociedade em que já vivemos. Essa idéia representa o fim de uma era em que os riscos provinham de acontecimentos naturais ou derivavam de ações humanas próximas, que para a sua contenção um sistema penal construído a partir de bens jurídicos clássicos é suficiente. Assim, o que se tem é o paradigma do direito penal liberal e antropocêntrico. Ocorre que a sociedade de risco enuncia o fim desta sociedade e a sua substituição por uma sociedade tecnológica, massificada e global, onde a ação humana torna-se anônima, mas se revela suscetível de provocar riscos globais ou puramente extinguir a vida no planeta. Ora, para os novos riscos o direito penal – liberal e antropocêntrico – não está suficientemente preparado⁹⁶.

Esse processo social leva um setor doutrinário a afirmar que o direito penal está em crise. Classificar essa “crise” como sendo algo exclusivo do direito penal é incorreto ou, no mínimo, inexato, pois ela é congênita ao sistema jurídico e, no caso do Direito Penal, esse processo ocorre quando se passa a questionar o modelo clássico de ciência dedutivo-axiomática, abstrata e alheia a realidade social. O que se rompe com a formação de uma nova realidade é o aspecto retributivo de uma ciência dogmática abstrata, alheia a idéia de justiça e as transformações sociais.

O que houve foi à necessidade de se proceder a adequação do Direito Penal à realidade vivida e não a manutenção de um sistema

⁹⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p.86.

⁹⁶ 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, pp. 43-44.

transcendente à mesma. Na verdade, a crise representa uma oportunidade para a evolução dos institutos de Direito penal serem redimensionados⁹⁷.

Ao analisar o novo modelo preventivo que se monta a partir da sociedade de risco Alessandro BARATTA aponta que o Estado preventivo se caracteriza como “Estado da segurança”, no sentido da expressão utilizada por Hirsch no seu livro de 1980. Este, por sua vez, é apenas o caminho como a estrutura política se adéqua as características de uma sociedade que se forma cada vez mais rápido, levando a situações de risco: a forma política que assume a “sociedade de risco”, como Beck definiu nossa sociedade. O Estado de segurança de prevenção ou Estado da segurança é aquele em que regras de produção e mecanismos de decisão também tendem a reorganizar constantemente em resposta a uma emergência estruturais⁹⁸.

A dimensão prevencionista assumida pelo Estado contemporâneo, profundamente influenciado pelas questões sociais, passa a exercer pressão sobre o discurso dogmático-penal para conformá-lo às novas realidades.

Nesse sentido, Luciano Anderson de SOUZA afirma que o caminho escolhido é o da produção dos mais diversos tipos penais, o agravamento da pena daqueles já existentes ou a supressão de direitos e garantias no âmbito processual ou executório de penas⁹⁹. Dessa forma, a incorporação pelo Direito Penal dos efeitos da sociedade de risco tende a propiciar um aumento do número de leis penais para tentar frear o aumento dos riscos, de forma, a diversificar o aparato de segurança pública através da criação de novas figuras de eletivos. A legislação ambiental, a lei de biossegurança e a recente

⁹⁷ SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Tradução Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 28. Segundo o autor o processo de mudança do direito penal contemporâneo apresenta traços significativamente dialéticos, e se plasma em sínteses sucessivas de caráter ascendentemente humanitário e garantista, ainda que algumas antíteses possam exigir reflexão.

⁹⁸ BARATTA, Alessandro. **Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión em la perspectiva de la criminología crítica. Pena y Estado**. Barcelona, 1991, pp. 36-55.

⁹⁹ SOUZA, Luciano Anderson de, ob. cit., p. 154.

demanda por uma legislação relativa a crimes cibernéticos são exemplos desse processo¹⁰⁰.

O clamor pela atuação mais extensa do Direito Penal decorre da incapacidade de atuação de outros meios de controle social. Os referenciais éticos perdem sua força, a coesão social – garantida pela introjeção dos valores construídos e respeitados pelos diversos grupos comunitários – se fragmenta, os relacionamentos pessoais se impessoalizam, as comunicações perdem o referencial geográfico temporal, sendo possível a troca de informações em segundos, e em qualquer lugar no mundo. Nesse contexto, o indivíduo se afasta dos valores éticos indispensáveis para a convivência social, perdendo respeito pelas normas tradicionais. Há um desmonte dos padrões de convivência e comportamento que permitem a vivência social. Esta realidade cria uma demanda por instrumentos formais de controle das atividades do indivíduo¹⁰¹. Criou-se um contexto geral de incerteza sobre a relação causa-efeito, os delitos de resultado/lesão se mostram crescentemente insatisfatória como técnica de abordagem do problema, daí o recurso cada vez mais freqüente aos tipos de perigo abstrato.

A sobreposição de novos fenômenos conflituosos tornou o problema mais agudo, pois a perda dos referenciais éticos afetou outros mecanismos de controle social. O Direito civil já não se mostra mais adequado para inibir a criação de riscos, limitando-se ao manejo de tutelas reparatórias em se concretizando uma situação de perigo. O direito Administrativo sancionador se mostra ineficaz, em boa parte, pela incompetência do Estado no desenvolvimento de sua atividade fiscalizadora¹⁰².

A ineficácia dos meios usuais de contenção dos riscos determina um processo de expansão do direito penal. O clamor pela segurança faz com que cresça a demanda popular pelo Direito Penal, sensibilizando o discurso político. Esse processo cria uma juridicização da opinião pública, na medida em que,

¹⁰⁰ RASSI, João Daniel. **A sociedade de risco, teoria dos sistemas e funcionalismo penal: uma aproximação teórica**. Boletim IBCCRIM, 2009, p.1.

¹⁰¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob.cit., p.89.

¹⁰² Idem, ob. cit., p. 33

ela passa a interferir na produção legislativa e, conseqüentemente, na construção do direito penal¹⁰³.

Blanca MENDOZA BUERGO identifica três fatores primordiais no processo de expansão e endurecimento do direito penal: o primeiro fator está relacionado ao progresso técnico científico que proporciona o desenvolvimento de elementos potencialmente perigosos e capazes de afetar a coletividade. Em segundo lugar, os outros ramos do direito, notadamente o direito administrativo sancionador foram incapazes de dar vazão as demandas sociais. O terceiro fator está ligado à globalização, enquanto elemento fomentador das novas formas de delinquência¹⁰⁴.

Sobre essa nova realidade Klaus TIEDEMANN, ao analisar a responsabilidade penal da pessoa jurídica, afirma que as novas formas de criminalidade, como os delitos econômicos, os crimes contra as relações de consumo, os crimes contra o meio ambiente e o crime organizado, se instalam nos sistemas e meios tradicionais do Direito Penal ante as dificuldades que esses sistemas enfrentam. Há de se ter uma nova aproximação entre o Direito Penal e tais condutas, ou melhor, uma nova aproximação desse ramo do ordenamento jurídico e as novas realidades postas pela modernização reflexiva é indispensável¹⁰⁵.

Para Luciano Anderson de SOUZA o direito penal é trazido à baila para que o Estado possa demonstrar uma imediata e aparente resposta às novas demandas sociais¹⁰⁶.

Essa tendência incriminadora, de teor multiforme, não permite sua condução a um juízo unitário, adotando às vezes uma legislação simbólica ou retórica, sem possibilidades reais de aplicação útil¹⁰⁷.

¹⁰³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 90.

¹⁰⁴ MENDOZA BUERGO. Blanca, ob.cit., p. 35.

¹⁰⁵ TIEDEMANN, Klaus. **Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el Derecho comparado.** In: GOMES, Luiz Flávio (coord.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal.* São Paulo: RT, 1999, p. 27.

¹⁰⁶ SOUZA, Luciano Anderson de, ob. cit., p.154.

¹⁰⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo.** Ob. já cit., pp. 34-35.

Há na sociedade de riscos uma dificuldade em estabelecer critérios, parâmetros e definições dogmáticas precisas quando se está diante do direito penal do risco. A fluidez dos bens jurídicos e o paradoxo dos riscos criam dificuldades para o direito penal cumprir sua missão de mecanismo de gerenciamento de riscos¹⁰⁸.

Segundo Blanca MENDOZA BUERGO, o Direito Penal do risco é uma criação conceitual crítica que se dá a partir do desenvolvimento de um conjunto de modificações estruturais do sistema penal na busca por uma adaptação ao fenômeno da sociedade de risco¹⁰⁹.

O que se tem é uma verdadeira necessidade de se minimizar a insegurança e conter, com a ajuda do Direito Penal, a formação de novos perigos antecipando a tutela penal em determinados comportamentos. A amplitude da problemática dos novos riscos impõe ao Direito penal certas dificuldades, na medida em que, seus institutos foram criados segundo uma concepção que não se adequa à nova forma de ordenação social. A consequência dessa falta de sintonia é a crise de legitimidade que esse ramo do ordenamento jurídico poderá enfrentar se não promover uma mudança de perspectiva, com o desenvolvimento de novas estruturas e regras de imputação.

Para Marta MACHADO a nova demanda revela o déficit de eficiência dos seus métodos de tutela da segurança¹¹⁰.

Sobre os problemas decorrentes da utilização do direito penal, Jorge de FIGUEIREDO DIAS afirma que a doutrina tradicional resiste à utilização do direito penal sob o argumento de que esse ramo do ordenamento jurídico deve ficar restrito a um âmbito clássico e restrito a critérios experimentados de aplicação. Por outro lado, a utilização do direito penal como instrumento de tutela perante os novos riscos tem ganhado adeptos, e nome da efetiva proteção de bens pessoais e sociais. Para o autor, o direito penal não deve

¹⁰⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 91.

¹⁰⁹ MENDOZA BUERGO. Blanca, ob. cit., 31.

¹¹⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, ob. cit., p. 95

intervir na tutelas das novas situações criadas pela sociedade de risco, ou seja, ele recusa *in limine* a pretensão de se criar um “direito penal do risco”.

Seu pensamento está pautado em dois argumentos, um de natureza técnica e outro de natureza moral. O primeiro ele não reconhece a indispensabilidade da superação dos dogmas de razão técnico-instrumental que serve de base para a construção do direito penal clássico-liberal; o segundo argumento, de índole moral, liga-se a idéia de que não será socialmente aceitável e não valerá a pena o cultivo de um direito penal que se desinteresse da sorte das gerações futuras e nada lhes tenha para oferecer perante o risco existencial que sobre elas pesa¹¹¹.

Das opiniões, favoráveis ou contrárias, percebe-se que as complexidades dos fenômenos sociais ligados aos novos riscos suscitam ao direito penal contemporâneo problemas novos e difíceis de contornar, cuja solução parte da mudança da forma com que se constrói e se interpreta o Direito Penal. Há uma gama de transformações que ele terá que passar para não sucumbir diante de uma crise de efetividade que, em últimas consequências, poderá colocar em xeque a sua capacidade de enfrentamos das novas demandas sociais. Qualquer análise deve ponderar que a estrutura implantada para o tratamento jurídico das questões penais parte de regras de imputação oriundas de outro modelo social, ligado a racionalidade liberal da modernização clássica, onde os riscos são fatores mensuráveis e determináveis, algo que não se compatibiliza com a moderna sociedade de risco.

No mesmo sentido, Blanca MENDOZA BUERGO preceitua que o direito penal estaria enfrentando certa dificuldade para operar da mesma maneira e com os mesmos instrumentos que por um tempo lhe eram habituais. Tais dificuldades ou limitações nas respostas e nas soluções que o Direito Penal pode oferecer nos casos considerados como problemáticos levam algumas pessoas a falar abertamente em crise na capacidade de efetividade do ordenamento jurídico, ou de crise prestacional do Direito Penal diante dos

¹¹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo, ob. cit., pp. 48-49

novos riscos, o que levaria a uma mudança de perspectiva para o desenvolvimento de novas estruturas e novas vias de imputação¹¹².

O que se percebe dessa passagem é a necessidade imperiosa de mudança de perspectiva do direito penal diante de um novo modelo de organização social que passa a influenciar na construção do sistema de controle social representado por esse ramo do ordenamento jurídico.

Em outras palavras, a modernização reflexiva produziu o incremento quantitativo e qualitativo dos riscos através do desenvolvimento de novas atividades humanas que trazem consigo um enorme potencial de perigo e de capacidade lesiva capazes de fazer emergir expectativas de regulamentação que levam a expansão do sistema penal, abandonando-se a visão minimalista da tutela de alguns bens jurídicos, admitindo-se uma nova concepção da dogmática penal, pautada na tutela de valores promocionais dos direitos fundamentais. Essa revolução “copernicana” da dogmática penal acaba por incorporar à dogmática penal a função regulamentadora de uma série de temas ligados a terceira dimensão de direitos: meio ambiente, consumo, engenharia genética e atividades econômicas¹¹³.

Todo esse cenário de alterações dogmáticas aponta no sentido de um direito penal mais abrangente, menos limitado, menos preso a princípios que se formaram dentro de uma perspectiva liberal e que procuravam dar a dogmática penal um papel secundário e subserviente a interpretações estritas. Na sociedade de riscos será preciso dar ao Direito Penal a oportunidade de corresponder às expectativas sociais de contenção de riscos.

Para Fábio Guedes de Paula MACHADO, o novo conjunto de valores traz como consequência à adoção de um sistema aberto que se aproxima da realidade social, privilegiando a sua dinâmica, na medida em que,

¹¹² MENDOZA BUERGO. Blanca, ob. cit., p. 39

¹¹³ Os direitos fundamentais de terceira dimensão, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, também denominados direitos de fraternidade ou de solidariedade trazem como nota distintiva a proteção de grupos humanos, caracterizando-se como direitos de titularidade coletiva. Para o autor, trata-se na verdade de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores pelo impacto tecnológico e seus profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 58-59.

proporciona o desenvolvimento social e o redimensionamento e as relações de poder. Assim, seus conceitos devem ser redesenhados adequando-se ao novo modelo social, a partir de suas perspectivas dogmáticas, de forma a orientar o legislador penal a realizar reformas na legislação que terão como objetivo manter o Direito Penal próximo das demandas sociais, outorgando-lhe legitimidade e aplicabilidade. Nessa perspectiva, surgem novos conceitos indispensáveis ao desenvolvimento da sociedade contemporânea, v.g. o risco permitido¹¹⁴.

No mesmo sentido, Guilherme COSTA CÂMARA afirma que o Direito Penal não é um edifício hermético, cidadela indevassável e impermeável às constantes descobertas realizadas por outras áreas do conhecimento, pelo contrário, ele deve se guiar por princípios rígidos como o da legalidade, da taxatividade e da irretroatividade da lei penal mais gravosa, mas devem estar aberto as contribuições de outras ciências que serão filtradas pelo laborioso trabalho tecido pela dogmática penal¹¹⁵.

Também Renato de Mello Jorge SILVEIRA, afirma que a orientação político criminal do direito penal moderno não admite a linha clássica como lastro dogmático e, ainda que, o novo prisma social e jurídico da sociedade de risco impõe um ganho de relevância aos crimes de perigo, na medida em que, eles assumem a dimensão de verdadeiro modelo autônomo de tipificação penal, deixando de lado o seu papel de recurso excepcional do legislador na tutela de interesses especialmente relevantes¹¹⁶.

Do que foi dito, conclui-se que as dificuldades de orientação advindas da sociedade de riscos trazem como consequência a busca de elementos de orientação normativa – dentre eles o direito penal e seus institutos (crimes de perigo abstrato) - como forma de gerar consenso e reforçar o processo de ordenação social em uma comunidade que carece de consenso sobre valores positivos. A tarefa é ingrata, mas deve ser feita! E que

¹¹⁴ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A culpabilidade no Direito Penal Contemporâneo**. São Paulo: Quartie Latin, 2010, p. 33.

¹¹⁵ CÂMARA. Guilherme Costa, ob. cit., p. 138.

¹¹⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supraindividual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 31-32.

seja feita pelo Direito Penal de modo a constituirmos um sistema aberto ao atendimento das novas realidades sociais. As novas demandas de crimes de perigo abstrato estão inseridas dentro desse contexto, como forma de atender as novas demandas sociais, diminuindo a sensação de insegurança e minimizando os novos riscos.

3.1. A política criminal da sociedade de risco

Quando se fala em política criminal a primeira idéia que se tem é a famosa frase de Franz VON LISZT de que “o direito penal é a barreira intransponível da política criminal”¹¹⁷.

Partindo dessa afirmação, Claus ROXIN afirma que havia uma dicotomia entre a ciência penal como ciência social e a ciência penal enquanto ciência jurídica¹¹⁸. Nessa dicotomia política criminal e direito penal apresentavam-se como tendências contrapostas. À política criminal era reservado o papel de dar ao direito penal um sentido social global de combate a criminalidade – uma tarefa social do direito penal. Ao direito penal era reservada a missão liberal – garantística de assegurar a uniformização da aplicação do direito como forma de assegurar a liberdade individual em face do “leviatã” estatal¹¹⁹.

Dessa concepção resulta a construção dogmática do direito penal completamente dissociada de qualquer orientação político criminal, onde o crime e a pena são abordados como instrumentos puramente técnico jurídicos.

Nesse mesmo sentido, FEUERBACH afirmava que a política criminal deveria ser utilizada como conhecimento auxiliar do Direito Penal. Esta seria

¹¹⁷ VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal alemão**. Tradução José Hygídio Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899, p. 3.

¹¹⁸ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 2.

¹¹⁹ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 3.

apropriada a formular novas legislações, através das quais o Estado viria a combater o crime¹²⁰.

A concepção de Von Liszt, do início do século XX é tão marcante para o pensamento jurídico penal que ainda se faz presente como marco teórico orientador da construção do nosso sistema de política criminal. Welzel, Jescheck entre outros são citados por ROXIN como adeptos de uma concepção sistemática capaz de dar uniformidade a aplicação da lei, retirando nesse processo a insegurança ligada ao acaso e ao subjetivismo. Segundo ele, a estruturação sistemática preconizada pelos autores tem suas vantagens, principalmente, no que tange a segurança jurídica, mas permanece certo desconforto quando se confronta o laborioso trabalho de construção dogmática e suas consequências práticas na tutela dos bens jurídicos, mas esse modelo não mais se coaduna com a construção de um direito penal e uma teoria do delito nos moldes atuais¹²¹.

Para Juarez Cirino dos SANTOS, a política criminal brasileira ainda está centrada na linha de pensamento preconizada por Liszt, não havendo nenhum avanço no sentido de se estabelecer um novo modelo oriundo do influxo da sociedade de risco. No Brasil e nos países periféricos a política criminal do Estado exclui políticas públicas de emprego, salário digno, escolarização, moradia, saúde e outras medidas complementares, como programas oficiais capazes de alterar ou de reduzir as condições sociais adversas da população marginalizada do mercado de trabalho e dos direitos de cidadania, definíveis como determinações estruturais do crime e da criminalidade; por isso, o que deveria ser a política criminal do Estado existe, de fato, como simples política penal instituída pelo Código Penal e leis complementares — em última instância, a formulação legal do programa oficial de controle social do crime e da criminalidade: a definição de crimes, a aplicação de penas e a execução penal, como níveis sucessivos da política

¹²⁰ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal comum vigente en Alemania**. Traducción Eugênio Raul Zaffaroni e Irma Hagemier. Buenos Aires: Hammurabi, 1989. § 6º.

¹²¹ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 6.

penal do Estado, representam a única resposta oficial para a questão criminal¹²².

Assim, a tarefa da lei na sociedade de riscos não se esgota mais na sua função garantística, ou seja, devemos reconhecer a partir de agora também ao Direito Penal que as demandas de política criminal constituem o conteúdo axiológico também da teoria geral do delito.

Renato de Mello Jorge SILVEIRA, a partir do pensamento de Claus ROXIN, lista dez “mandamentos políticos criminais” que informam o direito penal da sociedade de risco: 1º - o Direito Penal deve limitar-se à proteção de bens jurídicos; 2º - o Direito Penal só deve empenhar-se na proteção destes bens jurídicos como ultima ratio; 3º - a retribuição, ou seja, o saldo da culpabilidade, não constitui o fim da pena, e não pode legitimar sua imposição. A imposição de uma pena pode basear-se, exclusivamente, em necessidades de prevenção geral ou especial; 4º - o princípio da culpabilidade deve ser conservado, considerando-se que sua função político-criminal consiste na limitação do poder estatal e na distinção entre pena e medida de segurança; 5º - devem existir diferentes classes ou categorias de penas, graduadas segundo sua gravidade; 6º - como pena primária, deve-se fazer desaparecer a pena privativa de liberdade de até seis meses; 7º - a pena privativa de liberdade de até dois anos deve ser substituída, na medida do possível, por pena pecuniária; 8º - a pena pecuniária pode ser substituída por prestação de serviços à comunidade; 9º - naqueles casos em que a pena privativa de liberdade seja inadequada, deve ser suspensa, com um período de prova com um caráter geral, para a pena de até dois anos, e, para as restantes, uma vez transcorrido a metade do tempo das mesmas; 10º - a execução das penas e das medidas de segurança deve estar organizada, na medida do possível, como uma execução ressocializadora¹²³.

Em conclusão, Renato de Mello Jorge SILVEIRA afirma que essas teses caracterizam-se, marcadamente, pela coerência quanto à concepção de

¹²² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 3ª ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 459.

¹²³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supraindividual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 165.

um sistema de orientação valorativa, proposto por Roxin. Para ele, o Direito Penal deve estar estruturado ideologicamente, ou seja, construído para atender a finalidades valorativas¹²⁴.

Claus-Wilhelm CANARIS destaca que o sistema jurídico não é lógico-formal, como o preceituado pelas correntes liberais clássicas, não podendo ser comparado aos sistemas matemáticos, mas sim valorativo axiológico¹²⁵. Dentro dessa perspectiva, os paradigmas jurídicos devem se harmonizar com as considerações valorativas que orientam a política criminal.

O que se tem em mente é o fato de que a criminalização de uma conduta é antes de tudo um fato político. Miguel Reale afirmava que o jurídico é, antes de tudo, político, porque fruto de uma tomada de posição frente ao fato social, ou seja, uma resolução¹²⁶.

Para Jorge de FIGUEIREDO DIAS e Manuel da COSTA ANDRADE a política criminal deve ser coerente com a opção política fundamental do Estado, pois lhe cabe a definição do que deva ser considerado como comportamento delitivo e quais são as estratégias mais adequadas ao combate à criminalidade¹²⁷.

Nesse sentido, Claus ROXIN esclarece que a política criminal deve definir o âmbito de incriminação bem como os postulados da dogmática jurídica penal necessária à responsabilização criminal.

A orientação político criminal não influencia apenas na elaboração dogmática da teoria do delito e da responsabilidade. A política criminal é o tempero que ajusta a elaboração teórica à realidade empírica na qual tem aplicação, considerando as alternativas viáveis para controle dos

¹²⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, ob. cit., p. 166.

¹²⁵ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 30.

¹²⁶ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. pp. 557-560.

¹²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da costa. **Criminologia**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 106.

comportamentos desviantes e promovendo a aproximação do direito penal em relação aos demais ramos do Direito e às políticas sociais¹²⁸.

O direito penal e a política criminal se completam e, dessa unidade cooperativa, resulta a opção política fundamental do Estado para o trato da criminalidade. Claus ROXIN chega a afirmar que a unidade sistemática entre política criminal e direito penal é somente o cumprimento de uma tarefa colocada a todas as esferas de nossa ordem jurídica. O cumprimento dessa tarefa – a introdução da política criminal no campo jurídico penal - não acarreta a desistência ou relativização do pensamento sistemático, ao contrário, um sistema teleológico passa, necessariamente, pela unificação sistemática da política criminal e do direito penal¹²⁹.

Rudolf Von IHERING já preceituava que um sistema jurídico, como instrumento de controle da vida social, tem como objetivo realizar finalidades práticas, podendo, nessa tarefa, variar de acordo com as conveniências da política social adotada pelo Estado¹³⁰.

Partindo dessas premissas, a política criminal da sociedade de risco apresenta uma tendência no sentido da implementação de um sistema penal marcadamente preventivo, a partir do desenvolvimento de institutos que possibilitam uma acentuada antecipação da tutela penal. Dentre os institutos mais utilizados está a construção típica dos crimes de perigo abstrato.

Tais crimes desde o final do século XIX já eram objeto de estudo do Direito Penal, segundo Arturo ROCCO¹³¹, mas foi com a sociedade de risco que a discussão ganha novos matizes já que a sua formulação não é, nem jamais foi, algo pacífico. Apesar dessa constatação, uma coisa é certa: o Direito Penal do risco tende a buscar um controle global, protegendo uma

¹²⁸ HASSEMER, Winfried. **Três temas de Direito Penal**. In Perspectivas de Uma Moderna Política Criminal. Porto Alegre: ESMP, 1993.

¹²⁹ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 83.

¹³⁰ JEHING, Rudolf Von. **A finalidade do direito**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979 v. 1, p. 234-236.

¹³¹ ROCCO, Arturo. **Opere giuridiche – L' Oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teoria generali del reato e della pena**, apud SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supraindividual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 91.

gama maior de bens jurídicos antecipando a sua tutela a um estágio prévio da lesão¹³².

Nesse sentido, Guilherme Costa CÂMARA aduz que determinadas condutas arriscadas exigem uma tipificação capaz de estabelecer uma barreira ou um “campo de proteção antecipada” no contexto de uma sociedade de risco, na medida em que ela representa uma tentativa de se prevenir eventuais vitimizações coletivas ou difusas; logo a tipificação abstrata está voltada, em última análise, para a proteção dos bens jurídicos supra-individuais.¹³³

Para Blanca MENDOZA BUERGO a política criminal do direito penal da sociedade de risco se caracteriza pela tentativa de impedir que o pior aconteça através da antecipação cada vez maior da proteção penal¹³⁴. É o medo da ocorrência do pior que nos leva a antecipar a tutela penal. Nesse sentido o direito penal funciona como uma arma contra a sensação de insegurança que ronda o “pior” – perigos reais e fictícios – que a todo momento podem ser produzidos pelas novas tecnologias e as novas formas de riscos aos quais somos submetidos.

Aos problemas próprios da sociedade de risco deveria o Direito Penal responder através de uma política criminal e de uma dogmática penal dualista. Esse dualismo se traduz na manutenção, imodificada segundo autor, dos princípios clássicos do direito penal, ou seja, um direito penal dirigido à proteção subsidiária de bens jurídicos individuais, assente na individualização da responsabilidade e consequentemente da ação, na imputação objetiva e subjetiva, na culpa e na autoria puramente individuais. Paralelamente, haveria uma periferia ou um âmbito lateral especificamente dirigido à proteção contra os grandes e novos riscos, onde aqueles princípios se encontrariam amortecidos ou mesmo transformados, dado lugar a princípios de “flexibilização controlada”, assentes na proteção antecipada de interesses coletivos¹³⁵.

¹³² MENDOZA BUERGO. Blanca, ob. cit. p. 39.

¹³³ CÂMARA. Guilherme Costa, ob. cit., pp. 120-121.

¹³⁴ MENDOZA BUERGO. Blanca, ob. cit., p. 46.

¹³⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo, ob.cit., pp. 53-54.

A partir dessas considerações podemos traçar o seguinte quadro relativo à política criminal na sociedade contemporânea: devemos considerar que a demanda por proteção estabelecida pelos novos padrões sociais ampliam as fronteiras do Direito Penal estão pautadas, em primeiro lugar, no princípio da necessidade; em segundo lugar, deve-se considerar que toda e qualquer resposta deve ser adequada e eficaz para atender as novas demandas sociais apresentadas pela sociedade de risco e, finalmente, deve-se buscar uma intervenção penal dentro dos limites do direito penal do Estado Democrático de Direito.

Esse quadro pode nos levar a um contexto problemático. HASSEMER e MUNOZ CONDE afirmam que as principais consequências das transformações apresentadas pelo direito penal são: o risco de um acentuado déficit operacional; o perigo de que o Direito penal cumpra uma função simbólica e o alto custo para os direitos e garantias fundamentais¹³⁶.

Tais preocupações são externadas por HASSEMER ao analisar a política criminal dos últimos anos na Alemanha, no sentido que houve uma tendência de criminalização de condutas maior do que a despenalização. Essa tendência será melhor examinada no próximo item. O que se percebe nesse movimento é um conflito entre o princípio da intervenção mínima e seu consectário natural – o *princípio da ultima ratio* – e as tendências expansionistas de um direito penal que tem como objetivo atender a uma crescente demanda por segurança, prevalecendo-se a tendência expansionista.

Blanca MENDOZA BUERGO também identifica uma tendência expansionista da política criminal da sociedade risco, ao dispor que vivemos um momento de intervenção criminal em outras áreas através de uma crescente criminalização de condutas que, somadas aos tipos de lei clássicos

¹³⁶ HASSEMER, Winfried, MUNOZ CONDE, Francisco. **La responsabilidad por el producto en derecho penal**, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, pp. 32-37.

“nucleares”, deixaram de ser contrabalançado para a descriminalização de condutas¹³⁷.

Essa tendência e os novos paradigmas contrapõem ao direito penal liberal clássico ao direito penal do risco, determinando que se estabeleçam novos padrões de política criminal pautada em aspectos preventivos. É por isso que o marco teórico liberal não serve mais de marco teórico reitor do Direito Penal, pois ele se mostra incapaz de atender as novas demandas sociais¹³⁸.

Sobre a política criminal da sociedade de risco, Blanca MENDOZA BUERGO conclui que a tentativa de compreensão e aplicação dos institutos de direito penal, sob a ótica liberal, deve produzir dificuldades e as consequências para um direito penal que, até agora, utilizando os princípios da responsabilidade individuais e imputação baseada na previsibilidade dos resultados, na importância do conhecimento individual do autor, na relação causal entre o comportamento do autor e o fato de que ele é responsável, na individualização da responsabilidade de cada pessoa envolvida, e assim por diante. Tem-se questionado a própria legitimidade dessas formas de proteção para uso no atual desenvolvimento do direito penal, pois o emprego de um direito penal de matriz liberal em uma nova realidade poderá gerar disfunções nas suas estruturas e regras de atribuições de responsabilidade criminal¹³⁹.

Assim, podemos afirmar que a política criminal da sociedade de risco parte da transformação de princípios e regras de imputação, no sentido da funcionalização do direito penal em nome do influxo dos novos paradigmas. As complexidades advindas da sociedade de risco exercem um novo papel na dinâmica da interação social dos tempos atuais e esse processo está umbilicalmente ligado a utilização da tipificação abstrata como forma de enfrentamento das novas formas de delinquência que tem causado grande inquietação social.

¹³⁷ MENDOZA BUERGO. Blanca, ob. cit., p. 48.

¹³⁸ HASSEMER, Winfried. **Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos**. in Pena y Estado. coord. Juan Bustos Ramirez, 1995. p. 35.

¹³⁹ MENDOZA BUERGO. Blanca, ob. cit., p.48.

Nesse sentido, Ângelo Roberto Ilha da SILVA aponta que no campo prático o legislador tem-se utilizado crescentemente da tutela de bens jurídicos mediante incriminação com tipos penais de perigo abstrato em decorrência, em grande parte da natureza das coisas, porquanto há bens, como o meio ambiente, que pareçam inesgotáveis e que hoje é fonte de inquietação, exigindo, em certos casos, uma tutela antecipada. Mas pondere-se que a tendência legislativa por nós referida também reflete, em grau que se pode dizer preocupante, a falta de técnica dos elaboradores da lei¹⁴⁰.

Para Isabel GARCÍA DE PAZ a evolução do direito penal mostra que há um embate entre as tendências expansionistas e as restritivas na definição dos seus limites. Essa tensão entre as duas tendências, nas últimas décadas, parece se inclinar a favor da expansão do Direito Penal através do procedimento de antecipação das fronteiras punitivas. Esse processo acaba por gerar uma crise de legitimação das novas formas de tutela penal quando eles entram em contradição com os postulados básicos do direito penal, particularmente, com o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos e da ofensividade¹⁴¹.

Da mesma forma, Alamiro Velludo Salvador NETTO aponta que a sociedade de risco cria novas necessidades de tutela penal antes totalmente inimagináveis, pois a dimensão assumida por essa sociedade não é passível de diagnósticos precisos, o que importa na dificuldade de se encontrar a forma adequada de criminalização. Como consequência, inicia-se um sério processo de desconfiança da capacidade do sistema de "ultima ratio" em atuar com eficiência. Os tipos penais recrudescem; alcançam novos bens jurídicos; tornam-se normatizados; perdem a certeza e o hermetismo; mas, por outro lado, a criminalidade de massa apenas aumenta em países como o Brasil; a

¹⁴⁰ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 95.

¹⁴¹ GARCÍA DE PAZ, Isabel Sánchez. **La criminalización en ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea**. Valladolid: Aranzadi. 1998, p. 685.

impunidade é significativa nos delitos financeiros; as organizações criminosas aprimoram-se mais e melhor do que as instâncias formais de controle¹⁴².

Em conclusão, a modernização do Direito penal inverte a tendência anteriormente expressa na famosa consideração de Franz VON LISZT sobre a relação do Direito penal e a política criminal, na medida em que, a flexibilização instrumental do Direito penal em nome da segurança e para o atendimento das novas demandas sociais colocam esse ramo do ordenamento jurídico como um elemento de intervenção estatal dinâmico, capaz de se adaptar as novas tendências contemporâneas. Assim, o direito penal perde a sua função de garantidor da liberdade para se transformar em elemento ativo de mediação social por meio de uma política criminal garantidora das opções feitas por um determinado grupo social.

3.2. Da administrativização do direito penal

Os fenômenos sociais, jurídicos e políticos experimentados pelo direito penal determinam um processo de flexibilização dos princípios político-criminais ou das regras de imputação, dentre outras manifestações. Todas essas manifestações sobre o ordenamento jurídico-penal determinam a modificação da própria estrutura e do conteúdo material dos tipos penais. Assim, a combinação da introdução de novos objetos de proteção com antecipação das fronteiras da proteção penal vem propiciando uma transição rápida do modelo "delito de lesão de bens individuais" ao modelo "delito de perigo (presumido) para bens supra-individuais". Vivemos um "big bang" legislativo penal que coloca junto aos delitos clássicos, outros delitos que recordam muito pouco aqueles. Essa tendência é vista na proteção penal do meio ambiente. Nesse ramo do ordenamento jurídico e, em outros de natureza jurídica supra-individual, a proteção se faz mais pelo contexto do que pela afetação de um ecossistema.

¹⁴² NETTO. Alamiro Velludo Salvador. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin. 2006, p. 16.

A consequência da adoção desse modelo de direito penal – protetor de contextos cada vez mais genéricos – leva o Direito Penal a se converter em um mecanismo de gestão de riscos gerais, “administrativizando-se”¹⁴³.

Segundo Luís GRECO, a administrativização do direito penal acaba por gerar um grande inconveniente: a inevitável tensão que surge entre direito penal, preponderante movido pela lógica da legalidade e um direito administrativo marcado por espaços de discricionariedade e oportunidade. O autor pondera que a acessoriedade administrativa na definição conceitual de certas condutas, na possibilidade de se transferir ao executivo a possibilidade de dizer se certas condutas estão ou não definitivamente proibidas, poderá conduzir o direito penal a certa discricionariedade não condizente com seus preceitos básicos¹⁴⁴.

No mesmo sentido crítico, Pierpaolo Cruz BOTTINI afirma que o direito administrativo por tutelar a esfera coletiva como um ente organizacional, desprovido de relação com os indivíduos pode prescindir dos referentes apontados como necessários à construção do bem jurídico, o que não ocorre com o direito penal que, por suas características deve observar limites mais rigorosos¹⁴⁵.

A administrativização do direito penal apresenta, segundo Jesús-Maria SILVA-SÁNCHEZ, os seguintes desdobramentos: primeiro, o critério teleológico volta a ser decisivo para se promover a distinção entre o Direito Penal e o administrativo-sancionador, pois a distinção clássica entre ilícito penal e ilícito administrativo pautado na atribuição de lesão eticamente reprovável de um bem jurídico para o primeiro, enquanto o segundo seria um ato de desobediência ético-valorativamente neutro, não pode mais ser admitida por ser incompleta. Por esse motivo, ele introduz uma diferenciação nova entre o direito penal e o direito administrativo sancionador pautado na idéia de que o este representa um reforço da ordinária gestão da administração. Seu objeto

¹⁴³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, ob. já cit., pp. 112-114.

¹⁴⁴ GRECO, Luís. **A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas de acessoriedade administrativa**. Revista brasileira de ciências criminais. n.58 jan-fev. São Paulo: IBCCRIM. 2006, pp. 155-156.

¹⁴⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 198.

está na globalidade do modelo e não na tipificação e sancionamento de condutas, por isso ele não precisa, para sancionar, que a conduta específica seja orientada pelos critérios da legalidade e da lesividade. O que é necessário é que as condutas representem um perigo – aferível estatisticamente – para o modelo setorial de gestão.

Segundo, o direito administrativo sancionador é essencialmente o direito do *dano cumulativo*. *Essa forma de ocorrência dos danos tem uma característica muito especial: o dano derivado da repetição dispensa uma valoração do fato específico, na medida em que, requer uma valoração sobre a transcendência global de um determinado gênero de condutas que viesse a ser considerado lícito.*

Ou seja, qual seria a postura adotada socialmente se a conduta praticada por um indivíduo fosse considerada lícita? Essa pergunta, que pode parecer lógica sob a ótica do Direito Administrativo sancionador não pode ser respondida, ou melhor, ela não serve de critério para a imputação penal de responsabilidade a um determinado sujeito que praticasse uma conduta isolada, pois uma sanção com esse fundamento seria destituída de elementos de lesividade concreta: não haveria lesão, nem perigo concreto, nem perigo abstrato entendido como perigo realmente existente, constatável na conduta em virtude de um juízo *ex ante*. Há simplesmente, perigo presumido, perigo estatístico ou -ainda melhor - perigo global¹⁴⁶.

Terceiro, a influência de “administrativização” do direito penal começa a ser sentida na construção de delitos de cumulação. Tais crimes partem da premissa de que é possível sancionar *penalmente* uma conduta individual ainda quando esta não seja em si mesma lesiva do bem jurídico, se houver a possibilidade de que outros indivíduos a pratiquem, de modo que o conjunto provocará a lesão do bem jurídico tutelado.

Segundo Jesús-Maria SILVA-SÁNCHEZ essa concepção de delito foi desenvolvida por Lothar Kuhlen, na Alemanha, a partir da análise do § 324 StGB (delito de contaminação das águas), a partir da ponderação de que a

¹⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, ob. cit., pp. 115-117.

acumulação, nesse caso pode realmente produzir consequências lesivas, provocando a tipificação formal e material da conduta delituosa.

Em contraposição, o autor aponta que são dirigidas as seguintes objeções a essa proposta: Há a violação ao princípio de *culpabilidade*, pois não uma lesão (ou perigo) para o bem jurídico atribuível pessoalmente à conduta do sujeito concreto; também a imposição de uma sanção penal nessas condições violaria o princípio da proporcionalidade.

O que se percebe é que nos casos de delitos de acumulação não há um único fato sobre o qual se projetam várias contribuições segmentadas, mas há uma pluralidade de fatos que se constituem como fenômeno único (global). Em outros termos, as condutas tipificadas por essa técnica não representam, isoladamente, periculosidade alguma para os bens penalmente relevantes, nem no plano coletivo, nem no plano individual. Não existe risco *ex ante* em atividades que apenas por multiplicação e por repetição formam situações de perigo¹⁴⁷.

Jorge de FIGUEIREDO DIAS os delitos por acumulação são legítimos desde que haja uma multiplicação de condutas e a violação do bem jurídico seja previsível ou provável¹⁴⁸.

É o que ocorre, por exemplo, com o delito tipificado no art. 29 da Lei n. 9.605/1998 (Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida). O dispositivo busca evitar que ações isoladas, incapazes de lesionar o meio ambiente, venham a se reiterar e cumulativamente possam causar a extinção de uma espécie. Outro exemplo é o disposto no parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492/ 1986 (Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele

¹⁴⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 240.

¹⁴⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: parte geral**. Coimbra: Revista dos Tribunais, 2004, t.I, p. 141.

mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente)¹⁴⁹. Tratam-se de um crime de perigo abstrato por cumulação.

Jesús-Maria SILVA-SÁNCHEZ aponta que apesar das críticas, da violação dos princípios supracitados, no momento atual, os códigos e leis penais de todos os países estão repletos de delitos regidos pela lógica da acumulação. Essa situação decorre do processo expansivo do Direito Penal, não pode ser aceita se o que se pretende com ela são impor penas privativas de liberdade¹⁵⁰.

Para Pierpaolo Cruz BOTTINI a legitimidade dos crimes de perigo abstrato por cumulação deve ser lastreada pelo modelo de Estado Democrático de Direito. Nele qualquer forma de tipificação deve considerar a presença de um risco para a dignidade da pessoa humana, a partir de valores e bens consagrados na carta Magna. Sob a ótica desse modelo, os delitos por acumulação não apresentam a materialidade adequada para a sua utilização como critério de imputação penal, pois eles acabariam por substituir o injusto material do tipo de perigo abstrato pelo mero perigo presumido ou global. Isso não quer dizer que os delitos por acumulação devam ser excluídos do sistema penal, não é isso. O delito por cumulação mostra-se adequada para a contenção de riscos quando a reiteração da conduta é perpetrada pelo mesmo agente¹⁵¹. A legitimidade dos delitos por acumulação deve ser discutida pela lógica da aplicação concreta, não só pela lógica da construção do sistema.

4. “Reações da crítica jurídica” – O debate sobre a capacidade do direito penal de enfrentar os novos riscos

Alguns questionamentos têm rondado os doutrinadores: o Direito penal terá capacidade de se adequar aos novos riscos, tornando-se instrumento eficaz de regulação da vida social? O direito penal será capaz de

¹⁴⁹ Referências feitas por BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., pp. 241-243.

¹⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, ob. cit., pp. 121-125.

¹⁵¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 241-242.

responder as novas demandas de proteção? Enfim, o Direito penal tem futuro?¹⁵²

Com o processo de transformação as opiniões se dividem quando se refere à eficácia da utilização do direito penal como instrumento de prevenção dos novos riscos. A utilização desse ramo do ordenamento jurídico a partir do redimensionamento e utilização dos crimes de perigo abstrato detona uma série de críticas ao processo de legitimação dos crimes de perigo abstrato como forma de atender às novas demandas sociais.

O debate é acirrado e se reflete nas diferentes e conflitantes propostas metodológicas de construção do direito penal¹⁵³.

4.1. Escola de Frankfurt

Segundo HASSEMER o direito penal tornou-se contraprodutivo, até mesmo, anacrônico, como já foi dito. Isso se dá porque a atuação e o desenvolvimento de seus institutos se afastam dos conceitos metafísicos e prescreve a si mesmo uma metodologia empírica; ele favorece mais os conceitos preventivos do que os conceitos relativos à teoria da retribuição, e ainda, ele tenta vincular o legislador penal e suas decisões a princípios como, por exemplo, ao tentar tornar controlável a proteção dos bens jurídicos¹⁵⁴.

A partir dessas premissas, HASSEMER, PRITWITZ, HERZOG, NAUCKE e ALBRECHT tecem severas críticas aos novos desenvolvimentos do direito penal. Em geral os autores citados são citados pela doutrina como representantes da Escola de Frankfurt, o que não quer dizer que seu pensamento seja marcado pela uniformidade. A única questão uniforme é a recusa ao papel que o direito penal assume na sociedade contemporânea. Os pontos de partida de cada autor, que vão desde teoria do controle de

¹⁵² ROXIN, Claus. **Estudos de Direito penal**. Tradução Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 8.

¹⁵³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 98.

¹⁵⁴ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**, ob. cit., p. 190.

Hassemer, até um direito natural em kantiano em Naucke, diferem consideravelmente¹⁵⁵.

4.1.1. Hassemer e o direito penal como controle social

Para HASSEMER o direito penal representa uma instância formal de *controle social*. *É o aspecto formal sua marca característica, o que o distingue de outras instâncias de controle social*. Assim, a sua finalidade precípua é a proteção dos interesses humanos que necessitam da sua tutela. Tais interesses são referidos apenas a indivíduos, de modo que apenas bens jurídicos são de pronto legitimáveis; bens supra-individuais devem demonstrar que são capazes de ser reconduzidos a seres humanos individuais (chamada *teoria pessoal, ou monista-pessoal, do bem jurídico*).

*O Direito penal atual o moderno se afasta de seus conceitos dogmáticos, da sua missão original de apenas assegurar uma escala de valores indispensáveis à vida social para se tornar um instrumento em busca do controle dos grandes problemas da sociedade atual, como a proteção do meio ambiente, da saúde pública, da ordem econômica e da política exterior*¹⁵⁶.

Segundo HASSEMER, o princípio da proteção do bem jurídico passa por um processo de transformação: **de uma proibição condicionada de punição para um mandamento de punição, de critério negativo para um critério positivo de uma incriminação**. A prevenção assume uma nova dimensão, tornando-se um paradigma penal dominante, ou seja, no direito penal moderno os aspectos preventivos dominam o discurso.

A orientação pelas consequências que era um critério complementar torna-se, no direito penal moderno, um objetivo dominante. O direito penal acaba por assumir uma função “pedagógica” para “sensibilizar” as pessoas. Não se destaca mais se a utilização das

¹⁵⁵ GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal, Bens jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2011, p. 15.

¹⁵⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 98.

medidas penais seriam “adequadas” ou até mesmo “justas”, contanto que o objetivo de se chamar atenção da população, pela propaganda, de que se deve proteger o meio ambiente e de que deve proscrever a violência, etc. seja alcançado lança-se mão do direito penal.

Também a nova conformação revela uma tendência crescente de não se aplicar o direito penal como *ultima ratio*, mas, sim, como *sola* ou *prima ratio* para a solução dos problemas da sociedade é, nesse contexto, um exemplo apropriado de uma excrescência com relação à orientação das consequências.

Em conclusão, o penalista alemão afirma que a “dialética da modernidade” transforma o direito penal em um instrumento de solução de conflitos sociais que não mais se diferencia dos demais instrumentos de solução de conflito. Assim, o direito penal torna-se um *soft law*, em um meio de condução da sociedade¹⁵⁷.

O sistema penal, na visão de HASSEMER, tem uma missão oposta aos demais instrumentos de gestão de risco. Segundo ele, os instrumentos não penais devem desenvolver institutos maleáveis que permitam a minimização dos efeitos das novas técnicas de produção, pro meio de regras de proteção da coletividade. Ao direito penal cabe assegurar e proteger os elementos pessoais, o núcleo básico de direitos individuais, pois seu objetivo não é a seguridade geral, mas a imputação de um fato punível a uma pessoa por limites impostos pelos princípios constitucionais estabelecidos¹⁵⁸.

Luís GRECO afirma que Hassemer parte de *modelo ideal do direito penal de um Estado de Direito*, que se caracterizaria por proteger bens jurídicos por meio de crimes de lesão ou de perigo concreto, estritamente formalizado e reduzido a seu núcleo de todo indispensável¹⁵⁹. Quanto mais o direito penal se afasta desse núcleo, mais ele assume uma dimensão simbólica e pouco significativa para o enfrentamento dos problemas atuais.

¹⁵⁷ HASSEMER, Winfried, ob. cit., pp. 194-197.

¹⁵⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 99.

¹⁵⁹ GRECO, Luís, ob. cit., p. 17.

Duas saídas são propostas para a solução dos problemas advindos do direito penal moderno: primeiramente, *à volta ao ideal do direito penal do Estado de Direito (direito penal "clássico")*, e consequentemente, *um processo de descriminalização em massa em alguns setores que hoje merecem a tutela penal, como o direito penal de tóxicos*; em segundo lugar, a criação de um chamado *direito de intervenção*, um novo ramo do direito, a ser situado entre o direito público e o privado, mais flexível que o direito penal, mas também menos severo. Nele estarão os bens jurídicos coletivos e os delitos de perigo abstrato.

4.1.2. Kants Straftheorie Naucke

O ponto de partida de Kants Straftheorie NAUCKE é a interpretação da filosofia Kantiana. Seu pensamento objetiva descobrir os aspectos fundamentais de qualquer direito penal racional imanente ao conceito de lei penal. O que se busca é a “cultura penal isenta da política”. Essa cultura será capaz de estabelecer os critérios da *legalidade penal* nos termos estritos e rígidos de um imperativo categórico. Essa legalidade é determinada apenas pela razão, e de modo algum pela política.

A legalidade penal livre do conteúdo político é a única concepção capaz de garantir a liberdade dos cidadãos.

Ao contrário de Hassemer, NAUCKE afirma que o Direito Penal não deve ser penetrado por quaisquer considerações político-criminais, devendo se opor à política criminal, em nome da razão, reduzindo o âmbito do punível e chegando àquilo que ele chama de “direito de restrição ao combate ao crime”¹⁶⁰.

Similarmente a Hassemer, NAUCKE defende a volta ao *Direito Penal clássico*, mas com um conteúdo mais restrito, pois a pena só se justifica se forem praticados fatos graves o suficiente para legitimar uma pena

¹⁶⁰ GRECO, Luís, ob. cit., pp. 18-19.

retributiva. Esses *atos criminosos graves ou absolutos* não são fixados pelo legislador, mas são reconhecidos enquanto tais.

Para o penalista, os crimes são apenas lesões dolosas a liberdade ou dignidade da pessoa. Crimes contra o patrimônio só são considerados como criminosos se praticadas de maneira especialmente grave e se provocarem danos consideráveis. Os fatos jurídicos coletivos só devem ser reconhecidos no setor dos delitos de proteção do Estado. Os delitos culposos, os omissivos estão fora do seu âmbito de proteção. Os crimes de perigo abstrato também estão fora do círculo dos fatos criminosos¹⁶¹.

4.1.3. Bemann-FS Lüderssen

A contundência é a marca de Bemann-FS LÜDERSEN. Para ele, o direito penal clássico é uma quimera, pois o direito penal sempre foi um *instrumento de controle social classista*.

*Suas considerações parecem se alicerçar em duas premissas: primeiramente, a melhor forma de corrigir as distorções classistas provocadas ou fomentadas pelo direito penal não é fazer com ele alcance também as ações de ricos e poderosos, mas, pelo contrário, abolir as penas como um todo. A segunda consiste na afirmação de que um direito penal conforme ao estado de direito é algo inconcebível, porque toda punição é irracional e contrária ao estado de direito. Ou seja, punições em conformidade ao Estado de Direito representam uma *contradictio in adjecto*.*

Para merecer a tutela do ordenamento jurídico os interesses devem ser da vítima e do autor. Os interesses da vítima devem ser tutelados por meio da reparação do dano, e dos autores pela ressocialização.

Partindo dessas premissas, a conclusão de Bemann-FS LÜDERSEN é a de que reparação do dano e ressocialização podem ser mais bem alcançadas sem penas, logo não há mais legitimação alguma para a

¹⁶¹ GRECO, Luís, ob. cit., p. 20.

atividade punitiva - o direito penal deveria ser substituído por um direito de intervenção não punitivo¹⁶².

4.1.4. Peter-Aléxis Albrecht

Segundo **Peter-Aléxis** ALBRECHT o direito penal deve ser visto sob uma perspectiva sociológico-criminológica. Sua crítica está centrada na seguinte premissa: a mudança do Estado de Direito liberal para o Estado Social intervencionista provoca uma alteração no discurso penal, na medida em que, o discurso preventivo ideológico torna-se a grande eixo de desenvolvimento do direito penal. Em outras palavras, o direito penal passa a prometer soluções para muitos dos problemas da sociedade contemporânea.

Tais promessas são impassíveis de cumprimento, porque os problemas decorrem de um sistema social fundado na competição e no consumo, um sistema social por demais complexo e o direito penal estaria “maquiando” o problema ao transformar alguns indivíduos em “bodes expiatórios”.

Assim, o que se percebe, segundo a ótica do autor, é que direito penal moderno é em grande parte *simbólico*, e não instrumental, porque não é capaz de controlar o comportamento dos cidadãos e encontra-se “nas mãos da política populista”, que o transforma em uma bandeira política.

Para **Peter-Aléxis** ALBRECHT o direito penal moderno foi “erodido” no Estado de Direito quando houve o abandono do direito penal nuclear em nome da solução dos problemas sociais da sociedade contemporânea¹⁶³.

¹⁶² GRECO, Luís, ob. cit., pp. 20-21.

¹⁶³ GRECO, Luís, ob. cit., pp. 22-23.

4.2. Jesús-María Silva Sanchez

Não são apenas os autores da Escola de Frankfurt que refutam o processo de transformação do direito penal contemporâneo. A questão é bastante polêmica e nesse trabalho não pretendemos esgotar o tema. O que se busca é trazer os principais apontamentos sobre aqueles que são céticos aos processo de modernização dos institutos do direito penal.

Para Jesús-Maria SILVA-SANCHEZ, o Direito Penal da sociedade de risco é marcado pela antinomia entre a liberdade e a segurança, sendo que, essa tensão começa a não ser resolvida de forma automática em favor da segurança – como no direito penal clássico ou liberal – mas começam a prevalecer orientações voltadas para a prevenção. Essa tensão interna gera o que para muito se traduz em uma “crise”. Na visão do penalista essa crise ou tensão não constitui um fenômeno negativo; ao contrário, trata-se de um momento em que, provavelmente, os institutos do direito penal emergiram, a partir de sínteses dialéticas, mais humanitários e garantistas¹⁶⁴.

O autor vislumbra que parte da doutrina não comunga do seu otimismo em relação ao desenvolvimento dos institutos do direito penal e advoga a volta ao direito penal liberal, centrado na proteção dos bens essencialmente personalistas, com estrita ligação aos princípios garantistas. A intenção dessa proposta é recuperar a configuração de um direito penal de garantias diante da intervenção repressiva do Estado. Para ele, o direito penal liberal vislumbrado por alguns – reconstruído agora – na realidade nunca existiu como tal. Não se pode ignorar que na construção do direito penal liberal havia uma rígida proteção contra o Estado, como forma de contrabalançar o extraordinário rigor das sanções impositivas. Hoje essa realidade não se faz mais presente.

Outros, pretendem reconduzir ao direito administrativo sancionador uma parte dos novos bens incorporados ao direito penal por meio do seu fenômeno expansivo. Mas ocorre que no momento atual o direito penal vigente propicia a cominação de penas de prisão de gravidade média em hipóteses de

¹⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, ob. cit., p. 30.

fatos “administrativizados”, com regras de imputação de rigidez decrescentes e no campo de princípios político-criminais flexibilizados. Nesse sentido, continua Jesús-Maria SILVA-SANCHEZ a afirmar que a proposta de recondução é louvável academicamente, mas deve ser vista com resignação diante de considerações mais realistas¹⁶⁵.

Partindo da relação existente entre as garantias incorporadas pelo sistema de imputação e a gravidade das sanções que resultam da sua aplicação Jesús-Maria SILVA-SÁNCHEZ sustenta que a configuração dos sistemas jurídicos de imputação do fato ao sujeito, bem como as garantias gerais de cada sistema, admitem a convivência harmônica de diversos sistemas jurídicos de imputação e de garantias. Isso ocorre, segundo o autor, devido a minuciosidade própria da dogmática penal, pautada na rigidez dos princípios de garantia tradicionalmente vigentes e pela gravidade da sanção penal representada pela pena privativa de liberdade. Assim, a expansão que deve ser contida não é a do direito penal, mas da pena privativa de liberdade¹⁶⁶.

O ponto chave da questão está em admitir uma graduação da vigência das regras de imputação e dos princípios de garantia no Direito penal, em função do modelo sancionatório assumido.

Jesús-Maria SILVA-SÁNCHEZ defende um sistema que faça frente aos novos riscos e que seja capaz de atender às determinações do Estado Democrático de Direito: o direito penal de duas velocidades. Assim, haverá uma manutenção no âmbito do direito penal para as condutas que afetam bens jurídicos tradicionais, a partir de regras instrumentos dogmáticos do sistema penal atual, pro meio dos seus princípios rígidos e suas penas ancoradas na privação de liberdade, combinadas com a tutela de bens coletivos, a partir da ordenação de um direito penal diferente, mais brando, com sanções não

¹⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, ob. cit., p. 137.

¹⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, ob. cit., pp. 138-139.

privativas de liberdade, com institutos e limites mais flexíveis para amparar os contextos novos e os riscos inéditos trazidos pelo desenvolvimento científico¹⁶⁷.

Nas palavras de Jesús-Maria SILVA-SÁNCHEZ: “não haveria nenhuma dificuldade em admitir esse modelo de menor intensidade garantística *dentro* do Direito Penal, sempre e quando - isso sim - as sanções previstas para os ilícitos correspondentes não fossem de prisão” ¹⁶⁸.

Esse tratamento diferenciado proposto por Jesús-Maria SILVA-SÁNCHEZ decorre das demandas sociais de proteção da sociedade contemporânea. Tal afirmação está pautada na constatação de que a sociedade atual não está disposta a admitir um Direito Penal orientado ao paradigma do “Direito Penal mínimo”, mas essa premissa também não representa um “sinal verde” para a adoção de um de um modelo de Direito Penal máximo.

Segundo o autor, a função função racionalizadora do Estado sobre a demanda social pode dar lugar a um produto que seja a combinação de duas características: funcionalmente útil e garantista. Assim, estaremos salvaguardando o modelo clássico de imputação e de princípios para o núcleo intangível dos delitos, e ao mesmo tempo, flexibilizando as regras de imputação para abarcar as responsabilidade penal das pessoas jurídicas, ampliação dos critérios de autoria ou da comissão por omissão, dos requisitos de vencibilidade do erro, etc. como forma de atender os reclames políticos criminais da sociedade contemporânea¹⁶⁹.

Desta forma, as duas velocidades do direito penal seriam representadas pela: primeira velocidade correspondente ao Direito Penal da “prisão”, pautados na manutenção rígida dos princípios político-criminais clássicos, nas regras de imputação e nos princípios processuais; na segunda velocidade estariam às regras penais que poderiam experimentar uma

¹⁶⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 102.

¹⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, ob. cit., p. 141.

¹⁶⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, ob. cit., pp. 144-146.

flexibilização proporcional a menor intensidade da sanção, ligadas a penas restritivas de direitos ou pecuniárias¹⁷⁰.

A assimilação dessa concepção pode ser sentida na ponderação feita pelo próprio Jesús-Maria SILVA-SÁNCHEZ ao dispor que as velocidades do direito penal não se esgotam nas duas que foram expostas acima, pois o direito penal de terceira velocidade – direito penal do inimigo – já existe e vem sendo aceito no direito penal socioeconômico.

4.3. Tomada de posição

As propostas revelam a perplexidade dos juristas diante dos novos riscos. O paradoxo do risco determina uma nova perspectiva para o direito penal pautada da idéia de que devemos defender a estabilização das normas através da fidelidade ao direito, como meio de ajustar o direito penal à sociedade de risco.

Segundo Urs KINDHAUSER devemos nos questionar sobre a suficiência da prevenção geral, predominante no modelo adotado pela sociedade contemporânea – é eficaz para a proteção dos bens jurídicos difusos (coletivos) ¹⁷¹. As críticas, em síntese, caminham no seguinte sentido: Primeiramente, o que se critica não é a capacidade do direito penal de tutelar eficazmente os novos riscos (os novos têm jurídicos), mas a transformação do direito penal em instrumento simbólico de enfrentamento dos novos riscos. Em consequência, como decorrência lógica dessa afirmação, o nascimento de um direito penal simbólico e administrativizado, distante dos seus princípios libertadores, representaria um ataque ao princípio de exclusiva proteção dos bens jurídicos, na medida em que, migrariam para o direito penal um gama de novos riscos perfeitamente tuteláveis por ramos do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, Luigi FERRAJOLI aponta que não deve haver a criminalização de meras “regras de etiqueta”, pois o direito penal é um remédio

¹⁷⁰ Idem, Jesús-María, ob. cit., p. 147.

¹⁷¹ KINDHAUSER, Urs, ob. cit., p. 232.

extremo que não deve abarcar 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 perigoso¹⁷².

Por fim, merece destaque a posição ou síntese de Blanca MENDOZA BUERGO pela qual a construção do direito penal contemporâneo nos coloca em uma encruzilhada de onde são possíveis três caminhos distintos: a) poderíamos aplicar essencialmente o enfoque garantista, com seus instrumentos dogmáticos e seus princípios às novas realidades advindas da sociedade de risco; b) poderíamos renunciar ao processo de expansão aos novos âmbitos de incidência, considerando que o direito penal perderia a sua identidade e justificação; c) o terceiro entendimento aponta que devemos promover uma flexibilização dos instrumentos dogmáticos, das regras e dos princípios de imputação da responsabilidade em nome de um controle mais eficaz dos novos riscos através do direito penal. Isso se dará com a adaptação do direito penal aos novos tempos¹⁷³.

¹⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 440.

¹⁷³ MENDOZA BUERGO. Blanca, ob. cit., p. 61.

CAPÍTULO III

BEM JURÍDICO

A proteção dos bens jurídicos na tradição dogmática do Direito penal é tida como critério fundamental para a análise referencial da incriminação, pois a missão do Direito penal é a tutela dos bens jurídicos.

Andrew VON HIRSCH aponta que o bem jurídico ostenta uma posição central na teoria jurídico penal Alemã, tendo em vista que, ele constitui-se como um dos *topoi* essenciais para a interpretação do sistema penal. Algo que ele chama de função intrassistemática do bem jurídico. A teoria do bem jurídico também tem uma função crítica, já que ela possibilita a delimitação sobre o que é ou não merecedor de proteção, sobre o que deve ou não ser criminalizado¹⁷⁴.

Segundo Helena Regina Lobo da COSTA firmou-se o entendimento de que o tipo penal tem como substrato um bem jurídico, não obstante essa condição, por si só, não seja suficiente para legitimar o tipo penal¹⁷⁵.

Como na sociedade de risco se caracteriza por ser uma organização social de múltiplas feições, traduzindo-se em uma realidade caleidoscópica, conforme preceitua Fabio Roberto D'AVILA¹⁷⁶, o conceito de bem jurídico tem sido objeto de muitas divergências.

Preliminarmente, faz-se necessário estudar a evolução epistemológica do instituto, pois o que se observa é o desenvolvimento do instituto do bem jurídico acompanha o processo de evolução dos institutos de direito penal, em especial, os delitos de perigo abstrato¹⁷⁷. O presente trabalho

¹⁷⁴ HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático**. Madrid: Badem-Badem, 2007, p.37.

¹⁷⁵ DA COSTA, Helena Regina Lobo. **Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito**. São Paulo: Saraiva 2010, p. 1.

¹⁷⁶ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 15.

¹⁷⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, ob. cit., p. 35.

não tem escopo tratar o tema de maneira exaustiva, mas tecer algumas considerações que melhor elucidaram o estudo dos crimes de perigo abstrato.

1. Evolução epistemológica do conceito de bem jurídico

1.1. As concepções de Feuerbach e Birnbaum

O conceito de bem jurídico está associado ao período da ilustração¹⁷⁸. A partir desse movimento passou-se a exigir uma legitimação racional do poder, em detrimento de conceitos metafísicos oriundos de entidades divinas como legitimadoras do poder.

A anarquia conceitual do que vem a ser considerado como delito dá lugar a um sistema de penal que busca delimitar o *jus puniendi* estatal¹⁷⁹. O binômio crime-pecado é substituído pelas idéias de humanização e construção de um sistema de garantias centradas no instituto dos bens jurídicos individuais.

Segundo Luiz RÉGIS PRADO, a filosofia penal iluminista era completamente desvinculada das preocupações éticas e religiosas, na medida em que, o delito tinha encontrava fundamento no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva¹⁸⁰.

A busca de um conceito material de bem jurídico foi iniciada por FEUERBACH em 1804 e BIRNBAUM em 1834. Esses pensadores constituem-se como teórico para o desenvolvimento do conceito de bem jurídico para o direito penal moderno.

FEUERBACH, com base no contrato social, apontava que a intervenção penal só se justificava quando o delito lesionasse algum direito do cidadão. Assim, o Estado estará legitimado a intervir quando houver a violação

¹⁷⁸ CEREZO MIR, J. **Curso de Derecho Penal español**, Madrid: Tecnos, 1985. v.1, p.77.

¹⁷⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, ob. cit., p. 37.

¹⁸⁰ PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico penal e constituição**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 27-28.

das condições de vida da população. Nesse sentido, o Estado ocupa uma posição de garantidor.

Renato de Mello Jorge SILVEIRA afirma que a concepção de Feuerbach está ligada a existência de direitos subjetivos dos membros da sociedade, o que converge para a idéia de que uma conduta punível é socialmente danosa¹⁸¹. Dessa forma, o delito seria a violação de um direito subjetivo variável pertencente à pessoa (física ou jurídica) ou ao Estado. Para essa concepção, o fundamental não é a prática de uma conduta lesiva dirigida a uma coisa do mundo real, mas a proteção que se faz a uma faculdade jurídica privada ou uma atribuição externa e individual constitutivas de direito subjetivo, que representam o núcleo essencial do fato punível, sobre o qual se deve configurar o conceito jurídico de delito¹⁸².

A crítica que se faz ao pensamento de Feuerbach está centrada na existência de dações que não violavam direitos subjetivos, mas que eram punidas. Os crimes contra a honestidade e as infrações policiais foram objeto de questionamentos, mas o autor defendia o seu sancionamento, pois essas condutas colocavam em perigo a ordem e a seguridade social. Dessa forma, lesões a direitos subjetivos e a manutenção da seguridade podem ser vistas como condutas socialmente danosas¹⁸³.

Para J. M. F. BIRNBAUM a conduta delitiva deveria lesionar bens e não direitos subjetivos. Suas considerações fixam a idéia de que o bem jurídico deriva do mundo do ser, constituindo-se como objeto material de importância para a pessoa ou para a coletividade, podendo ser lesionado por uma ação delitiva. Consoante a sua formulação, o bem jurídico não era mais objeto de valoração pelo próprio Estado, mas um instrumento deste Estado para se permitir a incriminação de todas as condutas que pudessem perturbar as novas condições sociais¹⁸⁴.

¹⁸¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, ob. cit., p. 38.

¹⁸² PRADO, Luiz Régis, ob. cit., p. 29.

¹⁸³ GONZÁLES-SALAS CAMPOS, Raúl. **La teoría del bien jurídico em el derecho penal**. Universidad Nacional autónoma de México, 1995, p. 5 apud SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supraindividual**. ob. cit., p. 38.

¹⁸⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, ob. cit., p. 40.

Segundo Luiz Regis PRADO essa teoria se afasta da tese de lesão do direito em três pontos: configurando um conceito de bem comum, ampliando as finalidades do Estado e renunciando a busca de um conceito doutrinário para o objeto do delito nos postulados das condições de vida em sociedade, como haviam feito o iluminismo e o liberalismo originário¹⁸⁵.

1.2. As concepções de Binding e Von Liszt

A partir de Birnbaum e o positivismo do século XIX surgem diversos postulados metodológicos.

Todos os postulados, segundo Enrique BACIGALUPO, redefiniriam a relação do indivíduo e do Estado e se assentavam o sistema penal nas seguintes bases: primeiro, o sistema é construído a partir do princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege*; a fundamentação racional da pena decorre de uma necessidade de proporcionalidade e gravidade da infração cometida; uma concepção de delito aceita pelo positivismo difere de concepção de pecado e, conseqüentemente, há um tratamento diverso para os crimes relacionados ao respeito aos mortos, contra o sentimento religioso, contra a dignidade sexual; por fim, a humanização das penas, mas ainda com certa preponderância das penas privativas de liberdade¹⁸⁶.

A concepção de Karl BINDING surge com uma conceituação formal que coloca o delito como sendo uma lesão de um direito subjetivo do Estado. Em outros termos, o delito consiste na lesão de um direito subjetivo do Estado, uma ofensa ao direito de obediência estatal. Dessa forma, o bem jurídico se traduz naquilo que na opinião do legislador é relevante para a ordem jurídica, ou seja, o bem jurídico se identifica com o sentido e o fim das normas penais, sendo uma vinculação prática da norma¹⁸⁷.

¹⁸⁵ PRADO, Luiz Régis, ob. cit., p. 32.

¹⁸⁶ BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal – parte general**. 2. ed. Madrid: Hamumurabi, 1999, p. 80.

¹⁸⁷ PRADO, Luiz Régis, ob. cit., pp. 32-33.

Em outros termos, suas considerações sobre o bem jurídico partiam da premissa de que a norma é fonte de revelação do bem jurídico. Havia uma congruência entre o bem jurídico e a norma penal, na medida em que, o Direito penal representa um conjunto de normas dedutíveis a partir de leis penais e que se traduziam em um imperativo de ordem capaz de proibir a realização de uma conduta. Suas concepções firmam o alicerce para a moderna construção do bem jurídico, quando o autor opta por uma construção marcada pelo positivismo normativista¹⁸⁸.

Posteriormente, como reação a concepção formal dada à norma jurídica, busca-se um conceito material de bem jurídico, pautada em concepções sociopolítico-criminais, a partir dos estudos de Franz VON LISZT. Para a concepção desenvolvida por esse penalista o bem jurídico constitui-se como uma realidade válida em si mesma, ou seja, seu conteúdo axiológico não está condicionado há um juízo do legislador, qualificado como um dado social preexistente.

Diferentemente de Binding, VON LISZT afirma que a norma não cria o bem jurídico, ela o encontra. Isso se dá porque a finalidade do direito é proteger os interesses do homem, e tais interesses preexistem à intervenção normativa.

Com VON LISZT firma-se um conceito liberal de bem jurídico, que precede o direito positivo e está endereçada ao legislador. Assim, o injusto penal, do ponto de vista formal, se traduz em uma conduta que transgredir uma norma estatal e do ponto de vista material, o injusto se traduz em uma lesão ou perigo de lesão a um interesse vital garantido pela norma – bem jurídico¹⁸⁹.

Diante de suas concepções há um transporte do centro de gravidade do conceito de bem jurídico – do subjetivo – para o interesse juridicamente protegido, sendo que nele está o núcleo da estrutura do delito¹⁹⁰.

¹⁸⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, ob. cit., p. 43.

¹⁸⁹ PRADO, Luiz Régis, ob. cit., p. 35-36.

¹⁹⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, ob. cit., p. 45.

1.3. As concepções neokantianas

Com o século XX e a influência neokantiana surgem concepções espiritualistas que desenvolvem uma concepção de bem jurídico teleológico metodológico¹⁹¹. Coube a Richard HONING, em 1919, a idealização do conceito de bem jurídico como a *ratio* da norma, pois ela não possui existência prévia às prescrições penais, ou seja, a norma não deve ser confundida com a realidade em que os valores poderão assentar¹⁹².

Nessa diretriz, o bem jurídico deve ser entendido como um valor cultural, pois a sua referência está situada no mundo valorativo, em vez de do terreno social. Segundo Luiz Regis PRADO, a vinculação do bem jurídico a *ratio legis* acaba por transformá-lo em um simples critério interpretativo, pois a existência de um bem jurídico tutelado deriva dos limites da descrição legal e não reside na natureza dos bens e valores que a determinam¹⁹³.

No mesmo sentido, Santiago MIR PUIG afirma que os ‘neokantianos’ buscaram uma substância material do bem jurídico em uma realidade prévia ao Direito, mas ao invés de transportá-lo para o terreno dos interesses sociais, ele foi levado ao mundo espiritual subjetivo dos valores culturais¹⁹⁴.

1.4. As concepções contemporâneas de bem jurídico

Segundo Claus ROXIN, a penalização de um comportamento necessita de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador¹⁹⁵. Essa concepção de Roxin está pautada da revalorização do conceito de bem jurídico ocorrido após a Segunda Grande Guerra.

¹⁹¹ PRADO, Luiz Régis, ob cit., pp. 38-39.

¹⁹² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, ob. cit., p. 47.

¹⁹³ PRADO, Luiz Régis, ob. cit., p. 38.

¹⁹⁴ MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: fundamentos e teoria do delito**. Tradução Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 96.

¹⁹⁵ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 11.

Para Helena Regina Lobo da COSTA, o cerne do sistema erigido nesse período é a pessoa humana. Ela constitui o ponto de partida para a construção do conceito de bem jurídico. Dessa forma, apenas os elementos essenciais para o desenvolvimento da pessoa humana é que podem ser alçados à categoria de bens jurídicos¹⁹⁶.

Da mesma forma, Juarez TAVARES aponta que *o bem jurídico na qualidade de valor cumpre a função de proteção da pessoa humana, que é o objeto final de proteção da ordem jurídica. Ou seja, o bem jurídico só vale na medida em que se insira como objeto referencial de proteção da pessoa*¹⁹⁷.

Duas concepções merecem destaque: as sociológicas e as constitucionais. Dentre as primeiras podem ser mencionados Knut Amelung, Günther Jakobs, Winfried Hassemer e Jürgen Habermas, Santiago Mir Puig, entre outros.

*Renato de Mello Jorge SILVEIRA, afirma que K. AMELUNG tomando como fundamento o pensamento sociológico-funcionalista de Parsons e Luhmann passa a conceber o bem jurídico como sendo uma disfunção sistêmica. Para o autor o Direito Penal deve se voltar para o conceito danosidade social. Ou seja, o Direito Penal tutela o indivíduo, mas por causa da sua importância dentro do contexto social*¹⁹⁸.

*Para Günther JAKOBS a legitimação do bem jurídico está diretamente ligada à noção de vigência da norma enquanto objeto da tutela. Dessa forma, a missão do Direito Penal é assegurar a validade fática ou a vigência das normas jurídicas, garantindo a realização de expectativas indispensáveis à manutenção do sistema social*¹⁹⁹.

Segundo o professor da Universidade de Kiel, *quando se pretende que uma norma determine a configuração de uma sociedade a conduta dos indivíduos deve se dar de acordo com a mesma, ou seja, deve-se esperar que*

¹⁹⁶ COSTA, Helena Regina Lobo da, ob. cit., p. 5.

¹⁹⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 199.

¹⁹⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, ob. cit., p. 48.

¹⁹⁹ PRADO, Luiz Régis, ob. cit., p. 39.

as pessoas se comportarão de acordo com a norma, isto é, precisamente, sem infringi-la. Ocorre que, no caso de infração a falta de segurança cognitiva tem como consequência a transformação da vigência da norma numa promessa vazia, já que ela não oferece uma configuração social susceptível de ser vivida²⁰⁰.

Essa concepção provoca uma erosão do conteúdo liberal do bem jurídico, dificultando a limitação do *jus puniendi* estatal, função atribuída àquele. Assim, a concepção se perde em um formalismo – vazio de conteúdo – que pode ser incompatível com os postulados do Estado Democrático de Direito²⁰¹.

*Para Winfried HASSEMER, a concepção de bem jurídico está ligada a uma perspectiva político-criminal geral. Dessa forma, a noção de bem jurídico está atrelada a configuração de uma “danosidade social” como forma de legitimação da intervenção punitiva estatal*²⁰².

*Essa concepção, segundo Luiz Régis PRADO, está ancorada em diretrizes político-criminais de ordem racional – política criminal funcionalisticamente racional – que parte de uma doutrina realista do bem jurídico*²⁰³.

Segundo Santiago MIR PUIG, a missão do Direito penal de um Estado social é a construção de um sistema de proteção da sociedade. São os interesses sociais que, por sua importância merecem a proteção do Direito, merecem a qualificação de “bens jurídicos”. Essa concepção de bem jurídico é compreendida no seu sentido político-criminal, ou seja, como objeto que pode reclamar proteção jurídico-penal. Isso se dá porque a concepção dogmática de bem jurídico está relacionada aos objetos que o Direito penal vigente tutela.

Em suma, um Estado Social e Democrático de Direito só deve amparar como bens jurídicos as ‘condições da vida social’ que afetem as possibilidades de participação do indivíduo no sistema social. Para que um bem jurídico seja considerado como bem jurídico-penal faz necessário que ele tenha uma importância fundamental, pois o Direito Penal de um ‘Estado social’

²⁰⁰ JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005, pp. 34-35.

²⁰¹ PRADO, Luiz Régis, ob. cit., p. 40.

²⁰² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, ob. cit., p. 49.

²⁰³ PRADO, Luiz Régis, ob. cit., p. 41.

*não deve respaldar mandamentos puramente formais, valores puramente morais ou interesses fundamentais que não comprometam seriamente o funcionamento do sistema social*²⁰⁴.

*Em verdade, as teorias sociais foram por muito criticadas por não conseguirem formular um conceito material de bem jurídico capaz de expressar o que uma conduta delitiva lesiona, bem como, porque certa sociedade criminaliza seleciona e criminaliza determinadas condutas e outras não*²⁰⁵.

A segunda concepção diz respeito às teorias constitucionais. Essas teorias procuram formular critérios capazes de limitar o poder do legislador ao criar o ilícito penal. Dessa forma, o conceito de bem jurídico deve ser deduzido a partir dos princípios constitucionais. Nesse tipo de concepção merece destaque o pensamento de Claus ROXIN e Hans-Joachim RUDOLPHI²⁰⁶.

Claus ROXIN parte da concepção de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídica penal são resultado de uma função social do Direito penal. Assim, a função do Direito Penal é garantir uma existência pacífica, livre e socialmente segura para os cidadãos, sempre que esses objetivos não possam ser atingidos com outras medidas político-sociais.

Ou seja, em um Estado democrático de Direito as normas jurídico-penais devem assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre. O Estado deve garantir, por meio de instrumentos jurídico-penais, as condições para a coexistência através da proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, da propriedade etc.; a existência de instituições estatais adequadas, que possibilitem uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção etc., sempre quando isto não se possa alcançar de outra forma.

²⁰⁴ MIR PUIG, Santiago, ob. cit., pp. 95-97.

²⁰⁵ PRADO, Luiz Régis, ob. cit., p. 43.

²⁰⁶ PRADO, Luiz Régis, ob. cit., p. 62.

Todos os objetos ligados a essas condições são considerados por Claus ROXIN como bens jurídicos²⁰⁷.

Segundo Luiz Régis PRADO, essa concepção impõe ao Direito penal a realização de uma das mais importantes tarefas do Estado, pois a proteção dos bens jurídicos e a garantia das prestações públicas necessárias para a existência possibilitam ao cidadão o livre desenvolvimento da sua personalidade, que se traduz no pressuposto de uma condição digna.

Enfim, o conceito de bem jurídico adotado por Claus ROXIN pretende mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima ao se diferenciar do conceito metódico de bem jurídico, segundo o qual como bem jurídico unicamente se deve entender o fim das normas, a *ratio legis*.

Hans-Joachim RUDOLPHI entende que os valores fundamentais têm referência constitucional e impõe ao legislador ordinário a vinculação à proteção de bens jurídicos prévios ao ordenamento penal, cujo conteúdo está determinado de conformidade com os valores da carta Magna²⁰⁸. Essa concepção parte da premissa de que o Estado de Direito não é meramente um Estado de Legalidade, pois a sua real legitimação está pautada na idéia de justiça material. Assim, o bem jurídico assume uma função de unidade social que tem na norma constitucional um parâmetro basilar²⁰⁹.

1.5. Conceito de bem jurídico

A doutrina é rica em termos de conceituação do bem jurídico. Essa “riqueza” acaba por provocar uma controvérsia grande doutrinária.

Originalmente o bem jurídico foi concebido como um valor cultural, entendida a cultura como sendo um sistema normativo. Essa concepção

²⁰⁷ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomoli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 16-18.

²⁰⁸ PRADO, Luiz Régis, ob cit., pp. 63-64.

²⁰⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, ob. cit., p. 51.

aponta que os bens traduzem necessidades individuais, mas que se convertem em valores culturais sociais quando se socialmente dominantes²¹⁰.

Para Hans WELZEL, o bem jurídico se traduz em um bem vital da comunidade e do indivíduo, que por sua significação social é protegido juridicamente. De inspiração fenomenológica essa orientação estabelece que os bens jurídicos realizem certas funções dentro do contexto amplo e dinâmico da vida social. Segundo a sua concepção dos valores ético-sociais da ação, a ameaça penal contribui para o asseguramento dos interesses individuais e coletivos fundamentais, através do valor-ação²¹¹.

Hans-Heinrich JESCHECK conceitua bem jurídico como sendo os bens indispensáveis para a convivência humana em sociedade, devendo ser protegido pelo poder de coação do Estado através da pena pública²¹².

Segundo Francisco MUÑOZ CONDE, os bens jurídicos são pressupostos de que a pessoa necessita para a sua auto-realização na vida social²¹³.

Como já foi dito, Hans-Joachim RUDOLPHI entende que os bens jurídicos são condições para o desenvolvimento de uma vida próspera, fundada na liberdade e na responsabilidade individual. Assim, os bens jurídicos são conjuntos funcionais valiosos constitutivos da nossa vida em sociedade²¹⁴.

Eugênio Raul ZAFFARONI considera que o bem jurídico é uma relação de disponibilidade de uma pessoa com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante normas que proíbem determinadas condutas que as afetam²¹⁵.

²¹⁰ PRADO, Luiz Régis, ob. cit., p. 44.

²¹¹ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán**. Traducción Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Jurídica de Chile, 1997, p. 5.

²¹² JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho penal**. trad. Santiago Mir Puig e Franciso Muñoz Conde. Barcelona: Bosh, v.1, p. 6.

²¹³ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1975, p. 48.

²¹⁴ PRADO, Luiz Régis, ob. cit., p. 46.

²¹⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Tratado de Derecho penal**. Buenos Aires: Ediar, 1982, p. 238.

A divergência de opiniões entre os autores a respeito da definição de bem jurídico faz-se presente também na doutrina pátria.

Segundo Luiz Régis PRADO, o bem jurídico vem a ser um ente – dado valor social – material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e do desenvolvimento do homem na sociedade²¹⁶.

Para Juarez TAVAREZ o bem jurídico constitui-se, ao mesmo tempo, como objeto de preferência e como valor vinculado à finalidade da ordem jurídica em torno da proteção da pessoa humana, e objeto de referência, como pressuposto de validade da norma, bem como de sua própria eficácia. Neste último caso, ao subordiná-la a demonstração de lesão ou a colocação em perigo do bem jurídico²¹⁷.

Francisco de ASSIS TOLEDO conceitua bem jurídicos como valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou lesões definitivas²¹⁸.

Cláudio Prado AMARAL, destacando que a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos, afirma que cabe ao Direito penal a tutela de bens vitais, como a vida, a liberdade, a saúde, a propriedade ou a segurança; portanto, cabe a esse ramo do ordenamento jurídico a tutela dos bens indispensáveis a convivência humana²¹⁹.

De modo geral, todos os posicionamentos expostos nesse capítulo apontam no sentido do bem jurídico se traduz em uma limitação do poder punitivo estatal. De acordo com a conformação do Estado, liberal, autoritário ou social, haverá a redefinição da conceituação de bem jurídico para o seu enquadramento como elemento técnico norteador da construção e interpretação do Direito penal.

²¹⁶ PRADO, Luiz Régis, ob. cit., p. 52.

²¹⁷ TAVARES, Juarez, ob. cit., p. 205.

²¹⁸ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito penal**. São Paulo: Saraiva. 1986, p. 16.

²¹⁹ AMARAL, Cláudio Prado, ob. cit., pp. 157-164.

Assim, analisando todas as concepções e todos os conceitos dados verifica-se que há uma evolução no pensamento quanto ao bem jurídico, que está pautada na concepção de que o bem jurídico desempenha as funções de: *limitar o direito de punir do Estado, a partir de uma dimensão material da norma penal. Essa função, de caráter político-criminal, limita o legislador em sua atividade no momento de produzir normas penais.*

Depois, o bem jurídico tem função *teleológica ou interpretativa, na medida em que, serve como critério de interpretação dos tipos penais, condicionando seu sentido e alcance à finalidade de proteção. Também se pode revelar uma Função individualizadora, já que o tipo penal serve como critério de medição da pena, no momento concreto de sua fixação, levando-se em conta a gravidade da lesão ao bem jurídico.*

Segundo Juarez TAVARES para efeitos delimitativos os bens jurídicos prescindem de qualquer classificação, porque todos devem ter origem na pessoa humana. A doutrina, porém os classifica segundo alguns critérios, puramente aleatórios. Segundo seu titular, haveria bens jurídicos individuais (v.g. vida, honra), coletivos (v.g. meio ambiente) ou estatais (v.g. a administração pública); segundo a percepção os bens jurídicos podem ser classificados em concretos (v.g. a integridade corporal) e abstratos (v.g. incolumidade pública, fé pública); segundo a natureza haveria bens jurídicos naturais (v.g. a liberdade, a vida) e bens jurídicos normativos (v.g. patrimônio, administração pública, ordem econômica). Segundo seus elementos temos bens jurídicos de ordem real (v.g. vida e integridade corpora) e bens jurídicos de ordem ideal (v.g. honra e sentimento religioso). Todo esse processo de classificação é metodológico e serve apenas para, em um determinado contexto, identificar a qualificação que se dá ao bem jurídico lesado ou posto em perigo pela conduta do agente²²⁰.

Por fim, pode-se falar na função sistemática na qual o bem jurídico funciona como elemento classificatório decisivo na formação dos grupos de tipos da parte especial do Código Penal, ou seja, na medida em que o bem jurídico se situa no ponto central

²²⁰ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3 ed. Belo horizonte: Del Rey. 2003, pp. 202-203.

*dos diferentes tipos penais da parte especial do Código e sendo uma exigência para o legislador orientar sua atividade na proteção de bens jurídicos*²²¹.

Do que foi dito, conclui-se que passamos de uma idéia subjetivista para objetivista, de um conceito positivista para um conceito valorativo, de uma perspectiva individual para uma perspectiva coletiva. Todas essas considerações são desdobramentos da criminalização de condutas em uma sociedade de riscos, na medida em que, ela determina novas formas de proteção às novas realidades tuteláveis.

1.6. Bens jurídicos difusos como objeto de proteção

1.6.1. A evolução do Direito penal na sociedade de risco através da criação de bens jurídicos supraindividuais

O direito penal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes²²². Para que essa proteção torne-se algo efetivo a conformação do direito penal se liga a um conjunto de idéias norteadores de uma época, de forma a delimitar quais bens jurídicos serão dignos de tutela. Em termos de sociedade de risco, o panorama político criminal aponta para um avanço do direito penal na direção da tutela dos bens jurídicos supra-individuais.

Nesse sentido, Renato de Mello Jorge SILVEIRA afirma que o coletivismo, os interesses difusos impõe ao Direito penal novas metas ao mesmo tempo em que se busca limitar o poder incriminador do Estado²²³. A ponderação entre a necessidade de tutela dos novos bens jurídicos e a limitação do poder punitivo estatal constitui-se como um dos aspectos mais tormentosos da política criminal da sociedade de risco. Isso ocorre porque, a proteção penal não pode ser feita de forma desarrazoada, devendo gizar-se dentro de um princípio da estrita necessidade da pena.

²²¹ PRADO, Luiz Régis, ob. cit., pp. 61-62.

²²² SILVA-SANCHEZ, Jesus Maria, ob. cit., p.27.

²²³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, ob. cit., p. 28.

Por sua vez, Luiz Régis PRADO afirma que o direito penal deve representar a *ultima ratio legis*, só entrando em ação quando o bem jurídico apresentar-se violentamente atacado ou agredido²²⁴. Esse princípio – a intervenção mínima ou *ultima ratio* – tem sido utilizado como parâmetro para traçar os limites de atuação estatal, e, dentro dele, o conceito mais importante é a definição de bem jurídico.

Também Santiago MIR PUIG, preceitua que para a proteção dos interesses sociais, deve o Estado esgotar os meios lesivos antes de recorrer ao Direito penal, que nesse sentido deve construir uma “arma subsidiária”, uma *ultima ratio*²²⁵.

Claus ROXIN aponta que a exigência de que o direito penal tem como missão a proteção de bens jurídicos desempenha um papel muito importante no processo de transformação das últimas décadas. Para ele, a única restrição imposta ao legislador no reconhecimento de bens jurídicos passíveis de tutela está na ordem constitucional, ou seja, um bem jurídico vinculado político criminalmente só se pode derivar daqueles estabelecidos na ordem constitucional vigente e derivados do conceito de Estado Democrático de Direito²²⁶.

Partindo dessas concepções, podemos afirmar que um direito penal de matriz liberal está centrado na definição de bens jurídicos sob o aspecto individual já que as codificações representam valores essencialmente burgueses que têm sua origem na sociedade do século XIX. No estado social a perspectiva se altera, nele o direito penal é um instrumento de proteção da sociedade. Essa modificação exige certas mudanças nos bens jurídicos tutelados pelo Direito penal.

Atualmente, vem ganhando terreno a opinião de que o Direito penal deve estender a sua proteção a interesses metaindividuais que são de grande importância para amplos setores da população, como o meio ambiente, a

²²⁴ PRADO, Luiz Régis, ob. cit., pp. 50-52.

²²⁵ MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p.95.

²²⁶ ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte general – tomo I. Fundamentos, La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, pp. 52-55.

economia nacional, as condições de alimentação, o direito ao trabalho em determinadas condições de segurança social e material - os denominados “interesses difusos”²²⁷.

No prisma social e jurídico ganha relevo a própria tendência evidente da necessidade de proteção penal de interesses coletivos ou difusos, que político-criminalmente orienta o Direito penal contemporâneo e nos conduz à assertiva de que a linha clássica - liberal não mais é de ser tida como lastro dogmático²²⁸.

Winfried HASSEMER, crítico da tutela supra-individual dos bens jurídicos, afirma que a aceitação da necessidade de proteção ampla de bens coletivos poderá transformar o direito penal em *prima ratio* de proteção dos bens jurídicos. O Direito penal da sociedade de risco reduz o Direito Penal a um Direito Penal básico, em que se tutelam todas as lesões dos bens jurídicos individuais clássicos, além das situações de perigo grave. Paralelamente, seriam protegidos bens jurídicos universais (supra-individuais), necessários ao ordenamento do próprio Estado. Ao lado disso, haveria a criação de um Direito de Intervenção situado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo sancionador, com um nível de garantias e formalidades processuais inferiores ao do Direito Penal, mas igualmente acompanhado de uma carga reduzida de sanções. A esta classe inovadora caberiam os delitos que não viessem a agredir, de maneira intensa, diversos bens²²⁹.

Ainda segundo o autor, diante dos novos contextos sociais espera-se a intervenção imediata do Direito Penal, não apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não-penais. O venerável princípio da subsidiariedade ou a *ultima ratio* do Direito Penal é simplesmente cancelado, para dar lugar a um Direito Penal visto como *sola ratio* ou *prima ratio* na solução social de conflitos: a resposta penal surge para as pessoas

²²⁷ MIR PUIG, Santiago, ob. cit., p. 140.

²²⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, ob.cit., p.32.

²²⁹ HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984. p. 275.

responsáveis por estas áreas cada vez mais freqüentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas²³⁰.

No mesmo sentido, Rodas MONSALVE, citado por Renato de Mello Jorge SILVEIRA, afirma que o direito penal deve agir de modo muito restrito, procurando evitar um inflacionismo penal que ultrapasse a função meramente simbólica da norma²³¹.

Para Blanca MENDOZA BUERGO, Hassemer e seus seguidores acreditam que o direito penal não deve tratar com prioridade essas novas áreas, por serem incompatíveis com o conceito de lei penal, no sentido de teoria pessoal da proteção dos bens jurídicos²³².

Também Renato de Mello Jorge SILVEIRA, aponta que HASSEMER ao idealizar as funções do novo Direito Penal vem a perceber que as novas incriminações penais levam a uma inequívoca ampliação do Direito repressivo, reduzindo a importância de seu núcleo tradicional. O Direito Penal deixa, pois, de ser um instrumento de reação ante as graves lesões da liberdade dos cidadãos, para se transformar em instrumento de política de segurança. As antigas vantagens do Direito Penal nuclear passam a um segundo plano, para assumir local preventivo ao delito futuro ou outras perturbações de grande magnitude²³³.

Em suma, para os críticos desse processo de tutela dos novos bens jurídicos a adesão à proteção penal dos bens jurídicos supra-individuais apresenta conteúdo e vagos contornos, que revelam não só a gradual dissolução ou decomposição do conceito de direito legal, mas apontam para um processo de expansão dos grupos jurídicos sob a incidência desse ramo do ordenamento jurídico. Dessa forma, há uma tendência de substituição da real

²³⁰ HASSEMER. Winfried. **Três temas de direito penal**. In Perspectivas de Uma Moderna Política Criminal. Porto Alegre: ESMP, 1993, p. 48.

²³¹ RODAS MONSALVE, Júlio César. **La protección penal del ambiente u función simbólica del derecho penal**. Revista del instituto de ciencias penales y criminologica. apud SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, ob. cit., p. 33

²³² MENDOZA BUERGO. Blanca, ob. cit., p. 74.

²³³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, ob. cit., p. 68.

proteção dos direitos legais individuais por uma função vaga e imprecisa de proteção de instituições ou "unidades funcionais", ao qual é atribuído o valor²³⁴.

Apesar das críticas, a tendência expansionista do Direito penal apresenta uma forte tendência de supra-individualização da tutela penal advinda da complexização das inter-relações sociais produzidas pela política criminal da sociedade de risco. Consequentemente temos que pensar o Direito penal sob novos paradigmas, ou seja, sai de cena o modelo liberal, pautado na proteção individual, e entra em cena novos bens jurídicos supra-individuais.

A introdução dos bens jurídicos com perfil supraindividual é reconhecida como uma característica do direito penal em vigor, que se originou com o estado de bem-estar, mas se aprofundou e agravou o direito penal própria conta da sociedade de risco. Há uma ampliação dos horizontes do direito penal a partir da proteção de novos bens jurídicos surgidos com a sociedade de risco²³⁵. Essa tendência revela um direito penal que tem menos a ver com a punição ou a repressão de determinados danos individuais, e que busca a proteção de condições ou normas de segurança e prevenção de distúrbios sociais.

Segundo Pierpaolo Cruz BOTTINI, nesse contexto *de conflitos e paradoxos se desenvolve um direito de precaução, que leva o Direito penal a coibir condutas cuja periculosidade é meramente indiciária. O que se tem é um Direito penal em que a tutela não se antecipa apenas ao resultado lesivo, mas antecipa-se à própria constatação do risco. Trata-se da imersão da norma penal no campo da precaução*²³⁶.

Essa ampliação de horizonte da tutela penal não deve produzir uma deslegitimação da proteção dos bens jurídicos, na medida em que, a legitimação deve se lastrear nos interesses fundamentais da vida social da pessoa. Assim, a ampliação do horizonte penal, abandonando a conceituação

²³⁴ MENDOZA BUERGO. Blanca, ob. cit., p. 73.

²³⁵ MENDOZA BUERGO. Blanca, ob. cit., p. 68-69.

²³⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 109.

iluminista quanto a uma consideração relativa à pessoa enquanto elemento individual, tomando-se em conta bens metaindividuais e sociais²³⁷.

Segundo BUSTOS RAMIREZ, os bens jurídicos devem ser definidos a partir de uma relação social baseada na satisfação social de cada um dos membros da coletividade em consonância com o sistema social. Trata-se de bens jurídicos ligados a um caráter macrosocial. O aspecto macrosocial de tais bens apresenta uma subdivisão conceitual em bens institucionais, coletivos e de controle. Os bens institucionais seriam aqueles relativos a determinadas instituições básicas para o funcionamento sistêmico, tendo por requisito a idéia dupla de massividade e universalidade. Os bens coletivos estão ligados à satisfação de necessidades de caráter social e econômico, ligando-se à participação de todos no processo econômico-social²³⁸.

Luiz Régis PRADO afirma que a necessidade de proteção de bens jurídicos de ordem supra-individual, coletiva ou difusa deriva da ordem constitucional instituída para a proteção do meio ambiente. Segundo o doutrinador, o meio ambiente é um bem peculiar por sua própria natureza e deve ser considerado enquanto Estado-coletividade. Dessa forma, o mais importante não é a existência ou o conceito de bem jurídico coletivo ou difuso, mas sim a delimitação (mais exata possível) de seu conteúdo substancial. Em outras palavras, a fixação de critérios específicos que permitem individualizá-los, de forma clara e objetiva, sem violar nenhum dos princípios penais fundamentais²³⁹.

Merece destaque a posição de STRATENWERTH, CITADO POR BLANCA MENDOZA BUERGO, AO DISPOR QUE ESSA NOVA FORMA DE PROTEÇÃO AOS BENS JURÍDICOS REPRESENTA O QUE ELE CHAMA DE “GARANTIA DO FUTURO”, A PARTIR DA PREMISA DE QUE o conceito de um direito penal não pode pretender ter um sentido real, por causa da falta de contornos precisos dos novos objetos de proteção, pois há uma renúncia a conceitos precisos de bem jurídico, e, em

²³⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, ob.cit., p. 57.

²³⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Bases críticas de un nuevo derecho penal*. Bogotá: Temis, 1982, pp. 159-161.

²³⁹ PRADO, Luiz Régis, ob. cit., pp. 26-28.

seu lugar, o direito penal passa a se preocupar com normas gerais de comportamento, orientando-se a partir do desvalor de uma conduta²⁴⁰.

A proteção dos bens jurídicos supra-individuais se faz de modo muito particular, principalmente mediante a criação de crimes de perigo abstrato. A delimitação de como o Direito Penal poderá vir a cuidar de situações abstratas é um dos grandes impasses do momento atual.

Segundo Pierpaolo Cruz BOTTINI, o legislador *cria o tipo penal de precaução por meio da técnica do perigo abstrato, mas a dogmática ainda não dispõe de instrumentos para ordenar sua aplicação. Como ocorre em todo processo de mudança, surgem das novas concepções inúmeras incompatibilidades entre o direito positivo e o sistema metodológico que sustenta a dogmática penal*²⁴¹.

A tarefa não é fácil, mas a adequação dos delitos de perigo abstrato à dogmática penal passa por uma análise crítica sobre a legitimidade desses institutos dentro de um Estado Democrático de Direito.

²⁴⁰ MENDOZA BUERGO. Blanca, ob. cit., p. 75.

²⁴¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 110.

CAPÍTULO IV

DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Pelo desenvolvimento até aqui apresentado, percebe-se que há uma tendência irrefreável de expansão gradual do conceito de bem jurídico, acompanhada pelo alargamento – através da antecipação da tutela penal – da intervenção do direito penal. As novas demandas conduzem a uma crescente criminalização dos comportamentos considerados perigosos para os novos bens jurídicos²⁴².

Trata-se de um fato irrecusável a ponderação de que a ordem jurídica dos Estados contemporâneos ultrapassa em muito o âmbito das normas que até o momento embasaram a vida em comunidade. Em virtude dessa tendência, a dogmática penal tem sido muito fértil na quanto à elaboração dos crimes de perigo, pois a idéia de antecipação da tutela penal representa um paradoxo diante de construções penais pautadas no dogma da mínima intervenção.

As condições de desenvolvimento das sociedades contemporâneas proporcionam a ampliação do estudo relativo aos crimes de perigo, em especial, o estudo dos crimes de perigo abstrato. Antes de se enfrentar os crimes de perigo abstrato será necessário fazer uma distinção entre: os crimes de dano, os crimes de perigo concreto e os crimes de perigo abstrato, pois a delimitação conceitual dos institutos é indispensável para o entendimento dos problemas que rondam o instituto.

1. Dos crimes de dano

Os crimes de dano representam uma efetiva lesão ao bem jurídico. Neles ocorre a *mais séria intensidade danosa infligida a um bem jurídico*.

²⁴² MENDOZA BUERGO. Blanca, ob. cit. p.78.

Para Aníbal BRUNO os crimes de dano representam as condutas que se consumam com a lesão efetiva de um bem ou interesse jurídico²⁴³. Os crimes de perigo são os que se contentam com a probabilidade de dano.

Os crimes de dano apresentam um conceito de caráter normativo, pois é fruto de uma valoração de um evento imputável a um indivíduo em relação às exigências normativas, ao considerar que o interesse protegido foi afetado de forma penalmente relevante.

Assim, o conceito de dano tem correspondência com o conceito de lesão. Esses crimes constituem a maioria dos tipos e o objeto da ação deve ser realmente danificado para ser um fato consumado.

A sua técnica legislativa implica a avaliação da dimensão dada ao desvalor do resultado, na medida em que, quanto maior a realização típica, maior será a pena²⁴⁴.

Ângelo Roberto Ilha da SILVA afirma que não é correto, como fazia Nelson Hungria, identificar os conceitos de crime de dano e crime material. Com efeito, o autor preceitua que os crimes materiais são aqueles que o resultado naturalístico recai sobre o objeto da ação delituosa, ao passo que os crimes de dano e os de perigo não aqueles que o resultado recai sobre o bem ou interesse jurídico.

Dessa forma, um crime material sempre necessitará de um resultado naturalístico para a sua consumação, que pode se ligar ao objeto de uma conduta, podendo ser além de material ser de dano, ou de perigo, quando a proteção recair sobre um bem ou interesse jurídico. No primeiro caso, o exemplo mais tradicional é crime de homicídio. No segundo caso, o exemplo mais tradicional é o crime de produção de moeda falsa. O ato de produzir ou

²⁴³ BRUNO, Aníbal. **Direito penal – parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t.2, p. 222.

²⁴⁴ SILVA, Renato de Mello Jorge, ob. cit., p.91.

falsificar moeda implica materialidade, mas também implica uma situação de perigo para o bem jurídico - fé pública²⁴⁵.

O que se percebe é que tanto um crime de dano, quanto um crime de perigo referem-se a um bem ou interesse jurídico tutelado pelo direito penal. O que distingue as técnicas de tipificação de condutas está na ponderação que é feita em relação à agressão ao bem jurídico, já que a ação pode ensejar uma situação causadora de lesão ou uma exposição há um perigo penalmente relevante.

2. Crime de perigo

Desde o final do século XIX os crimes de perigo despertam a atenção da doutrina. Segundo Nelson HUNGRIA, a noção de crime de perigo foi enunciada pela primeira vez por Binding²⁴⁶.

A polêmica envolvendo esses crimes sempre foi abrangente.

Cláudio Prado AMARAL afirma os crimes de perigo tem fundamento punitivo na Constatação de que a proteção deve ocorrer independentemente das condições de existência do bem ou de uma instituição. Assim, o que se tutela é a existência em vez de se proteger um bem jurídico. O que se objetiva é criar mecanismos para suprir a necessidade natural das pessoas que integram determinados âmbitos possam contar com instrumentos normativos facilmente manejáveis e capazes de trazer ou manter a coesão social.

A sociedade de risco apresenta três elementos que servem de fundamento para os crimes de perigo. O primeiro é o fator tempo, que cristaliza a idéia de que a proteção não deve aguardar pelo comportamento que nega validade à norma, se for possível a intervenção penal prévia sem que haja uma violação dos padrões de segurança exigidos pela sociedade. O segundo é a

²⁴⁵ SILVA, Ângelo Roberto Ilha. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: revista dos Tribunais, 2003, pp. 55-57.

²⁴⁶ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. Vol. V, p. 379.

institucionalização das incertezas. Nessas condições, a segurança não é apenas um reflexo da atividade policial, mas transforma em um direito que pode ser exigido do Estado. O terceiro elemento justificador dos crimes de perigo é o fato de que em muitos setores - economia, tráfico, meio ambiente - as fronteiras que separam o que é permitido e o que contrário à norma variam, ou melhor, são continuamente cambiantes²⁴⁷.

Grande parte da doutrina afirma que os crimes de perigo são crimes formais ou de mera conduta. Eduardo CORREIA assevera que não é rigoroso ou exato equiparar os crimes de perigo, concreto ou abstrato, aos crimes formais²⁴⁸ ou de mera conduta. Isso se dá porque o fato que ocasiona um perigo de lesão pode esgotar-se na mera atividade ou pode pedir uma modificação do mundo exterior, um evento por ela causado. Neste último caso, o crime de perigo é um crime material de resultado²⁴⁹.

2.1. O conceito de perigo

O conceito de perigo comporta uma série de questões: trata-se de um conceito normativo ou um conceito ontológico? Quais são as teorias que buscam defini-lo? Há uma diversidade de compreensão da noção de perigo, na medida em que, a doutrina costuma apontar que a sua conceituação se dá a partir de um enfoque negativo, de um enfoque normativo, a partir de uma perspectiva objetiva e de uma perspectiva subjetiva.

²⁴⁷ AMARAL, Cláudio Prado, ob. cit., pp. 186-189.

²⁴⁸ Parte da doutrina preceitua que os crimes formais e os crimes de mera conduta são sinônimos e qualquer distinção entre eles é meramente acadêmica. Com efeito, prevalece o entendimento que os crimes formais são aqueles em que o tipo apresenta a descrição de um resultado naturalístico, mas não exige a ocorrência para fins de consumação do delito. Os crimes contra a honra são crimes formais. O crime de rapto é um crime formal, pois há a descrição da conduta de raptar e a ocorrência do resultado “fim libidinoso” é irrelevante para a consumação do crime. Os crimes de mera conduta são aqueles que o tipo penal não prevê a existência de um resultado naturalístico. Em outras palavras, o tipo penal não exige a ocorrência de um resultado naturalístico. Um exemplo de crime de mera conduta é o descrito no art. 150 do Código Penal Brasileiro, violação de domicílio.

²⁴⁹ CORREIA, Eduardo. **Direito Criminal**. Coimbra: Almedina, 1971. Vol. 1, apud SILVA, Ângelo Roberto Ilha. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: revista dos Tribunais, 2003, p. 57.

De plano, Ângelo Roberto Ilha da SILVA afirma que a perspectiva negativa não satisfaz porque ela parte da concepção de que não haverá uma situação de perigo quando a verificação do evento for certa ou impossível²⁵⁰. Assim, melhor seria conceituar o perigo pelo que ele é, e não pelo que ele não é ou o que não ocorre. A via oblíqua não atende aos interesses de sistematização do direito.

Para Giuseppe BETTIOL e José de FARIA COSTA o conceito de perigo é normativo, pois o conceito de perigo está ligado a prognose, para o primeiro²⁵¹ e a dimensão onto-antropológica que a relação cuidado-de-perigo representa²⁵².

Destarte, o que se pode observar é que existem situações perigosas em todos os lugares. Assim, o seu gerenciamento depende do tipo de ameaça e do tipo de gerado. A análise metajurídica aponta que os perigos devem ser identificados através de cálculos dos eventuais danos, a partir de critérios de probabilidades estatística que ajudam a identificar o grau de perigo de determinado acontecimento²⁵³.

Na verdade, o direito extrai dessas situações certos perigos e os traz, por serem penalmente relevantes, para o seu subsistema jurídico. Quando ele adota essa postura devem ser abstraídos os argumentos metajurídicos e for considerado como situações ensejadoras de perigo apenas aquelas que a lei a considera como tais. Dessa forma, o conceito de perigo assume um caráter ontológico e normativo.

A partir dessas considerações podemos afirmar que a construção de um conceito ontológico de perigo ganha importância e relevância no debate doutrinário do direito penal contemporâneo, pois busca pressupostos básicos para a valoração do juízo de perigo.

²⁵⁰ SILVA, Ângelo Roberto Ilha, ob cit., p. 52

²⁵¹ BETTIOL, Giuseppe. **Diritto penale parte generale**. 12. ed. Padova: Cedam, 1986, p. 348.

²⁵² COSTA, José Faria. **O perigo em Direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 563.

²⁵³ LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 41.

Segundo Ângelo Roberto Ilha da SILVA, a doutrina indica três teorias acerca da situação de perigo. A teoria subjetiva (teoria precursora) que tem em Janka, Von Buri e Finger seus principais formuladores. A teoria objetiva que tem como adeptos Hälschner, Merkel, Von Kries, Binding, Von Liszt, Carnelutti, Florian, Janniti di Guyanga, Maggiore, Ranieri e Madureira de Pinho²⁵⁴.

A análise das diferentes concepções pode auxiliar na determinação de critérios que orientarão a construção e elaboração concreta das várias configurações possíveis para os crimes de perigo.

2.1.1. A teoria subjetiva dos crimes de perigo: Concepção do perigo como juízo.

Essa concepção de perigo é fruto do positivismo jurídico que reconhecia como realidade o mundo físico e as leis que o regulam. Dessa forma, a idéia de perigo era concebida como uma impressão psicológica, ou seja, um juízo de ordem subjetiva.

As concepções construídas a partir da interpretação dada pelo positivismo excluíaam do conhecimento jurídico qualquer forma de heterointegração com elementos axiológicos e ontológicos estranhos aos tipos penais. Dessa forma, a construção dos tipos penais deriva de uma concepção racionalista da ciência e da legislação, que estruturava seus tipos penais através de elementos descritivos facilmente reconhecíveis ou por elementos axiológicos cujo conteúdo seja unívoco e objetivo.

Por este motivo, os acontecimentos são regidos pelo princípio da necessidade e não existe a possibilidade de produção de certos eventos lesivos, pois uma situação de perigo tem que ser necessariamente originada de

²⁵⁴ SILVA, Ângelo Roberto Ilha, ob cit., p. 53

um juízo - uma impressão de ordem subjetiva – ex ante. Em outras palavras, qualquer que seja a concepção de perigo ele será fruto da mente humana²⁵⁵.

Luis JIMÉNEZ DE ASÚA afirma que pela teoria subjetiva uma situação de perigo se traduz em um mero *ens imaginationis* derivado da nossa ignorância, da nossa falta de conhecimento traduzida em uma hipótese de representação mental oriunda do temor e da ignorância do homem, uma sensação que, sendo mero fruto da imaginação, não existe concretamente²⁵⁶.

De acordo com Renato de Mello Jorge SILVEIRAa concepção subjetivista, que tomam como fundamento o conceito positivista-naturalista, entende que o perigo existe na mente do sujeito que tem uma imagem subjetiva, não real, do mundo, baseando-se através de experiência na possibilidade ou na probabilidade de ocorrência de um resultado lesivo. Assim, subjetivamente o perigo não é nada mais do que a representação mental não presente no plano concreto. Não tem ele existência real nada mais, sendo que expectativa subjetiva de um evento que não se deseja²⁵⁷.

2.1.2. A teoria objetiva

Para a concepção objetiva o perigo não é fruto de uma apreciação humana. O perigo constitui-se como um “trecho da realidade”, ou seja, ele se coloca como evento real, concreto e objetivo²⁵⁸.

O seu conteúdo está diretamente ligado ao desenvolvimento do campo do cálculo de probabilidades de produção de um resultado.

²⁵⁵ MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina. **Los delitos de peligro y sus tecnicas de tipificacion**. Madrid: Ministerio de justicia – Universidade complutense de Madrid, 1993, p. 54.

²⁵⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Losada, 1951, t. III, p. 393 apud SILVA, Ângelo Roberto Ilha. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: revista dos Tribunais, 2003, p. 53.

²⁵⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, ob. cit., pp. 92-93.

²⁵⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Losada, 1951, t. III, p. 394 apud SILVA, Ângelo Roberto Ilha. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: revista dos Tribunais, 2003, p. 53.

Essa concepção obedece a dois critérios: o primeiro é a influência do Neokantismo que se manifesta sobre o segundo critério, a introdução no campo da teoria dos crimes de perigo das teses relativas à causalidade adequada²⁵⁹.

Segundo Cristina MENDEZ RODRIGUEZ, a introdução de elementos subjetivos que se opera através do neokantismo, significa uma mudança do injusto que possibilita a correta compreensão deste a partir de certos elementos subjetivos presentes nos tipos penais. Essa construção permite o desenvolvimento da concepção de causalidade adequada e, conseqüentemente, a valoração do perigo. Assim, a partir da virada neokantista, de forma explícita ou implícita, a valoração sobre a existência do perigo está vinculada a valoração da ação. O perigo tem um conteúdo objetivo, mas necessita da prática de uma "ação perigosa", verificado ex ante enquanto referido a uma ação.

É necessário observar que a relação entre as teorias do perigo e da causalidade adequada implica na admissão, para os delitos de perigo, do dogma da causalidade e das concepções ligadas aos conceitos de probabilidade. Há um paralelismo entre a teoria da causalidade adequada e o conceito objetivo de perigo. Esse paralelismo está presente na discussão sobre a formação das bases do juízo de adequação e sobre o campo de formação dos parâmetros do juízo de perigo²⁶⁰.

Para Renato de Mello Jorge SILVEIRA, o conceito de perigo está situado no campo do cálculo das probabilidades. Ou seja, a possibilidade ou a probabilidade de dano revela verdadeira negligência consciente ou, ainda, dolo eventual que deverá suscitar a reprovação penal²⁶¹.

Miguel REALE JÚNIOR, adepto da teoria objetiva, afirma que o perigo é algo objetivo, ou seja, ele existe enquanto realidade, enquanto possibilidade de dano ou de diminuição de um bem. Ao analisar a obra de Arturo Rocco, ele preceitua que uma situação de perigo é caracterizada pela sua

²⁵⁹ MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina, ob. cit., p. 57.

²⁶⁰ MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina, ob. cit., pp. 59-61.

²⁶¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, ob. cit., p. 94.

aptidão para causar um fenômeno, a partir das relações de causalidade que a experiência indica e segundo critérios de base científica. Em outros termos, o perigo é uma situação capaz de produzir a modificação de um estado verificado no mundo exterior com a potencialidade de produzir a perda ou diminuição de um bem²⁶².

De acordo com Ângelo Roberto Ilha da SILVA, dentro da teoria objetiva faz-se uma diferenciação entre aqueles que aceitam a probabilidade da situação de perigo e aqueles que aceitam a mera possibilidade da ocorrência de uma situação de perigo. Segundo autor a probabilidade se traduz em uma situação de nível mais intenso quando confrontada com a possibilidade, já que a primeira configura uma situação de real potencialidade para a ocorrência de um evento, abrangendo o provável e, em algumas situações, o improvável²⁶³.

Sobre o tema, Paulo José da COSTA JÚNIOR assevera que a probabilidade de dano encerra uma situação com potencialidade de realização, ou seja, a probabilidade não deve significar apenas um cálculo estatístico representativo da soma das circunstâncias à realização de uma determinada situação²⁶⁴.

2.2. Dos crimes de perigo concreto

O crime de perigo concreto é aquele que o tipo penal exige uma situação de perigo que deve, necessariamente, ser constatada²⁶⁵.

Segundo Claus ROXIN nos crimes de perigo concreto a realização do tipo penal pressupõe que o objeto da ação tenha se encontrado realmente em uma situação de perigo²⁶⁶.

²⁶² REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 56.

²⁶³ SILVA, Ângelo Roberto Ilha, ob. cit., p. 54.

²⁶⁴ COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Nexo Causal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 59.

²⁶⁵ BETTIOL, Guiseppe, ob. Cit., p. 351.

Ângelo Roberto Ilha da SILVA aponta que nos crimes de perigo concreto o perigo compõe o tipo penal, sendo indicado na sua descrição²⁶⁷.

Exemplifiquemos: no crime descrito no art. 250 do CP – crime de incêndio, o tipo penal faz referência a uma situação de perigo ao dispor que causar incêndio, expõe a perigo à vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem²⁶⁸.

2.3. Dos crimes de perigo abstrato-concreto

Os crimes de perigo abstrato-concreto representam uma tentativa de se catalogar uma série de condutas que ficavam em uma zona intermediária entre clássica divisão dicotômica entre os crimes de perigo abstrato e os crimes de perigo concreto.

Para essa classificação de crimes de perigo não se exige a produção de nenhuma ameaça concreta ao bem jurídico tutelado, portanto, ele não pode ser tido como crime de perigo concreto e, também, nesses crimes a sua tipificação não se contentava com a mera realização da tipicidade, não se enquadrando como crime de perigo abstrato.

A redação do dispositivo do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro ao dispor que conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem, representava um exemplo de crime de perigo abstrato-concreto. Com a mudança no referido artigo pela lei 11.705/ 2008 o dispositivo passou a ser um crime de perigo abstrato.

O art. 308 do mesmo diploma legal representa um crime de perigo-abstrato concreto ou o delito de poluição – art. 54 da Lei 9.605/1998 – ao dispor que “causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem

²⁶⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal parte general**. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997, p. 336.

²⁶⁷ SILVA, Ângelo Roberto Ilha, ob. cit., p. 68.

²⁶⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., pp. 111-112.

ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora” representam situações em que a conduta fica em uma zona intermediária²⁶⁹.

2.4. Dos crimes de perigo abstrato

A ciência penal está passando por profundas transformações nas últimas décadas. A todo momento surgem novas criminalizações que decorrem da proteção penal que se dá a uma gama de bens jurídicos apenas recentemente merecedores de proteção (v.g. Direito ambiental).

Os novos paradigmas impostos pela sociedade de risco são cada vez mais objeto de normas penais. O mundo globalizado impõe ao direito penal uma mudança de perspectiva para regular questões ligadas: às drogas, ao terrorismo, ao tráfico internacional de armas e pessoas, transplante de órgãos e tecnologia genética, comportamentos socialmente lesivos praticados pelas classes mais elevadas - criminalidade do colarinho branco, etc.²⁷⁰.

Nesse processo, as novas criminalizações não decorrem apenas da expansão do Direito penal em direção aos bens jurídicos penais supra-individuais, ele decorre também de uma antecipação da proibição penal através da formulação de novos crimes de perigo abstrato. Este processo de transformação, ou de criminalização, tem como fundamento o questionamento de que até que ponto se justifica a aplicação de uma pena no caso concreto para prevenir ou para reprimir a violação de determinados bens.

Segundo Renato de Mello Jorge SILVEIRA, a perfilação do direito penal econômico junto a outros ramos do Direito, tais como, o direito ambiental, o direito administrativo, determinam um processo de neocriminalização, sendo motivo de preocupação dos diversos organismos internacionais. Sob a perspectiva do direito penal econômico, o autor aponta que as novas formas

²⁶⁹ Referência citada por BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., pp. 111-112.

²⁷⁰ GRECO, Luís, ob. cit., p. 1.

assumidas pela criminalidade impõem ao direito penal repensar a sua funcionalidade²⁷¹.

Enrique BACIGALUPO afirma que os novos tempos impõem ao direito penal uma nova visão, pautada na premissa básica de que devemos pensá-lo a partir do caráter irrenunciável e necessário de aplicação da pena²⁷².

O que se busca com o presente capítulo é vislumbrar que o processo de expansão do direito penal redimensionou a utilização dos crimes de perigo abstrato como instituto jurídico de criminalização de condutas.

De início, que fique claro: em todas as épocas houve crime de perigo abstrato, mas apenas nas últimas décadas inflamou-se a sua utilização e a discussão sobre a legitimidade dos crimes de perigo abstrato como meio legítimo para a tutela dos novos desafios impostos ao Direito penal contemporâneo²⁷³.

Ângelo Roberto ilha da SILVA destaca que no direito penal romano já existiam crimes de perigo como o fato de se colocar vasilhames sobre o peitoril de janelas para que não ocorresse lesão aos transeuntes. Também, nessa época, tipificava-se a conduta da traição e a covardia como crimes que não exigiam a implementação de dano para a sua consumação²⁷⁴. Mas o que impressiona é o gigantismo assumido pelas novéis tipificações, como no caso dos crimes de perigo abstrato.

Ao lado dos bens jurídicos coletivos, os crimes de perigo abstrato são os principais instrumentos de atuação do direito penal contemporâneo, sendo que, o legislador recorre a essa técnica toda vez que o legislador busca expandir as fronteiras do Direito penal. Ou seja, os crimes de perigo abstrato representam um ponto de interseção da dogmática e da política criminal.

²⁷¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, ob. cit., p. 66.

²⁷² BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal y Estado de derecho**. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2005, p. 11.

²⁷³ GRECO, Luís, ob. cit., p. 2.

²⁷⁴ SILVA, Ângelo Roberto Ilha, ob. cit., p. 50.

2.4.1. Conceito de crime de perigo abstrato

Os crimes de perigo abstrato representam uma técnica utilizada pelo legislador para criminalizar certas condutas independentemente da produção de um resultado externo. Nesse tipo penal a completude se restringe à ação, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato²⁷⁵. Em outras palavras, a prática da conduta indicada na norma exaure os aspectos objetivos do tipo penal, pois o núcleo do tipo penal consiste no desvalor de uma ação e não no desvalor de um resultado.

Claus ROXIN define os crimes de perigo abstrato como sendo aqueles em que se sanciona uma conduta tipicamente perigosa sem que, no caso concreto, tenha que ocorrer a produção de um resultado lesivo.

Segundo autor os crimes de perigo abstrato podem ser divididos em: crimes de perigo abstrato clássicos, nos quais as condutas reconhecidas como merecedoras de tutela estão ligadas ao princípio da culpabilidade²⁷⁶; crimes de perigo abstrato resultantes de ações massificadas ou ações de massas, que se caracterizam por serem crimes em que a punibilidade está inclusa na conduta, embora a situação concreta possa excluir a situação de perigo²⁷⁷; os crimes de perigo abstrato com “bem jurídico intermediário espiritualizado” que se traduz em condutas que, no caso concreto, não precisam colocar em risco o bem jurídico tutelado pelo tipo penal para a subsunção ao tipo respectivo. Nestes delitos, o desvalor da conduta fundamenta a punibilidade²⁷⁸.

²⁷⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 111.

²⁷⁶ O crime descrito no art. 33 da Lei 11.343/2006: Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, caracteriza-se como um crime de perigo abstrato clássico.

²⁷⁷ Os crimes de trânsito são tidos como exemplos de crimes de perigo abstrato de ação massificada. O art. 308 do Código de trânsito Brasileiro, por exemplo, dispõe que participar, na direção de veículo automotor, em via pública, de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada pela autoridade competente, desde que resulte dano potencial à incolumidade pública ou privada.

²⁷⁸ O delito de porte irregular de arma de fogo descrito no art. 12 da Lei 10.829/2003 se caracteriza como exemplo desse tipo de crime de perigo abstrato ao dispor que possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa.

Por fim, os crimes de perigo abstrato que se traduzem em crimes de aptidão abstrata, que segundo Claus ROXIN tais delitos foram introduzidos por SCHRÖDER sob a designação de crimes de perigo abstrato-concreto²⁷⁹.

Para Luís GRECO, os crimes de perigo abstrato são crimes em que não se exige nem uma lesão, nem um perigo de lesão concreto para o bem jurídico protegido. Ou seja, esses crimes declaram puníveis condutas muito mais do que se puniria no caso de estarmos diante de delitos de lesão ou perigo de lesão, haja vista que, nos crimes de perigo abstrato basta a mera prática da conduta descrita para que se incorra na sanção²⁸⁰. Nesses crimes, as atenções estão voltadas para a conduta praticada. Em outras palavras: o desvalor reside na ação e não no resultado, o núcleo do injusto é a conduta²⁸¹.

De acordo com Renato de Mello Jorge SILVEIRA, a criminalização através de crimes de perigo abstrato representa uma lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico centrado exclusivamente em um desvalor da ação, sem que haja um desvalor do resultado. O conteúdo do injusto nos crimes de perigo tem como preocupação fulcral um momento anterior à lesão ao bem jurídico, vale dizer, o resultado. Nos casos de crimes de perigo abstrato a desvalor se esgota em um puro desvalor da ação²⁸².

Segundo Pierpaolo Cruz BOTTINI, os crimes de perigo abstrato recebem os mais diversos tratamentos: crimes de periculosidade, de perigo presumido, de perigo hipotético, de perigo implícito, etc²⁸³.

Ainda segundo o autor, a expressão perigo abstrato não é a forma mais adequada de caracterizar tais delitos. A partir do pensamento de Demosthenes PINHO, ele afirma que o termo perigo é indicativo de dois fenômenos diversos: uma realidade concreta de perigo e uma potencialidade

²⁷⁹ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 407.

Pierpaolo BOTTINI dá como exemplo de um crime de perigo abstrato-concreto o delito do art. 54 da Lei 9.605/1998, delito de poluição, com a seguinte redação: Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora. BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 116.

²⁸⁰ GRECO, Luís, ob. cit., p. 4.

²⁸¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 113.

²⁸² SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, ob. cit., p. 92.

²⁸³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 113.

abstrata de perigo. Essa concepção indica uma situação de ameaça efetiva, real ou concreta, dificultando a sua aplicação aos crimes de perigo abstrato. Assim, quando se fala em crimes de perigo abstrato deveríamos indicar apenas uma probabilidade de lesão e não uma probabilidade de perigo²⁸⁴. No entanto, a nomenclatura mais usual foi adotada nesse trabalho.

Consoante lição de José de FARIA COSTA nos crimes de perigo abstrato a situação de perigo não é elemento do tipo penal, mas ela constitui-se como a sua motivação²⁸⁵. A concepção do autor revela que nos crimes de perigo abstrato há uma presunção juris et de jure da situação de perigo. Trata-se de uma posição majoritária na doutrina e na jurisprudência, como se vê do seguinte julgamento do Superior Tribunal de Justiça, afirmando que o porte ilegal arma de fogo de uso permitido adequa-se ao modelo de crime de perigo abstrato defendido por José de FARIA COSTA:

PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO MUNIDO COM 5 (CINCO) PROJÉTEIS INTACTOS. FATO TÍPICO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. O fato de portar arma de fogo de uso permitido, sem o devido registro, viola o previsto no art. 14 da Lei 10.826/2003, por se tratar de crime de perigo abstrato, principalmente se levar-se em consideração estar o artefato lesivo munido com 5 (cinco) projéteis intactos²⁸⁶.

Vicente GRECO FILHO ao analisar o novo art. 33 da Lei 11.343/2006 preceitua que nesse dispositivo o perigo é presumido em caráter absoluto, bastando para a sua configuração que a conduta seja subsumida em um dos dezoito verbos²⁸⁷. O Superior Tribunal de justiça também se posiciona no mesmo sentido:

ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. LESÃO À SAÚDE PÚBLICA. ORDEM DENEGADA.

1. Os crimes de perigo abstrato são os que prescindem de comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado, ou seja, não se exige a prova de perigo real, pois este é presumido pela norma, sendo suficiente a periculosidade da conduta, que é inerente à ação.

²⁸⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 114.

²⁸⁵ COSTA, José Francisco de Faria da, ob. cit., p. 620.

²⁸⁶ 5ª T. Ag.Rg no REsp 1248502 / PR, rel. Min. JORGE MUSSI, j. 22/11/2011, Dje 05/12/2011.

²⁸⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção – repressão**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 76.

2. As condutas punidas por meio dos delitos de perigo abstrato são as que perturbam não apenas a ordem pública, mas lesionam o direito à segurança, daí porque se justifica a presunção de ofensa ao bem jurídico.

3. Não é possível a aplicação do princípio da insignificância no tráfico de entorpecentes, por se tratar de crime de perigo abstrato, que visa a proteger a saúde pública, sendo irrelevante a pequena quantidade de droga apreendida.

4. Agravo regimental provido para, conhecendo do mérito do habeas corpus no tocante à incidência do princípio da insignificância, denegar-lhe a ordem²⁸⁸. (grifo nosso).

Ferrando MANTOVANI faz a distinção entre os crimes de perigo abstrato e os crimes de perigo presumido. Para o professor da universidade de Florença nos crimes de perigo abstrato a situação de perigo é ínsita na conduta e o juiz deve apenas averiguar a tipificação da conduta. Nos crimes de perigo presumido, a situação de perigo não é ínsita na conduta, pois há uma presunção *juris et de jure* que não admite prova em contrário²⁸⁹. O autor cita como exemplo que justifica essa distinção o art. 309 do Código de trânsito brasileiro – condução de veículo automotor sem habilitação.

De acordo com Ângelo Roberto Ilha da SILVA a doutrina majoritária usa de forma indistinda o termo abstrato como forma de se contrapor ao termo concreto, tomando as expressões abstrato e presumido como sinônimas²⁹⁰.

Entretanto, há, por vezes, um setor doutrinário que pondera que os crimes de perigo abstrato devem gozar de presunção *juris tantum* no que diz respeito à vulneração do bem jurídico. Isso implica na admissão de prova em contrário, no caso concreto, afastando a tipicidade e a consequente descaracterização do delito nos casos em que o bem jurídico não é ameaçado.

A tese da presunção relativa dos crimes de perigo abstrato, em algumas situações, tem sido acolhida por nossos tribunais, como ficou disposto no julgamento do recurso ordinário em Habeas corpus n. 80. 362-8 de São Paulo versando sobre a controvérsia sobre a revogação ou não do art. 32 da

²⁸⁸ 5ª T. AgRg no HC 125332 / MG, rel. Min. JORGE MUSSI, j. 20/10/2011, DJe 14/11/2011.

²⁸⁹ MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale Parte generale**. 6. ed., Padova: Cedam, 2009, p. 225.

²⁹⁰ SILVA, Ângelo Roberto Ilha, ob. cit., p. 74.

Lei de contravenções penais – dirigir sem habilitação – após a edição do código de trânsito brasileiro, que, em seu art. 309 exigiu para a caracterização da figura típica a ocorrência de uma situação de perigo concreto ao utilizar a expressão “perigo de dano”.

Para o Min. Sepúlveda Pertence a direção sem habilitação se restringe a órbita administrativa quando inexistente perigo concreto de dano e a órbita penal quando ficar evidente que houve uma situação de perigo de dano²⁹¹.

Para Ângelo Roberto Ilha da SILVA nos crimes de perigo abstrato o perigo deve ser ínsito na conduta, ou seja, nesses crimes deve-se manter uma presunção absoluta de perigo para a sua adequada tipificação. Por exemplo, nos crimes relativos à moeda falsa, na falsificação ou introdução em circulação de moeda falsa é inadmissível se ponderar que a circulação de poucas cédulas não representariam um potencial abalo nas relações que envolvessem a circulação de moeda²⁹².

Em alguns julgados o Supremo Tribunal Federal parece adotar tal posicionamento:

HABEAS CORPUS. ART. 28 DA LEI 11.343/2006. PORTE ILEGAL DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. ÍNFIMA QUANTIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO. EXISTÊNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO OU PRESUMIDO. PRECEDENTES. WRIT PREJUDICADO. [...] III – No caso sob exame, não há falar em ausência de periculosidade social da ação, uma vez que o delito de porte de entorpecente é crime de perigo presumido. IV – É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos relacionados a entorpecentes. V – A Lei 11.343/2006, no que se refere ao usuário, optou por abrandar as penas e impor medidas de caráter educativo, tendo em vista os objetivos visados, quais sejam: a prevenção do uso indevido de drogas, a atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. VI – Nesse contexto, mesmo que se trate de porte de quantidade ínfima de droga, convém que se reconheça a tipicidade material do delito

²⁹¹ Pleno. RHC n. 80.362-SP, rel. Min. ILMAR GALVÃO, j. 14/02/2001, Dje 04/10/2002.

²⁹² SILVA, Ângelo Roberto Ilha, ob. cit., p. 78.

para o fim de reeducar o usuário e evitar o incremento do uso indevido de substância entorpecente. VII – Habeas corpus prejudicado²⁹³. (nossos os grifos)

Do que expusemos nesse tópico podemos sintetizar que o conceito e a sistematização dos crimes de perigo abstrato esta longe de ser uma matéria pacificada na doutrina e na jurisprudência. Há uma série de entendimentos que tornam a matéria por demais complexa.

3. Desenvolvimento epistemológico dos crimes de perigo abstrato

O estudo do Direito penal envolve um conjunto de disciplinas que procuram sistematizar a análise do fenômeno criminal nos seus mais variados aspectos. Dessa forma, cabe ao estudioso do Direito penal buscar na dogmática, na criminologia e no processo penal os instrumentos necessários para a mitigação do problema relativo ao fenômeno criminal. Cabe a dogmática penal a interpretação, sistematização e o desenvolvimento dos preceitos legais e doutrinários que serão a base para a construção de um sistema conceitual capaz de atender às demandas de uma sociedade, em um dado período histórico.

Claus ROXIN aponta o desenvolvimento da dogmática penal, representada pelas mais diferentes escola penal se dá a partir da sistematização e elaboração das disposições básicas que se colocam como centro da teoria geral do delito. Assim, o sistema de direito penal, visto como um conhecimento ordenado segundo os princípios vigentes deve estar pautado nos conceitos básicos de: ação, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade²⁹⁴.

A sistematização de preceitos legais capazes de criar estruturas e conceitos abstratos foi desenvolvida a partir de propostas metodológicas pelas

²⁹³ 1ª T. HC 102940 / ES, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 15/02/2011, Dje 06/04/2011.

²⁹⁴ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 196.

escolas penais, que tinham como objetivo adequar o direito penal às realidades históricas, político e sociais²⁹⁵.

Enrique BACIGALUPO aduz que a história do Direito penal se confunde com os movimentos intelectuais vivenciados pela Europa nos últimos anos. Tais movimentos constituíam como base para o processo de reforma das legislações penais europeias. Assim, do ponto de vista científico a prática social tornou-se essencial para a criação e ampliação das fronteiras do Direito penal. Dessa forma, a legislação penal atual deriva dos ideais da revolução francesa de 1789, ou seja, o Direito penal moderno está edificado sobre os pilares teóricos do iluminismo enriquecido por considerações teóricas das mais diferentes correntes intelectuais que se formaram com o seu desenvolvimento²⁹⁶.

Basicamente, as escolas penais desenvolveram seus sistemas metológicos a partir de considerações sobre a conceituação do injusto penal, sobre os critérios necessários para a consideração de uma ação penalmente relevante, sobre a função da pena, sobre a relação entre as teorias do delito e da pena, e o modelo adotado pelo Estado na sistematização da sua concepção de Direito penal, como já foi dito. Especificamente, no que tange ao desenvolvimento dos crimes de perigo abstrato, a definição de suas premissas é fruto de um paulatino desenvolvimento metodológico da dogmática penal representado pelas escolas penais.

3.1. Direito penal clássico

O Direito penal clássico surgiu a partir da influência do pensamento iluminista e tem como premissa básica a tentativa de limitação ao *ius puniendi*. Esse período deve ser visto como a busca da superação das tradições medievais e na redefinição da relação entre o indivíduo e o Estado.

²⁹⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 126.

²⁹⁶ BACIGALUPO, Enrique, ob. cit., p. 79.

Esse ramo do direito nasce marcado por pelos princípios da *nullum crimen, nulla poena sine lege*; da racionalidade das penas, a partir de um critério de proporcionalidade entre a lesão praticada e a pena a ser imposta; da concepção de que o delito é algo distinto do pecado, merecendo, portanto, um tratamento diverso; e, sobretudo, da humanização das penas²⁹⁷. Em suma, o período é marcado por uma preocupação na superação das arbitrariedades e da crueldade na aplicação das penas.

Coube a Paul Johan Anselm Ritter von FEUERBACH sistematizar, a partir dos preceitos jusnaturalistas, o direito penal positivo tendo como premissa básica a função preventiva da lei penal, ou seja, o Direito penal tem como tarefa mais importante prevenir a ocorrência do delito mais do que impor uma sanção²⁹⁸.

Para o sistema clássico, as categorias básicas do injusto culpável estavam dispostas sob dois aspectos: um aspecto externo e um interno. O primeiro era composto pelo tipo e a antijuridicidade, e o segundo representaria todos os elementos subjetivos do delito (conceito psicológico da culpabilidade). Para essa teoria o dolo representaria uma das formas da culpabilidade²⁹⁹. A ação tipicamente relevante para o direito penal é aquela que se enquadra ao modelo descrito na lei penal. Assim, o tipo representa uma descrição neutra de uma conduta, ou seja, ele não faz referência a valores seja na construção do sistema, seja na sua interpretação. Tal fato se dá porque o positivismo da época é marcado pelo “negativismo” das ciências metafísicas. Melhor dizendo: o positivismo é marcado por uma limitação da investigação humana, pois há a renúncia de toda a compreensão do direito a partir de suas conexões externas³⁰⁰.

²⁹⁷ BACIGALUPO, Enrique, ob. cit., p. 81.

²⁹⁸ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Prescrição penal: prescrição penal funcionalista**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 35.

²⁹⁹ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 198.

³⁰⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. 2 ed. Buenos Aires: Editorial, p. 167.

O professor Antônio Luís CHAVES CAMARGO afirma que os autores da época clássica pretenderam estabelecer uma dogmática lógica, sem a preocupação de conteúdos valorativos, circunscritos às normas jurídicas³⁰¹.

A tentativa de limitar o poder do Estado será determinante na construção de injustos de resultado, direcionados no sentido de um desvalor dos efeitos externos das ações, em desfavor dos aspectos intencionais ou subjetivos da conduta. Assim, o sistema penal será estruturado sobre a permissão de que o exercício do *ius puniendi* está atrelado à verificação de um dano ou a existência de um perigo efetivo a um bem jurídico³⁰². Por essa lógica, a construção de tipos penais de perigo abstrato, pautados no desvalor da conduta, sem qualquer referência aos resultados exteriores não se compatibiliza com um direito penal voltado para o desvalor do resultado produzido.

Pierpaolo Cruz BOTTINI aponta que as dificuldades da escola penal clássica de lidar com o desvalor da ação como elemento fundante dos ilícitos faz com que BINDING critique a presença dos crimes de perigo abstrato na legislação e proponha sua exclusão. Ele afirma que uma norma penal sem referência a uma modificação exterior representa o direcionamento da sanção penal à mera desobediência, ao simples descumprimento das regras postas. Dessa forma, BINDING não aceita os crimes de perigo abstrato, qualificando-os como uma mera ficção de perigo de resultado. Dito de outra forma, ou o perigo existe de forma concreta ou o delito não existe³⁰³.

Coube a STUBEL a compatibilização dos crimes de perigo abstrato com o pensamento clássico. Para este autor, os delitos de perigo abstrato são delitos de lesão. Isso se dá porque as condutas vedadas por estes tipos penais quando praticadas abalam o âmbito de segurança dos bens jurídicos, ocasionando uma lesão à ordem social estabelecida. O resultado lesivo não é

³⁰¹ CAMARGO, Antônio Luís Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 25.

³⁰² BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., pp. 127-128.

³⁰³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz., Ob. já cit., p. 130.

elemento essencial do tipo, mas uma mera circunstância do acaso, fora do domínio do autor³⁰⁴.

3.2. Neokantismo

A reflexão sobre Kant se inicia, sob direção da escola alemã, como uma resposta ao positivismo e as ciências da natureza que admitiam somente observações causais como único método válido para a ciência do direito³⁰⁵.

O neokantismo pode ser visto como o reconhecimento de que o injusto não pode ser explicado unicamente por elementos puramente objetivos e a culpabilidade não pode ser pautada em elementos exclusivamente subjetivos. Por uma necessidade estrutural a doutrina se viu obrigada a reconhecer que no injusto existem elementos subjetivos, e que a culpabilidade também comporta circunstâncias objetivas, como nas situações de estado de necessidade atual³⁰⁶.

Sob a ótica neokantiana, a tipicidade de uma conduta está ligada a verificação formal de sua adequação à descrição legal e a existência de um significado social, ou seja, de uma materialidade diante dos valores vigentes. Em outros termos, a ação ilícita deve violar os valores presentes na sociedade.

Para Alamiro Velludo Salvador NETTO o neokantismo não implicou em forte e marcante ruptura com positivismo, mas significou uma forma adicional de reflexão, abrindo o sistema jurídico a considerações valorativas e materiais. O grande diferencial dessa fase de evolução da teoria do delito é a integração às categorias jurídicas de valores.

³⁰⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz., Ob. já cit., p. 131.

³⁰⁵ CAMARGO, Antônio Luís Chaves, ob. cit., p. 26.

³⁰⁶ ROXIN, Claus. ob. cit., p. 199.

Por essa razão RADBRUCH afirma ser o Direito uma ciência que se refere a valores.

A partir da percepção de que os valores são elementos imprescindíveis para a compreensão do direito os, elementos da teoria do delito desvinculam-se da realidade legal, na medida em que, a lei deixa de ser considerado um dogma absoluto. Dessa forma, os elementos estruturais do conceito de delitos passam a admitir uma interpretação de acordo com seus fins, conforme os valores que a sociedade lhes atribui, a fim de outorgar-lhes sentido. Um exemplo desse processo é a inserção de elementos normativos no tipo penal. O mesmo se deu com a inserção de elementos normativos na culpabilidade, que deixa de ser meramente psicológica e passa a um caráter psicológico-normativo³⁰⁷.

Sob essa perspectiva, o Direito penal deixa de ser compreendido como um sistema de normas para ser compreendido como sendo um sistema cultural agregador de valor aos seus institutos dogmáticos³⁰⁸.

Nesse período se destacam Edmund MEZGER, Gustav RADBRUCH e M.E. MAYER. Gustav RADBRUCH e M.E. MAYER buscam formular uma teoria jurídica dirigida para os valores que se aglutinam em torno do Direito. Edmund MEZGER se destaca como o penalista que redefine os elementos do crime sob o influxo de um conteúdo valorativo³⁰⁹.

Edmund MEZGER, no seu manual de direito penal, mantém a divisão em injusto objetivo e culpabilidade subjetiva, continuando o dolo como uma forma de culpabilidade. Apesar de não mexer estruturalmente na teoria do delito, o seu pensamento representa uma evolução em relação à teoria clássica, já que o injusto passa a ser valorado do ponto de vista da danosidade social e a culpabilidade se valora a partir da reprovabilidade. Assim, a culpabilidade passa a se caracterizar como um conceito normativo.

³⁰⁷ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena – conceito material de delito e sistema penal integral**. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 67-69.

³⁰⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 133.

³⁰⁹ CAMARGO, Antônio Luís Chaves, ob. cit., p. 27.

Para MEZGER, o perigo representa uma possibilidade imediata, pautada na probabilidade cognitiva da produção de um acontecimento danoso. A análise dessa situação passa, para o autor, necessariamente pela constatação de que uma situação de perigo agrega dois elementos: experiência, com fundamento na realidade empírica; e o elemento normativo, que toma por fundamento os valores vigentes no momento da prática do ato e a realidade envolvida³¹⁰.

Fazendo uma distinção entre as concepções clássica e neokantista, Pierpaolo Cruz BOTTINI afirma que o conceito de perigo abstrato para a escola clássica está centrado em um mero comportamento descrito no tipo penal que detonaria como consequência a imposição de uma sanção penal, pois diante da realidade fática violadora da lei não cabem interpretações. A concepção neokantista, por sua vez, permite a averiguação de um conteúdo material, o que, conseqüentemente, permite afastar o injusto do perigo abstrato nos casos em que o perigo genérico (a periculosidade) não se verifique³¹¹.

3.3. Finalismo

O ponto de partida dessa nova fase do direito penal surge com Hans WELZEL ao criticar o relativismo axiológico e normativista do pensamento neokantiano. Para o penalista alemão a filosofia jurídica neokantiana foi uma teoria complementar ao positivismo³¹².

A base do pensamento finalista está na construção de um Direito penal lógico-objetivo, derivado de uma visão pautada na estrutura real e ontológica do mundo tendo como ponto central a concepção finalista da ação. Essa teoria se afasta da abstração excessiva do pensamento neokantista para conceber um Direito penal independente dos valores culturais momentaneamente vigentes na sociedade.

³¹⁰ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 199.

³¹¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., pp. 134-135.

³¹² CAMARGO, Antônio Luís Chaves, ob. cit., p. 28.

Nessa concepção, a conduta penalmente relevante é aquela pautada em uma ação ou omissão final, dirigida a um acontecer causal. A direção finalisticamente orientada está ligada a antecipação da finalidade do agente e a seleção dos meios para a consecução do resultado pretendido pelo agente que, no ato de execução, será exteriorizado por meio da prática de atos.

Com o finalismo o conceito de ação deve ser ontológico, como um exercício da atividade final - conceito da realidade - tendo natureza pré-jurídica, pois existe antes da própria valoração jurídica. Para Welzel é a vontade consciente dirigida a um fim que determina o acontecer causal, este prévio³¹³.

Com o finalismo o Direito penal deixa de ser um instrumento voltado para a retribuição – ex post – para se transformar em um sistema voltado para a prevenção, a partir de uma perspectiva ex ante. Partindo dessa premissa, WELZEL aponta que o conceito de perigo será determinado por uma situação fática em que a produção de determinadas consequências não é desejável, mas é provável. Dessa forma, apenas comportamentos humanos finais é que são capazes de criar situações de risco penalmente relevantes³¹⁴.

A metodologia do finalismo torna-se importante para a compreensão dos fins do direito penal e da pena bem como, do sistema fechado que lhe é derivado. O desenvolvimento de uma teoria geral da ação ou do comportamento humano influencia no entendimento das limitações do direito penal e do papel que ele pode exercer dentro das comunidades. A partir da percepção da intencionalidade como elemento da ação humana, através da antecipação das metas e da eleição dos meios, o desvalor conferido pelo direito penal não poderá mais residir apenas no resultado. Isso não quer dizer que o direito penal não se interessa pelo resultado. Não é isso. Mais importante que as consequências são as condutas, sempre inspiradas pela negação de valores sociais e regidas pela intencionalidade que as comanda³¹⁵.

³¹³ CAMARGO, Antônio Luís Chaves, ob. cit., p. 28.

³¹⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., pp. 134-135.

³¹⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 136.

³¹⁵ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo, ob. cit., pp. 75-76.

Para o finalismo a vontade humana é o fator configurador objetivo da ação, dirigindo-se para a consecução de seu objetivo (realização da vontade). O dolo pertence à ação como fator configurador objetivo. Para o penalista de Bonn não existem ações finalistas per se, mas ações relacionadas com as conseqüências propostas pela vontade final. Uma ação finalista de matar pode ocorrer não somente como é o fim precipuamente perseguido pelo sujeito ativo, mas quando é um meio eleito para alcançar um determinado objetivo³¹⁶.

A metodologia finalista é adequada aos crimes de perigo concreto, pois eles permitem a verificação dos elementos objetivos e subjetivos inerentes à tipicidade. No que tange aos crimes de perigo abstrato, a aplicação dos conceitos finalistas não é simples. O aspecto objetivo do tipo penal não tem relação com a realidade dos fatos, constituindo-se como algo meramente formal e alheio a realidade. Essa construção vai de encontro com a concepção de que o injusto encontra fundamento em um elemento subjetivo da conduta. Assim, para os finalistas nos crimes de perigo abstrato o aspecto subjetivo estaria reduzido à mera intenção de realizar o tipo formal, se prescindido da intencionalidade da produção de uma situação de perigo³¹⁷.

3.4. Concepções pós finalistas

A sociedade contemporânea é marcada por uma enorme complexidade social e o risco como fator estruturante impõe o surgimento de novos problemas que não encontram solução nos critérios jurídicos tradicionalmente usados. Essa realidade impõe a reflexão sobre os fundamentos que o Direito penal tem o enfrentamento da nova realidade.

Segundo Fabio Roberto D'AVILA diante da complexa rede de relações sociais dessa sociedade a ciência jurídico-penal se depara com a tarefa de zelar pelos direitos fundamentais, de zelar pelo equilíbrio e

³¹⁶ MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Direito penal: volume 1 – parte geral**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 602-603.

³¹⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 136.

racionalidade na atuação reservada à sua intenção³¹⁸. Dentro dessa perspectiva, surgem diversas propostas que buscam a ampliação da intervenção penal através da antecipação da tutela penal como forma de controlar atividades potencialmente arriscadas.

No horizonte pós-finalista o Direito penal deve ser (re) compreendido e (re) estruturado em nome das demandas sociais. Vale dizer: inauguram-se novos pontos de partida e novos pontos de chegada.

3.4.1. Mirentxu Corcoy Bidasolo

3.4.1.1. Apontamentos sobre o conceito de perigo

A análise que Mirentxu CORCOY BIDASOLO faz dos crimes de perigo abstrato toma como ponto de partida as diversas concepções que o conceito de perigo tem para o Direito penal.

Para Mirentxu CORCOY BIDASOLO, o conceito de perigo sempre foi objeto de estudo da ciência penal. O interesse doutrinário que o tema revela está ligado à influência que análise da situação de perigo exerce sobre vários institutos do direito penal: a imputação objetiva, a tentativa, as causas de justificação, a teoria do erro, dentre outros são institutos que tem no perigo um dos seus elementos constitutivos. Assim, o conceito de perigo não afeta somente os crimes de perigo, mas a própria intervenção penal³¹⁹.

Seu conceito de perigo está ligado há uma concepção normativa pautada na idéia de que uma conduta penalmente relevante é aquela viola um dever de cuidado, ou seja, o tipo objetivo supõe a criação de um risco para um bem jurídico-penal. Por conseguinte, a constatação da existência de um perigo idôneo se faz ex ante, e constitui-se como pressuposto comum de todos os

³¹⁸ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.15.

³¹⁹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos**. Valencia: Tirant Lo Blanch. 1.999, p. 31.

delitos, seja um crime de perigo ou crimes de lesão, sejam crimes dolosos ou imprudentes³²⁰.

Partindo dessa concepção surge um problema: quando se pode afirmar que uma conduta tem idoneidade ex ante para lesionar um bem jurídico? Quando que uma situação de perigo coloca em risco um bem jurídico?

Segundo Mirentxu CORCOY BIDASOLO, o único critério válido para responder a essa questão é o normativo que se define pela probabilidade de lesão de um bem jurídico penal. Essa probabilidade está assentada, inicialmente, na idoneidade que esse perigo tem para lesionar o bem jurídico. Assim, primeiramente o que interessa para o direito penal é uma situação de perigo adjetiva de um comportamento que pode ser objeto de uma proibição penal. Depois, em um segundo momento, deve-se analisar essa situação de perigo segundo a categoria de bem jurídico-penal afetado e segundo o âmbito de atividade que se desenvolve a situação de perigo, pois o risco permitido toma como fundamento os dois fatores³²¹.

O conceito normativo de perigo terá como limite lógico a premissa de que o legislador não pode agir contra as leis de estatística, ou seja, ele não pode qualificar normativamente uma conduta como perigosa se ela, de acordo com as leis da estatística, não for objetivamente idônea para produzir uma lesão. Segundo a autora, não se tratar de seguir uma interpretação ontológica da probabilidade – entendida como probabilidade objetiva dos acontecimentos – mas de seguir uma probabilidade que ocorre com frequência relativa, tomada segundo um método estatístico e concebida segundo um critério objetivo-real.

Em suma, a probabilidade de lesão relevante para o Direito penal é aquela que dependerá de um grau de risco permitido que exista no caso concreto e que dependa, no caso concreto, de uma ponderação sobre a utilidade social da atividade a ser desenvolvida³²².

³²⁰ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, ob. cit., pp. 40-41.

³²¹ Idem, ob. cit., pp. 45-47.

³²² CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, ob. cit., p. 50.

Em conclusão, podemos afirmar que Mirentxu CORCOY BIDASOLO define o conceito de perigo a partir de uma perspectiva normativa. O perigo normativo deve ser entendido como sendo uma probabilidade de lesão de um bem jurídico-penal, na medida em que, essa probabilidade se coloca como elemento objetivamente legitimador da consideração típica dessa conduta. A mensuração da probabilidade se faz tomando em consideração as leis da estatística, a classe de bens jurídicos afetada e a utilidade social da conduta desenvolvida. Dessa forma, a qualificação de uma conduta como perigosa parte, necessariamente, da constatação de que ela provavelmente, no caso concreto, irá lesar bens jurídicos penais através da sua exposição a perigo.

3.4.1.2. Apontamentos sobre o conceito de delito de perigo abstrato

O conceito de perigo sempre foi objeto de estudo da ciência penal. O interesse doutrinário está ligado à influência que a análise da situação de perigo exerce sobre vários institutos do direito penal: a imputação objetiva, a tentativa, as causas de justificação, a teoria do erro, etc. são alguns exemplos que podem ser citados com os institutos que mantém com o perigo uma relação muito próxima. Em razão do que foi dito, esse o conceito assume uma dimensão teórica que transcende os crimes de perigo para se colocar como ponto de partida da intervenção penal.

No que tange aos crimes de perigo, Mirentxu CORCOY BIDASOLO afirma que eles partem de uma valoração *ex ante*, centrada na consideração do perigo como elemento do injusto típico e na valoração *ex post* feita pelo aplicador do direito ao verificar que a conduta, no caso concreto, foi capaz de criar uma situação de risco violadora de um bem jurídico. Essa dupla valoração é de suma importância quando se percebe que determinadas atividades desenvolvidas em nossa sociedade apresentam um elevado nível de risco, mas

elas devem ser mantidas em nome da sua importância e utilidade social quando não elevam o risco acima do permitido³²³.

Essa concepção apresentada por Mirentxu CORCOY BIDASOLO relaciona os crimes de perigo com a proteção dos bens jurídicos supraindividuais³²⁴, na medida em que, esses tipos penais não tutelam apenas o risco que determinadas atividades ou determinados produtos representam, eles tutelam a confiança do consumidor e de todos os usuários de produtos que estão no mercado³²⁵.

No caso do tráfico de drogas, na tutela da saúde pública do indivíduo há a proteção de interesses individuais que estão de acordo com os interesses públicos de segurança coletiva, morais e culturais³²⁶. No que diz respeito à prática de atividades ligadas a riscos no presente e no futuro, como a manipulação genética, a exploração de energia nuclear, a proteção do meio ambiente, Mirentxu CORCOY BIDASOLO fundamenta os crimes de perigo na premissa de que se esses bens jurídicos forem lesados no presente o que estará em jogo é a própria existência futura da sociedade³²⁷.

Também o desenvolvimento de certas atividades socioeconômicas, pela complexidade da sua estrutura, merece uma proteção especial para o seu correto funcionamento. Dessa forma, o desenvolvimento dos institutos de direito penal econômico representa a concretização da proteção dos bens jurídicos supraindividuais complexos, que tem repercussão e o sobre os bens individuais igualmente afetados³²⁸. Em outras palavras, o que se tutela é o correto funcionamento das relações socioeconômicas, é a confiança de que essas relações irão se desenvolver dentro de padrões aceitáveis.

Segundo Mirentxu CORCOY BIDASOLO os crimes de perigo abstrato estariam legitimados a tutela dos interesses gerais e funcionais das instituições públicas. Isso se dá em virtude da complexidade que essas

³²³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, ob. cit., p. 226.

³²⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 142.

³²⁵ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, ob. cit., p. 228.

³²⁶ Idem, ob. cit., pp. 228-231.

³²⁷ ob. cit., pp. 232- 235.

³²⁸ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, ob. cit., p. 236.

instituições e o interesse público representam. Esse binômio – complexidade e interesse público – determinam a criação de mecanismos de controle externos, que muitas vezes, se colocam como tipos penais capazes antecipar a tutela penal.

O bom funcionamento da administração pública afeta os interesses coletivos e qualquer conduta capaz de colocar em risco esse bem jurídico poderá desestabilizar o sistema político. Assim, a intervenção penal se faz em nome da segurança e da confiança no correto funcionamento dessas instituições³²⁹. No caso dos crimes contra a administração da justiça a perspectiva também é tutelar a confiança e a segurança, pois o que se salvaguarda são os interesses gerais da correta solução dos conflitos sociais. Assim, a inclinação de condutas que impedem ou dificultam tal solução que apresentam uma tentativa do sistema penal de apresentar solução aos conflitos sociais.

Dentro desse grupo também estão os crimes contra a ordem pública, com o porte de arma, v.g., contra a paz pública e aqueles ligados à segurança nacional. Em todos os casos a legitimidade dos crimes de perigo abstrato está ligada a idéia de proteção do exercício do poder do Estado. Consequentemente, a proteção penal na ordem pública fundamenta-se na manutenção da segurança das manifestações coletivas na vida social³³⁰.

A análise de todas essas tendências apresentadas por Mirentxu CORCOY BIDASOLO revela que os crimes de perigo abstrato seriam delitos de lesão a bem jurídicos coletivos – supraindividuais – ligados a proteção da segurança e da confiança dos indivíduos em certas instituições ou no desenvolvimento de atividades sem o incremento das situações de risco socialmente aceitas.

3.4.2. José Manuel Paredes Castañon

³²⁹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, ob. cit., p. 242.

³³⁰ Idem, ob. cit., pp. 242 – 245.

Ao analisar as bases políticas criminais dos delitos econômicos José Manuel PAREDES CASTAÑON afirma que a utilização da técnica de tipificação de condutas por meio de crime de perigo abstrato é cada vez mais comum. Há uma tendência que a antecipação da tutela penal que, em princípio, prescinde do requisito de uma lesão efetiva dos bens jurídicos para se conformar com a aplicação da pena a partir da mera colocação em risco no mesmo³³¹.

A grande dificuldade surgida dessa técnica está em precisar, de forma suficiente, a definição de um bem jurídico protegido e em qual momento ele poderá ser considerado lesionado. Segundo o autor, a análise dos problemas deve partir de duas considerações: primeiro, o direito penal clássico não consegue regular satisfatoriamente as novas formas de delinquência; segundo, a técnica dos crimes de perigo abstrato está ligada a existência de bens jurídicos intermediários, ou seja, nem jurídicos de titularidade coletiva e relacionados a outros de natureza individual.

O meio ambiente, por exemplo, sua perturbação assume uma dimensão sistêmica, como fator de legitimação, e ao mesmo tempo desperta interesse individual na sua manutenção para as presentes e futuras gerações. Tal fato legitima a utilização dos crimes de perigo abstrato na tutela desse bem jurídico³³².

José Manuel PAREDE CASTAÑON afirma que a realidade econômica da sociedade contemporânea legitima a utilização de tipos penais de perigo abstrato, na medida em que: os elevados níveis de risco para os interesses individuais e coletivos derivam de condutas individuais que trazem consequências coletivas devido ao elevado grau de integração social existente. Também a economia de mercado de escala global cria uma série de dificuldades de gerenciamento e distribuição de bens públicos. Esse fenômeno cria o que o autor chama de “free riders” ou pessoas que não contribuem para o financiamento da produção, mais que estão se beneficiando dos produtos através do seu consumo.

³³¹ PAREDES CASTAÑON, José Manuel. **Los delitos de peligro como técnica de incriminación em el derecho penal económico: bases político criminales**, 2001, p. 96.

³³² BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., pp. 141-142.

Outra consideração que pode ser feita é de que existe um distanciamento dos sistemas econômicos – macro e micro econômico – das condições pressupostas pela teoria econômica. Esse afastamento gera a insegurança nos mercados, pois o nível de gerenciamento e controle escapa às mãos dos mecanismos tradicionalmente utilizados. A consequência, segundo o autor é uma crise das instâncias não penais de intervenção pública e a necessidade de uma intervenção penal como forma de garantir as condições minimamente necessárias para estabilização das relações sociais³³³.

Todas as premissas supracitadas estão ligadas a necessidades socioeconômicas que devem ser perseguidas pelo sistema jurídico como objeto idôneo de proteção em um dado momento concreto. As fixações desse objeto e de quais comportamentos serão objeto de proteção jurídico-penal só se legitima quando as condutas apresentarem uma transcendência capaz de colocar em risco todo o sistema social.

Sobre a utilização da técnica dos crimes de perigo abstrato José Manuel PAREDE CASTAÑON adverte que a tipificação deve ser precedida da verificação de que a criminalização da conduta é a única forma possível de intervenção. Ou seja, a criminalização da conduta é o único meio de tutela do bem jurídico, já que uma intervenção menos restritiva se mostra ineficaz para o objeto em questão³³⁴.

Dessa forma, o que o legislador deverá fazer é buscar alternativas eficientes para a intervenção. Não encontradas tais alternativas ele deverá criminalizar a conduta, respeitando o princípio da subsidiariedade penal, mas considerando que não existe razão nenhuma para exigir o sacrifício de bens merecedores de proteção – bens de transcendência social – em nome de um sistema de garantias clássicas que estão ligadas ao um Estado economicamente organizado de outra forma.

3.4.3. Blanca Mendoza Buergo

³³³ PAREDES CASTAÑON, José Manuel, ob. cit., p. 101.

³³⁴ PAREDES CASTAÑON, José Manuel, ob. cit., p. 125.

A análise de Blanca MENDOZA BUERGO parte da premissa de que o direito penal contemporâneo é marcado pela flexibilização da suas estruturas dogmáticas tradicionais diante dos novos padrões impostos pela sociedade de risco³³⁵.

Dos vários pontos que merecem destaque na construção do Direito penal contemporâneo Blanca MENDOZA BUERGO centra a discussão sobre a existência de um direito penal do risco ou da segurança. A construção desse direito penal prevencionista provoca discussões sobre a legitimidade desse ramo do direito para enfrentar os novos contextos sociais.

As críticas dirigidas ao direito penal da sociedade de risco estão ligadas, fundamentalmente, aos instrumentos dogmáticos que ele utiliza para a “funcionalização” das suas estruturas e conceitos. Essa funcionalização provoca a mitigação nos princípios e garantias clássicos do Estado Democrático de Direito. Dessa forma, a discussão sobre os novos contornos do direito penal passa pelo sopesamento da seguinte questão: até que ponto o respeito a uma sistemática garantista e a princípios ligados a um Estado liberal é capaz de atender às novas necessidades? Ou melhor, até que ponto as transformações justificam uma mudança no modelo de direito penal? Para Blanca MENDOZA BUERGO estamos diante de um dilema que opõe o direito penal eleito (que temos) ao direito penal em construção (que queremos)³³⁶.

Partindo dessa contextualização, Blanca MENDOZA BUERGO afirma que a evolução do direito penal é marcada por um extraordinário aumento dos delitos perigo abstrata, pois nessa elaboração punem-se condutas através da antecipação da tutela, punem-se, também, delitos de empreendimento nos quais há a punição de atos preparatórios etc. Dessa forma, o que se busca com essa técnica de tipificação de condutas é ampliar a capacidade de resposta e a eficácia do controle dessas condutas através da facilitação da aplicação dos tipos penais³³⁷.

³³⁵ MENDOZA BUERGO. Blanca, ob. cit., p. 65.

³³⁶ MENDOZA BUERGO. Blanca, ob. cit., pp. 65 – 67.

³³⁷ MENDOZA BUERGO. Blanca, ob. cit., p. 78.

Segundo Blanca MENDOZA BUERGO os crimes de perigo abstrato não objetivam evitar a produção imprudente de um resultado lesivo, o que se busca é antecipar a tutela penal para a grande e melhor a segurança. Dessa forma, a técnica possibilita a tutela da segurança enquanto bem jurídico. Em outras palavras, evitar a produção de danos concretos não é o objeto primário de proteção desses tipos penais, mas a segurança³³⁸.

O incremento da utilização dos crimes de perigo abstrato, a partir de uma perspectiva formal e tradicionalista, determina o surgimento uma série de problemas que a doutrina contemporânea tem enfrentado. O principal reside na afirmação de que o direito penal se converteu em um instrumento ilegítimo diante de condutas que não apresentam periculosidade desde a sua realização, mas que são formalmente típicas³³⁹.

A questão básica reside em como a construção dogmática dos crimes de perigo abstrato ou a sua utilização pode ocorrer sem conflitar com os princípios básicos informadores do direito penal. Assim, a crescente utilização dos crimes de perigo abstrato provoca o surgimento de demandas preventivas em nome da maior efetividade da proteção da segurança diante dos novos e crescentes perigos. O ponto chave é saber se os benefícios da utilização dos crimes de perigo abstrato são maiores que a utilização de estruturas dogmáticas habituais que representam um modelo garantista³⁴⁰.

A partir desse quadro geral, Blanca MENDOZA BUERGO assevera que a fundamentação dos crimes de perigo abstrato está pautada nas teorias de presunção de perigo e no paradigma da lesão da segurança, no desvalor da ação como referencial para o injusto.

No que diz respeito às teorias da presunção de perigo, Blanca MENDOZA BUERGO afirma que a doutrina, tradicionalmente, está dividida em duas vertentes: a teoria da presunção de perigo e a teoria da periculosidade geral. Para a primeira, a legitimidade da punição está baseada na presunção

³³⁸ Idem, ob. cit., p. 79.

³³⁹ ob. cit., p. 80.

³⁴⁰ MENDOZA BUERGO. Blanca, **El Derecho penal em la sociedade de riesgo**. ob. cit., p. 82.

legal – iuris at de iure – levada em consideração em um primeiro momento e na presunção iuris tantum, levada em consideração diante do fato concreto. Essa presunção iuris tantum serve como proposta limitadora da presunção legal³⁴¹. A segunda vertente, periculosidade geral ou periculosidade como motivo para o legislador, parte da consideração de que uma classe de condutas são perigosas, e, por isso mesmo, aptas a ensejar a proteção penal³⁴².

A legitimidade dos crimes de perigo abstrato quanto ao paradigma da lesão da segurança está ligado à premissa de que tais crimes concedem o perigo como uma perturbação própria e específica que não se define pelo estado prévio de lesão, mas pela violação, em si mesmo, da segurança do bem jurídico³⁴³. Assim, o que interessa nesse paradigma é fixar a lesividade específica de um comportamento tipificado com um crime de perigo abstrato, já que tais tipos penais irão afetar as condições de segurança necessárias para possibilitar a disposição ou não de determinados bens. Há, portanto, a criação de “standartes” de segurança cuja existência é necessária para a disposição racional de certos bens jurídicos³⁴⁴.

3.4.4. Urs Konrad Kindhäuser

A proposta de Urs KINDHÄUSER busca compatibilizar os crimes de perigo abstrato com a proteção dos bens jurídicos.

Partindo da premissa, tradicionalmente aceita, de que a finalidade da norma penal é a proteção dos bens jurídicos frente às lesões, o autor considera que os crimes de perigo abstrato representam uma forma de lesão sui generis, um dano próprio desses crimes. Dessa forma, os crimes de perigo abstrato

³⁴¹ MENDOZA BUERGO. Blanca, **La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstrato**. Revista de derecho penal y criminología. 2. ep. Enero 2002, n. 9, pp. 45-46.

³⁴² MENDOZA BUERGO. Blanca, ob. cit., p. 47.

³⁴³ MENDOZA BUERGO. Blanca, ob. cit., p. 49.

³⁴⁴ Idem, ob. cit., p. 50.

representam condutas que tem uma lesividade própria e independe e que são capazes de afetar o poder de disposição dos bens jurídicos de forma segura³⁴⁵.

Luís GRECO afirma que a concepção de Urs Kindhäuser transforma a segurança em bem jurídico³⁴⁶.

Segundo Urs KINDHÄUSER, os delitos de perigo abstrato são delitos em que o injusto não está voltado para a violação da substância do bem jurídico, mas para um esquema espaço temporal chamado de “paradigma da agressão”. Por esse paradigma os delitos de perigo podem ser classificados em duas modalidades: os delitos de planejamento ou preparação e os delitos de lesão.

Os delitos de planejamento ou preparação descrevem condutas que tornam possível um evento subsequente. Nesses casos, o paradigma da agressão deve ser analisado em cada estágio de realização da conduta delituosa segundo a sua proximidade com a lesão, de forma que, nestas situações a caracterização do resultado está diretamente ligada à colocação em perigo concreto de um bem jurídico afetado³⁴⁷.

A proposta de Kindhäuser parte da premissa de que o bem jurídico representa uma condição para o livre desenvolvimento do indivíduo, de modo que, a lesão a segurança passa a ser vista como um dano. Essa lesão a segurança legitima a intervenção penal através dos crimes de perigo abstrato. Em outras palavras, nos crimes de perigo concreto de dano a tutela está ligada à disposição dos bens jurídicos pelo titular e a lesão do objeto, ao passo que, nos crimes de perigo abstrato tutela-se a segurança dos bens jurídicos como forma de se possibilitar o livre desenvolvimento do indivíduo³⁴⁸.

Para Pierpaolo Cruz BOTTINI, Kindhäuser busca estabelecer um critério material ao estabelecer como premissa para a construção do injusto

³⁴⁵ MENDOZA BUERGO. Blanca, **La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstrato**, ob. cit., p. 49.

³⁴⁶ GRECO, Luís, ob. cit., p. 8.

³⁴⁷ A referência foi dada pelo professor Urs KINDHÄUSER no 14º Seminário intercional realizado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, em 26 a 29 de agosto de 2008, São Paulo. pp. 5-6.

³⁴⁸ GRECO, Luís, ob. cit., p. 9.

penal a consideração de que os crimes de perigo abstrato representam uma violação de um bem jurídico específico – a segurança do usufruto dos mecanismos de participação social³⁴⁹.

José CEREZO MIR, ao discorrer sobre a proposta de Kindhäuser, pondera que o penalista alemão vê nos crimes de perigo abstrato condutas que produzem um dano *sui generis*, na medida em que, a sua conduta se dá em detrimento do poder de dispor dos bens jurídicos de forma segura. Dessa forma, Kindhäuser considera que os delitos de perigo abstrato se projetam para outro bem jurídico – a segurança – que admite três formas de violação: a lesão, o perigo concreto e a violação através da perturbação das condições de segurança que são imprescindíveis para a fruição despreocupada dos bens³⁵⁰.

Em conclusão, podemos afirmar que Urs KINDHÄUSER vê nos crimes de perigo abstrato tipificações que resultam lesivo advindas de uma reação estatal que se dá em virtude da inobservância dos padrões mínimos de segurança. Dentro dessa perspectiva, importa notar que o autor não trata os crimes de perigo abstrato como crimes meramente formais, pois a sua concepção busca superar o paradigma de que o direito penal tem a missão de ser um simples garantidor das expectativas sociais através da valorização do cumprimento das normas independentemente do resultado e de suas consequências.

3.4.5. Klaus Tiedmann

Klaus TIEDMANN parte da concepção de que o Estado social possui extensas tarefas que preventivas e deveres de proteção ético social que impõe ao direito penal um novo papel diante das novas formas de criminalidade. Entre as tarefas está à garantia de funcionamento da ordem econômica, do meio ambiente, das relações de consumo, etc.. Todos esses bens jurídicos

³⁴⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 141.

³⁵⁰ CEREZO MIR, José. **Los delitos de peligro abstrato em el ámbito del derecho penal del riesgo**. revista de derecho penal y criminología, n. 10. 2002, pp. 63-64.

representam “valores comunitários autônomos” que devem ser reconhecidos como merecedores da tutela penal.

O direito penal está legitimado a intervir para sedimentar os novos valores sociais, na medida em que, ele tem uma “função de pioneirismo” na tutela desses valores. O pioneirismo penal trará como consequência à revisão do dogma da subsidiariedade ou ultima ratio penal através da criação de tipos penais de prova facilitada que tem como escopo punir as condutas pautadas em culpa grave onde for difícil provar o dolo. Essa construção dá ao direito penal a função de superar as dificuldades enfrentadas pelo direito probatório do processo penal.

Por fim, Klaus TIEDMANN afirma que se o legislador optou por tutelar os novos bens jurídicos por meio do direito penal, essa escolha deve ser respeitada por se traduzir em uma prerrogativa de avaliação que coloca esse ramo do ordenamento jurídico como o mais idôneo para a tutela daquilo que ele entender ser indispensável ao convívio social. Dessa forma, se o direito penal for escolhido como meio idôneo e mais adequado de tutela de bens jurídicos não se pode afirmar que seus institutos representem violações aos limites do que é constitucionalmente permitido³⁵¹.

3.4.6. José Maria Escrive Gregori

Segundo José Maria ESCRIVA GREGORI a ausência de um conceito legal de perigo e impõe ao jurista a tarefa de buscar em comportamentos básicos uma situação que possa delinear uma situação de perigo capaz de despertar um interesse penalmente relevante. Assim, ele afirma que o perigo que deve ser levado em conta é a probabilidade uma possibilidade de produção de um resultado e o caráter lesivo desse resultado³⁵².

³⁵¹ GRECO, Luís, ob. cit., p. 6.

³⁵² ESCRIVA GREGORI, José Maria. **La puesta en peligro de bienes jurídicos em derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1985, p. 18.

No que tange a noção de probabilidade, o autor afirma que a sua delimitação implica em uma série de questionamentos: em primeiro lugar, devemos partir da necessidade de distinguir o desenvolvimento objetivo de um acontecimento das convicções subjetivas dos indivíduos, pois essas convicções podem desempenhar um papel na indagação empírica, mas não pode desempenhar papel de elemento necessário para a afirmação com ligação de um fenômeno real que coloquem em risco um determinado bem jurídico.

Em segundo lugar, o autor destaca que o medo exerce um papel de destaque na definição do perigo como probabilidade de um resultado temido. Isso se dá porque o medo se coloca como um elemento de ordem psicológico-emotiva a ser considerado na nova ordenação social advinda da sociedade de risco. O mundo tem medo, e esse medo acaba por exacerbar a definição dos critérios de seleção de condutas penalmente relevantes. Em outras palavras, o medo acaba por exacerbar os critérios de definição do que pode ser entendido ou não como conduta perigosa³⁵³.

Do que foi exposto é possível concluir, parcialmente, que o conceito de probabilidade de perigo não são unívocos e essa característica dificulta a construção dogmática dos crimes de perigo.

Para José Maria ESCRIVA GREGORI não é possível estabelecer um conceito unitário (geral) de perigo, que sirva de base para todos os crimes de perigo, pois os crimes de perigo e o conceito de perigo representam realidades distintas. Assim, alguns tipos penais valoram a conduta em si mesma e os delitos acabam por se traduzir em crimes formais ou de mera conduta. Em outros casos, o que se valoriza é a pressuposição de um resultado lesivo a partir de uma conduta punível³⁵⁴. Todas essas dificuldades permitem concluir que não há como formular um conceito geral de perigo que seja capaz de legitimar a construção dogmática dos crimes de perigo, nas suas mais variadas formas.

³⁵³ ESCRIVA GREGORI, José Maria, ob. cit., p. 21.

³⁵⁴ ESCRIVA GREGORI, José Maria, ob. cit., p. 31.

A respeito dos crimes de perigo abstrato José Maria ESCRIVA GREGORI aponta que a sua diferenciação dos crimes de perigo concreto apresenta algumas dificuldades, mas a doutrina está inclinada a considerar que os crimes de perigo concreto representam tipos penais que trazem consigo uma situação de perigo como elementar do tipo, ao passo que nos crimes de perigo abstrato a situação de perigo é valorada pelo legislador ao tipificar a conduta, pois ela se traduz no motivo determinante do processo de tipificação da conduta e não sua elementar³⁵⁵.

Dessa forma, nos crimes de perigo abstrato não se exige uma comprovação da situação de perigo por parte do operador do direito, como ocorre nos crimes de perigo concreto. Nos crimes de perigo abstrato há uma presunção *iuri et de iure* da situação de perigo que serviu para estartar o legislador.

Por fim, o autor tomando por base o pensamento de Schröder destaca que ao lado dos crimes de perigo abstrato e dos crimes de perigo concreto existem normas penais que combinam os elementos de caráter abstrato com elementos de caráter concreto. Para tais delitos a lei estabelece a existência de uma situação de perigo que deve ser valorada no caso concreto. A legitimidade dessa técnica está na justificativa de que o julgador poderia decidir – no caso concreto – sobre a periculosidade da conduta diante de uma situação concreta, a partir dos preceitos estabelecidos pelo sistema jurídico-penal³⁵⁶.

3.4.7. Teresa Rodriguez Montañes

Segundo Teresa RODRIGUEZ MONTAÑES, os crimes de perigo abstrato têm assumido uma importância crescente das reformas legislativas dos últimos anos. Ela afirma que Lackner jamais poderia imaginar que os crimes de perigo, descritos inicialmente como uma “mancha de azeite” na dogmática penal fossem se converter nos “filhos” prediletos do legislador para

³⁵⁵ ESCRIVA GREGORI, José Maria, ob. cit., p. 69.

³⁵⁶ Idem, ob. cit., p. 72.

a tutela de situações que envolvem trânsito, saúde pública, meio ambiente, condições de segurança do trabalho, manipulação e transporte de substâncias perigosas, relações econômicas, relações consumeristas, etc.

Enfim, os crimes de perigo passaram a tutelar bens jurídicos que demandam uma necessidade crescente de antecipar as barreiras de proteção do direito penal a estágios prévios à produção de um resultado. Essa antecipação se dá, segundo a autora, em nome da efetividade da proteção³⁵⁷.

A autora destaca que nem a existência, nem o conceito de crime de perigo são criações do legislador da dogmática contemporânea, pois desde os primeiros códigos penais eles foram incorporados à realidade jurídica.

Contudo, na sociedade contemporânea, mais especificamente, a partir da segunda metade do século XX quando os riscos assumem a condição de ingredientes da vida social é que se consolida a tendência de antecipação da tutela penal sancionadora de condutas perigosa por si mesma, desvinculando-as dos resultados lesivos. Até então, a antecipação da proteção penal está restrito a punição na tentativa, que está limitada subjetivamente pela exigência do dolo de lesão. Essa antecipação se mostrou insuficiente diante das novas demandas.

Assim, diante das novas demandas sociais e do incremento tecnológico da sociedade de risco admite-se a prática de condutas perigosas em nome do desenvolvimento social, desde que, tais condutas respeitem certos limites de risco. É a superação dos limites de risco que determina a antijuridicidade da conduta, ou seja, é a inobservância dos limites de risco permitido que acaba por estabelecer uma conexão entre os crimes de perigo e os crimes imprudentes.

Dessa forma, Teresa RODRIGUEZ MONTAÑES afirma que os crimes de perigo surgem para castigar a realização condutas perigosas e imprudentes sem que o resultado lesivo se produza.

³⁵⁷ RODRIGUEZ MONTAÑES, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudência**. Madrid: Rubinzal Y Asociados Editores, 1994, pp. 3-5.

Em outras palavras, os crimes de perigo representam a antecipação das barreiras de proteção do delito imprudente, castigando - excepcionalmente - uma tentativa imprudente diante da importância do bem jurídico posto em perigo. Normalmente, essa tentativa não despertaria o interesse da tutela penal, mas a importância do bem jurídico muda esse quadro ao legitimar a intervenção penal.

Para Teresa RODRIGUEZ MONTAÑES, a legitimidade dos crimes de perigo está ligada à natureza da atividade e da experiência acumulada pela organização social que permitem tipificar normas de cuidado com suficiente precisão, sem violar o princípio da segurança jurídica³⁵⁸.

No que diz respeito à distinção entre os crimes de perigo concreto e os crimes de perigo abstrato, Teresa RODRIGUEZ MONTAÑES afirma que nos primeiros o tipo penal requer a concreta colocação em perigo de um bem jurídico, ao passo que, nos crimes de perigo abstrato o que se castiga uma ação tipicamente perigosa, sem a exigência, no caso concreto, da colocação efetiva de um bem jurídico em perigo³⁵⁹.

O critério chave para elaborar a diferenciação está na perspectiva *ex ante*, compreendida como periculosidade da ação ou na perspectiva *ex post*, compreendida como resultado perigoso adotada para avaliar se há ou não uma situação de perigo penalmente relevante³⁶⁰.

Sobre a questão relativa ao elemento subjetivo dos crimes de perigo abstrato Teresa RODRIGUEZ MONTAÑES afirma que o tema é um dos mais obscuros e problemáticos temas de direito penal. A falta de referencial teórico coloca sobre o assunto barreiras quase intransponíveis. Isso se dá porque a doutrina tradicional considera que os crimes de perigo abstrato estarão caracterizados de forma negativa. Melhor dizendo, eles não são crimes que proíbem uma lesão ou a colocação de um bem jurídico em risco concreto, nos quais a situação de perigo é um elemento típico; eles são, na verdade, a força motriz do processo de tipificação da conduta, a partir de um critério de

³⁵⁸ RODRIGUEZ MONTAÑES, Teresa, ob. cit., p. 5.

³⁵⁹ RODRIGUEZ MONTAÑES, Teresa, ob. cit., p. 7.

³⁶⁰ RODRIGUEZ MONTAÑES, Teresa, ob. cit., pp. 14-15.

periculosidade geral. Dessa forma, a questão relativa ao dolo e a culpa não apresenta nenhuma relevância, pois basta à referência a conduta, basta tomar por base uma situação de perigo³⁶¹.

Tradicionalmente, segundo Teresa RODRIGUEZ MONTAÑES, os crimes de perigo abstrato encontram legitimação nas teorias da periculosidade geral e na teoria da periculosidade abstrata. Para a primeira teoria, a legitimidade dos crimes de perigo abstrato está na tipificação de condutas perigosas a partir de regras da experiência. Dessa forma, a periculosidade passa a ser um atributo de uma classe de ações que passam a ser vistas como motivo para o legislador tipificar o comportamento através da utilização da técnica dos crimes de perigo abstrato. Nesse caso, a situação de perigo não será colocada como elemento do tipo penal, ela será apenas o motivo que despertou o interesse ou necessidade do legislador de levar o bem jurídico ao campo penal³⁶².

O ponto de partida dessa concepção é a probabilidade estatística determinadora de um prognóstico de dano concreto entre certas condutas e os resultados lesivos daí advindos³⁶³.

A teoria da periculosidade abstrata parte da premissa de que certas condutas possuem condições mínimas e suficientes para causar um dano. Logo, a sua relevância não está pautada em um processo dedutivo advindo da frequência com que elas provocam lesões, e sim em um processo indutivo do estabelecimento de condições mínimas que podem ser consideradas como causa de resultados lesivos³⁶⁴. Dessa forma, o legislador estabelece uma presunção *iuri et iure* de que todo comportamento típico apresenta relevância lesiva.

Como essas teorias são majoritárias na doutrina e ambas prescindem de toda a referência ao perigo no caso concreto, elas não abarcam exigências no plano subjetivo e não lhe fazem referência. O dolo e a

³⁶¹ RODRIGUEZ MONTAÑES, Teresa, ob. cit., p. 237.

³⁶² RODRIGUEZ MONTAÑES, Teresa, ob. cit., p. 238.

³⁶³ Idem, ob. cit., p. 239.

³⁶⁴ ob. cit., p. 241.

imprudência não se referem a um perigo concreto, pois eles estão relacionados à prática de uma ação típica e as circunstâncias que o legislador fundamenta a periculosidade nos casos exigidos pela técnica de tipificação das condutas³⁶⁵.

Outro ponto que merece destaque no pensamento de Teresa RODRIGUEZ MONTAÑES é a relevância que a periculosidade *ex ante* assume. Para a autora a partir do momento em que se rejeitam as teorias tradicionais que prescindem da análise do caso concreto para a determinação da situação de perigo da possível lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico – antijuridicidade material – devemos concluir que os delitos de perigo abstrato, para se adaptar aos princípios fundamentais do direito penal, devem representar um perigo real para os bens jurídicos.

Dessa forma, há uma relação efetiva com o bem jurídico protegido e não uma situação que motivou o legislador a tipificar a conduta. Assim, o que se valora é a periculosidade *ex ante*, como atributo de uma ação e se essa periculosidade *ex ante*, em um momento *ex post*, foi determinante na produção de um perigo penalmente relevante³⁶⁶.

Partindo dessas premissas Teresa RODRIGUEZ MONTAÑES, após analisar as várias posições a respeito do tema, a autora chega a três conclusões que lhe permite definir o tipo injusto e delimitar o conteúdo do dolo e da imprudência nos crimes de perigo abstrato: em primeiro lugar, nos delitos de perigo abstrato a relevância está na periculosidade *ex ante* da conduta, pois é à base da antijuridicidade material. Em segundo lugar, a tutela dos bens jurídicos não pode ser tratada de forma uniforme diante da necessidade de se diferenciar os tipos em função do bem jurídico protegido. Por último, a proteção de bens jurídicos essencialmente individuais e a exigência de uma antijuridicidade material passa pela recondução do elemento subjetivo a idéia de imprudência³⁶⁷.

Em conclusão, Teresa RODRIGUEZ MONTAÑES afirma que os crimes de perigo abstrato são compatíveis com as exigências de

³⁶⁵ RODRIGUEZ MONTAÑES, Teresa, ob. cit., p. 245.

³⁶⁶ RODRIGUEZ MONTAÑES, Teresa, ob. cit., p. 298.

³⁶⁷ Idem, ob. cit., p. 297.

antijuridicidade material, ou seja, da lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico e os princípios limitadores do direito penal sempre que eles forem necessários para a proteção de um bem jurídico suficientemente valioso capaz de legitimar a ampliação da intervenção penal. Ao legislador, a doutrinadora faz um alerta, ao afirma que ele deve evitar a utilização demasiada dessa técnica, evitando a criação de delitos puramente formais ou de mera desobediência³⁶⁸.

Com a prudência necessária a técnica de tipificação dos delitos de perigo abstrato podem se tornar um instrumento útil e necessário diante dos novos desafios da sociedade contemporânea.

3.4.8. Ricardo M. Mata y Martín

Segundo Ricardo MATA Y MARTÍN, a missão fundamental do direito penal é a proteção dos bens jurídicos. Tais bens jurídicos consistem em interesses e entidades valiosas que o legislador seleciona como merecedores de uma proteção singular feita pelas normas penais³⁶⁹.

A incorporação de novos interesses de caráter supraindividual conseqüências no emprego da técnica legislativa dos crimes de perigo. Os problemas relativos à determinação da lesão e relação de causalidade entram em conflito com os princípios clássicos do direito penal. Em especial, o autor destaca o princípio da lesividade, o princípio da intervenção mínima e os princípios relativos às regras de atribuição³⁷⁰.

Para Ricardo MATA Y MARTÍN, o debate doutrinário está centrado na tendência expansionista do direito penal da sociedade contemporânea, opondo aqueles que criticam a utilização da técnica dos crimes de perigo abstrato e aqueles que defendem a criminalização de condutas em nome da tutela de bens jurídicos coletivos.

³⁶⁸ RODRIGUEZ MONTAÑES, Teresa, ob. cit., p. 298.

³⁶⁹ MATA Y MARTÍN, Ricardo M. **Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro: aproximación a los presupuestos de la técnica de peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios**. Granada: Comares, 1997, p. 9.

³⁷⁰ MATA Y MARTÍN, Ricardo M, ob. cit., pp. 10-11.

O processo de modificação social amplia o debate da ciência penal sobre os novos interesses que devem ser colocados sob sua tutela e as transformações dos seus conceitos e categorias jurídicas. Esse debate trouxe um novo impulso dogmático ao direito penal ao trazer para ótica do direito penal temas relativos ao processo de antecipação da sua tutela³⁷¹.

Nesse contexto, a antecipação da tutela penal está pautada na consideração de que certas condutas põem em risco bens jurídicos de forma inespecífica, ou seja, certas condutas se caracterizam como delituosas – independentemente – de uma lesão³⁷².

Para Ricardo MATA Y MARTÍN há um elo entre proteção dos novos bens jurídicos da sociedade contemporânea e o desenvolvimento dogmático experimentado pelos crimes de perigo. Assim, o que se percebe é que o desenvolvimento de um caráter eminentemente preventivo tem levado do legislador penal a se valer com mais frequência da técnica de tipificação dos crimes de perigo abstrato³⁷³.

Com isso, o que se percebe é uma readequação da técnica de tutela aos novos objetos a serem tutelados. Assim, a nova dimensão assumida pela técnica de tipificação de condutas por meio de crimes de perigo abstrato está pautada na natureza peculiar dos novos riscos e dos novos bens jurídicos, bem como, na compreensão de que a intervenção penal pode ocorrer em momentos precedentes à violação do bem jurídico para atender aos interesses particulares e coletivos. A dimensão social ou coletivizante dos novos processos vivenciados pela sociedade de risco determinam a construção de uma dogmática penal voltada para a antecipação da tutela penal.

A respeito dos crimes de perigo o autor os classifica em crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato, tal qual a doutrina tradicional. Mas, o seu critério de diferenciação está pautado na idéia de que a intensidade do

³⁷¹ MATA Y MARTÍN, Ricardo M, ob. cit., pp. 5-7.

³⁷² Idem, ob. cit., p. 42.

³⁷³ ob. cit., p. 47.

perigo e a construção do tipo penal devem ser consideradas para a diferenciação dos crimes³⁷⁴.

Nos crimes de perigo concreto exige-se uma efetiva colocação em risco do bem jurídico tutelado. Essa situação deve ser considerada como elemento de reconhecido expressamente pelo tipo penal. Partindo dessa consideração Ricardo MATA Y MARTÍN observa que os crimes de perigo concreto são crimes de resultado, no qual a situação concreta de perigo constitui-se como resultado típico exigido pelo delito.

Diferentemente, os crimes de perigo abstrato representam uma periculosidade geral da conduta para um bem jurídico. Ou seja, nos crimes de perigo abstrato não se exige uma colocação em perigo real ao bem jurídico, já que o legislador trabalha a presunção – *iures et de iure* – de periculosidade pautada em considerações estatísticas que agregam ao tipo penal uma descrição típica da situação de perigo.

No que tange a análise do conteúdo do injusto nos crimes de perigo abstrato, Ricardo MATA Y MARTÍN afirma que ele se revela através de dois componentes: o desvalor da ação e o desvalor do resultado produzido. Nos crimes de perigo abstrato o desvalor da ação ganha relevância em detrimento do desvalor do resultado, pois o conteúdo do injusto nesses crimes está centrado em momentos precedentes a lesão do bem jurídico.

Dessa forma, o autor aduz que nos crimes de perigo abstrato o conteúdo do injusto se concentra de tal forma na ação que podemos afirmar que ele representa um injusto de puro valor da ação, com a exclusão do desvalor do resultado. Ainda segundo o autor, os crimes de perigo abstrato, geralmente, são crimes de mera atividade que não requerem a criação real de uma situação de perigo para a consumação do crime³⁷⁵.

3.4.9. Bernardo Feijoó Sanchez

³⁷⁴ MATA Y MARTÍN, Ricardo M, ob. cit., p. 52.

³⁷⁵ MATA Y MARTÍN, Ricardo M, ob. cit., pp. 53-54.

Para Bernardo FEIJOÓ SANCHEZ a dogmática do direito penal do futuro está em grande parte relacionada com os crimes de perigo. Tais institutos influenciarão os caminhos que o direito penal e as políticas criminais adotarão como forma de enfrentar os conflitos sociais³⁷⁶.

De uma perspectiva político-criminal os delitos de perigo representam uma intervenção que tem como objetivo implementar uma tutela penal preventiva, através da antecipação das fronteiras penais a um momento anterior ao àquele que o risco se torna insuportável. Essa antecipação da proteção do bem jurídico é especialmente necessária dos âmbitos sociais da sociedade dos riscos, em que um indeterminado o número de pessoas podem se tornar vítimas de uma ação perigosa³⁷⁷.

Sob a perspectiva da dogmática penal, os tipos penais de perigo têm como objetivo combater os riscos de caráter expansivo que afetam um número indeterminado de pessoas. Essa indeterminação das vítimas, muitas vezes, se faz presente *ex ante* e também *ex post* à conduta, pois se torna impossível ou extremamente difícil determinar quem e quantas pessoas seriam lesionadas (afetadas)³⁷⁸.

A legitimação dos crimes de perigo está diretamente ligada ao grande potencial lesivo das novas modalidades de atuação. Ou seja, diante da potencialidade lesiva das condutas o direito penal não tem outra saída senão tipificar as condutas em nome da segurança dos bens jurídicos.

Para Bernardo FEIJOÓ SANCHEZ os tipos de perigo tutelam bens jurídicos coletivos e de titularidade comunitária cujo enfoque está na segurança do bem³⁷⁹. Dessa forma, a proteção indistinta dos bens jurídicos traduz-se na proteção de um bem jurídico-médio (coletivo) e na proteção de bens jurídicos-fim (individuais). Quanto aos últimos, bens jurídicos-fim (individuais) mantêm-se

³⁷⁶ FEIJOÓ SANCHEZ, Bernardo. **Cuestiones basicas de los Delitos de perigo Abstrato y Concreto em relación com el transito**. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. Coord. André Luís Callegari; Nereu José Giacomoli e Pedro Krebs. N. 0., Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público., Ano 1 Maio - Ago 2000, pp. 150-151.

³⁷⁷ FEIJOÓ SANCHEZ, Bernardo, ob. cit., p. 152.

³⁷⁸ Idem, ob. cit., p. 153.

³⁷⁹ FEIJOÓ SANCHEZ, Bernardo, ob. cit., p. 155.

as garantias político-criminais clássicas da teoria do bem jurídico, insistindo-se na sua interpretação de acordo com o ordenamento jurídico de determinado âmbito social³⁸⁰.

Com base no que foi dito, o autor conclui que se partirmos da consideração de que o direito penal se presta unicamente a tutela de bens jurídicos individuais (bens jurídicos fim) a legitimidade da tutela da segurança, justificadora da intervenção promovida pelos crimes de perigo, pode ser contestada.

Esse parece ser o caminho seguido pela doutrina, já que o questionamento sobre a legitimidade dos crimes de perigo abstrato se faz mais forte do que a legitimidade dos crimes de perigo concreto. Isso se dá, segundo Bernardo FEIJOÓ SANCHEZ, porque quanto mais concreta a periculosidade para os bens jurídicos individuais maior é a legitimidade alcançada pela imposição da pena³⁸¹.

Quanto ao processo de distinção entre crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato, o autor afirma que os primeiros necessitam de uma lesão ao objeto material do bem jurídico tutelado – seja qual for esse objeto; os segundos representam uma antecipação penal por meio da descrição de uma conduta perigosa³⁸². Em outras palavras, os delitos de perigo concreto requerem uma conduta que produza um resultado de perigo concreto de lesão imediata ou próxima para algum bem jurídico, ao passo que, aos delitos de perigo abstrato basta à conduta perigosa que crie um perigo de lesão a um bem jurídico.

Com base nas idéias de José CEREZO MIR, o autor afirma que quando se fala em delito de perigo concreto o perigo ao bem jurídico é um elemento do tipo, de tal forma que o delito só se consuma quando, realmente, se produz o perigo ao bem jurídico. Nos crimes de perigo abstrato o perigo esta unicamente na *ratio legis*, na medida em que, se tipificam certas condutas unicamente porque elas trazem consigo o perigo de lesão a um bem jurídico.

³⁸⁰ FEIJOÓ SANCHEZ, Bernardo, ob. cit., pp. 157-158.

³⁸¹ Idem, ob. cit., p. 158.

³⁸² ob. cit., p. 159.

Nesse caso, o perigo é um elemento do tipo que se consuma no momento da prática da conduta.

Sobre as vantagens dos delitos de perigo abstrato o doutrinador pondera que eles representam uma grande vantagem na prática forense, pois os delitos de perigo abstrato facilitam o processo de constatação da conduta delitiva ao se libertarem das amarras dos processos de verificação das regras de causalidade que são inerentes aos delitos de perigo e aos delitos de perigo concreto³⁸³.

Em conclusão, Bernardo FEIJOÓ SANCHEZ afirma que a proliferação dos crimes de perigo abstrato se dá por necessidades de político-criminais e pela insuficiência dos delitos de lesão. Esse processo de expansão do uso dessa técnica coloca a doutrina em uma situação incomoda, pois estruturamos institutos de direito penal sob uma perspectiva tradicional, “causal-monista” que não nos permite o desenvolvimento em um mundo “plural-funcionalista”.

3.4.10. Cristina Mendez Rodriguez

Segundo Cristina MENDEZ RODRIGUEZ, a discussão sobre os crimes de perigo está diretamente ligada à evolução da problemática relativa ao conceito de bem jurídico. Assim, o que assistimos nos últimos anos é um progressivo desenvolvimento dos crimes de perigo, em prejuízo da tutela concreta voltada para o momento da lesão.

Esse processo, se usado de forma indiscriminada, poderá levar a banalização do conceito de bem jurídico como critério axiológico de orientação para a seleção penal e a consequente construção dos delitos de perigo abstrato. A multiplicidade e a inconsistência dos bens equivalem, na realidade, a uma desvalorização da idéia de bem jurídico. Por esse motivo os delitos de

³⁸³ FEIJOÓ SANCHEZ, Bernardo, ob. cit., p. 160.

perigo constituem em relação ao bem jurídico a pedra de toque capaz de manter ou descartar esse conceito como centro da construção penal³⁸⁴.

A partir dessas considerações ela passa a analisar a situação atual do bem jurídico, como já exposto nesse trabalho, para realçar a importância que o mesmo tem como objeto de referência para o conceito de perigo. Esse conceito é o referencial obrigatório para o estudo das mais variadas técnicas de tipificação em relação à natureza dos bens jurídicos.

De qualquer forma, independentemente da corrente que se busque adotar, Cristina MENDEZ RODRIGUEZ identifica que a discussão atual está centrada no conceito ontológico de perigo, em que se buscam os pressupostos básicos sobre a valoração do juízo de perigo e a prova do mesmo. O reconhecimento de que vivemos um momento em que deve haver uma mudança de postura concreta a respeito da natureza do perigo determina o estabelecimento de subdivisões nos tipos de perigo³⁸⁵.

Em termos de crimes de perigo, a autora discorre sobre as três grandes subdivisões tradicionalmente aceita para esses crimes: crimes de perigo abstrato, os crimes de perigo abstrato concreto e os crimes de perigo concreto. Para os crimes de perigo abstrato ela afirma que a sua característica marcante é ausência de perigo para o tipo penal. Melhor dizendo, nos tipos penais de perigo abstrato o perigo não está colocado como elemento do tipo penal, pois este se limita a definir uma ação perigosa, determinante para o surgimento de uma situação de perigo. O que se observa é a descrição de uma situação de perigo valorada pelo legislador a partir da suposição de que tal situação é capaz de gerar uma ação perigosa sempre³⁸⁶.

O que se deduz do pensamento de Cristina MENDEZ RODRIGUEZ é que o perigo desenvolve o papel de *ratio* da incriminação de certas condutas, tidas pelo legislador sempre como idôneo para a colocação de um bem jurídico em risco. O perigo, nos crimes de perigo abstrato, não é elemento do tipo

³⁸⁴ MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina. **Los delitos de peligro y sus tecnicas de tipificacion**. Madrid: Ministerio de justicia – Universidade complutense de Madrid. 1993, pp. 5-7.

³⁸⁵ MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina, ob. cit., pp. 51-52.

³⁸⁶ MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina, ob. cit., pp. 132-133.

penal. Sua valoração é prévia ao tipo, pois ele é considerado no momento para a construção do tipo pelo legislador. Em outros termos, a conduta é valorada pelo legislador desde o momento em que a sua realização é capaz de afetar materialmente o bem jurídico.

Outro ponto que merece destaque no seu pensamento é a afirmação de que nos crimes de perigo abstrato prescinde-se da realização da prova da existência real ou material de uma situação de perigo. Mas essa presunção é *iuris et de iure*? Para Cristina MENDEZ RODRIGUEZ a resposta é negativa, pois nos crimes de perigo abstrato, em um caso, há uma presunção de uma ação perigosa e em outros casos há uma presunção de um resultado perigoso.

A partir dessa perspectiva, a prova nos crimes de perigo abstrato se faz de forma mais fácil, na medida em que, o que se tem que demonstrar é uma probabilidade de colocação de um bem jurídico em risco, prescindindo-se da demonstração da ocorrência de um resultado perigoso. Em outros termos, o que se tem é a presunção de uma ação perigosa, valorada pelo legislador, pela qual se prescinde da demonstração da situação de perigo real ou material³⁸⁷.

3.4.11. José Cerezo Mir

Na sua análise sobre os crimes de perigo abstrato José CEREZO MIR parte da premissa de que a situação de perigo não se constitui como elemento do tipo penal, na verdade, ela é a *ratio legis* que induz o legislador a criar a figura delitiva. Assim, a punição de determinadas condutas ocorre porque elas trazem consigo uma situação de perigo ao bem jurídico³⁸⁸.

Nos delitos de perigo concreto o perigo constitui-se como elemento de penal, de modo que, um delito se consumará quando houver uma produção

³⁸⁷ MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina, ob. cit., pp. 135-136.

³⁸⁸ CEREZO MIR, José. **Los delitos de peligro abstrato em el ámbito del derecho penal del riesgo.** revista de derecho penal y criminologia, n. 10. 2002, p. 47.

real de perigo para o bem jurídico. Do ponto de vista dogmático, José CEREZO MIR preceitua que os crimes de perigo concreto são delitos de resultado³⁸⁹.

Ele ainda destaca um terceiro grupo de crimes de perigo: os delitos de perigo abstrato-concreto que, na verdade, são figuras delitivas em que se proíbe a realização de uma conduta que, implicitamente, traz a possibilidade de se produzir determinado resultado. O autor cita como exemplo os crimes praticados contra a saúde pública³⁹⁰.

Segundo José CEREZO MIR, para a análise dos crimes de perigo abstrato é fundamental distinguir a periculosidade da ação e o resultado de perigo. Considerando que o perigo é tido como uma qualidade inerente a uma ação, para que se possa falar em um resultado de perigo é preciso que o bem jurídico tenha entrado no raio de ação da conduta do sujeito e a sua lesão não pareça tão improvável neste momento. Para determinar se ele entrou ou não no raio de ação da conduta, o jurista deve fazer um juízo *ex ante*. Para o autor todo juízo de valor deve ser feito *ex ante*, pois na análise *ex post* o juízo de perigo perde o seu sentido já que o bem jurídico foi exposto a uma situação capaz de violá-lo³⁹¹.

Outro ponto de vista que merece destaque reside no fato de que José CEREZO MIR considera que o conceito de perigo deve sempre ser entendido como um conceito normativo. Isso se dá porque sempre se leva em conta um juízo de perigo, diante das circunstâncias do caso concreto que estão na esfera de cognição de uma pessoa e na experiência comum de uma época sobre o saber dos cursos causais. Dessa forma, não é possível fixar os níveis de conhecimento sem um juízo de valor sobre o que se pode exigir como uma atividade com repercussão social³⁹².

No que tange aos crimes de perigo abstrato, ele afirma que a proliferação dessa técnica de tipificação de condutas está ligada a proteção dos bens jurídicos coletivos e no desejo de antecipar a proteção penal dos

³⁸⁹ CEREZO MIR, José, ob. cit., p. 48.

³⁹⁰ Idem, ob. cit., p. 49.

³⁹¹ ob. cit., p. 51.

³⁹² CEREZO MIR, José, ob. cit., p. 52.

bens jurídicos individuais em uma sociedade em que há o incremento do risco para os mesmos. As dificuldades probatórias da relação de causalidade entre a ação e a lesão ao bem jurídico também contribuem para a utilização dessa técnica, segundo o autor³⁹³.

Para José CEREZO MIR, o princípio da precaução demanda a ampliação da utilização dos crimes de perigo abstrato diante da suspeita de que determinadas condutas possam ser capazes de provocar a produção de um dano. Essa ampliação deve ser rechaçada, já que ela tende a desnaturar do conceito de perigo abstrato. Sua concepção aponta que os crimes de perigo abstrato devem se pautar em critérios de previsibilidade, ou seja, os crimes de perigo abstrato castigam condutas que, geralmente, de acordo com o saber científico-causal de uma época levam consigo uma situação de perigo para um bem jurídico protegido³⁹⁴.

No que tange ao conteúdo material do injusto dos crimes de perigo abstrato, José CEREZO MIR afirma que ele está voltado para o desvalor da ação. Na configuração dos tipos penais se mantêm a referência aos bens jurídicos, castigando certas condutas porque elas colocam em risco o bem jurídico. Mantêm-se uma conexão com o princípio da ofensividade. O elemento subjetivo que informam a conduta – consciência e vontade na realização dos elementos do tipo – nem sequer tem que abarcar a consciência e a vontade da periculosidade geral da ação³⁹⁵.

4. Da legitimidade dos crimes de perigo abstrato

4.1. Considerações preliminares

A moderna ciência do direito penal deve voltada para o atendimento de finalidades pragmáticas que traduzam o ideal de justiça. É por isso que a dinâmica social e a necessidade de legitimação impõem ao direito penal uma

³⁹³ CEREZO MIR, José, ob. cit., p. 60.

³⁹⁴ Idem, ob. cit., pp. 61-62.

³⁹⁵ ob. cit., p. 63.

constante evolução no sentido de adequar seus institutos aos *valores in concreto*.

Em termos de sociedade contemporânea isso significa que o direito penal caminha para a construção de um sistema aberto capaz de permitir que novas concepções epistemológicas atualizem a sua dogmática. Do contrário haveria o indesejável engessamento jurídico-penal e jamais se poderia pensar numa elaboração teórica capaz de se reinventar sempre que novas demandas sociais assim exigirem³⁹⁶.

O direito penal busca preservar o funcionamento do modelo social no qual ele é criado e se reproduz através da manutenção de expectativas sociais de convivência. A manutenção de determinada forma de organização social e de determinada forma de Estado para a estabilidade da organização política é o que confere a legitimação material para esse ramo do ordenamento jurídico. Os princípios e valores do modelo político de Estado serão as diretrizes sobre os quais o direito penal buscará manter a sua funcionalidade³⁹⁷.

Segundo Claus ROXIN, a construção e desenvolvimento cada vez mais detalhado de um sistema do direito penal é uma das tarefas mais difíceis da dogmática da teoria geral do delito. Suas categorias fundamentais foram desenvolvidas gradualmente pela ciência penal, em um processo de discussão centenário³⁹⁸.

Seus institutos não podem ser estabelecidos como conceitos fechados e absolutos, aplicáveis aos fatos concretos por meio de uma mera operação lógico-formal, mas construídos e interpretados de acordo com a sua finalidade para manter a estabilidade da organização social para a qual se projetam. Dessa forma, o direito penal se converte em um sistema que cria e

³⁹⁶ AMARAL, Cláudio Prado, ob. cit., pp. 33-34.

³⁹⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 171.

³⁹⁸ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. trad. Luís Greco. 3. ed. rio de Janeiro: Renovar. 2002, p. 188.

desenvolve seus elementos a partir de uma perspectiva valorativa e orientada a sua missão funcional³⁹⁹.

Quando se analisa as concepções clássicas e neokantista percebe-se neles a existência de um sistema penal fechado, pois eles foram construídos sobre axiomas que tinham a pretensão de expressas todo o conhecimento sobre o direito penal em um número reduzido de fórmulas fundamentais, das quais seria possível através da lógica dedutiva extrair os demais institutos do direito penal⁴⁰⁰.

Essa concepção de direito penal como um pequeno número de postulados fundamentais não se coaduna com a complexidade da vida social que servem para a ordenação da sociedade contemporânea. Isso se dá porque não é possível sintetizar uma sociedade plural e multiculturalista em axiomas de reduzida complexidade. Também não é possível compreender sociedade contemporânea fora do seu contexto histórico-social.

O professor Antônio Luís CHAVES CAMARGO aponta que uma das principais razões para a grande aceitação de um sistema fechado para o direito penal foi a sua simplicidade metodológica já que a solução de todos os problemas penais se dava por meio de regras de causalidade⁴⁰¹. Assim, considerações de ordem social estavam fora da compreensão da estrutura dos institutos do direito penal.

Segundo Alamiro Velludo Salvador NETTO, a necessidade de um sistema aberto para direito penal decorre da impossibilidade das modalidades herméticas de atuarem no espaço produzido pela modernidade. Na sociedade contemporânea o direito penal deve se aproximar da realidade social⁴⁰².

Quando a sociedade de risco se consolida como modelo de ordenação social, quando chegamos à constatação de que o conhecimento

³⁹⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 171.

⁴⁰⁰ AMARAL, Cláudio Prado, ob. cit., p. 37.

⁴⁰¹ CAMARGO, Antônio Luís Chaves. **Sistemas de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 26.

⁴⁰² NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 134.

humano é marcado pela incompletude e pela provisoriedade, o jurista deve estar pronto para alargar o sistema penal, modificando-o e desenvolvendo-o.

É por isso que Cláudio Prado AMARAL afirma que o direito penal, enquanto sistema aberto é apenas um projeto, uma vez que ele é apenas capaz de exprimir o estado de conhecimento do seu tempo. Diferentemente de outras ciências o direito penal jamais poderá chegar a um fim, porque é essencialmente um processo infundável e nisso reside a sua qualidade de sistema aberto: sua aptidão pragmática⁴⁰³.

Para Antônio Luís CHAVES CAMARGO o fato de direito penal ser concebido como um sistema aberto não significa a renúncia aos conhecimentos jurídicos que foram obtidos ao longo da sua história. Como afirma o professor, o direito penal como sistema e a não revela um sistema em constante transformação, porque os conhecimentos jurídicos acumulados pelo debate científico e incorporados ao sistema penal são o ponto de partida para a sua aplicação. Agora, as soluções é que não são as mesmas, já que eles estão em permanente evolução⁴⁰⁴.

Quando se analisam as diferentes concepções sobre os crimes de perigo abstrato supracitadas percebe-se que elas representam uma tentativa metodológica de adaptação ou redimensionamento de um instituto de direito penal a uma nova realidade social. Dentro de um sistema penal aberto é exigível que o sistema jurídico guarde correspondência com a realidade sobre a qual ele é aplicado.

Dessa forma, o contexto de abertura do direito penal representa a busca por um direito penal estruturado ideológica e politicamente de acordo com a realidade que ele pretende tutelar. Positivamente, frente à ordem jurídico constitucional, isso significa que a construção do direito penal e de seus institutos deve assegurar o respeito aos princípios estruturantes de nossa sociedade, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana.

⁴⁰³ AMARAL, Cláudio Prado, ob. cit., pp. 40-42.

⁴⁰⁴ CAMARGO, Antônio Luís Chaves, ob. cit., p. 26.

Como nosso modelo de organização está centrado na idéia de Estado Democrático de Direito os institutos de direito penal devem ser funcionalmente adequados para manter e reproduzir suas premissas e seus princípios. Os vetores constitucionais da soberania popular, do respeito à pluralidade e da dignidade humana são as premissas sobre as quais o sistema penal deve se pautar em todas as suas manifestações.

Pierpaolo Cruz BOTTINI afirma que a finalidade do direito penal e de seus institutos deve observar, respeitar e trabalhar pela vigência dos preceitos do modelo de Estado em questão, consolidando os princípios que o sustentam. Ou seja, o direito penal deverá preservar as expectativas sociais dentro dos parâmetros estabelecidos no texto constitucional, protegendo a validade das normas vinculadas aos princípios constitutivos já citados⁴⁰⁵.

Em várias passagens a Constituição de 1988 deixa clara a sua intenção de que o sistema jurídico acompanhe o sistema social, desde o preâmbulo com o reconhecimento de uma sociedade pluralista até a instituição de disposições sobre direitos sociais, bens jurídicos coletivos, a funcionalização de uma série de institutos jurídicos, há sempre uma preocupação que toma como fundamento a idéia de justiça, segurança, igualdade e dignidade da pessoa humana.

Diante destas considerações, fica evidente que o direito penal do Estado Democrático de Direito deve ser tido como um mecanismo de reação que se justifica somente em situações que ameacem a integralidade das estruturas sobre as quais as relações sociais e de produção se sedimentam. Assim, a utilização legítima do direito penal no nosso Estado só se legitima quando seus institutos forem voltados para a proteção de bens e valores essenciais para a manutenção da justiça, segurança, igualdade e dignidade da pessoa humana.

Os críticos dessa abertura afirmam que ela gera insegurança jurídica. O argumento é, no mínimo, falacioso. A existência de um sistema aberto não significa a perda da segurança jurídica, da mesma forma que um

⁴⁰⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 173.

sistema fechado também não representa em si mesmo um sistema infalível. A utilização do direito penal em um sistema aberto ou fechado deriva do comprometimento ou do desprezo que a sociedade tem pelos princípios supracitados, em especial, pela dignidade historicizada da pessoa humana⁴⁰⁶.

Dessa forma, o enfrentamento das novas realidades advindas da sociedade de risco contemporânea pelo direito penal deve estar pautado na observância dos parâmetros constitucionais. Assim, a construção ou o redimensionamento dos crimes de perigo abstrato deve ser adequado ao que foi exposto como fundamento da abertura do direito penal, de maneira a permitir que seus institutos sejam voltados para a proteção de bens jurídicos com dignidade constitucional, respeitados os princípios constitucionais fundantes do Estado Democrático de Direito.

4.2. Bem jurídico constitucionalizado

No estudo do direito penal funcionalizado uma pergunta é inevitável: a técnica de tipificação das condutas por meio do emprego dos crimes de perigo abstrato é condizente com o nosso modelo constitucional de Estado Democrático de Direito?

A resposta a esse questionamento deve partir da premissa de que o bem jurídico penal deve buscar na ordem constitucional seu fundamento de validade. Logo, o conceito de bem jurídico deve buscar na ordem constitucional sua legitimidade e seu limite como forma de garantir ao indivíduo o livre desenvolvimento dentro de um sistema social⁴⁰⁷. Tal afirmação é de considerável aceitação pela doutrina.

A tutela de um determinado bem jurídico pelo direito penal, necessariamente, parte da identificação de condutas socialmente relevantes. O direcionamento desse processo pelas demandas dos grupos sociais tem

⁴⁰⁶ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo, ob. cit., p. 135.

⁴⁰⁷ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 55.

provocado a flexibilização do conceito material de bem jurídico⁴⁰⁸. Há uma dificuldade em se estabelecer os parâmetros para caracterizar determinados valores como bens jurídicos.

Para Fábio Roberto D'AVILA temos um processo esfumaçamento (leia-se: espiritualização) dos valores tutelados e a consequente perda de densidade do bem jurídico. A diminuição da densidade provoca um distanciamento do bem jurídico de sua missão precípua que é servir como elemento de garantia na construção do ilícito⁴⁰⁹.

Contudo, quando se faz referência ao bem jurídico como forma de limitação à expansão do direito penal contemporâneo, deve-se levar em conta que os bens dignos de proteção devem ser identificados a partir das normas e dos princípios constitucionais⁴¹⁰. Um direito penal que seja contrário aos padrões constitucionais é algo inaceitável.

Apesar do entendimento segundo o qual o bem jurídico penal deve fundamentar sua dignidade na constituição gozar de considerável aceitação, algumas dificuldades são originadas dessa afirmação. Primeiro, nem todo valor ou bem jurídico constitucional deverá ser, necessariamente, tutelado pelo direito penal.

A constituição é uma carta política e suas diretrizes e programas genéricos ou suas diretrizes principiológicas vagas não estabeleceriam limites aos *jus puniendi*⁴¹¹.

Segundo, nem todo bem ou valor constitucional nos é dado de forma explícita. O texto constitucional se utiliza com maior frequência que os outros

⁴⁰⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 173.

⁴⁰⁹ D'AVILA, Fábio Roberto. **O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário**. In: D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (org.). In: **Direito penal secundário estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 72.

⁴¹⁰ Luís Roberto Barroso afirma que os princípios constitucionais são a porta pela qual os valores passam do plano ético para o mundo jurídico. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 204.

⁴¹¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 179.

documentos legislativos de cláusulas gerais. Por meio delas o transfere-se ao interprete o papel de criação do direito à luz do problema a ser resolvido⁴¹².

Para a determinação se um bem ou valor constitucionalmente relevante apresenta repercussão penal Emilio DOLCINI e MARINUCCI estabeleceram três ordens de considerações: a) a primeira está em saber se da constituição provêm vedações de incriminações; b) a segunda, os bens relevantes para a constituição dispõem de dignidade penal; c) a terceira corresponde à existência de mandados de criminalização⁴¹³.

A utilização do primeiro critério pode ser identificada em nossa carta no art. 5º, XVI que trata do direito de reunião em locais públicos. Por essa disposição constitucional é direito de todos se reunirem em locais públicos para fins pacíficos, independentemente de autorização. Nesse caso, a constituição veda a incriminação de uma conduta que venha a cercear tal direito. Também não podemos criminalizar o estabelecimento de associações, art. 5º, XVII da CF.

A segunda consideração parte da consideração já feita neste trabalho de que só os bens constitucionalmente relevantes é que são merecedores do status de bem jurídico penal.

Para Claus ROXIN, o direito penal de um Estado de Direito deve ser pautado na idéia de liberdade do indivíduo para delimitar os bens jurídicos penais na constituição, proporcionando, assim, a demarcação do poder punitivo estatal⁴¹⁴.

Pierpaolo Cruz BOTTINI afirma que a construção de um critério para a identificação para a identificação de quais bens são passíveis de proteção penal deve ser realizada sob uma ótica funcional, e só pode se realizar se

⁴¹² BARROSO, Luís Roberto, ob, cit., p. 199.

⁴¹³ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. **Constituição e escolha dos bens jurídicos**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, fasc. 2, ano, pp. 155-156, Lisboa: Aequitas, 1994 Apud SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 84.

⁴¹⁴ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 56.

estiver fundada na dignidade da pessoa humana, e do conjunto de condições necessárias para a autodeterminação do indivíduo⁴¹⁵.

Para José de FARIA COSTA, a constituição não é uma fonte exaustiva de bens jurídicos. Ela tem um caráter fragmentário que não permite deduzir todos os bens jurídicos penais. Segundo o autor português, a Constituição exerce um papel de orientação, mas esse papel não dá a ela o papel de só legitimar a incriminação de comportamentos lesivos de bens jurídicos quando eles tenham relevo constitucional, como faz a doutrina italiana. Para ele, seria transformar a constituição em um catálogo estático de bens jurídicos⁴¹⁶.

Ângelo Roberto Ilha da SILVA afirma que a posição do professor de Coimbra merece reflexão, sobretudo se considerarmos que os bens jurídicos não são estáticos, mas são produtos de um dado contexto histórico⁴¹⁷.

Esse contexto histórico-constitucional, necessariamente, deve ser analisado pelo legislador na sistematização da tutela penal, ou seja, o conjunto de valores que a constituição expressa em um determinado momento histórico funciona como limite para o legislador ordinário. Assim, o direito penal tem a missão de tutelar bens ou valores que se põem como antecedentes lógicos ou pressupostos de efetivação dos valores dedutíveis da constituição.

Ocorre que a análise das disposições constitucionais revela bens intimamente ligados à liberdade de autodeterminação, como a liberdade, a saúde, a integridade física e uma série de outros bens ligados a capacidade do indivíduo de construir seu próprio mundo e modo de vida. A discussão sobre a legitimidade da tutela penal para esses bens não causa tanta celeuma. Contudo nos bens jurídicos coletivos, reconhecidos constitucionalmente, há grande controvérsia.

⁴¹⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 180.

⁴¹⁶ COSTA, José de Faria. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992., pp. 198-199.

⁴¹⁷ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2003. p. 88.

A sua elevação à categoria de bens protegidos penalmente leva ao questionamento do conceito de bem jurídico como critério delimitador do *jus puniendi*.

Segundo Pierpaolo Cruz BOTTINI, a fluidez do conceito de bem jurídica coletiva associada possibilidade de elevação de quaisquer interesses à categoria de bens dignos de proteção penal acaba por perverter a função limitadora à atuação estatal⁴¹⁸.

Para evitar um processo de hipertrofia irracional do direito penal faz-se necessário uma interpretação sistemática da carta política, a fim de buscarmos na constituição a dignidade dos bens de caráter individual e coletivos que sejam resguardados pelo direito penal. Para os bens coletivos há a necessidade de sua compreensão como contextos necessários para garantir a existência de interesses indispensáveis para a materialização dos valores constitucionais, entre os quais a dignidade da pessoa humana.

Sob tal afirmação podemos concluir que os bens jurídicos penais deverão estar pressupostos na constituição, quando expressamente consagrados - de forma positiva e impositiva - ou quando a dela seja deduzido mediante uma análise sistemática e teológica, excluindo-se as vedações impostas há certas incriminações, explícitas ou implícitas, e averiguando-se se a tutela de determinado bem não se põe em conflito com os valores que a carta política. Seja na perspectiva individual, seja na perspectiva coletiva os bens jurídicos de grandeza constitucional que tem repercussão sobre o direito penal devem representar condições necessárias para o respeito à dignidade da pessoa humana, espinha dorsal do modelo de desenvolvimento da sociedade brasileira.

Em suma, os valores consagrados pela ordem constitucional representam limitações ao trabalho de construção do sistema penal, na medida em que, não se podem tipificar determinadas condutas quando elas não representam uma lesão (ou perigo de lesão) a bens jurídicos consagrados no catálogo da carta Magna.

⁴¹⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 181.

Sobre esse “catálogo” pode-se afirmar que ele varia diante dos momentos históricos vivenciados por uma dada sociedade, pois não há oferecer um rol taxativo de quais condutas serão ou não tidas como sujeitas à tutela penal. A interpretação, a sistematização e a utilização de qualquer técnica de criminalização de conduta devem ocorrer de acordo com a *mens* constitucional e mediante uma interpretação teleológica dos valores que a ordem constitucional busca tutelar como valores fundamentais.

4.3. Bem jurídico constitucionalizado e os crimes de perigo abstrato

Para Ângelo Roberto Ilha da SILVA, o direito penal tem como missão resguardar determinados bens que se constituam como valor constitucional capaz de instrumentalizar a tutela de outros valores. O direito ambiental, por exemplo, ele configura um valor constitucional tido como instrumental à subsistência e desenvolvimento da pessoa humana⁴¹⁹.

Nos crimes de perigo abstrato, mesmo que de forma implícita, há uma relação entre bens e valores individuais e os coletivos, na medida em que, estes estão lastreados por aqueles. Caso isso não ocorra às atividades não terão relevância penal.

Tome-se como exemplo o art. 225 da Constituição. Não há como negar que ele representa um bem jurídico supraindividual constitucionalmente consagrado, contudo ele não é erigido a um valor tutelável por ter ser um fim em si mesmo, mas por ser uma condição necessária ao desenvolvimento do homem.

A referência aos bens individuais nos crimes de perigo abstrato pode ser observada na análise dos delitos de trânsito. Se uma pessoa dirige embriagada e causa um acidente e mata outra. Neste caso, o crime de perigo abstrato do art. 306 do código de trânsito brasileiro é absorvido pelo delito de

⁴¹⁹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, ob. cit., p. 90.

homicídio culposo, porque o referente individual do bem jurídico coletivo protegido foi efetivamente lesionado.

O mesmo ocorre com o crime de fabricação e uso de documento falso do art. 297 do código penal brasileiro que se traduz em um crime de perigo abstrato que tem como objetivo tutelar a fé pública e ao mesmo tempo, bens individuais diversos como a segurança patrimonial nas relações comerciais. Da mesma forma, o crime de documento falso para fins de estelionato no qual a lesão patrimonial absorve a falsidade⁴²⁰.

Isto ocorre porque os crimes de perigo abstrato supracitados consagram valores tuteláveis pelo direito penal, mas a incidência só se justifica quando tais bens ou valores encontrarem correspondência ao referente individual.

Quando se busca a utilização da técnica de tipificação por meio de crimes de perigo abstrato deve-se fazer uma ponderação de valores na qual o direito fundamental à liberdade é restringido em benefício da conservação de valores de igual e fundamental relevo em nossa sociedade (nos exemplos dados acima, fé pública, meio ambiente, patrimônio).

Para que a tutela penal se justifique pelo emprego dessa técnica se faz necessário atender às exigências formais de hierarquia normativa que limitem a ponderação de bens com dignidade constitucional como a uma compatibilidade axiológica que justifique a restrição, além do juízo de necessidade da tutela⁴²¹.

4.4. O princípio da lesividade ou ofensividade e a função do direito penal de proteção aos bens jurídicos

⁴²⁰ Referências feitas por Pierpaolo Cruz BOTTINI, ob. cit., pp. 194-195.

⁴²¹ D'AVILA, Fábio Roberto. **O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário.** In: D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (org.). In: **Direito penal secundário estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 87.

*Para Ricardo MATA Y MARTÍN o princípio da lesividade ou ofensividade ou exigência de exclusiva proteção de bens jurídicos mediante o Direito penal constitui hoje um postulado nuclear da ciência penal*⁴²².

O aforismo – nullum crimen sine iuria – traduz a premissa de que toda incriminação deve ter a finalidade de proteger bens jurídicos de lesões ou exposições a perigo de lesão. Em outras palavras, o tipo penal deve descrever uma conduta que seja apta a vulnerar um bem merecedor de tutela penal. No Estado Democrático de Direito a intervenção penal só se legitima quando a conduta for violadora dos valores eleitos pelo grupo social como essenciais.

*Em nome desse condicionamento estabelecido pelo aforismo, o direito penal não pode intervir proibindo condutas de mero dever de obediência ou pretender conformar os cidadãos a determinado posicionamento político ou moral, com a ameaça de imposição de uma sanção penal. Em outras palavras, o Estado Democrático de Direito se caracteriza pelo respeito à dignidade da pessoa humana e pelo respeito à liberdade. Nesse contexto, o direito penal está a serviço do bem estar da população, não intervindo na sociedade de modo arbitrário através de proibições de mero dever de obediência ou para conformar seus cidadãos a um determinado posicionamento político e moral, com a ameaça de pena. Toda e qualquer intervenção penal somente se justifica se for estritamente necessária à defesa dos valores eleitos como essenciais em face de agressões intoleráveis*⁴²³.

*Nesse mesmo sentido, Juarez TAVARES afirma que o bem jurídico penalmente relevante é ao mesmo tempo um objeto de preferência e um valor vinculado à finalidade da ordem jurídica em torno da proteção da pessoa humana, tratando-se de um objeto de referência, como pressuposto de validade da norma e de sua eficácia. Nesse último caso, ao subordiná-la à lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico*⁴²⁴.

Para José de FARIA COSTA à análise da ofensividade será feita sob três perspectivas: sob a perspectiva da violação ou dano ao bem jurídico; sob a

⁴²² MATA Y MARTÍN, Ricardo, ob. cit., p. 1.

⁴²³ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, ob. cit., p. 93.

⁴²⁴ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo horizonte: Del Rey. 2003, p. 205.

*perspectiva da colocação em perigo concreto do bem jurídico e sob a perspectiva do cuidado de perigo ao bem jurídico*⁴²⁵. Os três níveis representam os crimes de dano, de perigo concreto e os crimes de perigo abstrato. Percebe-se que os crimes de perigo abstrato estão ligados ao desvalor relativo ao cuidado de perigo, na acepção do autor, no sentido de que se proíbe que seja praticada uma conduta que seja capaz de colocar em risco algum bem jurídico.

*O debate sobre o princípio da ofensividade e os crimes de perigo abstrato ganhou uma nova dimensão quando o código penal italiano resolveu consagrar o princípio no seu artigo 49.2 ao dispor que: “a punibilidade se exclui também quando, pela idoneidade da ação ou pela inexistência do objeto, seja impossível um resultado danoso ou perigoso”*⁴²⁶.

Mas não é só na legislação italiana que o princípio encontra-se disposto. Pelas razões já expostas nesse trabalho a ofensividade representa uma exigência inafastável para a legitimidade do ilícito típico na ordem jurídica constitucional brasileira após a constituição brasileira.

*Para Fábio Roberto D’AVILA, além dos valores que a carta consagra existem outros indicativos de ordem infraconstitucional que dão uma dimensão material a ofensividade e que podem ser encontrados no Código Penal brasileiro. Os institutos penais da tentativa, art. 14, II do CPB, o crime impossível do art. 17 do CPB, permitem o reconhecimento de um desvalor que representa a ofensa a bens jurídico-penais*⁴²⁷.

No que tange aos crimes de perigo abstrato, em uma análise superficial poderíamos afirmar que eles estariam em conflito com o princípio da lesividade, já que não há um dano efetivo, nem um perigo real para qualquer

⁴²⁵ COSTA, José de Faria. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992., pp. 642-644.

⁴²⁶ MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina, ob. cit., pp. 139-140.

⁴²⁷ D’AVILA, Fábio Roberto. **O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário**. In: D’AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (org.). In: **Direito penal secundário estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 88.

bem jurídico. A ausência de um resultado externo inviabilizaria a utilização dessa técnica de tipificação dentro de um Estado Democrático de Direito.

Estaria em conformidade com o princípio da ofensividade a existência de uma periculosidade pressuposta ou a comprovação de um perigo real se faz necessário sob a ótica desse princípio?

Para Cristina MENDEZ RODRIGUEZ as novas orientações dogmáticas relativas ao desvalor da ação e ao desvalor do resultado; a reinterpretção do código penal italiano, em particular seu artigo 49 em confronto com os artigos 25 e 27 da constituição desse país, quando se dá aos dispositivos uma interpretação bastante ampla do princípio da ofensividade em nome dos novos bens jurídicos e das novas condições sociais que Schünemann identifica, levam a doutrina a constatar a ineficácia dos crimes de dano e de perigo concreto⁴²⁸.

A superação desse pensamento parte do reconhecimento, nos crimes de perigo abstrato, de um dano efetivo a bens jurídicos difusos, de modo a transformar sua natureza para crimes de lesão. Nesse sentido, KINDHÄUSER, PAREDES CASTAÑON e CORCOY BIDASOLO⁴²⁹.

Bernd SCHÜNEMANN afirma que os tipos penais de perigo abstrato são importantes para a tutela dos novos bens jurídicos em razão da natureza das coisas postas na sociedade contemporânea. Com o surgimento de uma sociedade de riscos “as cadeias causais se perdem no anonimato da sociedade das massas” e qualquer forma de limitar a evolução do direito penal a tutela das novas situações representa fechar os olhos para as novas condições impostas pela sociedade contemporânea⁴³⁰.

Quando HASSEMER, em nome do princípio da lesividade ou ofensividade, afirma que a criminalização de condutas se mostra

⁴²⁸ MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina, ob. cit., pp. 141-142.

⁴²⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 181.

⁴³⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. **El individualismomonista de la “Escuela de Frankfurt”: consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana.** Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: universidad externado de Colombia, 1996, pp. 15-17

contraproducente, pois o direito penal não deve atuar de forma preventiva e quando atua nada mais consegue que resultados sofríveis, ele ignora uma gama de novas situações que estão postas e precisam da tutela penal já que outros ramos do ordenamento jurídico se mostram ineficazes.

Por exemplo, o direito ambiental tem sido tutelado na maioria dos países da Europa administrativa, civil e penalmente, respondendo pelas condutas pessoas físicas e jurídicas. Na esfera administrativa e civil a proteção ao meio ambiente não tem sido eficaz, já que as multas administrativas aplicadas pelo IBAMA, em 1997, somente seis por cento foram recolhidas aos cofres públicos e, na esfera civil, nem todas as ações civis públicas têm sido coroadas com êxito, especialmente pela demora no seu trâmite. Daí a necessidade da tutela penal, tendo em vista seu efeito intimidativo e educativo e não só repressivo⁴³¹.

É em nome da proteção dos bens jurídicos que a ofensividade assume um importante papel de orientação legislativa para a delimitação do ilícito, a partir de uma hermenêutica constitucionalmente orientada. Ou seja, não há como o legislador abster-se das novas demandas sociais, pois elas devem ser incorporadas a tutela penal diante das novas necessidades hodiernas da sociedade contemporânea, mas esse processo deve ser feito atendendo às exigências da ofensividade na proposição de novas figuras delitivas. Quando essas novas figuras forem crimes de perigo abstrato ou tutelares bens jurídicos supra-individuais, em virtude da sua maior complexidade que envolve o fato e as exigências normativas, haverá um aumento do trabalho hermenêutico de conformação constitucional na sua aplicação⁴³².

⁴³¹ SIRVINSKAS Luís Paulo. **Tutela Penal do Meio Ambiente**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 15. Nesse sentido também o recurso especial n. 610.114 – RN do STF. Rel. Min. Gilson Dipp.

⁴³² D'AVILA, Fábio Roberto. **O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário**. In: D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (org.). In: **Direito penal secundário estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp. 91-92.

4.5. O princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade busca limitar o poder do Estado no âmbito do direito penal e do direito administrativo⁴³³.

De fato, o princípio é indispensável em um sistema penal fundado na dignidade humana. Toda atuação punitiva fora dos parâmetros estabelecidos pelas regras sancionadoras não encontrará aplicação material⁴³⁴.

O princípio deve ser analisado sob três aspectos ou subprincípios: a) o aspecto relativo à adequação ou idoneidade; b) o aspecto relativo à necessidade e a exigibilidade e c) o aspecto relativo à proporcionalidade em sentido estrito.

O primeiro aspecto ou subprincípio é indicativo que a norma deve ter aptidão para satisfazer ao reclamo que a ensejou. Ou seja, deve existir uma adequação entre a norma e o fim proposto⁴³⁵. Nos crimes de perigo abstrato quando se tutelam bens jurídicos de relevância constitucional que proporcionam a valorização da dignidade da pessoa humana não há que se falar em inconstitucionalidade.

Por outro lado, quando se tutela se mostra desarrazoada, seja colocação do bem jurídico sob o manto do direito penal, seja pela quantidade ou intensidade da pena não haverá respeito à proporcionalidade e a atuação repressiva do Estado será arbitrária e irracional. Para exemplificar, a lei 7.643 de 1987 tipifica como crime a conduta de molestamento de toda a espécie de cetáceo nas águas jurisdicionais brasileiras, cominando-lhe uma pena de dois a cinco anos de reclusão, além do confisco da embarcação, no caso de reincidência. Uma leitura superficial do código penal brasileiro aponta que o molestamento de cetáceo é mais grave que o delito de lesão corporal grave, por exemplo, (art. 129, § 1º).

⁴³³ MIRANDA, Jorge, ob cit. p., 216.

⁴³⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 210.

⁴³⁵ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, ob. cit., p. 104.

O segundo aspecto, relativo à necessidade e a exigibilidade decorre do fato de que no Estado Democrático de Direito qualquer medida constritiva da liberdade do indivíduo que se mostre desnecessária deve ser retirada do sistema jurídico⁴³⁶.

O terceiro aspecto traduz na proporcionalidade em sentido estrito, o qual representa um elemento fundamental na análise dos crimes de perigo abstrato. Por esse subprincípio, quanto mais próxima a lesão, mais intensa será a pena. Logo, o sancionamento dos crimes de perigo abstrato deve ser mais brando do que sancionamento dos crimes de perigo concreto e do que os crimes de lesão ao bem jurídico. Qualquer inversão dessa lógica representa uma atuação assistemática para um direito penal pautado na proporcionalidade⁴³⁷.

Por outro lado, além do que fora afirmado a proporcionalidade também comporta a análise da relevância do bem jurídico tutelado. Há sempre que se partir do pressuposto que o bem decorre da constituição e seja relevante. Assim, não é possível afirmar que um crime de perigo abstrato viola o princípio da proporcionalidade sem antes se fazer uma análise do tipo penal à luz da ordem constitucional.

4.6. Princípio da subsidiariedade e da fragmentariedade.

A intervenção penal só se justifica quando for o último instrumento para a proteção de determinados valores, somente quando os outros mecanismos de controle social não conseguem tutelar de maneira satisfatória determinadas situações é que o direito penal deverá atuar.

Claus ROXIN vê o princípio da subsidiariedade como uma decorrência do princípio da proporcionalidade, que por sua vez tem a sua matriz no princípio do Estado Democrático de Direito. Assim, como o direito penal possibilita uma intervenção dura na liberdade do indivíduo, essa

⁴³⁶ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, ob. cit., p. 105.

⁴³⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 212.

intervenção só poderá ser aceita se os outros meios não tiverem êxito suficiente⁴³⁸.

Em relação aos crimes de perigo abstrato, a sua utilização não viola o princípio da subsidiariedade desde que a norma esteja tipifique comportamentos que não foram adequadamente tutelados pelos demais ramos do ordenamento jurídico e que tais bens jurídicos sejam indispensáveis ao desenvolvimento do indivíduo.

Contudo, em termos de sociedade contemporânea as instâncias de controle social entram em crise⁴³⁹. O ordenamento jurídico, como instância formal de controle social, também segue essa tendência.

O direito civil de ressarcimento por danos não consegue atender as novas demandas sociais por segurança já que o “modelo do seguro” tem como consequência um decréscimo da eficácia preventiva do sistema jurídico já que o direito de responsabilidade civil tende a provocar no segurado uma diminuição dos níveis de diligência⁴⁴⁰.

No que tange ao direito administrativo, os níveis de burocratização dos seus institutos leva a um crescente descrédito em relação aos seus instrumentos de proteção específicos – sejam eles preventivos, sejam eles punitivos⁴⁴¹.

A dificuldade dos meios de controle social acaba por impor ao direito penal um novo papel. Já dissemos que a tarefa é ingrata, mas ela deve ser feita por algum ramo ordenamento jurídico. Contudo, a sua atuação deve se dar de forma periférica, no sentido de reprimir exclusivamente atos violentos ou intoleráveis, que violem as expectativas sociais básicas⁴⁴².

⁴³⁸ ROXIN, Claus, ob. cit., p. 67.

⁴³⁹ A alusão à crise do direito penal se converteu em autêntico lugar comum. SILVA SANCHEZ aponta que essa concepção é incorreta ou inexata, pois a crise não pertence ao direito penal. Na realidade ela representa um processo maior, um processo que envolve o sistema normativo. SILVA-SANCHEZ, Jesús María. **Aproximação ao direito penal contemporâneo**. Tradução Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011, p. 29.

⁴⁴⁰ SILVA-SANCHEZ, Jesús María, ob. cit., p. 60.

⁴⁴¹ Idem, ibidem, ob. cit., p. 61.

⁴⁴² BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 209.

É nesse sentido que a compreensão do princípio da fragmentariedade impõe ao direito penal, ao criar tipos penais de perigo abstrato, a tarefa de proceder de forma cautelosa e criteriosa, dentro de padrões constitucionalmente estabelecidos.

Dito de outra forma, o princípio da fragmentariedade e da subsidiariedade limita a utilização dos tipos penais de perigo abstrato, já que ela será legítima quando, e somente quando, houver um ataque a um bem jurídico essencial para o ser humano, enquanto espécie que detém os interesses fundamentais de viver suportavelmente em comunidade e ter garantidas as condições necessárias para o desenvolvimento de sua personalidade, bem como é condição que o ataque ao bem jurídico se dê de forma intolerável e especialmente grave⁴⁴³.

O delito de tráfico de drogas (art. 33 da lei 11. 343/2006), por exemplo, tem suporte constitucional, a teor do que estabelece o art. 5º, XLIII da Lei Magna. Trata-se de um crime de perigo abstrato que a doutrina e a jurisprudência consagraram como sendo de perigo presumido para a saúde pública.

O manejo de energia nuclear, a manipulação genética, contextos de risco interacional como o trânsito e outras atividades que podem causar danos de grande magnitude são passíveis de proibição por meio da técnica dos crimes de perigo abstrato, sem que seja violado o princípio fragmentariedade e da subsidiariedade⁴⁴⁴.

Em todos os exemplos dados não há como negar a funcionalidade dos crimes de perigo abstrato para tutelar um bem jurídico difuso e de interesse coletivo, pois não seria viável pretender tutelar tais bens através de crimes de perigo concreto ou de dano.

A ponderação entre as formas de tutela deve ser feita com base em regras de proporcionalidade e razoabilidade, a partir de uma conduta que traga

⁴⁴³ AMARAL, Cláudio Prado. **Princípios penais: da legalidade á culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003, p. 144.

⁴⁴⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 210.

em si lesividade e que de outra forma não possa ser suficientemente combatida⁴⁴⁵.

4.7. Princípio da culpabilidade

O princípio da culpabilidade aponta que não haverá a imposição de uma pena sem que o autor da conduta tenha praticado um fato de forma reprovável.

No âmbito constitucional, esse princípio não está expresso. O seu fundamento, contudo, reside no princípio da dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Segundo José CEREZO MIR, o princípio da culpabilidade representa uma exigência do respeito à dignidade da pessoa humana, pois a imposição de uma pena sem culpabilidade supõe a utilização do ser humano como mero instrumento para conseguir fins sociais, o que implicaria um atentado a sua dignidade⁴⁴⁶.

O respeito à dignidade humana impõe que a pena tenha seu limite na necessidade e na proporcionalidade, por isso esse princípio ora se coloca como fundamento da imposição da pena e do próprio *jus puniendi*, ora se coloca como limite da intervenção do Estado.

Ao analisar essas concepções do princípio da culpabilidade, Cláudio Prado AMARAL afirma que o princípio como fundamento da pena representa a possibilidade de se aplicar ou não a pena, tomando-a como juízo de reprovabilidade que recai sobre o fato. Como limite de intervenção ela impede que seja imposta uma pena acima ou abaixo do patamar previsto na própria idéia de culpabilidade⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, ob. cit., p. 127.

⁴⁴⁶ CEREZO MIR, José. **Direito Penal e Direito Humanos: Experiência Espanhola e Européia**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 6, p. 34.

⁴⁴⁷ AMARAL, Cláudio Prado, ob. cit., p. 174.

Pois bem, a breve referência às concepções que a culpabilidade assume já nos é suficiente para afirmarmos que a culpabilidade representa um juízo de censura que recai sobre o fato praticado pelo agente, ou seja, a censurabilidade recai sobre o comportamento humano capaz de colocar em risco um bem jurídico tutelado.

Essa culpabilidade pelo fato serve para a constatação de que a censura pressupõe que o agente seja dotado de capacidade de compreensão e escolha. Em outros termos, que o agente no momento em que praticou o fato delituoso tinha ao menos possibilidade de conhecimento do comportamento penal proibido, sendo que sobre esse potencial conhecimento se poderia exigir um comportamento diverso ou um comportamento conforme a norma jurídica⁴⁴⁸.

Portanto, ausentes quaisquer desses elementos afastadas estarão à culpabilidade, e, conseqüentemente, o caráter reprovável do injusto penal. Se o injusto penal representa uma conduta valorada como ilícita, todo crime apresentará uma ilicitude formal que consiste na contrariedade do fato com a norma. No que tange a ilicitude material, ela assume a dimensão de lesão ou exposição ao perigo de lesão do bem jurídico ou interesse tutelado pela norma.

A utilização dos crimes de perigo abstrato, onde há uma presunção de perigo, a lei não presume a culpabilidade (reprovabilidade), pois ela deverá ser aferida no caso concreto a partir do confronto entre a natureza da ação com o bem jurídico tutelado. Dessa forma, o agente que opta por praticar a conduta típica valorada como antijurídica poderá ser culpável ou não.

A questão relativa à culpabilidade não se presume, o que será presumido é a periculosidade da conduta, que poderá ser avaliada pelo agente imputável no momento da ação segundo um juízo do que é permitido e o que é

⁴⁴⁸ Sobre esses elementos normativos da definição de culpabilidade o professor Fábio Guedes de Paula Machado afirma que a concepção normativa é de natureza formal, não respondendo à questão relativa aos seus fundamentos ou pressupostos materiais de reprovação. O argumento de que o sujeito poderia agir de outra maneira não se apresenta só como indemonstrável, como manifesta o suposto de que a conduta humana pertence ao campo das ciências empíricas. MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A culpabilidade no Direito Penal contemporâneo**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp. 92-93.

proibido socialmente. José de FARIA COSTA afirma, com base em Engisch, que a culpabilidade deriva do uso defeituoso que o homem faz da sua liberdade⁴⁴⁹.

O que se percebe é que a conduta é formalmente ilícita por estar em contradição com a norma penal e materialmente ilícita em face da vulneração de um bem jurídico mediante a presunção extraída da experiência e do bom senso, mas a ação valorada como ilícita poderá ser reprovável ou não⁴⁵⁰. Assim, a afirmação de que nos crimes de perigo abstrato a culpabilidade é presumida é equivocada, pois o que se presume é a periculosidade da conduta do agente, que poderá ser avaliada pelo agente imputável no momento da conduta.

4.8. Princípio da precaução

Preliminarmente, cumpre destacar que alguns juristas se referem ao princípio da prevenção, enquanto outros se reportam ao princípio da precaução. Há, também, aqueles que utilizam as duas expressões como sinônimas, como faz Paulo Affonso Leme MACHADO⁴⁵¹.

Com efeito, Édis MILARÉ prefere buscar a raiz semântica das expressões para estabelecer um processo de distinção entre prevenção e precaução. A prevenção é um substantivo ligado ao verbo prevenir, e significa ato ou efeito de antecipar-se, induzindo uma conotação de antecipação temporal. Por sua vez, a precaução é um substantivo do verbo precaver-se (do latim *prae* = antes e *cavere* = tomar cuidado), e sugere cuidados antecipados, cautela para que uma atitude ou a ação venha a concretizar-se sem os resultados indesejáveis.

⁴⁴⁹ ENGISCH, K. **Begründung**, p. 224. Apud COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal**, p. 248.

⁴⁵⁰ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, ob. cit., p. 138.

⁴⁵¹ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Estudos de direito ambiental**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 35.

Do cotejo entre os dois significados percebe-se que o segundo apresenta um âmbito de incidência menor, pois ele liga-se a uma idéia de antecipação voltada, preferencialmente, para casos concretos, ou seja, são antecipações pontuais ligadas a gestão do risco⁴⁵².

Partindo, também de uma conceituação semântica, Pierpaolo Cruz BOTTINI aponta que o termo precaução deriva do termo latino *precautio-onis*, que significa cautela antecipada. Dessa forma, o princípio da precaução ou princípio da cautela pode ser conceituado como sendo uma diretriz para a adoção de medidas de regulamentação de atividades, em caso de ausência de dados ou informações sobre o potencial danoso de sua implementação⁴⁵³.

Em outros termos, o princípio da precaução parte da premissa de que certas situações podem gerar irreversibilidade e incertezas científicas, em virtude do grau e da abrangência dos riscos que as envolvem e, nesse caso, os gestores dos riscos devem tomar medidas para equacionar se naquela situação específica os benefícios sociais serão maiores que os riscos a serem enfrentados.

Segundo Ramón MARTIN MATEO em questões ligadas ao meio ambiente, por exemplo, a tutela ressarcitória mostra-se ineficaz, incerta e, quando possível, excessivamente onerosa. Dessa forma, a precaução é melhor, quando não for à única solução⁴⁵⁴.

A criação de mecanismos para reprimir a emissão de gases e resíduos tóxicos, a proibição de caça de uma determinada espécie, a proibição do corte raso de uma determinada floresta, a tutela de um lençol freático podem ser compensáveis, mas, sob a ótica científica, são irreparáveis.

Em virtude do que foi dito, o princípio da precaução surge como um instrumento voltado para a gestão política dos riscos em prol da coletividade. A sua incorporação pelo direito penal acaba por transformá-lo em um instrumento

⁴⁵² MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 165.

⁴⁵³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., p. 62.

⁴⁵⁴ MARTIN MATEO, Ramón. **Derecho ambiental**. Madrid: instituto de Estudios de Administración local, 1977, p.85-86.

a serviço do gerenciamento de risco, na medida em que, visa à manutenção da intangibilidade de certos bens jurídicos.

Dentro dessa perspectiva, a utilização dos crimes de perigo abstrato não se mostra automaticamente legítima, pois além das particularidades da sociedade de risco deve-se levar em conta as características institucionais que se servem para conformar a atuação do *jus puniendi* ⁴⁵⁵.

Quando se analisa o pensamento de José Manuel PAREDES CASTAÑON, Urs KINDHÄUSER e Mirentxu CORCOY BIDASOLO percebe-se que tais autores, em nome das particularidades da sociedade de risco, dão uma nova dimensão à segurança enquanto bem jurídico.

Há uma identificação da segurança como interesse autônomo e passível de proteção penal de forma independente da sua relação com bens jurídicos individuais. Esse fator – a nova consideração dado ao bem jurídico segurança – representaria o fator de legitimação para a utilização dos tipos penais de perigo abstrato ⁴⁵⁶.

A defesa mais enfática dessa posição é feita por Urs KINDHÄUSER, ao afirmar que em nome da segurança deve-se afastar condutas perigosas. Contudo, esse posicionamento deve ser entendido dentro da perspectiva constitucional que marca a construção do nosso direito penal. Assim, quando se utilizar crimes de perigo abstrato, a partir de uma perspectiva pautada em regras de precaução, o que se busca é a vigência de normas jurídicas, é a segurança subjetiva da população, é a proteção da população diante de novas técnicas de produção, é a proteção diante de uma gama de situações que compõem a esfera do cidadão ⁴⁵⁷.

Todas essas situações são aptas de serem tuteladas por meio de crimes de perigo abstrato, mas em todas elas o elemento capaz de legitimar o tipo penal é a premissa de que tais tipos são instrumentos para assegurar a

⁴⁵⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz, ob. cit., pp. 255-256.

⁴⁵⁶ Idem, ibidem, ob. cit., p. 257.

⁴⁵⁷ Idem, ob. cit., p. 271.

autonomia digna do ser humano dentro dos parâmetros constitucionalmente traçados pela carta Magna.

CONCLUSÃO

De tudo o que foi abordado ao longo do trabalho, podemos articular as seguintes conclusões.

A sociedade de risco transforma o sistema jurídico penal. As novas demandas criadas por essa nova forma de organização social representa o fim de uma era – modernização tradicional – e o surgimento de um novo processo de desenvolvimento chamado de modernização reflexiva. Essa novo processo tem como marca construção de uma sociedade tecnológica, massificada, global e marcada por riscos globais.

A imponderabilidade dos novos riscos transforma as instituições, relativiza os conceitos, quebra a fé depositada no racionalismo, deslegitima a ciência e as instituições de controle social.

Nesse contexto, o direito penal é chamado para combater os riscos fabricados pela modernização reflexiva. Esse fenômeno causa uma série de inconvenientes, já que o modelo de direito penal liberal deve alterar sua

estrutura de incriminação para atender as novas demandas sociais. Ou seja, em vista das novas necessidades e exigências de proteção propõe-se uma mudança no dimensionamento que se dá aos seus institutos para que ele funcione como mecanismo de defesa diante das novas situações de risco.

Nesse contexto, temos a primeira constatação desse trabalho: a mudança dos padrões sociais alteraram de forma definitiva a posição que o direito penal ocupa dentro do sistema jurídico. Ele sai de uma posição periférica para o centro do debate. De fato, as novas condições sociais são determinantes a tendência expansionista do direito penal na sociedade contemporânea.

A partir dessas linhas essenciais, restaram delineados neste trabalho aspectos sobre como o direito penal passa a ser visto como um mecanismo de gerenciamento de risco. Entretanto, essa nova função do direito penal colide com seus postulados básicos. A administrativização do direito penal, a evolução do conceito de bem jurídico em direção a supraindividualização e a nova dimensão dada aos crimes de perigo abstrato são demonstrações claras que esse ramo do ordenamento jurídico busca se adaptar as novas realidades.

Desse modo, há um redimensionamento da utilização da técnica de tipificação de conduta por meio dos tipos penais de perigo abstrato. Esse redimensionamento assume as mais variadas conformações. Tais conformações, na verdade, representam tentativas metodológicas de adequação dos crimes de perigo abstrato a dogmática penal que de um lado não pode abrir seus princípios mais tradicionais, mas que por outro lado, não pode deixar de atender as demandas sociais.

Da análise desse processo, é possível constatar que a sociedade contemporânea modificou o direito penal de tal forma que a sua dogmática exige que se repessem seus institutos, que se redimensionem suas técnicas. Essa situação não pode ser ignorada pelo direito penal.

Dentro desse contexto, a utilização dos crimes de perigo abstrato se mostra adequada quando inserida em um direito penal funcionalmente aberto e direcionado para o atendimento das finalidades da política criminal traçada no modelo de Estado e de sociedade em vigor.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco**. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

_____. **Princípios penais: da legalidade à culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

BACIGALUPO, Enrique. **Derecho penal – parte general**. 2. ed. Madrid: Hamumurabi, 1999.

_____. **Derecho penal y Estado de derecho**. Santiago: Editorial jurídica de Chile, 2005.

BARATTA, Alessandro. **Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión em la perspectiva de la criminología crítica. Pena y Estado**. Barcelona, 1991.

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

BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da pós-modernidade**. Tradução Mauro Gama, Cláudia Martinelli. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo XXI de Espana Editores, 1999.

BETTIOL, Guiseppe. **Diritto penale parte generale**. 12. ed. Padova: Cedam, 1986.

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

BRUNO, Aníbal. **Direito penal – parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. t.2.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Bases críticas de un nuevo derecho penal**. Bogotá: Temis, 1982.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **O direito na sociedade complexa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal: orientado para a vítima de crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CAMARGO, Antônio Luís Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

_____. **Sistemas de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal.** São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CEREZO MIR, J. **Curso de Derecho Penal español,** Madrid: Tecnos, 1985. v.1.

_____. **Los delitos de peligro abstrato em el ámbito del derecho penal del riesgo.** revista de derecho penal y criminologia, n. 10. 2002.

_____. **Direito Penal e Direito Humanos: Experiência Espanhola e Européia.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 6.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. **Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos.** Valencia: Tirant Lo Blanch. 1.999.

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

_____. **O fenômeno da globalização e o direito penal econômico.** Revista Brasileira de ciências criminais. n. 35. Julho-setembro. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Nexo Causal.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para a legitimação do direito penal secundário.** In: D'AVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (org.). In: **Direito penal secundário estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DA COSTA, Helena Lobo. **Proteção penal ambiental: Viabilidade, efetividade tutela por outros ramos do direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco – vínculos com o futuro.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris. 1998.

_____. **O risco na sociedade contemporânea.** Revista sequência. Revista do curso de pós graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, n. 28, jun, 1994.

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.

_____. ANDRADE, Manuel da costa. **Criminologia**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

_____. **Direito penal: parte geral**. Coimbra: Revista dos Tribunais, 2004, t.1.

ESCRIVA GREGORI, José Maria. **La puesta em peligro de bienes juridicos em derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1985.

FEIJOÓ SANCHEZ, Bernardo. **Cuestiones basicas de los Delitos de periglo Abstrato y Concreto em relación com el transito**. Revista Ibero-Americana de Ciências Penais. Coord. André Luís Callegari; Nereu José Giacomolli e Pedro Krebs. N. 0., Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público., Ano 1 Maio - Ago 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns**. Coimbra: almedina, 2001.

FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. **Tratado de derecho penal comum vigente en Alemania**. Traducción Eugênio Raul Zaffaroni e Irma Hagemier. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.

FRANCO, Alberto Silva; LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro; BATISTA, Nilo; MACHADO, Hugo de Brito; GOMES, Luís Flávio; STOCO, Rui. **Temas de direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GARCÍA DE PAZ, Isabel Sánchez. **La criminalización en ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea**. Valladolid: Aranzadi. 1998.

GIDDENS, Anthony, BECK, Ulrich e LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**, 1995. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora UNESP, 1997.

GIDDENS, Anthony. **A constituição da sociedade**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. **Em defesa da sociologia: ensaios, interpretações e tréplicas**. São Paulo: editora Univesp, 2001

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Risco e processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2009.

GRECO, Luís. **A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas de acessoriedade administrativa.** Revista brasileira de ciências criminais. n.58 jan-fev. São Paulo: IBCCRIM. 2006.

_____. **Modernização do Direito Penal, Bens jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato.** Rio de Janeiro: Lummen juris, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção – repressão.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário.** Tradução Regina Greve e Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Três temas de Direito Penal.** In Perspectivas de Uma Moderna Política Criminal. Porto Alegre: ESMP, 1993.

_____. MUNOZ CONDE, Francisco. **La responsabilidad por el producto en derecho penal,** Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

_____. **Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos.** in Pena y Estado. coord. Juan Bustos Ramirez, 1995.

_____. **Fundamentos del derecho penal.** Barcelona: Bosch, 1984.

HEFENDEHL, Roland; VON HIRSCH, Andrew; WOHLERS, Wolfgang. **La teoría del bien jurídico. Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático.** Madrid: Badem-Badem, 2007, p.37.

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

JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo: noções e críticas;** org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

JEHING, Rudolf Von. **A finalidade do direito.** Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979 v. 1.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho penal.** trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosh, v.1, p. 6.

KINDHAUSER, Urs. **Estructura y legitimación de los Delitos de Perigo Del Decrecho Penal.** ILECIP. Ver. 004 – 001 (2009) <http://www.ilecip.org>., p. 2.

LOPEZ, Teresa Ancona. **Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LUHMANN, Niklas. **El concepto de riesgo.** Barcelona: Anthropos, 1996.

_____. **Risk: a sociological Theory.** New York: A. de Gruyter, 1993.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A culpabilidade no Direito Penal Contemporâneo.** São Paulo: Quartie Latin, 2010.

_____. **Prescrição penal: prescrição penal funcionalista.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

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

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Estudos de direito ambiental.** São Paulo: Malheiros, 1994.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale Parte generale.** 6. ed., Padova: Cedam, 2009.

MARTIN MATEO, Ramón. **Derecho ambiental.** Madrid: instituto de Estudios de Administración local, 1977.

MATA Y MARTÍN, Ricardo M. **Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro: aproximación a los presupuestos de la técnica de peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios.** Granada: Comares, 1997.

MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Direito penal: volume 1 – parte geral.** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MENDEZ RODRIGUEZ, Cristina. **Los delitos de peligro y sus tecnicas de tipificacion.** Madrid: Ministerio de justicia – Universidade compulense de Madrid, 1993.

MENDOZA BUERGO. Blanca. **El Derecho penal em la sociedade de riesgo.** Madrid: Civitas, 2001.

_____. **La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstrato.** Revista de derecho penal y criminología. 2. ep. Enero 2002, n. 9.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 3. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal: fundamentos e teoria do delito.** Tradução Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal e controle social**; Tradução Cíntia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. **Introducción al Derecho Penal**. Barcelona: Bosch, 1975.

_____. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. 2 ed. Buenos Aires: Editorial.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **Tipicidade penal e sociedade de risco**. São Paulo: Quartier Latin. 2006.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. **Los delitos de peligro como técnica de incriminación em el derecho penal económico: bases político criminales**, 2001.

PEREIRA, Flávia Goulart. **Revista brasileira de ciências criminais – IBCCRIM**. São Paulo: Revistas dos Tribunais. nov-dez v. 51, 2004.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico penal e constituição**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

PRITTWITZ, 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.

RASSI, João Daniel. **A sociedade de risco, teoria dos sistemas e funcionalismo penal: uma aproximação teórica**. Boletim IBCCRIM, 2009, p.1.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do delito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

RODRIGUEZ MONTAÑES, Teresa. **Delitos de peligro, dolo e imprudência**. Madrid: Rubinzal Y Asociados Editores, 1994.

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

_____. **Estudos de Direito penal**. Tradução Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**; org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. **Derecho penal. Parte general – tomo I. Fundamentos, La estructura de la teoria del delito**. Madrid: Civitas.

_____. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal.** trad. Luís Greco. 3. ed. rio de Janeiro: Renovar. 2002.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Finalidades da pena – conceito material de delito e sistema penal integral.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A reinvenção solidária e participativa do Estado.** Brasília: Mare, 1997.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

SCHWARTZ, Germano. **Revista ibero-americana de ciências penais.** Porto Alegre: CEIP. Ano 2, n. 4. Set-dez. 2001.

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

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

_____. **Aproximação ao direito penal contemporâneo.** Tradução Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. **Revista brasileira de ciências criminais – IBCCRIM.** São Paulo: Revistas dos Tribunais. jan-fev v. 46, 2004

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supraindividual – interesses difusos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SIRVINSKAS Luís Paulo. **Tutela Penal do Meio Ambiente.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

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

SCHÜNEMANN, Bernd. **El individualismomonista de la “Escuela de Frankfurt”: consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana.** Trad. Manuel Cancio Meliá. Bogotá: universidad externado de Colombia, 1996.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal.** 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TIEDEMANN, Klaus. **Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en el Derecho comparado.** In: GOMES, Luiz Flávio (coord.).

Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e Direito Penal. São Paulo: RT, 1999.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito penal.** São Paulo: Saraiva. 1986.

VON LISZT, Franz. **Tratado de direito penal alemão.** Tradução José Hygídio Duarte Pereira. Rio de Janeiro: Briguiet, 1899.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán.** Traducción Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Santiago do Chile: Juridica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Tratado de Derecho penal.** Buenos Aires: Ediar, 1982.