

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

FABRÍCIO ANTÔNIO DA SILVA

**O DIREITO PENAL E A (I)LEGITIMIDADE DA PUNIBILIDADE DOS CRIMES DE
PERIGO SOB A PERSPECTIVA DO RISCO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

São Leopoldo

2011

FABRÍCIO ANTÔNIO DA SILVA

**O DIREITO PENAL E A (I)LEGITIMIDADE DA PUNIBILIDADE DOS CRIMES DE
PERIGO SOB A PERSPECTIVA DO RISCO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE
DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. André Luís Callegari

São Leopoldo

201

S586d Silva, Fabrício Antônio da
O direito penal e a (i)legitimidade da punibilidade dos crimes de perigo sob a perspectiva do risco no Estado democrático de direito / por Fabrício Antônio da Silva. -- 2011.
137 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2011.
Orientador: Prof. Dr. André Luís Callegari.

1. Direito penal. 2. Constituição. 3. Crimes de Perigo. 4. Estado Democrático - Direito. 5. Política criminal. I. Título. II. Engelmann, Wilson.

CDU 343

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “O Direito Penal e a (I)legitimidade da punibilidade dos Crimes de Perigo sob a Perspectiva do Risco no Estado Democrático de Direito”, elaborado pelo mestrando **Fabricao Antônio da Silva**, foi julgado adequado e aprovado por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 12 de março de 2012.



Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. André Luis Callegari

Membro: Dr. Nereu José Giacomolli

Membro: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira



À Mariana, por ter ficado ao meu lado nas tantas voltas que a vida deu enquanto eu imaginava o agora.

AGRADECIMENTOS

Meus mais sinceros agradecimentos...

(...) a Mariana, Verônica e Yoko pelo carinho e força que me impulsionam a buscar o melhor a cada dia;

(...) a minha mãe e a minha irmã por me fazer acreditar sempre;

(...) ao professor André Luís Callegari, por aceitar a orientação deste trabalho, pelos conselhos, atenção, carinho, boa vontade e, principalmente, pela amizade;

(...) aos amigos e amigas, sem os quais a jornada teria sido muito mais difícil.

“Ali onde chovem leis penais continuamente, onde por qualquer motivo surge entre o público um clamor geral de que as coisas se resolvam com novas leis penais ou agravando as existentes, aí não se vivem os melhores tempos para a liberdade – pois toda lei penal é uma sensível intromissão na liberdade, cujas conseqüências serão perceptíveis também para os que a exigiram da forma mais ruidosa -, ali se pode pensar na frase de Tácito: *pessima respublica, plurimae leges*¹.”

¹ VON BAR, p. 334 apud. SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal**. 2ª ed. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.p. 19.

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de discutir e analisar as (im)possibilidades de legitimação dos crimes de perigo sob a perspectiva do constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, apontando alguns indicativos acerca dos caminhos e imbricamentos que tal mecanismo de tutela penal pode gerar em relação às garantias insculpidas nos modernos textos constitucionais. Para tanto, em um primeiro momento, buscou-se ressaltar os aspectos sociológicos que têm levado a intervenção punitiva realizada pelo direito penal a incidir de modo cada vez mais freqüente em estágios prévios aos danos. Posteriormente, realizou-se uma abordagem acerca da estrutura dogmática das diferentes formas de tutela penal contempladas pelas distintas formatações conferidas aos crimes de perigo. Ao final, foi ressaltado que sob a perspectiva das garantias e liberdades constitucionais, tem-se que, se por um lado, os crimes de perigo podem ser vislumbrados como mecanismo interessante de persecução frente aos dilemas da sociedade do risco, por outro, quando ausente de sentido e de delimitações, certamente tem o condão de propiciar inúmeras arbitrariedades, trazendo riscos para a estrutura civilizatória contemplada pelo Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito penal. Constituição. Estado Democrático de Direito. Política Criminal. Crimes de Perigo.

ABSTRACT

This paper aims to discuss and analyze the (im)possibilities of crimes of danger from the constitutionalism perspective of the Democratic State of Law, pointing some indicatives concerning the ways and imbrications that such mechanism of criminal protection can generate in relation to the securities inscribed in the modern constitutional texts. Thus, in a first moment, we sought to emphasize the sociological aspects that have led a punitive intervention carried out by the criminal law to focus, so increasingly frequent, on stages prior to the damages, considering that later, an approach was realized about the dogmatic structure of different forms of criminal protection contemplated by the different formats conferred to the crimes of danger, highlighting at the end that under the perspectives of constitutional guarantees and freedom, that is, if on one hand the crimes of danger can be glimpsed as an interesting mechanism of pursuit facing the dilemmas of the risk society; on the other hand, when devoid of meaning and boundaries, certainly it has the power to provide a number of arbitraries, bringing risks to the structure of civilization contemplated by the Democratic State of Law.

Keywords: Criminal Law. Constitution. Democratic State of Law. Criminal Policy. Risk.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 RISCO E INSEGURANÇA: ASPECTOS PRELIMINARES DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E DA LÓGICA PUNITIVA ANTECIPATÓRIA	14
2.1 Noções Introdutórias Acerca da Lógica da Incerteza e do Medo Sob a Perspectiva da Sociedade do Risco	14
2.2 O Medo Como Fonte do Discurso Punitivo Sob a Perspectiva Política: os Influxos Midiáticos e as Diretrizes Interventivas Decorrentes das Ideologias Persecutórias da Direita e da Esquerda.....	18
2.3 A Expansão do Direito Penal e a Antecipação das Barreiras Punitivas.....	21
2.4 O Patamar Atual da Última <i>Ratio</i> da Intervenção Penal sob a Perspectiva do Desenvolvimento dos Direitos e das Diferentes Formatações do Estado.....	26
2.5 A Eterna Busca pela Eliminação dos Riscos e a (Re)Edição das Técnicas de Inocuidade Através dos Movimentos Repressivos Cunhados a Partir do Modelo Político Criminal de Lei e Ordem/Tolerância Zero	32
2.6 Alternativas Político Criminais para o Direito Penal do Risco.....	37
2.6.1 Do Modelo Penal Proposto pela Escola Penalista de Frankfurt	37
2.6.2 Do Modelo Penal de Três Velocidades	39
2.6.2.1 Considerações Gerais sobre o Direito Penal do Inimigo	39
2.6.2.2 Considerações Gerais a Respeito das Críticas ao Direito Penal do Inimigo.....	42
2.6.3 Do Modelo Penal Endossado por um Amplo Setor da Doutrina.....	44
2.6.4 Do Modelo Penal Denominado de Resistência Garantista.....	45
3 A DOGMÁTICA PENAL E OS CRIMES DE PERIGO.....	47
3.1 Elementos Preliminares Acerca do Conceito Dogmático de Perigo e dos Crimes de Perigo	47
3.2 Dos Crimes de Perigo Concreto	51
3.3 Dos Crimes de Perigo Abstrato	56
3.4 Da Divisão dos Crimes de Perigo Abstrato em Crimes de Perigo Abstrato-Puro e Crimes de Perigo Abstrato-Concreto	60
3.5 Dos Crimes de Perigo Abstrato Enquanto Delitos por Acumulação	63
3.6 Das Perspectivas de Legitimação dos Crimes de Perigo	68
3.7 Breves Considerações Sobre as Perspectivas Metodológicas dos Crimes de Perigo em Relação às Diferentes Escolas Penais.....	76
3.7.1 Do Direito Penal Clássico.....	76
3.7.2 Do Neokantismo	78
3.7.3 Do Finalismo	80
3.7.4 Das Correntes Funcionalistas do Pós-Finalismo nas Concepções de Claus Roxin e	

Günther Jakobs	81
4 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO LIMITE E POSSIBILIDADE A PUNIBILIDADE DOS CRIMES DE PERIGO	84
4.1 Aspectos Preliminares das Razões de Se Perquirir um Direito Penal Constitucionalmente Adequado	84
4.2 Os Crimes de Perigo e as Vedações de Incriminação Expressamente Contidas na Constituição.....	91
4.3 A Princiologia Constitucional Penal do Estado Democrático de Direito como Fonte de Legitimidade dos Crimes de Perigo	96
4.3.1 Do Princípio da Legalidade e seus Desdobramentos	96
4.3.1.1 <i>Da Reserva Legal</i>	96
4.3.1.2 <i>Da Taxatividade (“Lex Certa”)</i>	99
4.3.1.3 <i>Da Irretroatividade</i>	101
4.3.1.4 <i>Do Princípio da Lesividade/Ofensividade</i>	102
4.3.1.5 <i>Do Princípio da Culpabilidade</i>	105
4.3.1.6 <i>Do Princípio da Presunção de Inocência</i>	108
4.4 Os Critérios Formais e Materiais de Legitimação dos Crimes de Perigo Sob a Perspectiva dos Princípios Constitucionais Penais: Breves Considerações Acerca do Posicionamento Adotado pelo Supremo Tribunal Federal no Julgamento do Habeas Corpus N° 109.269/Mg	111
4.5 Os Crimes de Perigo e os Riscos da Concepção de Risco Jurídico-Penal para o Estado Democrático de Direito.....	115
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	121
REFERÊNCIAS	130

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho, partindo das perspectivas interventivas vislumbradas a partir das premissas decorrentes da expansão do direito penal, fruto de fenômenos da sociedade contemporânea, tais como: o efetivo aparecimento de novos riscos, a sensação social de insegurança, a identificação da maioria com a vítima dos delitos e o descrédito de outras instâncias de proteção que não seja o direito penal, visa discutir os limites conferidos a persecução punitiva desenvolvida pelo Estado através dos crimes de perigo.

Assim, preliminarmente, pode-se dizer que as razões que constituem a pesquisa em tela têm como ponto de partida as problematizações decorrentes do panorama atual da política criminal, que ao buscar atender aos clamores sociais por segurança, cada vez mais vem recorrendo a criminalização de condutas situadas em estágios prévios aos danos, ampliando de forma significativa o âmbito de incidência do direito penal.

Diante de tal perspectiva, a prerrogativa central da presente investigação encontra-se vinculada a assertiva de que quanto mais o direito penal passa a incidir sobre condutas situadas em estágios prévios aos danos, conseqüentemente, maiores também são as margens proporcionadas para o desenvolvimento de regimes e Estados autoritários, configurados sob a lógica da exceção.

No entanto, em que pese as ressalvas conferidas à antecipação do âmbito de incidência do direito penal, a projeção teórica fornecida pelo funcionalismo em seu viés moderado, vinculada aos limites constitucionais do Estado Democrático de Direito, sem sombra de dúvidas, constitui-se como substrato fundamental para os fins propostos, uma vez que a junção das prerrogativas sociais da intervenção punitiva e dos seus respectivos parâmetros de contenção, apresenta-se como de suma importância para a análise das possibilidades e inviabilidades da tutela punitiva desenvolvida por intermédio dos crimes de perigo.

Desse modo, frente aos objetivos da pesquisa (verificar as possibilidades e impossibilidades dos crimes de perigo sob a perspectiva constitucional do Estado Democrático de Direito no contexto da sociedade do risco), o método monográfico foi utilizado como suporte procedimental, uma vez que embora o tema em questão encontre-se interligado com outras áreas do conhecimento, todas as considerações estiveram voltadas para

o seu objeto específico.

Assim, a técnica de investigação empregada na construção do trabalho consistiu na realização de pesquisa bibliográfica sobre o tema, efetivada através de leituras, fichamentos e discussões. Por estas razões, na medida em que grande parte do material que serviu como referencial teórico da pesquisa advêm de autores estrangeiros e de seus respectivos estudos, a temática abordada acabou por receber um importante substrato de Direito comparado de países como Espanha, Alemanha e Itália.

No que se refere à estrutura do trabalho, este foi dividido em três partes, sendo que a primeira (segundo capítulo) destacou as premissas sociológicas que têm fomentado a antecipação punitiva mediante a incidência do direito penal em estágios prévios e muitas vezes significativamente distantes dos danos, ao passo que a segunda (terceiro capítulo), trouxe à tona as construções dogmáticas dos crimes de perigo, estabelecendo as distinções conceituais entre suas respectivas categorias. A terceira parte (quarto capítulo), por sua vez, abordou as bases constitucionais do Estado Democrático de Direito em relação aos crimes de perigo, destacando os riscos que a ausência de parâmetros conferidos a tais mecanismos de tutela podem gerar à estrutura do próprio Estado enquanto projeto civilizatório.

Em relação aos fundamentos sociológicos dos crimes de perigo, preliminarmente, pode-se afirmar que os influxos decorrentes da concepção de sociedade do risco e do período sumariamente designado como pós-moderno, exercem grande influência na lógica antecipatória que tem permeado a intervenção penal nos dias atuais.

Assim, na medida em que a complexidade decorrente da junção entre as tensões sociais tradicionais acabaram substancialmente incrementadas pelos problemas decorrentes dos denominados riscos tecnológicos, tem-se que o pensamento racionalista, que vislumbrava o futuro da humanidade de forma otimista, acabou abrindo espaços para novas perspectivas de reflexão, permeadas pela lógica da incerteza e da insegurança.

Em linhas gerais, a formação da sociedade industrial, associada à política de liberdade conferida à produção e ao modelo social capitalista, desencadeou uma série de problemas (riscos) globais, uma vez que a ausência de reflexões sobre as conseqüências de tal processo de desenvolvimento econômico passou a designar novas realidades, trazendo consigo a idéia

de que o homem, por suas próprias forças, pode destruir a vida humana.

Logo, questões como o meio ambiente, as relações de consumo, bem como a energia nuclear, passaram a materializar o conceito de risco a ser combatido pelos mecanismos desenvolvidos pelo Estado, sendo que esta nova modalidade de interesse político criminal e jurídico como um todo, apresentou categorias próprias, exigindo a reformulação do modo de agir dos poderes públicos.

Entre as principais conseqüências da soma de tais fatores em relação às estruturas sociais, tem-se o fato de que as premissas coletivas deixaram de ser meramente locais, passando a conceber realidades globais, que por sua vez, estruturam-se no fundamento de que o âmbito de incidência dos problemas decorrentes da sociedade do risco envolve todos os seres humanos.

Nesse sentido, a extensão e a potencialidade dos riscos que tangenciam o contexto social da atualidade, em contraposição ao otimismo que caracterizou o pensamento moderno, cada vez mais passa a desencadear medidas interventivas do Estado, que ao buscar evitar resultados que efetivamente podem materializar-se como catastróficos, introduz uma série de ações supostamente excepcionais.

Todavia, as prerrogativas interventivas originárias das premissas da sociedade do risco não ficam adstritas aos seus postulados conceituais, tendo em vista que dita lógica de incidência do direito penal, em inúmeras ocasiões, acaba sendo transmutada para a denominada delinquência tradicional, reeditando os fundamentos que estruturaram o positivismo criminológico e as suas técnicas de inocuização.

Assim, a expansão do aparato coercitivo do Estado acaba encontrando um panorama extremamente favorável, ainda mais quando se verifica que tanto os veículos midiáticos de massa, quanto os integrantes do sistema político, utilizam-se da insegurança coletiva para inculcar discursos sociais repressivos, onde as garantias assumem patamar de privilégio excessivo, em uma suposta oposição aos direitos da coletividade em desfrutar de uma sociedade segura.

Porém, em que pese à potencialidade lesiva das razões que estruturam a idéia de

sociedade do risco, em realidade, a delinquência tradicional e os seus desdobramentos acabam sendo tomados como prioridades interventivas diante da estratégia estatal de contenção de resultados indesejados, ao passo que diante deste panorama, a política criminal e a intervenção punitiva encontram-se extremamente distantes dos preceitos designados pelos ideais de última *ratio* do direito penal.

Por estas razões, é possível afirmar que o âmbito de circunstâncias que tem fomentado a incontida expansão do direito penal apresenta-se como objeto de análise extremamente complexo, de modo que até mesmo o reconhecimento de direitos e garantias provenientes das diferentes dimensões dos Direitos Humanos, em certo aspecto, emana razões para a ampliação do espaço de incidência punitiva do Estado.

Isto posto, o certo é que a expansão do direito penal, enquanto resultado da soma entre os fatores decorrentes da sociedade do risco e dos problemas que tangenciam as formas da denominada delinquência tradicional, ao reverenciar de maneira excessiva a segurança, utilizando a intervenção penal como medida massivamente preventiva, traz como consequência precípua de suas circunstâncias a punibilidade de condutas, não só situadas em estágios prévios à danos, bem como, significativamente distantes de tal referência.

Perante tal contexto, uma vez assentadas as linhas basilares do cenário pelo qual passa a persecução criminal, mediante o fato de que os crimes de perigo encontram papel de destaque na estratégia da atuação persecutória do Estado, cumpre destacar que estes possuem variadas formas de configuração, que englobam tanto a sua perspectiva conceitual (crimes de perigo concreto; perigo abstrato puro; perigo abstrato-concreto; perigo abstrato por acumulação), quanto os seus respectivos critérios de legitimação (critérios materiais e formais).

Diante do exposto, além de possibilitar discussões acerca das posturas dogmáticas, legislativas e jurisdicionais acerca dos crimes de perigo, tem-se que a razão que sustenta o presente trabalho consiste em fornecer alternativas hermenêuticas de valoração para a regulação e o desenvolvimento dos crimes de perigo, que se por um lado, podem ser vislumbrados como mecanismos interessantes de persecução frente aos dilemas da sociedade do risco, por outro, quando ausentes de sentido e de delimitações, certamente tem o condão de propiciar inúmeras arbitrariedades.

2 RISCO E INSEGURANÇA: ASPECTOS PRELIMINARES DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E DA LÓGICA PUNITIVA ANTECIPATÓRIA

2.1 Noções Introdutórias Acerca da Lógica da Incerteza e do Medo Sob a Perspectiva da Sociedade do Risco

Indiscutivelmente, vivemos tempos de escassos parâmetros de estabilidade, as relações sociais parecem ter abandonado a tão almejada lógica de progressividade, enquanto que a incerteza surge como grande baluarte do cotidiano dos indivíduos que constituem a sociedade contemporânea. Assim, perante os intensos fenômenos sociais que introduziram a lógica em questão, muitos destacam o período atual como pós-moderno.

Entretanto, nem mesmo a nomenclatura da sociedade e de seu conjunto de fenômenos encontra consenso ou ajustes em definitivo, ao passo que o “pós”, em certo sentido, representa a superação de um período histórico e, sendo assim, a “pós-modernidade” seria a superação da modernidade. Logo, o primeiro obstáculo contemporâneo, reside na própria caracterização imediata do que se entende por pós-modernidade².

Todavia, em que pese as contradições em torno do termo designado para o período histórico em questão, nos dias atuais verifica-se uma reviravolta em preceitos fundamentais que sustentaram o que se denominou de modernidade, especialmente quando se observa que a “era moderna era vista, de várias maneiras, como ponto culminante do desenvolvimento humano. Anunciava o segredo da história humana, até então oculto dos olhos dos que dela participavam³.”

² Nesse sentido, Krishan Kumar ressalta: “Tal como o pós-industrialismo e o pós-fordismo, o pós-modernismo é basicamente um ‘conceito de contrastes’. Tira seu significado tanto do que exclui ou alega substituir quanto do que inclui ou afirma em qualquer sentido positivo. O significado fundamental, ou pelo menos inicial, do pós-modernismo, tem que ser não há modernismo, não há modernidade. A modernidade acabou. Isso não quer dizer apressam-se a indicar numerosos pós-modernistas, que *ultrapassamos* a modernidade, que estamos vivendo em uma era inteiramente nova. O ‘pós’ de pós-modernidade é ambíguo. Pode significar o que vem depois, o movimento para um novo estado de coisas, por mais difícil que seja caracterizar esse estado tão cedo assim. Ou pode ser mais parecido com o **post** de **post-mortem**: exéquias realizadas sobre o corpo morto da modernidade, a dissecação de um cadáver. O fim da modernidade é, segundo essa opinião, a ocasião de refletir sobre a experiência da modernidade; a pós-modernidade é esse estado de reflexão. Nesse caso, não há uma percepção necessária de um novo começo, mas apenas um senso algo melancólico de fim”. KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial a pós-moderna**: novas teorias sobre o mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 78-79.

³ Idem, *ibidem*, p. 93.

Em outras palavras, a modernidade trazia como significado fundamental a idéia de otimismo em relação ao destino da humanidade, uma vez que a liberdade e a razão do homem seriam mecanismos condutores do contínuo processo de progresso e crescimento dos seres humanos e da sociedade como um todo. Para tanto, a história era vista como algo linear, sendo que o futuro era concebido como promissor.

No âmbito jurídico, os reflexos do modelo de pensamento acima prenotado fora introjetado através do racionalismo que, conforme ressaltou Alasdair Macintyre⁴, sustentava a idéia de que para se pensar a justiça existiriam padrões de racionalidade para instituir critérios de avaliação e julgamento, sendo que estes critérios seriam independentes da tradição. Desse modo, as ciências sociais estariam equiparadas às ciências exatas da época e a neutralidade, a impessoalidade e o afastamento da tradição seriam critérios de racionalidade científica que serviriam para quaisquer circunstâncias, levando a resultados precisos.

Porém, com o passar do tempo, as estruturas conceituais da modernidade e do racionalismo se viram obrigadas a lidar com incertezas e indeterminações constantes. Por conseguinte, toda a lógica de previsibilidade e otimismo acabou sendo invertida, fazendo com que o direito e a sociedade como um todo, mergulhassem em um panorama de instabilidade permanente.

Ulrich Beck⁵, ao tratar da questão, salientou a formação do que ele denominou de sociedade do risco. Desse modo, segundo o referido autor, a sociedade industrial, a partir do otimismo típico da modernidade, teve como bandeira a aceitação dos riscos como forma de

⁴ MACINTYRE, Alasdair C. **Justiça de quem? Qual racionalidade?**. 3. ed. São Paulo: Loyola, 2008. p. 421.

⁵ En la modernidad desarrollada, que había surgido para eliminar las limitaciones derivadas del nacimiento y permitir que los seres humanos obtuvieran mediante su propia decisión y su propia actuación un lugar en tejido social, aparece un novo destino “adscriptivo” de peligro, de que no se hay manera de escapar. Este destino se asemeja más al destino estamental de la Edad Media que a la situaciones de clase del siglo XIX. Sin embargo, ya no tiene la desigualdad de los estamentos (ni grupos marginales, ni diferencias entre la ciudad y el campo, entre las naciones o etnias etc.). Al contrario que los estamentos o las clases, este destino tampoco se encuentra bajo el signo de la miseria, sino bajo el signo del miedo, y no es precisamente una “reliquia tradicional”, sino un producto de la modernidad, y además en estado máximo de desarrollo. Las centrales nucleares (que son la cumbre de las fuerzas productivas y creativas humanas) se han convertido a partir de Chernobil en signos de una Edad Media moderna del peligro, en signos de amenazas que, al mismo tiempo que impulsan al máximo el individualismo de la modernidad, lo convierten en su contrario. Aún están llenos de vida los reflejos de otra época: ¿Cómo puedo protegerme a mí y a los míos? Y proliferan los consejos para lo privado, que ya no existe. Sin embargo, seguimos viviendo en el shock antropológico de una dependencia de las formas civilizatorias de vida respecto da la “naturaleza”, una dependencia de la que nos hemos dado cuenta en la amenaza y que ha acabado con todos nuestros conceptos de “madurez” y “vida propia”, de nacionalidad, espacio y tiempo.

Ver: BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, c1998. p. 12.

produção de riquezas; todavia, com o passar do tempo, se descobriu que toda a liberdade dispensada à industrialização acabou gerando uma série de conseqüências para toda a humanidade, que se viu obrigada a se deparar com riscos até então impensados.

Nesse contexto, questões relacionadas ao meio ambiente, as relações de consumo, bem como a energia nuclear, constituem-se como os grandes expoentes do risco exposto por Ulrich Beck, na medida em que o medo e a insegurança de tais construções humanas ultrapassam todas as barreiras que tradicionalmente serviam como delimitação de ingerências e importunos. Assim, os riscos atuais deixaram de ser problemas locais para se tornarem questões de imenso valor global, pois o alcance de seus danos simplesmente desconhece quaisquer fronteiras.

Para ressaltar o pensamento em tela, salienta-se a seguinte colocação realizada por Ulrich Beck⁶:

Contra las amenazas de la naturaleza exterior hemos aprendido a construir cabañas y a acumular conocimientos. Por el contrario, estamos entregados casi sin protección a las amenazas industriales de la segunda naturaleza incluida en el sistema industrial. Los peligros se convierten en polizones del consumo normal. Viajan con el viento y con el agua, están presentes en todo y atraviesan con la más necesidad para la vida (el aire, el alimento, la ropa, los muebles) todas las zonas protegidas de la modernidad, que están controladas tan estrictamente. Donde tras el accidente están excluidas la defensa y la prevención, sólo queda como actividad (aparentemente) única: negar, una tranquilización que da miedo y que desarrolla su agresividad a medida que los afectados quedan condenados a pasividad. Este resto de actividad a la vista del resto de riesgo existente realmente tiene en la inimaginabilidad e imperfectibilidad del peligro sus cómplices más poderosos.

Pelo o que se pode observar, independentemente da discussão em torno do conceito de pós-modernidade, tem-se que nos dias atuais há uma inversão do otimismo em relação ao futuro difundido pelo pensamento da modernidade. Assim, “*la sociedad del riesgo es una sociedad catastrófica. En ella, el estado de excepción amenaza con convertirse en el estado de normalidad*”⁷.

Em peculiar análise, Zygmunt Bauman⁸ ao introduzir a obra de título sugestivo, qual seja: “O Mal-Estar da Pós-Modernidade”, destacou que a concepção racionalista de certeza e objetividade ainda permeia as atitudes dos indivíduos de uma maneira geral. Entretanto,

⁶ Idem, ibidem, p. 13.

⁷ Idem, ibidem, p. 30.

⁸ Ver: BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998.

segundo o referido autor, perante aos avanços e descobertas científicas cada vez mais todos se vêem obrigados a lidar com incertezas e instabilidades⁹, ao passo que objetividade de outrora acabou sendo substituída por probabilidades, o que causa desconforto, na medida em que clareza, certeza, objetividade e pureza acabaram sendo os parâmetros civilizatórios dos últimos séculos.

Assim, Zygmunt Bauman afirma que a idéia de ordem¹⁰, de certa forma, é inerente a constituição do homem, na medida em que a capacidade de armazenar dados e projetar o futuro é o que sustenta as relações sociais. Dessa forma, não seria suportável uma sociedade em que a todo instante os acontecimentos rompessem as cadeias causais.

Por outro lado, a idéia de pureza, também não fora totalmente desprezada pois, cada modelo de sociedade, de acordo com a sua historicidade, acaba utilizando-se de tal paradigma. Nesse contexto, os estranhos quase sempre são vistos como potenciais usurpadores do modelo social, pois toda sociedade dispõe de consensos básicos que permitem a vida em comum, sendo que as bases e a sustentação de tais pressupostos, em regra, não são questionadas e, a partir disso, aquele que não compartilha dos mesmos dogmas acaba sendo uma ameaça à pureza concebida pela organização¹¹.

Entretanto, em que pese o esforço pela busca de certezas e estabilidades no seio da sociedade atual, é justamente o oposto que caracteriza o tempo sumariamente denominado de pós-moderno. As referências estruturais que tangenciam relações familiares, de emprego, de consumo etc, parecem sucumbir ao mínimo o lapso temporal.

Nesse sentido, Zygmunt Bauman¹² ressalta:

⁹ Há, porém, coisas para as quais o “lugar certo” não foi reservado em qualquer fragmento da ordem preparada para o homem. Elas ficam “fora do lugar” em toda a parte, isto é, em todos os lugares para os quais o modelo de pureza tem sido destinado. O mundo dos que procuram a pureza é simplesmente pequeno demais para acomodá-las. Ele não será suficiente para mudá-las para outro lugar: será preciso livrar-se delas uma vez por todas – queimá-las, envenená-las, despedaçá-las, passá-las a fio de espada. Mais frequentemente, estas são coisas móveis, coisas que não se cravarão no lugar que lhes é designado, que trocam de lugar por sua livre vontade. A dificuldade com essas coisas é que elas cruzarão as fronteiras, convidadas ou não a isso.

Idem, *ibidem*, p. 15

¹⁰ “ordem” significa um meio regular e estável para os nossos atos; um mundo em que as probabilidades dos acontecimentos não estejam distribuídas ao acaso, mas arrumadas em uma hierarquia estrita – de modo que certos acontecimentos sejam altamente prováveis, outros menos prováveis, alguns virtualmente impossíveis.

Idem, *ibidem*, p. 15

¹¹ Idem, *ibidem*, p. 16.

¹² Idem, *ibidem*, p. 112.

A ação humana não se torna menos frágil e errática: é o mundo em que ela tenta inscrever-se e pelo qual procura orientar-se que parece ter se tornado mais assim. Como pode alguém viver a sua vida como peregrinação se os relicários e os santuários são mudados de um lado para o outro, são profanos, tornados sacrossantos e depois novamente ímpios num período de tempo mais curto do que levaria a jornada para alcançá-los? Como pode alguém investir numa realização de vida inteira, se hoje os valores são obrigados a se desvalorizar e, amanhã, a se dilatar? Como pode alguém se preparar para a vocação da vida, se habilidades laboriosamente adquiridas se tornam dívidas um dia depois de se tornarem bens? Quando profissões e empregos desaparecem sem deixar notícia e as especialidades de ontem são os ontolhos de hoje.

Diante do exposto, verifica-se que a objetividade e as concepções de estabilidade que traçaram as bases da modernidade acabaram por dividir um significativo espaço com a incerteza e, sendo assim, todas as relações sociais acabaram abarcando tal lógica. Como não podia ser diferente, o direito não restou imune a tais transformações, sendo que a política criminal se viu obrigada a tratar a incerteza e a insegurança de maneira veemente, uma vez que novas realidades passaram a fazer parte do rol de atribuições do direito penal como um todo.

2.2 O Medo Como Fonte do Discurso Punitivo Sob a Perspectiva Política: os Influxos Midiáticos e as Diretrizes Interventivas Decorrentes das Ideologias Persecutórias da Direita e da Esquerda

Dentro de uma análise crítica realizada em torno do Estado liberal, o direito penal enquanto mecanismo de controle social fora severamente criticado por setores vinculados aos denominados partidos de esquerda. Nesse contexto, o caráter seletivo da atuação punitiva, no sentido de que os atos delitivos somente tinham como destinatários os estratos mais débeis da população, servia como substrato para a defesa de uma intervenção penal mínima.

Pode-se dizer que a crítica ao direito penal do Estado liberal residia no fato de que este setor jurídico fora tradicionalmente concebido como um braço armado da sociedade burguesa, uma vez que seus preceitos teriam o condão de manter estruturas de dominação previamente constituídas. Por óbvio, a pertinência de tais colocações realizadas pelos críticos à seletividade dos mecanismos de controle social estabelecidos por intermédio das sanções penais ainda hoje desfrutam de grande relevância, especialmente quando se pensa no modelo democrático como valor a ser efetivado.

Ante tal perspectiva, destacam-se as colocações de Alessandro Barata¹³:

No que se refere ao direito penal abstrato (isto é, à criminalização primária), isto tem a ver com os conteúdos, mas também com os “não-conteúdos” da lei penal. O sistema de valores que nele se exprime reflete, predominantemente, o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, predominantemente, para atingir as formas de desvios típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados. Basta pensar na enorme incidência de delitos contra o patrimônio na massa da criminalidade, tal como resulta da estatística judiciária, especialmente se prescinde dos delitos de trânsito.

Todavia, em que pese às críticas históricas em torno da clientela clássica do direito penal, tem-se que os setores vinculados a esquerda, com o advento dos intensos fenômenos sociais atuais, juntamente com o pensamento desenvolvido na segunda e terceira dimensão de Direitos Humanos¹⁴, vêm reconsiderando seus postulados a cerca das funções tradicionalmente designadas ao sistema jurídico-penal. A partir de tal realidade, movimentos protagonizados por parte da população tais como negros, homossexuais, mulheres etc., passaram a reivindicar a incidência da tutela criminal em suas causas, o que demonstra uma mudança de posicionamento frente ao que se desejava em sede de política persecutória do Estado¹⁵.

Por outro lado, movimentos tradicionalmente vinculados aos denominados partidos de direita também não alteraram, ao menos essencialmente, suas concepções a respeito da intervenção penal, sendo que suas demandas por criminalização continuam recaindo sobre interesses clássicos, seja através da busca pela criação de novos tipos penais, ou através da incessante luta pela majoração de penas já existentes. Entretanto, por mais paradoxal que possa parecer, em certas circunstâncias estes grupos reivindicantes, tradicionalmente concebidos como conservadores têm travado lutas contra determinadas medidas político criminais que encontram como destinatários aqueles indivíduos que até o desenvolvimento das dimensões de Direitos Humanos pareciam praticamente intocáveis pelo direito penal.

Todavia, a criminalização e a majoração de penas incidentes sobre condutas

¹³ BARATA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução a sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2002. p. 176.

¹⁴ A relação entre as dimensões dos Direitos Humanos e a política criminal será abordada de maneira mais específica no item 2.4.

¹⁵ Ver: JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo Noções e Críticas**. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2009. p. 82-83.

tradicionalmente combatidas, atualmente, têm unido discursos políticos antes antagônicos¹⁶. Porém, o ponto que passou a ganhar relevância reside no fato de que sob o pretexto de proteger direitos, diversas condutas têm legitimado intervenções estatais que violam garantias elementares, uma vez que a “caçada ao crime” fomenta a idéia de que determinadas pessoas não merecem ser tratadas com dignidade¹⁷.

Muito dessa tensão estabelecida a partir da relação entre política e direito penal encontra fundamento na sensação social de insegurança, ao passo que Peter Alexis Albrecht¹⁸, de maneira elucidativa, salienta que a política criminal sob a perspectiva partidária, parece ser regida pela máxima “*quien no tiene como premisa ningún principio de Estado de Derecho, tampoco tiene nada que perder.*” Diante de tal assertiva, o que se evidencia é que o direito penal perante o contexto comunicativo circunscrito nos dias atuais tem servido como instrumento político, pois tanto a elaboração de leis ou até mesmo projetos legislativos, acabam trazendo vantagens, no sentido de que o discurso repressivo nada mais é do que uma fonte de arrecadação de votos e prestígio popular.

Por outro lado, a insegurança coletiva além dos lucros políticos também tem gerado vantagens econômicas, ao passo que empresas de segurança privada, de equipamentos como câmeras de vigilância e cercas elétricas, são exemplos facilmente visualizados quando se pensa na relação financeira que tangencia o fenômeno criminal¹⁹. Entretanto, não se pode

¹⁶ Las leyes penales no sirven solamente para los fines instrumentales de la efectiva persecución penal, sino que deben fortalecer los valores y las normas sociales. La discusión política, mediante la atención a grupos de intereses, aterriza en el ámbito de la legislación. Incluso los “intereses abstractos del propio Estado” se dan cita en los caminos de la actividad legislativa. Poder e influencia pugnan en la lucha por el Derecho. Las reformas de la criminalización son apreciadas en todos los campos políticos en tanto que medio de reafirmación simbólica de valores. También aquellos movimientos políticamente alternativos o anti-estatales que en sus inicios mostraban poca confianza en el Estado y en la Ley figuran hoy entre los propagandistas del derecho Penal y entre los productores activos de Leyes. Así, por doquier se sugieren nuevas normas penales e, independientemente de la propia situación en el juego de las mayorías parlamentarias, éstas se ponen en camino legislativo o publicitario. No sólo la normativa penal efectiva, sino también la propuesta de criminalización presentada en el parlamento o discutida de forma extraparlamentaria indican cuáles son las valoraciones sociales especialmente significativas y susceptibles de protección.

Ver: ALBRECHT, Peter-Alexis. El Derecho penal en la intervención política populista, In: **La insostenible situación del Derecho penal**. ROMEU CASABONA, Carlos Maria (dir.) Granada: Editorial Comares, 2000, p. 478 – 479.

¹⁷ Um gritante exemplo do que se expõe pode ser visualizado no sistema carcerário brasileiro e na execução penal como um todo, especialmente quando se verifica que, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, 45% da população carcerária encontra-se detida provisoriamente, enquanto que em alguns estados esse índice chega à margem dos 70 %.

Ver: <http://www.cnj.jus.br>

¹⁸ ALBRECHT, Peter-Alexis. El Derecho penal en la intervención política populista, In: **La insostenible situación del Derecho penal**, p. 487.

¹⁹ PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **La Seguridad como Fundamento de la Deriva del Derecho Penal**

deixar de considerar que a exploração midiática do crime certamente guarda em sua essência a lucratividade, uma vez que quanto maior for o alcance comunicativo do veículo de imprensa, proporcional serão os lucros advindos dos patrocinadores e anunciantes.

O conjunto de situações que compõe o panorama acima descrito introduzira uma lógica de exceção no seio da política criminal. O agir punitivo, como base no exposto, encontra-se calcado em situações de emergência, onde a persecução penal acaba sendo utilizada como medida paliativa, que ao mesmo tempo em que seduz a muitos pela agilidade e simbolismo, por outro lado, faz com que as raias punitivas se ampliem, fomentando as desigualdades sociais e trazendo uma quantidade cada vez maior de pessoas que ingressam no sistema jurídico-penal.

Conseqüentemente, a sociedade contemporânea passou a se caracterizar pela intolerância em relação ao fenômeno criminal. Em face de tal situação, os fundamentos interventivos do direito penal acabam por sofrer influxos que introduzem e revalorizam novas perspectivas de persecução, onde a diminuição do risco permitido pela sociedade faz com que a atuação punitiva cada vez mais intervenha em estágios prévios aos danos.

2.3 A Expansão do Direito Penal e a Antecipação das Barreiras Punitivas

Sob a perspectiva do liberalismo penal e da secularização de tal ramo interventivo, observa-se que a preservação das liberdades estruturaram os fundamentos dos mecanismos da atuação persecutória. Tal preocupação, ainda que muitas vezes tenha ficado circunscrita ao plano teórico, inegavelmente, constituiu o ponto de partida das discussões político criminais, no sentido de limitar a atuação punitiva do Estado.

Calcado nos ideais de liberdade e de limitação do poder punitivo, Franz Von Liszt²⁰ praticamente imortalizou as idéias que permearam o direito penal de cariz liberal através da célebre assertiva de que o Código Penal seria a magna carta do criminoso²¹. Assim, a idéia

Postmoderno. Madrid: iustel, 2007.

²⁰ LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão.** 1. ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899. 2 v.

²¹ Ao comentar a afirmativa de Liszt, Claus Roxin ressalta: “Os princípios empíricos com base nos quais se tratam os componentes socialmente desviantes são contrapostos por LISZT ao método jurídico (em sentido estrito) de construção e ordenação sistemática-conceitual dos pressupostos do delito. Ou, dito de forma sucinta: a frase caracteriza, de um lado, o direito penal como ciência social e, de outro, como ciência jurídica. Nesse caráter dúplice de se sua recém-fundada “ciência global do direito penal” corporificavam-se, para

exposta pelo aludido pensador consistia na exaltação de um modelo interventivo limitado pela legalidade, tendo os sujeitos ativos da criminalidade como principais destinatários, no sentido de que estes saberiam de antemão as possíveis conseqüências de seus atos delitivos, cabendo ao Estado somente agir nas margens impostas por tais determinações.

Em suma, o grande legado do liberalismo em sede de direito penal foi a elevação da liberdade ao patamar máximo. Indiscutivelmente, tais postulados tiveram por fundamento os intensos movimentos e lutas políticas²² que propiciaram a formação das Declarações de Direitos, bem como o moderno constitucionalismo.

Todavia, conforme destaca Silva Sánchez²³, uma série de fenômenos que tangenciam a sociedade contemporânea, tais como: o efetivo aparecimento de novos riscos, a sensação social de insegurança, a identificação da maioria com a vítima dos delitos e o descrédito de outras instâncias de proteção que não seja o direito penal, tem originado a incontida expansão de tal ramo coercitivo, o que, por sua vez, introduz um forte revés na concepção das garantias e liberdades tão duramente conquistadas.

O resultado de tal fenômeno, expansão do direito penal, pode ser facilmente visualizado nos mais diversos ordenamentos jurídicos, conforme destacam André Luís Callegari e Cristina Reindolff Motta²⁴:

Novamente, hoje, alguns Estados têm adotado estratégias repressivas e punitivistas, justificando o (ab)uso da violência em nome da segurança nacional como forma de contenção do fenômeno criminal. A pressão social provocada pela insegurança que ronda a sociedade tem servido como justificativa para gerar a legitimação necessária para que o Estado aumente sua 'potestade', ampliando seu aspecto de controle penal – (através da criação de novos tipos penais e aumento de pena – no caso do Direito Penal material) na luta contra a criminalidade suprimindo direitos e garantias ao ponto de admitir-se a perda do status de pessoa, como defende Jakobs.

LISZT, tendências contrapostas. À política criminal assinalava ele os métodos racionais, em sentido social global, do combate à criminalidade, o que na sua terminologia era designado como tarefa social do direito penal, enquanto ao direito penal no sentido jurídico do termo, competiria a função liberal-garantística de assegurar a uniformidade da aplicação do direito e a liberdade individual em face da voracidade do Estado "Leviatã."

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 2-3.

²² Sobre a formação do moderno constitucionalismo ocidental ver: MATTEUCCI, Nicola. **Organización del Poder y Libertad**. Madrid: Trota, 1998.

²³ Ver: SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal**. 2ª ed. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

²⁴ CALLEGARI, André Luís. MOTTA, Cristina Reindolff. Estado e Política Criminal : a expansão do Direito Penal como forma simbólica de controle social . In Callegari, André Luís (org) **Política Criminal Estado e Democracia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 15.

Por óbvio, no contexto de ampliação das margens punitivas estatais não se verifica um panorama favorável para o exercício das liberdades e, sendo assim, ao mesmo tempo em que diversos Estados postulam a implementação da democracia ou o seu desenvolvimento, forma-se um ambiente propício para medidas autoritárias.

Uma interessante perspectiva de observação do conflito entre os valores democráticos e a visão coletiva da sociedade acerca do papel do direito penal pode ser vislumbrada a partir da análise realizada por José Luís Díez Ripollés²⁵ quando este ressalta a passagem de um modelo de intervenção penal que visualizava o infrator como vítima, para um modelo onde tais indivíduos passam a ser considerados como meramente perigosos e oportunistas.

Nesse contexto, além de outros apontamentos trazidos pelo pensador espanhol, ganha relevância o fato de que este destaca como resultado da disseminação da insegurança e da suposta falência do denominado modelo “*bienestarista*”, o surgimento de um mecanismo interventivo designado como “*seguridad ciudadana*”, que muitas vezes acaba por permitir uma série de medidas de caráter meramente simbólico, dando margem a exaltação do combate aos elementos subjetivos da insegurança, em detrimento das situações objetivas²⁶.

A insegurança e as medidas decorrentes desta, embora tenham um papel de grande relevo, não são as causas exclusivas da denominada expansão do direito penal. Assim, é possível constatar que mesmo a partir da concepção de uma tutela penal calcada na proteção de bens jurídicos relevantes, observa-se que em certos aspectos, tem-se a legitimação da ampliação da incidência do direito penal com base em tal premissa.

Ao tratar do tema, Silva Sánchez²⁷ é elucidativo ao aduzir:

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

²⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís . **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: B e F, 2007. P. 71.

²⁶ Ello ha permitido que el miedo o la preocupación por el delito se hayan afincado en la agenda social entre los asuntos más relevantes y, lo que es aún más significativo, que la persistencia y arraigo de tales actitudes se haya convertido em um problema social en si mismo. En efecto, resulta fácil apreciar que un buen número de programas de intervención penal son diseñados no tanto para reducir efectivamente el delito, cuanto para disminuir las generalizadas inquietudes sociales sobre la delincuencia.

Idem, ibidem, p. 76.

²⁷ Ver: SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal**, P. 27.

anteriormente, que poderia legitimar sua proteção por meio da tutela penal. As causas da provável existência de novos bens jurídico-penais são, seguramente, distintas. Por um lado, cabe considerar a conformação ou generalização de novas realidades que antes não existiam – ou não com a mesma incidência –, e em cujo contexto há de viver o indivíduo, que se vê influenciado por uma alteração daquelas; assim, a mero título de exemplo, as instituições econômicas de crédito ou de inversão. Por outro lado, deve aludir-se à deteriorização de realidades tradicionalmente abundantes que em nossos dias começam a manifestar-se como “bens escassos”, aos quais se atribui agora um valor que anteriormente não lhe correspondia, ao menos de modo expresso; por exemplo, o meio ambiente. Em terceiro lugar, há que contemplar o incremento essencial de valor que experimentam, como conseqüência da evolução social e cultural, certas realidades que sempre estiveram aí, sem que se reparasse nas mesmas; por exemplo, o patrimônio histórico-artístico. Entre outros fatores.

Em suma, o surgimento de novos bens jurídicos ou revalorização daqueles já existentes, formam o que se pode denominar de aspecto objetivo da expansão da tutela penal. Entretanto, não se pode olvidar que outros elementos decorrentes da realidade social de nosso tempo também ajudam a compor o rol de situações que demandam a intervenção político criminal.

Desse modo, Silva Sánchez²⁸, ao fazer uma leitura dos tempos atuais, utiliza-se das premissas atinentes ao que se convencionou denominar de sociedade pós-industrial. Nesse diapasão, em tal contexto social, a intolerância ao infortúnio e o retrocesso nos limites do risco permitido seriam as principais oposições em relação à sociedade industrial do século XIX, e da primeira metade do século XX.

O pensamento que permeava os ideais de empreendedorismo da sociedade industrial residia na concepção de que a população teria que pagar o preço do desenvolvimento, privilegiando-se muitas vezes o capital em detrimento da segurança. O resultado de tal fórmula de desenvolvimento foi a criação de uma espécie de sociedade catastrófica²⁹, que a todo instante reivindica a incidência do direito penal.

Por outro lado, o desenvolvimento tecnológico permitiu também que muitas questões que antes eram atribuídas ao acaso, nos dias de hoje, possam ser imputadas concretamente a determinadas pessoas, trazendo a “*expansão da imputação de responsabilidade como característica cultural da sociedade contemporânea*”³⁰.

²⁸ Idem, ibidem. p.42

²⁹ O termo “sociedade catastrófica” é utilizado como decorrência da sociedade do risco, conforme se ressaltou no item 2.1.

³⁰ Ver: SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal**, p.47.

Além das causas acima mencionadas, observa-se que a integração econômica e a globalização também têm demandado novas intervenções político criminais, fomentando o alargamento dos mecanismos formais de controle social, especialmente a partir do reaparecimento do terrorismo como problema transnacional. José Ángel Brandariz Garcia descreve tal realidade como *guerra global permanente*³¹, onde a partir dos atentados ocorridos em 11 de setembro de 2001, o mundo teria dado início a uma série de conflitos desenvolvidos em escala mundial³².

Em face da realidade global vivenciada a partir do pretense combate que se instaurou contra o terrorismo, a política criminal passou a inserir em seu cotidiano técnicas de guerra. O resultado de tal orientação deságua no fato de que a redução e, até mesmo a supressão de garantias, já não são concebidas como excepcionais, ou seja, sequer tem um prazo definido para terminar, uma vez que o terrorismo enquanto objeto de combate, dificilmente será vencido³³.

Ante ao panorama decorrente do imbricamento das diferentes e complexas questões prenotadas, observa-se que a expansão do direito penal acaba por assumir faces distintas, resultando em uma gama complexa de atos Estatais. Assim, a título exemplificativo, observa-se que o crescimento mundial da população carcerária, a redução das garantias processuais penais e matérias, são realidades que, de maneira paradoxal, passam cada vez mais a coexistir com o Estado de Direito.

O resultado proveniente da expansão do direito penal não recai apenas na ampliação

³¹ BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Editorial Comares, 2007. P. 201.

³² Idem, *ibidem*. p. 202.

³³ Ao tratar do tema Brandariz Garcia assinala as seguintes características da política criminal advinda da intensificação do processo de globalização: “En primer lugar, la guerra del presente deviene global, en el sentido de que se manifiesta como conjunto de conflictos que se desarrollan en el marco de un nuevo y efectivo territorio soberano, el terreno global o –si se quiere- imperial, con independencia de que su escenario concreto sea un país específico, en una suerte de proliferación permanente de verdaderas guerras civiles globales. Ese salto de dimensión, ese devenir global de conflictos singulares, se debe no tanto a que en su realización se movilice el orden imperial en su conjunto, sino a que se desarrolla dentro de ese orden soberano, está condicionado por el mismo y al tiempo la condiciona, como segmento de una constelación de conflictos. Como manifestación más evidente de ello, los conflictos bélicos del presente abandonan de forma definitiva la morfología de la confrontación entre estados, en la medida que los contendientes presentan agregaciones mucho más flexibles, difusas y supra – (o infra-) nacionales. Por otra parte, el escenario potencial del conflicto puede ser ya cualquier lugar del planeta, al margen de su mayor o menor proximidad física a los ámbitos territoriales de los contendientes. En segundo lugar, la guerra deviene permanente. Y ello no sólo porque algunos Estados del planeta así lo hayan presentado, anunciando un calendario de emergencia antiterrorista que debe durar décadas – o, incluso, ser temporalmente indeterminada -, sino sobre todo porque, aunque haya cesaciones de los conflictos en determinados momentos o lugares, la guerra se convierte en una condición general, en estado normal, en la medida en que la violencia letal se manifiesta constante e ubicuamente como potencia, presta siempre y en cualquier lugar a actualizarse.”
Idem, *ibidem*. p. 202-203.

do aparato coercitivo do Estado, como também, precipuamente, na antecipação das barreiras punitivas. Conseqüentemente, as técnicas de tutela acabam se desprendendo de sua matriz liberal e, na medida em que os delitos de resultado aparecem como insuficientes para as demandas da sociedade atual, observa-se a proliferação e o protagonismo dos crimes de perigo, o que, por sua vez, conduz ao adiantamento e ao alargamento dos tradicionais limites da atuação punitiva do Estado.

2.4 O Patamar Atual da Última *Ratio* da Intervenção Penal sob a Perspectiva do Desenvolvimento dos Direitos e das Diferentes Formatações do Estado

Frente ao panorama de expansão do direito penal, observa-se que os marcos destinados a intervenção punitiva, atualmente, além de sofrerem modificações de extrema relevância, também passam a indagar acerca dos próprios fundamentos internos do direito, trazendo um tensionamento constante em torno da formatação da intervenção político criminal no contexto jurídico-político da atualidade, resultando no questionamento das possibilidades de se pensar um direito penal de última *ratio*.

Assim, em uma análise em torno das diferentes formatações estatais provenientes do desenvolvimento dos Direitos Humanos, observa-se que a marcha histórica pelo reconhecimento de tais garantias, em sua matriz ideológica, se caracterizou pela intensa busca da limitação das possibilidades de intervenção dos poderes públicos na esfera individual dos cidadãos. Nesse contexto, as dimensões de Direitos identificadas mais especificamente a partir dos textos constitucionais³⁴, ao longo do tempo, experimentaram modificações e acréscimos significativos, ao passo que tais fundamentos estruturaram diferentes concepções de Estado e de perspectivas políticas.

Logo, em um primeiro momento, os Direitos Humanos sob o contexto do Estado

³⁴ Ingo Wolfgang Sarlet ao versar sobre o tema relatou o seguinte: “Somente a partir do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições é que assume relevo a problemática das assim denominadas “gerações” (ou dimensões) dos direitos fundamentais, visto que umbilicalmente vinculada às transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades básicas, de modo especial em virtude da evolução do Estado Liberal (Estado formal de Direito) para o moderno Estado de Direito (Estado social e democrático) [material] de Direito, bem como pelas mutações decorrentes do processo de industrialização e seus reflexos, pelo impacto tecnológico e científico, pelo processo de descolonização e tantos outros fatores direta ou indiretamente relevantes neste contexto e que poderiam ser considerados. Assim, fica desde já subentendida a idéia de que a primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais é justamente aquela que marcou o reconhecimento de seu *status* constitucional material e formal.”
Ver: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.48.

Liberal, se caracterizavam pela imposição de limites aos poderes estatais, sendo que a política criminal enquanto meio de combate ao crime³⁵ acabou sofrendo alterações substanciais a partir da redução das possibilidades de persecução de um sistema jurídico-penal vislumbrado como última *ratio*.

Todavia, além dos limites ao poder punitivo, esta primeira dimensão de Direitos Humanos enraizadas no Estado liberal, também acabou estabelecendo o âmbito de atuação do Direito Penal, vedando, por um lado, a incriminação de atitudes meramente imorais e, por outro, estabelecendo os valores reitores a serem tutelados. Assim, os hoje denominados bens jurídicos clássicos, tais como: vida, liberdade e patrimônio, foram os grandes balizadores dos mecanismos de proteção desenvolvidos pelo contexto punitivo da época, uma vez que estes valores não mais poderiam ser desconsiderados pelo Direito Penal.

Mesmo com uma esfera de intervenção estatal significativa, toda a estrutura liberal fora caracterizada por seu viés limitador, traduzido pela denominação de Estado Mínimo. Não obstante, essa estrutura moldada acabou fomentando desigualdades e problemas sociais profundos que contribuíram para a constituição de visões que passaram a observar os Direitos Humanos como mero produto de ideais burgueses³⁶.

³⁵ Claus Roxin, ao versar sobre os limites destinados a política criminal ressaltou: “o positivismo como teoria jurídica caracteriza-se por banir da esfera do direito as dimensões do social e do político. Exatamente esse pensamento por LISZT tomado como um óbvio axioma, fundamenta a oposição entre direito penal e política criminal: o direito penal só será ciência jurídica em sentido próprio, enquanto se ocupar da análise conceitual das regulamentações jurídico-positivas e da sua ordenação no sistema. A política criminal que se importa com os conteúdos sociais e fins do direito penal, encontra-se fora do âmbito do jurídico.”

Ver: ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**, p.12.

³⁶ Claude Lefort assinala: “No entanto, que ouvimos nos discursos em favor dos direitos do homem? Ou estes são definidos como o complemento indispensável de um bom regime, complemento que ainda falta ao socialismo mas que lhe será levado amanhã, ou vêm fornecer a prova de uma independência do espírito ou do coração face às sinistras coerções da política. Enquanto alguns não pensam senão em remodelar o socialismo para que ganhe “um rosto humano”, outros não fazem senão invocar a humanidade do homem para defendê-la contra as agressões do Estado – de um Estado maléfico, seja qual for a sua natureza. Tudo se passa como se, do lado marxista, os direitos do homem tivessem permitido redescobrir as virtudes do “suplemento d’ alma” e, do lado dos destruidores de ídolos socialistas, tivessem incitado a restabelecer a oposição do indivíduo e da sociedade ou a do homem interior e do homem acorrentado à cidade. A ação dos dissidentes provocou certamente uma reavaliação dos direitos do homem, mas evitou-se sondar o seu alcance. É verdade que a maioria dos dissidentes declarou que não queria “fazer política”, facilitando, assim, a tarefa daqueles que aqui não queriam ouvir. Mas o que significavam aquelas declarações? Que eles não tinham ambições políticas, que não procuravam derrubar o poder estabelecido, nem propor um novo programa de governo, nem criar um partido de oposição, nem opor ao marxismo uma nova doutrina. Seja. Eles só pediam as garantias em vigor nas nações democráticas, sem as quais não há liberdade nem segurança para os cidadãos. Contudo, não há a menor necessidade de lhes atribuir intenções ocultas para descobrir o sentido político de suas ações.”

Ver: LEFORT, Claude. **A Invenção Democrática: Os limites da dominação totalitária**. 1. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 39.

A crítica produzida a partir do Estado liberal se desenvolveu na oposição às desigualdades alimentadas por tal modelo social que com a modificação das estruturas de produção até então conhecidas, juntamente com a desproporcional distribuição de riquezas, gerou um espaço propício para reivindicações em torno do modelo político-social daquele momento histórico. Por outro lado, a pena privativa de liberdade enquanto instituto elementar do direito penal passou a ocupar lugar de destaque justamente com base nesse panorama³⁷.

Segundo Dario Melossi e Massimo Pavarini³⁸, as penas historicamente guardaram relação com o modelo produtivo de seu tempo, desse modo, de acordo com os autores, a pena privativa de liberdade, embora de origem controversa, teria se desenvolvido a partir do direito canônico, sendo que o seu objetivo era propiciar a reflexão e o arrependimento do imputado. Conseqüentemente, a adoção da pena de prisão como sanção estatal teria se dado a partir das necessidades do modelo produtivo desenvolvido durante o Estado liberal, que por carecer de mão-de-obra, não mais passou a admitir mutilações e outros tipos de tratamento que retirassem a capacidade laboral dos condenados.

Endossando a tese acima prenotada, Michael Foucault³⁹ descreveu:

A deportação desapareceu bem rapidamente; o trabalho forçado foi geralmente uma pena simplesmente simbólica, em sua função de reparação; os mecanismos de escândalo nunca chegaram a ser postos em prática; a pena de talião desapareceu rapidamente, tendo sido denunciada como arcaica para uma sociedade suficientemente desenvolvida (...). Esses projetos bem precisos de penalidade foram substituídos por uma pena bem curiosa de que Beccaria havia falado ligeiramente e que Brissot mencionava de forma bem marginal: trata-se do aprisionamento, da prisão.

De fato, a primeira dimensão de Direitos Humanos ao mesmo tempo em que instituiu limites aos poderes do Estado também proporcionou desigualdades materiais decorrentes de seus postulados. Logo, o reconhecimento de novos direitos tornou-se imperativo, sendo que tais situações enquanto resultado de reivindicações sociais tinham em sua essência a busca pelo equilíbrio da dinâmica suplantada com a expansão da industrialização e do capitalismo como um todo⁴⁰.

³⁷ Ver: MELOSSI Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI XIX)**. Rio de Janeiro: ICC, 2006.

³⁸ Idem, ibidem, p. 22-23.

³⁹ FOUCAULT, Michael. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU, 2005. p. 83-84.

⁴⁰ Juan Ramón Capella destaca o seguinte a respeito de tal processo: “A história das lutas sociais modernas foi – como se indicou anteriormente – a história de uma luta de conquistas de direitos por parte dos setores sociais

Diante do ambiente formado, a segunda dimensão dos Direitos Humanos fora constituída através de lutas populares, assim, o Estado passou a ter de realizar prestações positivas no intuito de equilibrar as relações sociais, introduzindo uma nova lógica de pensar as políticas públicas em geral⁴¹. Nesse diapasão, as finalidades da pena foram objeto de intensas discussões e, a partir dos preceitos do Estado Social, a ressocialização passou a ser pauta das intervenções sancionatórias.

Porém, esta nova perspectiva intervencionista ao mesmo tempo em que impulsionou reflexões acerca da exclusão social gerada pela tutela penal, também trouxe novas perspectivas de intervenção, uma vez que os direitos sociais acabaram legitimando novas formas de persecução do Estado, que não titubeou em fazer uso do Direito Penal na proteção desses interesses. Em suma, a partir do momento em que o Estado se viu obrigado a realizar prestações positivas, questões como a previdência, as relações de trabalho, a ordem tributária etc, também ganharam relevância, ao passo que a política criminal acabou ampliando suas perspectivas de atuação em decorrência da necessidade de ter-se uma proteção adequada dos Direitos Humanos de segunda dimensão.

Entretanto, a marcha histórica até então percorrida pelo reconhecimento dos Direitos

excluídos deles. Os trabalhadores assalariados da indústria e os serviços, as mulheres, os jovens e os camponeses quase nunca obtiveram sem mais, a diferença das classes proprietárias, os direitos da cidadania. E este feito que recorre a história do Estado moderno, não só não pode ser ignorado senão que tem uma contrapartida descuidada muito amiúde que vai desde a repressão violenta das demandas e os movimentos sociais à ilegalização freqüente e periódica das associações, partidos, sindicatos e demais organizações das classes populares. Dito em outras palavras: os princípios da ilustração política só realizaram-se deficiente e intermitentemente. A liberdade liberal em realidade foi por uma parte um formoso ideal, mas por outra uma falsa ilusão: nunca inspirou permanentemente às classes burguesas uma cultura política conseqüente.”

Ver: CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 118-119.

⁴¹ A respeito da nova lógica incorporada pelo Estado Ingo Wolfgang Sarlet aduz: “O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do séc. XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de Celso Lafer, de propiciar um “direito de participar do bem-estar social.” Não se cuida mais, portanto, de liberdade do, e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849(que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa. É, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais.”

Ver: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, p. 49.

Humanos acabou desencadeando uma terceira e nova dimensão, recorrentemente chamada de proteção de Direitos difusos. Dessa forma, parafraseando Celso Lafer⁴², verifica-se que estes direitos se caracterizam por trazerem a coletividade como destinatária de toda gama de proteção elencada em seus respectivos postulados, encontrados em questões como a proteção do meio ambiente, por exemplo.

Mais uma vez, a política criminal viu-se obrigada a reconhecer novos valores a serem tutelados pelo direito penal. Dessa forma, ante ao inflacionado âmbito de atuação punitiva que o Estado passou a desenvolver, as dimensões de direitos humanos, em alguns momentos, se apresentam como conflitantes para o agir persecutório, que não raras vezes, utiliza-se de argumentos coletivos ou difusos para desrespeitar garantias individuais, no sentido de que por intermédio de parâmetros demasiadamente abstratos como segurança pública, ordem pública, ordem econômica, criam-se condições propícias para abusos de poder que nada mais são do que os velhos e conhecidos problemas tão combatidos pelos Direitos Humanos.

Indubitavelmente, a política criminal, sob a perspectiva dos Direitos Humanos, não apenas deve ser limitada por estes, como também deve protegê-los. Logo, os limites estabelecidos ao direito penal não podem ser suprimidos ou trocados por intermédio de abstrações ilegítimas que utilizam a proteção individual ou coletiva como mero discurso para restringir garantias.

O resultado de todo este processo histórico acaba por desaguar no questionamento acerca dos fundamentos e da própria existência de um direito penal de última *ratio*. Ao refletir sobre o tema, André Copetti⁴³ ressalta:

Concordando com os liberais, é preciso ratificar a tese de que o direito penal mínimo se constitui em um ideal a ser atingido no processo civilizatório e de que os mecanismos de repressão ao crime instituídos na modernidade, particularmente as penas privativas de liberdade, não realiza(ra)m de forma alguma as finalidades de

⁴² O referido autor destaca; “Cabe finalmente apontar, no processo de asserção histórica dos direitos humanos, aqueles que, na linguagem da ONU, tem sido contemporaneamente denominados de direitos de terceira ou até mesmo quarta geração e que, como os das gerações anteriores, têm servido como ponto de apoio para as reivindicações jurídicas dos desprivilegiados. Estes direitos tem como titular não o indivíduo na sua singularidade, mas sim grupos humanos como a família, o povo, a nação, coletividades regionais ou étnicas e a própria humanidade.” LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: Um dialogo com o pensamento de hannah arendt. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p.131.

⁴³ SANTOS, André Leonardo Copetti. Intervenção Estatal e Política Criminal num Estado Democrático de Direito aplicado a um país periférico *in*: **Revista Ibero – Americana de Ciências Penais**, ano 7, n. 13, 2006. P.54.

prevenção a que historicamente se propuseram.

No entanto, o aludido autor ressalta que a intervenção penal mínima somente pode ser efetivamente pensada em uma sociedade onde os conflitos sociais sejam reduzidos de maneira concreta, legitimando assim a intervenção penal como forma de realização do Estado Democrático de Direito. Logo, em uma síntese apurada de suas colocações, observa-se, por exemplo, que a proteção da ordem tributária quando exercidas dentro de um sistema arrecadatório justo, deixa de ser mera faculdade interventiva para se tornar um efetivo dever do Estado sob a perspectiva constitucional.

Além das complexas situações decorrentes das diferentes formas de Estado, não se pode olvidar que o problema de se pensar a última *ratio* do direito penal também passa pelos demais ramos do direito.

Ao versar sobre tal situação, Silva Sánchez salienta que o direito administrativo por ter a burocratização e a corrupção como elementos endêmicos, de pronto, acaba caindo em descrédito quando se pensa em uma forma concreta de resolução dos conflitos sociais da atualidade⁴⁴. Em relação ao direito civil, o referido pensador acaba por colocar em xeque o caráter pedagógico de suas sanções diante de inúmeras situações, ressaltando que por intermédio de determinados mecanismos, como o seguro por exemplo, a responsabilização em decorrência de possíveis danos acaba sendo mitigada, levando os possíveis infratores a diminuir os níveis de diligência em relação aos bens jurídicos tutelados.⁴⁵

Da mesma forma, as alterações provenientes de uma nova ética social também têm problematizado as relações de ingerência político criminal, uma vez que a fragilizações de uma série de elementos informais de combate ao crime, tais como: a família e a educação, acaba por aumentar o âmbito de atuação dos mecanismos formais de controle social, buscando reconduzir ou conduzir as condutas estabelecidas em uma sociedade plural a uma espécie de elemento ético minimamente comum.

Em síntese, os fenômenos que formam o panorama social da atualidade cada vez mais passam a problematizar o conceito de *ultima ratio*. Entretanto, ainda que a tutela penal seja

⁴⁴ Ver: SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal**, p.61.

⁴⁵ Idem, *ibidem*, p.60.

extremamente necessária em face de alguns elementos que contemplam a plenitude da denominada expansão do direito penal, resta evidente que a limitação do poder punitivo não pode ser algo meramente abstrato, especialmente quando se verifica que a própria essência do Estado e do constitucionalismo, enquanto conquistas civilizatórias, residem justamente na limitação do poder⁴⁶.

2.5 A Eterna Busca pela Eliminação dos Riscos e a (Re)Edição das Técnicas de Inocuidade Através dos Movimentos Repressivos Cunhados a Partir do Modelo Político Criminal de Lei e Ordem/Tolerância Zero

A utilização do direito penal como instrumento precípua de controle social não pode ser considerada propriamente como uma novidade, tendo em vista que o fortalecimento de tal ramo coercitivo já proporcionou inúmeras e sucessivas arbitrariedades em nome da higienização social. Desse modo, através das mais diversas técnicas de inocuidade, tanto os classificados como possíveis delinquentes, como também os denominados “infratores” e “perturbadores” da ordem coletiva acabaram ingressando nas raias da persecução penal, que em nome da suposta proteção da sociedade proporcionou incontáveis atos de barbárie.

Nesse contexto, sob a perspectiva do direito penal secularizado, o positivismo criminológico pode ser considerado, em grande parte, como o embrião do cenário que hoje se coloca perante o direito penal, na medida em que não é difícil perceber que os efeitos do pensamento desenvolvido a partir do referencial teórico em questão podem ser facilmente encontrados na intolerância coletiva em relação ao delito e aos infratores das leis penais.

O estereótipo do delincente, associado à intolerância e o medo de ser vítima de crimes como: homicídio, latrocínio, estupro etc., faz com que os mecanismos de controle policial do Estado se ampliem cada vez mais. Logo, muito embora a precitada expansão do direito penal possa ser caracterizada como fenômeno complexo advindo de diferentes faces do risco, em realidade, a insegurança proveniente dos problemas sociais tradicionais ainda

⁴⁶ Nesse sentido, o constitucionalismo, se observado em seus diferentes aparecimentos históricos originário – afastadas quaisquer análises ideológicas, o que se constitui em uma tarefa um tanto quanto difícil, senão impossível – possui um único fundamento e um único objetivo ideais: a racionalização civilizatória de diferentes manifestações históricas de exercício do poder, mediante sua organização e limitação. SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos de Filosofia Constitucional**. Ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado. 2009. p.30

desfruta de imenso destaque no âmbito das demandas punitivas.

Ao versar sobre as imbricadas questões ora expostas Carlos Alberto Elbert⁴⁷ assinalou:

Com a obra da escola positivista, mas particularmente com a tese de Lombroso, fica consagrado o chamado *paradigma etiológico* (na medicina: estudo sobre as causas das doenças), ou seja, a busca das origens patológicas do comportamento desviado ou criminoso. Ainda hoje este enfoque segue tendo simpatizantes, em especial nas cadeiras de medicina forense, psiquiatria e psicologia, e nas escolas de órgãos de segurança, se bem que com alcances explicativos mais modestos dos que os gestados na Itália do século XIX. Chegando ao século XXI, podemos afirmar que ainda está muito arraigado no saber cotidiano a idéia de que o delinqüente é um enfermo que deve ser tratado ou eliminado, segundo as circunstâncias. Esta concepção é parte de um conjunto de estereótipos criminais, que, como vimos anteriormente, inclui até um “rosto de delinqüente” cuja exibição ocasiona diversos problemas em sociedade.

Os efeitos da legitimação de um direito penal de estereótipos apenas vieram a dar *status* de ciência ao fenômeno da exclusão social, reproduzindo de maneira fundamentada e sistemática, concepções racistas, seletivas e intolerantes de sociedade. Como base em tais fundamentos classificatórios, permitiu-se a introdução e o desenvolvimento de inúmeras formas de controle, que ordenadas como pré-delitivas e pós-delitivas permitiram a antecipação das barreiras punitivas como forma de prevenção de possíveis atos delituosos.

Cumprir destacar que com o declínio das ideologias provenientes do denominado *welfare state*, o estereótipo do criminoso cada vez mais passou a recair sobre os excluídos da lógica produtiva e consumista do sistema capitalista. Por conseguinte, observa-se, por exemplo, a grande difusão e o espaço que uma série de medidas repressivas calcadas no denominado modelo de segurança pública concebida a partir da política de Lei e Ordem Nova Yorkina⁴⁸ vem encontrando nos mais diversos ordenamentos jurídicos⁴⁹.

⁴⁷ ELBERT, Carlos Alberto. **Manual Básico de Criminologia**. Trad. Ney Fayet Jr. Ed. Porto Alegre:Ricardo Lenz, 2003. p. 57/58.

⁴⁸ O modelo de intervenção punitiva denominado de lei e ordem/tolerância zero é concebido como a expressão punitiva da sociedade capitalista/neoliberal, tendo ganhado evidência mundial a partir das medidas adotadas na cidade de Nova York, nos Estados Unidos. Assim, tem-se que em 1993, com a vitória de Rudolph Giuliani nas eleições para a prefeitura da cidade de Nova York, o mundo passou a visualizar com maior clareza as premissas de tal fórmula de enfrentar a criminalidade. Desse modo, estruturada nas idéias de William Bratton, chefe de polícia do governo Giuliani, as atenções mundiais acabaram voltando-se para o modelo de segurança pública Nova Yorkino.

⁴⁹ Ao tratar do tema Loic Wacquant afirma: “Desde Nueva York, la doctrina de la “tolerancia cero”, instrumento de legitimación de la gestión policial e judicial de la pobreza que molesta – la que se ve, la que provoca incidentes y desagrados en el espacio público y alimenta por lo tanto un sentimiento difuso de inseguridad e incluso, simplemente, de malestar tenaz e incongruencia – se propagó a través del planeta a una velocidad fulminante. Y con ella la retórica militar de la “guerra” al crimen y de la “reconquista” del espacio público, que asimila a los delincuentes (reales o imaginarios), los sin techo, los mendigos y otros marginales a

De acordo com os pressupostos teóricos do modelo político criminal em questão, os pequenos desvios devem receber atenção especial do Estado, na medida em que seriam parte de uma cadeia causal que culmina nos grandes crimes. Conforme descreveu Jacinto Coutinho e Carvalho⁵⁰, a fórmula interventiva em tela pode ser adjetivada como teoria da vidraça quebrada, invenção formulada por James Q. Wilson e George Kelling, que preceitua a noção de que os desvios devem ser perseguidos rigorosamente pelo direito penal, na medida em que quem quebra uma vidraça hoje pode certamente realizar condutas de maior lesividade no futuro.

Com base nesta breve síntese das premissas sob as quais ancora-se a política criminal de Lei e Ordem observa-se a sua estrita relação com o positivismo criminológico, podendo ser concebida, inclusive, como um desdobramento deste. Tal situação resta evidente na medida em que conforme destacam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli⁵¹, em tal perspectiva intervencionista a “ordem” e a “utilidade” devem prevalecer e subordinar os preceitos advindos do sistema social, tendo em vista que as leis e a política criminal devem atuar dentro dos limites preceituados pelos fundamentos estabilizadores.

Por óbvio, a lógica que permeia o modelo interventivo de Lei e Ordem, bem como a que tangenciava o positivismo criminológico, não pode ser sustentada sob a perspectiva democrática, tendo em vista que jamais se comprovou que efetivamente aquele que quebra uma janela hoje, se tornará um criminoso amanhã. Logo, esta forma de sustentação teórica encontra-se vinculada a elementos sociais subjetivos que não resistem a uma análise minimamente elaborada, ressaltando o fato de que “[...] todos querem livrar a sociedade de criminosos, o que é uma extirpação do mal, no melhor estilo São Jorge contra o dragão que os positivistas traduziram como uma cura da sociedade⁵²”.

A ordem na forma como historicamente vem se apresentando no direito penal, serviu

invasores extranjeros – lo cual facilita la amalgama con la inmigración, que siempre da réditos electorales - ; en otras palabras , a elementos alógenos que es imperativo evacuar del cuerpo social.” WACQUANT, Loïc. **Las Cárceles da la miseria** . Trad. Horacio Pons. Buenos Aires: Manatíal. 1999. p. 32.

⁵⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CARVALHO, Edward Rocha de. “Teoria das Janelas Quebradas: e se a pedra vem de dentro ?” In: **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, Nota Dez/ITEC, nº11 pp. 23 ss.

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGIELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro vol. I**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 308.

⁵² ELBERT, Carlos Alberto. **Manual Básico de Criminologia**, p. 23.

para contemplar visões totalitárias de mundo, conforme salienta Carlos Alberto Elbert⁵³:

Evidentemente, nos sentiremos melhor se conjurarmos o mal, mas algumas tentativas de alcançá-lo conduziram a inquisição, a caça às bruxas, às matanças de negros, judeus e outras minorias, todos esses erros irracionais, consumados com o declarado afã de fazer o bem, dos quais a consciência atual deve tirar conclusões. A intenção de expiar o mal (o delito), “curando a sociedade”, está, seguramente, ligada a mecanismos psicológicos atávicos, a crenças e superstições que se expressam, ainda hoje, em mecanismos como as oferendas ou bode expiatório.

Um gritante exemplo de tal situação pode ser evidenciado no fato de que os negros norte americanos, em relação à população branca, têm aumentadas as possibilidades em cinco vezes de serem alvo do sistema penal, o que evidencia o caráter seletivo da intervenção político criminal adotado naquele país⁵⁴.

Mesmo com todas as críticas e denúncias ofertadas, o suposto sucesso do modelo intervencionista de Lei e Ordem, ainda hoje, é difundido através da ampla divulgação em torno da redução das taxas de criminalidade propagandeadas pelas estatísticas governamentais. Entretanto, cumpre ressaltar que nem mesmo a suposta eficiência de tal fórmula interventiva pode ser considerada incontroversa, uma vez que outras cidades norte americanas que não adotaram o modelo político criminal em questão acabaram obtendo taxas de redução da criminalidade acima da cidade de Nova York, o que demonstra as incongruências em torno da eficácia de tal sistema de persecução penal⁵⁵.

Por certo, outro fator que não pode ser desprezado em relação ao modelo político criminal de Lei e Ordem reside nas vantagens econômicas que tal fórmula persecutória pode gerar. Segundo dados publicados por Loïc Wacquant⁵⁶, com base em pesquisa realizada pelo centro de estudos de criminologia da Universidade da Flórida, uma das atividades que mais têm prosperado perante o panorama político criminal americano é a indústria de prestação de serviços penitenciários.

⁵³ Idem, ibidem, p.23.

⁵⁴ Ver: WACQUANT, Loïc. **Las Cárceles da la miseria**, p. 100.

⁵⁵ Ao versar sobre tal circunstância Jacinto Coutinho Edward Rocha Carvalho ressaltam: “A espetacular queda do crime em Nova Iorque é apontada como prova irrefutável de que a teoria funciona. Entretanto, ela diz muito pouco, senão nada, sobre a broken windows theory. Basta ver que outras grandes cidades ao longo dos EUA experimentaram uma queda notável da criminalidade ao longo dos anos 90. Muitas delas -incluindo Boston, Houston, Los Angeles, St. Louis, San Diego, San Antonio, San Francisco e Washington, - com índices maiores que as de Nova Iorque, sem que tivesse implementado a mesma política. Nova Iorque teve uma queda de 51% na taxa de homicídios no período de 1991 a 1996; Houston, 69%; Pittsburgh, 61%: Nova Iorque ficou em quinto lugar.” COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CARVALHO, Edward Rocha de. **“Teoria das Janelas Quebradas: e se a pedra vem de dentro**, p. 25.

⁵⁶ Ver: WACQUANT, Loïc. **Las Cárceles da la miseria**, p. 97.

Nesse contexto, o autor supracitado destaca que as empresas destinadas a prestar serviços relacionados ao cárcere têm crescido, em média, quarenta e cinco por cento ao ano, ao passo que, em breve, o número de presos assistidos por empresas privadas pode superar toda a população carcerária da França. A mercantilização da população carcerária torna-se tão evidente que em alguns lugares se “importam e exportam” detentos de um Estado para outro na medida da disponibilidade de vagas.

O protagonismo das penas privativas de liberdade, sob o ponto de vista mercadológico, deixa de ser um problema para se tornar alternativa rentável para grande parte do sistema econômico. Ante tal realidade, além dos lucros possibilitados de forma direta à iniciativa privada, tem-se que o modelo de intervenção penal de Lei e Ordem também cria elos de restrição a demandas sociais, como por exemplo, melhores condições de emprego, uma vez que quem possui um posto de trabalho acaba sendo considerado um privilegiado na medida em que, em tese, encontra-se integrado, ou mais próximo da lógica de consumo e, conseqüentemente, recebe o *status* de cidadão ante a lógica social mercadológica, devendo agir com disciplina e lealdade para com o sistema para manter-se inserido nele⁵⁷.

Por outro lado, cumpre destacar que perante os significativos retrocessos em relação às liberdades e garantias tem-se uma série de críticas a estrutura histórica que vem moldando o direito penal através dos tempos. Assim, a criminologia crítica⁵⁸ forneceu e vêm fornecendo importantes ferramentas de análise para o sistema punitivo como um todo.

Conseqüentemente, a política criminal, a criminologia, o processo e a execução penal, bem como a dogmática vêm sendo alvo de constantes críticas, que, se por um lado, obtiveram êxito em realizar a desconstrução lógica do sistema punitivo, por outro, ainda não conseguiu formatar a composição persecutória minimamente adequada às realidades da sociedade

⁵⁷ Versando sobre a realidade supra descrita, Wacquant relata: Empero lo que hay que retener, más que el detalle de las cifras, es la lógica profunda de ese vuelco de lo social hacia lo penal. Lejos de contradecir el proyecto neoliberal de desregulación y extinción del sector público, el irresistible ascenso del Estado penal norteamericano constituye algo así como su negativo – en el sentido de reverso pero también de revelador -, porque traduce la puesta en vigencia de una política de criminalización de la miseria que es el complemento indispensable de la imposición del trabajo asalariado precario y mal pago como obligación ciudadana, así como de la nueva configuración de los programas sociales en un sentido restrictivo y punitivo que le es concomitante.

Idem, ibidem, p. 101.

⁵⁸ A criminologia crítica é uma doutrina que questiona os fundamentos do direito penal enquanto fundamento coercitivo das estruturas de dominação, tendo como principais expoentes autores seguidores do Marxismo. Nesse sentido, ver: BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução a sociologia do direito penal.

contemporânea.

Assim, o discurso de deslegitimação do direito penal acabou por sublinhar com tons gritantes a insatisfação de imensa parte dos estudiosos do sistema punitivo em relação as suas estruturas fáticas. Todavia, a menos que se considere o abolicionismo como um caminho a ser trilhado em sede de direito penal, a intervenção punitiva ainda carece de maiores formulações teóricas, sob pena de que a contenção do poder estatal passe a ser uma mera utopia, formando um ambiente propício não só para sucessivas reedições das técnicas de inocuização, mas também, para retrocessos que podem levar a humanidade a situações de precariedade jamais vivenciadas.

2.6 Alternativas Político Criminais para o Direito Penal do Risco

Segundo José Luis Diez Ripollés⁵⁹, o efetivo aparecimento de novos riscos, aliada a sensação social de insegurança, a identificação da maioria com a vítima dos delitos e o descrédito de outras instâncias de proteção que não seja o direito penal, faz com que a política criminal, frente às demandas da sociedade, encontre atualmente quatro referenciais teóricos, sendo: a) o modelo proposto pela denominada escola penalista de Frankfurt; b) as três velocidades do direito penal teorizadas por Silva Sánchez; c) reação de um amplo setor da doutrina; e, d) atitude de resistência garantista frente às modificações que propõe a política criminal modernizadora. Partindo de tal perspectiva, destacam-se as principais características dos referenciais prenotados:

2.6.1 Do Modelo Penal Proposto pela Escola Penalista de Frankfurt

O modelo de intervenção penal proposto pela denominada escola de Frankfurt, encontra como um de seus principais expoentes o pensamento de Winfried Hassemer. Desse modo, a articulação político criminal desenhada por tal corrente doutrinária gira em torno da manutenção dos direitos concebidos a partir do iluminismo, sendo que sua flexibilização não

⁵⁹ O referido autor sustenta que embora se tenha as quatro matrizes político criminais que embasam a atividade legislativa e acadêmica, cada vez mais ganha força o modelo denominado de seguridad ciudadana. Assim, tal forma de intervenção punitiva estaria ancorada nos seguintes preceitos: a) protagonismo da delinquência clássica, b) prevalência do sentimento coletivo de insegurança, c) reforço dos interesses das vítimas, d) Populismo e politização, e) revalorização do componente afliitivo da pena, f) redescobrimto da prisão, g) Ausência de receio ante ao poder sancionatório estatal, h) Implicação da sociedade na luta contra a delinquência e i) Transformação do pensamento criminológico. Ver: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. **La política criminal en la encrucijada.**

seria tolerada.

Todavia, embora se tenha uma postura restritiva em relação à flexibilização de garantias, a escola de Frankfurt⁶⁰ reconhece as novas necessidades de intervenção penal em campos até então intocados pelas estruturas do Estado. Entretanto, o pensamento que embasa a corrente criminal ora exposta, fundamenta-se na manutenção das estruturas do direito penal clássico, que deve tutelar as garantias dos imputados, independentemente destas serem de caráter material ou processual.

Dentro de tal perspectiva, para enfrentar as novas demandas da sociedade atual, o pensamento defendido pelos doutrinadores do referencial teórico ora exposto propõe uma nova forma de intervenção jurídica, que deveria calcar-se em um meio termo entre direito penal, direito administrativo sancionador, direito civil e direito público.

Nesse sentido, José Luis Diez Ripollés⁶¹ afirma:

Para evitar la desnaturalización de ese derecho penal clásico y atender, al mismo tiempo, las demandas de control social ligadas a los problemas sociales originados en la sociedad del riesgo, propone crear un nuevo derecho de intervención, que se encontraría a medio camino entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, entre el derecho civil y el derecho público.

Partindo de toda fundamentação teórica que sustentaria esse novo modelo de intervenção jurídica, pode-se dizer que seus idealizadores, para atender aos novos paradigmas da sociedade do risco, defendem a possibilidade de se flexibilizar garantias processuais na medida em que as sanções sejam distintas e menos graves do que as punições advindas do direito penal clássico, estruturado na pena privativa de liberdade⁶².

⁶⁰ Ao tratar da denominação escola de Frankfurt, cumpre destacar as ressalvas proferidas por Luís Greco, quando o referido autor aduz: “A recente revolução tem sido criticada especialmente por professores de Frankfurt. As várias opiniões apresentam, porém, notáveis divergências, a ponto de que seja necessário acautelar-se face à impressão de uniformidade que pode ser provocada pela denominação “Escola de Frankfurt”. O que existe de uniforme é apenas uma atitude de recusa em relação aos novos desenvolvimentos do direito penal.” Ver: GRECO, Luís. **Modernização do Direito Penal**: bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2011, p. 15.

⁶¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís . **La política criminal en la encrucijada**. p. 139

⁶² Ao questionar a posto intermediário da intervenção penal (direito administrativo sancionador), Luís Greco assinala: “Se de um lado o, o direito penal dispõe de graves sanções, de outro ele concede aos cidadãos uma série de garantias, especialmente de natureza processual. Não se compreende por que é possível impor sanções extrapenais de grande severidade, como muitas das multas administrativas aplicadas, sem que se tenha de observar as garantias formais de um processo penal. Idem, Ibidem. p. 56.

2.6.2 Do Modelo Penal de Três Velocidades

Por sua vez, as três velocidades do direito penal teorizadas por Silva Sánchez⁶³, estruturam-se na idéia de que a primeira forma de intervenção deveria estar relacionada aos denominados delitos clássicos⁶⁴. Já a segunda velocidade do direito penal deveria ser concebida como direito administrativo sancionador, enquanto que a terceira velocidade daria margem ao denominado direito penal do inimigo.

Assim, na primeira forma de intervenção, que abarca os delitos clássicos, todas as garantias construídas ao longo da história deveriam ser mantidas, ao passo que não haveria mudança na persecução penal da delinquência tradicional. Todavia, a segunda velocidade da intervenção punitiva traria a possibilidade de se flexibilizar garantias em troca da impossibilidade de se aplicar a pena privativa de liberdade.

Diferentemente das demais, a terceira velocidade do direito penal, através de sua estrutura conceitual, por sua vez, permitiria unificar-se flexibilização de garantias com a aplicação de penas privativas de liberdade, inclusive mais severas do que as que se fazem presentes no denominado direito penal clássico, ou de primeira velocidade⁶⁵.

2.6.2.1 Considerações Gerais sobre o Direito Penal do Inimigo

A doutrina do direito penal do inimigo, em sede de política criminal, encontra como

⁶³ Ver: SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal**.

⁶⁴ Nesse sentido, os delitos clássicos seriam aqueles relacionados aos bem jurídicos advindos da primeira dimensão dos Direitos Humanos, tais como: homicídio, lesão corporal, furto, roubo etc.

⁶⁵ Exemplificando o modelo de intervenção teorizado por Silva Sánchez, André Callegari e Cristina Reindolff Motta afirmam: “Nesse contexto, o direito penal de primeira velocidade seria aquele que compreende os denominados delitos clássicos (furto, estelionato, homicídio etc.), que estão sujeitos às penas privativas de liberdade, respeitados todos os requisitos de imputação e garantias processuais que decorrem do Estado Democrático de Direito. Já o direito penal de segunda velocidade compreenderia os delitos que foram introduzidos durante o processo de modernização, que respondem ao aparecimento de novos riscos à sociedade globalizada (delitos ambientais), e que não seriam sancionados com pena privativa de liberdade, mas, com sanções de restrições de atividades, multas ou inabilitação. Neste caso permite-se uma flexibilização nas regras de imputação e garantias. Por fim ainda haveria uma terceira velocidade do direito penal, destinado a determinados delitos graves (criminalidade organizada, terrorismo) com relativização das garantias político criminais, regras de imputação e supressão de garantias processuais e de execução penal, sendo uma espécie de direito de guerra, onde estaria inserto o denominado direito penal do inimigo.” CALLEGARI, André Luís. MOTTA, Cristina Reindolff. Estado e Política Criminal : a expansão do Direito Penal como forma simbólica de controle social . In Callegari, André Luís (org) **Política Criminal Estado e Democracia**.p.1-22. P.5-6.

principal expoente o pensamento de Günther Jakobs⁶⁶. Desse modo, conforme os pressupostos formulados pelo pensador alemão, alguns indivíduos que cometem determinados delitos não dispõem de expectativas cognitivas em relação ao cumprimento das leis, ao menos as mais elementares e, sendo assim, teriam se auto excluído do pacto social, ao passo que a partir de tais prerrogativas, como corolário, deveriam ser considerados como não pessoas, tendo suas garantias flexibilizadas.

A distinção básica da fórmula defendida por Günther Jakobs consiste em separar cidadãos de inimigos, na medida em que os primeiros seriam destinatários de todo o rol de direitos e garantias construídos ao longo dos tempos, enquanto que a segunda classe de indivíduos deveria responder ao Estado na condição de não pessoas (inimigos da ordem)⁶⁷. Em face do exposto, de acordo com o pensamento aludido, somente podem ser consideradas pessoas aquelas que oferecem uma garantia cognitiva para a sociedade, ao passo que a pena para tais indivíduos deveria ser considerada como repreensão pela não observância da legislação, enquanto que para os inimigos, a pena deveria ser considerada como substância de eliminação de um perigo ameaçador da própria concepção de Estado.

Logo, o inimigo deve ser excluído do convívio social, tendo em vista que seu modo de vida colocaria em risco os elementares pressupostos estatais. Da mesma forma, segundo a doutrina em questão, a identificação destas não pessoas seria de grande valia para toda a construção jurídica desenvolvida até esta quadra da história, pois, de acordo com o que expõe seu principal pensador, a ausência de distinção legal entre cidadãos e inimigos faz com que todo o ordenamento jurídico acabe sendo contaminado por um certo conteúdo de irracionalidade⁶⁸.

⁶⁶ Ver: JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo Noções e Críticas**.

⁶⁷ Nesse contexto, tem-se as seguintes observações proferidas por Günther Jakobs: “Portanto o Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: Pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro, ou indivíduos que devam ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação. Ambas perspectivas têm, em determinados âmbitos, seu lugar legítimo, o que significa, ao mesmo tempo, que também possam ser usadas em um lugar equivocado. Como se tem mostrado, a personalidade, como construção exclusivamente normativa, é irreal. Só será real quando as expectativas que se dirigem a uma pessoa também se realizam no essencial. Certamente, uma pessoa também pode ser construída contrafaticamente como pessoa; porém, precisamente, não de modo permanente ou sequer preponderante. Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, já que no contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.”
Idem, ibidem. p. 40.

⁶⁸ Ante as afirmativas transcritas, salutar são as palavras proferidas por Günther Jakobs: “Dito de outro modo: quem inclui o inimigo no conceito de delinquentes-cidadão não deve assombrar-se quando se misturam os conceitos “guerra” e “processo penal”. De novo, em outra formulação: quem não quer privar o direito penal o cidadão de suas qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito – controle das paixões; reação

O direito penal do inimigo albergaria na esfera de legitimidade do direito técnicas de um ordenamento jurídico de guerra. Com base no exposto, o Estado eliminaria garantias de forma amplamente respaldada, na persecução não somente de crimes, mas também, de estilos de vida, onde se substituiria o direito penal do fato em detrimento do direito penal do autor.

Assim, segundo a concepção de Günther Jakobs, o direito penal não tutela bens jurídicos, mas sim a expectativa de vigência da norma, que deve manter-se como expectativa fomentada pelos atos estatais. Concomitantemente, tem-se que para o arcabouço doutrinário em questão a condição de pessoa não é um fenômeno natural e sim um fenômeno social que se desenvolve com o passar do tempo e se ancora em papéis a serem protagonizados dentro de um determinado contexto.

Pode-se dizer que a redescoberta do direito penal do inimigo girava em torno da figura do terrorista, especialmente após os atentados de 11 de setembro, onde o mundo voltou a debater de maneira calorosa a problemática questão. Entretanto, atualmente a política criminal, sob uma perspectiva global, mostra sinais de que toda a argumentação, que até então fundamentava-se no combate ao terrorismo, acabou por abalizar o recrudescimento das intervenções punitivas nos mais diversos âmbitos⁶⁹.

Ante tal realidade, a criminalidade econômica, as organizações criminosas e os delitos sexuais são alguns dos exemplos que passaram a receber o tratamento preceituado pelo direito penal do inimigo. Todavia, o que chama a atenção é que toda a fundamentação da postura

exclusivamente frente a atos exteriorizados, não frente a meros atos preparatórios, a respeito da personalidade do delinqüente no processo penal etc. - deveria chamar de outra forma aquilo que tem que ser feito contra os terroristas, se não se quer sucumbir, isto é, deveria chamar Direito Penal do inimigo, guerra contida.” Idem, *ibidem*. p.35 - 36

69 Ao tratar do tema José Ángel Brandariz García destacou o seguinte: “Por una parte, las clásicas operaciones de la policía, orientadas a una resolución final del conflicto de carácter jurisdiccional, desarrolladas por la administración civil, y proyectadas sobre la garantía de la seguridad interior de los Estados, tienden a adoptar rasgos bélicos. Ello se evidencia en varios rasgos de tales operaciones: a) fuerzas específicamente militares intervienen en la lucha contra redes y riesgos criminales; b) se produce, o cuando menos se persigue, la implicación emocional de la colectividad; c) los adversarios de aquellas fuerzas públicas trascienden la referencia clásica del infractor, adquiriendo el estatus de enemigos, con unos niveles de organización y peligrosidad muy superiores a los de los criminales clásicos; d) las tácticas de garantía de la seguridad emprendidas en este ámbito en ocasiones abandonan por completo la pauta policial clásica de persecución y puesta a disposición judicial del infractor, acogiendo lógicas bélicas de eliminación del enemigo, que ahora ya no son clandestinas, sino expresas y públicas.” BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**, p. 206

interventiva em análise utiliza como fundamento último a defesa do Estado e do cidadão⁷⁰.

2.6.2.2 Considerações Gerais a Respeito das Críticas ao Direito Penal do Inimigo

A doutrina penal não poupou críticas ao Direito Penal do Inimigo enquanto formulação teórica. Nesse contexto, na segunda parte do livro que expõe os pressupostos em análise Cancio Meliá⁷¹, já em suas considerações iniciais, afirma que tal forma de intervenção penal não pode ser considerada como direito, tendo em vista que em sua concepção não se trata de uma mera corrente político criminal, mas sim de uma mudança estrutural do direito penal que consiste em relegar a um segundo plano toda a intervenção punitiva legitimante conquistada para, conseqüentemente, introduzir a lógica do Estado de exceção.

Para tanto, as afirmativas acima transcritas partem da própria definição de direito penal do inimigo⁷², que pressupõe um adiantamento da esfera punitiva, onde a conduta deixa de ser o elemento referencial em detrimento do fato futuro. No mesmo sentido, diante de tal perspectiva, as penas cominadas aos delitos são desproporcionalmente altas, ao passo que em um terceiro momento as garantias processuais são relativizadas ou suprimidas, o que não é aceito como legítimo por grande parte da doutrina.

Com base na redução e na supressão de garantias, Cancio Meliá⁷³ questiona a legitimidade do conceito de inimigo, pois, em sua concepção, tal referencial carrega muito mais elementos religiosos do que propriamente militares. A final de contas, o inimigo é o

⁷⁰ Ao resumir as idéias do Direito Penal do Inimigo Günther Jakobs aduz: “a) a função manifesta da pena no Direito Penal do cidadão é a *contradição*, e no Direito Penal do inimigo é a eliminação de um perigo. Os correspondentes tipos ideais praticamente nunca aparecerão em uma configuração pura. Ambos os tipos podem ser legítimos. b) No Direito natural de argumentação contratual estrita, na realidade, todo delinqüente é um inimigo (Roseau, Ficht). Para manter um destinatário para expectativas normativas, entretanto, é preferível manter, por princípio, o status de cidadão para aqueles que não se desviam (Hobbes, Kant). c) Quem por princípio se conduz de modo desviado não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído. d) As tendências contrárias presentes no Direito material – *contradição versus neutralização de perigos* -encontram situações paralelas no Direito processual. e) Um Direito Penal do inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar todo o Direito Penal com fragmentos de regulações próprias do Direito Penal do Inimigo. f) a punição internacional ou nacional de vulnerações dos direitos humanos, depois de uma troca política, mostra traços próprios do Direito Penal do inimigo, sem ser só por isso ilegítima.” JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo Noções e Críticas**, p. 47- 48.

⁷¹ Idem, *ibidem*. p. 13.

⁷² Idem, *ibidem*. p. 73.

⁷³ Idem, *ibidem*. p. 96.

outro, o que não significa que se tenha uma fonte de perigo, mas sim, um reconhecimento da função que os indivíduos exercem dentro da sociedade.

Em um outro plano, Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli⁷⁴ ressaltam que a formulação teórica de Günther Jakobs contraria a própria concepção de Estado de Direito, uma vez que é o soberano quem escolhe os inimigos de forma política e unilateral, na medida em que os selecionados não podem oferecer resistência e passam a ser alvo das mais variadas restrições em sede de cidadania. Dito de outra forma, o referido autor sustenta que a teoria de que os indivíduos se afastam do contrato social e por isso devem ser destinatários de medidas extremas não condiz com a realidade social excludente vivenciada no paradigma contemporâneo.

Através de uma síntese das críticas formuladas por Zaffaroni pode-se constar que em sua concepção o Estado não logrou êxito em promover políticas assistenciais básicas que possibilitassem condições mínimas de inclusão. Conseqüentemente, as cifras da criminalidade ultrapassam os limites do tolerável e, sendo assim, através da conveniência instigada por ações políticas, o discurso do direito penal do inimigo aparece como mais uma alternativa “mágica” no amplo rol de soluções paliativas que os governos de turno constantemente vêm apresentando.

Em outro plano, tecendo considerações a respeito do tema André Callegari e Maiquel Wermuth⁷⁵, assinalaram “a dignidade humana é um dado ontológico do ser humano, ou seja, não é produto de uma construção normativa, mas faz parte de sua essência”. Isso significa dizer que as estruturas do direito penal do inimigo que visualizam a dignidade humana como algo disponível e relativo, acabam sendo contrárias as mais elementares bases que sustentam e dão legitimidade a política criminal em um Estado de Direito.

Logo, segundo os críticos ao Direito Penal do Inimigo, a flexibilização das garantias não pode ser tolerada, sejam elas de caráter material ou processual. Não se pode abrir mão de um processo que parta da presunção de inocência, pois, qualquer atitude em sentido contrário significa um retrocesso na marcha histórica de conquistas e lutas em torno da construção de

⁷⁴ Ver: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGIELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro vol. I**, p.68.

⁷⁵ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2010, p. 68.

uma intervenção penal que limite o âmbito de ingerências dos poderes do Estado.

Desse modo, verifica-se que através de restrições processuais antecipa-se o status de não pessoa com base em meras acusações, arbitrariedade esta que deve ser superada através da análise de erros históricos que possibilitaram processos autoritários e intolerantes que custaram caro a toda humanidade. Entretanto, conforme se destacou em passagens anteriores, atualmente, cada vez mais se restringe as liberdades com base na busca por maior segurança, ainda que essa realidade venha se configurando como um fator de ameaça ao próprio Estado que, cada vez mais, introduz a irracionalidade e o imediatismo em sua lógica de atuação⁷⁶.

Segundo preceitua Cornelius Prittwitz⁷⁷ “ *La política criminal se rearma: el derecho penal y las penas se expandem*”. Diante do exposto, verifica-se que há uma forte resistência acadêmica e doutrinária em relação ao Direito Penal do Inimigo, porém, tais perspectivas não têm encontrado guarida no cenário legislativo e, conseqüentemente, sob a alegação de defesa do Estado de Direito diversas medidas repressivas acabam sendo introduzidas sem maiores reflexões em torno de suas conseqüências.

2.6.3 Do Modelo Penal Endossado por um Amplo Setor da Doutrina

O terceiro modelo de intervenção político criminal em tela na atualidade, segundo José Luis Diez Ripollés, é a denominada reação de um amplo setor da doutrina. Desse modo, seus preceitos partem de um contexto estrutural onde a modernização do direito penal se estabelece a partir do imbricamento que sua estrutura liberal – individualista acaba trazendo no contexto no qual nos vemos inseridos, onde os bens coletivos advindos de um modelo de Estado Social de Direito, juntamente com os riscos oriundos da sociedade pós-industrial acabaram

⁷⁶ Com grande propriedade, a respeito do tema Cornelius Prittwitz assinala: “Es mi convicción, por ejemplo, que la libertad en competición con la seguridad ya ha perdido antes del “pistoletazo de salda”. Y también es mi convicción que esta superioridad de la seguridad no es una seguridad a corto plazo, una seguridad, que en verdad es dañina para la seguridad a largo plazo y sostenible. Creo que ni los terroristas, ni el crimen organizado, ni – por favor! - nuestros “chicos malos” destruyen, ni siquiera ponen gravemente en riesgo nuestra seguridad, nuestras sociedades liberales, nuestro Estado de Derecho. Pero si veo un verdadero riesgo que la lucha contra los terroristas, contra el crimen mas o menos organizado, contra la criminalidad en general – sea de jóvenes, sea de extrajeros, sea de “managers” sea de trabajadores, sea lo que sea, pueden dañar hasta destruir los fundamentos de nuestros Estados (de Derecho) y sociedades (liberales). Lo que jo observo son gritos de batalla cada día más intensas, mas hostiles, es una percepción de inferioridad de la sociedad civil y del Estado de Derecho junto con una convicción irracional de la superioridad de nuestros “enemigos.” PRITTWITZ, Cornelius. Estado e Política Criminal : a expansão do Direito Penal como forma simbólica de controle social . In Callegari, André Luís (org) **La Desigual competencia entre Seguridad y Libertad** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.p. 39-52. p. 40.

⁷⁷ Idem, ibidem. p. 41.

incrementando as realidades e os conflitos sociais.

Isso significa dizer que as novas realidades e demandas da sociedade atual exigem novas formas de intervenções jurídicas para que se tornem eficazes, especialmente na medida em que os novos interesses penais inegavelmente são de grande relevância e, diferentemente da delinqüência clássica, acabam trazendo para a esfera jurídico penal novos atores que possuem grande potencialidade lesiva e capacidade de benefício ante a ineficácia das condutas estatais.

Logo, o sistema de imputação para este ramo da doutrina deve tomar como base a estrutura das garantias que se consolidaram ao longo da história. Todavia, o direito penal não estaria imune às transformações ocorridas no âmbito da sociedade e, sendo assim, novas formas de persecução passariam a ganhar legitimidade, tendo em vista a necessidade de se ter medidas penais que respondam satisfatoriamente as demandas as quais o direito é chamado para responder.

Nesse contexto, em síntese, para tal corrente político criminal as estruturas da intervenção devem ser de garantia, o que não impede adequações e remodelações na busca de uma tutela efetiva dos novos bens jurídicos, como é o caso da implementação de crimes de perigo para abranger condutas que não convêm esperar uma efetiva lesão.

2.6.4 Do Modelo Penal Denominado de Resistência Garantista

Diferentemente das demais posturas supradescritas, o quarto modelo de intervenção punitiva, denominado de atitude de resistência garantista frente às modificações que propõe a política criminal modernizadora, acaba por defender a idéia de que não se deve fazer concessões das garantias em detrimento da suposta efetividade. Nesse diapasão, sustenta-se a concepção de que o direito penal não pode ser sobrecarregado, na medida em que a troca de garantias por eficácia demonstra-se como ilusória, tendo em vista que se corre o risco de caracterizar as estruturas de limitações do poder historicamente conquistadas.

Por outro lado, a corrente doutrinária ora exposta sustenta também que o direito penal não conseguirá dar respostas satisfatórias aos problemas que se fazem presentes na sociedade atual, ao passo que sobraria a tal estrutura punitiva a função de educar e, assim, este ramo

coercitivo perderia sua característica e passaria a ser um elemento meramente simbólico. Ante esta perspectiva, pode-se afirmar que a doutrina da resistência garantista não aceita a substituição de garantias por eficácia, na medida em que para os defensores de tal postura político criminal as conquistas históricas não são disponíveis e, portanto, não entram no denominado cálculo utilitarista.

Contudo, mesmo diante das formulações teóricas prenotadas, José Luis Diez Ripollés ressalta que embora as diferentes matrizes político criminais contemporâneas sejam objeto de intensos debates acadêmicos, a atividade legislativa, cada vez mais, tem se ancorado no que o referido autor denominou de *seguridad ciudadana*. Assim, tal forma de intervenção punitiva estaria ancorada nos seguintes preceitos: a) protagonismo da delinquência clássica; b) prevalência do sentimento coletivo de insegurança; c) reforço dos interesses das vítimas; d) populismo e politização; e) revalorização do componente aflitivo da pena; f) redescobrimto da prisão; g) ausência de receio ante ao poder sancionatório estatal; h) implicação da sociedade na luta contra a delinquência; e, i) transformação do pensamento criminológico.

Em síntese, as diferentes faces do risco e do medo contemporâneo, de longa data, têm penetrado na política criminal, fazendo com que esta absorva os influxos decorrentes do sentimento coletivo de insegurança. Desse modo, as intervenções punitivas, ao carecerem de maiores reflexões em torno das posturas políticas adotadas, acabam estabelecendo um ordenamento jurídico penal esfacelado, que por vezes comporta medidas capazes de descaracterizar toda a estrutura de segurança desenvolvida contra possíveis arbitrariedades no exercício do poder persecutório.

Nesse contexto, a segurança cidadã confronta-se com uma série de barreiras à intervenção penal. Assim, em nome de uma coletividade abstrata, identificada pelo medo e, seduzida pela efetividade punitiva, desenvolve-se um ambiente propício para a redução e supressão das garantias individuais.

3 A DOGMÁTICA PENAL E OS CRIMES DE PERIGO

3.1 Elementos Preliminares Acerca do Conceito Dogmático de Perigo e dos Crimes de Perigo

O conceito dogmático que comumente tem se designado aos crimes de perigo gira em torno da ausência da necessidade da ocorrência de dano para a configuração dos elementos típicos de tal forma de tutela penal⁷⁸. Em tal contexto, a grande característica dos crimes de perigo parece residir na sua oposição em relação aos crimes de dano, tendo em vista que o desvalor da ação apresenta-se como ponto fulcral para a existência da modalidade delitiva em questão, que prescinde da ocorrência de resultado naturalístico para a sua configuração.

Todavia, sabidamente, a punibilidade dos estágios prévios aos danos não é exclusividade dos crimes de perigo, ao passo que outras formas de tutela penal também guardam tal característica que historicamente se mostra problemática no sentido da delimitação do âmbito de punibilidade das condutas persecutórias. Em tal perspectiva, as intrincadas discussões sobre o início da execução na tentativa, que ainda hoje são motivo de imensas divergências nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial, podem exemplificar de forma bastante elucidativa os problemas decorrentes da antecipação da punibilidade em face de condutas que antecedem resultados materialmente lesivos.

Da mesma forma, o conceito de perigo, em sede de direito penal, apresenta-se como estrutura nuclear em diversos âmbitos das construções teóricas formuladas perante a secularização e sistematização do direito penal como um todo, tendo imenso destaque em institutos e construções como a tentativa, estado de necessidade, imputação objetiva etc.

⁷⁸ Corroborando com o conceito geral de crime de perigo ora exposto tem-se, a título exemplificativo, as seguintes contribuições doutrinárias: “La seconda forma dell’ offesa, e cioè, la messa in pericolo, si ha quando il bene o l’interesse sono minacciati. L’aggressione qui non implica la distruzione, e nemmeno la restrizione dell’ oggetto della tutela giuridica, ma soltanto un turbamento. Il bene o l’ interesse vengono esposti al pericolo di una lesione”. ANTOLISEI, Francesco. **L’offesa e il danno nel reato**. Bergamo: Istituto Italiano D’Arti Grafiche, 1930. p. 78.No mesmo sentido, Polaino Navarrete leciona:“en los delitos de peligro no se produce en realidad una lesión material(objetivamente apreciable) a un bien jurídico, sino que el objeto de tutela resulta precisamente protegido frente a la mera puesta en peligro que la conducta típica entraña.” Navarrete, Miguel Polaino. **Derecho Penal – Parte General**, Vol. I, Tomo II. Bosch: 2000, p. 616. André Luis Callegari, ao versar sobre o assunto, aduziu: “Crimes de perigo, por sua vez, são aqueles que se consumam sem a necessidade de lesão, com o simples perigo – insegurança ou probabilidade de lesão – do bem jurídico, supondo, portanto, um adiantamento das barreiras de proteção a uma fase anterior à efetiva lesão ao bem jurídico”. CALLEGARI, André Luís. **Teoria geral do delito: e da imputação objetiva**. 2. ed., rev. ampl. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2009. p.38.

Nesse contexto, salutar são as palavras de Rui Carlos Pereira⁷⁹:

Como a doutrina tem vindo a assinalar, o papel que o conceito de perigo desempenha, em direito penal, transcende largamente o domínio dos crimes de perigo. No âmbito da imputação objectiva – particularmente quando se perfilhe a teoria da adequação –, na caracterização da tentativa e da cumplicidade, na delimitação do estado de necessidade justificante e da legítima defesa e em outras matérias de importância fulcral para o estudo da parte geral, aquele conceito possui um interesse decisivo.

O precitado autor destaca que a caracterização dos crimes de perigo tem como elemento principal de problematização o carácter flutuante do próprio papel designado ao “perigo”, que segundo seu entendimento pode apresentar-se como: a) motivo da incriminação; b) modo de ser objetivo da ação típica; c) efeito do fato típico; e, d) fundamento objetivo da agravação pelo resultado⁸⁰.

Logo, sob a perspectiva acima descrita, o papel flutuante do perigo, enquanto motivo da incriminação⁸¹, restaria vinculado a concepção de crime de perigo abstrato, vislumbrado como presunção realizada pelo legislador acerca de determinadas realidades. Sendo assim, mediante o papel designado ao perigo nessa perspectiva de análise, os crimes de perigo abstrato estariam legitimados pela simples presunção do perigo descrito no próprio tipo penal⁸², que se encontraria totalmente preenchido perante a mera ocorrência da conduta prevista pela norma incriminadora.

Por sua vez, o perigo enquanto “modo de ser objetivo da ação típica⁸³”, corresponderia aos chamados crimes de perigo abstrato - concreto⁸⁴, onde a conduta penalmente perquirida encontra-se embasada na sua aptidão para dar causa a resultados danosos, sem que, no entanto, o bem jurídico chegue a ser efetivamente colocado em um estágio imediatamente anterior a este resultado.

⁷⁹ PEREIRA, Rui Carlos. **O dolo de perigo** : (contribuição para a dogmática da imputação subjectiva nos crimes de perigo concreto). Lisboa: LEX 1995. p.19.

⁸⁰ Idem, ibidem, p.24.

⁸¹ Idem, ibidem, p. 25

⁸² Em tal perspectiva de expressão do perigo verifica-se a matriz formalista de legitimação de tal modalidade delitiva, uma vez que para os filiados a esta corrente doutrinária a legitimidade da incidência dos crimes de perigo encontra-se na presunção de periculosidade supostamente presente no próprio tipo penal (conforme se verificará com maiores detalhes no item 3.6 deste capítulo).

⁸³ PEREIRA, Rui Carlos. **O dolo de perigo** : (contribuição para a dogmática da imputação subjectiva nos crimes de perigo concreto), p. 25.

⁸⁴ Sobre o conceito de crime de perigo abstrato-concreto ver item 3.4, deste capítulo.

O terceiro grupo de situações, caracterizado como “norma incriminadora como efeito do fato típico”⁸⁵, restaria interligado aos crimes de perigo concreto⁸⁶, tendo em vista que nesta modalidade delitiva o perigo apresenta-se como resultado da conduta reprovada, ou seja, se exige que o bem jurídico tutelado seja exposto a um efetivo perigo de dano para que tal forma de intervenção se consuma.

A quarta e última forma de expressão do perigo, na concepção de Rui Carlos Pereira⁸⁷, seria aquela que o vislumbra como fundamento objetivo da agravação pelo resultado. Logo, em tal contexto de manifestação, a tutela penal encontra-se calcada em duas perspectivas de atuação, sendo a primeira referente a uma situação de dano efetivo e, a segunda, concernente a uma situação de perigo decorrente do resultado danoso.

Diante desta perspectiva, a partir de uma única conduta, criam-se duas situações de relevo jurídico, sendo que a primeira circunstância valorada refere-se ao resultado danoso propriamente dito, enquanto que a segunda forma de reprovação encontra-se circunscrita ao perigo gerado por este dano⁸⁸.

Com base neste breve apanhado geral acerca das diferentes formas de manifestação do perigo, preliminarmente, pode-se dizer que este, enquanto elemento de valoração da dogmática penal, apresenta múltiplas faces. Entretanto, estas diferentes vertentes, quando analisadas exclusivamente sob a perspectiva dos crimes de perigo, restam relacionadas a um contexto social de extrema complexidade, decorrente da simbiose entre problemas sociais tradicionais e os novos riscos advindos do desenvolvimento tecnológico.

Com base em tais fatores, a dogmática penal, através dos influxos provenientes das demandas decorrentes de uma política criminal que reflete a idéia de prevenção, cada vez

⁸⁵ PEREIRA, Rui Carlos. **O dolo de perigo** : (contribuição para a dogmática da imputação subjectiva nos crimes de perigo concreto), p. 24.

⁸⁶ Sobre o conceito de crime de perigo concreto ver item 3.2 , deste capítulo.

⁸⁷ PEREIRA, Rui Carlos. **O dolo de perigo** : (contribuição para a dogmática da imputação subjectiva nos crimes de perigo concreto), p 27.

⁸⁸ Um exemplo que pode ser elucidativo no sentido de visualizar-se a expressão do perigo enquanto forma de agravação pelo resultado encontra-se no art. 29, § 1º, inc. II, do Código Penal Brasileiro, que sanciona a lesão corporal que resulta em perigo para a vida do sujeito passivo da lesão. (Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. § 1º Se resulta: [...] II - perigo de vida). BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848. de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em 19 mar. 2011.

mais tem sido obrigada a destinar maior atenção à reprovação de estágios prévios aos danos, deslocando as baterias da atuação punitiva realizada pelas normas penais para a punibilidade da conduta, em detrimento da punibilidade do resultado.

No entanto, cumpre salientar que embora se verifique na atualidade uma acentuada utilização do mecanismo de tutela penal caracterizado pelos crimes de perigo, tem-se que tal modo de intervenção não pode ser qualificado propriamente como uma novidade, tendo em vista que como bem ressalta Hans Joachim Hirsch⁸⁹: *“La expansión de tales delitos no es reciente, sino que comenzó durante la Primera Guerra Mundial”*.

Ainda que os crimes de perigo não possam ser caracterizados propriamente como uma novidade, tem-se que, o contexto social atual, encoberto pelo manto do medo traduzido pela concepção catastrófica de risco tecnológico⁹⁰ e não tecnológico⁹¹, cada vez mais utiliza-se de tal forma de tutela penal como mecanismo de prevenção contra resultados indesejados⁹².

Todavia, nem mesmo a suposição de que o deslocamento do centro de gravidade do injusto através da antecipação das barreiras punitivas resulte em maior prevenção contra fatos lesivos pode ser considerado como ponto incontroverso, ao passo que segundo o entendimento formulado por Faria Costa⁹³, o alargamento da tutela penal não deve ser confundido com maior segurança ou prevenção em relação a eventos danosos.

Nesse sentido, destaca-se o posicionamento exposto por Faria Costa⁹⁴:

A antecipação da proteção aos bens jurídicos penalmente relevantes através da prefiguração de crimes de perigo não significa prevenção criminal, significa, sim,

⁸⁹ HIRSCH, Hans Joachim. Sistemática y límites de los delitos de peligro. **Revista Latinoamericana de Derecho**. Año V, n. 9-10, enero-diciembre de 2008. Disponível em: <www.juridicas.unam.mx>. Acesso em: 19 de março 2011. P. 157-181. p.157

⁹⁰ Ver:BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad, p 12.

⁹¹ Ver: SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal**, p.98.

⁹² Alertando sobre a tendência antecipatória da intervenção penal, Luigi Ferrajoli assinala: “Temos assistido a uma crescente antecipação da tutela, mediante a configuração de crimes de perigo abstrato ou presumido, definidos pelo caráter altamente hipotético e até improvável do resultado lesivo e pela descrição aberta e não taxativa da ação, expressada por fórmulas como ‘atos preparatórios’, ‘dirigidos a’, ou ‘idôneos para pôr em perigo’ ou semelhantes. Isso sem contar com a persistência de resíduos pré-modernos, como a penalização de ações praticadas pelo agente contra si próprio - desde a embriaguez ao uso imoderado de entorpecentes - ou de delitos de opinião contra a religião”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 436.

⁹³ COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal** : contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra, 1992-2000. p.575.

⁹⁴ Idem, ibidem. p. 575/576.

aumento de proteção àqueles precisos bens jurídicos e não prevenção, repete-se, enfaticamente. A definição jurídico-positiva e incriminadora de certas condutas de pôr-em-perigo visa obstar à prática desses precisos comportamentos. Porém, repare-se, não é por antecipar o campo normativo de protecção que decai a criminalidade. Esta pode diminuir devido a uma multiplicidade de factores mas é seguro que não *diminui* pela consagração de um tipo legal de crime de perigo. E isso não só porque a criminalização de qualquer comportamento não é por si condicionadora da diminuição da criminalidade – neste sentido tanto monta estar-se perante condutas lesivas como perante condutas de pôr-em-perigo.

A profundidade das colocações realizadas pelo pensador Português podem ser visualizadas em diversos aspectos, dentre os quais, destaca-se o fato de que, como o próprio autor salienta, o dogma desenvolvido acerca do carácter preventivo dos crimes de perigo pode conduzir a uma situação onde “[...] tudo implicaria que em viagem de regresso se tivesse que falar de prevenção de prevenção⁹⁵”.

Por tais razões, a conceituação e a delimitação das diferentes formas de gerenciamento do perigo apresentam suma importância para o direito penal, vez que a ampliação ilimitada da atuação punitiva do Estado, por certo, confronta-se com toda e qualquer concepção que se queira vinculada às garantias individuais enquanto premissas fundamentais da organização política e social. Dessa forma, somente a partir da análise das bases sob as quais têm se desenvolvido os mecanismos de tutela penal projetados a partir do perigo é que torna-se possível dimensionar-se a eficácia e os custos de ditas medidas persecutórias.

3.2 Dos Crimes de Perigo Concreto

Os crimes de perigo concreto, segundo o entendimento majoritário da doutrina penal, contemplam situações onde a conduta do agente acaba colocando em risco efetivo o bem jurídico tutelado, ou seja, causando uma situação de efetivo perigo de dano ao fim último de proteção da norma incriminadora⁹⁶.

Assim, pode-se dizer que em tal modalidade delitiva verifica-se que o resultado

⁹⁵ Idem, ibidem, p.576.

⁹⁶ Ao tratar do tema Hans Joachim Hirsch assinala: “Dado que el delito de puesta en peligro concreto es caracterizado por el requisito de un peligro como resultado y en la forma de un peligro concreto, en el cual está puesto el bien jurídico, un mero actuar riesgoso no es suficiente, mientras que dicho actuar no ponga un bien determinado realmente en una situación de peligro. HIRSCH, Hans Joachim. Sistemática y límites de los delitos de peligro. Revista Latinoamericana de Derecho, p.160. Da mesma forma, Faria Costa descreve: “[...] há uma situação de perigo concreto, jurídico-penalmente relevante, quando, relativamente aos resultados possíveis descritos na lei penal, a probabilidade do resultado desvalioso é superior à probabilidade da sua não produção, quer dizer, é superior à probabilidade do resultado valioso”. COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal**, p. 597-598.

proveniente da conduta reprovada encontra-se calcado na proximidade de lesionar-se o bem jurídico tutelado pela norma penal. Nesse sentido, Cerezo Mir⁹⁷ destaca: “*Se habla de delitos de peligro concreto cuando el peligro del bien jurídico es un elemento del tipo; de modo que el delito queda sólo consumado cuando se ha producido realmente el peligro del bien jurídico*”.

Em face das características acima descritas, Bernardo J. Feijóo Sánchez⁹⁸ aponta que os crimes de perigo concreto, sob a perspectiva dogmática, encontram problemas estruturais em relação ao seu respectivo momento de consumação, uma vez que o instante preciso do início da efetiva exposição do bem jurídico ao perigo nem sempre se apresenta de forma clara, trazendo assim um déficit de segurança jurídica em relação a tal modalidade delitiva.

Por tais razões, perante a insegurança jurídica decorrente da ausência de parâmetros em relação ao momento da consumação dos crimes de perigo concreto, Bernardo J. Feijóo Sánchez⁹⁹ salienta a importância das formulações teóricas desenvolvidas em relação a esta temática, destacando: (i) a teoria da adequação; (ii) a teoria da condição ajustada a lei; e, (iii) alguns pressupostos teóricos da moderna teoria da imputação objetiva.

Em relação às construções teóricas aludidas, o autor prenotado ressalta que a teoria da adequação, também denominada de teoria da previsibilidade objetiva, traria como marco da consumação dos crimes de perigo concreto, as condutas que colocam o perigo no raio de ação do bem jurídico tutelado, sendo que, sob a perspectiva de dita elaboração doutrinária, a lesão deve apresentar-se apenas como algo que não seja improvável, podendo também ser concebida como objetivamente previsível¹⁰⁰.

Logo, o papel central ocupado pela probabilidade no âmbito da teoria da adequação apresenta-se como um fator que tem o condão de ampliar as margens da atuação punitiva, podendo ensejar um demasiado alargamento da persecução penal, uma vez que a mera circunstância de uma situação não ser improvável, não significa que esta efetivamente irá se configurar como perigo.

⁹⁷ MIR, José Cerezo. **Curso de Derecho penal Español (Parte general)**, Tomo II Madrid 2005, p.111.

⁹⁸ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo J. Cuestiones basicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relacion con el transito). **Revista da Ajuris**: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul., Porto Alegre, 2000. v.78, p.290-324. p. 310.

⁹⁹ Idem, ibidem. p. 312.

¹⁰⁰ Idem, ibidem. p. 312.

Com base na importância dada à previsibilidade no âmbito da teoria da adequação, verifica-se que tal elaboração teórica encontra-se atrelada a um conceito subjetivo-naturalístico de perigo, encontrando subsídios teóricos na doutrina finalista desenvolvida por Welzel¹⁰¹. Conseqüentemente, a análise *ex ante* realizada sob o momento da consumação da situação de perigo apresenta-se como ponto fulcral em relação às premissas da teoria da adequação, fato que denota a problemática denunciada por Wolter¹⁰², qual seja: o de equiparar-se um concreto perigo de resultado com uma situação de resultado de perigo concreto.

Nesse sentido, a crítica dirigida à teoria da adequação reside no fato de que esta, por ser estruturada exclusivamente na análise *ex ante* das condutas, observando apenas se as mesmas têm aptidão para colocar o bem jurídico em uma situação de risco, não pode ser vislumbrada como uma opção metodológica segura de caracterização do momento de consumação dos crimes de perigo concreto, tendo em vista que a mera probabilidade de um acontecimento (perigo de dano) não pode ser equiparada a sua concretização¹⁰³.

A determinação do momento da consumação dos crimes de perigo concreto, sob a perspectiva exclusiva da análise *ex ante*, faz com que tal modalidade delitiva seja equiparada aos crimes de perigo abstrato puro e perigo abstrato concreto. Da mesma forma, cabe destacar que a probabilidade de um resultado danoso não pode ser determinada de maneira precisa através de prognósticos e estatísticas exatas¹⁰⁴.

Em tal perspectiva, cumpre ressaltar o magistério de Bernardo J. Feijóo Sánchez¹⁰⁵:

Las probabilidades sólo se pueden determinar estadísticamente repitiendo en diversas ocasiones un mismo fenómeno. Al final, por tanto, se deja la decisión en manos del juez pero con el riesgo de no dejar al descubierto que no se trata de una cuestión de probabilidades sino de una decisión valorativa en la que se debe tener en cuenta la *ratio legis* y las particularidades de los delitos de peligro concreto.

¹⁰¹ Acerca dos fundamentos da teoria finalista da ação ver: WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2001.

¹⁰² WOLTER, p. 750 apud. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo J. Cuestiones basicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relación con el transito). p. 313.

¹⁰³ Cumpre destacar que o critério fornecido pela teoria da adequação apresenta-se como critério negativo, que somente pode afirmar, de modo preliminar, o que em nenhuma hipótese pode configurar-se como crime de perigo. No entanto, tal perspectiva de análise não é suficiente para fornecer um conceito positivo do que venha ser um crime de perigo.

¹⁰⁴ Al juez le resulta imposible determinar sí había al menos un 51% de probabilidades de producir una lesión. FEIJOO SANCHEZ, Bernardo J. Cuestiones basicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relación con el transito). p. 314.

¹⁰⁵ Idem, ibidem, p.314.

Outro fator que não pode ser olvidado reside no fato de que o critério exclusivo da probabilidade do resultado também apresenta lacunas em relação ao grau de aproximação que a conduta deve ter com o dano para que possa ser caracterizada como crime de perigo. Assim, conforme se denota da crítica realizada em relação a este critério de legitimação dos crimes de perigo concreto, é impossível verificar a proporção exata de probabilidade que envolve um acontecimento, ou seja, não se pode aferir matematicamente as probabilidades de um dano, sendo que ainda que fosse possível tal procedimento, também não se teria um critério preciso para a legitimação da incidência da persecução penal, que jamais deve ser perpetrada com base em meras projeções¹⁰⁶.

Por tais razões, a análise *ex post* passou a ganhar grande relevância em relação à legitimação dos crimes de perigo concreto, sendo que a partir das premissas metodológicas desenvolvidas, formulou-se a teoria da condição ajustada a lei, que por sua vez, buscou conjugar critérios *ex ante* e *ex post* de análise das condutas. Desse modo, as premissas metodológicas desenvolvidas com base na teoria da condição ajustada a lei, partem do pressuposto de que a legitimação dos crimes de perigo concreto estaria configurada quando, a partir da análise do curso causal sob o qual se desenvolveu uma determinada conduta, se verificasse que o dano ao bem jurídico não veio a ocorrer em decorrência de questões inexplicáveis.

Mediante os pressupostos teóricos desenvolvidos pela teoria da condição ajustada a lei, grande parte da doutrina penal acabou por rechaçar seus critérios de legitimação dos crimes de perigo concreto em decorrência dos possíveis inconvenientes de sua respectiva adoção, acentuando que suas premissas conceituais seriam ineficientes pelo fato de que (i) este critério praticamente inviabilizaria a ocorrência de uma situação de perigo concreto em face do fato de que dificilmente algo não pode ser explicado racionalmente sob uma análise *ex post*; (ii) situações idênticas poderiam ter tratamentos distintos em decorrência da ausência de dados sobre o curso causal de tais condutas; (iii) o simples fato de uma situação não encontrar uma explicação sobre a ausência de um resultado não estabelece nenhuma diferença capaz de ensejar um tratamento diferenciado em relação a uma conduta que possa ser devidamente explicada; e (iv) o momento da consumação do crime de perigo concreto também não é verificado de modo preciso no âmbito das premissas da teoria da condição ajustada a lei.

¹⁰⁶ RODRÍGUEZ, Cristina Méndez. **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**. Madrid 1993, p. 119.

Com base na necessidade de desenvolvimento dos pressupostos de legitimação da modalidade de tutela penal em comento, atualmente a doutrina desenvolvida a partir da moderna teoria da imputação objetiva¹⁰⁷ destaca como situação de perigo concreto toda aquela em que o bem jurídico ingressa no âmbito da ação perigosa, ou seja, em uma exposição efetiva de risco. Porém, diferentemente das demais formulações teóricas, sob a perspectiva da moderna teoria da imputação objetiva, o momento da consumação dos crimes de perigo concreto coincide com o momento em que o agente perde o controle do curso causal dos acontecimentos.

Por conseguinte, pode-se afirmar com base em tal mecanismo de aferição dos crimes de perigo concreto, que a sua consumação se daria a partir da conjugação de dois fatores essenciais, sendo o primeiro relativo a uma situação objetiva de efetiva exposição de um bem jurídico a um risco e, o segundo, concernente a perda do domínio dos acontecimentos em relação ao poder diretivo do autor, que já não pode evitar que o fim de proteção da norma seja colocado em perigo¹⁰⁸.

Em tal perspectiva, demonstrando o peso das contribuições doutrinárias ora expostas, tem-se o exemplo que pode ser fornecido com base na situação hipotética de um condutor que, visando assustar um determinado grupo de pessoas, acelera o seu veículo em direção a estas e acaba freando o automóvel a poucos metros do local em que se encontram ditos indivíduos¹⁰⁹.

Com base na situação acima exposta, sob a perspectiva dos critérios estabelecidos pela teoria da aptidão, em razão da possibilidade que possui de causar danos e expor a riscos os bens jurídicos tutelados, a situação hipotética prenotada configuraria um caso de crime de

¹⁰⁷ Sobre as bases da moderna teoria da imputação objetiva ver: JAKOBS, Günther, **A Imputação objetiva no Direito Penal**, tradução André Luís Callegari – 2ª Ed. rev. – São Paulo: RT, 2007; ROXIN, Claus. A teoria da imputação objetiva In: Roxin, Claus. **Estudos de Direito Penal**, Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

¹⁰⁸ Cumpre destacar que o critério subjetivo decorrente da perspectiva do agente deve ser conjugado com um critério objetivo acerca da existência efetiva de um perigo ao bem jurídico. Diante de tal circunstância, destacam-se as observações realizadas por Hirsch: “Con ello queda claro que la situación de peligro debe ser evaluada desde el punto de vista del objeto amenazado y no desde el punto de vista del autor. Existe una situación de peligro cuando una evaluación objetiva de un experto lleva al resultado de que en el momento en el cual el objeto entra al ámbito del acontecimiento causal es de suponer que existe la posibilidad de la lesión de un determinado objeto. La evaluación del riesgo, la cual surge de la perspectiva de la situación desde el punto de vista del autor, no tiene importancia. En cuanto a la puesta en peligro se trata, de la misma manera que con la lesión, siempre de algo concreto”. HIRSCH, Hans Joachim. Sistemática y límites de los delitos de peligro. Revista Latinoamericana de Derecho.p. 161.

¹⁰⁹ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo J. Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relación con el tránsito), p.316.

perigo concreto. Por outro lado, se adota às premissas da teoria da condição ajustada a lei, não poderia ser aventada a possibilidade da existência de uma situação de perigo concreto, pelo simples fato de que a ausência de um resultado lesivo encontra-se plenamente justificada/explicada.

Diferentemente das demais alternativas metodológicas, os desenvolvimentos calcados nas propostas da moderna teoria da imputação objetiva não vislumbrariam a situação hipotética ora analisada como crime de perigo concreto, desde que a conduta implementada pelo condutor fosse estabelecida de acordo com o seu respectivo plano subjetivo, sendo que em nenhum momento este poderia perder o domínio do curso causal da ação implementada.

Ante os pressupostos teóricos acima expostos, verifica-se que a conceituação e a legitimação dos crimes de perigo concreto, embora não tenham recebido o mesmo grau da atenção destinada aos crimes de perigo abstrato, também merecem um olhar atento da doutrina. Tal premissa encontra guarida no fato de que a ausência de elementos precisos acerca do momento da consumação desta modalidade de tutela certamente tem o condão de afastar a persecução penal de seu objeto de legitimação, qual seja: as constituições democráticas.

Por óbvio, sob a égide do estágio atual do constitucionalismo enquanto mecanismo de proteção das premissas democráticas, os limites entre condutas lícitas e ilícitas devem ser precisamente demarcados em todos os âmbitos do direito. Em sede de direito penal tal prerrogativa resta ainda mais evidente, em face dos riscos que a ausência de limites em relação à persecução punitiva pode gerar para toda a estrutura estatal desenvolvida com base nas liberdades e garantias individuais.

3.3 Dos Crimes de Perigo Abstrato

Os crimes de perigo abstrato são aqueles que se caracterizam por prescindirem de um resultado externo para a sua respectiva consumação. Porém, diferentemente dos crimes de perigo concreto, que dependem de uma exposição efetiva do bem jurídico a um risco, os crimes de perigo abstrato dispensam este requisito, encontrando-se situados em um estágio anterior sob a perspectiva do curso causal.

Assim, se comparados com a tutela penal realizada por meio dos crimes de perigo concreto, os crimes de perigo abstrato encontram a sua diferenciação no fato de que, para que ocorra a sua consumação, não se faz necessário que o bem jurídico seja exposto de forma efetiva a um perigo de dano, ao passo que a periculosidade das condutas sob as quais incidem sua atuação resta vinculada a uma concepção geral de periculosidade, vislumbrada como elemento intrínseco à situação descrita no tipo penal¹¹⁰.

Dando o respectivo esclarecimento em relação à conceituação de crime de perigo abstrato, Hans Joachim Hirsh¹¹¹ leciona:

El término empleado anteriormente “delitos de puesta en peligro abstracto” se refiriere al gran número de casos en los cuales no es necesario poner un bien en peligro, sino que la acción contiene o crea el riesgo de que uno de los bienes mencionados posiblemente se encuentre en una situación de peligro. Un ejemplo es el del conductor de un automóvil que cruza la línea continua en una curva peligrosa. Aquí se trata del riesgo relacionado con dicha acción. Aunque nadie haya sido puesto en una situación de peligro, ya que por suerte no había un vehículo en el otro carril, existe el riesgo, es decir, la peligrosidad da acción.

Em decorrência do fato de que a antecipação das barreiras punitivas apresenta-se como característica mais evidente nesta modalidade de tutela penal, diante da busca por medidas de prevenção, tem-se que, cada vez mais, os crimes de perigo abstrato têm sido utilizados como referência na elaboração legislativa¹¹², encontrando guarida em diversos diplomas legais¹¹³.

¹¹⁰ Claus Roxin, ao descrever as características dos crimes de perigo abstrato assinala que dita forma de tutela “[...] castiga a conduta tipicamente perigosa como tal, sem que no caso concreto tenha ocorrer um resultado de exposição a perigo”. ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General, Tomo I, 2ª Edición Alemana. Madrid, Civitas. 1997. p.407; por sua vez, Günther Jakobs assinala: “Por meio do estabelecimento da proibição da colocação em perigo – que quando menos é de caráter abstrato -, o comportamento fica excluído do âmbito do socialmente adequado, e se define como perturbação da vida social; isto acontece pela simples realização de um comportamento assim configurado, sem ter em conta o resultado que se produz. Exemplificando com um exemplo, significa dizer o seguinte: cria um risco não permitido quem conduz um automóvel em estado de embriaguez, que o conduz em velocidade muito alta ou quem infringe qualquer outro preceito que regule o tráfego viário, na medida em este referido preceito não só pretenda facilitar a administração desse âmbito vital, mas que, ademais, tenha por finalidade limitar o perigo – ainda que este seja só abstrato – de que se produza o resultado de um delito de lesão [...]” JAKOBS, Günther, **A Imputação objetiva no Direito Penal**, p.41. Da mesma forma, Miguel Reale Júnior ao conceituar os crimes de perigo abstrato leciona: Em certos tipos penais o legislador presume a periculosidade da situação, mesmo que efetivamente nenhuma periculosidade tenha concretamente derivado a algum bem jurídico, bastando a realização da ação, considerando-se inerente a esta periculosidade, tendo em vista aquilo que em geral decorre da experiência normal. No crime de perigo abstrato o legislador adstrito à realidade e à experiência torna puníveis ações que atendidas a natureza das coisas trazem ínsito um perigo ao objeto da tutela. REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. vol. 1 Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 279.

¹¹¹ HIRSCH, Hans Joachim. Sistemática y límites de los delitos de peligro. Revista Latinoamericana de Derecho. p. 161.

¹¹² Salutar são as palavras de Laura Zuñiga Rodriguez ao descrever: Ello explica que la actual configuración de los tipos penales sea predominantemente de delitos de peligro, incluso de peligro abstracto, pues en el dominio del peligro, en la capacidad del actuar humano de contener el riesgo de su conducta, viene a centrarse lo injusto. Se entiende así, que dada la cantidad de conductas riesgosas para bienes jurídicos importantes en

No entanto, a intensidade da adoção dos tipos penais de perigo abstrato nem de longe se reflete na elaboração de consensos acerca de sua conceituação e forma de incidência, sendo que as discussões que tangenciam a doutrina penal em relação a esta forma de tutela apresentam variações que podem ser evidenciadas, desde a nomenclatura, até as suas

la sociedad, que pueden desplegarse con un actuar humano que no contenga los riesgos de su conducta, e incluso, dado que la lesión depende de otros muchos factores imponderables (“lo desconocido”), el Derecho Penal no debiera esperar a que se produzca la lesión de los bienes jurídicos, sino que es necesario central la prevención de las conductas en la contención del riesgo.

RODRIGUÉZ, Laura Zuñiga. **Política Criminal**. Madrid: Editora Colex, 2001, p. 259.

- ¹¹³ Exemplificativamente: Lei nº 9.503/97 – (Crimes de Trânsito): “Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.” BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília, DF, 23 de setembro de 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm>. Acesso em: 12 mar. 2011. ; Lei nº 9.605/98 (Crimes Ambientais): “Art. 56. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos.” BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. < Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 19 mar. 2011; Lei nº 9.609/98, (Propriedade Intelectual de Programa de Computador): “Art. 12. Violar direitos de autor de programa de computador: [...] § 1º Se a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de programa de computador, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente” BRASIL. **Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. < Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9609.htm>. Acesso em: 19 mar. 2011; Lei nº 9.613/98, (Lavagem de Dinheiro): “Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime” BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. < Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 19 mar. 2011; Lei nº 10.826/03, (Lei de Armas): “Art. 12. 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.” BRASIL. **Lei nº 10.826/03, de 22 de dezembro de 2003**. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. < Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm >. Acesso em: 19 mar. 2011; Lei 11.105/2005, (Lei de Biossegurança), “Art. 24. Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º desta Lei;” BRASIL. **Lei nº 11.105/05, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. < Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em 19 mar. 2011; Lei nº 11.343/06 e Decreto nº 5.912/06; (Lei de Drogas); “Art. 33. 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.” BRASIL. **Decreto nº 5.912/06, de 27 de setembro de 2006**. Regulamenta a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que trata das políticas públicas sobre drogas e da instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, e dá outras providências. < Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5912.htm>. Acesso em 19 mar. 2011.

respectivas bases de legitimação¹¹⁴.

Ao tratar das variações terminológicas desenvolvidas com o fito de dar mais clareza e precisão aos crimes de perigo abstrato, Pierpaolo Cruz Bottini¹¹⁵ aponta que a doutrina penal denomina a modalidade interventiva em questão como: crimes de periculosidade, perigo presumido, perigo hipotético e perigo implícito.

Na concepção do aludido autor, a terminologia dos crimes de perigo deveria ser reformulada para fins de melhoramento conceitual, tendo em vista que este entende que somente uma situação concreta de perigo (perigo concreto) deveria ser denominada de crime de perigo. Em decorrência do critério prenotado, os crimes de perigo abstrato, por situarem-se em um estágio anterior em relação a uma situação objetiva de exposição do bem jurídico a um dano, deveriam ser denominados de delitos de risco ou de periculosidade¹¹⁶.

Sob tal perspectiva de análise, o risco estaria associado à potencialidade de lesão (probabilidade de um acontecimento), enquanto que o perigo seria portador de um sentido objetivo de ameaça aos bens jurídicos albergados pelo tipo incriminador.

Através de uma apertada síntese, pode-se afirmar que as situações de risco designariam condutas aptas a causar lesões aos fins de proteção das normas, ao passo que o perigo constituiria a expressão de uma situação efetiva de exposição do bem jurídico a um dano, encontrando-se em estágio muito próximo em relação ao resultado lesivo.

As discussões acerca da nomenclatura mais adequada para os crimes de perigo abstrato, além de buscar dar maior clareza e adequação nominal a esta modalidade de tutela, também albergam critérios distintos para os fins de legitimação de ditos mecanismos penais, que podem ser verificados, tanto sob a ótica da distinção entre os critérios formais e materiais

¹¹⁴ Segundo Luís Greco, outra consideração que deve ser realizada é de que a pergunta que circunda os crimes de perigo abstrato não deve ser discutidas a luz da legitimidade da proteção do bem jurídico, mas sim, de como se protege este bem jurídico? GRECO, Luís. "principio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato - uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. Revista Brasileira de Ciências Criminais., São Paulo, jul/ago, 2004. n.49, p.89-147. p. 118.

¹¹⁵ Os tipos penais de perigo abstrato são tratados de diferentes formas nos textos e obras sobre o tema. Figuram como crimes de periculosidade, de perigo presumido, de perigo hipotético, de perigo implícito, dentre outros, todos com o escopo de nomear com mais precisão, os delitos em discussão.
BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2007. P.115.

¹¹⁶ Idem, ibidem, p.116.

de legitimação, bem como, a partir da diferenciação concebida na divisão conceitual presente no desmembramento das situações de perigo abstrato em crimes de perigo abstrato puro: crimes de perigo abstrato-concreto e crimes por acumulação.

Por estas razões, embora os crimes de perigo abstrato estejam massivamente presentes nos mais diversos ordenamentos jurídicos, a dogmática penal não dispõe de um conceito único em relação a esta forma de intervenção punitiva. Todavia, somente a partir do estudo das construções teóricas desenvolvidas é que se poderá analisar de modo preciso as conseqüências dos critérios doutrinários e jurisprudenciais adotados como legitimadores de tal forma de atuação persecutória.

3.4 Da Divisão dos Crimes de Perigo Abstrato em Crimes de Perigo Abstrato-Puro e Crimes de Perigo Abstrato-Concreto

Conforme se destacou anteriormente, a partir da busca pela denominação precisa dos crimes de perigo, as discussões a respeito desta modalidade interventiva acabaram recebendo significativas contribuições. Nesse diapasão, dentre as mais relevantes certamente está a construção teórica formulada por Schröder¹¹⁷, que ao deparar-se com o fato de que o conceito tradicional de crime de perigo abstrato abarcava situações distintas de manifestação do perigo, propôs a divisão dos crimes de perigo abstrato em crimes de perigo abstrato puro e crimes de perigo abstrato-concreto.

Desse modo, ao analisar a estrutura dos tipos penais de perigo abstrato, Schröder¹¹⁸ constatou que, em grande parte de tais medidas punitivas, o legislador optou por elencar como requisito da consumação delitiva a demonstração da relação entre o perigo e a conduta implementada, enquanto que em outros dispositivos, também abarcados pelo conceito de perigo abstrato, o perigo não carecia de demonstração, encontrando-se presumido no próprio tipo incriminador.

Perante tal perspectiva de análise, Schröder¹¹⁹ destacou que os tipos penais em que a periculosidade estaria vinculada ao próprio tipo incriminador (perigo presumido), deveriam

¹¹⁷ MENDOZA BUERGO, BLANCA: **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**, Edit. Comares, Granada, 2001. p. 410.

¹¹⁸ Idem, ibidem, p.410.

¹¹⁹ Idem, ibidem, p.410.

ser denominados de crimes de perigo abstrato puro, enquanto que as normas penais que exigiam alguma forma de demonstração da relação entre a conduta e o perigo, deveriam ser chamadas de crime de perigo abstrato-concreto.

Em decorrência do critério acima elencado, pode-se dizer que os crimes de perigo abstrato puro, por encontrarem-se interligados ao conceito tradicional de crime de perigo abstrato, não trouxeram propriamente nenhuma inovação conceitual em sua fórmula interventiva, vez que permaneceram vinculados a concepção de periculosidade geral supostamente existente no próprio motivo da incriminação.

No entanto, o mesmo não se pode dizer dos crimes de perigo abstrato-concreto, tendo em vista que em tal modalidade delitiva, a inovação trazida pela cristalização da necessidade da demonstração da situação de perigo, acabou acrescentando um importante referencial de legitimação a tal mecanismo de tutela penal.

Ressaltando o papel central destinado a comprovação da periculosidade da conduta nos crimes de perigo abstrato-concreto, Pierpaolo Cruz Bottini¹²⁰ destaca:

Os delitos de perigo abstrato-concreto descrevem a conduta proibida e exigem expressamente, para a configuração de tipicidade objetiva, a necessidade da periculosidade geral, ou seja, que a ação seja apta ou idônea para lesionar ou colocar em perigo concreto um bem jurídico. Estes tipos penais atrelam a conduta proibida a um critério material de injusto, que será a criação de um risco não permitido, mesmo que não realizado concretamente.

A distinção entre os conceitos de crime de perigo abstrato puro e crime de perigo abstrato-concreto, pode ser exemplificada com clareza a partir da análise das diferentes técnicas legislativas que se sucederam na tipificação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, senão vejamos:

A referência legislativa em comento, antes da alteração sofrida pela Lei 11.705/2008, restava caracterizada da seguinte maneira: “Conduzir veículo automotor, na via pública sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem”. Atualmente, através da modificação legislativa implementada no ano 2008, o tipo penal em apreço encontra-se estruturado com a seguinte redação: “Conduzir

¹²⁰ Idem, ibidem. P. 118.

veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência [...]”

Diante das diferentes redações infracionais acima expostas, verifica-se que a primeira estruturação típica trazia como referência de imputação a exposição da incolumidade de outrem ao dano potencial, circunstância que difere tanto de uma situação geral de periculosidade (perigo abstrato puro/presumido), quanto de um contexto efetivo de perigo (perigo concreto). Logo, frente à necessidade de demonstração de um elo direto entre a conduta reprovada e o perigo de dano, é possível constatar que aquela redação contemplava a tutela penal caracterizada como crime de perigo abstrato-concreto.

Com base em tal perspectiva de análise, mediante a alteração procedida no tipo penal previsto no art. 306 do CTB, observa-se que a partir do momento em que o legislador optou por retirar de dito diploma legal a referência material explicitada na terminologia “*expondo a dano potencial*”, tem-se que o preceito legislativo em comento deixou de conter em sua estrutura a referência expressa à potencialidade do perigo (perigo abstrato-concreto), contemplando a técnica de tutela penal caracterizada como crime de perigo abstrato puro/presumido.

Assentadas as diferenciações conceituais entre crimes de perigo abstrato puro e crimes de perigo abstrato-concreto, cumpre destacar que tais categorias doutrinárias de intervenção somente podem ser analisadas, sob uma perspectiva pragmática interventiva, com base nos critérios de legitimação determinados pelas diferentes concepções teóricas desenvolvidas acerca das referências estruturais sob as quais deve estar amparada a persecução penal.

Isto posto, preliminarmente, é possível afirmar que os crimes de perigo abstrato-concreto, enquanto intervenção intermediária estabelecida entre os crimes de perigo concreto e de perigo abstrato puro, encontram maiores referências de legitimação, tendo em vista a exigência de que a conduta reprovada seja diretamente vinculada a um contexto de periculosidade capaz de conduzir a uma situação de exposição do bem jurídico a um perigo concreto, ou até mesmo a um dano.

Por outro lado, as discussões a respeito da legitimidade dos crimes de perigo abstrato

puro encontram-se significativamente acentuadas se comparadas com as demais formas de tutela, vez que partindo de pressupostos materiais de legitimação das infrações penais, não haveria a possibilidade de aventarem-se circunstâncias de perigo presumido, onde a tipicidade formal e material pudesse ser equiparada.

Por conseguinte, com base em critérios materiais de legitimação da intervenção penal, mesmo nos crimes de perigo abstrato puro, ainda que a periculosidade da conduta sancionada não estivesse prevista de maneira expressa no tipo incriminador, esta deveria ser demonstrada de forma cabal para fins de legitimação da atuação punitiva¹²¹.

3.5 Dos Crimes de Perigo Abstrato Enquanto Delitos por Acumulação

Os chamados delitos por acumulação são aqueles em que a conduta sancionada, quando analisada de maneira isolada, sequer representa periculosidade geral em relação aos bens jurídicos tutelados. Assim, a suposta legitimidade de sua existência encontra-se calcada a partir de projeções a respeito da possibilidade de que ditas situações, se repetidas por um número significativo de indivíduos, certamente resultaria em um dano.

Em tal contexto, pode-se dizer que os delitos por acumulação caracterizam-se como um desdobramento dos crimes de perigo abstrato. Entretanto, na modalidade interventiva em apreço, não há a suposta periculosidade geral do tipo incriminador, sendo que a causa de sua existência encontra-se estabelecida na possibilidade de que a repetição/acumulação das condutas sancionadas pela norma penal venha a gerar danos.

Ao descrever os traços que caracterizam os delitos por acumulação, Fabio Roberto

¹²¹ Ao tratar da questão Claus Roxin salienta: Na ciência alemã de Direito Penal, discute-se intensamente se a tendência de nosso legislador de permitir a punibilidade já no estágio anterior a uma lesão de bens jurídicos é justificável desde o ponto de vista do Estado de Direito. Por exemplo, a condução de um automóvel em estado de embriaguez é punível também quando inclusive não ocorreu absolutamente nada. Ademais, já existe um delito consumado de estelionato de seguros quando alguém faz desaparecer sua própria coisa para logo avisar ao seguro como se a coisa fora roubada. Nesses casos, muito numerosos na legislação mais moderna, o princípio da proteção de bens jurídicos é somente útil numa forma modificada, pois as duas regulações que introduzi como exemplos servem, sem qualquer dúvida, para a proteção de bens jurídicos; o primeiro exemplo serve para a proteção do corpo, da vida e dos bens reais no tráfego; o segundo protege a propriedade das companhias de seguro. O problema inerente a estas normas é que o comportamento culpado está ainda bastante distante da verdadeira lesão de bens jurídicos. Do conceito de proteção de bens jurídicos se infere, então, somente que, tratando-se de uma antecipação considerável da punibilidade, necessita-se fundamentar, especialmente porque isto é necessário para a proteção efetiva do bem jurídico. ROXIN, Claus **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.28.

D'Avila¹²² assinala:

Os denominados crimes de acumulação chamam a atenção para um particular grupo de casos em que, diferentemente dos tradicionais crimes de perigo abstrato, nem sequer uma periculosidade geral ou abstrata estaria associada a conduta punível. Caracterizam-se por condutas consideradas, individualmente, inofensivas em relação ao objeto de tutela da norma, incapazes de gerar qualquer dano ou perigo de dano ao bem jurídico tutelado, mas que, quando tomamos a partir de uma hipótese de acumulação, da hipótese por sua prática por um grande número de pessoas (...).

Como não é difícil perceber, nos crimes de acumulação, a antecipação das barreiras punitivas apresenta-se de forma ainda mais acentuada, apontando para uma situação extrema de incidência do direito penal. Por esta razão, a conceituação e a delimitação deste instituto alberga suma importância para os fins de aferimento dos limites da ingerência punitiva do Estado, especialmente pelo fato de que as diferentes alternativas metodológicas de configuração desta forma de intervenção, por certo, têm o condão de gerar manifestações completamente distintas em relação às atribuições designadas ao direito penal.

Assim, ainda que resumidamente, cabe destacar algumas considerações realizadas pela doutrina penal em face da fórmula interventiva em apreço, senão vejamos:

Segundo Silva Sanchez¹²³, as linhas estruturais que circundam os delitos por acumulação resultam em grande parte do trabalho desenvolvido por Lothar Kuhler. Desse modo, ao descrever as premissas conceituais sob as quais foram estruturadas as considerações tecidas por Lothar Kuhler, Silva Sanchez¹²⁴ ressaltou que o aludido autor não concebe os crimes por acumulação como elemento hipotético, mas sim, como um dado real, dotado de condições que possam estabelecer o cenário necessário para que ocorra um resultado danoso decorrente da reiteração das condutas sancionadas penalmente.

No entanto, em que pese a tentativa de redução do âmbito de intervenção do mecanismo de tutela penal em apreço, Silva Sanchez destaca que, mesmo com a exigência de que os delitos de acumulação somente possam ser consumados mediante uma situação real de repetição das condutas sancionadas, a configuração conceitual de dita construção teórica

¹²² D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2009. p.118-119.

¹²³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Política criminal "moderna"? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal Español. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v.6, n.23, p. 9-23, jul. 1998. p.19

¹²⁴ Idem, ibidem. p. 19.

encontra problemas de legitimação sob a perspectiva do Estado de Direito¹²⁵.

Entre os principais obstáculos encontrados para o ajustamento dos crimes de acumulação em relação ao contexto de legitimação concernente ao constitucionalismo, enquanto expressão do Estado Democrático de Direito, os princípios reitores da atuação punitiva, tais como: a legalidade, proporcionalidade e culpabilidade vêm subsidiando as críticas dirigidas a este mecanismo de proteção penal.

Assim, a afronta da legalidade em relação à forma de intervenção em apreço estaria vinculada ao fato de que a distância estabelecida entre a conduta sancionada e o bem jurídico tutelado, conduzem ao desvirtuamento dos fins da punibilidade, vez que o grau de risco que uma conduta precisa dispor para ser perquirida criminalmente não se encontra estabelecido de forma precisa.

Por sua vez, a proporcionalidade dos delitos por acumulação encontra-se questionada com base na própria estrutura conceitual de tal construção teórica, tendo em vista que as condutas sob as quais incidem este mecanismo punitivo, não dispõem de periculosidade suficiente para serem caracterizadas sequer como crime de perigo abstrato puro, fato que conduz a idéia de que a persecução penal amplia-se de forma desmedida, incidindo em circunstâncias sociais que não apresentam densidade lesiva.

Outra fundamentação crítica que também merece ser ressaltada encontra-se na constatação de que o princípio da culpabilidade, enquanto elemento individual de censurabilidade, possui dificuldades de compatibilização com os delitos por acumulação. Dita incongruência reside basicamente no fato de que a atuação reprovada por tal forma de tutela penal não encontra substrato exclusivo na conduta implementada pelo agente, mas sim, na

¹²⁵ Salutar são as palavras de Silva Sanchez: “Es importante, para la exacta comprensión de su punto de vista, poner de relieve que, en la concepción de Kuhlen – tal como manifiesta en su réplica a las críticas habidas – la acumulación no aparece como um elemento hipotético de los “kumulationsdelikte”, sino que es un elemento real (esto es, se cuenta de antemano con la realización por una múltiple pluralidad de sujetos de tales hechos). Las objeciones fundamentales dirigidas contra tal plantamiento son conocidas: por un lado, que se vulnera el principio de culpabilidad, al fundamentarse la sanción ex iuriuria tertii; por otro lado, que se trata en estos casos de “grandes riesgos”, los cuales no pueden contemplarse como problemas de un actuar individual, sino sólo como problemas sistémicos, que no cabe reconducir equitativamente a acciones de personas. En definitiva, que no hay una lesión (o peligro) para o bien jurídico atribuible personalmente a la conducta del sujeto concreto (proporcionalidad). En fin, que de nuevo parece advertirse una fijación del Derecho Penal con los ilícitos de menor entidad, mientras que los ilícitos concretos de naturaleza auténticamente criminal escapan a su acción.”
Idem, ibidem. p. 23.

suposição de que outras pessoas também irão incorrer no mesmo ato.

Logo, a individualização da reprovação acaba cedendo espaço para uma concepção extremamente ampla de censurabilidade, que não se projeta exclusivamente sobre a conduta do agente, mas sim, na possibilidade de que outras pessoas venham a incorrer no mesmo ato.

Em decorrência das razões prenotadas, Bernardo J. Feijóo Sánchez¹²⁶ entende que o mecanismo de intervenção em destaque não deve ser considerado legítimo, expondo seu posicionamento doutrinário nos seguintes moldes:

O perigo abstrato não é entendido nas situações de tipificação de danos acumulativos como um perigo previsível do comportamento, pois não é mais do que um perigo presumido, estatístico ou global relacionado com o comportamento possível de outra pessoa sobre as quais não se possui nenhum tipo de influência ou de vínculo normativo; ou seja, nas estruturas por acumulação responsabiliza-se alguém por um perigo não existente, baseado tão só na hipótese de que outros se comportarão no futuro de forma incorreta (reage-se com uma pena porque se todo o mundo fizesse o mesmo...). De um ponto de vista individualmente considerado – alheio a incidência de outros comportamentos, inclusive, podem chegar a nunca se produzir – a conduta é um injusto meramente formal (a conduta é perigosa porque assim o diz a norma, ainda que, no caso concreto, nem sequer se possa constar a sua periculosidade abstrata).

Através de uma apertada síntese acerca das críticas dirigidas à formulação teórica dos crimes por acumulação, verifica-se que além das supostas incompatibilidades com as garantias penais decorrentes dos princípios da legalidade, proporcionalidade e culpabilidade, outro fator de grande problematização encontra-se estabelecido na visão formalista que por vezes se destina a esta forma de tutela.

Nesse contexto, com base na distinção entre tipicidade formal e tipicidade material, parte da doutrina vem buscando desenvolver critérios que possam contextualizar constitucionalmente a intervenção punitiva centrada nos crimes por acumulação.

Diante desta perspectiva de análise, Figueiredo Dias¹²⁷ entende que os delitos de acumulação, se vislumbrados como técnica de tutela de bens jurídicos, podem desfrutar de legitimidade mediante a elaboração de determinados critérios. Desse modo, segundo o

¹²⁶ SANCHEZ, Bernardo Feijoo. Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”. Notas sobre a política criminal no início do século XXI. **Revista Liberdades**, (nº 07 – maio / agosto 2011 (Publicação do Departamento de Internet do IBCCRIM), Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades>. Acesso em: 22 de março 2011. p. 23-62. p. 45.

¹²⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. V.1. São Paulo: Rev. dos Tribunais. 2007. p. 152.

referido autor, a acumulação das condutas sancionadas, para que seja passível da incidência do direito penal, não só deve apresentar-se como possível, mas também, como provável.

Elucidando o posicionamento sucintamente exposto nas linhas acima, Figueiredo Dias¹²⁸ pontua:

Quanto à questão da construção típica dos delitos colectivos, é igualmente verdade que, seja qual for a arquitectura típica que acabe por ser eleita, ela não pode eliminar a aludida distância entre condutas na sua singularidade insignificantes e lesões certas ou muito prováveis de bens jurídicos colectivos; distância que pode ser tal maneira grande que, com ela, é a própria referência da conduta do bem jurídico que pode tornar-se questionável. Isto só significa porém que, em sede de construção típica, estes delictos têm uma natureza material análoga à dos delitos de perigo abstrato, cuja legitimidade deve aceitar-se, suposto que (como já dissemos supra § 61, a isto voltaremos infra, 11.º Cap., § 46) se encontrem respeitados em espécie os parâmetros mínimos de determinabilidade do tipo de ilícito e a referência ao bem jurídico que em última instância se visa proteger. De outra parte, se é certo que muitas das ofensas colectivas jurídico-penalmente relevantes terão de ser consideradas no quadro dos tipos chamados aditivos ou acumulativos, a sua punição só se revelará legítima se as condutas que venham somar-se às do agente e contribuem assim para a lesão forem, mais que possíveis, para não dizer certas.

O autor precitado, também ressalta a linha tênue sob a qual se desenvolve os delitos de acumulação, asseverando que a ausência de limites acerca da ingerência penal pode gerar um contexto de abusividade, no qual este mecanismo interventivo, quando carente de substratos legais, se converte em um instrumento de imposição e de sujeição dos indivíduos a todas as vontades do Estado, restando [...] assim, a um pequeno passo de se tornar em promotor ou propulsor de fins puramente ideológicos¹²⁹.

Outro caminho trilhado na busca por critérios de legitimação dos delitos por acumulação também pode ser encontrado nos escritos de Fabio Roberto D'Avila, que, por sua vez, defende que a tutela penal realizada por meio de dito mecanismo interventivo, somente pode ser estabelecida com fundamento, tanto na possibilidade efetiva da acumulação, quanto nos resultados decorrentes de tal circunstância¹³⁰.

Assim, para o autor em questão, somente a partir de todos os dados presentes no contexto da situação valorada é que se pode verificar a existência efetiva da possibilidade da

¹²⁸ Idem, ibidem. p.152.

¹²⁹ Idem, ibidem. p. 152.

¹³⁰ D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. p. 122.

ocorrência da acumulação e, por conseguinte, dos efeitos de tal circunstância¹³¹. Para tanto, diante dos critérios em questão, o preenchimento formal do tipo penal não deve ser concebido como fundamento para a sua respectiva concretização, tendo em vista que esta somente estará presente mediante a efetiva possibilidade da acumulação de condutas não insignificantes sob o ponto de vista da conjuntura sob a qual se debruça a persecução penal.

Ante o exposto, conforme se denota das considerações realizadas, tem-se que a legitimidade dos delitos por acumulação encontra-se distante de um consenso doutrinário. Todavia, a ausência de unidade acerca desta forma de intervenção punitiva não encobre os reflexos que podem decorrer das diferentes reflexões realizadas sobre esta temática, na medida em que estas incidem de forma direta na configuração destinada a estrutura interventiva do Estado.

3.6 Das Perspectivas de Legitimação dos Crimes de Perigo

Conforme se destacou em passagens anteriores, a conceituação dos crimes de perigo apresenta significativas variações, encontrando-se precipuamente vinculada as alternativas metodológicas de legitimação do direito penal como um todo. Por esta razão, tem-se a dificuldade em estabelecer-se um conceito uno das diferentes manifestações dos crimes de perigo, na medida em que as suas premissas teóricas somente podem ser apreciadas com base no referencial que as sustentam.

Partindo do pressuposto de análise prenotado, preliminarmente, é possível afirmar que as propostas desenvolvidas em torno da legitimidade dos crimes de perigo podem ser divididas em materiais e formais. Assim, enquanto as propostas denominadas materiais buscam

¹³¹ Para tanto, o autor em questão descreve a seguinte situação: Consideramos o seguinte exemplo. Imaginemos que a utilização industrial de um determinado gás seja proibida em razão de estudos que certificam a sua danosidade ao meio ambiente, nomeadamente à camada de ozônio, uma vez alçados determinados índices na atmosfera. Esse mesmo gás é absolutamente inofensivo, quando considerado na particular emissão de uma fábrica. Suponhamos, agora, que, com o passar dos anos, a utilização desse gás seja totalmente substituída por outro equivalente, porém, não-prejudicial. Consideremos, por fim, que, à margem da referida substituição, seja, descoberta uma pequena fábrica, a qual, em total descompasso com as demais, ainda se vale do referido gás. Observe-se que, uma vez se tratando de um crime de perigo abstrato e levando em consideração a sua concepção tradicional, o tipo estaria formalmente preenchido pela utilização do gás. E, de forma semelhante, admitindo a lógica da acumulatividade, também poderíamos justificar a censura penal, pois, se muitas fábricas praticassem o mesmo ato, teríamos um dano ambiental. Contudo, esta não é a solução mais adequada, uma vez que já não há mais qualquer possibilidade de dano ao objeto de tutela da norma. Conquanto a conduta tenha se mantido a mesma, teoricamente acumulável, o contexto no qual se projetou mudou. E é exatamente a mudança do contexto que subtrai do fato o seu conteúdo de significação jurídico-penal. Idem, ibidem, p.122.

fundamentar a legitimação dos crimes de perigo em elementos valorativos e substanciais, em sentido contrário, as alternativas formais, caracterizam-se por vislumbrar a legitimidade dos crimes de perigo na mera violação da tipicidade formal, ou seja, na mera conduta¹³².

Em tal perspectiva de legitimação das espécies delitivas em comento, os filiados a corrente formalista visualizam a legislação como mecanismo de estabilização dos comportamentos sociais. Porém, diante dos fins em questão, os tipos penais de perigo gozariam de presunção de periculosidade, sendo que a carga valorativa do que é socialmente aceito caberia exclusivamente ao legislador, vislumbrado, neste caso, como detentor maior das prescrições indispensáveis para o bom andamento da vida comunitária¹³³.

¹³² Em tal perspectiva Pierpaolo Cruz Bottini assinala: “Esta concepção formal teria o objetivo de utilizar-se dos delitos em tela para assegurar uma ordem normativa abstrata que não abra possibilidade à exclusão do injusto no caso concreto e, com isso, conquistar uma estabilidade que responda aos anseios populares pelo controle de riscos. Para o pensamento formalista, a finalidade dos delitos aqui tratado é a eliminação de lacunas legislativas que permitam a criação de riscos aos bens protegidos, por isso veda a possibilidade de afastar a tipicidade com a prova da concreta ausência da periculosidade da conduta. Esta abertura interpretativa subordinaria a proteção do bem jurídico ao prognóstico do autor sobre o risco e, com isso, desestabilizaria os padrões e patamares de expectativas de condutas que garantem a coesão social.” BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**, p. 148.

¹³³ Nesse sentido, destaca-se o entendimento exarado pelo STJ, bem como pelo STF: “Ementa :HABEAS CORPUS. CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. PEDIDO DE EXTINÇÃO DA AÇÃO PENAL POR AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO. REALIZAÇÃO DE EXAME DE AR ALVEOLAR PULMONAR. PRESCINDIBILIDADE DE EXAME PERICIAL ESPECÍFICO. ORDEM DENEGADA. I. O trancamento de ação penal por meio de habeas corpus é medida de índole excepcional, somente admitida nas hipóteses em que se denote, de plano, a ausência de justa causa, a inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito ou, ainda, a presença de alguma causa excludente de punibilidade. II. A nova redação do art. 306 do CTB (dada pela Lei nº 11.705/08) aponta duas condutas incriminadoras: (a) conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 decigramas e (b) conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência. III. Para caracterização do crime de embriaguez ao volante configurar crime não é necessário a individualização de vítimas, isto é, não se exige, efetivamente, que algum objeto jurídico individual sofra risco de dano em virtude do comportamento do agente. Basta a possibilidade de risco à coletividade, à segurança viária. IV. O delito de embriaguez ao volante é crime de perigo abstrato. V. Esta Corte consolidou entendimento no sentido de que o simples fato de o agente dirigir veículo em estado de embriaguez tipifica a conduta descrita no art. 306 do Código Trânsito Brasileiro, dispensado, pois, a comprovação do efetivo risco à segurança pública, bem jurídico protegido no dispositivo legal supracitado. VI. Ordem denegada. (Habeas Corpus Nº 204127 / RJ, Quinta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Gilson Dipp, julgado em 24/05/2001).

Ementa: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE USO PERMITIDO. ART. 14 DA LEI N.º 10.826/03 (ESTATUTO DO DESARMAMENTO). ARMA DESMUNICIADA. ATIPICIDADE. INEXISTÊNCIA. PERIGO ABSTRATO CONFIGURADO. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Malgrado os relevantes fundamentos esposados nas razões do recurso, este Tribunal já firmou o entendimento segundo o qual o porte ilegal de arma de fogo desmuniada e o de munições, mesmo configurando hipótese de perigo abstrato ao objeto jurídico protegido pela norma, constitui conduta típica. 2. “O crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido é de mera conduta e de perigo abstrato, ou seja, consuma-se independentemente da ocorrência de efetivo prejuízo para a sociedade, e a probabilidade de vir a ocorrer algum dano é presumida pelo tipo penal. Além disso, o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, mas a segurança pública e a paz social, sendo irrelevante o fato de estar a arma de fogo muniada ou não. Precedentes.” (STF, HC 104.206/RS, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJE de 26/08/2010). 3. Agravo regimental desprovido.

Comumente, as linhas estruturais designadas às perspectivas formalistas são atribuídas ao pensamento de Günther Jakobs, ao passo que as críticas dirigidas ao referido autor partem da suposta ausência de limites da atuação penal, especialmente no que se refere aos crimes de perigo abstrato.

No entanto, Günther Jakobs, diferentemente do que pressupõe inúmeras críticas dirigidas ao seu pensamento, ao partir de uma concepção funcional de intervenção penal, preconiza a distinção entre normas funcionais e normas meramente intervencionistas. Logo, para o referido autor, as normas funcionais serviriam para proteger as expectativas da sociedade, no sentido de possibilitar o bom andamento e o desenvolvimento social, enquanto que as normas meramente intervencionistas seriam aquelas que atentam contra as premissas das sociedades constituídas por cidadãos livres.

Atestando as premissas acima expostas, destaca-se a seguinte colocação realizada por Günther Jakobs¹³⁴ a respeito dos crimes de perigo abstrato:

Aun limitándome a las breves consideraciones anteriores, no quiero dejar de añadir brevemente que con lo dicho no se pretende legitimar cualquier delito de peligro abstracto. En especial, no veo posibilidad alguna de legitimar todos los delitos enriquecidos subjetivamente que castigan casos de preparación como si fueran de consumación – el ejemplo principal lo ofrece la falsificación de documentos (§ 267 StGB) -, y lo mismo sucede con todos los delitos que pretenden proteger un ambiente favorable al Derecho, esto es, en cierto modo determinadas condiciones espirituales marco (§§ 130, 131, 140 StGB). Estos delitos contradicen la orientación social de la comunicación entre ciudadanos libres; tampoco cabe, dicho sea de paso,

(Agravo Regimental no Recurso Especial N° 1206461, Quinta Turma, Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Laurita Vaz, Julgado em 19/05/2011).

Ementa: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. ARTIGO 14 DA LEI 10.823/03. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ARMA DESMUNICIADA. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. O crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido é de mera conduta e de perigo abstrato, consumando-se independentemente da ocorrência de efetivo prejuízo para a sociedade, sendo que a probabilidade de vir a ocorrer algum dano é presumida pelo tipo penal. Precedente. 2. O objeto jurídico tutelado pelo delito previsto no art. 14 da Lei 10.826/03 não é a incolumidade física, porque o tipo tem uma matiz supraindividual, voltado à proteção da segurança pública e da paz social. Precedente. 3. É irrelevante para a tipificação do art. 14 da Lei 10.826/03 o fato de estar a arma de fogo municiada, bastando a comprovação de que esteja em condições de funcionamento. Precedente. 4. Ordem denegada. (Habeas Corpus N°107447, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Relatora: Cármen Lucia, julgado em 10/05/2011).

Ementa: PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARMA DESMUNICIADA. TIPICIDADE. CARÁTER DE PERIGO ABSTRATO DA CONDUTA. RECURSO IMPROVIDO. 1. O porte ilegal de arma de fogo é crime de perigo abstrato, consumando-se pela objetividade do ato em si de alguém levar consigo arma de fogo, desautorizadamente e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Donde a irrelevância de estar municiada a arma, ou não, pois o crime de perigo abstrato é assim designado por prescindir da demonstração de ofensividade real. 2. Recurso improvido. (Recurso Ordinário em Habeas Corpus N° 91553, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Carlos Brito, julgado em 26/03/2009).

¹³⁴ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Madrid: Civitas 2000.P. 49

convertirlos en infracciones administrativas, sino que deben ser eliminados sin más.

Assim, mediante o atendimento dos requisitos de legitimação das normas penais, Günther Jakobs entende que os crimes de perigo abstrato são detentores de grande valia para a tipicidade enquanto elemento vinculado ao risco permitido, destacando que a violação desta forma de intervenção punitiva representa a exclusão do socialmente adequado, ensejando, por conseguinte, a materialização da norma punitiva.

Ao exemplificar o seu posicionamento acerca da funcionalidade dos crimes de perigo abstrato, Günther Jakobs¹³⁵ ressalta:

No que se refere ao que o Direito estabelece como padrões, isto é, nas normas contra as colocações abstratas em perigo, estas normas excluem de maneira radical do âmbito do socialmente adequado um determinado tipo de comportamento; daí que há que se evitar colocações abstratas em perigo. Portanto, se o sujeito que adota o comportamento (executa a conduta) não respeita essas regras jurídicas, seu atuar não se converte em socialmente adequado pelo fato de que o comportamento incorpora elementos destinados a compensar o perigo. É certo que um motorista experimentado e atento segue conduzindo um automóvel com maior segurança que um principiante, inclusive se encontra ligeiramente ébrio ou supera o limite de velocidade etc. Contudo, seu comportamento não está permitido, enquanto que o principiante, ainda que seja um principiante inseguro e não cometa erro atual algum, mantém-se no âmbito do permitido, porque a proibição da colocação abstrata em perigo discrimina um determinado tipo de comportamento e não um determinado nível de risco. Por conseguinte, no âmbito do regulado pelo direito, não existe um grau fixo de permissão geral para levar a cabo colocações em perigo, mas a permissão está vinculada a configuração do comportamento.

As colocações acima descritas podem ser consideradas como matriciais em relação às propostas formalistas de legitimação dos crimes de perigo, vez que requerem para a consumação da tipicidade, ou realização de um risco não permitido, apenas a ocorrência dos critérios formais do fato típico.

Em sentido inverso, as alternativas materiais de legitimação dos crimes de perigo buscam fundamentar a existência de tal modalidade interventiva em conteúdos substanciais, capazes de diferenciar a mera tipicidade formal da tipicidade material.

Assim, para os filiados a esta corrente, a mera conduta prevista na norma incriminadora não é vista como sinônimo de crime de perigo, ao passo que o enquadramento típico do agente dependeria de uma violação efetiva do conteúdo substancial presente no tipo

¹³⁵ JAKOBS, Günther, **A Imputação objetiva no Direito Penal**, p.44.

penal¹³⁶.

Entre as contribuições doutrinárias desenvolvidas em torno da busca de conteúdos materiais para o aferimento da existência dos crimes de perigo, cumpre destacar as premissas conceituais desenvolvidas por Wilhelm Gallas¹³⁷ que ao se deparar com o tema formulou a idéia de que os crimes de perigo concreto seriam dotados tanto de perigo *ex ante*, quanto de perigo *ex post*, enquanto que os crimes de perigo abstrato somente abarcariam a primeira situação de risco.

Através de uma simplória síntese das idéias de Wilhelm Gallas, percebe-se que o aludido autor parte da concepção de que para que uma conduta possa ser reprovada sob a perspectiva dos crimes de perigo abstrato, esta deve ter a potencialidade de colocar em perigo o bem jurídico tutelado, sendo que, nos crimes de perigo concreto, não bastaria a mera potencialidade, uma vez que tal modalidade delitiva somente se consumaria quando houvesse a efetiva exposição do bem jurídico a uma situação real de perigo.

¹³⁶ Nesse contexto destacam-se as seguintes decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul/TJ - RS: Ementa: APELAÇÃO CRIME. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. PROVA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. 1. Consoante se depreende dos autos, o apelante foi preso em flagrante por dirigir alcoolizado. Submetido espontaneamente ao teste do bafômetro, foi constatada quantidade de álcool por litro de ar expelido pelos pulmões superior ao permitido por lei, isto é, 0,47mg. Além disso, ainda foi examinado por médico, o qual atestou estar o "paciente com hálito alcoólico e leve descordenação motora. Paciente admitiu verbalmente ter ingerido bebida alcoólica". Destarte, apesar de o policial militar que atendeu a ocorrência ter referido que o réu aparentava evidente embriaguez, bem como de não ter havido qualquer colisão, a prova não se resumiu unicamente ao seu depoimento, na medida em que o teste do etilômetro apresentou resultado positivo. Não há, portanto, que se falar em insuficiência de provas. 2. Está pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o entendimento no sentido da possibilidade de tipificação de condutas independentemente da produção de um resultado lesivo, dando ensejo aos denominados tipos penais de perigo, seja abstrato, seja concreto (HC 81.057/SP). Em ambos os casos, por se tratar de delitos de perigo, é imprescindível a demonstração desse perigo em cada caso concreto, seja comprovando a sua ocorrência (delitos de perigo concreto), seja demonstrando o risco de perigo que a conduta gerou ao bem jurídico, como é o caso dos delitos de perigo abstrato. Somente assim é possível sintonizar a tipificação de crimes de perigo abstrato com a exigência de ofensividade, entendida essa como parâmetro constitucional da criminalização de condutas. O fato de dirigir embriagado demonstra, por si só, o risco de perigo da conduta. 3. Redução da prestação pecuniária, a fim de adequar-se às parcas condições econômicas do imputado. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70042879254, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 07/07/2011). Ementa: APELAÇÃO. ART. 14. LEI Nº. 10.826/03. PORTE DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA LESIVIDADE. O porte de arma de fogo, sem munição capaz de atingir a integridade física de terceiro, ou abalar a segurança pública, evidencia-se, na verdade, a violação de uma regra, e não, necessariamente, a prática de um crime. No caso concreto, o agente portava arma de fogo em frente à sua residência, sem que esta estivesse municada, não representando, sua conduta, uma ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma: segurança pública. De acordo com o princípio da ofensividade, para a configuração do crime de porte ilegal de arma, mister a colocação do bem jurídico tutelado em situação de risco ou perigo concreto. Não havendo risco de lesão, ou perigo de lesão ao bem jurídico, o tipo penal abstrato não se perfectibiliza no plano concreto. RECURSO DESPROVIDO, POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70043081728, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 07/07/2011).

¹³⁷ GALLAS, Wilhelm. **La Teoría del Delicto en su momento actual**. Barcelona: Bosch, 1959. p. 50.

Logo, os crimes de perigo abstrato se verificariam quando em uma análise anterior (*ex ante*) em relação à conduta do agente, fosse possível vislumbrar que este sabia, ou tinha a plena capacidade de saber, que o seu comportamento teria a potencialidade de colocar em risco o bem jurídico tutelado. Por sua vez, os crimes de perigo concreto teriam como elemento basilar a efetiva colocação de um bem jurídico em perigo, sendo este aferido através de uma análise superveniente da conduta (análise *ex post*).

Por sua vez, Faria Costa ao se debruçar sobre a questão dos crimes de perigo, salienta que tanto os delitos de perigo abstrato, quanto os de perigo concreto, somente podem ser analisados de acordo com a sua respectiva contextualidade situacional, exigindo, para tanto, um olhar superveniente e reflexivo acerca do conjunto de circunstância que tangenciaram o caso. Conseqüentemente, segundo o aludido autor, “[...] não há situações abstratamente perigosas¹³⁸”.

Assim, de acordo com o entendimento do pensador português, somente o conjunto de circunstâncias que envolvem o caso concreto podem determinar a existência de um perigo, de modo que o aludido autor acaba fundamentando a legitimidade da tutela penal como um todo a partir do princípio da ofensividade, que em sua concepção, tem o bem jurídico como figura fundamental, estruturando-se em três níveis, quais sejam: dano/violação, concreto pôr-em-perigo e cuidado-de-perigo¹³⁹.

Ao exemplificar seus pressupostos conceituais em relação aos critérios de legitimação dos crimes de perigo, conforme se denota do exposto, Faria Costa¹⁴⁰, diferentemente de Wilhelm Gallas, defende que tanto os crimes de perigo abstrato, quanto os de perigo concreto, dependem de análises *ex ante* e *ex post*, sintetizando parte do seu pensamento com base nas seguintes afirmações:

O perigo é também nesta medida um juízo essencialmente relacional. O que determina que a noção de perigo tenha sempre de ser apreciada na contextualidade situacional. Por outras palavras: enquanto se pode, sem grande esforço de abstracção, representar o dano da vida, independentemente da concreta situação em que esse dano se produz, já a representação do perigo para a vida é refractária a uma tal forma de perceber as coisas. O que faz com que as acções normalmente se possam revelar, no caso concreto, como inofensivas; basta para isso citar, hoje já

¹³⁸ FARIA COSTA, José Francisco de. **O Perigo em Direito Penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas**. Coimbra Ed. 2000. p. 601.

¹³⁹ Idem, *ibidem*, p. 644.

¹⁴⁰ Idem, *ibidem*, p.601.

exemplo de escola, o caso de *A* que dispara para a perna de *B*, mas acontece que *B* tem, precisamente nessa perna uma prótese. Contexto que nos tira, implacavelmente – no domínio dos chamados crimes de perigo concreto –, para uma apreciação do perigo que não pode tomar em consideração todas as circunstâncias do caso concreto. Só a apreciação, em concreto, pelo intérprete-aplicador do circunstancialismo situacional é que torna verdadeiramente relevante a existência de uma situação perigosa.

A partir do conteúdo pedagógico presente nas situações exemplificativas consignadas, observa-se que o traço característico dos critérios materiais de legitimação dos crimes de perigo reside no fato de que em todas as formas de tutela penal concernentes as suas diferentes manifestações, o perigo apresenta-se como um dado, e não como algo meramente presumido.

Logo, o significado de tal premissa metodológica pode ser concebido com base na idéia de que os crimes de perigo abstrato dependem da demonstração do potencial lesivo da conduta em relação à norma penal incriminadora, enquanto que os crimes de perigo concreto, além de imprescindirem da exposição efetiva do bem jurídico a uma situação de dano, também dependem de que os fins protegidos disponham de dignidade penal¹⁴¹.

Assentadas as bases gerais das premissas materiais de legitimação dos crimes de perigo, cumpre ressaltar que além dos apontamentos realizados por Wilhelm Gallas em relação às análises *ex ante* e *ex post*, bem como por Faria Costa acerca do contexto situacional de determinação do perigo e dos fundamentos e desdobramentos do princípio da ofensividade, pode-se dizer que Schröder¹⁴², ao dispor sobre os crimes de perigo abstrato puro e perigo abstrato-concreto, acabou por conceber um caminho intermediário entre as premissas formais e materiais de estruturação dos crimes de perigo.

Desse modo, para o autor em comento, os crimes de perigo abstrato puro seriam aqueles que não colocam o bem jurídico em uma situação de iminente perigo, tendo como requisito apenas elementos formalistas (Ex: porte irregular de armas art. 12 da lei 10.826/2003¹⁴³; tráfico de drogas art. 33 da lei 11.343/2006¹⁴⁴); em contra partida, os crimes

¹⁴¹ Sobre o sentido de dignidade penal ver: MANUEL DA COSTA ANDRADE, «A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológica-racional do crime», in: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, 2.º, fasc. 2 (Abril-Junho 1992). P.173-205.

¹⁴² MENDOZA BUERGO, BLANCA: Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto. p.410.

¹⁴³ Art. 12. 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,

de perigo abstrato-concreto estariam vinculados a parâmetros materiais de legitimidade, tendo em vista que sua configuração dependeria da existência efetiva de uma situação de periculosidade geral (ex. art.308 do CTN, lei 9.503/97¹⁴⁵; art. 54 da lei 9.605/98¹⁴⁶).

Em síntese, na medida em que na concepção de Schröder¹⁴⁷, os crimes de perigo abstrato puro prescindem da potencialidade iminente de perigo ao bem jurídico, enquanto que os crimes de perigo abstrato-concreto têm como característica fundamental a existência da periculosidade, observa-se que o referido autor preconiza a adoção de critérios formais em relação à primeira forma de intervenção, sendo que em relação à segunda (perigo abstrato-concreto), este adota conteúdos materiais de fundamentação.

Conseqüentemente, a partir do panorama geral referente às premissas doutrinárias acima mencionadas, pode-se dizer que a dogmática penal, no que concerne a legitimidade dos crimes de perigo, encontra-se dividida entre os que pressupõem a existência de conteúdos formais, materiais e mistos acerca da legitimidade de tais formas delitivas.

Todavia, faz-se imperativo o confronto das premissas de legitimação dos crimes de

ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. BRASIL. **Lei nº 10.826/03, de 22 de dezembro de 2003**. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. < Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm >. Acesso em: 19 mar. 2011.

¹⁴⁴ Art. 33. 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: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. BRASIL. **Decreto nº 5.912/06, de 27 de setembro de 2006**. Regulamenta a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que trata das políticas públicas sobre drogas e da instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, e dá outras providências. < Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5912.htm>. Acesso em 19 mar. 2011.

¹⁴⁵ Art. 308. 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: Penas - detenção, de seis meses a dois anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília, DF, 23 de setembro de 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm>. Acesso em: 12 mar. 2011.

¹⁴⁶ Art. 54. 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: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. < Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 19 mar. 2011.

¹⁴⁷ Vid. MENDOZA BUERGO, BLANCA: **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. p.410.

perigo com as prerrogativas do Estado Democrático de Direito, sob pena de que o debate decorrente dos fundamentos conceituais sucintamente expostos esteja fadado à ausência de enfoque e à esterilidade.

3.7 Breves Considerações Sobre as Perspectivas Metodológicas dos Crimes de Perigo em Relação às Diferentes Escolas Penais

3.7.1 Do Direito Penal Clássico

O denominado moderno direito penal, em oposição aos mecanismos punitivos do período medieval, buscou sustentar suas bases a partir dos fundamentos científicos que impulsionavam o paradigma racionalista sob o qual ancorava-se as denominadas ciências exatas. Assim, calcado no rechaço a metafísica, a persecução criminal desenvolvida na Europa até a segunda metade do século XIX, restou estruturada sob a égide do antropocentrismo decorrente da cultura herdada do iluminismo¹⁴⁸.

Logo, ancorando-se no paradigma positivista de cientificidade, a intervenção penal buscou estabelecer o norte de seus fundamentos na segurança jurídica, traduzida pelo papel central designado a lei enquanto mecanismo de exclusão de juízos valorativos¹⁴⁹.

Em face das características desenvolvidas pela intervenção penal, o conceito causal de ação, bem como a função de prevenção especial das penas, acabaram encontrando um ambiente extremamente favorável de aceitação e desenvolvimento. Tal cenário, além de ter sido insculpido em decorrência das perspectivas iluministas, também respaldava o paradigma científico daquele momento histórico, onde o caráter explicativo da teoria causal da ação e a individualização da censurabilidade em relação ao agente, inegavelmente, representavam grandes avanços em relação aos limites da ingerência punitiva do Estado.

No entanto, a blindagem pela qual passou o direito penal em função da perspectiva positivista que tomou conta de sua estruturação, não pode ser considerada como um mero reflexo das tradições iluministas, já que uma das bases que estruturou o pensamento deste

¹⁴⁸ Ver: MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en derecho penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.64, p.197-221, jan./fev. 2007. P.201.

¹⁴⁹ Idem, ibidem, p. 201.

período residia justamente no juízo crítico desenvolvido acerca dos institutos estatais¹⁵⁰.

A necessidade da manutenção do Estado, em oposição aos ideais formadores do iluminismo que visavam romper com a tradição jurídica medieval, associada à fragmentação estrita da ciência penal em dogmática penal, política criminal e criminologia, acabou por fomentar o afastamento deste ramo do direito em relação ao mundo prático.

Nesse cenário, as normas incriminadoras elencadas nos tipos penais exerciam e traduziam o contexto no qual estava imersa a legalidade, uma vez que as condutas descritas nas previsões normativas do direito penal passaram a ser consideradas imunes a qualquer juízo valorativo, conduzindo a vinculação do juiz aos limites estritos designados pela legislação.

Em suma, o moderno direito penal desenvolvido até a segunda metade do século XIX, por um lado, vinculava-se a tradição iluminista devido ao fato de que mantinha como ponto estruturante de seu desenvolvimento a constante preocupação com a limitação dos poderes estatais, enquanto que, por outro lado, a sua oposição em relação àquele modelo restou estabelecida na baixa reflexividade dos seus postulados de estruturação.

No que concerne aos crimes de perigo, em decorrência do aspecto restritivo

¹⁵⁰ Em tal perspectiva, elucidativas são as colocações realizadas por Juan Bustos Ramírez ao descrever: El pensamiento iluminista se caracteriza por ser racionalista, utilitario e jusnaturalista, sin perjuicio que en algún autor una de estas direcciones no aparezca o sólo en segundo plano, Pero todos ellos se esfuerzan por conciliar estos diferentes puntos de vista, que a primera vista, aparecen como inconciliables. En todos prima una característica común, su carácter crítico. Su actitud metodológica fundamental es la de desentrañar la realidad que está bajo las apariencias del estado de cosas existentes y es eso lo que los lleva – al estudiar tales relaciones particulares – a totalizar y comprender todo el fenómeno en su globalidad. Tal actitud crítica de ese estado de cosas y de las relaciones existentes en la sociedad, los conduce a una crítica del Estado y necesariamente entonces del derecho, de la ley penal, de la pena, y del delito. Luego, al analizar pena y delito dentro de una visión totalizante, ambos adquieren un carácter político. Se trata de cambiar las estructuras, de fijarse objetivos para una mejor legislación y una mejor administración de justicia. Es por eso que descenden a todos los aspectos prácticos del derecho penal. Su actitud crítica es de carácter práctico, se trata de crear un nuevo Estado. El derecho penal nace, pues, impregnado por una metodología crítica y práctica, como característica común. Cuando se habla del período iluminista, no se puede analizar sólo un aspecto del fenómeno penal, sino que hay que comprenderlos todos y, en tal medida, los autores iluministas eran al mismo tiempo que penalistas en estricto sentido, político-criminales y criminólogos. Así nace la ciencia penal del siglo XIX, pero ella perderá rápidamente el carácter global y crítico-práctico que le habían dado los iluministas, cada una de las direcciones mencionadas tenderá a unilateralizarse. De lo que se trata ya no es de transformar el Estado, sino mantenerlo, eliminando los fallos de disfuncionalidad que lo pueden aquejar. Esto cambia totalmente la actitud de los nuevos pensadores del derecho penal, que ya no tienen una visión totalizadora, sino atomizada del derecho penal.
BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal español; parte general**. Barcelona: Ariel, 1984. P.118/119.

desenvolvido pelo direito penal decorrente do iluminismo, tem-se que a sua vinculação à teoria causal da ação e aos crimes de dano, trouxe inúmeras dificuldades de explicação da punição designada a tal forma de tutela.

Entretanto, em que pese as dificuldades explicativas das punibilidades de estágios prévios aos danos sob a égide de concepções que visam restringir a persecução penal, conforme destaca Mezger¹⁵¹, a partir da teoria causal, as formas de intervenção penal hoje conhecidas acabaram recebendo sua plataforma de desenvolvimento, tendo em vista que somente com referência no processo causal decorrente da relação entre causa e efeito é que Binding pôde estruturar a sua proposta de intervenção erigida sob a premissa de que os delitos deveriam ser concebidos como consumados ou começados.

Contudo, ainda que o direito penal clássico tivesse fundamentado seus postulados com base nos delitos de dano, visando afastar a punibilidade de comportamentos internos e inofensivos, a sua estrutura de legalidade estrita acabou por não conceber distinções entre tipicidade formal e tipicidade material, ao passo que a mera incursão na conduta descrita como perigosa, em decorrência do baixo juízo crítico de tal sistema punitivo, era considerada como elemento de preenchimento dos tipos penais de perigo.

3.7.2 Do Neokantismo

Em decorrência do afastamento do direito penal em relação aos valores sociais, bem como da dificuldade de explicarem-se os seus institutos sem a presença de elementos valorativos referenciais, a corrente de pensamento denominada de neokantiana buscou desenvolver suas premissas da intervenção penal com fundamento em conceitos valorativos que pudessem refletir e interligar os valores sociais ao direito penal.

Assim, em contraposição aos elementos constitutivos desenvolvidos por intermédio do positivismo de legalidade estrita, o neokantismo buscou ressaltar o caráter crítico da intervenção punitiva, encontrando espaços a partir da necessidade de que o direito penal se voltasse de modo preciso para os problemas sociais, deixando de ser vislumbrado como um fim em si mesmo.

¹⁵¹ MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949-1955. 2. p. 256.

Esta perspectiva de visualização da intervenção penal proporcionou a análise de que mesmo os institutos elementares do conceito dogmático de crime encontram referências valorativas estruturais, ao passo que Santiago Mir Puig¹⁵², ao tratar de tal temática, aduz:

Ni la acción, ni la antijuridicidad ni la culpabilidad – los tres pilares básicos del concepto de delicto de Von Liszt – podían entenderse adecuadamente prescindiendo de su significado valorativo. Pronto se vio que la acción no era sólo movimiento físico, sino una conducta que importa al derecho penal en función de su significado social, que puede depender de su intención. Más evidente era aún que la antijuridicidad no es una mera descripción de una causación, sino, inevitablemente, un juicio de desvalor, que también depende de aspectos significativos de hecho no puramente causales. Del mismo modo, el significado negativo del concepto de culpabilidad no podía sustituirse por la sola constatación de una conexión psicológica causi-causal entre el hecho producido y la mente del autor, como lo demostró la inexistencia de tal vínculo psicológico en la culpa inconsciente y, en definitiva, la esencia normativa de toda imprudencia, así como la insuficiencia del propio dolo para la imputabilidad y para la negación de otras causas de exculpación.

A partir dos fundamentos neokantianos, a aproximação entre os valores sociais e o direito penal, além de trazer maior clareza conceitual em relação aos seus respectivos institutos, também fez com que o conceito de tipicidade passasse a dispor de elementos materiais, ao passo que o enquadramento jurídico-penal das condutas reprimidas deixou de ser apreciado de modo formalista.

Logo, a estrutura da tipicidade neokantiana, ao abarcar critérios valorativos, passou a conceber a intervenção penal como um sistema complexo de significações. Diante deste cenário, os crimes de perigo acabaram por receber delineações materiais importantes, no sentido de exigir-se que tal forma de tutela penal somente pudesse restar configurada mediante a existência de um efetivo perigo (tanto abstrato, quanto concreto), afastando as meras presunções legislativas acerca da periculosidade das condutas sancionadas.

Em síntese, a estrutura de intervenção penal neokantiana possibilitou a abertura interpretativa das premissas punitivas do direito penal, sendo que em tal perspectiva, os crimes de perigo receberam importante conteúdo substancial, passando a requerer a demonstração tanto da periculosidade abstrata quanto da periculosidade concreta, para a configuração de tais formas de incidência da tutela criminal.

¹⁵² MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en derecho penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, p. 203.

3.7.3 Do Finalismo

A perspectiva de intervenção penal neokantiana, ao mesmo tempo em que buscou incorporar elementos valorativos à relação estabelecida entre o direito penal e seu contexto social, também proporcionou a cisão entre o ser e o dever ser. Conseqüentemente, este dualismo, por ter sido elevado a uma situação extrema, afastou a intervenção punitiva de suas finalidades sociais, deixando o direito penal distante da realidade¹⁵³.

Por estas razões, o finalismo surgiu como resposta aos problemas decorrentes da intervenção neokantiana, sendo que a sua oposição em relação a tais premissas conceituais se estabeleceu na subjetividade que aquela proposta metodológica atribuía à intervenção penal.

Assim, o objetivo precípua do finalismo consistiu na elaboração de um sistema científico do direito penal, capaz de ser independente da elaboração legislativa, servido, inclusive, de critério de orientação para esta.

Nesse sentido, destaca-se as colocações realizadas por Hans Joachim Hirsch¹⁵⁴:

Welzel, el fundador del “finalismo”, tal como ha sido mayoritariamente llamada esta orientación científica con una perspectiva parcial e imprecisa, demostró que un punto de vista puramente naturalista vaciaba de contenido a los fenómenos. Ante todo, sin embargo, reconocía que la metodología normativista hacía que los objetos de regulación jurídica fueran intolerablemente manipulables e impedía a una sistemática del derecho penal que respondiera a las exigencias científicas. Teniendo en cuenta que los resultados obtenidos normativamente dependían, en el mejor de los casos, de las reglas de la legislación nacional -esto es que también ya lleva décadas – o solamente de la opinión de cada autor, se cerraba así el camino a resultados válidos en general y, en consecuencia, a una ciencia del derecho penal de función internacional transcendente a los límites de los ordenamientos jurídicos nacionales.

Diante dos fins de cientificidade objetivados pelo finalismo, a partir de uma perspectiva ontológica de mundo, Welzel propôs que o juízo de reprovação do direito penal passasse a centrar suas bases a partir do conceito finalista de ação (entendida nesta perspectiva como atividade dirigida conscientemente a um fim¹⁵⁵).

¹⁵³ Idem, ibidem, p. 205.

¹⁵⁴ HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al “finalismo”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 65, p. 77-104, mar./abr. 2007. p. 80.

¹⁵⁵ A ação humana é um exercício de uma atividade final. A ação é, portanto, um acontecimento final e não puramente causal. A finalidade é o caráter final da ação, baseia-se no fato de que o homem, graças ao seu saber causal, pode prever, dentro de certos limites, as possíveis conseqüências de sua conduta, designar-lhe

No entanto, ao deslocar o centro do delito para a conduta, Welzel¹⁵⁶ retirou o dolo e a culpa da culpabilidade, realocando tais elementos subjetivos para o fato típico. Por conseguinte, a estrutura causal centrada no resultado lesivo, acabou cedendo espaço para as premissas finalistas construídas a partir do elemento subjetivo da conduta¹⁵⁷.

Tal modificação da estrutura do conceito dogmático de delito trouxe como consequência o fato de que a intervenção penal passou a destinar maiores atenções as condutas, sendo que em tal contexto, os crimes de perigo acabaram recebendo uma nova perspectiva de legitimação, determinada pelo viés objetivo e subjetivo da periculosidade. A perspectiva objetiva do perigo, no entendimento de Welzel¹⁵⁸, consiste na criação de uma situação perigosa em relação aos fins de proteção das normas, enquanto que o viés subjetivo, sob o ponto de vista do aludido autor, encontra-se circunscrito a vontade do agente em criar um determinado contexto de periculosidade.

O resultado da junção entre as perspectivas finalistas em relação às condutas perigosas acabou ensejando um interessante critério material de legitimação dos crimes de perigo, tomando como referência objetiva a realização abstrata ou concreta de uma circunstância de periculosidade em relação ao bem jurídico tutelado, associada a um elemento subjetivo, vinculado a criação desta situação fática, designada como dolo de perigo.

3.7.4 Das Correntes Funcionalistas do Pós-Finalismo nas Concepções de Claus Roxin e Günther Jakobs

Claus Roxin, em oposição ao sentido ontológico designado a dogmática penal através da doutrina finalista da ação, propôs que o direito penal deveria rever suas orientações conceituais, permitindo maiores aberturas em relação às demandas provenientes das novas realidades sociais. Desse modo, a proposta de Claus Roxin buscou oxigenar as estruturas do

fins diversos e dirigir sua atividade, conforme um plano, à consecução desses fins. Graças ao seu saber causal prévio, pode dirigir seus diversos atos de modo que oriente o suceder causal externo a um fim e o domine finalisticamente. A atividade final é uma atividade dirigida conscientemente em razão de um fim, enquanto o acontecer causal não está dirigido em razão de um fim, mas é a resultante causal da constelação de causas existentes em cada momento. A finalidade é, por isso – dito de forma gráfica - “vidente”, e a causalidade, “cega”. WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. São Paulo: Rev. Dos Tribunais, 2001.p.27.

¹⁵⁶ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán; parte general**. 11. ed. Santiago De Chile: Jurídica de Chile, 1970. P.71.

¹⁵⁷ ROXIN, Claus. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo , v. 15, n. 65, p. 9-25, mar./abr. 2007. p. 20.

¹⁵⁸ Idem, ibidem. p.70.

direito penal a partir do desenvolvimento de uma perspectiva normativa de intervenção punitiva, atribuindo a política criminal um papel de grande destaque no âmbito de sua estratégia interventiva¹⁵⁹.

Para tanto, Claus Roxin¹⁶⁰ destacou que em sua concepção a estrutura ontológica do finalismo não dispunha de grande capacidade de limitação do poder interventivo do Estado, sendo que de acordo com seu ponto de vista, a política criminal, ao mesmo tempo que permitiria a abertura para novas realidades, também seria dotada de grande juízo crítico e limitativo, estabelecendo premissas de garantia através de princípios, tais como: legalidade; subsidiariedade; intervenção mínima, lesividade etc.

A proposta interventiva formulada por Claus Roxin, ao tentar interligar o direito penal às novas realidades e às garantias construídas ao longo da história, vislumbra os crimes de perigo como mecanismo de grande importância na estratégia de proteção de bens jurídicos, ao passo que para o autor em questão o mecanismo de tutela em apreço não deve ser considerado em sua concepção formalista (item 2.6).

Por outro lado, embora Günther Jakobs¹⁶¹ também concorde com Claus Roxin no sentido de que as estruturas ontológicas do finalismo seriam inadequadas metodologicamente, dito autor entende que a função precípua do direito penal reside na proteção da expectativa de vigência das normas¹⁶², ao passo que ao desenvolver a sua perspectiva funcional de intervenção penal, Günther Jakobs refere que o direito deve pontuar sua atuação na busca por normas que permitam o desenvolvimento da sociedade enquanto organização.

Logo, diferentemente de Claus Roxin, Günther Jakobs¹⁶³ ao desenvolver sua estratégia de intervenção penal, entende que a mera violação das normas atinentes aos crimes de perigo seria motivo suficiente para o pleno preenchimento dos requisitos da tipicidade, ensejando, na concepção do autor em questão, a realização de um risco não permitido pelo direito.

Com base no exposto, observa-se que as construções dogmáticas da atualidade

¹⁵⁹ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. p. 5.

¹⁶⁰ Idem, *ibidem*. p. 8.

¹⁶¹ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. p.49.

¹⁶² Idem, *ibidem*. p. 49.

¹⁶³ JAKOBS, Günther, **A Imputação objetiva no Direito Penal**, p.44.

encontram-se vinculadas aos parâmetros de legitimação desenvolvidos pelas diferentes escolas penais. Entretanto, a intervenção punitiva decorrente dos crimes de perigo, ainda que de forma extremamente resumida, pode ser concebida com base na distinção entre as propostas materiais e formais de incidência, encontrando amparo nas perspectivas funcionalistas desenvolvidas por Roxin (em seu viés moderado) e, em Günther Jakobs (em sua vertente mais acentuada).

4 AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO COMO LIMITE E POSSIBILIDADE A PUNIBILIDADE DOS CRIMES DE PERIGO

4.1 Aspectos Preliminares das Razões de Se Perquirir um Direito Penal Constitucionalmente Adequado

Historicamente, tanto o direito penal, quanto o constitucionalismo, sempre estiveram permeados por lutas e reflexões em torno dos limites e possibilidades do poder em seu viés de garantia. Dessa forma, o uso irrestrito da força, bem como as sucessivas arbitrariedades desenvolvidas ao longo da história, paradoxalmente, foram importantes fontes de construção de projetos civilizatórios, originando textos constitucionais confeccionados com o fito de suceder e rechaçar experiências autoritárias¹⁶⁴.

Por essas razões, o discurso de legitimação do direito penal é, antes de mais nada, um discurso constitucionalmente contextualizado, especialmente a partir do conteúdo substancial atribuído ao constitucionalismo do segundo pós-guerra, uma vez que os poderes do Estado, em face das conseqüências alçadas pelo uso arbitrário do poder, acabaram por receber limites intransponíveis.

Tal realidade, ainda que circunscrita a um plano espacial e temporal, modificou a perspectiva do constitucionalismo, fomentando a idéia de que a “Constituição é a

¹⁶⁴ É fato incontestável ao longo da história da humanidade que os casos de mau exercício do poder, com conseqüências trágicas para o bem-estar e para a felicidade de populações inteiras, superam em muito as manifestações de bons governantes, com efetivo espírito público/solidário. O que dizer dos regimes escravagistas que marcaram a Antigüidade, como, por exemplo, o Império Romano, onde seus imperadores caracterizaram-se mais pela loucura do que propriamente pela razão? O que pensar dos processos de dominação perpetrados através do feudalismo, que marcaram uma completa derrocada civilizatória e cujas principais características foram a violência, a incerteza e o desrespeito completo pelas mais básicas necessidades de felicidade da grande maioria dos seres humanos? Como compreender os despotismos e absolutismos que vicejaram na Europa e que consistiam em verdadeiros processos de dominação, pela hegemonia da força e da violência de alguns reis, em detrimento da qualidade de vida do restante de populações européias inteiras? Como caracterizar, senão como contundentes manifestações de abuso do poder as ditaduras autoritárias e totalitárias que perduraram durante boa parte do século passado na Europa e América e ainda hoje persistem em alguns países do mundo? Pois foi como alternativa prática e reflexiva a todas estas manifestações de mau uso do poder que o constitucionalismo aconteceu historicamente, como um movimento cultural, político e jurídico que teve como principal objetivo o enfrentamento dessas situações desumanas de manifestação do poder, através de alternativas, de engenhosidades políticas e jurídicas voltadas à organização e limitação do poder e a concessões paulatinas de liberdades aos indivíduos. SANTOS, André Leonardo Copetti. **Elementos de Filosofia Constitucional**. p. 32.

função/elemento constitutivo do direito e do Estado, dando sentido e unidade ao ordenamento jurídico”¹⁶⁵.

No entanto, somente a partir das lutas e dos avanços e retrocessos em relação as construções das garantias é que o papel atribuído ao constitucionalismo nos dias atuais pode ser minimamente compreendido. Assim, faz-se necessária uma breve análise do caminho trilhado tanto pela teoria do Estado, bem como pelo constitucionalismo, senão vejamos:

Conforme leciona Nicola Mateucci¹⁶⁶, a formação das diferentes famílias constitucionais se estabeleceu de maneira significativamente distinta, de acordo com as tradições e peculiaridades históricas de cada grupo familiar. Por conseguinte, mesmo que a luta pela distribuição e organização do poder tenha permeado tais processos históricos, não se pode vislumbrar o caminho trilhado pelo constitucionalismo com base em uma identidade única.

Entretanto, ainda que os processos históricos de formação do núcleo fundamental das diferentes famílias constitucionais tenham se estabelecido de forma diversa, o desenvolvimento e as necessidades de oxigenação dos sistemas organizacionais acabaram fazendo com que as diferentes tradições jurídicas incorporassem as formulações desenvolvidas em situações históricas distintas¹⁶⁷.

Logo, a divisão contemplada pelas orientações conceituais de Estado Liberal, Social e Democrático de Direito, ainda que não possam ser confundidas com a história do constitucionalismo, certamente guardam um grande caráter explicativo acerca da formação de suas matrizes e da importância que desfruta nos dias atuais.

Em tal perspectiva, concebendo o constitucionalismo como uma construção histórica de projetos civilizatórios, não se pode olvidar que a legalidade, em seu sentido formalista, acabou sendo o embrião da fórmula na qual se insere o Estado de Direito atual, mesmo que sob tal perspectiva (legalista formal), a mera existência de um plano normativo tivesse o condão de qualificar as estruturas legislativas como expressão do Estado de Direito.

Assim, o Estado legalista, em sua origem, representou um importante avanço para as

¹⁶⁵ PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho**. Madrid: Trotta, 1997. p.197.

¹⁶⁶ MATTEUCCI, Nicola. **Organización del Poder y Libertad**. p. 27.

¹⁶⁷ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense. 2005. P. 62.

concepções de organização social da época, ainda que a ausência de parâmetros acerca dos conteúdos que podiam ser objeto da lei tenha permitido que a idéia de contenção do poder fosse subvertida.

Por ser desprovido de conteúdo substancial, a primeira versão do Estado de Direito centrou suas bases no aspecto formal da legalidade, sendo concebido como fruto da modernidade enquanto expressão categórica da racionalidade e da dessacralização das premissas sob as quais veio a se desenvolver o direito, que passou a ter como referência fundamental as idéias advindas do antropocentrismo.

Todavia, a partir das lutas pelo reconhecimento de limites mais amplos em relação aos poderes do Estado, mediante o desenvolvimento das premissas do liberalismo, a concepção formalista de Estado de Direito acabou por receber substratos efetivamente substanciais, ainda que tais elementos fossem constituídos por determinações abstencionistas.

Em tal perspectiva, os valores de limitação dos poderes estatais, materializados através da idéia de primazia extrema do indivíduo em relação à coletividade, acabaram por determinar as diretrizes dos modernos textos constitucionais, ao passo que o encontro histórico do Estado de Direito e do liberalismo agregou importante conteúdo substancial ao constitucionalismo enquanto produto histórico, ainda que este conteúdo tivesse como premissa central a idéia de abstenção do Estado.

Feitas estas observações, pode-se dizer que o segundo grande processo de substancialização do constitucionalismo teve como mola propulsora as premissas atinentes à formação do Estado Social¹⁶⁸ na Europa. Assim, frente às lacunas provenientes das

¹⁶⁸ Ao abordar o aumento das atribuições do Estado Juan Ramón Capella ressalta: “A densa rede de estruturas do estado gendarme originou a constituição de um exército massivo de servidores públicos ou funcionários. A magnitude que havia adquirido a massa dos funcionários em meados do século XIX lhe parecia a Karl Marx a característica mais chamativa do estado de seu tempo. Naquelas datas essa massa era ínfima comparada com a atual, pois, - como se verá mais adiante – o estado não havia assumido por então algumas das funções de intervenção econômica e de atuação social que lhe converteriam em um estado intervencionista ou assistencial. Enquanto ao modo de profissionalização dos servidores públicos, há dois sistemas alternativos: a constituição de um corpo funcional permanente dotado de um estatuto especial, e o chamado *spoil system*. O corpo funcional permanente, empregado principalmente pelos estados de matriz européia continental, implica que as pessoas começam a trabalhar para o estado com uma perspectiva de inamovibilidade que lhes resguarda das trocas políticas e garante a estabilidade e a rotina das tarefas. Os funcionários ficam dotados de um estatuto especial, que em muitos casos os converte em autoridades no exercício de seus cargos, o qual, em certo modo, lhes imuniza frente ao comum dos cidadãos. O sistema de recrutamento se baseia em concursos públicos: isso não deixa de ser um sistema de *adoção* dos funcionários

disparidades sociais fomentadas pela idéia formal de igualdade que permeava a concepção trazida pelo Estado Liberal enquanto fruto da revolução francesa, criou-se uma nova via de organização coletiva.

Conseqüentemente, a idéia de abstenção máxima restou substituída por concepções interventivas, originando a gama de prestações estatais denominadas de Direitos Sociais, tais como: direito à saúde, moradia, educação etc.

Como corolário, o âmbito de intervenção estatal acabou sendo ampliado de maneira significativa, uma vez que os novos direitos inseridos no conteúdo constitucional advindo das premissas do Estado Social passaram a exigir cifras financeiras e estruturas administrativas significativamente maiores do que as despendidas em face dos direitos individuais albergados pelo Estado liberal.

Com o incremento dos valores constitucionais provenientes da estrutura contemplada pelo Estado Social, a tutela penal que sob a perspectiva liberal estava voltada somente para a proteção de bens jurídicos de cariz individual, também teve seu âmbito de abrangência significativamente ampliado, passando a tutelar bens jurídicos coletivos, tais como: as relações de trabalho, ordem tributária, econômica etc.

Da mesma forma, conforme destaca Santiago Mir Puig¹⁶⁹, a função designada à pena também foi objeto de significativas alterações frente à configuração do Estado Social, uma vez que em tal perspectiva interventiva às premissas punitivas, antes centradas na retribuição, passaram a ter a prevenção como fundamento.

Nesse contexto, salutar são as palavras de Santiago Mir Puig¹⁷⁰ ao assinalar:

Si el derecho penal liberal permitió atribuir a la pena tanto una función de prevención como de retribución, según se concibiese al servicio del hombre

novos pelos antigos (que dirimem os concursos de seleção). Apesar de todas as modernizações havidas na sociedade resulta surpreendente o elevado número de funcionários que por sua vez são filhos de funcionários, sobretudo nos corpos burocráticos especiais (juízes, militares, catedráticos...), o que ademais de evidenciar certas obliquidades contribui ao caráter essencialmente conservador da administração pública.” CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado. p. 124-215.

¹⁶⁹ PUIG, Santiago Mir. **El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1999, p. 36.

¹⁷⁰ Idem, ibidem, p. 36.

empírico o del hombre ideal, el Derecho penal del Estado social no podía sino conferir a la pena la función de prevención. El nuevo planteamiento social, que llevaba al Estado a intervenir activamente en la vida efectiva de la sociedad, debería reflejarse en lo penal atribuyendo a la pena el cometido de lucha contra el delito, en el sentido de lucha contra la delincuencia como fenómeno real de la existencia social. No se trataba sólo de realizar una justicia ideal exigida por la razón, sino de combatir eficazmente, en el terreno de los hechos, una criminalidad que iba en aumento a lo largo del siglo XIX, en especial como consecuencia de las dificultades de adaptación de amplias capas de la población a la nueva situación que determinaron el capitalismo, el maquinismo industrial y la aparición del proletariado. Es sabido que la escuela positivista, que surgió en el último tercio del pasado siglo, partió de la crítica a la ineficacia del derecho penal clásico (esto es, liberal) para atajar el delito. Las medidas de seguridad aparecieron, a sus ojos, como la vía científica de remoción de las causas del delito.

Sabidamente, a postura interventiva do Estado, aliada ao desvirtuamento de suas estruturas matriciais, ao desconsiderar as concepções advindas do Liberalismo, encontrou na função preventiva do direito penal um campo fértil para o surgimento de regimes totalitários.

Em tal perspectiva, a completa intolerância em relação a condutas e resultados indesejados acabou sendo o fio condutor das atrocidades evidenciadas tanto na segunda grande guerra, quanto nos regimes ditatoriais estruturados sob a égide da submissão completa do indivíduo em relação ao Estado.

Logo, os catastróficos resultados provenientes das experiências proporcionadas pelos regimes totalitários trouxeram a necessidade de reformularem-se as concepções de Estado e de constitucionalismo. Sendo assim, partindo da idéia de que “[...] *el Estado intervencionista no implica necesariamente una concepción autoritaria*¹⁷¹”, surge, após a segunda guerra mundial, uma nova proposta de organização de poder, qual seja: o Estado Democrático de Direito.

Em tal modelo de organização político-social verificou-se a conjugação dos fundamentos basilares do Estado Liberal, juntamente com a estrutura interventiva do Estado Social, somadas a democracia, que passou a ser o elemento referencial em tal construção organizacional.

Entretanto, cumpre destacar que o Estado Democrático de Direito não se resumiu a uma mera junção do Estado Liberal e do Estado Social e, tampouco, a uma simples realocação

¹⁷¹ Idem, ibidem. p. 33.

das premissas sob as quais se estruturaram as fórmulas político-sociais pretéritas¹⁷².

Diante de tal perspectiva, elucidativas são as colocações realizadas por Lenio Luiz Streck¹⁷³:

Em síntese, há que se ter claro que o Estado Democrático de Direito, muito mais do que uma fórmula ou modelo de Estado, é uma proposta civilizatória; é um “*plus normativo*”, vinculando a um todo principiológico o agir dos demais entes estatais. Daí por que o legislador não é livre para estabelecer tipos ou favores penais. Deve, sim, obediência à materialidade da Constituição. E essa materialidade é traduzida fundamentalmente pelos princípios, que são a própria condição de possibilidade do sentido da Constituição.

O aumento da complexidade da organização do Estado proporcionada pela fórmula político-social do Estado Democrático de Direito trouxe uma nova concepção de constitucionalismo, que diante das mudanças ora expostas, passou a ser concebido como elemento reitor das práticas sociais.

Nesse sentido, pode-se dizer que o objetivo precípua da nova matriz constitucional (*neoconstitucionalismo*¹⁷⁴) consiste em rechaçar os prejuízos sociais decorrentes das omissões provenientes das lacunas interventivas do Estado Liberal e, concomitantemente, evitar os desvios de poder advindos de concepções totalizantes e autoritárias provenientes da ausência de limites em relação ao exercício do poder público.

Diante da tarefa acima referida, verifica-se o grau de complexidade inserido nos novos textos constitucionais na medida em que estes conjugam, em uma mesma estrutura, direitos individuais, sociais e difusos, exigindo da atuação estatal o resguardo dos interesses coletivos mediante o respeito das garantias individuais.

O reflexo de tais premissas em relação à atuação do direito penal no contexto do

¹⁷² Temos, então, que a configuração do Estado Democrático de Direito não significa apenas unir formalmente os conceitos de Estado de Direito, trata-se de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas o supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *Status quo*. A partir disso, o compromisso básico do Estado Democrático de Direito situa-se na harmonização de interesses que se manifestam em três esferas fundamentais: a esfera pública, ocupada pelo Estado, a esfera privada, preenchida pelos indivíduos, e a esfera coletiva, onde aparecem os interesses dos indivíduos enquanto grupo.

SANTOS, André Leonardo. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 58.

¹⁷³ STRECK, Lenio Luiz. O “Crime de porte de arma” à luz da principiologia e do controle de constitucionalidade: três soluções à luz da hermenêutica. In: **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre: Notadez Informação Ltda. 2001. p 52-63. p. 59.

¹⁷⁴ Ver CARBONELL, Miguel. Presentación: El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: **Teoría del neoconstitucionalismo**. Ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007, p. 9-12.

Estado Democrático de Direito pode ser verificado tanto nos limites formais e materiais de sua configuração, quanto nos espaços destinados as suas diferentes formas de tutela.

Isto posto, preliminarmente, pode-se dizer que a eficácia da intervenção penal deve coadunar-se com as garantias individuais, ao passo que sua atuação, sob a perspectiva em comento, certamente encontra-se pautada tanto na proibição de excesso, quanto na proibição de proteção deficiente dos valores constitucionais¹⁷⁵.

O resultado de tal fórmula interventiva reside no fato de que ao mesmo tempo em que o direito penal deve prevenir e tutelar determinados bens, este não pode desprender-se dos princípios cunhados a partir do Estado Liberal.

Ao versar sobre o tema, Luciano Feldens¹⁷⁶ assinala:

Nesse contexto, há salientar-se que o controle da atividade do legislador penal encontra parâmetros na Constituição em sua dupla perspectiva; é dizer, como limite (formal e material) e como fundamento (normativo) do Direito Penal incriminador. Dessa sorte, a jurisdição constitucional em matéria penal não tem seu objeto de análise reduzido ao controle sobre a legitimidade de leis editadas com propósito penalizador; um movimento contrário, no sentido da despenalização (absoluta ou relativa), também se mostra jurisdicionalmente sindicável. A tanto, adentra a proporcionalidade, igualmente em sua dupla concepção (proibição do excesso e proibição da proteção deficiente), como elemento-chave apto a restabelecer uma coerência endonormativa no sistema de proteção jurídico-penal, afastando-lhe excessos e corrigindo-lhe, ainda que em situações bastante limitadas, déficits de proteção constitucionalmente indesejáveis.

Nesse diapasão, mediante as indiscutíveis razões para se perquirir a adequação do direito penal às premissas constitucionais do Estado Democrático de Direito, tem-se que os crimes de perigo parecem estar legitimados enquanto técnica de tutela penal, uma vez que em determinadas circunstâncias a espera do dano certamente pode trazer resultados nefastos em relação às conquistas civilizatórias insculpidas nos textos constitucionais.

Por outro lado, a banalização e a ausência de parâmetros seguros em relação a tal modo de intervenção punitiva, por óbvio, pode subverter a lógica limitativa presente na matriz do modelo de Estado vigente, fazendo do direito penal um mecanismo de otimização da

¹⁷⁵ Ver: STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (*ubermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *in*: **Revista do Instituto de Hermenêutica**, Porto Alegre: IHJ, 2003.

¹⁷⁶ FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005. p.24.

intolerância em relação a toda e qualquer conduta indesejada.

Por estas razões, os crimes de perigo e a persecução penal do Estado como um todo, somente podem ser concebidos como legítimos mediante o respeito dos limites expressos nas modernas constituições, seja através das limitações expressas, ou por meio dos princípios que sustentam a intervenção punitiva no âmbito do Estado Democrático de Direito.

4.2 Os Crimes de Perigo e as Vedações de Incriminação Expressamente Contidas na Constituição

De acordo com as prerrogativas expostas, como não é difícil perceber, a razão central para se perquirir uma intervenção penal constitucionalmente adequada encontra seu substrato fundamental no próprio papel que se atribui ao constitucionalismo no âmbito da estratégia de contenção e organização dos poderes do Estado.

Logo, diante da perspectiva delineada, o problema que antes repousava na indagação a respeito dos fundamentos para se requerer uma intervenção punitiva constitucionalmente adequada, desloca-se para uma fase subsequente, que pode ser traduzida através da interrogação acerca das possibilidades presentes nos modernos textos constitucionais em estabelecer limites precisos ao direito penal.

Desse modo, sumariamente, torna-se possível afirmar que a problematização ora exposta encontra-se estabelecida no fato de que ao reconhecer valores plurais, e não raras vezes antagônicos, os textos constitucionais modernos acabaram por ampliar o espaço de incidência conferido ao direito penal¹⁷⁷, de forma que se falar em proteção penal de valores constitucionais, sem que se operem maiores reflexões, por vezes, pode significar um sinal verde para a criminalização de toda e qualquer conduta.

Nesse sentido, ressalta-se o exposto por Luís Greco¹⁷⁸ ao versar sobre as premissas em questão:

Se a Constituição é necessariamente aberta, se inúmeros valores, mesmo conflitantes, encontram acolhida em seu seio, como se pode falar numa limitação ao

¹⁷⁷ Conforme exposição realizada no capítulo 2, item 2.4 (**O patamar atual da última ratio da intervenção penal sob a perspectiva do desenvolvimento dos direitos e das diferentes formatações do Estado**).

¹⁷⁸ GRECO, Luís. "princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato - uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. p. 98-99.

poder do legislador? Tais dúvidas, que são colocadas em face da Lei fundamental alemã, aplicam-se com muito mais razão diante de uma constituição analítica como a do Brasil. Exemplificando: nem mesmo a incriminação do homossexualismo poderia ser deslegitimada com base exclusiva na Constituição, porque esta tem dispositivos tutelando a família (art. 226 et seq.) e a moralidade (art. 221, IV). Foi assim, aliás, a argumentação da Corte Constitucional alemã, quando, em 1957, se viu obrigada a examinar a constitucionalidade da proibição que foi decidida em sentido afirmativo.

Em face de tais razões, para evitar atuações persecutórias desenfreadas, tem-se que a análise da intervenção penal somente pode ser estabelecida a partir de visões sistemáticas da gama de direitos albergados pelos modernos textos constitucionais, tendo como ponto de partida as proibições de incriminação¹⁷⁹ preceituadas em seus respectivos dispositivos.

Assim, de acordo com a lição de Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci¹⁸⁰, tanto os direitos de liberdade, quanto os direitos fundamentais decorrentes da igualdade, não podem ser objeto de criminalização, consolidando uma importante barreira a atividade persecutória do Estado¹⁸¹.

Frente a tal circunstância, a Constituição Federal brasileira de 1988 pode ser considerada como um exemplo privilegiado no que tange aos limites conferidos ao poder punitivo do Estado, uma vez que grande parte de seus dispositivos contemplam direitos de liberdade e garantias fundamentais, tais como: a liberdade de pensamento (art. 5º, inc. IV¹⁸²); a liberdade à profissão religiosa (art. 5º, inc. VIII¹⁸³); a liberdade de expressão (art. 5º, inc.

¹⁷⁹Ver: DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e Escolha dos Bens Jurídicos. **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**, Coimbra, v. 4, n.2, 1994, p. 155.

¹⁸⁰ Idem, ibidem. p. 156.

¹⁸¹ No mesmo sentido, Luís Greco afirma: “Parece-me que apesar das considerações acima tecidas, a resposta deve recair em sentido positivo, porque, por exemplo, uma norma como a Lei de Proteção do Sangue Alemão e da Honra Alemã, de 15/09/1935, que, em seus §§ 1º e 2º, proíbe a “maculação da raça” (Rassenschande) pelo casamento ou pelo coito entre alemães judeus, seria manifestamente ilegítima em face da ordem constitucional tanto alemã, como brasileira, vez que ambas vedam discriminações por motivos de raça e origem. Mais: mesmo a norma que proíbe o homossexualismo poderia ser criticada com argumentos de direito constitucional, atinentes a direitos fundamentais como a liberdade, a privacidade e a intimidade, que teriam de prevalecer sobre a tutela constitucional da família e da moralidade. GRECO, Luís. “princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato - uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. p. 99.

¹⁸² IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Brasília, DF, 5 de outubro 1988. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%20C3%A7ao.htm>. Acesso em 19 mar. 2011.

¹⁸³ VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei; BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Brasília, DF, 5 de outubro 1988. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%20C3%A7ao.htm>. Acesso em 19 mar. 2011.

IX¹⁸⁴); a liberdade de domicílio (art. 5º, inc. XI¹⁸⁵); de exercício do trabalho (art. 5º, inc. XIII¹⁸⁶); de locomoção (art. 5º, inc. XV¹⁸⁷); de reunião (art.5º, inc. XVI¹⁸⁸); de associação (art.5º, inc. XVII¹⁸⁹); bem como o direito de greve, disposto no art. 9º do texto constitucional¹⁹⁰.

O conteúdo normativo presente nos dispositivos elencados, sem sombra de dúvidas, contempla uma importante barreira à margem de discricionariedade do Estado para incriminar condutas, especialmente pelo fato de que com base em seus fundamentos, o poder público resta impossibilitado de sancionar o exercício de direitos aos quais se obrigou a reconhecer como inerentes à pessoa humana¹⁹¹.

¹⁸⁴ IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Brasília, DF, 5 de outubro 1988. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm >. Acesso em 19 mar. 2011.

¹⁸⁵ XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Brasília, DF, 5 de outubro 1988. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm >. Acesso em 19 mar. 2011.

¹⁸⁶ XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Brasília, DF, 5 de outubro 1988. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm >. Acesso em 19 mar. 2011.

¹⁸⁷ XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Brasília, DF, 5 de outubro 1988. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm >. Acesso em 19 mar. 2011.

¹⁸⁸ XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente; BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Brasília, DF, 5 de outubro 1988. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm >. Acesso em 19 mar. 2011.

¹⁸⁹ XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Brasília, DF, 5 de outubro 1988. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm >. Acesso em 19 mar. 2011.

¹⁹⁰ Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Brasília, DF, 5 de outubro 1988. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm >. Acesso em 19 mar. 2011.

¹⁹¹ Ao tratar do tema André Leonardo Copetti ressalta: “Todos esses direitos de liberdade constituem-se em proibições constitucionais de incriminação dos legisladores, e estes não podem transformar em delito o puro e simples exercício do direito, nem tampouco podem tutelar penalmente os bens ofendidos por quem exerce o direito, a não ser que se trate de um bem constitucionalmente relevante. Seriam inconstitucionais, neste sentido, normas que viessem a estabelecer regulamentação desses direitos constitucionais, especialmente através da instituição de crimes para algumas hipóteses de exercício destes direitos. Mas as proibições ao poder de incriminação dos princípios fundamentais enunciados na Constituição, sejam elas genéricas ou circunscritas a setores específicos da vida social. Exemplo disso é o princípio da igualdade, do qual resultam inúmeros obstáculos à discricionariedade do legislador na escolha de bens a tutelar penalmente. Seriam inconstitucionais quaisquer normas que estivessem voltadas a impor ordens ou proibições baseadas numa discriminação sexo, raça, língua etc. SANTOS, André Leonardo Copetti. **Direito Penal e Estado**

No entanto, a redução dos espaços de configuração de incriminações, diante dos direitos contemplados constitucionalmente, denota que suas margens não se esgotam apenas nas situações taxativamente descritas por seus preceitos normativos. Desse modo, os valores presentes em tais postulados constitucionais acabam por irradiar suas prerrogativas perante o sistema jurídico, apontando fundamentos que mesmo implícitos, ainda assim, não deixam de desfrutar do mesmo grau de importância em relação aos preceitos explícitos.

O resultado de tais realidades valorativas, por certo, fomenta perspectivas de limitação da intervenção do Estado, possibilitando o desenvolvimento de conceitos e requisitos interventivos que visam adequar o direito penal aos critérios de legitimação preceituados pelo Estado Democrático de Direito.

No que concerne aos crimes de perigo, entre os exemplos mais significativos das dimensões comportadas nas vedações constitucionais aos poderes punitivos, tem-se: a) os contornos basilares atribuídos ao conceito de bem jurídico; b) as formas de tutela penal que podem incidir sobre tais referências; e c) os princípios provenientes da simbiose entre direito penal e constituição.

Em relação ao conceito de bem jurídico constitucional, embora não seja possível a obtenção de consensos acerca de tal mecanismo de limitação dos poderes do Estado, por certo, dificilmente encontrar-se-ão construções atuais que se distanciem da idéia de que estes são “[...] dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional¹⁹²”.

Com base em tal pressuposto, de imediato, uma vez cumprida à observância de que a incidência do direito penal somente se estabeleça a partir dos requisitos/valores constitucionais atribuídos aos bens jurídicos, a legitimidade dos crimes de perigo requer uma nova filtragem, estabelecida com base na relação entre a importância constitucional dos bens jurídicos albergados pelo direito penal e a necessidade de que estes venham a ser tutelados por meio de tais técnicas de intervenção.

Democrático de Direito. p.119-120.

¹⁹² GRECO, Luís. "principio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato - uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.** p.107.

Isto posto, verifica-se que o significado das garantias constitucionais de liberdade exigem que a tutela penal dos crimes de perigo somente se estabeleça em relação a bens jurídicos de extrema relevância, mediante a repressão de condutas capazes de efetivamente gerar algum grau de risco em relação a estes, descartando, por óbvio, toda e qualquer possibilidade de que o direito penal venha a incidir sobre condutas inócuas.

Ao discorrerem sobre as premissas ora expostas, Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci¹⁹³ lecionam:

Se, por acaso, em um determinado momento histórico o legislador defender que um bem constitucional – de per si merecedor de proteção penal – tem necessidade, precisamente, desta forma de proteção, poderá levar a cabo uma tutela de tal modo ampla e intensa que abarque também perigos remotos, como os encarnados por atos meramente preparatórios, apenas se o bem jurídico em jogo é um bem jurídico fundamental – vale por dizer, indispensável para a integridade das instituições e a própria sobrevivência da sociedade – e sempre que a distância ao bem jurídico, própria dos atos preparatórios, seja compensada pelo caráter tipicamente perigoso das condutas selecionadas pelo legislador. Isso deriva do princípio da proporcão, que condiciona a legitimidade do recurso à pena, quer à categoria do bem, quer à gravidade da ofensa a reprimir: quanto menos grave é a ofensa (e a gravidade da ofensa decresce à medida que se afasta do estágio da lesão), tanto mais elevada deve ser a categoria do bem.

Por estas razões, as liberdades constitucionais e os limites conferidos à intervenção penal estabelecem que, tanto os crimes de perigo abstrato, quanto os crimes de perigo concreto, somente podem ser utilizados para proteger bens jurídicos de suma importância, de forma subsidiária em relação às demais técnicas de tutela penal (crimes de dano/dolosos e culposos).

Dita referência interventiva decorre do fato de que, quanto mais distantes as condutas sancionadas estiverem da realização de um dano, por conseguinte, maior é a margem de atuação do sistema punitivo, ao passo que diante de tal realidade, as liberdades individuais acabam por sofrer restrições de forma simetricamente proporcional.

Assim, frente às referências constitucionais provenientes das garantias de liberdade, tem-se que os crimes de perigo (i) somente podem incidir sobre bens jurídicos *fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional*; (ii) devem ser utilizados de forma subsidiária em relação as demais técnicas/formas de tutela (sendo que nesta ordem preferencial de incidência os crimes

¹⁹³ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e Escolha dos Bens Jurídicos. p. 193-194-195.

de perigo concreto devem anteceder os crimes de perigo abstrato); (iii) jamais devem incidir sobre condutas inócuas, incapazes de gerar riscos aos bens jurídicos; (iv) necessitam atender aos demais princípios constitucionais penais do Estado Democrático de Direito.

4.3 A Princiologia Constitucional Penal do Estado Democrático de Direito como Fonte de Legitimidade dos Crimes de Perigo

4.3.1 Do Princípio da Legalidade e seus Desdobramentos

O princípio da Legalidade, conforme se destacou anteriormente, sempre esteve na pauta de reivindicações acerca dos limites da ingerência dos poderes estatais, uma vez que seus postulados encontram-se interligados a idéia de que o direito penal somente pode intervir sob determinada conduta mediante a existência de previsão legal prévia, ao passo que a totalidade de seus postulados encontra-se sustentada em três fundamentos de limitação do poder punitivo, quais sejam: a) reserva legal; b) taxatividade; e, c) irretroatividade.

4.3.1.1 Da Reserva Legal

Tomando por base a Constituição Federal de 1988, tem-se que a reserva legal encontra-se expressamente prevista em seu art. 5º, inc. XXXIX, que dispõe: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Desse modo, diante do postulado em tela, observa-se que toda e qualquer intervenção penal, sob o prisma constitucional, somente estará legitimada mediante a existência de uma norma incriminadora anterior ao fato censurado, sendo que além de se ater a situação fática descrita pela norma, a punibilidade também deve atender aos limites sancionatórios preceituados por esta.

Diante das margens impostas a partir dos fundamentos prescritos pelo princípio da reserva legal, tem-se que embora a sua observância, por si só, não seja capaz de assegurar um regime social de respeito às garantias fundamentais, por certo, em sentido inverso, a sua ausência tem o condão de gerar contextos propícios para arbitrariedades.

Desse modo, observa-se que a eliminação ou a mitigação da reserva legal historicamente esteve associada aos desmandos procedidos pelos mais diferentes regimes

autoritários, uma vez que ao desvincular-se do dever de fundamentar a persecução penal em previsões legais pré-existentes o Estado retira de si um fardo de grande vulto, tornando a estrutura interventiva flexível e variável de acordo com os seus interesses.

Corroborando com o exposto, salutar são as palavras de Luiz Luisi¹⁹⁴:

No plano legislativo, com a subida do chamado nacional socialismo ao poder na Alemanha, o velho Código Penal do Reich de 1871, por força de lei datada de 28 de junho de 1935 teve reformulada a redação no seu artigo 2º que previa a reserva legal. O referido artigo por força da lei mencionada passou a ter a seguinte redação: “será castigado quem cometa um fato que a lei declara punível ou que mereça castigo segundo o conceito básico de uma lei penal e segundo o são sentimento do povo. Se nenhuma lei determinada pode se aplicar diretamente ao fato, este estará castigado conforme a lei, cujo conceito melhor corresponde”. Também na Rússia Soviética, os seus primeiros Códigos, o de 1822 e o de 1826, permitiam expressamente a analogia. O artigo 16 do Código de 1926 tinha o seguinte teor: “quando algum ato socialmente perigoso não esteja expressamente previsto no presente código, o fundamento e a extensão de sua responsabilidade se determinarão em conformidade com os artigos do mesmo relativos aos delitos de índole análoga.

Em suma, a flexibilização valorativa da censura incidente sobre as condutas perquiridas penalmente, sem sombra de dúvidas, é o grande inimigo combatido pelos postulados atinentes à reserva legal. Porém, a doutrina penal de longa data discute se dito pressuposto de incidência da tutela punitiva seria passível de fragmentação ou relativização, dividindo-se entre aqueles que vislumbram a Reserva Legal como relativa e aqueles que a entendem como absoluta¹⁹⁵.

Logo, a Reserva Legal Relativa, segundo o entendimento doutrinário, estaria vinculada as situações onde o legislador permite que outras normas e regulamentos possam disciplinar a matéria sancionada penalmente, enquanto que a Reserva Legal Absoluta, em sentido inverso, somente admitiria que a regulação do direito penal se perfizesse através de leis.

Nesse contexto, ao confrontar os crimes de perigo com a dicotômica divisão estabelecida entre reserva legal relativa¹⁹⁶ e absoluta, de imediato, verifica-se que a corrente

¹⁹⁴ LUISI, Luiz Benito Viggiano. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2003. p. 20-21.

¹⁹⁵ Ver: NAUCKE, Wolfgang. La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, julho-agosto de 2006. p. 122- 146. p. 141.

¹⁹⁶ Tal perspectiva de relativização da reserva legal pode ser encontrada em diversos diplomas legais do ordenamento jurídico brasileiro, especialmente naqueles em que o legislador classifica como crime a mera

tributária da reserva legal absoluta, ao instituir que somente a lei pode referenciar o âmbito da intervenção criminal, por certo, impõe um importante limite na atuação persecutória do Estado, que não raras vezes, se utiliza de tipos penais abertos e imprecisos, causando insegurança e incerteza em relação ao âmbito de incidência do direito penal¹⁹⁷.

Desse modo, considerando que os crimes de perigo, por si só, já dispõem de grandes zonas de problematização em relação aos limites da atuação punitiva, uma vez que a incidência do direito penal cada vez mais se situa em momentos significativamente distantes de resultados lesivos, tem-se que a junção da técnica legislativa de tipos penais abertos com o mecanismo de tutela penal em comento, certamente amplia de forma ainda mais extrema o âmbito de incidência do direito penal.

Frente a tal realidade, na medida em que os tipos penais de perigo cada vez mais passam a ser compostos por regulamentos e normas administrativas gerais, sem definir de forma precisa as condutas que considera reprovada, tem-se que estes além de distanciarem-se dos preceitos da reserva legal, também violam as premissas sob as quais se estrutura o fundamento dos crimes de perigo, qual seja: o de evitar, de forma precisa, determinados comportamentos.

violação de normas regulamentares. A título exemplificativo ressalta-se os arts. 45 e 65 da lei 9.605/98 (lei dos crimes ambientais), *in verbis*: Art. 45. Cortar ou transformar em carvão madeira de lei, assim classificada por ato do Poder Público, para fins industriais, energéticos ou para qualquer outra exploração, econômica ou não, **em desacordo com as determinações legais**: Pena - reclusão, de um a dois anos, e multa. (Grifamos) Art. 56. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, **em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos**: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem abandona os produtos ou substâncias referidos no caput, ou os utiliza em desacordo com as **normas de segurança**. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I - abandona os produtos ou substâncias referidos no caput ou os utiliza em **desacordo com as normas ambientais ou de segurança**. (Grifamos). BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. < Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 19 mar. 2011.

¹⁹⁷ Ao destacar as razões de se perquirir a reserva legal absoluta em relação a aplicação das leis penais Wolfgang Naucke assinala: “El principio de legalidad no admite el plural. Así como hay positivismo diversos, no hay en cambio diversos principios de legalidad (socialistas o capitalistas). La legalidad no admite graduaciones ni compromisos. Sólo hay un principio de legalidad penal; admitir un principio de legalidad más o menos estricto deja de ser legalidad. Esta visión de la ley penal no supone desconocer las múltiples necesidades de regulación que la vida social en la actualidad lleva consigo. Pero las necesidades de regulación o de actuación – distintas en cuanto al injusto – en cualquier caso sólo conducen a reglas, y al Derecho Penal mismo. El distintivo principal de la regla es que puede tanto ser creada como también dejar de crearse; pero no debe entremezclarse de forma antinatural con la ley penal [...]”. NAUCKE, Wolfgang. La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado. p.141.

Exemplificativamente, conforme destaca Pierpaolo Cruz Bottini¹⁹⁸, as razões de se preferir os crimes de perigo abstrato em detrimento dos crimes culposos reside no fato de que enquanto os delitos culposos em geral não descrevem a conduta que se quer evitar e sim o resultado não desejado, os delitos de perigo abstrato “[...] descrevem a conduta típica com maior precisão, porque nela reside o seu núcleo comunicativo, o que os torna mais aptos para a organização de contextos de risco, apontando expressamente as ações não toleradas.”

Logo, diante das premissas ora expostas, a conjugação das finalidades dos crimes de perigo, associada aos fundamentos do princípio da reserva legal, por certo, consiste em um importante filtro constitucional a ser observado para os fins de legitimação de tal forma de tutela punitiva. No entanto, ainda assim, não é difícil perceber que em uma série de tipos penais o legislador recorre a técnicas de redação que em muito se assemelham aquelas utilizadas por regimes autoritários, ampliando a esfera de incidência dos tipos penais de tal forma, que resta impossível apontar de modo preciso os seus respectivos limites¹⁹⁹.

Por estas razões, a reserva legal apresenta-se como um importante parâmetro de legitimação dos crimes de perigo, auxiliando para que estes não sejam banalizados e tampouco utilizados de forma aleatória pelo Estado.

4.3.1.2 Da Taxatividade (“*Lex Certa*”)

Outro postulado que compõe o rol estrutural da legalidade reside no princípio da taxatividade da lei penal, também denominado de “*Lex Certa*”. Assim, segundo leciona Francisco de Assis Toledo²⁰⁰: “A exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não

¹⁹⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. p. 126

¹⁹⁹ Entre a multiplicidade de exemplos que podem ser encontrados na legislação brasileira, destaca-se o art. 41 “B”, § 1º da lei 10.671/03 (estatuto do torcedor) que dispõe, *in verbis*: Art. 41-B. Promover tumulto, praticar ou incitar a violência, ou invadir local restrito aos competidores em eventos esportivos: Pena - reclusão de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa. §1º - Incorrerá nas mesmas penas o torcedor que: II - portar, deter ou transportar, no interior do estádio, em suas imediações ou no seu trajeto, em dia de realização de evento esportivo, quaisquer instrumentos que possam servir para a prática de violência. BRASIL. **Lei nº 10.671/03, de 15 de maio de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. < Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.671.htm >. Acesso em 19 mar. 2011. Conforme se denota do preceito legal em comento, o legislador classificou como crime de perigo a conduta de “portar, deter ou transportar, no interior do estádio, em suas imediações ou no seu trajeto, em dia de realização de evento esportivo, quaisquer instrumentos que possam servir para a prática de violência”. No entanto, a ausência da qualificação do que possa ser considerado como instrumento capaz de servir para prática de violência, por certo, amplia o tipo penal em comento de tal forma que resta impossível verificar o seu preciso âmbito de abrangência.

²⁰⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994-2007. p.

devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios.”

Segundo o referido autor, a busca pela clareza do âmbito interventivo das normas punitivas teria a função de corresponder ao ideal de que todos os cidadãos pudessem ter o entendimento preciso e o conhecimento das leis penais, obtendo a consciência de todas as restrições impostas pelo legislador em relação às liberdades individuais.

Para tanto, além de proporcionar o conhecimento preciso da esfera de punibilidade, a taxatividade também é depositária do dever de evitar formas diferenciadas de aplicação das normas penais, dando maior aderência às prerrogativas da anterioridade da lei, tendo em vista que como bem alerta Luiz Luisi²⁰¹: “sem esse corolário o princípio da legalidade não alçaria seu objetivo, pois de nada vale a anterioridade da lei, se esta não estiver dotada da clareza e da certeza necessárias, e indispensáveis para evitar formas diferenciadas, e pois arbitrárias na sua aplicação[...]”.

Diante dos pressupostos da taxatividade, observa-se que a sua aplicação em relação aos crimes de perigo pode ser traduzida tanto como base de sustentação dos crimes de perigo abstrato²⁰², e ainda, como fundamento reitor para o aprimoramento das construções acerca do momento em que se consumam os crimes de perigo concreto²⁰³.

Em outras palavras, tendo em vista que a taxatividade visa dar clareza e suprimir as dúvidas que podem se formar em relação ao conteúdo dos tipos penais, tem-se que a partir do momento em que os crimes de perigo (mais especificamente os crimes de perigo abstrato) trazem como fundamento de legitimidade a função de evitar determinadas condutas consideradas arriscadas, tem-se que dito objetivo de tal mecanismo de tutela somente pode ser estabelecido por intermédio da taxatividade de seus dispositivos legais.

29.

²⁰¹ LUISI, Luiz Benito Viggiano. **Os princípios constitucionais penais**. p.24.

²⁰² Ao versar sobre a relação entre o princípio da taxatividade e os crimes de perigo abstrato Faria Costa descreve: “Dir-se-ia que o aparente déficit de legitimidade é contrabalanceado pela extraordinária minúcia que o legislador o põe, deve pôr, na descrição das condutas proibidas.” COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal**. p.645.

²⁰³ Conforme se verificou no capítulo 3, item 3.2 (**Dos crimes de perigo concreto**), um dos principais problemas que tangencia esta forma de tutela consiste em saber o momento preciso em que se estabelece a sua respectiva consumação.

Por conseguinte, a taxatividade além de ser uma garantia do cidadão contra arbitrariedades interpretativas, também se apresenta como condição para que os crimes de perigo possam atender as suas finalidades de prevenir condutas capazes de lesionar bens jurídicos.

Da mesma forma, especificamente em relação aos crimes de perigo concreto, as bases conceituais da taxatividade impõem que o momento da consumação de tal mecanismo de tutela penal seja estabelecido de forma clara e precisa, possibilitando a todos o conhecimento dos limites entre o lícito e o ilícito.

Com base no exposto, é possível constatar que a taxatividade da lei penal em relação aos crimes de perigo, não só apresenta-se como limite ao poder punitivo do Estado, como também, constitui-se como fundamento de dito mecanismo de tutela penal.

4.3.1.3 Da Irretroatividade

A irretroatividade da lei penal encontra guarida no texto constitucional brasileiro no art. 5º inc. XL da Constituição Federal de 1988, que dispõe: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Assim, frente à determinação contida no princípio ora exposto, verifica-se que a irretroatividade da lei penal apresenta-se como um mecanismo de proteção sistêmica dos demais postulados da legalidade, ao passo que de nada adiantaria ter-se a exigência de leis prévias e taxativas se novas leis pudessem alcançar fatos ocorridos antes da vigência de tais diplomas legais²⁰⁴.

Frente a tais razões, em relação aos crimes de perigo, a irretroatividade da lei penal e seus desdobramentos servem como sustentação dos demais postulados da legalidade, impedindo o uso abusivo do poder Estatal.

²⁰⁴ Ao versar sobre as prerrogativas da irretroatividade Nereu José Giacomolli leciona: “Outro efeito da consagração do princípio da legalidade é a exclusão da retroatividade (art. 5º, XL, da CF), que se aplica ao legislador e, também, ao órgão judicial, segundo o adágio *nullum crimen, nulla poena, sine lex praevia*, informador da proibição da criação de leis *ad hoc*, ou para atender a reclamos momentâneos, conduzidos por interesses de certos segmentos sociais atrelados, como regra, a fins unicamente eleitorais ou econômicos. Assim, os fatos anteriores à vigência da lei não podem ser atingidos por uma lei posterior mais severa, prejudicial ao autor, ou seja, *in malam partem*, por vontade do legislador ou dos magistrados.” GIACOMOLLI, Nereu José. “O princípio da legalidade como limite do ius puniendi e proteção dos direitos fundamentais”, *in*: STRECK. Lênio Luiz (organizador). **Direito Penal em Tempos de Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 151 a 175. P.

4.3.1.4 Do Princípio da Lesividade/Ofensividade²⁰⁵

O caminho trilhado na busca por critérios que pudessem legitimar e limitar a atuação punitiva do Estado, além de ter passado por diferentes fases, sabidamente, também foi objeto de sucessivos avanços e retrocessos. Por estas razões, a cautela e o pessimismo em relação à flexibilização dos pressupostos de intervenção do direito penal, não só apresentam-se como mecanismos de defesa das conquistas civilizatórias, mas também, como reflexo da irrazoabilidade alçada pelo mau uso do poder punitivo no decorrer da história da humanidade.

Diante de tal situação, paradoxalmente, o contexto social referenciado pelas diferentes faces de manifestação dos riscos e da insegurança tem servido como substrato para discussão dos limites que devem ser atribuídos ao direito penal frente a tais realidades. Assim, visando responder aos questionamentos decorrentes das funções e das margens conferidas à intervenção punitiva do Estado, tem-se que a maioria dos penalistas, com base no princípio da lesividade/ofensividade, filia-se a idéia de que o direito penal deve tutelar bens jurídicos²⁰⁶.

Isto posto, entre as múltiplas questões que decorrem do posicionamento majoritariamente adotado, os problemas referentes aos diferentes conceitos de bem jurídico e às formas de lesividade (dano e perigo) que tais construções comportam, por certo, ao mesmo tempo em que buscam ofertar propostas de contenção da atuação persecutória, também apontam caminhos que podem formar um campo propício para os problemas que pretendem combater, quais sejam: as arbitrariedades decorrentes de uma atuação penal desenfreada²⁰⁷.

No entanto, mesmo ante aos tortuosos caminhos que determinadas interpretações atribuídas pela doutrina penal em torno do princípio da lesividade podem conduzir, não se

²⁰⁵ No presente trabalho não se faz distinção entre lesividade e a ofensividade.

²⁰⁶ Nesse sentido, ao traçar o perfil da doutrina majoritária sobre o tema, Muñoz Conde afirma: “A la norma penal, igual que a las demás normas jurídicas, le incumbe una función eminentemente protectora. La diferencia entre la norma penal y las demás normas jurídicas en esta materia radica en la especial gravedad de los medios empleados por la norma penal para cumplir esta misión y en que sólo interviene o debe intervenir en los casos de ataques muy graves a la convivencia pacífica en la comunidad. Pero, ¿qué es lo que protege o pretende proteger la norma penal? A esta pregunta responde la mayoría de los penalistas: la norma penal, protege bienes jurídicos. MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal Parte General** Sexta edición. Valencia: Tirant lo Blanch. 2004. p. 59.

²⁰⁷ Nesse sentido, cumpre destacar as palavras de Fabio Roberto D'Avilla sobre a relação entre ofensividade e bem jurídico: “A ofensividade mesmo que concebida tal qual a temos, a partir de uma perspectiva ontontropológica, pode ter seu conteúdo de garantia suprimido em razão de sua natureza relacional, dependendo do conteúdo que é atribuído a noção de bem jurídico. Da mesma forma, que o bem jurídico pode representar nada mais que um elemento de inspiração legislativa, desprovido de qualquer potencial crítico, se abrimos em demasia os limites da ofensividade.” D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade em direito penal**. p. 66.

pode olvidar que dita referência, por decorrer dos postulados da Dignidade da Pessoa Humana, ainda assim, dispõe de grande importância para os fins a que se propõe, especialmente pelo fato de que a conjugação de suas prerrogativas remete a idéia de que a atuação penal somente pode albergar interesses de suma importância para os seres humanos²⁰⁸.

Assentados os fundamentos constitucionais do princípio da lesividade, cumpre destacar que em relação aos crimes de perigo, a questão que se coloca frente ao princípio em comento reside no fato de que, se este for entendido como mecanismo de legitimação exclusiva de intervenção em condutas que causem dano ou perigo concreto a bens jurídicos, tem-se que os crimes de perigo abstrato restariam excluídos de sua órbita de legitimidade.

Por estas razões, os caminhos que a doutrina penal tem trilhado na busca de verificar a compatibilidade entre os crimes de perigo abstrato e o princípio da lesividade, basicamente resultam em três perspectivas, que sintetizadas podem ser classificadas como premissas de: (i) incompatibilidade dos crimes de perigo abstrato com o Estado Democrático de Direito; (ii) legitimação dos crimes de perigo abstrato mediante a formulação da idéia de que estes violam, de forma efetiva, bens jurídicos coletivos; e (iii) legitimação dos crimes de perigo abstrato mediante a potencialidade das condutas perquiridas em causar situações de perigo concreto e dano.

Os defensores da primeira corrente (incompatibilidade dos crimes de perigo abstrato com o Estado Democrático de Direito) sustentam que por não enquadrarem-se como condutas de dano ou de perigo concreto, os crimes de perigo abstrato estariam excluídos das formas de manifestação do princípio da lesividade, ao passo que a antecipação da tutela penal em tais circunstâncias resultaria em arbitrariedade.

Em sentido inverso, buscando amoldar a lesividade às demandas sociais por segurança, parte da doutrina penal vem sustentando que os crimes de perigo abstrato devem ser considerados como delitos que resultam em danos efetivos a bens jurídicos coletivos, tais

²⁰⁸ Ao analisar as premissas sobre as quais encontra-se estruturado o princípio da lesividade Pierpaolo Cruz Bottini assinala: “(...) pode-se afirmar que a atuação de um direito penal funcionalizado, em prol de um Estado Democrático de Direito, está pautada pela proteção de bens jurídicos necessários à garantia da dignidade humana. Logo a norma penal somente será legítima se tutelar um interesse fundamental do ser humano. Para materializar esta assertiva e conferir-lhe operacionalidade, surge o princípio da lesividade.” BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. p. 205.

como: a ordem pública, segurança pública, incolumidade pública, confiança etc.

No entanto, ao tratar dos problemas de tal perspectiva de intervenção dos crimes de perigo abstrato, Luís Greco²⁰⁹ destaca o seguinte em relação ao conceito de bem jurídico que a assiste:

Sem adiantar o que logo além se irá dizer, declare-se unicamente que definições de bem jurídico que o transformem uma entidade ideal, em um valor, em algo espiritual, desmaterializado, são indesejáveis, porque elas aumentam as possibilidades de que se postulem bens jurídicos *à la volonté*, para legitimar qualquer norma que se deseje. Ordem pública, segurança pública, incolumidade pública, confiança, tudo isso pode ser mais facilmente entendido como bem jurídico se o conceito deste se referir a meras entidades ideais, e não a dados concretos.

Desse modo, se por um lado, a alegação de que os crimes de perigo abstrato não seriam compatíveis com a lesividade e com o Estado Democrático de Direito pode ser considerada como demasiadamente descompassada com as realidades decorrentes da complexidade social dos dias atuais, por outro lado, a consideração de que os crimes de perigo abstrato devem ser concebidos como delitos de lesão de bens jurídicos coletivos, indubitavelmente, descaracteriza o princípio da lesividade. Isto porque, a ausência de referência sobre o conceito preciso de determinados bens jurídicos, associados a presunção de lesão dos mesmos, exacerba de tal forma o âmbito de abrangência do direito penal, que resta impossível ter-se qualquer perspectiva de juízo crítico e valorativo acerca dos limites conferidos a atuação persecutória do Estado

Com base na realidade ora exposta, outro caminho que vem sendo apontado em relação ao princípio da lesividade e suas prerrogativas em face dos crimes de perigo abstrato, encontra-se nas formulações teóricas que vislumbram a técnica de tutela em comento como medida de contenção de atos capazes de causar danos ou situações concretas de perigo a bens jurídicos de suma importância.

Desse modo, a fundamentação da lesividade conferida aos crimes de perigo abstrato passaria a comportar tanto a descrição típica da conduta, quanto a efetiva possibilidade de que esta, no caso concreto, tenha o condão de afetar os bens jurídicos tutelados, ainda que tais

²⁰⁹ GRECO, Luís. "principio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato - uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. p. 106.

situações estejam situadas em um estágio anterior aos crimes de perigo concreto²¹⁰.

Logo, diante da proposta interventiva ora exposta, tem-se que a lesividade introduz um importante conteúdo material para os fins de legitimação dos crimes de perigo abstrato, especialmente quando se verifica que a efetiva periculosidade das condutas perquiridas passa a ocupar um importante lugar em dita estratégia de atuação do direito penal, tanto em seu viés legislativo, quanto em sua perspectiva jurisdicional²¹¹.

Por estas razões, sob a perspectiva legislativa, tem-se que as condutas tipificadas como crime de perigo abstrato já não podem incidir sobre atos que não disponham de potencialidade lesiva, sendo que sob o prisma jurisdicional, as barreiras sancionatórias atribuídas ao Estado somente podem ser consideradas ultrapassadas mediante a comprovação de que o comportamento reprovado veio a efetivamente criar uma situação capaz de causar danos.

4.3.1.5 Do Princípio da Culpabilidade

O princípio da culpabilidade apresenta-se como um dos pilares do Estado Democrático de Direito, tendo em vista que a partir de suas prerrogativas a tutela penal somente pode incidir sobre fatos que possam ser atribuídos de forma subjetiva aos seus agentes, mediante a reprovabilidade de suas respectivas condutas.

Em linhas gerais, o enunciado geral do princípio da culpabilidade nos dias atuais corresponde à idéia de que a sociedade e o direito penal somente podem punir condutas e resultados lesivos por intermédio de juízos de censurabilidade calcados em elementos

²¹⁰ Respalhando esta perspectiva de manifestação da ofensividade nos crimes de perigo abstrato Faria Costa ressalta: “A ofensividade pode, assim, estruturar-se em três níveis, todos eles tendo como horizonte compreensivo e integrativo a expressiva nomenclatura do bem jurídico: dano/violação; concreto pôr-em-perigo e cuidado-de-perigo. Por aqui se podem perceber, pois, os pressupostos fundantes dos crimes de perigo abstrato.”

COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal**. p. 642-643-644.

²¹¹ Com base em tais pressupostos, diversos autores sustentam que em relação aos crimes de perigo o correto seria substituir-se o termo lesividade pela denominada ofensividade. Em tal perspectiva, destaca-se as colocações realizadas por Francisco Antolisei: “Circa, poi, la parola lesione, ricordiamo quando abbiamo avuto occasione di dire nella prima parte del presente lavoro: essa è più adatta per indicare una delle forme dell'aggressione – precisamente quella che consiste nelle distruzione o nelle menomazione del bene o dell'interesse – che non l'aggressione in genere. Per poter comprendere anche l'altra forma, e cioè la messa in pericolo, bisogna forzarne il significato. Escluse tutte queste dizioni, resta quella da noi accolta, e cioè le denominazione ofessa, la quale deve preferirsi alle altre per i motivi che si sono indicati: e in particolare perchè la parola ofessa, secondo il suo significato etimologico, è sinonimo di attacco o aggressione, e perchè la parola medesima è ben idonea per comprendere tanto la lesione, quanto la messa in pericolo.”ANTOLISEI, Francesco. *L'offesa e il danno nel reato*. p. 74.

valorativos básicos, como: imputabilidade; consciência da ilicitude e impossibilidade de agir de outro modo.

Nesse sentido, ao versar sobre as linhas estruturais da culpabilidade nos dias atuais, José Luis Díez Ripollés²¹² destaca:

No basta para exigir responsabilidad con que se pueda atribuir subjetivamente a una persona el hecho por ella materialmente realizado o producido. Es preciso además que se le pueda pedir cuentas por el proceso de motivación que le ha llevado a tomar la decisión de realizar el comportamiento. Este principio, que se formula en términos negativos y excepcionales, expresa que la sociedad está dispuesta a renunciar a hacer responsable a una persona de comportamiento a ella imputables si, en alguna medida socialmente asumible, se puede afirmar que no pudo evitar tal decisión, o lo resultó especialmente difícil evitarla. El principio tiene como presupuesto la arraigada convicción ética de que el ser humano en condiciones normales dispone de un significativo margen de libertad a la hora de tomar decisiones.

Por estas razões, a culpabilidade encontra-se colocada no centro dos ordenamentos jurídicos que se queiram democráticos, ao passo que a Constituição Federal de 1988, em diversas passagens, referencia dito pressuposto da atuação punitiva do Estado, que inegavelmente tem suas raízes calcadas no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, previsto no art. 1º, inc. III, do texto constitucional²¹³.

Como não poderia ser diferente, a moderna estrutura conferida a culpabilidade também apresenta-se como um dos principais elementos referenciais de legitimação dos crimes de perigo, especialmente pelo fato de que o percurso histórico trilhado pelo moderno conceito de culpabilidade teve um de seus percalços mais incisivos justamente na concepção atribuída a periculosidade²¹⁴.

²¹² DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La racionalidad de las leyes penales** : práctica y teoría. Madrid: Trotta 2003. p. 152-153.

²¹³ Ao versar sobre a referência alçada a culpabilidade na Constituição Federal de 1988, Luiz Luisi assinalou: A nossa ordem jurídica também dá a culpabilidade gabarito constitucional. Basta considerar o texto do inciso XVII, da nossa Carta Magna: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Isto que dizer que a condenação ao cumprimento de uma pena pressupõe, seja provada e declarada a culpabilidade de um agente que seja autor ou participe de um fato típico e antijurídico. Também se deduz a presença da culpabilidade do texto do inciso XLVI, do Código V, da Constituição de 1988, que consagra a individualização da pena. É inquestionável que a individualização da pena, no seu aspecto judicial, ou seja, na aplicação da pena a um réu, tem como base fundamental a culpabilidade. É esta que vai viabilizar a condenação, a escolha da pena quando há alternativa, e a sua quantificação. LUISI, Luiz Benito Viggiano. **Os princípios constitucionais penais**. p. 37.

²¹⁴ Em tal perspectiva, elucidativas são as colocações realizadas por Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde: “Por eso se entiende que los partidarios de acabar a toda costa con la criminalidad, o por lo menos con determinadas formas de criminalidad, vieran en las medidas de seguridad la panacea capaz de solucionar los problemas que la pena no solucionaba satisfactoriamente, especialmente la corrección de los corregibles, pero sobre todo la inocuización o aseguramiento de los que no son. Propuesta por el suizo Carl Stoss a finales

Assim, na medida em que durante o início do século passado, a partir da difusão das idéias do positivismo criminológico²¹⁵, o conceito de culpabilidade passou a albergar a premissa de que determinados indivíduos que supostamente teriam tendências para descumprir a lei poderiam sofrer medidas de inocuização, mesmo sem realizar qualquer conduta que lesionasse ou colocasse em perigo bens jurídicos, tem-se que a intervenção punitiva do Estado alcançou patamares inaceitáveis.

Desse modo, o ponto fulcral da ligação entre a culpabilidade e os crimes de perigo no estágio atual da teoria do Estado reside justamente no papel atribuído a esta, qual seja: o de vedar que os crimes de perigo venham a incidir em condutas que apenas vislumbrem a punição de meros comportamentos que identificam a personalidade dos indivíduos, sem que se tenha qualquer referência precisa em relação à lesão, ou uma efetiva colocação em perigo abstrato ou concreto de bens jurídicos legítimos²¹⁶.

Se analisado o contexto no qual encontra-se inserida a política criminal, as estruturas matriciais do princípio da culpabilidade em relação aos crimes de perigo merecem ainda mais destaque, tendo em vista que o conteúdo disposto em suas estruturas tem o condão de limitar de forma bastante precisa o âmbito de intervenção penal, impedindo que os anseios punitivos que circundam a sua expansão, retirem o caráter reflexivo de seus postulados.

del siglo XIX como complemento de la pena, fue acogida con los brazos abiertos por el régimen nacionalsocialista en Alemania que, apenas llegó al poder en 1933, se apresuró a introducir en el Código penal una Ley sobre el Delincuente Habitual Peligroso, que preveía para este tipo de delincuente su internamiento en casas de trabajo y campos de concentración que teóricamente perseguían su reeducación, pero que realmente se convirtieron en cementerios, de los que nunca volvieron a salir.”

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE. **Introducción a la Criminología**. Valencia: Tirant lo Blanch. 2001. p. 370-371.

²¹⁵ Conforme exposição realizada no capítulo 2, item 2.5 (**A eterna busca pela eliminação dos riscos e a (re)edição das técnicas de inocuização através dos movimentos repressivos cunhados a partir do modelo político criminal de Lei e Ordem/Tolerância Zero**).

²¹⁶ Um dos exemplos mais evidentes da relação entre os crimes de perigo (entendidos genericamente em oposição aos crimes de dano) e a ausência de referências acerca do moderno conceito de culpabilidade, pode ser ofertado a partir do art. 59 do Decreto-Lei nº 3.688/41, que versa sobre as contravenções penais. Em tal diploma legal, o fato de entregar-se habitualmente à ociosidade sem ter renda que assegure a subsistência, importa na pena de prisão simples, de quinze dias a três meses. “(Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.)”. BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.688. de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em 19 mar. 2011. Outro dispositivo que também pode ser utilizado como exemplo de censura exclusiva do autor em detrimento do fato, reside no crime de rufianismo previsto no art. 230 do Código Penal Brasileiro, que conta com a seguinte redação: “Art. 230 - Tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente de seus lucros ou fazendo-se sustentar, no todo ou em parte, por quem a exerça: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.” BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848. de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em 19 mar. 2011.

Isto posto, pode-se dizer que ao mesmo tempo em que a sociedade do risco e os desdobramentos de suas conseqüências exigem novas medidas e posturas interventivas, tem-se que o desenvolvimento dos critérios de imputação abarcados pela culpabilidade apresentam-se como imprescindíveis substratos para a configuração das margens designadas ao direito penal.

Por esta razão, as estruturas e os limites impostos ao Estado, com base nos fundamentos decorrentes da relação estabelecida entre o princípio da culpabilidade e os crimes de perigo, encontra-se vinculada ao próprio percurso histórico de dita referência interventiva enquanto mecanismo de restrição das razões sancionatórias conferidas aos poderes públicos.

Logo, toda e qualquer proposta de legitimação dos crimes de perigo, sob o prisma do moderno constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, necessariamente deve estar subordinada a culpabilidade, ou seja, a critérios e juízos valorativos que incidam sobre fatos que desfrutem de censurabilidade, e não sobre meras condições pessoais ou condutas desprovidas de potencialidade efetiva de causar resultados lesivos.

4.3.1.6 Do Princípio da Presunção de Inocência

A presunção de inocência alberga em sua estrutura a idéia de que as medidas sancionatórias decorrentes da aplicação da lei penal somente podem ser efetivadas mediante a regular instauração de um processo que tenha como ponto de partida a inocência dos acusados. Nesse sentido, tem-se que a linha estrutural que permeia as bases do princípio em tela encontra-se assentada no pressuposto de que compete aos órgãos e agentes legalmente designados pelo Estado, dentro dos limites impostos à produção de provas, desconstituir a presunção de inocência que assiste aos acusados.

Logo, diante dos fundamentos do princípio em comento, observa-se que a sua estrutura matricial comporta a premissa de que a aplicação das leis penais deve estar subordinada a proteção dos indivíduos contra arbitrariedades e meros juízos condenatórios, ainda que ditos postulados possam, em muitas ocasiões, conduzir a impunidade de

culpados²¹⁷.

Por estas razões, com o fito de frear abusos e arbitrariedades, os mais diferentes diplomas legais acabaram transformando o princípio da presunção de inocência em referência legal expressa, dentre os quais destacam-se: as cartas universais sobre Direitos Humanos - Declaração Universal dos Direitos Humanos²¹⁸; Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis Políticos de 1966²¹⁹; Convenção Européia dos Direitos do Homem de Roma/1950²²⁰; e Convenção Americana de San Jose da Costa Rica/1969²²¹.

Em consonância com as Cartas legais aludidas, a Constituição Federal de 1988, visando dar suporte ao seu projeto democrático, estabelece em seu art. 5º, inc. LVII - “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Assim, com base em dito preceito, pode-se dizer que as considerações acerca da presunção de inocência também servem de fundamento para outras prerrogativas de limitação dos poderes punitivos do Estado, tais como: o *in dubio pro reo* e o princípio da motivação.

Nesse contexto, diante das estruturas conceituais e sistemáticas decorrentes da presunção de inocência, tem-se que os denominados crimes de perigo abstrato puro, por equipararem a mera realização da tipicidade formal com a realização de uma situação de

²¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. p. 549.

²¹⁸ Art. XI -1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa. **DECLARAÇÃO DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM**. <Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaração-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em 17 nov. 2011.

²¹⁹ 2. Art.14 – 2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. **PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS – 1966** Adotado pela Resolução n. 2.200 A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. <Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global_Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-deProte%C3%A7%C3%A3o/pacto-internacional-dos-direitos-civis-epoliticos.html>. Acesso em 17 nov. 2011.

²²⁰ Art.6 - 1. 2. Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada. **CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM CONVENÇÃO PARA A PROTECÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS – 1950**. <Disponível em: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf>. Acesso em 17 nov. 2011.

²²¹ Art. 8º - 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: **CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - 1969** (Pacto de San José da Costa Rica). <Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organização-dos-Estados-Americanos/convencao-americana-de-direitos-humanos-1969-pacto-de-san-jose-da-costa-rica.html>>. Acesso em 17 nov. 2011.

perigo, por certo, encontram problemas de legitimação sob o ponto de vista do princípio em comento²²².

Em tal perspectiva, a questão que se coloca como objeto de problematização situa-se no fato de que, mediante a presunção de periculosidade designada aos tipos penais, o Estado estaria se desonerando de sua principal carga processual em relação aos fundamentos sociológicos/teleológicos que circundam os crimes de perigo, qual seja: a de demonstrar a relação da periculosidade existente entre a conduta perquirida criminalmente e a sua respectiva potencialidade de gerar danos.

Desse modo, mesmo diante de circunstâncias onde não houvesse a criação ou o aumento de um risco, a atuação punitiva do Estado restaria revestida da presunção de legitimidade, em oposição às premissas ditadas pelo princípio da presunção de inocência enquanto medida de contenção de juízos de reprovação do direito penal acerca das condutas individuais.

Em outras palavras, a carga probatória dos crimes de perigo abstrato puro, sob a perspectiva formal de legitimação de tal técnica de tutela, restaria significativamente reduzida, ao passo que ao fazer prova da mera ocorrência das situações descritas pelos tipos penais (em grande parte demasiadamente abertos) a acusação estaria desincumbida de relacionar a conduta perquirida com a espécie de risco/perigo produzido por esta.

Exemplificativamente, entre as diversas situações possíveis, aquele que transporta produto ou substância tóxica com a licença vencida, ainda que esteja respeitando todas as normas de segurança, e que o vencimento de sua autorização tenha se estabelecido no dia

²²² Ao tratar da relação entre o princípio da presunção de inocência e o aspecto formal dos crimes de perigo abstrato Pierpaolo Cruz Bottini destaca: “No entanto, por mais que a fórmula negativa, tal como exposta, busque relativizar a incidência do injusto que acompanha os tipos penais de perigo abstrato, não há meio de compatibilizá-la com o princípio da presunção de inocência. A inversão do ônus da prova é admitida no direito brasileiro apenas em situações de desequilíbrio processual, quando uma das partes dispõe de informações ou de capacidade de litigância que demande tal mecanismo para recomposição do equilíbrio da lide. É o que ocorre nos litígios que envolvem relações de consumo, por exemplo, em que é patente a hiposuficiência dos demandantes em relação aos demandados, ao menos no que tange às informações necessárias para a demonstração dos fatos. Esta situação, que justifica a inversão do ônus da prova, evidentemente não se verifica no plano penal, quando o indivíduo é colocado diante do Estado para defender-se de imputação fática e da pretensão punitiva sobre um comportamento desvalorado. Não há inferioridade do demandante mas, ao contrário, trata-se do poder público argüindo contra um cidadão: logo, não há legitimidade em exigir deste último a demonstração da irrelevância da conduta.” BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n.61, p. 44-121, jul./ago. 2006. p. 89.

anterior, restará não só presumido, mas sim, materialmente incurso no art. 56, da Lei 9.605/98 “Art. 56. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos [...]”.

Por estas razões, sob a perspectiva da presunção de inocência, o perigo enquanto elemento de legitimação da atuação punitiva do direito penal, não pode ser algo meramente presumido, devendo ser comprovado e relacionado com a teleologia que o assiste, sob pena de inverter a dialética do sistema processual penal preconizado pelos textos constitucionais do Estado Democrático de Direito.

4.4 Os Critérios Formais e Materiais de Legitimação dos Crimes de Perigo Sob a Perspectiva dos Princípios Constitucionais Penais: Breves Considerações Acerca do Posicionamento Adotado pelo Supremo Tribunal Federal no Julgamento do Habeas Corpus N° 109.269/Mg

Ao julgar o Habeas Corpus n° 109.269/MG, o Supremo Tribunal Federal deparou-se com o questionamento da constitucionalidade do art. 306²²³ do Código de Trânsito Brasileiro - CTB, que comporta a técnica de tutela penal designada como crime de perigo abstrato puro. Assim, em tal oportunidade, a corte constitucional brasileira enfrentou questões de suma relevância em relação aos caminhos conferidos a intervenção punitiva realizada por meio dos crimes de perigo, ao passo que, por unanimidade, veio a pronunciar-se em favor da legalidade dos crimes de perigo abstrato em sua modalidade formal de legitimação.

Frente à importância do pronunciamento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, faz-se necessária, ainda que de forma bastante abreviada, uma análise, a partir dos princípios constitucionais penais, das premissas que sustentaram dita decisão, senão vejamos:

Conforme narra o relatório do julgado²²⁴, a impetrante aduziu em favor do paciente (*i*)

²²³ “Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência (...)”.BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília, DF, 23 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm>. Acesso em: 12 mar. 2011.

²²⁴ Nesse sentido, transcreve-se em sua integralidade o relatório da decisão em comento: “O SENHOR

a inconstitucionalidade do art. 306 do CTB, sob a alegação de que dito diploma legal violaria o princípio da ofensividade ao criar uma norma de perigo abstrato; e (ii) que o direito penal somente deve atuar quando houver ofensa a bem jurídico relevante.

Assim, diante dos argumentos em tela, os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, exararam o entendimento de que não haveria nenhuma ilegalidade em relação à redação do art. 306 do CTB, destacando que (i) a objetividade jurídica do delito protege não só a individualidade, mas também, o corpo social mediante o incremento dos níveis de segurança nas vias públicas; (ii) para os crimes de perigo abstrato não importa o resultado; (iii) diante da redação do art. 306 do CTB bastaria a comprovação de que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro; e (iv) não se faz necessária a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado²²⁵.

MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI (RELATOR): Trata-se de habeas corpus impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de JULIANO PEREIRA, contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem no HC 187.478/MG, Rel. Min. Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE). A impetrante narra, de início, que o paciente, denunciado pela suposta prática do delito previsto no art. 306 da Lei 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro) – condução de veículo automotor, em via pública, com concentração de álcool por litro de sangue acima do permitido – foi sumariamente absolvido pelo juízo de primeiro grau sob o fundamento da inconstitucionalidade da norma incriminadora. Prossegue afirmando que, inconformado, o Ministério Público estadual interpôs apelação, postulando, basicamente, o prosseguimento da ação penal. Relata, em seguida, que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais deu provimento ao recurso, o que deu ensejo ao ajuizamento, pela defesa, de habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça. Destaca, nesse passo, que a Sexta Turma daquela Corte, por unanimidade, denegou a ordem. É contra essa decisão que se insurge a impetrante. Alega, em suma, a inconstitucionalidade do art. 306 da Lei 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro) ao argumento de que a referida norma cria crime de perigo abstrato, modalidade de delito que se consuma apenas com a possibilidade de dano, em afronta ao princípio da ofensividade, o que não pode ser admitido no ordenamento jurídico pátrio. Assevera, em seguida, que, embora tenha o legislador pretendido prevenir a prática de crimes na condução de veículo automotor, não é por meio da edição de normas como a combatida que o Estado resolverá a questão e sim com a adoção de política séria que alerte sobre os riscos da ingestão de bebidas alcoólicas. Diz, em acréscimo, que o Direito Penal deve atuar somente quando houver ofensa a bem jurídico relevante, não sendo cabível a punição de comportamento que se mostre apenas inadequado. Requer, ao final, a concessão da ordem de habeas corpus para reformar a decisão do STJ e restabelecer o entendimento do juiz de primeiro grau que absolveu sumariamente o paciente. Em 2/8/2011, não havendo pedido de medida liminar a ser apreciado, determinei fosse ouvido o Procurador-Geral da República. O Ministério Público Federal, em parecer de lavra da Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques, opinou pela denegação da ordem. É o relatório. (HC 109269, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 27/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011)”.

²²⁵ Conforme demonstra a ementa do julgado ora analisado: “*HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO TIPO PENAL POR TRATAR-SE DE CRIME DE PERIGO ABSTRATO. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - A objetividade jurídica do delito tipificado na mencionada norma transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção de todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas. II - Mostra-se irrelevante, nesse contexto, indagar se o comportamento do agente atingiu, ou não, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado. Precedente. III - No tipo penal sob análise, basta que se comprove que o*”

Desse modo, diante dos fundamentos expostos, inicialmente, cumpre destacar que ao considerar que a realização da conduta prevista no tipo penal equipara-se a tipicidade material, a corte constitucional brasileira optou por conferir aos crimes de perigo abstrato requisitos formais de legitimação, reconhecendo que os tipos penais portariam em seus próprios postulados a periculosidade necessária para a reprovação das condutas sob as quais incidem.

Nesse sentido, ao adotar o caminho metodológico ora exposto, a suprema corte brasileira, ao que tudo indica, optou por um conceito amplo de bem jurídico, destacando que a conduta sancionada pelo art. 306 do CTB, teria a função de proteger não só o indivíduo, mas todo o corpo social.

No entanto, conforme exposto no item 3.2, a ampliação demasiada do conceito de bem jurídico, cominada com a presunção de lesão dos mesmos, acaba por retirar o caráter limitativo que dita construção teórica busca atribuir a intervenção penal, ao passo que o mero resguardo da coletividade, enquanto corpo social, por si só, sequer possibilita o aferimento da legitimidade do bem jurídico tido como tutelado, tendo em vista que resta impossível visualizar os limites mínimos do seu âmbito de proteção. Como bem salientou Lenio Streck²²⁶ ao tratar de problema idêntico em relação à interpretação atribuída a lei de armas: “E não se venha dizer que a vítima desse crime é a sociedade, porque a sociedade é sempre vítima”.

Nesse sentido, a extensão das premissas conceituais utilizadas na decisão supra referida traz sérios problemas até mesmo para os crimes de perigo concreto, tendo em vista que ao reconhecer um bem jurídico tão amplo como “a coletividade”, sem que haja a estipulação de limites a esta referência, toda e qualquer atuação pode ser concebida como lesão ou colocação em perigo concreto de dita perspectiva de bem jurídico.

acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que esteja caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado e, portanto, configurado o crime. IV – Por opção legislativa, não se faz necessária a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal. V – Ordem denegada.(HC 109269, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 27/09/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011)”.

²²⁶ STRECK, Lenio Luiz. O “Crime de porte de arma” à luz da principiologia e do controle de constitucionalidade: três soluções à luz da hermenêutica. p. 53.

Por estas razões, embora a decisão ora analisada tenha ressaltado que os crimes de perigo abstrato prescindem de resultado, tem-se que com base no conteúdo valorativo atribuído a tal forma de tutela penal, em realidade, a corte constitucional acabou por considerar que estes delitos violam bens jurídicos coletivos, equiparando-os aos delitos de lesão.

Conseqüentemente, diante da perspectiva formalista atribuída aos crimes de perigo abstrato, verifica-se que a lesividade/ofensividade (entendida nesta modalidade interventiva como potencialidade de gerar danos), simplesmente foi desconsiderada pela decisão proferida pela corte constitucional, que se manifestou no sentido de que o delito em questão prescinde da prova do risco potencial.

Da mesma forma, outro ponto de sustentação da decisão em análise que também merece referência reside no fato de que, a partir do momento em que a periculosidade da conduta resta presumida pelo tipo penal, sem que sequer seja possível questionar-se o seu efetivo potencial lesivo, o princípio da presunção de inocência automaticamente acaba sendo subvertido, transformando-se em um pressuposto meramente simbólico em relação ao processamento da modalidade delitiva em questão.

Como corolário, tendo em vista que os critérios formais de legitimação dos crimes de perigo permitem que estes possam incidir em condutas que não dispõem de potencial lesivo, observa-se que além de possibilitar medidas que violam os princípios supramencionados, as prerrogativas da intervenção penal decorrentes da culpabilidade e da legalidade também sofreram duras restrições diante da decisão proferida pela suprema corte brasileira.

Assim, considerando que um dos traços mais essenciais da culpabilidade encontra-se estabelecido no seu juízo de censurabilidade em relação aos comportamentos sancionados pelo direito penal, resta clara a sua incompatibilidade com a leitura formalista atribuída aos crimes de perigo, uma vez que condutas desprovidas de qualquer potencial lesivo, por certo, não podem ser destinatárias de juízos de reprovação.

Outro ponto que também merece ser referido encontra-se no fato de que, ao expor o posicionamento adotado, o relator destacou que nos crimes de perigo abstrato a mera desconformidade em relação a determinações regulamentares também coincidiria com o

preenchimento material de tais tipos penais, conduzindo ao entendimento de que a corte constitucional teria adotado a postura de relativização do princípio da legalidade²²⁷.

Isto posto, tem-se que mesmo ante as limitadas considerações acima referidas, verifica-se que tanto a mera alegação de inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, quanto a sua legitimação mediante critérios formais de referência, merecem passar por filtros constitucionais mais estreitos, especialmente pelo fato de que como bem assinala Bernd Schünemann²²⁸, tal mecanismo de intervenção penal “[...] necessita de uma legitimação bem mais intensa, uma vez que, à medida em que se distancia a matéria de proibição do ato verdadeiramente lesivo, mais grave vai se tornando a limitação da liberdade da ação.”

Tal necessidade resta ainda mais evidente na medida em que compulsando o voto da decisão em comento, observa-se que em nenhum momento há qualquer discussão acerca dos princípios constitucionais penais, ou ainda, das conseqüências que a extensão da decisão tomada pela corte constitucional brasileira pode tomar mediante o amplo rol de referências legais que albergam a tutela penal realizada por intermédio dos crimes de perigo abstrato.

4.5 Os Crimes de Perigo e os Riscos da Concepção de Risco Jurídico-Penal para o Estado Democrático de Direito

A tônica sob a qual tem se desenvolvido as premissas sociológicas acerca dos crimes de perigo no contexto social atual gira em torno dos fenômenos decorrentes da idéia de sociedade do risco, que sob a perspectiva doutrinária, abarca pressupostos conceituais distintos dos riscos/medos tradicionais, sendo concebida como resultado da ausência de regulação e até mesmo de previsibilidade em relação às conseqüências dos fundamentos que embasaram o processo de industrialização ocorrido nos meados do séc. XIX²²⁹.

²²⁷ Nesse sentido, destaca-se o seguinte trecho do voto proferido na decisão ora analisada: “Relembro, por oportuno, que, assim como o delito de embriaguez ao volante, também o crime de porte ilegal de arma de fogo classifica-se como crime de perigo abstrato, consumando-se com o simples ato de alguém portar arma de fogo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, prescindindo a sua tipificação, por conseguinte, da demonstração de ofensividade real da conduta, o que não leva à inconstitucionalidade do referido tipo penal.”

²²⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal, in: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, março-abril de 2005. p. 9- 37. p.28

²²⁹ De acordo com o Ulrich Beck a sociedade industrial teve como bandeira a aceitação dos riscos como forma de produção de riquezas. Assim, sob uma perspectiva política, tanto o liberalismo quanto o Estado de Bem-estar acabaram aceitando os riscos e as ameaças que eram vistas como parte do processo de produção de capital. Todavia, com o passar do tempo se descobriu que toda a liberdade dispensada a industrialização

Por estas razões, preliminarmente, cumpre destacar que as concepções doutrinárias de sociedade do risco não podem ser confundidas com os tradicionais medos e receios que sempre estiveram presentes nas mais diversas formas de organização das estruturas coletivas²³⁰. Logo, mediante a distinção realizada, ainda que o sentimento de insegurança seja uma das principais características dos tempos atuais, seria um grande equívoco afirmar que este é um traço exclusivo do presente período histórico.

Isto posto, através da perspectiva sociológica de legitimação dos crimes de perigo, observa-se que tal mecanismo interventivo abarca situações sociais distintas, utilizando-se por muitas vezes das premissas da sociedade do risco para “legitimar-se” ante circunstâncias sociais tradicionais, configurando assim uma espécie de “homogeneização” da idéia de risco²³¹.

Por conseguinte, partindo do pressuposto de que a criminalização de estágios prévios aos danos constitui-se como medida extrema em face do seu poder de ampliar as margens da

acabou gerando uma série de conseqüências, e toda a humanidade se viu obrigada a deparar-se com fenômenos até então impensados. Assim, o risco, na concepção do autor passou a assumir uma nova conotação, na medida em que se desvinculou da individualidade ou de uma mera coletividade, para se tornar em algo geral. O exemplo que Beck utiliza é que em todas as épocas existiram riscos, porém, atualmente o risco é imensamente amplo (coletivo) tendo em vista que se vislumbra a possibilidade efetiva da destruição da vida humana a partir das ações do homem. Além disso, o risco de hoje ultrapassa as fronteiras, sendo que não atinge apenas os países industrializados. Da mesma forma, se tem que diferentemente de outras épocas onde se podia ver e sentir os problemas e as situações fora da estrutura, atualmente, o risco é imperceptível ao simples contato. A conseqüência de todas as mudanças reside no fato de que algumas medidas que antes eram vistas como excepcionais, típicas de um Estado de exceção, hoje em dia acabam se tornando a regra.

Ver: BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. p. 290

²³⁰ Conforme análise das considerações realizadas no capítulo 2 item 2.1 (**Noções introdutórias acerca da lógica da incerteza e do medo sob a perspectiva da sociedade do risco**).

²³¹ Ao tratar do resultado político do conceito de sociedade do risco Ulrich Beck, Anthony Giddens e Scott LASH destacam: “Qualquer um que conceba a modernidade como um processo de inovação autônoma deve contar até mesmo com a obsolescência da sociedade industrial. O outro lado dessa obsolescência é a emergência da sociedade de risco. Este conceito designa uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições para o controle e a proteção da sociedade industrial. Duas faces podem ser aqui distinguidas: primeiro, um estágio em que os efeitos e as auto-ameaças são sistematicamente produzidos, mas não se tornam questões públicas ou o centro de conflitos políticos. Aqui, o autoconceito da sociedade industrial ainda predomina, tanto multiplicando como “legitimando” as ameaças produzidas por tomadas de decisão, como “riscos residuais” (a “sociedade do risco residual”). Segundo, uma situação completamente diferente surge quando os perigos da sociedade industrial começam a dominar os debates e conflitos públicos, tanto políticos como privados. Nesse caso, as instituições da sociedade industrial tornam-se os produtores e legitimadores das ameaças que não conseguem controlar. O que acontece aqui é que alguns aspectos da sociedade industrial tornam-se *social e politicamente* problemáticos. Por um lado, a sociedade ainda toma decisões e realiza ações segundo o padrão da velha sociedade industrial, mas, por outro, as organizações de interesse, o sistema judicial e a política são obscurecidos por debates e conflitos que se originam do dinamismo da sociedade de risco. BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony, LASH, Scott. *Modernização reflexiva: Política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Unesp, 1997.

atuação penal do Estado em detrimento das liberdades individuais, um dos problemas que se coloca diante desta perspectiva de intervenção consiste no fato de que o raciocínio utilizado para a tutela de situações extremas (como por exemplo: o correto manuseio da energia nuclear), acaba sendo transferido para condutas que nem de longe contemplam o grau de lesividade/ofensividade que caracteriza as premissas doutrinárias da sociedade do risco.

Nesse contexto, a ausência de elementos que conectem as condutas sancionadas pelo direito penal a parâmetros seguros de limitação em relação ao seu âmbito de punibilidade, sem qualquer sombra de dúvidas, constitui a característica precípua dos caminhos trilhados pela política criminal da atualidade, em oposição ao denominado direito penal clássico. Por estas razões, ao versar sobre o tema, Bernardo Feijoo Sanchez²³² destaca:

O direito penal cria novos tipos penais com que intervém em novos âmbitos dos quais tradicionalmente se vinha ocupando o direito administrativo ou dos quais somente se havia ocupado mediante os delitos de lesão tradicionais. É paradigmática a criação de tipos penais que vão protegendo funções estatais e a criação de delitos de perigo abstrato. II. A pena vê modificadas suas funções tradicionais, vendo-se transformada num instrumento de gestão da delinquência como “macrorisco” social. Se as medidas de segurança representavam, desde o final do século XIX, uma administrativização de uma parte do direito penal (o debate sobre a sua natureza jurídica é um indício disso), na atualidade, passa a ocupar um lugar protagonista no debate sobre a inoculação através da pena. Uma característica desta dinâmica é a diferença de trato em função do tipo de delinqüente, produzindo-se uma intensificação do tratamento punitivo relativamente àqueles grupos de delinqüentes que mais preocupam.

No cenário pelo qual passa a política criminal, os crimes de perigo e a estrutura do direito penal como um todo, ao desprenderem-se dos seus pilares limitativos, acabaram criando um novo risco, qual seja: o da relativização constante das garantias, sob a mera alegação de se evitar situações indesejadas.

Por estas razões, sem que se proceda maiores reflexões acerca da legitimação dos crimes de perigo, o direito penal pode ser facilmente convertido em um instrumento primário de conformação e de subordinação dos cidadãos a uma lógica extrema de obediência, criando um ambiente propício para que a ordem jurídica passe a ser configurada a partir de medidas instauradas sob a égide da exceção²³³.

²³² SANCHEZ, Bernardo. Sobre a “Administrativização” do Direito Penal na “Sociedade do Risco”: p. 25.

²³³ Ao abordar os problemas da lógica da exceção para as premissas do Estado, Giorgio Agamben destaca: “Logo que tomou o poder (ou, como talvez se devesse dizer de modo mais exato, mal o poder lhe foi entregue), Hitler promulgou, no dia 28 de fevereiro, o Decreto para a proteção do povo e do Estado, que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais. O decreto nunca foi revogado, de

Em outras palavras, a lógica antecipatória que tem permeado as premissas da intervenção penal, em inúmeras ocasiões, acaba sendo distorcida, fazendo com que a tutela punitiva passe a incidir sob condutas que não dispõem do referencial de censurabilidade presente no conceito doutrinário de sociedade do risco.

Nesse sentido, a legislação brasileira pode ser considerada como exemplo privilegiado do patamar de banalização dos crimes de perigo e da conseqüente ausência de limites da intervenção penal, ao passo que condutas que encontram problemas para legitimarem-se como relevantes para a proteção penal como um todo, em inúmeros diplomas legais, acabam sendo tuteladas por meio de crimes de perigo abstrato²³⁴.

Da mesma forma, as premissas interventivas da sociedade do risco também têm dividido grande parte de seus pressupostos de antecipação das barreiras punitivas com os denominados delitos tradicionais, fazendo com que estes recebam novas cargas de reprovação, que cada vez mais passam a ser traduzidas por medidas cunhadas sob a perspectiva do direito penal do inimigo

Nesse contexto, ao versar sobre as características da intervenção penal dos dias atuais

modo que todo o Terceiro Reich pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, como um estado de exceção que durou doze anos. O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político.” AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poletti. São Paulo: Boitempo. 2004. p. 12/13.

²³⁴ Exemplificativamente, ressalta-se os seguintes diplomas legais: Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) “Art. 73. Deixar de corrigir **imediatamente** informação sobre consumidor constante de cadastro, banco de dados, fichas ou registros que sabe ou deveria saber ser inexata: Pena Detenção de um a seis meses ou multa;” (grifo nosso) BRASIL. **Lei nº 8.078/90, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 19 mar. 2011. Lei nº 9.434/97 – (Transplante de Órgãos); “Art. 19. Deixar de recompor cadáver, devolvendo-lhe aspecto condigno, para sepultamento ou deixar de entregar ou retardar sua entrega aos familiares ou interessados: Pena - detenção, de seis meses a dois anos.” BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 19 mar. 2011; Lei 10.671/03 (Estatuto do Torcedor) “Art. 41-F. Vender ingressos de evento esportivo, por preço superior ao estampado no bilhete: Pena - reclusão de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa.”. Conforme se denota das disposições acima expostas, estas em nada se identificam com as demandas interventivas da sociedade do risco, sendo que, para sermos parcimoniosos, encontram dificuldades em legitimarem-se como medidas dignas da tutela penal. BRASIL. **Lei nº 10.671/03, de 15 de maio de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. < Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.671.htm >. Acesso em 19 mar. 2011.

Günther Jakobs²³⁵, ressalta:

Assim, por exemplo, o legislador (por permanecer primeiro no âmbito do Direito material) está passando a uma legislação – denominada abertamente deste modo – de luta, por exemplo, no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso dos delitos sexuais e outras infrações penais perigosas, assim como, em geral, no que tange aos crimes. Pretendendo-se combater em cada um destes casos, a indivíduos que em seu comportamento (por exemplo, no caso dos delitos sexuais), em sua vida econômica (assim, por exemplo, no caso da criminalidade econômica, da criminalidade relacionada com as drogas e de outras formas de criminalidade organizada) ou mediante sua incorporação a uma organização (no caso do terrorismo, na criminalidade organizada, inclusive já na conspiração para delinquir, § 30 StGB) se tem afastado, provavelmente, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa.

Em suma, embora os crimes de perigo encontrem-se cada vez mais presentes no cotidiano da intervenção penal desenvolvida a partir da concepção de sociedade do risco, o seu âmbito de atuação não está circunscrito apenas as situações atinentes aos problemas e conflitos sociais decorrentes do desenvolvimento tecnológico²³⁶.

Nesse cenário, embora a concepção de sociedade do risco possa ter acentuado a esfera de incidência dos crimes de perigo, tem-se que os medos tradicionais também constituem-se como poderosas fontes de fomento de tal técnica de tutela penal.

Entretanto, ainda que a utilização de mecanismos de antecipação das barreiras punitivas em relação ao dano em sede de direito penal seja uma realidade que parece adquirir força, a intensidade de tal fenômeno legislativo não tem se refletido nas discussões concernentes a legitimidade destas medidas, que ao mesmo tempo em que podem ser atraentes sob o ponto de vista da eficácia, inegavelmente, com base nas perspectivas de garantia insculpidas nos modernos textos constitucionais, apresentam um grande potencial de ofensa em relação ao projeto civilizatório insculpido no modelo de Estado Democrático de Direito.

Por certo, se a legitimidade de toda e qualquer intervenção punitiva decorre dos

²³⁵ JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo Noções e Críticas**. p. 33-34.

²³⁶ Por estas razões, o alerta realizado por Manuel Cancio Meliá em relação aos problemas da estrutura do direito penal do inimigo para a intervenção penal do Estado como um todo, também podem ser vislumbrados em face da ausência de critérios de legitimação dos crimes de perigo, uma vez que conforme ressalta o aludido professor, a flexibilização dos parâmetros constitucionais “[...] constitui-se não uma regressão a meros mecanismos defensivistas, mas um desenvolvimento degenerativo no plano simbólico-social do significado da pena e do sistema penal.”

Idem, ibidem. p.144.

valores constitucionais, os crimes de perigo também devem se subordinar a esta prerrogativa. Logo, se por um lado, a inércia do Estado em relação a possíveis resultados pode gerar situações efetivamente catastróficas, por outro, não se pode olvidar que a ausência de limites em relação ao estágio de incidência da tutela penal certamente contempla um grau de danosidade igual, ou até mesmo superior, do que a sua inércia frente a verdadeiras situações de risco, uma vez que coloca em xeque a própria estrutura do Estado em sua concepção atual.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A segurança em seu viés individual e coletivo cada vez mais tem ganhado destaque na pauta de discussões concernentes às funções destinadas aos poderes públicos. Por estas razões, a política criminal, ao buscar atender os anseios sociais por segurança, se viu obrigada a reconhecer novas e antigas referências interventivas, ampliando as atribuições do direito penal, tanto no que concerne aos limites conferidos às penas de alguns delitos pré-existentes, bem como, fazendo com que este passasse a incidir sobre condutas que antes estavam fora do seu âmbito de atribuições.

Nesse contexto, a troca de garantias pela suposta efetividade punitiva tem servido como substrato para imensas discussões que, concomitantemente, em tese, buscam a proteção da sociedade e do Estado. Todavia, o caminho percorrido pelo embate propositivo da atualidade encontra suporte em questões sociais diversas que formaram um ambiente propício para que a segurança passasse a ser um valor de imenso apreço social.

Assim, ante tal perspectiva, destacam-se os seguintes fenômenos: a) a formação da denominada sociedade do risco; b) a identificação da maioria com a vítima dos delitos; e c) o descrédito de outras instâncias de proteção que não seja o direito penal.

A formação da sociedade de risco, conforme se verificou no item 2.1, teve como bandeira a contraposição à liberdade atribuída ao capital a partir da industrialização. Nesse diapasão, os riscos, em um primeiro momento, eram vistos como ônus a ser pago pela sociedade em face da produção de riquezas e do desenvolvimento social. Porém, com o passar dos anos, descobriu-se que toda liberdade dispensada à produção industrial acabou introduzindo uma série de problemas globais que até então sequer eram pensados.

Logo, a tomada de consciência acerca dos riscos e das conseqüências advindas de fenômenos, tais como: as relações de consumo, o manuseio da energia nuclear e as questões relacionadas ao meio ambiente, fizeram com que a idéia de risco se desprendesse de suas matrizes tradicionais, desvinculando-se da individualidade ou de uma mera coletividade, para se tornar algo muito mais amplo e geral.

Em outras palavras, o desenvolvimento tecnológico e o perigo de destruição da vida

humana pela mão do homem, fez com que as estruturas que permeavam o pensamento racionalista decorrente da tradição jurídica da modernidade se vissem fortemente questionados por incertezas e instabilidades provenientes da tomada de consciência sobre a estrutura alçada pelos riscos, fazendo com que todos os seres humanos se vissem expostos a tais circunstâncias, independentemente de classe social, limites geográficos, ou de qualquer outro parâmetro até então visto como estável e seguro.

Diante de tais fenômenos, a sociedade do risco passou a exigir da política criminal, e do direito como um todo, inúmeras medidas que antes eram vistas como excepcionais, uma vez que o otimismo típico do pensamento moderno em relação ao futuro da humanidade acabou por incorporar a lógica da instabilidade, traduzida pela perspectiva catastrófica que estrutura a própria idéia de sociedade do risco.

Nesse contexto, a política criminal acabou absorvendo os influxos da lógica jurídica decorrente da sociedade do risco, especialmente pelo fato de que o direito, em tal cenário, se viu obrigado a intervir em estágios prévios aos danos, sob pena de ser totalmente ineficaz na persecução de seus objetivos primordiais de proteção da vida e dos valores inerentes a ela.

Em que pese às considerações em questão, outro fator que também merece ser destacado encontra-se no fato de que embora as estruturas conceituais da sociedade do risco tenham incrementado de forma significativa o papel atribuído à intervenção penal, tem-se que em nenhum momento os denominados delitos tradicionais deixaram de dispor de importância no que concerne as estratégias estatais de contenção de atos indesejados.

Assim, em sentido contrário do que se poderia supor, observa-se que a intolerância em relação a crimes como: tráfico de entorpecentes, seqüestros, assaltos, pornografia infantil e terrorismo, têm contribuído para reivindicações e formulações de reestruturação do aparato coercitivo do Estado, desembocando no retrocesso de uma série de garantias conquistadas ao longo do tempo.

Mediante o protagonismo e o medo de ser vítima de crimes como os elencados acima, imensa parcela da população, cada vez mais, clama por medidas repressivas, ainda que não se faça reflexões em torno das conseqüências das mesmas em relação às liberdades individuais.

Grande parte do clamor público por segurança, por certo, advém do papel que a mídia atribui ao crime, bem como do espaço que o delito, enquanto produto jornalístico, dispõe no seio da sociedade atual, especialmente quando se verifica que a potencialidade de dimanação de informações através dos meios de comunicação apresenta-se como uma das principais características do contexto social da atualidade.

Entre as fontes de sustentabilidade da situação prenotada, a receptividade que grande parte das pessoas tem em relação ao fenômeno criminal, enquanto fato jornalístico, indubitavelmente, apresenta-se como ponto fulcral de dita circunstância social, sendo que, por outro lado, a busca por leitores, expectadores, ouvintes ou internautas, acaba relacionando-se com o viés comercial e financeiro que sustenta os veículos midiáticos, tendo em vista que os índices de adesão popular em relação aos conteúdos expostos, certamente são proporcionais aos lucros advindos dos patrocinadores.

Frente ao contexto comunicativo ora exposto, outra circunstância que também merece destaque encontra-se no fato de que a força da mídia em fomentar a insegurança e o clamor público por medidas repressivas também acaba gerando efeitos no sistema político, uma vez que em busca de votos e de prestígio popular, os integrantes de tal sistema acabam lutando pela elaboração de medidas punitivas, colocando o direito penal diante de uma situação extrema de expansão.

Conseqüentemente, na medida em que os indivíduos tendem sempre a se colocarem na condição de vítimas e nunca na condição de acusados dos delitos aos quais qualificam como repugnantes, tem-se que uma das faces da realidade ora exposta consiste no fato de que a delinqüência tradicional muitas vezes é analisada com o olhar destinado aos problemas advindos das situações específicas da sociedade do risco e, sendo assim, o arcabouço interventivo formulado para situações extremas, não raras vezes, é transposto para questões tradicionais, formando um conceito unitário de risco que não condiz com a sua configuração teórica.

As conseqüências das medidas adotadas em sede de política criminal parecem ocupar lugar secundário frente à urgência que se instaurou na lógica legislativa. O resultado de tudo isso é que muitas vezes, mesmo sem maiores justificativas ou análises teóricas, os parâmetros punitivos introduzidos no ordenamento jurídico acabam por respaldar intervenções

que se antecipam ao resultado lesivo, calcadas inúmeras vezes em condutas muito distantes de qualquer potencialidade efetiva de dano.

Um dos resultados mais evidentes de tal realidade social reside no fato de que a lógica antecipatória que volta a ser inserida nas prerrogativas interventivas da atualidade há muito já encontra fortes substratos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais, de modo que além de distanciar-se dos ideais de última *ratio*, o direito penal, por intermédio das demandas punitivistas da atualidade, mesmo formalmente vinculado a ordenamentos jurídicos democráticos, tem reeditado técnicas de inocuização que, sob o pretexto de gerenciar e eliminar riscos, acaba trazendo sérias conseqüências para a estrutura das garantias fundamentais.

Por estas razões, sendo os crimes de perigo o mecanismo dogmático utilizado pelo Estado para intervir de forma precípua em estágios prévios aos danos, o estudo de seus postulados e requisitos, antes de mais nada, constitui-se como uma análise dos limites punitivos conferidos aos poderes públicos em face do panorama social da atualidade.

Conseqüentemente, a primeira observação que deve ser realizada consiste em ressaltar que quanto mais distante do dano estiver a intervenção penal, maiores são as restrições que o Estado impõe as garantias individuais e, por esta razão, a justificação de medidas antecipatórias deve estar revestida por meio de critérios especiais de legitimação, com base em juízos críticos que possam respaldar e delimitar o seu respectivo espaço de configuração.

Isto posto, tem-se que o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito, ao contemplar as estratégias fundamentais de organização e contenção do poder, coloca-se como referência fundamental para toda e qualquer medida punitiva a ser implementada, ao passo que frente a este contexto, tanto os valores albergados em seus dispositivos, quanto às vedações e parâmetros atinentes a persecução penal, apresentam-se como margens intransponíveis em relação aos critérios de legitimação dos crimes de perigo.

No entanto, ainda assim, cabe destacar que embora o texto constitucional deva ser vislumbrado como norte da atuação punitiva desenvolvida pelos crimes de perigo, tem-se que a importância dos bens jurídicos tutelados e a necessidade extrema de que estes venham a ser abarcados por tal forma de tutela penal, por certo, apresenta-se como requisito que deve ser

acrescido aos elementos de contenção do agir persecutório do Estado.

Com base em tal referência, a mera caracterização de valores coletivos, desprovidos de qualquer vinculação em relação a elementos e critérios de aferimento do âmbito de incidência das razões que assistem a tutela jurídica efetivada por meio do direito penal, não podem fazer parte das estruturas constitucionais designadas ao sistema criminal no âmbito do Estado Democrático de Direito.

Logo, por conseguinte, a concepção de bem jurídico recebe um importante substrato material, de modo que meras abstrações devem ser rechaçadas da esfera de censurabilidade do sistema punitivo, evitando que toda e qualquer conduta passe a ser valorada como lesiva aos interesses da coletividade

A partir das premissas em questão, cria-se a possibilidade efetiva de questionar-se a densidade normativa de bens jurídicos como: a ordem pública, segurança pública, incolumidade pública etc. Isto porque, em ditas referências interventivas os valores albergados encontram-se totalmente desmaterializados, formando um ambiente propício para o alargamento da esfera de incidência do direito penal sob o pálio da proteção de referências distante dos indivíduos e dos valores inerentes a estes.

Porém, cabe ressaltar que os fundamentos em tela, por óbvio, não excluem a possibilidade de que o direito penal possa incidir sobre bens jurídicos coletivos, ao passo que a questão que se coloca reside no fato de que tais valores devem encontrar referências capazes de possibilitar o aferimento de seus limites, vedando medidas sancionatórias que incidam sobre atos inócuos.

Assim, diante da busca por critérios que possam conduzir a análise das perspectivas de legitimidade dos crimes de perigo, além dos limites decorrentes das garantias constitucionais insculpidas nos direitos de liberdade, os princípios constitucionais penais também fornecem um importante substrato aos fins proposto, especialmente pelo fato de que a partir de suas prerrogativas, a intervenção punitiva se vê obrigada a dialogar com as garantias históricas, permitindo que a sua modernização se estabeleça de modo reflexivo.

Em outras palavras, os princípios constitucionais penais, por resultarem de lutas

decorrentes de sucessivos avanços e retrocessos em relação aos limites da atuação punitiva do Estado, constituem-se como mecanismos de proteção do seu respectivo projeto civilizatório, estabelecendo medidas que além de limitar as margens conferidas à persecução penal, também introduzem parâmetros críticos ao viés eficientista presente na lógica antecipatória que tangencia a estrutura dos crimes de perigo.

Por outro lado, além das construções desenvolvidas pelo constitucionalismo, os critérios de legitimação dos crimes de perigo também envolvem as suas prerrogativas dogmáticas, tendo em vista que dita medida de antecipação da intervenção penal apresenta faces distintas, requerendo análises peculiares acerca de cada um dos seus postulados.

Desse modo, pode-se dizer que um dos problemas recorrentemente presente nas discussões que envolvem a modalidade de tutela penal em tela consiste na ausência de precisão conceitual que muitas vezes se atribui aos seus referenciais interventivos. Por estas razões, a precisão da estrutura dogmática conferida aos crimes de perigo concreto, perigo abstrato-concreto, perigo abstrato puro e perigo abstrato por acumulação, apresenta-se como medida indispensável para a delimitação da esfera de incidência atribuída à intervenção penal.

Logo, mediante o esclarecimento de cada uma das formas de manifestação dos crimes de perigo, observa-se que todos os seus postulados merecem maiores contribuições, ao passo que formulações como as que comumente contemplam meras alegações acerca da suposta inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, além de pecarem pela ausência de maiores desenvolvimentos conceituais, por vezes, podem representar o aumento das possibilidades interventivas do Estado.

Assim, exemplificativamente, parte da doutrina penal, ao pugnar pela inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato e, ao mesmo tempo, aceitar que o Estado possa sancionar condutas que supostamente afrontam bens jurídicos sem qualquer referência material, por certo, fomenta ainda mais o espaço de antecipação da persecução criminal, na medida em que tal postura permite que os crimes de perigo abstrato puro sejam concebidos como delitos de perigo concreto ou até mesmo como delitos de lesão.

Nesse contexto, pode-se dizer que a conceituação dogmática dos crimes de perigo apresenta-se como de suma importância, ao passo que somente através da delimitação das

esferas de manifestação de tais circunstâncias jurídicas é que torna-se possível evitar equívocos metodológicos e valorativos em relação a situações interventivas significativamente distintas.

Assim, compulsando as estruturas de ditas construções teóricas, verifica-se que mediante o âmbito de problematização presente em todas as modalidades de intervenção dos crimes de perigo, estes, enquanto técnica de tutela penal, somente devem ser utilizados em situações extremas, uma vez que suas prerrogativas de antecipação, embora desfrutem de legitimidade constitucional, contemplam um forte tensionamento com os direitos fundamentais de liberdade.

Com base nas prerrogativas em tela, observa-se que /mesmo que a doutrina penal tenha concedido maiores destaques às diferentes formas de manifestação dos crimes de perigo abstrato/, os crimes de perigo concreto também merecem reflexões acerca dos seus limites, pois conforme se verificou no item 3.2, a ausência de delimitação em relação ao momento da sua consumação impossibilita a visualização precisa do seu alcance, dificultando a análise das linhas que separam atos lícitos de atos ilícitos em tal modalidade de tutela penal.

Da mesma forma, outro fator que também problematiza os limites conferidos aos crimes de perigo concreto encontra-se na concepção de bem jurídico que o assiste, uma vez que ao designar a esta forma de tutela a proteção de valores carentes de qualquer referência material, tem-se que inúmeras condutas inócuas podem ser caracterizadas como situação de perigo concreto em relação a tais prerrogativas interventivas.

Por estas razões, considerando que os crimes de perigo concreto apresentam-se como a categoria dos crimes de perigo com o menor grau de tensionamento em relação às estruturas classicamente atribuídas ao direito penal, verifica-se, com base nas variações que até mesmo esta modalidade interventiva pode sofrer, que tanto os crimes de perigo concreto, quanto os crimes de perigo abstrato, não podem ser concebidos apenas sob o seu aspecto dogmático formal.

Desse modo, as perspectivas formais e materiais dos crimes de perigo podem ser concebidas como um importante divisor de águas no que tange a análise da legitimidade constitucional de todas as suas formas de manifestação, especialmente pelo fato de que

enquanto a primeira concepção interventiva vislumbra o perigo como mecanismo exclusivo dos tipos penais (entendidos como presumidos pela lei), as premissas materiais de legitimação buscam fundamentar os crimes de perigo em circunstâncias reais, de acordo com as situações concretamente estabelecidas.

Por conseguinte, é possível afirmar que as premissas metodológicas fornecidas pelos critérios materiais de legitimação dos crimes de perigo preceituam que os crimes de perigo abstrato somente podem ser concebidos mediante a existência de potencial lesivo das condutas sancionadas por seus dispositivos, ao passo que em relação aos crimes de perigo concreto, denota-se que as prerrogativas materiais fundamentam a idéia de que estes somente podem ser constituídos para a proteção de bens jurídicos dotados de dignidade de tutela e de valores que possam delimitar o seu âmbito de incidência.

Com base em tais critérios, até mesmo os crimes de perigo abstrato por acumulação recebem fundamentos de delimitação, tendo em vista que diante do papel atribuído ao perigo a partir das premissas materiais, tem-se que a tipicidade em tal perspectiva interventiva somente resta configurada mediante a comprovação de que a conduta implementada pelo agente encontra-se diante de um contexto em que a acumulação se mostra possível.

Isto posto, tem-se que a legitimação dos crimes de perigo como um todo, sob a perspectiva constitucional do Estado Democrático de Direito, somente pode ser estabelecida mediante critérios materiais que possam conferir limites legislativos e jurisdicionais as diferentes formas de intervenção decorrentes de seus desdobramentos.

O resultado das premissas ora expostas denotam que diante das realidades interventivas da sociedade do risco os crimes de perigo, enquanto técnica de tutela penal que se antecipa a realização de danos, apresentam-se como mecanismos interventivos não só legitimados, mas também extremamente valiosos, uma vez que em determinadas circunstâncias a espera do dano certamente pode trazer resultados nefastos em relação às conquistas civilizatórias insculpidas nos próprios textos constitucionais modernos.

No entanto, através do ajuste entre as garantias de liberdade e as razões sociológicas que induzem a antecipação da intervenção penal a estágios prévios aos danos, resta evidente que as diferentes modalidades de efetivação dos crimes de perigo somente devem ser

concebidas de forma subsidiária em relação às demais técnicas de tutela penal, tendo como fundamento precípua a proteção de bens jurídicos de suma importância constitucional.

Desse modo, somente mediante a junção de tais requisitos interventivos os crimes de perigo poderão amoldar-se às premissas constitucionais do Estado Democrático de Direito. Caso contrário, conforme apontam as sucessivas experiências decorrentes dos mais diversos regimes autoritários, o pessimismo decorrente dos postulados da incerteza e da insegurança que tangenciam a idéia de sociedade do risco deixaram o plano teórico e tomarão a realidade, fazendo com que o futuro reedite as barbáries medievais.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo. 2004.
- ALBRECHT, Peter-Alexis. El Derecho penal en la intervención política populista, In: **La insostenible situación del Derecho penal**. ROMEU CASABONA, Carlos Maria (dir.) Granada: Editorial Comares, 2000, p. 478 – 479.
- ANTOLISEI, Francesco. **L'offesa e il danno nel reato**. Bergamo: Istituto Italiano D'Arti Grafiche, 1930. p. 78.
- BARATA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal.: introdução a sociologia do direito penal** . Trad. Juarez Cirino dos Santos . 3. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2002. p. 176.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998.
- BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony, LASH, Scott. Modernização reflexiva: Política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Unesp, 1997.
- _____, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, c1998. p. 12.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Princípio da precaução, direito penal e sociedade de risco. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo , n.61, p. 44-121, jul./ago. 2006.
- _____. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2007.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel. **Política criminal de la exclusión**. Granada: Editorial Comares, 2007. P. 201.
- BRASIL. **Decreto-Lei n° 2.848. de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em 19 mar. 2011.
- BRASIL. **Decreto-Lei n° 3.688. de 3 de outubro de 1941**. Lei das Contravenções Penais. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em 19 mar. 2011.
- BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Brasília, DF, 5 de outubro 1988. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 19 mar. 2011.
- BRASIL. **Lei n° 8.078/90, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 19 mar. 2011.
- BRASIL. **Lei n° 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos

e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm>. Acesso em: 19 mar. 2011.

BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília, DF, 23 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9503.htm>. Acesso em: 12 mar. 2011.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. < Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 19 mar. 2011.

BRASIL. **Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. < Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19609.htm>. Acesso em: 19 mar. 2011.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. < Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 19 mar. 2011.

BRASIL. **Lei nº 10.671/03, de 15 de maio de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor e dá outras providências. < Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.671.htm >. Acesso em 19 mar. 2011.

BRASIL. **Lei nº 10.826/03, de 22 de dezembro de 2003**. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. < Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.826.htm >. Acesso em: 19 mar. 2011.

BRASIL. **Lei nº 11.343/06, de 23 de agosto de 2003**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. < Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm >. Acesso em 19 mar. 2011.

BRASIL. **Lei nº 11.105/05, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. < Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm>. Acesso em 19 mar. 2011.

BRASIL. **Decreto nº 5.912/06, de 27 de setembro de 2006.** Regulamenta a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, que trata das políticas públicas sobre drogas e da instituição do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, e dá outras providências. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5912.htm>. Acesso em 19 mar. 2011.

BRASIL. **Habeas Corpus Nº 204127**, Quinta Turma/ Superior Tribunal de Justiça, Relator: Gilson Dipp, julgado em 24/05/2001 <Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=204127&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=4>> Acesso em 17 nov. 2011.

BRASIL. **Habeas Corpus Nº 107447**, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Relatora: Cármen Lucia, julgado em 10/05/2011. <Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=107447&base=baseAcordaos>> Acesso em 17 nov. 2011.

BRASIL. **Habeas Corpus Nº 109269**, Segunda Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ricardo Lewandowski, julgado em 27/09/2011. <Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=109269&base=baseAcordaos>> Acesso em 17 nov. 2011.

BRASIL. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus Nº 91553**, Primeira Turma, Supremo Tribunal Federal, Relator: Carlos Brito, julgado em 26/03/2009. <Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=601172>> Acesso em 17 nov. 2011.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. **Manual de derecho penal espanol; parte general.** Barcelona: Ariel, 1984. P.118/119.

CALLEGARI, André Luís. MOTTA, Cristina Reindolff. Estado e Política Criminal : a expansão do Direito Penal como forma simbólica de controle social . In Callegari, André Luís (org) **Política Criminal Estado e Democracia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 15.

_____, André Luís. **Teoria geral do delito:** e da imputação objetiva. 2. ed., rev. ampl. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 2009.

_____, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal.** Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2010, p. 68.

CAPELLA, Juan Ramón. **Fruto proibido:** uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 118-119.

CARBONELL, Miguel. Presentación: El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: **Teoría del neoconstitucionalismo.** Ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - 1969 (Pacto de San José da Costa Rica). <Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OEA-Organizacao-dos-Estados-Americanos/convencao-americana-de-direitos-humanos-1969-pacto-de-san-jose-da-costa-rica.html>>. Acesso em 17 nov. 2011.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM CONVENÇÃO PARA A PROTECÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES

FUNDAMENTAIS – 1950. <Disponível em: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7510566B-AE54-44B9-A163-912EF12B8BA4/0/POR_CONV.pdf>. Acesso em 17 nov. 2011.

COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal** : contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra, 1992-2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda e CARVALHO, Edward Rocha de. “Teoria das Janelas Quebradas: e se a pedra vem de dentro ?” In: **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, Nota Dez/ITEC, nº11 pp. 23 ss.

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

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM. <Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaração-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em 17 nov. 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. V.1. São Paulo: Rev. dos Tribunais. 2007.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La racionalidad de las leyes penales** : práctica y teoría. Madrid: Trotta 2003.

_____. **La política criminal en la encrucijada.** Buenos Aires: B e F, 2007. P. 71.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e Escolha dos Bens Jurídicos. **Revista Portuguesa de Ciências Criminais**, Coimbra, v. 4, n.2, 1994,

ELBERT, Carlos Alberto. **Manual Básico de Criminologia.** Trad. Ney Fayet Jr. Ed. Porto Alegre:Ricardo Lenz, 2003. p. 57/58.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo J. Cuestiones basicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relacion con el transito). **Revista da Ajuris**: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul., Porto Alegre, 2000. v.78, p.290-324. p. 310.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 436.

FOUCAULT, Michael. **A verdade e as formas jurídicas.** Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU, 2005. p. 83-84.

GALLAS, Wilhelm. **La Teoria del Delicto en su momento actual.** Barcelona: Bosch, 1959.

GIACOMOLLI, Nereu José. “O princípio da legalidade como limite do ius puniendi e proteção dos direitos fundamentais”, in: STRECK. Lênio Luiz (organizador). **Direito Penal em Tempos de Crise.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 151 a 175.

GRECO, Luís. "princípio da ofensividade" e crimes de perigo abstrato - uma introdução ao

debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais.**, Sao Paulo, jul/ago, 2004. n.49, p.89-147.

_____. **Modernização do Direito Penal: bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato.** Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2011.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE. **Introducción a la Criminología.** Valencia: Tirant lo Blanch. 2001. p. 370/371.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca de la crítica al "finalismo". **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 15, n. 65, p. 77-104, mar./abr. 2007.

HIRSCH, Hans Joachim. Sistemática y límites de los delitos de peligro. **Revista Latinoamericana de Derecho.** Año V, n. 9-10, enero-diciembre de 2008. Disponível em: <www.juridicas.unam.mx>. Acesso em: 19 de março 2011. P. 157-181. P.157

JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional.** Madrid: Civitas 2000. P. 49.

_____, **A Imputação objetiva no Direito Penal**, tradução André Luís Callegari – 2ª Ed. rev. – São Paulo: RT, 2007.

_____, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo Noções e Críticas.** Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2009. p. 82-83.

KUMAR, Krishan. **Da sociedade pós-industrial a pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 78-79.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: Um dialogo com o pensamento de hannah arendt.** 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p.131.

LEFORT, Claude. **A Invenção Democrática: Os limites da dominação totalitária.** 1. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983. p. 39.

LISZT, Franz Von. **Tratado de direito penal alemão.** 1. ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899. 2 v.

LUIZI, Luiz Benito Viggiano. **Os princípios constitucionais penais.** 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2003.

MACINTYRE, Alasdair C. **Justiça de quem? Qual racionalidade?.** 3. ed. São Paulo: Loyola, 2008. p. 421.

MANUEL DA COSTA ANDRADE, «A “dignidade penal” e a “carência de tutela penal” como referências de uma doutrina teleológica-racional do crime», *in*: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, 2.º, fasc. 2 (Abril-Junho 1992).

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI XIX).** Rio de Janeiro: ICC, 2006.

MATTEUCCI, Nicola. **Organización del Poder y Libertad.** Madrid: Trota, 1998.

MENDOZA BUERGO, BLANCA: **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**, Edit. Comares, Granada, 2001.

MEZGER, Edmund. **Tratado de derecho penal**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1949-1955. 2.

MIR, José Cerezo. **Curso de Derecho penal Español (Parte general)**, Tomo II Madrid 2005, p.111.

MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo en derecho penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo , n.64, p.197-221, jan./fev. 2007.

_____. **El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Barcelona: Ariel, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense. 2005. P. 62.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Derecho Penal Parte General** Sexta edición. Valencia: Tirant lo Blanch. 2004. p. 59.

NAUCKE, Wolfgang. La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, julho-agosto de 2006. p. 122- 146.

NAVARRETE, Miguel Polaino. **Derecho Penal – Parte General**, Vol. I, Tomo II. Bosch: 2000, p. 616.

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS – 1966 Adotado pela Resolução n. 2.200 A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. <Disponível em:<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global>. Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-de-Prote%C3%A7%C3%A3o/pacto-internacional-dos-direitos-civis-e-politicos.html>. Acesso em 17 nov. 2011.

PEÑA FREIRE. Antonio Manuel. **La Garantia en el Estado Constitucional de Derecho**. Madrid: Trotta, 1997.

PEREIRA, Rui Carlos. **O dolo de perigo** : (contribuição para a dogmática da imputação subjectiva nos crimes de perigo concreto). Lisboa: LEX 1995. p.19.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **La Seguridad como Fundamento de la Deriva del Derecho Penal Postmoderno**. Madrid: iustel, 2007.

PRITTWITZ, Cornelius. Estado e Política Criminal : a expansão do Direito Penal como forma simbólica de controle social . In Callegari, André Luís (org) **La Desigual competencia entre Seguridad y Libertad** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 39-52. p. 40.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Crime Nº 70042879254**, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 07/07/2011 <Disponível em:

<http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70042879254%2C&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3A>

Tribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q= >Acesso em 17 nov. 2011.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Crime Nº 70043081728**, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 07/07/2011.
<Disponível em:

http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70043081728&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q= Acesso em 17 nov. 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. vol. 1 Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRÍGUEZ, Cristina Méndez. **Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación**. Madrid 1993.

RODRIGUÉZ, Laura Zuñiga. **Política Criminal**. Madrid: Editora Colex, 2001.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Parte General**, Tomo I, 2ª Edición Alemana. Madrid, Civitas. 1997. p.407.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 2-3.

_____, **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. A teoria da imputação objetiva. In: Roxin, Claus. **Estudos de Direito Penal**, Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

_____. Finalismo: um balanço entre seus méritos e deficiências. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo , v. 15, n. 65, p. 9-25, mar./abr. 2007.

SANCHEZ, Bernardo Feijoo. Sobre a “administrativização” do direito penal na “sociedade do risco”. Notas sobre a política criminal no início do século XXI. **Revista Liberdades**, (nº 07 – maio / agosto 2011 (Publicação do Departamento de Internet do IBCCRIM), Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades>. Acesso em: 22 de março 2011. p. 23-62. p. 45.

_____, Cuestiones basicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relacion con el transito). **Revista da Ajuris**: Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul., Porto Alegre, 2000. v.78, p.290-324.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal**. 2ª ed. Tradução de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

_____. Política criminal "moderna"? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo Código Penal Español. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo , v.6, n.23, p. 9-23, jul. 1998.

SANTOS, André Leonardo Copetti. **Direito Penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2000.

_____. Intervenção Estatal e Política Criminal num Estado Democrático de Direito aplicado a um país periférico *in* : **Revista Ibero – Americana de Ciências Penais**, ano 7, n. 13, 2006. P.54.

_____. **Elementos de Filosofia Constitucional**. Ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal, *in*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, março-abril de 2005. p. 9-37.

STRECK, Lenio Luiz. O “Crime de porte de arma” à luz da principiologia e do controle de constitucionalidade: três soluções à luz da hermenêutica. *In*: **Revista de Estudos Criminais** . Porto Alegre: Notadez Informação Ltda. 2001. p 52-63.

_____. Da proibição de excesso (ubermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *In*: **Revista do Instituto de Hermenêutica**, Porto Alegre: IHJ, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994-2007.

WACQUANT, Loïc. **Las Cárceles da la miseria** . Trad. Horacio Pons. Buenos Aires: Manatial. 1999. p. 32.

WELZEL, Hans. **Derecho penal aleman; parte general**. 11. ed. Santiago De Chile: Jurídica de Chile, 1970. P.71.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. São Paulo: Rev. dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGIELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro vol. I**. 7º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007. p. 308