

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES

RENATA ALMEIDA DA COSTA

SORAIA DA ROSA MENDES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C929

Criminologias e política criminal [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Paulo César Corrêa Borges, Renata Almeida Da Costa, Soraia da Rosa Mendes – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-214-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Criminologias. 3. Política Criminal.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CRIMINOLOGIAS E POLÍTICA CRIMINAL

Apresentação

Uma vez mais o Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito tem a satisfação de apresentar em forma de publicação uma coletânea de textos representativos de algumas das teses desenvolvidas em seu XXV Encontro Nacional que, em 2016, teve como tema “Direito e Desigualdades: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo”.

O encontro, realizado na Universidade de Brasília – UnB, em uma parceria com o Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, o Centro Universitário do Distrito Federal – UDF e a Universidade Católica de Brasília - UCB, ocorreu entre os dias 6 a 9 de julho e, como era de se esperar, foi mais um momento especialmente rico no qual estudantes e professores construíram um espaço privilegiado de integração de várias instituições de ensino.

Os vinte e quatro textos que seguem foram objeto de intensos debates no Grupo de Trabalho “Política Criminal e Criminologia”, refletindo a atualidade de questões que envolvem o tema objeto de nosso GT ao redor do qual estiveram pesquisadores/as de todas as partes do país e de diferentes níveis de formação.

De um modo muito particular gostaríamos de registrar que, dos vinte e sete trabalhos aprovados, vinte e quatro deles contaram com a participação feminina em abordagens referentes a temas que giraram desde, v.g., a violência sexual e justiça de transição até, também por exemplo, os elementos punitivos na pós-modernidade e o direito penal do inimigo. Ou seja, pesquisas de conteúdo relevante, de caráter inovador, com grande potencial de impacto na área, visto traduzirem reflexões capazes de influir na forma como devem ser compreendidas diferentes perspectivas político-criminais e criminológicas.

O intercâmbio de experiências durante o GT certamente representou um acréscimo importantíssimo ao pensamento jurídico e ao Conpedi, como um irradiador da produção de conhecimento que tem sido há longos anos. Sendo imprescindível, portanto, agradecer a todos e todas os e as participantes por suas contribuições, sem as quais o êxito do GT como um todo não seria possível.

Brasília, julho de 2016.

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges – Universidade Estadual Paulista/UNESP

Profa. Dra. Renata Almeida Da Costa – Centro Universitário La Salle - UniLaSalle

Profa. Dra. Soraia da Rosa Mendes – Instituto de Direito Público/IDP

CRIMES DE PERIGO ABSTRATO NA SOCIEDADE DO RISCO

ABSTRACT DANGER CRIMES IN THE RISK SOCIETY

**Ingrid de Lima Bezerra
Francisco Glauberto Bezerra Junior**

Resumo

O presente artigo objetiva debater sobre a sociedade de risco e a necessidade da previsão de crimes de perigo abstrato. São realizados apontamentos sobre o fenômeno da sociedade de risco e a constatação de que o direito penal clássico não é suficiente para a tutela dos novos bens jurídicos ofendidos. Apresenta-se a discussão sobre o alcance da intervenção estatal necessária em decorrência dessas mudanças sociais e do surgimento dos novos riscos. Explana-se sobre os tipos penais de perigo e, especialmente, os de perigo abstrato. Ao final, demonstra-se que esta tipificação deve ser considerada como meio de controle dos novos riscos.

Palavras-chave: Sociedade de risco, Princípios constitucionais penais, Crimes de perigo abstrato

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to discuss the risk society and the need for forecasting abstract danger of crimes. appointments are made on the risk society phenomenon and the realization that the classic criminal law is not sufficient for the protection of Offended young legal interests . It presents the discussion on the scope of required state intervention due to these social changes and the emergence of new risks. it expounds on the criminal types of danger and especially the abstract danger. Finally, it is shown that the classification should be considered as a means of controlling the new risks .

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Risk society, Criminal constitutional principles, Abstract danger of crimes

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, vive-se em uma sociedade em que os riscos crescem cada vez mais, atingindo novos bens jurídicos. À medida que esses riscos expandem, aumenta também a sensação de insegurança. Um fato preponderante para o alargamento dessa sensação de insegurança é a conscientização desses novos riscos por parte da coletividade, elemento marcante da sociedade moderna.

Sendo assim, a sociedade tem buscado novas formas de contenção desses riscos. Dessa forma, as ciências jurídico-penais apresentam uma série de métodos que vislumbram abarcar as novas disposições da sociedade atual. Um direito penal que não considerasse as novas e inúmeras maneiras de agressão a novos bens jurídicos não seria totalmente eficaz.

Nesse âmbito, um dos artifícios de maior representatividade, é a técnica legislativa da tipificação de “crimes de perigo abstrato”. Com ela, tenciona-se evitar o dano real ao bem tutelado, quando, diante de determinadas situações específicas, presume-se o dano independentemente do efetivo perigo ou lesão real sofrida pelo bem tutelado.

Entretanto, essa técnica legislativa desperta forte discussão doutrinária quanto a sua legitimidade e constitucionalidade, em virtude da necessária relativização de alguns princípios do direito penal clássico.

Diante disto, a proposta deste trabalho não é esgotar a discussão sobre o tema sociedade de risco e crimes de perigo abstrato, mas, tão somente, contribuir de alguma forma para esta discussão, enfatizando o paradoxo entre os novos riscos a serem tutelados e os princípios fundamentais do direito, devendo-se, portanto, avaliar quais os bens que possuem dignidade penal suficiente para sua tipificação como de perigo abstrato.

2. SOCIEDADE DE RISCO

A sociedade pós-moderna vem sofrendo intensas e céleres transformações, decorrentes, em grande parte, da (r)evolução tecnológica. Essas mudanças geram grande complexidade nas relações intersubjetivas e sociais tanto em esfera nacional quanto global.

Como consequências desse novo panorama, surgem novos riscos inerentes à fabricação, distribuição e utilização de produtos perigosos, como os advindos de técnica atômica, tecnologia genética, biotecnologia, dentre outros, não delimitáveis nem no espaço, nem no tempo, de forma a atingir não apenas um indivíduo, mas toda sociedade. Segundo Beck (1998), estes riscos são efeitos acessórios, secundários e não almejados que

desestruturaram as ordens política, econômica e social.

É certo que os riscos e perigos, de maneira geral, sempre existiram no seio da sociedade, entretanto, eram qualificados como individuais, previsíveis, determináveis e exteriores àquela. Por isso, não havia ponderações acerca destes fenômenos, uma vez que eram considerados como acontecimentos isolados e não relacionados à ordem social. Deste modo, o elemento caracterizador da sociedade atual não é a existência do risco, mas a dimensão que este adquiriu (BECK, 1998). Sendo assim, na medida em que a sociedade se desenvolve, mais aumentam os riscos.

Destarte, “o risco passou a se fazer integrante irreversível do próprio modo de ser da sociedade contemporânea” (LEMOS, 2006, p. 327). Ou seja, tanto os indivíduos que produzem como os que usufruem das novas tecnologias, são afetados pelo risco (“efeito bumerangue”¹), logo, todos são potenciais vítimas e potenciais autores.

Por esta razão, como bem define Silva Sánchez (2002), hodiernamente a sociedade pode ser denominada de sociedade “do medo” ou “da insegurança sentida”. Esta conceituação é bem alocada, pois não existem mais fronteiras para os riscos. Hoje, além de possuírem um grande potencial lesivo, ultrapassam os limites de tempo e espaço, afetando diversas gerações e atingindo a sociedade tanto em nível local como mundial.²

Destarte, os riscos que atingem a sociedade pós-industrial possuem, portanto, um alto teor de periculosidade e lesividade, sobretudo, por não respeitarem limites temporais, nem espaciais, causando danos sistemáticos e, por diversas vezes, irreversíveis. (BECK, 1998).

Deste modo, é difícil estabelecer nexos causais entre a produção de alguns fatos e seus resultados, uma vez que estes só poderão ser percebidos anos depois da realização do ato. Ou ainda, que a conduta eivada de periculosidade seja produzida em um país e o resultado percebido em outro (LEMOS, 2006). Essas características deixam toda a sociedade em uma

¹ Expressão utilizada por Ulrich Beck. p. 43.

² Nesse sentido, Jorge de Figueiredo Dias. O Direito Penal entre a “Sociedade Industrial” e a “Sociedade do Risco”, in: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 588: “anuncia o fim da sociedade industrial e o início de uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a ação humana, as mais das vezes anônima, se revela susceptível de produzir riscos também eles globais ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em tempo e em lugar largamente distanciados da ação que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a extinção da vida.”

Ver também, SILVA, Pablo Rodrigo Alflen. Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco. Revista Brasileira de Ciências Criminais. n. 46, jan. – fev., 2004, p. 73 – 93.p. 79: “Os riscos que havia anteriormente eram riscos pessoais, contudo os riscos na “sociedade reflexiva” ultrapassam as realidades individuais e até mesmo as fronteiras territoriais e temporais de tal maneira que se forem produzidos em uma região podem afetar outras. De modo que a produção e a distribuição dos riscos determinantes no mundo contemporâneo gera a impossibilidade de escapar das consequências.”

condição de hipossuficiência e desfavorecimento, pois, de acordo com o efeito bumerangue, em qualquer lado que o indivíduo estiver, seja como produtor de tecnologias, seja como usuário destas, se sujeita aos danos provocados.

Assim, os riscos atuais atingem exatamente nos campos em que existe a modernização da nossa vida, ou seja, nos campos que se expandem constantemente e que em grande parte ainda são desconhecidos, tais como: a globalização da economia e da cultura, o meio ambiente, as drogas, o sistema monetário, a migração e integração, o processamento de dados. Sendo assim, em todos esses campos pode ocorrer um colapso de sistemas, podendo haver consequências imprevisíveis e provavelmente não se pode evitar esse colapso (SILVA, 2004).

Nessa toada, a percepção desses novos riscos e perigos ganha relevância para o Direito Penal que como instrumento de controle social objetivando prevenir e reprimir esse novo tipo criminalidade.

3. DIREITO PENAL COMO FORMA DE CONTENÇÃO DE RISCO

3.1 Considerações iniciais

O Direito Penal caracteriza-se por ser instrumento de controle social, idealizado para proteger bens jurídicos tradicionais, tais como a vida, a integridade física, a saúde, o patrimônio, de agressões humanas próximas e definidas. Conforme Juarez Cirino dos Santos (2007), o Direito Penal tem como finalidade declarada a proteção de bens jurídicos, isto é, a proteção de valores relevantes para a vida humana individual ou coletiva, sob ameaça de pena.

A atual conjuntura trouxe riscos que atingem novos bens jurídicos cujo alto potencial lesivo pode atingir todo o globo. Em decorrência dessas mudanças sociais e do surgimento dos novos riscos, criou-se uma discussão política e doutrinária sobre o alcance da intervenção estatal. Há aqueles que sustentam o afastamento do Direito Penal em favor da utilização de instâncias não penais; como também há quem defenda o Direito Penal máximo.

Não admitir o Direito Penal como forma de repressão aos novos riscos implica, contudo, na “confissão resignada de que ao direito penal não pertence nenhum papel na proteção das gerações futuras” (SANTOS, 2007, p. 04)

Assim, os adeptos do direito penal mínimo afirmam que os novos riscos devem ser geridos por outras formas de controle social, tais como direito civil e direito

administrativo. Silva Sánchez (1992), em opinião contrária, diz que tanto o direito civil quanto o direito administrativo não possui mecanismos apropriados para obstar a produção de risco; o direito civil somente pode reparar os danos causados pelo perigo já produzido, o que não é suficiente para a inibição das condutas; enquanto as sanções administrativas, geralmente pecuniárias e irrisórias, não possuem intimidação suficiente para prevenir a prática das atividades de risco. A ineficiência dos meios não penais de prevenção de riscos traz a discussão sobre a expansão do direito penal.

A Escola de Frankfurt é contrária a expansão, pois o direito penal deve ser mínimo, tipificando, tão somente, as “condutas que violem, de maneira agressiva, os bens indispensáveis para a vida em comum, como a vida, a saúde e a propriedade [...] Desta forma, os riscos oriundos das novas tecnologias somente serão objeto de atenção penal se lesionarem efetivamente os bens jurídicos mencionados (BOTTINI, 2007, p. 98).”

Silva Sánchez (2002) propõe um direito penal de duas velocidades: que iniba os novos riscos e que respeite os princípios de um Estado Democrático de Direito. Propõe, ainda, a flexibilização de princípios tradicionais, contanto que haja uma redução do rigor das sanções, ou seja, a utilização das penas pecuniárias, privativas de direitos ou da reparação penal, em lugar da privação de liberdade. Sendo assim, englobam os crimes que afetam os bens jurídicos tradicionais, os que afetam bens coletivos e, ainda, os que indicam uma possibilidade de dano ao bem jurídico tutelado.

Continua o autor (SÁNCHEZ, 2002) afirmando que as causas do aparecimento dos novos interesses são diversas, abrangendo a conformação de novas realidades, a saber: as instituições econômicas de crédito ou de inversão; a deterioração de realidades tradicionalmente abundantes, como o meio ambiente; e o incremento de valor de algumas realidades conhecidas, por exemplo, o patrimônio histórico.

A sociedade moderna vivencia o desenvolvimento de novos riscos nunca imaginados provenientes de decisões que os indivíduos adotam no manejo dos avanços técnicos e científicos. Some-se o fato de que a competitividade atual desloca para a marginalidade muitas pessoas, gerando a percepção de mais uma fonte de riscos pessoais e patrimoniais para os seus concidadãos. A complexidade inerente à sociedade atual implica na existência de um enorme potencial de incerteza na vida social. As relações entre indivíduos são permeadas pela possibilidade de que sejam gerados resultados danosos que só serão percebidos em longo prazo. Deste modo, torna-se cada vez mais frequente o recurso aos tipos de perigo, sobretudo, sua configuração mais abstrata (SILVA SÁNCHEZ, 2002).

Em razão dessas mudanças, é indispensável uma adaptação do direito penal para

que possa conter os novos riscos, uma vez que para controlar novas fontes de riscos e perigo é imprescindível normas de comportamento cuja violação, nos casos mais graves, exija uma punição penal (DIAS, 2004). Ora, o Direito Penal tem como finalidade proteger bens jurídicos penalmente relevantes, sendo assim, nada impede que também proteja os novos bens jurídicos (como, por exemplo, os bens supra individuais) se estes forem penalmente relevantes.

3.2 Adaptações do Direito Penal à sociedade de risco

O Direito Penal deve adequar-se às necessidades da sociedade hodierna, ou seja, deve ser um dos meios de defesa contra os novos riscos.

Segundo Figueiredo Dias (2004, p. 131) para uma adaptação do direito penal à sociedade de risco é necessário uma nova política criminal que

abandone a função minimalista de tutela de bens jurídicos e aceite uma função promocional e propulsora de valores orientadores da ação humana na vida comunitária; e uma nova dogmática jurídico-penal disposta a abandonar e substituir princípios até aqui tão essenciais como os da individualização da responsabilidade penal e a considerar a nova luz questões como as de causalidade, da imputação objetiva, do erro e da culpa, da autoria.

Note-se, então, que existe um paradoxo entre os novos riscos a serem tutelados e os princípios fundamentais do direito. É certo que não haverá mudanças no direito penal que infrinjam os direitos humanos. Devendo-se, portanto, avaliar quais os bens que possuem dignidade penal suficiente para sua tipificação.

Existe a discussão de que os bens jurídicos coletivos não poderiam ser tutelados pelo Direito Penal por não haver a individualização do objeto a ser protegido, bem como a individualização da vítima. Para Figueiredo Dias (2004) a supra individualidade do bem jurídico não impede e não elimina a existência dos interesses individuais, pelo contrário com ele converge.

Continua este autor (2004, p. 139)

A verdadeira característica do bem jurídico coletivo ou universal reside, pois em que ele deve se gozado por todos e por cada um, sem que ninguém deva ficar excluído desse gozo: nesta possibilidade de gozo reside o interesse individual legítimo na integridade do bem jurídico coletivo. Certamente, existe neste uma *relação difusa* com os usuários, o que, porém não significa o carácter difuso do bem jurídico universal como tal [...].

Por estas razões, devem-se tipificar condutas contrárias aos interesses difusos, uma vez que não atingem apenas a sociedade em geral, mas também o próprio indivíduo. Os principais interesses a serem tutelados são o meio ambiente, a saúde pública, o sistema econômico e o equilíbrio das finanças públicas.

Sendo assim, para um concreto gerenciamento de riscos, o direito penal norteará seus institutos à prevenção de fatos e atos que possam pôr em risco um bem jurídico tutelado. A norma penal que tipifica os novos riscos, conseqüentemente, não possuirá o elemento lesão; mas sim o elemento perigo (DIAS, 2004).

4. CRIMES DE PERIGO

Perigo pode ser entendido como a

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

Em outras palavras, o perigo é a possibilidade de um acontecimento temido.

Existem duas teorias que explicam o elemento perigo: a subjetiva, considerada a primeira teoria a surgir (PINHO, 1939), entende que há perigo apenas na mente do indivíduo que possui uma imagem subjetiva, não real do mundo, fundamentada na possibilidade ou na probabilidade de ocorrência de produção de um resultado lesivo, ou seja, o perigo não existe objetivamente. Destarte, mediante um juízo subjetivo *ex ante*, poder-se-ia conjecturar a existência de um perigo. A outra teoria é a objetiva, contesta a subjetiva pressupondo que o caráter perigoso não seria resultado de uma abstração, isto é, não aceita o perigo decorrente da ignorância ou da imaginação do homem, mas sim como um ente real e objetivo.³

Rui Carlos Pereira (1995) afirma que o perigo deve ser entendido como algo real, existente objetivamente. Acrescenta, ainda, que

as teorias subjetivistas falham completamente ao confundirem o juízo de perigo com o seu próprio objeto e ao conceberem o primeiro como um puro erro intelectual (a partir do entendimento de que a lesão e a não lesão do

³ Conferir SILVEIRA, Renato de Mello Jorge Silveira. Direito penal econômico como direito penal de perigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 112; Conferir, também, SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 53.

bem jurídico esgotam, de antemão, o espectro de possibilidade e de que a afirmação perigosidade de um facto constitui uma mera confissão de ignorância relativa à sua evolução) (PEREIRA, 195, p. 20-21).

Seguindo a corrente doutrinária da concepção objetivista do perigo, pode-se notar a presença de duas características nucleares do conceito: a possibilidade de realização de um determinado acontecimento e o caráter danoso de tal acontecimento (ROHLAND, *Apud.*, PEREIRA, 1995). Além disso, podem-se acrescentar mais duas características, quais sejam: a) quando a verificação do fato seja certa ou impossível não haverá situações de perigo; b) quando a possibilidade ou probabilidade for referente a um fato não danoso, também, não restará configurado o perigo (PEREIRA, 1995).

Os crimes de perigo podem ser divididos em crimes de perigo abstrato e crimes de perigo concreto. Estes correspondem a uma situação em que o perigo constitui parte integrante do tipo, são crimes de resultado, ou seja, o resultado é a exposição de um bem jurídico ao perigo concreto; e naqueles, o perigo é presumido, ou seja, uma situação perigosa hipotética presumida (SILVEIRA, 2006).

Há doutrinadores que acrescentam à classificação dos crimes de perigo, o crime de perigo abstrato-concreto. Estes se referem ao modo de ser objetivo da ação típica (PEREIRA, 1995).

4.1 Classificação dos crimes de perigo

A classificação dos crimes de perigo não pretende ser exaustiva. Sendo assim, serão apenas referidos os tipos de crime, uma vez que é importante saber sua diferenciação.

4.2.1 Crimes de perigo concreto

De acordo com José Francisco de Faria Costa (2000)⁴ o alicerce da punição dos crimes de perigo concreto reside no fato de o legislador querer resguardar um determinado bem jurídico e o faz por considerar que pôr em perigo é elemento suficiente para justificar uma pena criminal.

Conforme Juarez Cirino dos Santos (2007), a realização do tipo, nos casos de

⁴ Nesse sentido, Rui Patrício: “crimes de perigo concreto serão aqueles em que o perigo resultante da ação do agente se encontra individualizado numa vítima ou num bem (ou mais), sendo a produção ou verificação do perigo elemento do tipo.” PATRÍCIO, Rui. Crimes de perigo. In: Casos e materiais de direito penal. Coord. Palma. Maria Fernanda (*et al.*). Coimbra: Almedina, 2002, p. 354.

perigo concreto, pressupõe uma efetiva produção do perigo, apresentando a ausência de dano do bem jurídico como puramente acidental, como, por exemplo, nos casos de perigo para a vida ou a saúde de outrem, de contágio venéreo, de incêndio, dentre outros.

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

Sendo assim, os delitos de perigo concreto pressupõem a produção de um resultado de criação de risco, de um real perigo ao bem jurídico protegido. São delitos de resultado, contudo, diferem dos delitos de lesão (que também são de resultado) na medida em que apresentam um resultado de criação de perigo, de um risco de dano, enquanto os delitos de lesão apresentam o efetivo resultado lesivo ao objeto.

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

4.2.2 Crimes de perigo abstrato

Em relação aos crimes de perigo abstrato, apenas o fato de colocar bens jurídicos em perigo, já é motivo suficiente para o Estado intervir. Ou seja, existe a presunção de dano, independente do efetivo perigo ou lesão real ao bem tutelado.

Nesse sentido, Paulo de Sousa Mendes (2000, p. 112), afirma que

nos crimes de perigo abstracto, o próprio perigo não é elemento integrante do tipo legal, embora a suposição do perigo tenha servido de motivo suficiente, no terreno da política criminal, para o legislador ter tomado a decisão de proibir a criação de determinadas categorias de situações. Ou seja, o legislador terá achado conveniente interditar a criação dessas situações em função de ter verificado que as mesmas acarretam certos perigos

Segundo Roxin (1997), nos crimes de perigo abstrato pune-se uma conduta tipicamente perigosa em si, não sendo necessário que no caso concreto haja a realização de um resultado real de perigo.

Deste modo, os delitos de perigo abstrato prescindem da comprovação do fato que põs o bem jurídico em perigo, sendo presumido, então, *juris et de jure*. O juízo feito nestes

tipos de crime são *ex ante*, ou seja, quando da prática da ação pressupõe-se que haverá dano ao interesse tutelado.

No que concerne aos crimes de perigo abstrato-concreto, de acordo com Paulo de Sousa Mendes (2000), o perigo constitui um elemento da previsão típica, por esta razão, se sujeita a prova. O perigo então aparece associado à própria ação, ou seja, é a perigosidade genérica da ação que necessita de demonstração, no caso particular.

Luiz Flávio Gomes (2008) ao referir-se aos crimes de perigo abstrato-concreto, prefere utilizar a expressão “perigo concreto indeterminado”, conforme este autor, seguindo a doutrina alemã, o perigo seria abstrato na medida em que não exige uma vítima concreta do perigo, por outro lado, o perigo seria também concreto na medida em que a conduta deve ser concretamente adequada para poder lesionar um bem jurídico individual.

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

5. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

5.1 Legitimidade

Os crimes de perigo abstrato é um assunto bastante discutido no âmbito doutrinário, sobretudo, quanto à sua legitimidade.

Alguns autores como Jorge Figueiredo Dias apontam que um bem jurídico só terá relevância penal quando decorrer da Constituição, ainda que esta relevância esteja implícita. Nas palavras deste autor

principio de relevo fundamental para o enquadramento jurídico-constitucional da política criminal é o que chamaremos princípio da congruência ou da analogia substancial entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal. Desta máxima – que só raramente se encontra consagrada de forma expressa nos textos constitucionais, mas que deveria porventura considerar-se imanente a todos aqueles onde valha a cláusula da estabilidade de direito social – decorre justamente a exigência da necessidade e subsidiariedade da intervenção jurídico-penal (DIAS, 1993, p. 72).

Em oposição, Faria Costa (2000, p. 198-199) afirma que

[...] a Constituição desenvolve, neste particular como em tantos outros, uma função sistemática e uma função de orientação que ninguém ousa contestar; mas daí a admitir, como faz alguma doutrina italiana, que só é legítima a incriminação de comportamentos lesivos de bens jurídicos com relevo constitucional, é coisa que consideramos como manifestamente errada. Seria atribuir, sem fundamento, não só uma natureza estática aos bens jurídicos, como também considerar a Constituição como o seu ‘catálogo’ mais representativo ou mesmo único.

Sendo assim, para Faria Costa, não se deve pretender extrair da Constituição todos os bens jurídicos com relevância penal, uma vez que não seria fonte exaustiva desses bens.

Concordamos com o doutrinador, pois os bens jurídicos não são estáticos, assim como a criminalidade e suas formas de repressão também não são estáticas. Sendo assim, não se pode esperar que o legislador deixe os bens jurídicos serem lesados ou postos em perigo, apenas porque não estão previstos na Constituição.

5.2 Princípio da lesividade ou ofensividade

Outra problemática em relação aos crimes de perigo abstrato reside em saber se estes crimes estão ou não em desacordo com o princípio da lesividade ou ofensividade.

Pelo supra referido princípio, entende-se que toda e qualquer incriminação deve objetivar a proteção de bens jurídicos de danos ou exposições a perigo. Em outras palavras, a conduta, descrita na legislação, deve ofender um bem jurídico merecedor da tutela penal.

Segundo Faria Costa (2000), a lesividade pode ser estruturada em três níveis que têm um horizonte compreensivo e integrativo a nomenclatura significativa do bem jurídico, quais sejam: “dano/violação; concreto pôr-em-perigo e cuidado-de-perigo”. Esses três níveis correspondem, respectivamente, aos crimes de dano, de perigo concreto e de perigo abstrato, estes últimos, para o autor, possuem como base o desvalor do cuidado-perigo, desta forma, proíbem uma conduta que venha a ofender algum bem jurídico com relevância penal.

Outro problema de fundamentação do crime de perigo abstrato é em relação a legitimidade material, ou seja, a não exigência como pressuposto do tipo de um resultado de perigo efetivo ou de um resultado de lesão para bens jurídicos tutelados. Todavia, a legitimidade material dos crimes de perigo abstrato pode ser extraída a partir da premissa de que o legislador tipifica comportamentos geralmente perigosos fundamentado em uma probabilidade estatística, ou seja, o embasamento da punibilidade possui seu pilar na perigosidade da ação individual, mas no conjunto dessas ações que são descritas no tipo

(RODRIGUES, 2003).

Corcoy Bidasolo (*apud.*, RODRIGUES, 2003, p. 33) desenvolve

como forma de superar as críticas invocadas contra os crimes de perigo abstracto, um conceito de “*delitos de peligro*” (verdadeiramente *entrecorrido*) – para identificar crimes em que se protege (sempre) um bem jurídico supra-individual e que podem revestir a forma de crimes de perigo concreto ou de perigo abstracto consoante se exija também, ou não, um resultado material de perigo para um bem jurídico-penal individual (para além daquele bem jurídico-penal supra-individual) – que integra como elemento típico um resultado também *sui generis*.

Existem condutas que pressupõem sua incriminação por meio dos crimes de perigo abstracto, exigindo, em alguns casos, uma tutela antecipada, sobretudo, pelo grande potencial lesivo dessas condutas. Um exemplo de bem jurídico que merece ser protegido através de crime de perigo abstracto é o meio ambiente que está inclusive protegido pela Constituição Portuguesa.⁵

Destarte, no Código Penal português (CP) já existem condutas tipificadas através do crime de perigo abstracto. Paulo de Sousa Mendes, analisando o crime de poluição previsto e punido nos termos do art. 279, do CP, trabalha a categoria dogmática do chamado crime de perigo abstracto potencial, caracterizado pela

crença na perigosidade de certas práticas [...] temos entre mãos um tipo legal de crimes estruturado segundo a técnica de crime de perigo abstracto ademais um *perigo abstracto potencial* (ou seja, é um caso de *crença* na perigosidade de certas práticas), no sentido de não haver sequer formas científicas, atualmente, de determinar os riscos para o ambiente advenientes de factos isolados (MENDES, 2000, p. 123-124).

Além dos crimes ambientais, os crimes econômicos também possuem bens sujeitos a ataques e que fazem jus a sua preservação. Assim como nos casos de crimes contra o meio ambiente, a alternativa de incriminação é utilizando-se crimes de perigo abstracto, já que, na maioria das vezes, é único recurso possível para empreender-se uma séria e real tutela (SILVA, 2003).

Desta feita, considera-se o princípio da ofensividade observado quando o tipo penal tiver como objetivo proteger bem jurídicos. Certos bens, como a ordem econômica, o meio ambiente, a saúde pública, a fé pública, dentre outros, só poderão ser, em alguns casos,

⁵ Constituição Portuguesa, art. 66, n. 1, consigna: “Todos têm direito a um ambiente de vida humanos, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.”

eficazmente tutelados de forma antecipada mediante tipos de perigo abstrato, quer seja pelos resultados catastróficos que uma lesão efetiva traria, quer seja pela irreversibilidade do bem ao estado anterior, quer seja por não se poder mensurar o perigo imposto em certas circunstâncias ou ainda a inviabilidade de estabelecer uma relação entre as múltiplas ações e um determinado resultado danoso nos moldes do processo penal (SILVA, 2003).

Vale salientar que para tipificar uma conduta como de perigo abstrato, necessário uma rigorosa técnica de tipificação, com uma acurada e taxativa descrição do modelo incriminador, além da observância de outros requisitos.

5.3. Outras considerações

Segundo Maria Fernanda Palma (1995, p. 209)

os crimes de perigo abstracto concretizam uma técnica legislativa de difícil articulação com um direito penal de culpa. Sendo o perigo mero motivo da incriminação e não constatando do tipo legal de crime, a conduta proibida não tem que revelar a concreta falta de motivação pela norma e a decorrente culpabilidade do seu autor.

Portanto, a culpabilidade nos crimes de perigo abstrato não é presumida, necessita ser constatada caso a caso pelo juiz. Sendo assim, para aferir se existe ou não culpa deverão ser ponderados os seguintes requisitos: análise da conduta, se dolosa ou culposa, identificação da ilicitude, inclusive afirmando a ausência de perigo nos casos de arbítrio do legislador, como ocorria, por exemplo, com a contravenção penal de direção sem habilitação, e, por fim, a constatação da culpabilidade, que é o momento da reprovação (ou não) da ação ilícita, ou seja, contrária ao mandamento legal e que exponha a perigo algum bem jurídico (SILVA, 2003). Desta feita, a culpabilidade nos crimes de perigo abstrato não deve ser analisada de forma geral, mas sim caso a caso.

No que diz respeito ao caráter subsidiário do direito penal, deve-se haver um equilíbrio entre as teorias do direito penal mínimo e do direito penal máximo, ou seja, deve-se achar um meio termo entre essas duas teorias, na medida em que existem alguns bens para serem eficazmente tutelados precisam ser tipificados através do crime de perigo abstrato. O próprio Código Penal prevê esta possibilidade no item 31 da sua Introdução ao dizer que nos crimes de perigo o que está “primacialmente em causa não é o dano, mas sim o perigo. A lei penal, relativamente a certas condutas que envolvem grandes riscos, basta-se com a produção do perigo (concreto ou abstrato) para que dessa forma o tipo legal esteja preenchido”.

Nesse mesmo item da Introdução ao Código Penal continua dizendo que

Pune-se logo o perigo, porque tais condutas são de tal modo reprováveis que merecem imediatamente censura ético-social. Adiante-se que devido à natureza dos efeitos altamente danosos que estas condutas ilícitas podem desencadear o legislador penal não pode esperar que o dano se produza para que o tipo legal de crime se preencha. Ele tem que fazer recuar a proteção para momentos anteriores, isto é, para o momento em que o perigo se manifesta.

Sendo assim, embora os crimes de perigo abstrato ainda serem discutidos em âmbito doutrinário, são elementos indispensáveis na contenção dos novos riscos.

6. CONCLUSÃO

São patentes as transformações da sociedade ao longo dos anos: os avanços tecnológicos, a facilidade e rapidez das trocas de informações, das atividades econômicas, das relações interpessoais. Ocasionalmente o surgimento de novos riscos, por conseguinte, novos bens jurídicos.

É visível, também, o aumento da percepção dos riscos pela sociedade. Foi esta nova visão do risco que ocasionou o incremento da utilização dos crimes de perigo abstrato na legislação penal, uma vez que o direito penal que tutela os bens jurídicos clássicos não é considerado suficiente e eficiente para conter os novos tipos de risco. Entendemos ser um recurso de bastante valia, uma vez que outros meios de controle social, como o direito civil e o direito administrativo, não possuem técnicas apropriadas para conter a produção de risco para os novos bens jurídicos.

Ora, não é toda e qualquer conduta, causadora de lesão aos novos bens jurídicos, que será tutelada, mas apenas aquelas que constituírem um fato penalmente relevante e que ponha em risco bem ou interesse jurídico dignos de tutela penal. Deste modo, a intervenção estatal na esfera penal poderá ser justificada se os bens a serem tutelados forem necessários à defesa de valores eleitos pela comunidade como essenciais em face de agressões intoleráveis.

Sendo assim, pode-se utilizar os crimes de perigo abstrato sempre que for para tutelar determinados bens que requeiram uma tal forma de tutela antecipada. Em outras palavras, sempre que a infração penal não configure uma mera violação de dever de obediência.

Para a concretização disto, necessária uma rigorosa técnica de tipificação, assim

como uma precisa e taxativa descrição do tipo incriminador. Quando do julgamento de condutas descritas como perigo abstrato, deve observar sempre os princípios constitucionais.

Desta feita, não obstante as críticas e à complexa articulação dos crimes de perigo abstrato com os princípios constitucionais, esta técnica legislativa deve ser considerada um dos meios de controle dos novos riscos.

REFÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 1998.

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

COSTA, José Francisco de Faria. **O Perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 2000 (Reimpressão).

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal: Parte geral – Tomo I – Questões fundamentais. A doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra Ed., 2004.

_____. **Direito penal português – As consequências jurídicas do crime**. Lisboa: Aequitas/Editorial Notícias, 1993.

_____. **O Direito Penal entre a “Sociedade Industrial” e a “Sociedade do Risco”**. In.: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. **Temas básicos da doutrina penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “Sociedade de Risco” e o futuro do Direito Penal: panorâmica de alguns problemas comuns**. Coimbra: Almedina, 2001

HEFENDEHL, Roland. **Debe ocuparse el Derecho Penal de Riesgos Futuros?** Bienes Jurídicos Colectivos y Delitos de Peligro Abstracto, Anales de Derecho, n.º 19, 2001. Disponível em: <www.um.es/~facdere/revistas-anales/anales19/roland-hefendehl.pdf>. Acesso em: 04 de Janeiro de 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudo de direito penal e processo penal**. São Paulo: RT, 2008.

LEMONS, Marco Antônio da Silva. **O direito como regulador da sociedade de riscos**. In.:

Direito, sociedade e riscos: a sociedade contemporânea vista a partir da idéia de risco. Marcelo Dias Varalla (Org.). Brasília: UNICEUB, 2006,

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

PALMA, Maria Fernanda. **Novas formas de criminalidade: O problema do direito penal do ambiente.** In: Estudos Comemorativos do 150º aniversário do Tribunal da Boa-Hora. NEVES, Luís Vaz das, et.al. (Coord.). Lisboa: Maiadouro, 1995.

PATRÍCIO, Rui. **Crimes de perigo.** In: Casos e materiais de direito penal. Coord. Palma. Maria Fernanda (et al.). Coimbra: Almedina, 2002.

PEREIRA, Rui Carlos. **O dolo de perigo.** Lisboa: Lex, 1995.

PINHO, Demosthenes Madureira de. **O valor do perigo no direito penal.** Rio de Janeiro: Borsoi, 1939.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa.

PORTUGAL. Código Penal Português.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 15/1993. Tráfico e consumo de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas.

RODRIGUES, Marta Felino. **As incriminações de perigo e o juízo de perigo no crime de perigo concreto: necessidade de precisões conceptuais.** Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2003.

ROMERO, Diego. **Reflexões sobre o crime de perigo abstrato.** Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/crimes.pdf>>. Acesso em: 22 de Janeiro de 2008.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte general. Fundamentos. La Estructura de la Teoría**

del Delito. Madrid: Civitas, 1997.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte geral.** 2.^a ed., Curitiba: Lumen Juris, 2007.

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

_____. **Aproximación al derecho penal contemporáneo.** Barcelona: Bosch, 1992.

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

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

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