

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

**OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO NA SOCIEDADE  
GLOBAL DE RISCO**

Amanda Moniz de Abreu

Orientador: Prof. Dr. Daniel Pacheco Pontes

Ribeirão Preto

2013



AMANDA MONIZ DE ABREU

**OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO NA SOCIEDADE  
GLOBAL DE RISCO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao  
Departamento de Direito Público da Faculdade de  
Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São  
Paulo para a obtenção do título de bacharel em  
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Pacheco Pontes

Ribeirão Preto

2013

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

## **FICHA CATALOGRÁFICA**

Abreu, Amanda Moniz de

Os crimes de perigo abstrato na Sociedade Global de Risco / Amanda Moniz de Abreu. -- Ribeirão Preto, 2013.

120 p. ; 30cm

Trabalho de Conclusão de Curso -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo.

Orientador: Daniel Pacheco Pontes

Nome: ABREU, Amanda Moniz de

Título: Os crimes de perigo abstrato na Sociedade Global de Risco

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_



## RESUMO

O presente trabalho objetiva analisar de maneira crítica as incriminações de perigo abstrato, especificamente no contexto da Sociedade Global de Risco, buscando verificar em que medida tais crimes são tipificados em nosso ordenamento jurídico, bem como sua adequação aos princípios clássicos e à teoria do bem jurídico. Para tanto, optou-se pelo método dialético, com análise e discussão das posições doutrinárias antagônicas em face de cada argumento e problema, assim como o método indutivo, a partir da observação de casos concretos que envolvam o tema. O trabalho se divide em quatro capítulos, sendo que o primeiro objetiva analisar a teoria de Sociedade Global de Risco, de Ulrich Beck, em face da problemática trazida quanto à expansão do Direito penal; o segundo capítulo pretende definir o que são os crimes de perigo abstrato e como eles são classificados diante das diversas posições doutrinárias, relacionando o conceito com os novos riscos produzidos pelo próprio desenvolvimento atual; o terceiro capítulo tem por objetivo contextualizar a política criminal quando se opta pelas incriminações de perigo abstrato, bem como confrontá-las com os princípios constitucionais e as características do Estado Democrático de Direito; o quarto e último capítulo analisa a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em relação ao polêmico crime de porte de arma de fogo desmuniciada, com o intuito de se depurar os critérios utilizados pela Corte Suprema para qualificar juridicamente os crimes de perigo abstrato, tendo em vista o importante papel no controle de constitucionalidade e na fiscalização quanto à aplicação dos princípios constitucionais.

Palavras-Chave: Sociedade global de risco. Crimes de perigo abstrato. Expansão do direito penal.



## RESUMEN

El presente estudio tiene como objetivo analizar críticamente los delitos de peligro abstracto, concretamente en el contexto de la Sociedad Global del riesgo, tratando de verificar hasta qué punto están tipificados estos delitos en nuestro ordenamiento jurídico, así como su adecuación a los principios clásicos y la teoría de los bienes jurídicos. Por lo tanto, se optó por el método dialéctico, con un análisis y discusión de las posiciones doctrinales frente al antagonismo de cada argumento, así como el método inductivo, con la observación de casos reales relacionados con el tema. El trabajo se divide en cuatro capítulos, el primero de ellos tiene como objetivo analizar la teoría de la Sociedad Global de Riesgos, de Ulrich Beck, en vista de los problemas causados por la expansión del derecho penal, el segundo capítulo se definen cuáles son los delitos de peligro abstracto y cómo se clasifican las diferentes posiciones doctrinales, en relación al concepto de los nuevos riesgos producidos por el desarrollo actual, el tercer capítulo tiene como objetivo contextualizar la política criminal cuando se opte por delitos de peligro abstracto y hacer frente con principios constitucionales y las características de un Estado democrático, el cuarto y último capítulo analiza la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en relación con el polémico delito de posesión de arma de fuego desmuniciada, con el fin de depurar los criterios utilizados por el Tribunal Supremo para calificar legalmente los delitos de peligro abstracto, dado el papel importante en el control de la constitucionalidad y la aplicación de los principios constitucionales.

Palabras claves: Sociedad del riesgo mundial. Delitos de peligro abstracto. Expansión del derecho penal.



## **SUMÁRIO**

### **INTRODUÇÃO.....15**

### **1 A SOCIEDADE GLOBAL DE RISCO.....17**

1.1 Conceito.....17
1.2 A evolução da sociedade industrial para a sociedade de risco.....19
1.3 Os novos riscos e suas consequências para o Direito penal.....21
1.4 Os discursos sociais.....25
1.5 O paradoxo do risco.....27
1.5.1 A “irresponsabilidade organizada”.....28
1.6 Os sistemas de segurança.....30
1.6.1 O modelo securitário.....31
1.7 O regresso da incerteza.....33
1.7.1 Contradição das normas diante dos novos riscos.....34
1.8 A juridicização da opinião pública.....36
1.9 O gerenciamento de riscos e o princípio da precaução.....37

### **2 CRIMES DE PERIGO ABSTRATO.....43**

2.1 Conceito.....43
2.2 Evolução histórica do conceito.....46
2.2.1 Direito penal Clássico.....46
2.2.2 Neokantismo.....48
2.2.3 Finalismo.....49

2.2.4 Pós-finalismo.....	50
2.2.4.1 Crimes de perigo abstrato como crimes de lesão... ..	51
2.2.4.2 Crimes de perigo abstrato como crimes formais.....	53
2.2.4.3 Crimes de perigo abstrato como crimes de periculosidade.....	53
2.2.4.3.1 Teses Dualistas.....	55
2.2.4.3.2 Teses da periculosidade como elemento basilar dos tipos penais.....	57
2.2.4.4 Inconstitucionalidade.....	58
<b>3 CRIMES DE PERIGO ABSTRATO NA SOCIEDADE GLOBAL DE RISCO.....</b>	<b>61</b>
3.1 Responsabilização da pessoa jurídica.....	62
3.2 Ampliação da proteção penal aos bens jurídicos supra-individuais.....	64
3.2.1 Os crimes de transgressão.....	67
3.2.2 O bem jurídico meio ambiente.....	69
3.3 Antecipação da tutela por meio dos crimes de perigo abstrato.....	70
3.3.1 O problema da norma penal em branco.....	74
3.4 Conflito entre a expansão do Direito penal e a manutenção do paradigma clássico.....	75
3.4.1 Direito penal de duas velocidades.....	79
3.4.2 Direito de Intervenção.....	79
3.5 Legitimidade dos crimes de perigo abstrato na sociedade global de risco.....	80
3.5.1 Princípio da lesividade ou da ofensividade.....	81

3.5.2 Princípio da proporcionalidade.....	83
3.5.3 Princípio da intervenção penal mínima.....	86
<b>4 ANÁLISE DE JULGADO.....</b>	<b>91</b>
4.1 Julgado.....	92
4.2 Análise do caso.....	94
4.3 Problematizações.....	100
4.4 Conclusões.....	105
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>115</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>117</b>



## INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea se caracteriza cada vez mais pela superação das barreiras geográficas e temporais nas relações sociais, culturais e econômicas, modificando a noção espaço-tempo social. Com o advento do capitalismo, as constantes inovações tecnológicas e as profundas transformações trazidas pela ciência, a humanidade se depara com problemáticas antes inimagináveis, como as questões que envolvem as armas nucleares, a degradação do meio ambiente e a manipulação genética. Assim, o próprio desenvolvimento vem gerando novos riscos, os quais trazem incertezas e inseguranças para toda a humanidade.

Nesse contexto, surge a teoria da Sociedade Global de Risco, do sociólogo Ulrich Beck, a qual afirma que grande parte da produção social da riqueza vem acompanhada por semelhante produção de riscos<sup>1</sup>, solicitando a interferência do Direito penal em outros ramos que não fazem parte de sua estrutura tradicional, ocasionando controvérsias doutrinárias a respeito dessa expansão da tutela penal.

Questões acerca do que deve ser entendido como bem jurídico, objeto de tutela do direito penal, vêm provocando discussões e debates no meio acadêmico, de modo que ainda não há uma uniformidade de pensamento a esse respeito e, por isso, não se soluciona o problema da expansão ou não da proteção penal. Além disso, discute-se ainda a legitimidade dos crimes de perigo abstrato, pois muitos doutrinadores acreditam que essas incriminações desrespeitam diversos princípios clássicos do direito penal, como o princípio da lesividade, da proporcionalidade e da intervenção penal mínima (*ultima ratio*).

Diante desse contexto, a legislação penal acaba protegendo não apenas resultados, e sim, ações perigosas que venham a criar novos riscos à sociedade, de forma antecipada e preventiva, o que culminou no surgimento da figura penal dos crimes de perigo abstrato.

---

<sup>1</sup> Tathiana Laíz Guzella. *A Expansão do Direito penal e a Sociedade de Risco*. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, de 20 a 22 de novembro de 2008, Brasília. Retirado do site: [http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasilia/13\\_357.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasilia/13_357.pdf). Acesso em 25/10/2010.

Esse instituto se caracteriza pela punição de condutas tipicamente perigosas, sem que no caso concreto tenha ocorrido um resultado de exposição de perigo, ou seja, seria uma espécie de castigo ao pré-delito, justificado em meio à sociedade pós-industrial que deu origem a esses novos riscos antes desconsiderados, para oferecer maior segurança à população<sup>2</sup>.

Entretanto, ocorre uma inversão nos parâmetros penais, pois ao invés da repressão estatal ser voltada para limitar o poder punitivo do Estado, criminalizando condutas consideradas reprováveis para a vida em sociedade, torna-se um mecanismo de ampliação desse poder, no sentido de evitar condutas arriscadas que podem ter consequências desastrosas e irreversíveis. Por isso, surgem diversas teorias com o intuito de resolver esse conflito e delimitar os ramos de atuação penal.

Essa é a proposta que o presente trabalho almeja analisar, procurando ponderar a respeito da possibilidade de expansão do Direito penal, o qual vem aumentando suas áreas de atuação, principalmente por meio dos crimes de perigo abstrato, levando em conta os limites principiológicos já consolidados pela Constituição Federal.

---

<sup>2</sup> Miguel Reale Júnior. *Instituições de Direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 279.

# 1 A SOCIEDADE GLOBAL DE RISCO

O direito penal é um mecanismo de controle social, e, por isso, deve ser estudado de acordo com os valores e os objetivos do modelo social em que se insere, ou seja, o estudo é pautado pelo contexto no qual se desenvolve e norteado pelos conflitos que surgem nessa conjuntura. Porém, o modelo de sociedade não é caracterizado de forma única e pacífica, mas há alguns elementos peculiares que se sobressaem e interferem de forma indiscutível na dinâmica atual.

A sociedade hodierna se caracteriza por ser uma sociedade de riscos, principalmente por pautar-se no desenvolvimento econômico e científico ao extremo, fazendo com que a noção de risco seja deslocada para o eixo central da organização social, e não mais periférica como era antigamente<sup>3</sup>.

Com certeza o cigarro, os acidentes nas estradas, o álcool, etc., causam um número muito maior de mortes e também possuem uma freqüência igualmente grande se comparados com os novos riscos. Mas o fato é que esses acarretam um enorme alarmismo, devido à imprevisibilidade de suas consequências, somada ao tratamento dado pelos meios de comunicação social, os quais influenciam em grande parte no sentimento global de insegurança tido atualmente.

## 1.1 Conceito

A palavra “risco” não tem origem precisa. Para Giddens<sup>4</sup> ela provavelmente provém de um termo árabe utilizado no período das grandes navegações, que significava correr para o perigo ou ir contra uma rocha; para outros autores, ela vem do baixo-latim *risicu* que equivale à palavra ousar, atuar perante a possibilidade de perigo<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Ulrich Beck; Anthony Giddens; Scott Lash. *Modernização Reflexiva*: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 16.

<sup>4</sup> Anthony Giddens. *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: UNESP, 1990, p. 38.

<sup>5</sup> Pierpaolo Cruz Bottini. *Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 29.

Percebe-se, portanto, que as palavras risco e perigo estão intrinsecamente ligadas e, apesar da doutrina penal muitas vezes considerá-las como sinônimas, é importante diferenciá-las para que se possa compreender melhor o assunto. Niklas Luhmann conceituava o risco relacionando-o a uma decisão racional, mesmo com consequências desconhecidas, já o termo perigo era utilizado por esse autor quando um possível dano é acarretado por uma causa exterior, sem que haja algum controle para evitá-lo<sup>6</sup>. Bottini afirma que o risco é o adjetivo que se coloca ao agir humano diante do perigo, ou da possibilidade de perigo, ou seja, só há risco com a iminência de perigo<sup>7</sup>.

Para os positivistas clássicos, o perigo era uma construção subjetiva do ser humano, o qual não conhece o nexo de causalidade exato decorrente dos fatos concretos, o máximo que pode fazer é pensar em probabilidades de ocorrência de um dano frente a uma ação perigosa. Em suma, nas palavras de Halschner, “o perigo é filho de nossa ignorância”<sup>8</sup>. Se todas as relações de causa e efeito fossem conhecidas, o homem já saberia antes que determinada conduta levaria a determinado resultado e o perigo seria suprimido pela certeza dos eventos futuros.

Mas essa idéia não foi levada adiante, principalmente pelas conquistas científicas da física quântica, porque se percebeu que as relações naturais não seguem uma lógica causal estável. Então, o perigo passou para o campo objetivo, caracterizado por haver uma probabilidade fática da ocorrência da lesão ou do dano que se quer evitar. Também possui um conteúdo real e externo ao ser humano e, consequentemente, pode ser quantificado. Portanto, voltando à afirmação de Bottini, o risco é a qualidade de uma situação, diante de várias opções colocadas, que antecede o perigo.

Antigamente, o dia-a-dia não exigia avaliações de risco, porque a maioria das atividades não eram arriscadas, não envolviam tecnologia complexa e os fenômenos que fugiam dessa regra, como as guerras e as epidemias, eram eventos isolados que não marcavam com intensidade as relações sociais da época. Os riscos eram regionalizados e

---

<sup>6</sup> Marta Rodriguez de Assis Machado. *Sociedade do Risco e o Direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCrim, 2005, p. 37.

<sup>7</sup> Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 29.

<sup>8</sup> *Idem*, p. 30.

facilmente previstos e medidos. Ou seja, eles existiam assim como hoje, mas sob outra perspectiva.

O pensamento iluminista era otimista em relação à possibilidade de controle antecipado de eventos: acreditava-se que quanto maior fosse o conhecimento humano, maior seria a certeza sobre o futuro e também maior a possibilidade de controlá-lo. Mas essa idéia não se mostrou efetiva diante do desenvolvimento ocorrido no mundo. Assim como as inovações permitiram ao homem controlar a natureza – fonte dos fenômenos mais perigosos para a época – e se proteger dela, ele foi surpreendido por outros tipos de problemas, como os riscos tecnológicos. Estes foram responsáveis por um grande fator de indeterminação, antes inimaginável, principalmente, porque nasceram como efeitos secundários do desenvolvimento e não foram delimitados ou potencialmente previstos, tanto no campo do tempo e do espaço, como no campo social<sup>9</sup>.

## 1.2 A evolução da sociedade industrial para a sociedade de risco

Com o desenvolvimento do modelo econômico surgido na Revolução Industrial, que trouxe as máquinas, a linha de produção, o sistema da livre concorrência, a sociedade tornou-se uma sociedade de risco. Nesse contexto, a produção artesanal e a manufatura foram substituídas pela produção industrial que exigia a busca por inovações tecnológicas e atingia um maior número de consumidores.

Com a livre concorrência, priorizou-se a velocidade na descoberta de novas tecnologias e o financiamento de pesquisas científicas para tal finalidade. Mas o progresso científico tão almejado e deslumbrante não veio acompanhado pela análise dos efeitos que essas novas tecnologias poderiam resultar, muito menos por mecanismos de medição e avaliação de potenciais consequências; e, diante desse desequilíbrio, surge também a insegurança e a incerteza que levam o homem a pensar no risco sob um novo prisma. O risco passa a ser uma figura central na organização coletiva, a essência da sociedade, por isso “sociedade de riscos”<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 20.

<sup>10</sup> Ulrich Beck; Anthony Giddens; Scott Lash, *op. cit.*, p. 16.

Entretanto, cabe ressaltar que esse estado de crise é provável, mas não imediato. As novas tecnologias aumentaram o potencial de risco, exigindo medidas de precaução e prevenção perante a expectativa de um perigo. O que não significa uma ameaça concreta, um estado de perigo latente.

A modernização, segundo Beck, pode ser conceituada de duas maneiras: a primeira é a modernização simples, ocorrida no período industrial, e a segunda é a modernização reflexiva, em que o progresso técnico-científico transformou-se em autodestruição. Essa reflexividade advém do próprio desenvolvimento da sociedade moderna industrial, o qual causou riscos e ameaças desconhecidos pela mentalidade da época. A diferença mais marcante entre as duas modernidades é que na segunda começa a surgir uma reflexão a respeito dos riscos produzidos anteriormente<sup>11</sup>.

Há um primeiro estágio de reflexividade, que seria a transição, indesejada e despercebida, do modelo da sociedade industrial para o da sociedade do risco. Esse processo ocorreu de maneira não intencional, a própria sociedade industrial modificou suas bases, sem ter o exato conhecimento disso. Já em um segundo estágio, essa sociedade começa a observar os efeitos causados e a rever, política e cientificamente, seus princípios de segurança. Assim, Machado preceitua:

A teoria da sociedade mundial do risco parece nascer com a percepção social dos riscos tecnológicos globais e de seu processo de surgimento até então despercebido. É uma teoria política sobre as mudanças estruturais da sociedade industrial e, ao mesmo tempo, sobre o conhecimento da modernidade, que faz com que a sociedade se torne crítica de seu próprio desenvolvimento<sup>12</sup>.

Foi por causa dessa mentalidade crítica que a sociedade industrial passou a perceber o processo de modernização como um criador de riscos inasseguráveis, e é nesse momento que surge a sociedade de risco, repleta de problemas e com autocrítica. Para Beck, a reflexividade trouxe não só uma crise cultural, como também uma crise

---

<sup>11</sup> *Idem*, p. 12.

<sup>12</sup> Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 31.

institucional fundamental, abalando partidos políticos, a ciência, o Direito, a ética da responsabilidade, etc<sup>13</sup>.

### **1.3 Os novos riscos e suas consequências para o Direito penal**

A principal característica dos novos riscos é que eles surgiram como consequências implícitas do desenvolvimento científico, tecnológico e industrial. Eram tidos como efeitos aparentemente normais, mas logo revelaram sua grande potencialidade de causar danos em níveis globais.

O risco contemporâneo caracteriza-se também por ter procedência humana, ou seja, nasceu de decisões e comportamentos humanos, produzidos durante o progresso industrial, ao contrário do que se pensava sobre os desastres naturais, que eram causados pelo destino devido às inconstâncias do meio ambiente (por exemplo: furacões, terremotos, etc.). Segundo Paulo Silva Fernandes:

[...] o tópico central do discurso do risco é a *existência* de algo que *não existe ainda*, algo que *não aconteceu*, mas pode vir a *acontecer* se continuarmos a seguir pelo mesmo trilho<sup>14</sup>.

Ele foi criado pela própria civilização na primeira modernidade. Sendo assim, o comportamento humano que traz periculosidade à sociedade pode e deve ser controlado por mecanismos de gestão de risco, o que faz com que temas relacionados, principalmente, à questão da ineficácia das opções de controle atuais e a busca por novas alternativas, entre no debate político. Abre-se, então, espaço para que o Direito penal intervenha em condutas arriscadas que ameaçam valores e interesses essenciais para a vida em comum, de forma a trazer segurança à sociedade.

Além disso, os novos riscos não surgiram intencionalmente. São considerados frutos indesejados do progresso tecnológico, o qual pensava no risco como um efeito

---

<sup>13</sup> Ulrich Beck; Anthony Giddens; Scott Lash, *op. cit.*, p. 211-212.

<sup>14</sup> Paulo Silva Fernandes. *Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito penal*. Panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001, p. 60.

secundário do desenvolvimento, por isso a grande dificuldade em controlá-los e prevê-los.

Outra característica marcante é a extensão dos possíveis danos que os riscos atuais podem causar. A partir principalmente da década de 1980, as novas tecnologias começaram a ser temidas devido à magnitude e a indeterminação espacial e temporal de suas consequências. Como, por exemplo, a explosão da usina nuclear em Chernobyl, na Ucrânia, que teve efeitos até muitos anos depois com a radioatividade que se espalhou por territórios vizinhos, contaminou o solo e a água e gerou diversas doenças na população<sup>15</sup>. Por isso, também os novos riscos quando gerados em níveis de alto desenvolvimento, como a energia nuclear e a radioatividade, são caracterizados por causarem danos na maioria das vezes irreversíveis e imperceptíveis, como a mutação genética.

Cabe ressaltar ainda que por causa do fenômeno da globalização, os riscos passaram a ameaçar uma quantidade indeterminada e potencialmente grande de pessoas. Uma mesma ação pode ter efeitos em momentos distintos e em espaços diversos daqueles em que ela foi realizada, e isso pode se intensificar ainda mais com a maior complexidade nas relações e interações sociais de hoje. Decisões de grande importância, em matéria de economia, ambiente ou armamento, por exemplo, são realizadas em âmbito mundial, porque suas consequências podem afetar muitas pessoas envolvidas.

A dificuldade de estabelecer os nexos causais também é uma característica importante, porque os mecanismos tradicionais de avaliação se mostram ineficazes perante as novas tecnologias, devido ao fato de que a concepção tempo-espacó geográfico que tínhamos é hoje deturpada principalmente pelas inovações no campo das comunicações e dos transportes.

Vive-se uma “explosão de desconhecimento”<sup>16</sup>, em que os avanços tecnológicos não são acompanhados por mecanismos de cálculo de riscos, o que cria uma dificuldade em determinar qual conduta resultou aquele perigo ou dano. Isso traz ainda uma insuficiência de critérios de imputação e de controle dos riscos envolvidos nas atividades.

---

<sup>15</sup> Sobre o tema do risco nuclear, Cf. Eduardo Saad-Diniz. *Risco Nuclear*. Boletim IBCCrim, São Paulo, ano 19, nº 224, p. 12-13, julho - 2011.

<sup>16</sup> Blanca Mendoza Buergo, *apud* Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 39.

Os novos riscos não podem ser tratados conforme as regras de culpabilidade e de causalidade estabelecidas tradicionalmente. Assim como, há também uma grande dificuldade em indenizá-los ou compensá-los, ou porque seus efeitos possuem dimensões muitos grandes, fazendo com que nenhuma companhia de seguro possa se responsabilizar por eles, ou porque não há como delimitá-los de forma precisa.

Outra particularidade dos atuais riscos, segundo Beck, é o “efeito bumerangue”<sup>17</sup>, isto é, todos, desde aqueles que produzem os riscos até os que se beneficiam da sua produção, são afetados. O agente causador assume e sofre as consequências adversas dos riscos, o que demonstra esse caráter reflexivo afirmado pelo sociólogo. No entanto, para a classe detentora do poder econômico isso só é observado a longo prazo, quando os efeitos, por sua fluidez e pelo aumento de interações sociais e culturais, atingem-na, e quando surgem os questionamentos sobre a necessidade do desenvolvimento industrial exacerbado e sem limites. Beck deixa claro que a classe proletária é sensivelmente a mais afetada pelas consequências negativas do progresso tecnológico, tanto imediatamente quanto em longo prazo<sup>18</sup>.

Nesse contexto em que toda a sociedade e todos os setores são afetados, cria-se um problema relevante sobre a reivindicação do controle desses riscos. Dentro da própria classe econômica, que domina a atividade de produção, há discussões acerca do que deve ser restringido para evitar as consequências danosas e do que deve ser permitido. Os agentes que também detêm poder, mas que não estão envolvidos em atividades arriscadas, passam a exigir dos agentes envolvidos na produção de riscos que controlem suas atividades, evitando, assim, maiores riscos e futuros danos. Ao mesmo tempo, a opinião pública passa a exercer grande influência no campo que era, até então, essencialmente privado, interferindo no planejamento produtivo, nas escolhas a respeito de técnicas de produção e, principalmente, controlando a administração empresarial por meio da burocracia estatal.

---

<sup>17</sup> Ulrich Beck, *apud* Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 39.

<sup>18</sup> Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 42.

Por fim, cabe mostrar a classificação que Beck faz de três espécies de novos riscos<sup>19</sup>. Os primeiros são os riscos de perigos globais, os quais estão intimamente ligados ao desenvolvimento técnico-industrial e à destruição da natureza, como, por exemplo, o buraco na camada de ozônio. Esses estão condicionados principalmente pelas sociedades industrializadas e ricas e advêm da socialização dos efeitos de suas atividades, gerando impactos mundiais.

Em segundo lugar, estão os riscos que resultam da pobreza. Esses acarretam a destruição ecológica porque estão condicionados ao subdesenvolvimento e ao processo de industrialização mal planejado e inacabado. Um exemplo seria os riscos causados por tecnologias ultrapassadas que aumentam a poluição no meio ambiente.

E, em terceiro lugar, estão os riscos das armas de alto poder de destruição, como a bomba atômica e as armas biológicas, que agora não são mais exclusivos das superpotências e são temidos por conta de conflitos militares e do terrorismo.

Machado propõe ainda outra classificação que sistematiza os novos riscos de acordo com a dinâmica de aparecimento<sup>20</sup>. Divide-os em dois grandes grupos: os riscos provenientes de efeitos cumulativos e os riscos decorrentes de acidentes de grandes proporções.

Os primeiros são consequências negativas de processos repetitivos em massa que ocorreram durante o período industrial e que individualmente não apresentam problemas, mas em conjunto geram efeitos danosos, como o desmatamento das florestas. Surgiram a partir do funcionamento normal das tecnologias e, muitas vezes, de condutas lícitas e não arriscadas. Também se caracterizam pela dificuldade em imputar responsabilidades individuais, porque não se sabe ao certo em que grau cada ação contribuiu para o dano total e, muito menos, é possível identificar todos os seus causadores.

Já os segundos envolvem tecnologias de alto risco e potencial destrutivo. Podem ser causados pela negligência ou pela utilização de tecnologias ultrapassadas, mas

---

<sup>19</sup> *Idem*, p. 44-46.

<sup>20</sup> *Idem*, p. 47-51.

também – embora em menor freqüência – podem emergir de falhas imprevisíveis e inevitáveis até para os sistemas mais seguros, modernos e organizados, porque envolvem sistemas complexos de tecnologias arriscadas. Nesses tipos de riscos, a ação danosa é claramente verificada, mas é difícil identificar a falha ou até mesmo a negligência humana, porque a responsabilidade se dilui entre o sistema de organização<sup>21</sup>.

#### 1.4 Os discursos sociais

Até a metade do século passado, a economia se esforçava para aumentar a produtividade a qualquer custo, sem analisar os riscos envolvidos e, quando analisavam, era sempre em segundo plano, porque a riqueza era prioridade perante a produção de riscos.

Porém, essa lógica inverteu-se na Sociedade de Riscos. Muitas vezes, hoje o produto perde o valor que teria antigamente porque ele é tido como produtor de riscos, por exemplo a mistura de alimentos transgênicos com alimentos normais.

Há setores, hoje em dia, que se beneficiam dos riscos e têm todas suas atividades econômicas pautadas nele, como a indústria de filtros que contêm a poluição. Isto é, o sistema criou uma monetarização do risco e uma indústria de domínio da periculosidade, porque se lucra com o risco e com a ampliação de mecanismos de controle para esse mesmo risco<sup>22</sup>.

Para Bottini, dois sistemas comunicativos ficam afetados pelos novos riscos<sup>23</sup>. O primeiro é o discurso político e social, pois os conflitos econômicos acerca do grau de tolerância ou da extensão das medidas de contenção de atividades fortalecem-nos na disputa da gestão de riscos, o que ajuda a aumentar a insegurança a respeito do tema.

---

<sup>21</sup> Por exemplo, o acidente da fábrica norteamericana de agrotóxicos da Union Carbide Corporation, na cidade de Bhopal, Índia, em 1984, que matou milhares de pessoas – apesar da controvérsia quanto ao número de mortos - devido à inalação de gases tóxicos, como o isocianato de metila e o hidrocarboneto, os quais escaparam de um tanque durante operações de rotina da indústria. Até nos dias atuais, as pessoas que vivem na região próxima ao acidente, em sua maioria, sofrem as consequências do acidente, tendo em vista que muitas delas nascem com diversos problemas de saúde, principalmente respiratórios.

<sup>22</sup> Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 42.

<sup>23</sup> *Idem*, p. 41 e seguintes.

O segundo é o discurso científico, que deveria trazer respostas seguras sobre a periculosidade das atividades, mas não consegue chegar a conclusões técnicas, baseadas em constatações empíricas, sobre as relações de causalidade. Isso fragiliza a ciência e permite que ela seja utilizada como instrumento para os interesses políticos e econômicos, porque começam a aparecer teses antagônicas quanto ao grau de periculosidade sobre uma mesma atividade; demonstrando, assim, que a ciência não é neutra nesse assunto, principalmente quando envolvem conflitos econômicos que financiam as pesquisas. Ou seja, a ciência possui um papel ideológico e político marcante.

A consequência desses antagonismos é que surge a “cientificação reflexiva”<sup>24</sup>, caracterizada pela descrença da própria ciência quanto os seus métodos e princípios utilizados. Nesse sentido afirma Bottini:

[...] constata-se que a tomada de consciência dos riscos não está, nem pode estar fundamentada exclusivamente nas premissas científicas, mas está mediada argumentativamente, ou seja, o grau de visibilidade do perigo potencial fica, mais do que nunca, sujeito à apropriação política<sup>25</sup>.

Essa ausência de respostas científicas, somada à expansão dos novos riscos e aos conflitos econômicos e sociais sobre sua admissibilidade criam um sentimento de medo na sociedade, o qual é ainda intensificado pelos meios de comunicação em massa<sup>26</sup> que aproximam artificialmente o risco do cidadão, mesmo que ele não seja diretamente afetado por uma atividade potencialmente perigosa.

Além disso, essa sensação de insegurança (mesmo que não seja objetiva) aumenta com a perda de referenciais éticos, os quais são inicialmente responsáveis pela coesão social. A perda de princípios morais e éticos surge com o desenvolvimento dos meios de produção e com a incorporação de novas tecnologias, o que demanda uma intensa dedicação, tanto do trabalhador quanto do detentor da atividade, fazendo com que estes

---

<sup>24</sup> Ulrich Beck, *apud* Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 44.

<sup>25</sup> Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 44.

<sup>26</sup> Ressalta-se que os meios de comunicação em massa surgiram das tecnologias que nasceram na sociedade de risco e muitos ramos exploram essas atividades com o objetivo do lucro. Ainda cabe acrescentar que a Internet pode ser considerada o elemento decisivo para que a idéia de “globo” se transformasse em “aldeia”, o que ocasionou uma quebra na noção espaço-tempo de toda uma estrutura societária.

deixem de lado a participação em questões externas, como a família, a religião, associações comunitárias, etc.

Nesse cenário, a intervenção estatal se faz mais presente como forma de reforçar os valores até então vigentes. E, além disso, criam-se movimentos pelo controle mais efetivo das atividades arriscadas, principalmente por meio de organizações civis, como os movimentos ecológicos e de defesa ao consumidor. Junto a esses movimentos unem-se os setores econômicos que não são beneficiados com as atividades arriscadas e os que lucram com elas, como a própria mídia.

O Legislativo e a administração pública também possuem seu papel em enrijecer a fiscalização e o controle de ações perigosas. Porém, eles são ao mesmo tempo influenciáveis pelos interesses dos setores econômicos que dependem do risco para a manutenção de suas atividades e enriquecimento, com o discurso de que sem elas o modelo de produção atual não se sustentaria. Daí advém o paradoxo do risco.

## 1.5 O paradoxo do risco

O modelo de produção da sociedade hodierna é baseado na busca por inovações e na rapidez em que elas surgem para garantir o desenvolvimento econômico e evitar a obsolescência. Entretanto, as descobertas científicas não são acompanhadas pelo conhecimento científico sobre os efeitos dessas inovações, nem sobre os perigos que elas podem vir a acarretar, o que gera o risco. Ou seja, o risco, ao mesmo tempo em que mantém a estrutura do modelo de sociedade atual, é também responsável pelo desequilíbrio deste.

Consequentemente, a estrutura de organização da sociedade entra em crise no quesito da gestão de riscos. Por isso, como afirma Bottini:

Este paradoxo do risco é o elemento de desmoronamento das bases de organização da sociedade. As novas dimensões do risco desequilibram a ordem social e econômica, colocam em questão a própria funcionalidade dos institutos e afetam todas as esferas de relacionamento, público e privado<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 48.

O direito, como instrumento de riscos, também é afetado em suas construções e compreensões jurídicas. Portanto, seus critérios devem ser claros e eficazes para que possa manter as relações sociais básicas existentes, evitando, assim, uma crise ainda maior no sistema.

O paradoxo do risco impacta também na construção do direito positivo, o qual muitas vezes traz normas ambíguas e amplas, sem referenciais claros ou até mesmo conflitantes. A construção dogmática também fica afetada porque surgem diversos conceitos difíceis de serem definidos, bem como inúmeras escolas metodológicas e autores que sustentam posições completamente divergentes sobre a finalidade do direito.

O direito penal é, especificamente, uma área com muitas contradições, porque as novas exigências de controle sobre ações perigosas e expansão da tutela a bens jurídicos conflitam com os princípios tradicionais que o caracterizam como *ultima ratio*. Isto é, o Direito penal deveria servir como último meio para solução de conflitos, visto que tem o poder de privar um importante direito: o direito à liberdade. Mas o que se observa é que cada vez mais o direito penal é chamado para intervir nesse novo modelo de sociedade do risco, com penas mais severas, com novas leis, com novos princípios, etc.

Dessa forma, observa-se que o risco se torna uma figura central tanto na organização social como na orientação da política criminal, por exemplo, com os crimes de perigo abstrato, os quais têm o risco como elemento essencial.

### **1.5.1 A “irresponsabilidade organizada”**

A irresponsabilidade organizada é um termo utilizado por Beck para explicar com mais clareza as causas do paradoxo do risco contemporâneo, de que quanto mais ocorrem danos, maior é a regulamentação para evitá-los, mas mesmo assim não é possível identificar com exatidão os responsáveis<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 61.

Ainda para intensificar esse fenômeno, o progresso técnico-científico ocorrido na modernidade aumentou o número e a complexidade das interconexões causais e alterou a maioria das ações individuais para ações coletivas, fazendo com que a responsabilidade por eventuais riscos ficasse diluída.

Pode-se dizer que, principalmente nos riscos ambientais, isso ocorreu em dois contextos: o primeiro diz respeito ao aspecto cumulativo dos efeitos das ações individuais praticadas conjugadamente. A maioria dos resultados prejudiciais causados ao meio ambiente são decorrentes da acumulação de diversos efeitos, que com a sua repetição alteram substancialmente o equilíbrio ecológico, como, por exemplo, a emissão de CFC na atmosfera que causou o buraco na camada de ozônio. Nesse caso, torna-se muito difícil estabelecer os nexos de causalidade entre as ações individuais e a degradação do ambiente, o que inclusive coloca em dúvida os critérios tradicionais da ciência e do Direito para a aferição de responsabilidade, que não dão mais conta de responder a todos os danos da atualidade.

Além disso, essa situação se agrava mais porque, na maioria das vezes, há uma grande dificuldade em identificar, em sua totalidade, todos os agentes causadores. Para Machado, esse agravamento se dá por três razões: primeiro porque algumas dessas atividades massificadas são praticadas desde o século passado, segundo porque muitos riscos tecnológicos são imperceptíveis ao homem por um longo tempo, e terceiro porque a ciência não possui ainda controle absoluto das possíveis ameaças que as tecnologias podem vir a acarretar<sup>29</sup>. Ou seja, percebe-se a necessidade em criar novas normas sobre os riscos atuais.

O segundo contexto que dilui a responsabilização se refere às tecnologias de alto desenvolvimento e, consequentemente, de alto risco, as quais ocasionam devastação no meio ambiente devido a falhas operacionais e a acidentes<sup>30</sup> de grandes proporções. Os sistemas organizacionais têm a característica de possuírem interações inesperadas entre os métodos empregados e, somados a isso, os processos acontecem de maneira muito rápida, o que impossibilita a interrupção no caso de se detectar algum problema. Em síntese,

---

<sup>29</sup> *Idem*, p. 64.

<sup>30</sup> Cabe afirmar, de início, que a própria denominação “acidente” já demonstra a dificuldade em imputar qualquer tipo de responsabilidade.

quando uma parte do sistema apresenta alguma falha, normalmente não tem como isolá-la e muito menos revertê-la, porque o problema inicial se espalha e se intensifica de maneira rápida e inevitável, fazendo com que outras partes do sistema também apresentem problemas; e, em última análise, essa soma de interações normalmente resulta em catástrofes de grandes proporções.

O mais contraditório é pensar que cada uma das falhas dentro do sistema, quando consideradas individualmente, são previsíveis e imperceptíveis e possuem mecanismos de segurança específicos para evitá-las, mas quando estão em conjunto acabam deixando o problema com proporções incomensuráveis, o que, consequentemente, dificulta a determinação e a ponderação da culpabilidade de cada possível responsável.

Diante de todas essas dificuldades em se definir o nexo de causalidade é que o sociólogo chegou à formulação da “irresponsabilidade organizada”, utilizando a metáfora de um labirinto de princípios e normas de responsabilidade que, no fim, demonstram serem regras que isentam a responsabilização<sup>31</sup>. Esse fenômeno ainda é intensificado com a união das empresas, dos partidos políticos e dos especialistas, que criam os perigos da atual sociedade e, além disso, originam uma série de discursos para acabar com as responsabilidades.

Para Beck, o que legitima o funcionamento precário e problemático desse sistema é a ingenuidade em se acreditar que os mecanismos clássicos que trazem as regras de culpabilidade e de causalidade podem dar conta de atribuir responsabilidades perante os riscos atuais<sup>32</sup>. Nascem inclusive questionamentos em relação ao sistema legal, o qual normatiza com precisão os pequenos e manejáveis riscos, mas termina por legitimar os megariscos, ou seja, o direito torna-se também cúmplice da irresponsabilidade organizada. Por isso, o autor afirma a necessidade de ocorrerem mudanças nos mecanismos legais, tanto no controle, quanto na distribuição de responsabilidades.

## 1.6 Os sistemas de segurança

---

<sup>31</sup> Ulrich Beck; Anthony Giddens; Scott Lash, *op. cit.*, p. 239.

<sup>32</sup> Ulrich Beck, *apud* Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 72.

Durante o processo de industrialização - a primeira modernidade -, a tecnologia era tida como um aparato para simplificar as relações causais de certas áreas operacionais. Entretanto, essa “racionalidade tecnológica” trouxe consequências distintas das esperadas, com o surgimento de inesperadas e improváveis causalidades e efeitos colaterais, o que, em última instância, acabou com a idéia antiga de controle. Nas palavras de Machado:

[...] se, por um lado, a tecnologia foi capaz de controlar certos eventos e de minimizar certos tipos de perigos e riscos, por outro, trouxe novos fatores de incerteza e acabou criando outra ordem de riscos, sobre os quais passou a não exercer controle<sup>33</sup>.

Quando esse problema foi detectado, foram reunidos esforços a fim de que mais tecnologias fossem criadas, mas agora para dar mais segurança às antigas e para preservar o progresso técnico. Porém, a aplicação de tecnologia sobre tecnologia acabou trazendo mais complexidade e, consequentemente, novos e mais riscos. Muitas vezes, não se pensava em interações imprevistas e calamitosas, porque a sociedade passou a confiar e depender demais das tecnologias, ou seja, o problema adveio não da falta de investimentos no campo da segurança, mas no excesso de tecnologias utilizadas para dar mais segurança a outras tecnologias já existentes e que já traziam riscos.

Cada vez mais se prima pela busca incessante à segurança, o que afeta não só o homem, como também a família, a sociedade e o Estado. Essa “ausência de um protetor”, nas palavras de Villamor Maquiera<sup>34</sup>, dá às pessoas uma sensação de falta de domínio do curso dos acontecimentos.

### 1.6.1 O modelo securitário

Segundo Luhmann, desde a época dos Descobrimentos existiam formas rudimentares de controle do risco, por meio dos seguros marítimos<sup>35</sup>, os quais eram importantes porque a navegação, além de ser muito custosa, era tida como um

---

<sup>33</sup> Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 54.

<sup>34</sup> Carlos de Villamor Maquiera, *apud* Paulo Silva Fernandes, *op. cit.*, p. 32.

<sup>35</sup> Niklas Luhmann, *apud* Paulo Silva Fernandes, *op. cit.*, p. 33.

empreendimento arriscado, visto que a tecnologia empregada era precária para serem realizadas viagens de longa distância.

Mas já na sociedade do risco, as ameaças que antes eram consideradas incalculáveis, como as epidemias, tornaram-se calculáveis devido ao desenvolvimento de métodos racionais de controle durante o período de modernização da sociedade. Da mesma maneira, o aparato securitário foi se aperfeiçoando e se expandindo para diversas áreas de ação social. Principalmente na primeira modernidade, o número de aplicações para o cálculo do seguro aumentou muito, assim como também aumentou a quantidade de questões consideradas responsabilidade do indivíduo, as quais, consequentemente, poderiam causar riscos. E esses novos riscos passaram a ser cobertos pelo seguro também.

Todo esse sistema de seguros acarretou quatro vantagens, segundo Machado<sup>36</sup>. A primeira vantagem é que os eventos que causam riscos e que são cobertos pelo seguro precisavam ser regulados politicamente, o que tirou do campo individual, trazendo para a sociedade discuti-los. A segunda vantagem é que o pagamento do seguro, na maioria das vezes, ocorre sem se investigar a culpa, ou seja, diminuiu muito o número de disputas judiciais a respeito das causas do sinistro. A terceira vantagem citada diz respeito à prevenção, a qual é estimulada por meio de prêmios para aqueles que evitam os riscos, não causando nenhum dano. Por último, a quarta e mais importante vantagem é que essa lógica do sistema de seguros tornou a questão da modernidade e do progresso fácil de se conviver, apesar da imprevisibilidade do futuro. Isto é, a sociedade pôde ficar mais tranquila, porque o presente estava garantido, mesmo com o surgimento de novos e inesperados riscos. Ewald denomina esse aparato de “tecnologia do risco”<sup>37</sup>, porque torna o incerto em calculável e legitima o progresso técnico-científico.

Entretanto, essa lógica muda na sociedade de risco, porque os novos riscos surgidos na modernização reflexiva são, em sua maioria, imprevisíveis, fazendo com que não tenha como compensá-los ou assegurá-los. Devido às dimensões globais desses riscos, seus efeitos causam danos muitas vezes irreparáveis, consequentemente, o seguro

---

<sup>36</sup> Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 56-57.

<sup>37</sup> Francois Ewald, *apud* Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 57.

passa a ter uma atuação deficitária. Observa-se, portanto, que as empresas de seguro se tornam importantes para reconhecer os riscos tecnológicos, porque passam a não cobri-los.

Os riscos de grandes proporções, como os nucleares, os genéticos e os ecológicos, acabaram com as bases de cálculo do risco. Primeiro porque a compensação monetária se demonstra impraticável diante de consequências muitas vezes impossíveis de se quantificar e reparar, e segundo porque todo o sistema de prevenção e previsão começa a falhar. Acrescenta-se a isso o fato de que a perda da noção tempo-espacó acaba com os procedimentos de avaliação de riscos. Contradicoratoriamente, à medida que os riscos aumentam, a proteção dos seguros diminui.

### 1.7 O regresso da incerteza

Ulrich Beck quando propôs seu modelo social, também tratou da “sociedade do medo”<sup>38</sup>, a qual se caracteriza por ser baseada num modelo utópico e defensivo de segurança, em que apenas se busca evitar o mal, ao invés de almejar conquistas positivas. Isso ocorre porque a maioria dos riscos que antes eram imperceptíveis tornam-se perceptíveis na segunda modernidade, devido à intensificação de circunstâncias que levam ao risco e à percepção da opinião pública sobre eles.

O sociólogo também denomina essa situação de “confusão dos séculos”<sup>39</sup>, porque os riscos que assombram as pessoas hoje foram produzidos por inúmeras atividades realizadas no século passado, mas só emergiram durante a modernidade reflexiva, período já referido anteriormente em que se começou a ter uma visão crítica a respeito do progresso técnico-científico.

Com a percepção dos novos riscos, as mesmas burocracias de segurança utilizadas no passado são também utilizadas no presente, por meio de mecanismos de efeitos simbólicos, normalizando os novos riscos. Isso faz com que Beck afirme que não é a desobediência a essas regras que levam aos riscos e aos perigos, mas sim as próprias

---

<sup>38</sup> Ulrich Beck, *apud* Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 75.

<sup>39</sup> *Idem.*

regras normalizadoras que aceleram esse fenômeno. Uma justificativa plausível ilustrada por Machado<sup>40</sup>, é que na hora de se estabelecer critérios coerentes e seguros para os novos riscos, as decisões são negociadas em diversos ramos, como o político e o jurídico, fazendo com que não se dê a importância necessária às consequências negativas que podem vir a ocorrer, até que elas realmente ocorram e se tornem intensamente percebidas.

### **1.7.1 Contradição das normas diante dos novos riscos**

As normas são regras que orientam o indivíduo em suas ações, dizendo o que é certo e o que é errado, segundo o sistema jurídico. Uma conduta tida como perigosa ou arriscada é considerada desviante da norma, ou seja, a norma sempre pressupõe ações sem riscos, porque foi criada por meio de pessoas racionais e de acordo com os valores sociais estruturantes da coletividade.

Mas com a percepção (tardia) dos novos riscos se altera a relação indivíduo-norma, porque ações hoje arriscadas, ignoradas antigamente, eram aquelas que sempre estiveram conforme as normas de comportamento. Sendo assim, durante o desenvolvimento industrial, condutas que possuíam um potencial alto de risco eram consideradas atividades lícitas, o que acarretou, em última instância, consequências ocultas e devastadoras que só foram reconhecidas na perspectiva moderna da sociedade de risco.

Por isso, a legitimidade das instituições e das regulamentações foi colocada em dúvida, porque mesmo que funcionem perfeitamente, não trazem segurança à sociedade, e sim dá validade às ameaças.

Essa contradição também possui relação íntima com a crise suportada pelo campo da ciência, de descrédito em sua instituição. Todos os instrumentos de direção social passaram a confiar cegamente na ciência, a qual teria as respostas (supostamente) mais seguras para a sociedade diante da evolução técnico-científica. Entretanto, principalmente depois do acidente nuclear de Chernobyl, percebeu-se a fragilidade da ciência e o abismo entre a segurança real e almejada e a segurança provável, dada pelos estudos científicos.

---

<sup>40</sup> Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 76.

O nível de exposição à radioatividade tolerado pelas pessoas foi ditado pela ciência, sendo que o direito e a política apenas ratificaram esse entendimento, o qual se demonstrou falho depois, fazendo com que com a credibilidade científica acabasse.

Em síntese, segundo as palavras de Boaventura de Sousa Santos, foi exatamente o aprimoramento no conhecimento científico que demonstrou a fragilidade das bases que o sustenta<sup>41</sup>. Muitas de nossas decisões cotidianas e essenciais são tomadas sem qualquer fundamento lógico ou empírico, como é o caso dos alimentos geneticamente modificados que são consumidos mesmo com consequências incertas e difíceis de serem avaliadas.

Nesse contexto negativo e pessimista, surge a necessidade de se repensar os fundamentos da racionalidade moderna, fenômeno caracterizado como o “retorno da incerteza”<sup>42</sup>. Essa incerteza faz com que fique extremamente difícil analisar o que é permitido e o que é proibido, porque falta conhecimento nas relações entre a periculosidade de uma determinada conduta e os benefícios ou malefícios sociais que ela pode gerar.

Além disso, a maioria dos riscos e suas consequências ainda são imperceptíveis para a visão do homem comum, apesar de toda a publicidade atual, o que acarreta uma necessidade em se confiar novamente nos órgãos e instrumentos técnicos e científicos, fazendo com que o sentimento de insegurança social se mantenha até que se encontrem outros mecanismos de respostas.

Outra relação de dependência criada é com terceiros, isto é, cada vez mais para se proteger um bem jurídico de uma pessoa é necessário que outra pessoa tenha condutas positivas de controle dos riscos, fazendo com que a sensação de insegurança aumente ainda mais, porque se perde o domínio efetivo de sua garantia própria.

Todo esse inseguro cenário contribuiu para que os sistemas estruturantes da sociedade, como o direito, a política e a ciência, sofressem um grande abalo de confiança garantida pelo Estado antigamente, isso porque além dos riscos ultrapassarem qualquer

---

<sup>41</sup> Boaventura de Sousa Santos, *apud* Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 78.

<sup>42</sup> Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 79.

mecanismo de controle, se globalizaram e se tornaram incontroláveis. Também foi determinante o fato de que as decisões e os sistemas de proteção foram planejados no limite de cada Estado-nação, apesar dos efeitos dessas decisões ultrapassarem barreiras geográficas e tomarem proporções globais<sup>43</sup>. Além disso, há um agravamento dessa situação, devido a um aumento na sensibilidade ao risco pela população, sentimento esse muito influenciado pelos meios de comunicação de massa que aproximam artificialmente os riscos do sujeito mesmo ele não sendo afetado diretamente.

### **1.8 A juridicização da opinião pública**

O processo de juridicização da opinião pública representa o encaminhamento de pressões de várias ordens à burocracia institucional e pode ser dividido em dois momentos. O primeiro advém do movimento coletivo e individual para a busca de soluções diante da insegurança e da falta de controle surgidos com a modernidade. Essa incerteza somada com a autocrítica comuns nas sociedades tornam-se o ponto de partida para a movimentação que exige do Estado tanto a proteção (principalmente jurídico-normativa), como a sensação de segurança nessa proteção.

Ao mesmo tempo, as medidas tomadas como tentativas de controle e normalização dos riscos são apenas paliativas, têm efeitos simbólicos e sintomáticos, porque se insiste em tentar solucionar os novos problemas com os mesmos antigos critérios da sociedade industrial, fazendo com que acarrete uma “crise das instituições formais de controle”<sup>44</sup>, ou seja, a própria sociedade de risco produz sua ameaça e sua deficiência estrutural. Nesse sentido, a população passa a clamar pela atuação mais intensa do direito penal, porque esse representa o ramo jurídico em que os meios de sanção são mais graves e, portanto, mais perceptíveis para a sociedade, o que acarreta uma falsa sensação de segurança dada por meio do agravamento das punições.

O segundo momento está intrinsecamente ligado ao primeiro e se refere à participação ativa do público na transformação do sistema jurídico-penal, usando a pena como meio para reduzir os novos riscos. Esse fenômeno tem ligação direta com a

---

<sup>43</sup> *Idem*, p. 83.

<sup>44</sup> *Idem*, p. 86.

expansão cada vez mais intensa da mídia, com a participação crescente também dos movimentos sociais no debate público sobre o sistema penal e com a importância dada à população, a qual é demasiadamente tida como vítima de todo esse sistema inseguro.

O público é chamado a participar tanto do processo de elaboração de normas, identificando condutas lícitas e ilícitas, quanto na deliberação da resposta legal ao problema. Isso faz com que haja um afastamento da opinião científica, que antes era a primeira a ser consultada, para dar espaço a outros ramos de interesses envolvidos, como o econômico e o político.

### **1.9 O gerenciamento de riscos e o princípio da precaução**

Diante da contradição já referida anteriormente, em que grupos econômicos, políticos e sociais, ao mesmo tempo, engrandecem e incentivam o progresso tecnológico a todo custo, aumentam e aperfeiçoam mecanismos de contenção desse desenvolvimento, objetivando diminuir os riscos derivados dele, nasce o fenômeno de gestão de riscos.

O gestor pode ser tanto da esfera pública, como o legislador fixando limites na consecução de determinadas atividades arriscadas, quanto da privada, como o desenvolvimento do mercado de seguros. Cabe ressaltar que as duas esferas são intensamente influenciadas por ideologias, ou seja, não podem ser tidas como politicamente neutras, visto que suas decisões ora tendem a seguir um caminho, ora a seguir outro, dependendo da opção política escolhida em determinado assunto e em determinado momento histórico. Mas o que une esses dois campos em uma finalidade comum é o enfrentamento do paradoxo do risco.

Com o aparecimento de novas e mais complexas tecnologias e inovações em diversos setores produtivos, o gerenciamento de atividades começou a ganhar mais importância e seu surgimento se deu com o aperfeiçoamento das teorias da probabilidade e de modelos matemáticos, os quais proporcionaram métodos científicos capazes de mensurar os riscos e delinear estratégias para o gestor atuar<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 53.

Essa atuação é dividida em duas etapas diferentes: a primeira consiste na análise do risco e a segunda, nas decisões adotadas perante os dados obtidos na etapa anterior sobre a periculosidade de determinadas atividades, o que seria a administração do risco.

Primeiramente o gestor irá avaliar, observar e sistematizar informações referentes a certa atividade, com o objetivo de calcular a probabilidade dos riscos e dos efeitos envolvidos nela. A avaliação é pautada em observação empírica e em dados estatísticos, com o escopo de estabelecer modelos de previsibilidade para a decisão que será tomada na etapa seguinte. É uma espécie de estudo de impacto e tem grande importância porque diversos textos de lei determinam que sejam feitas essas análises antes da realização das atividades, de modo a investigar os possíveis riscos envolvidos, evitando, assim, degradações e perigos ainda maiores.

Após essa etapa do processo, o gestor precisa determinar o risco permitido, isto é, precisa optar entre tolerar (ou até mesmo incentivar) certas atividades arriscadas ou restringi-las, segundo a confrontação custo-benefício para a sociedade. Busca-se, nesse segundo momento, fixar um patamar aceitável em que o nível de periculosidade não ultrapasse as vantagens e as necessidades atreladas à atividade, o que seria considerada uma situação ideal. Entretanto, a tarefa não é tão simples, muito pelo contrário, ela tende ser mais difícil do que a anterior, porque a decisão que será tomada é baseada em juízos de valor subjetivos, ou seja, o gestor está em constante conflito de interesses, tendo que decidir de acordo com sua opção política e ideológica.

Os textos de lei refletem essa dificuldade em se estabelecer critérios para a definição do risco permitido, visto que muitos determinam objetivos e metas vagos ou amplos demais, deixando uma margem grande de imprecisão sobre a qual o gestor deverá trabalhar para aplicar diante de situações fáticas. Porém, por mais estranho que pareça, essa vaguença tem sentido, porque a dinâmica social é muito inconstante, então, dessa forma, as normas estão sempre de certa forma atualizadas e não se tornam obsoletas, podendo ser usadas eficazmente em diversos contextos. É uma forma do direito delegar poderes a meios de regulamentação mais estruturados e específicos para cada atividade, por exemplo, quando a Lei 6.938/1981 (que trata da Política Nacional do Meio

Ambiente), em seu artigo 8º, passa para o Conselho Nacional do Meio Ambiente a função de estabelecer normas e critérios para o licenciamento de atividades poluidoras<sup>46</sup>.

Essa tendência também é verificada no direito penal, em que as normas penais em branco estão sendo cada vez mais utilizadas, com o objetivo de deixar o texto da lei genérico e delegar às autoridades administrativas competentes a tarefa de caracterizar os aspectos dos tipos penais ainda não definidos.

No entanto, o problema do paradoxo do risco continua sem solução, mesmo com a técnica de delegação, porque essa não substitui a ausência de parâmetros científicos, fazendo com que os conflitos políticos continuem a influenciar o gestor de riscos. Porém, a ausência de certezas estatísticas ou a insuficiência científica em apresentar respostas satisfatórias não pode servir de desculpa para que o gerenciamento de riscos fique sem atuar. Nesses casos, surge o princípio da precaução, o qual orienta o emprego de medidas de restrição ou de vedação a atividades em que o risco ainda não é conhecido<sup>47</sup>.

O cerne desse princípio está na aversão à ambiguidade característica da sociedade do risco explicada no começo desse item. A população prefere lidar com riscos baseados em probabilidades conhecidas ou em estudos científicos precisos e afastar todo e qualquer empreendimento que possua consequências ainda desconhecidas. O significado dele está na tutela antecipada, objetivando o gerenciamento imediato e necessário enquanto se espera por informações e dados a respeito da periculosidade na implementação de atividades.

Não se pode confundir o princípio da precaução com o princípio da prevenção, o qual trabalha com medidas de restrições também, mas perante atividades que já possuem sua periculosidade mensurada pela ciência ou por evidências estatísticas, ou seja, o risco já foi diagnosticado. Essa definição é importante quando há uma sanção, principalmente penal, visto que o direito penal também possui seu papel de gerente de riscos. Por causa disso, há a necessidade de se distinguir condutas em que incidem regras de prevenção das

---

<sup>46</sup> Art. 8º Compete ao CONAMA: I - estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluídoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA.

<sup>47</sup> Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 60 e seguintes.

condutas que incidem regras de precaução, pelo fato de que as primeiras têm maior gravidade do que as segundas, justamente pelo conhecimento científico. Ou seja, as primeiras terão prioridade de proteção e sanções mais severas, já as segundas devem ser analisadas com cuidado para que sejam fixados limites ao poder de punição, evitando que o direito penal atue fora de suas competências.

A consagração do princípio da precaução se deu na Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1992, especificamente em seu artigo 15, o qual estabelece:

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Hoje esse princípio ultrapassa o âmbito original, o do meio ambiente, e está presente em muitos outros campos, como os direitos do consumidor e a saúde pública. Na legislação brasileira e nas decisões judiciais ele vai sendo paulatinamente incorporado, como, por exemplo, na Lei de Biossegurança, artigo 1º<sup>48</sup>, e na decisão do Juízo Federal da Sexta Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal<sup>49</sup> sobre a comercialização da soja transgênica.

Como medidas para a efetivação das normas de gestão de riscos criadas têm-se as consequências positivas e as negativas. As primeiras são os incentivos conferidos pelo gestor para os agentes que contribuem com as restrições impostas pelo princípio da precaução, por exemplo, os créditos de carbono, desenvolvidos e utilizados pela ONU, os quais equivalem a títulos negociáveis para aqueles que desenvolvem atividades seguras e

---

<sup>48</sup> Lei 11.105/2005, artigo 1º: “Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do **princípio da precaução** para a proteção do meio ambiente.” (grifo nosso)

<sup>49</sup> As empresas Monsanto do Brasil Ltda. e Monsoy Ltda. foram obrigadas a apresentarem estudos prévios de impacto ambiental referentes ao plantio, em escala comercial, de soja transgênica, ficando impedidas de venderem o produto até que houvesse regulamentação pelo Poder Público sobre as normas de segurança.

reduzem a emissão de poluentes. Já as negativas referem-se às punições para aqueles que descumprem os limites fixados pelo princípio, podem ser, por exemplo, sanções administrativas e criminais.

Nessa questão, pontua-se uma das problemáticas principais do estudo, que seria a utilização e a expansão do direito penal em situações de incertezas sobre os riscos potenciais de uma determinada conduta. Esse ramo jurídico apresenta uma tendência cada vez maior em incorporar o princípio da precaução em certos tipos penais que não possuem uma evidente periculosidade para amenizar o sentimento de insegurança da sociedade do risco, respondendo às demandas sociais por maior controle ao desenvolvimento exacerbado, como ficará demonstrado com a análise do julgado no último capítulo do trabalho.

Em suma, o direito penal torna-se o meio para suprir a insuficiência científica diante de uma sociedade aterrorizada pelos novos riscos, expandindo-se para áreas que não eram originariamente de sua competência, situação essa que impõe a necessidade de se fixarem limites punitivos para essa ampliação.



## 2 CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

### 2.1 Conceito

Doutrinariamente os crimes de perigo abstrato vêm sendo estudados há pouco tempo. Segundo Nélson Hungria, eles foram pronunciados pela primeira vez por Binding<sup>50</sup>. Mas no plano prático esses crimes já eram conhecidos desde a Roma antiga, por exemplo, era crime deixar um vasilhame no peitoril da janela, mesmo que essa conduta não lesionasse ninguém<sup>51</sup>, apenas pelo risco advindo dessa ação.

Para compreender melhor o conceito, primeiramente é interessante definir o que é perigo. Dentre as inúmeras classificações e divergências doutrinárias, Ilha da Silva citando Miguel Reale Júnior sintetiza o perigo de uma forma interessante, na qual o perigo é:

A aptidão, a idoneidade de um fenômeno de ser causa de dano, ou seja, é a modificação de um estado verificado no mundo exterior com a potencialidade de produzir a perda ou diminuição de um bem, o sacrifício ou a restrição de um interesse<sup>52</sup>.

Entendida a noção de perigo, cabe agora diferenciar os crimes de dano dos crimes de perigo. Os primeiros são aqueles que se consumam com uma efetiva lesão a um bem ou a um interesse jurídico, já os crimes de perigo se consumam com a probabilidade de um dano a um bem jurídico penalmente relevante. Esses tipos penais representam uma potencial ameaça à segurança de valores ou bens, isto é, possuem uma acentuada possibilidade de dano. Ou seja, em síntese, o que os difere é a importância da agressão ao bem jurídico que resulta de uma conduta delituosa, seja essa causadora de um dano ou expositora de um perigo<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> Nélson Hungria. *Comentários ao Código Penal*, vol. V, p. 379.

<sup>51</sup> Demóstenes Madureira de Pinho. *O valor do perigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1939, p. 8 e seguintes.

<sup>52</sup> Miguel Reale Júnior, *apud* Ângelo Roberto Ilha da Silva, *op. cit.*, p. 54.

<sup>53</sup> Ângelo Roberto Ilha da Silva, *op. cit.*, p. 56.

Por último, antes de dar início ao conceito de crimes de perigo abstrato, é ainda importante definir com exatidão o que vem a ser o dolo de perigo, imprecindível para se configurar tais tipos penais. Necessariamente, o agente do crime deve ter vontade e consciência de que sua conduta pode ocasionar uma lesão, ou seja, é indispensável que haja ciência do nexo de causalidade entre a ação e a exposição de perigo a um bem jurídico relevante resultante dessa ação, mas sem que o objetivo primeiro fosse esse. Nas palavras de Ilha da Silva:

O agente prevê, aceita e atua em favor do implemento do perigo, mas sem desejar o dano, contudo não deixa de agir, ou seja, basta que o agente tenha consciência do perigo e não se abstenha de sua conduta, sabendo ser impossível levá-la a efeito sem impor o perigo<sup>54</sup>.

Cabe ressaltar que nem sempre os crimes de perigo vêm informados por esse elemento subjetivo, porque eles podem ser praticados também com o dolo de dano ou até mesmo com culpa.

Finalmente, podemos classificar os crimes de perigo em: concreto e abstrato. Os primeiros tipos de crimes são aqueles que se consumam com a efetiva colocação em perigo de um bem jurídico, ou seja, o perigo constitui elemento do tipo. A própria redação do tipo penal descreve a situação concreta de exposição de perigo ou de ameaça, como, por exemplo, o crime de incêndio (artigo 250 do Código Penal) que diz: “Causar incêndio, *expondo a perigo* a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem”. Não necessariamente o legislador previu todas as situações concretas de perigo, por isso há ainda crimes de perigo concreto que não mencionam o “perigo” no tipo, fazendo com que seja preciso uma análise de cada caso.

Os crimes de perigo abstrato são aqueles em que o perigo é ínsito na conduta, demonstrado segundo a realidade e a experiência<sup>55</sup>, independentemente da produção efetiva de algum resultado externo. Para Ilha da Silva, “o perigo não é elemento do tipo, mas tão-só sua motivação”<sup>56</sup>. A mera prática da conduta tida como ilícita na norma já

---

<sup>54</sup> Ângelo Roberto Ilha da Silva, *op. cit.*, p. 64.

<sup>55</sup> Miguel Reale Júnior. *Instituições de Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 279.

<sup>56</sup> Ângelo Roberto Ilha da Silva, *op. cit.*, p. 72.

exaure os aspectos objetivos do tipo penal, como ocorre no crime de porte irregular de arma de fogo, que será melhor explicitado na análise do julgado feita no último capítulo (Lei 10.826/03, artigo 14: “Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar”), em que o desvalor está na ação e não no resultado. Então, para a consecução desse tipo de delito, somente é necessária a demonstração de que tal conduta tida como perigosa foi realizada, não importando se o perigo foi ou não produzido mesmo<sup>57</sup>.

Esse tipo de crime pode ainda ser tratado de forma diversa pela doutrina, como crimes de perigo presumido por Grasso, crimes de perigo hipotético por Tório, dentre outras nomenclaturas, todas com o intuito de classificar com mais precisão tal tipo de delito<sup>58</sup>, porque se entendermos, como já foi explicitado no primeiro capítulo, que perigo é uma palavra que se refere a situações de fato e objetivas, os únicos crimes de perigo seriam os concretos. O crime de perigo abstrato, em contraposição, seria mais bem definido se classificado como um delito de risco ou de periculosidade, porque trata de ações simplesmente arriscadas, que podem ou não trazer algum perigo efetivo ou até mesmo uma lesão.

A partir do final da década de 1960, surgiu uma nova nomenclatura que pretendia ser intermediária da categorização dicotômica clássica: são os crimes de perigo abstrato-concreto. Schröder propôs essa definição porque para ele existem crimes que ao mesmo tempo em que não exigem a produção de nenhuma ameaça concreta a bens jurídicos, também não se satisfazem com o mero cumprimento formal da ação<sup>59</sup>. Esses delitos necessitam que se tenha um ambiente de perigo em potencial (abstrato) mas que, ao mesmo tempo, não ameace efetivamente nenhum bem jurídico concreto, como é o caso do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, o qual, após as alterações trazidas pela recente Lei 12.760/2012, pune aquele que “conduzir veículo automotor com capacidade

---

<sup>57</sup> Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 130.

<sup>58</sup> Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 113.

<sup>59</sup> Salas Almirall, *apud* Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 115.

psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”.

A função desses tipos de delitos, para Mata y Martín, é a proteção de bens jurídicos intermediários, os quais podem ser caracterizados por serem bens coletivos com referente individual. O mesmo autor os considera delitos de lesão-perigo, porque podem lesionar um bem coletivo e criar um perigo abstrato para um bem individual<sup>60</sup>. Já Luiz Flávio Gomes, considera que esses são crimes de perigo concreto indeterminado, porque não é preciso que haja uma vítima concreta, mas a conduta deve ser adequada para poder causar um dano a um bem jurídico individual<sup>61</sup>.

## 2.2 Evolução histórica do conceito

De acordo com o contexto histórico, político e social de cada época, diversas escolas penais sistematizaram propostas metodológicas que melhor enquadravam o direito penal, visto que esse ramo jurídico sofre influências das premissas que estruturam o pensamento da sociedade como um todo. Por isso, é de extrema relevância que seja feita uma análise das concepções construídas historicamente sobre os crimes de perigo abstrato para melhor compreensão do tema.

### 2.2.1 Direito penal Clássico

O direito penal clássico foi fortemente influenciado pelas ideias iluministas vigentes na época, que valorizavam o positivismo, isto é, a norma positiva era o fundamento do injusto penal. Para o momento histórico, as condutas que deviam ser punidas eram aquelas que se encaixavam perfeitamente no tipo penal, o qual possuía a função de apenas descrever ações ilícitas, independente de qualquer valor ou princípio<sup>62</sup>.

A principal preocupação para os autores clássicos era limitar o exercício do *ius puniendi*, vinculando o juiz à interpretação literal das normas, o que, consequentemente,

---

<sup>60</sup> Mata y Martín, *apud* Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 117.

<sup>61</sup> Luiz Flávio Gomes, *apud* Ângelo Roberto Ilha da Silva, *op. cit.*, p. 80.

<sup>62</sup> Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 127.

daria mais segurança na aplicação do direito, porque evitaria arbitrariedades e instabilidades no ordenamento jurídico. Nesse sentido, o desvalor estava tão-só nos efeitos externos das condutas praticadas pelos agentes, indiferentemente da intenção (aspecto subjetivo) destes. Isso porque os iluministas valorizavam a liberdade de pensamento, então cada um poderia pensar o que quiser, mas a partir do momento em que lesionassem ou colocassem em perigo algum bem jurídico, o direito penal deveria intervir.

É por causa dessa característica principal (supremacia do desvalor de resultado) que os crimes de perigo abstrato eram dificilmente compatíveis com a doutrina clássica. Binding sinalizava essa dificuldade com sua classificação das normas penais em: proibições de lesão, relacionadas ao dano efetivo a um bem jurídico; proibições de perigo, as quais vedam ações perigosas concretas, porque para o autor colocar em perigo era a mesma coisa que lesionar<sup>63</sup>; e infrações de polícia ou delitos de desobediência, os quais se caracterizam por serem atos ilícitos sem qualquer periculosidade ou resultado efetivo, ou seja, se aproximam ao que hoje conhecemos como crimes de perigo abstrato, porque o injusto penal está na prática da conduta em si. Entretanto, esses delitos não eram aceitos pelo autor, na sua concepção formal, exatamente porque para ele não há nenhuma relevância para que o direito penal venha a tutelar ficções de perigo de resultado.

Rabl, outro autor clássico, também seguia a mesma linha de Binding e caracterizava os crimes de perigo abstrato como crimes de perigo concreto presumidos, em que o resultado de perigo não precisa ser provado, ou seja, a diferença entre os crimes de perigo abstrato e concreto está na atividade probatória<sup>64</sup>.

O primeiro estudo sistemático realizado sobre esses tipos penais surgiu com Stubel<sup>65</sup>, autor que afirmava ter compatibilidade os crimes de perigo abstrato com o pensamento penal da época, porque eram tidos como delitos de lesão, em que a mera exposição ao risco de um bem jurídico já resultaria uma lesão à segurança. Opinião semelhante possui o brasileiro Pinho, o qual acredita que o perigo deve ser encarado

---

<sup>63</sup> Hassemer, *apud* Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 128.

<sup>64</sup> Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 130.

<sup>65</sup> Blanca Mendoza Buergo. *Limites dogmáticos y Político-Criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001, p. 91.

como potencial carregador de danos à sociedade, ou seja, uma situação de perigo por si só já resultaria em um abalo social e uma ofensa ao bem jurídico tutelado<sup>66</sup>.

Conclui-se, pois, que a legitimação dos crimes de perigo abstrato no período clássico só se deu com o deslocamento do desvalor normativo do plano da ação para o plano do resultado.

## 2.2.2 Neokantismo

Buscando a superação do direito penal clássico, com sua estrutura fechada e não agregadora de valores sociais e culturais, surge o neokantismo, o qual passa a agregar esses valores tendo em vista o processo de conhecimento humano. Essa escola prioriza as análises dos tipos penais com base nos sujeitos pensantes e no modo como esses compreendem a realidade<sup>67</sup>, ao invés de ter como único alicerce a norma positiva. O direito penal passa a ser estudado como um sistema cultural que está intimamente ligado aos valores de uma sociedade, e os agraga em seus institutos.

Para os autores neokantistas, uma conduta para ter tipicidade, não é necessário apenas que ela se enquadre na descrição penal, como também ter algum significado social diante dos princípios vigentes. Sendo assim, uma ação será ilícita quando vai contra o texto legal e contraria também algum valor estimado para a sociedade.

Com base nessas considerações é que o autor Mezger pondera a importância do perigo para o direito penal. Para ele, ainda que uma conduta não cause nenhum dano a um bem jurídico penalmente valorado, ela pode sim ter relevância jurídica, porque a experiência e o conhecimento demonstram que ela se adequa à produção de algum resultado<sup>68</sup>, ou seja, pode se tornar perigosa e até mesmo danosa. Para a constatação do perigo, é indispensável que haja um elemento baseado na realidade empírica e outro elemento que se baseia na norma, levando em consideração os valores vigentes no momento da prática do ato.

---

<sup>66</sup> Demóstenes Madureira de Pinho, *op. cit.*, p. 42.

<sup>67</sup> Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 132 e seguintes.

<sup>68</sup> *Idem*, p. 133.

Ao fazer esse juízo de perigo, é possível verificar se o crime é de perigo concreto ou de perigo abstrato. A diferença é que o primeiro será demonstrado diante de cada caso que produziu um perigo real, efetivo. Já para o segundo basta uma periculosidade em potencial, independente se na situação de fato ocorreu mesmo o perigo<sup>69</sup>. Dessa forma, diante da concepção neokantista de adaptar o conteúdo normativo à realidade fática, é possível afastar o injusto do perigo abstrato nas situações em que a periculosidade não esteve presente. Nesse sentido, verifica-se certa flexibilidade para a interpretação desses delitos, permitindo a utilização da política criminal com a finalidade de preservar o Estado Democrático de Direito.

### **2.2.3 Finalismo**

A fim de superar a abstração presente na idéia neokantista de incorporar os valores culturais momentaneamente vigentes na sociedade, o finalismo nasce para criar um direito penal estável, caracterizado por buscar elementos derivados da matéria<sup>70</sup>.

Para isso, a escola tem como cerne da teoria do delito a concepção finalista da ação, em que o direito penal só deve atuar para impedir condutas intencionais que sejam contrárias aos valores morais e sociais. A ação penalmente relevante será aquela que tem a finalidade de causar um resultado negativo, de acordo com o pensamento anterior à conduta do sujeito<sup>71</sup>. Então são dois momentos, o primeiro é interno, em que se verifica o dolo e a culpa, é uma etapa que pertence à esfera volitiva, ao raciocínio que o levou o sujeito ao segundo momento, que é externo, relativo à prática da ação concreta.

Em síntese, o direito penal passa a valorizar mais o elemento subjetivo, a intenção que levou a determinada finalidade, ao invés de dar mais importância ao resultado, deixando de ser considerado um instrumento retributivo para ser preventivo, inibindo ações antes de elas causarem qualquer resultado.

---

<sup>69</sup> Mezger, *apud* Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 134.

<sup>70</sup> Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 135.

<sup>71</sup> Welzel, *apud* Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 135.

O expoente dessa teoria foi Welzel, autor que tratou do perigo de forma empírica. Para ele o perigo que deve ser compreendido pelo direito penal é aquele que reuni tanto o elemento objetivo, quanto o elemento subjetivo, o qual se revela pela intenção do sujeito em ameaçar bens jurídicos<sup>72</sup>. Por isso, o crime de perigo concreto enquadraria adequadamente nesse conceito, porque possui os aspectos objetivos de observação do momento da conduta e da probabilidade empírica de produção de resultados, e os aspectos subjetivos, caracterizado pelo dolo de perigo.

Entretanto, quando se analisa os crimes de perigo abstrato a teoria finalista se torna complexa. O elemento objetivo da tipicidade será a mera prática da ação que geralmente ocasiona efeitos negativos, é simplesmente formal, não será uma situação real de ameaça. Já em relação ao elemento subjetivo, Welzel não consegue explicar com precisão, visto que estaria reduzido à simples intenção de alcançar o tipo formal, desprendido de qualquer intenção de produzir um perigo<sup>73</sup>.

Tentando solucionar esse problema, Hirsch, discípulo de Welzel, formula o aspecto subjetivo de forma a dar mais credibilidade ao conceito finalista de ação. Para isso, os crimes de perigo abstrato se pautariam na periculosidade, que se difere do perigo, o qual é um estado concreto e a periculosidade é a qualidade de produzir riscos<sup>74</sup>. O autor caracteriza o elemento objetivo dos crimes de perigo abstrato pela periculosidade *ex ante* da ação, diferentemente de Welzel que considera a simples conduta do agente. Sendo assim, é totalmente possível que não se puna uma pessoa só porque ela agiu de forma idêntica à descrita no tipo penal, porque sua ação pode não ter tido qualquer potencial de causar danos a bens jurídicos relevantes. Quanto ao aspecto subjetivo, o autor considera importante a intenção expressa de criar uma situação de periculosidade, e não a simples vontade de agir em desacordo com a norma.

## 2.2.4 Pós-finalismo

---

<sup>72</sup> Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 136.

<sup>73</sup> *Idem*, p. 137.

<sup>74</sup> Hirsch, *apud* Pierpaolo Cruz Bottini, *op.cit.*, p. 138.

O pós-finalismo une diversas escolas penais e autores que surgiram após Welzel e sua teoria finalista. Observa-se uma grande variedade de construções dogmáticas, tanto propostas de expansão do direito penal, em face dos novos riscos, com o objetivo de antecipar a proteção e a segurança; quanto ideias para limitar a esfera de atuação penal, restringindo assim a utilização dos crimes de perigo abstrato de maneira discricionária.

#### **2.2.4.1 Crimes de perigo abstrato como crimes de lesão**

Um dos autores mais importante nessa linha de pensamento é Kindhäuser, que se baseia nas ideias dos positivistas clássicos, principalmente Stubel, para dar legitimidade aos crimes de perigo abstrato.

A idéia central de sua proposta está na caracterização de bem jurídico. Para ele a missão do direito penal é exclusivamente proteger os bens jurídicos relevantes para a sociedade, porque eles dão condições para que a população participe e interaja na vida social. Por isso, além de proibir condutas que lesionem ou ameacem tais bens jurídicos, é extremamente importante que haja uma precaução, isto é, inibindo ações que possam potencialmente causar algum perigo, o que causaria um desequilíbrio nas condições de interação social<sup>75</sup>, se esse perigo viesse a ser concretizado.

Nesse sentido, os crimes de perigo abstrato teriam sua legitimidade pautada na proteção da disposição segura dos bens jurídicos e sua tipicidade seria prevista por uma alteração no mundo exterior<sup>76</sup>. Então, conclui-se que esses delitos estariam qualificados como tipos de resultado lesivo. Seria uma forma de reação por parte do Estado para trazer pelo menos um mínimo de segurança à tutela desses bens jurídicos.

Para o autor alemão, o injusto penal desses crimes não é somente a violação da norma positiva, mas inclusive a violação de um bem jurídico específico, ou seja, não são somente crimes formais, possuem sua materialidade na segurança do usufruto dos mecanismos de participação social<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Kindhäuser, *apud* Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 140.

<sup>76</sup> Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 140.

<sup>77</sup> *Idem*, p. 141.

Na Espanha, Paredes Castañon é um autor que também afirma a necessidade da proteção de bens jurídicos transindividuais. Em sua concepção, os crimes de perigo abstrato podem ser utilizados em duas situações. A primeira diz respeito à agressão a bens jurídicos intermediários, os quais possuem titularidade coletiva, como o meio ambiente. A norma penal deve protegê-los, porque são essenciais para a proteção de outros bens: os individuais, como a vida ou a saúde. Então, ao mesmo tempo em que se criaria um crime de perigo abstrato para o bem mediato (a vida ou a saúde, como no exemplo), se lesionaria o bem jurídico imediato (o meio ambiente). A segunda situação compreende os crimes de perigo abstrato quando a ação, por si própria, gera uma perturbação, ou porque há uma grande probabilidade de causar danos, ou porque há um sentimento de insegurança atrelado a essa ação. Nesse caso, essa perturbação seria considerada uma lesão ao correto e seguro desenvolvimento da sociedade<sup>78</sup>. Por esses motivos, portanto, o autor caracteriza os crimes de perigo abstrato como crimes de lesão.

Para Corcoy Bidasolo, os crimes de perigo abstrato possuem legitimidade se estiverem protegendo imediatamente bens jurídicos supraindividuais. Diante de um caso concreto seria necessário comprovar que esses bens foram colocados em perigo *ex ante* e realmente lesionados *ex post*<sup>79</sup>. Esse autor considera que os crimes de perigo abstrato são crimes de lesão, mas a diferença entre eles está na natureza dos bens jurídicos protegidos. Os primeiros protegem bens coletivos, enquanto os segundos, bens individuais, mas o resultado para o mundo jurídico é o mesmo: um dano a um bem jurídico.

Ao analisar essa perspectiva de caracterizar os delitos de perigo abstrato como delitos de lesão, conclui-se que uma definição desse tipo acarretaria uma expansão na esfera de tutela do direito penal. Ao legitimar esses crimes por meio da segurança ou de bens coletivos e difusos, como foi defendido pelos autores descritos, o direito penal passa a ter uma grande discricionariedade. Além disso, o fato dos bens jurídicos apresentarem certa abstração e flexibilidade faz com que seus objetivos de limitar o poder estatal, bem como o poder punitivo, percam suas funções em um Estado Democrático de Direito.

---

<sup>78</sup> Paredes Castañon, *apud* Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 142.

<sup>79</sup> Corcoy Bidasolo, *apud* Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 142.

Portanto, em outras palavras, essa teoria contém graves problemas, ainda não solucionados e que permitem um direito penal sem limites bem definidos.

#### **2.2.4.2 Crimes de perigo abstrato como crimes formais**

Há outra linha de pensamento que acredita que os crimes de perigo abstrato são crimes de mera conduta, isto é, basta a conduta descrita no tipo penal para se configurar o crime. O motivo que levou o legislador a tipificar certas ações foi a possibilidade estatística de elas causarem danos, o que, consequentemente, traz maiores condições de segurança à sociedade, independentemente do contexto em que se encontram inseridas<sup>80</sup>.

O objetivo dessa caracterização é acabar com as lacunas na lei que acabam por legitimar riscos aos bens jurídicos relevantes. Por isso, não se admite que a tipicidade seja afastada com a prova de ausência de periculosidade nos casos concretos, ou seja, possui presunção absoluta. Nesse sentido, tais delitos cumprem a função de manter a ordem social, assegurando a proteção aos bens e interesses gerais<sup>81</sup>.

A crítica que se faz a essa concepção é que há uma incompatibilidade com importantes diretrizes constitucionais que limitam o direito penal, como o princípio da culpabilidade individual e com a exclusiva proteção aos bens jurídicos. Na verdade, o direito penal deveria limitar sua tutela a condutas com reais potencialidades de riscos e não expandi-la perante qualquer conduta abstrata tida genericamente pelo legislador como arriscada.

#### **2.2.4.3 Crimes de perigo abstrato como crimes de periculosidade**

Diante das teorias até aqui explicitadas, verifica-se a necessidade de restringir a incidência dos crimes de perigo abstrato diante de condutas consideradas realmente inaceitáveis. Para isso, é preciso que se identifiquem elementos materiais que dêem

---

<sup>80</sup> Mendoza Buergo, *apud* Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 145.

<sup>81</sup> Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 146.

qualidade ao conteúdo de injusto penal para esses crimes, mas que sejam, ao mesmo tempo, mais específicos e menos abrangentes<sup>82</sup>.

Com esse objetivo, Volz acredita que a conduta descrita no texto legal deve ser geralmente perigosa, a ponto que se ela viesse a acontecer o agente já estaria assumindo as responsabilidades de possíveis riscos, mas, se no caso concreto, a ação não colocar (nem abstratamente) bens jurídicos em risco, torna-se atípica, ou seja, há uma presunção relativa.

Partindo dessas ideias, Gallas constrói seus preceitos reunindo os pressupostos do finalismo e do neokantismo. A tipificação seria composta por um desvalor numa primeira conduta que, a partir de um consequente resultado, acrescentaria outro desvalor. Essa ação inicial já teria que possuir uma reprovação moral ou social, advinda do possível resultado negativo (risco ou dano) que está atrelado a ela. Em síntese, nas palavras de Bottini:

[...] o fundamento último dos delitos de perigo abstrato será o desvalor da ação, mas não no sentido formal de adequação típica, e sim sob a perspectiva do desvalor do resultado. [...] Os delitos de perigo abstrato seriam, portanto, não crimes de desobediência, mas delitos de perigo possível, nos quais a periculosidade seria apreciada sob uma ótica *ex ante*, diferentemente dos delitos de perigo concreto, em que a situação de perigo se apresenta *ex post*<sup>83</sup>.

Seguindo esses fundamentos, tem-se que os crimes de perigo abstrato seriam o momento anterior aos crimes de perigo concreto, os quais já possuem um desvalor de resultado, independente da conduta posterior.

Para essa linha de pensamento, a periculosidade constitui o fundamento que dá legitimidade ao poder de punir em situações em que se verificam o perigo abstrato. Portanto, o direito penal passa a agir quando algumas condutas apresentam riscos para os bens jurídicos tutelados, não importando se no caso concreto houve perigo ou dano, mas sim se se criou condições potenciais para o surgimento desses.

---

<sup>82</sup> *Idem*, p. 147-148.

<sup>83</sup> *Idem*, p. 149.

#### 2.2.4.3.1 Teses Dualistas

Há autores que adotam uma posição dualista, restringindo a exigência da periculosidade acima exposta a alguns preceitos normativos. Essa idéia só se tornou possível com a definição feita por Schröder dos crimes de perigo abstrato-concreto.

Cramer divide os delitos em análise em dois tipos, os primeiros são aqueles que objetivam a proteção à vida, à saúde e outros bens individuais. Para tais, além de possuírem a descrição legislativa formal, também teriam estabelecidas judicialmente a nocividade da conduta e a periculosidade em relação ao bem jurídico protegido. Seriam espécies de tentativa de crime de perigo concreto, não se caracterizam por serem crimes formais, ao mesmo tempo em que sua incidência se restringe aos atos que criam um perigo potencial<sup>84</sup>. Os segundos são aqueles voltados aos bens jurídicos supraindividuais, os quais, por sua abstração, não permitem a verificação de uma situação concreta de risco, por isso, o agente seria responsabilizado pela prática objetiva do delito, independente da periculosidade. Assim, para aplicar esses tipos penais bastaria a mera prática da conduta típica, sem ponderação do potencial ofensivo.

Brehm é outro autor que também trabalha com essa classificação, em que a conduta do tipo penal presume um perigo, mas se essa ação não apresentar riscos no caso concreto, ainda que seja típica não será antijurídica<sup>85</sup>. Exige-se uma valoração concreta, mesmo que implícita, da importância desses comportamentos por meio da análise da violação do dever de cuidado, com base no parâmetro do homem médio. Entretanto, o próprio autor define algumas exceções, quando há dificuldade em reconhecer a periculosidade e quando o bem jurídico protegido é abstrato.

Nesse mesmo contexto, Wolter divide os crimes de perigo abstrato em próprios e impróprios<sup>86</sup>. Os primeiros são divididos às ações em massa praticadas em áreas de risco, como no trânsito, em que o direito penal apenas regularia o desvalor da ação para aplicar

---

<sup>84</sup> Cramer, *apud* Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 152.

<sup>85</sup> Mendonza Buergo, *apud* Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 153.

<sup>86</sup> Wolter, *apud* Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 154.

a pena, ou seja, a norma só incidiria sobre a realização da conduta, visto que é difícil comprovar a verdadeira periculosidade. Já os crimes de perigo abstrato impróprios seriam aqueles que tutelam os bens individuais. O tipo penal seria composto pela ação desvalorada e pela criação de um risco inaceitável e que lese um bem jurídico, o que seria apreciado sob um ponto de vista *ex ante* pelo interpretador da norma.

Roxin é outro autor que também trabalha com essa idéia, visto que para ele os crimes de perigo abstrato são legítimos desde que a conduta perigosa seja descrita com clareza e o bem jurídico a ser tutelado esteja especificado<sup>87</sup>. Dessa forma, o desvalor da ação está especificado na norma penal segundo a importância bem jurídico a ser protegido.

Nessa mesma linha, Jakobs afirma que os crimes de perigo abstrato têm fundamento na periculosidade geral de um comportamento, espécie de delitos de desobediência<sup>88</sup>, em que o simples desrespeito à norma já tem sentido de injusto, ainda que não seja verificada a periculosidade. No entanto, esse tipo de construção não valeria para todos os tipos de perigo abstrato, mas só àqueles relacionados com o cumprimento de normas de organização.

No Brasil, o doutrinador Luís Greco também é adepto dessa tese, ressaltando a importância em diferenciar grupos de crimes de perigo abstrato com cuidado<sup>89</sup>. Sua proposta é transformar alguns crimes dessa categoria em crimes de potencial lesivo e limitar, nesses casos, a proibição das condutas àquelas que assumem a periculosidade, sob uma análise *ex ante*.

Diante do exposto, pode-se concluir que os defensores dessa tese ainda não conseguiram conferir sistematicidade ao instituto para consolidar uma natureza jurídica única, visto que os crimes de perigo abstrato não possuem apenas conteúdo material, sempre existirão hipóteses de aplicação das normas apenas em seu aspecto formal. Sendo

---

<sup>87</sup> Roxin, *apud* Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 155.

<sup>88</sup> Jakobs, *apud* Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 157.

<sup>89</sup> Luís Greco. *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 49, 2004, p. 89-136.

assim, mesmo que as teses dualistas consigam integrar a periculosidade como fator da tipicidade, não obtêm sucesso na construção de um sistema que agregue todos os tipos de perigo abstrato.

#### **2.2.4.3.2 Teses da periculosidade como elemento basilar dos tipos penais**

Para caracterizar os crimes de perigo abstrato, alguns autores exigem a demonstração de um injusto material ou um resultado primário. Nesses casos, a periculosidade deve ser reconhecida por meio de uma avaliação anterior sobre as possíveis consequências de determinada conduta. O delito não decorreria da transgressão formal da norma, mas do risco proporcionado pela conduta diante dos valores e princípios determinados pela sociedade como essenciais. Na ausência de periculosidade, a ação poderia ser considerada irrelevante para o Direito penal, o que faria com que esse ramo só atuasse como *ultima ratio*.

Silva Sánchez segue essa corrente e caracteriza esse crimes como delitos de perigo presumido<sup>90</sup>, nos quais o injusto material seria revelado pela periculosidade da conduta praticada. Assim, o intérprete da norma deveria averiguar se o dano causado era previsível ou não, e, no caso afirmativo, isso seria o elemento objetivo e indispensável do tipo.

A autora Mendoza Buergo trabalha com a idéia de que o Direito penal tem a função de proteger subsidiariamente os bens jurídicos, então um dos elementos do injusto penal deve ser a periculosidade, analisada em cada caso concreto *ex ante*<sup>91</sup>.

Em semelhante linha, o autor Torío Lopes desenvolve a teoria dos delitos de perigo hipotético, os quais não demandariam a produção de um perigo efetivo, mas uma ação apta para produzir um perigo, este que seria o elemento material integrante do tipo<sup>92</sup>. A característica mais marcante desses tipos de delitos é a possibilidade de perigo, e não

---

<sup>90</sup> Jesús-María Silva Sánchez. *A expansão do Direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 210.

<sup>91</sup> Mendoza Buergo, *apud* Pierpaolo Cruz Bottini, *op.cit.*, p. 164.

<sup>92</sup> Torío Lopes, *apud* Pierpaolo Cruz Bottini, *op.cit.*, p. 165.

sua realidade. Por isso, são classificados como crimes de perigo possível. Já as condutas que não fossem arriscadas ou inócuas, deveriam ser ter sua tipicidade excluída.

Também Cerezo Mir considera que esses delitos serão, de um ponto de vista material, caracterizados por condutas que lesionam ou colocam em perigo um bem jurídico e, ao mesmo tempo, constituiu uma grave infração das normas ético-sociais, da ordem política ou econômica da sociedade<sup>93</sup>. Isto é, para ele, não existem delitos de caráter meramente formal, pelo contrário, os crimes de perigo abstrato devem apresentar uma materialidade que exige a periculosidade da ação, conhecida também por um juízo *ex ante*.

No Brasil, Miguel Reale Jr., trabalhando com o princípio da lesividade, acredita que os crimes de perigo abstrato são definidos por uma conduta arriscada que decorre de uma presunção *iuris tantum*, ou seja, que admite prova em contrário<sup>94</sup>.

Em síntese, todos os autores que defendem a periculosidade como elemento indispensável para a materialização dos crimes de perigo abstrato, afirmam que o injusto deles está na capacidade da conduta em criar um perigo, mesmo que potencial, para os bens jurídicos protegidos. A importância dessa construção está no fato de que permite ao intérprete da norma flexibilizar as presunções legais, garantindo, assim, o respeito aos limites constitucionais.

Cabe acrescentar, por fim, que nessa caracterização é conferida racionalidade à política criminal, o que se demonstra essencial diante do contexto dos novos riscos, assim como se impede a aplicação arbitrária de mecanismos de repressão como instrumento simbólico de pacificação social, portanto, é a teoria que merece mais destaque.

#### **2.2.4.4 Inconstitucionalidade**

Por último, é preciso analisar a linha de pensamento de autores que defendem a exclusão dos tipos penais de perigo abstrato do ordenamento jurídico, por acreditarem

---

<sup>93</sup> Cerezo Mir, *apud* Pierpaolo Cruz Bottini, *op.cit.*, p. 166.

<sup>94</sup> Miguel Reale Júnior, *op. cit.*, p. 280.

que não tem como se prever um delito sem resultado material diante de nosso Direito penal garantista. Se isso fosse admitido, haveria a repressão de atos de desobediência pela incriminação simples de condutas sem vínculos imediatos com bens jurídicos tutelados, o que não parece ser a melhor solução, principalmente pelo desrespeito ao princípio da lesividade ou da ofensividade.

Há muitos autores brasileiros que argumentam nesse sentido, como Luiz Flavio Gomes, o qual enfatiza a necessidade de buscar no texto legal uma característica que possa definir o crime como de dano ou de perigo concreto<sup>95</sup>. Do contrário, o princípio da ofensividade estaria sendo desrespeitado. Porém, diferentemente do que afirma o autor, o princípio da ofensividade também abarca ameaça real ou potencial aos bens jurídicos tutelados, quando as condutas são consideradas penalmente relevantes.

Portanto, percebe-se que é necessária a configuração de limites bem definidos para a atuação da repressão estatal, de modo que a política criminal seja construída com racionalidade e funcionalidade, impedindo a expansão exacerbada do *ius puniendi*.

---

<sup>95</sup> Luiz Flavio Gomes. *Princípio da Ofensividade no Direito penal*. São Paulo: Editora RT, 2002, p. 103.



### **3 CRIMES DE PERIGO ABSTRATO NA SOCIEDADE GLOBAL DE RISCO**

A percepção dos novos riscos advindos da moderna sociedade juntamente com a pressão exercida pelos cidadãos sobre o direito penal ocasiona uma acentuada tendência em se adequar os estudos criminológicos aos problemas sociais. Isso é feito por meio do que se conhece por política criminal, em que cada vez mais se integra ao sistema penal influxos sociais e teorias sociológicas, com o objetivo de introduzir valores políticos e dados empíricos da realidade no direito penal.

Diante disso, o que se observa atualmente é uma comoção social por controles preventivos dos novos riscos, especialmente um direcionamento ao direito penal, para que esse ramo traga soluções efetivas. Primeiramente, por causa da dimensão e da gravidade das possíveis consequências que os novos riscos são capazes de acarretar, apenas o instrumento mais rígido de tutela jurídica, o direito penal, seria eficaz nessa missão. Em segundo lugar, a ciência não possui mais a confiança que possuía antigamente, então se recorre ao Estado para que ele intervenha e atue, punindo devidamente. Por último, como é sabido, os riscos tecnológicos deixam de ser percebidos como casos fortuitos e começam a serem encarados como injustos, por serem provenientes de decisões humanas, o que leva o direito penal a se deparar com a exigência de ampliação para orientar as ações humanas conforme os valores da vida em sociedade, e até para o respeito com as gerações futuras.

Nesse contexto, a política criminal detém a difícil tarefa de transformar essas exigências e esses complexos fenômenos sociais em linguagem jurídica de forma mais rigorosa. E o que contribui ainda para essa dificuldade é que a racionalidade penal clássica não se encaixa com as características dos novos problemas<sup>96</sup>. Em outras palavras, há uma incompatibilidade entre a forma como opera o Direito penal moderno e os acontecimentos da sociedade de risco.

---

<sup>96</sup> Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 96.

Por isso, rejeita-se o modelo penal de resultados e exige-se cada vez mais a prevenção, com a antecipação da tutela penal a esferas anteriores à lesão e até mesmo ao perigo. Então, o Direito penal se vê diante da obrigação em se adaptar, principalmente flexibilizando seus critérios de imputação e ampliando suas áreas de ingerência.

Analizando a atual necessidade de adaptação do Direito penal em face à sociedade de risco, Jorge de Figueiredo Dias implementou importante estudo identificando as tendências desse contexto. Para o autor as dificuldades da política criminal em dar uma resposta aos novos riscos se baseiam em três questões cruciais que serão ponderadas a seguir: a responsabilidade dos entes coletivos, o bem jurídico e os critérios de imputação. Para elas há três possíveis soluções que apontam para uma tendência político-jurídica da criminalidade do risco, quais sejam: a modificação do conceito de culpabilidade para abranger também as pessoas jurídicas, a ampliação da proteção aos bens jurídicos supra-individuais, e o alargamento e a antecipação da tutela penal por meio dos crimes de perigo abstrato<sup>97</sup>.

### **3.1 Responsabilização da pessoa jurídica**

Verifica-se, hoje em dia, cada vez mais, que a empresa adquire papéis relevantes na sociedade, mas infelizmente esses papéis nem sempre são direcionados a condutas positivas. O que se pode observar com freqüência é a atuação de empresas na criminalidade econômica, a atuação do crime organizado, que utiliza a máscara da pessoa jurídica para realizar ações ilícitas e um aumento da esfera da atividade empresarial delitiva, como nos crimes ecológicos e nas relações de consumo, por exemplo.

Todo esse panorama se torna ainda mais preocupante quando se fala na sociedade moderna, a qual possui complexos sistemas, com diversas posições hierárquicas e com graus de interação variados. Essas características dificultam sobremaneira as tradicionais formas de proteção penal para conter atividades arriscadas, principalmente porque a maioria das ações é executada em conjunto, o que impede tanto a identificação de todos os participantes como a delimitação da responsabilidade de cada um.

---

<sup>97</sup> *Idem*, p. 99.

Antigamente se defendia o princípio *societas delinquere non potest*, em que as pessoas jurídicas não possuíam capacidade de ação e, muito menos, podia se imputar qualquer culpabilidade, visto que essa continha um juízo altamente individualizador<sup>98</sup>. Contudo, nos tempos mais recentes, surgiu a necessidade e a tendência em se repensar esses pressupostos e começar a reconhecer a culpabilidade dos entes coletivos, uma vez que eles são os principais causadores dos grandes riscos tecnológicos.

Na legislação brasileira, a Constituição Federal de 1988 prevê a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica em seus artigos 173, § 5º<sup>99</sup> e 225, § 3º<sup>100</sup>, mas essa só se tornou efetiva com a Lei 9.605/1998 quando dispõe sobre os crimes contra o meio ambiente, principalmente no artigo 3º<sup>101</sup>.

A responsabilização penal da pessoa jurídica causa alguns problemas com relação à definição moderna de culpabilidade e o postulado de que a pena não deve passar da pessoa do condenado. Os doutrinadores, em sua maioria, afirmam que a pessoa jurídica não possui inteligência e vontade, por isso não pode por si só cometer crimes, somente por intermédio de seus representantes. Então, sancionar penalmente pessoas jurídicas seria abandonar os conceitos clássicos de responsabilidade individual e do princípio da culpabilidade.

Ainda, depara-se com o problema da punição por ato de outro, instrumento completamente proibido pelos institutos clássicos, quando a pessoa jurídica é punida pela

---

<sup>98</sup> Paulo Silva Fernandes, *op. cit.*, p. 101.

<sup>99</sup> Art. 173 - Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

<sup>100</sup> § 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

<sup>101</sup> Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

<sup>102</sup> § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

<sup>103</sup> Art. 3º - As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade.

conduta de seus diretores ou quando atinge inocentes, como sócios minoritários que foram contra a decisão do ato ou acionistas que não participaram desse ato<sup>102</sup>.

Porém, se o conceito de vontade for entendido de uma forma distinta da tradicional, é possível pensar em responsabilização penal da pessoa jurídica. Considerando a vontade em um plano sociológico e não como resultante da essência do homem, é aceitável admitir que a empresa possui uma “vontade pragmática”, conforme assevera Shecaira<sup>103</sup>.

Entretanto, o maior dos problemas diz respeito à eficácia da pena imposta à pessoa jurídica, primeiro porque não se pode aplicar uma pena privativa de liberdade – característica essencial do Direito penal moderno – e, segundo, porque não se sabe até que ponto a pessoa jurídica é capaz de perceber o mal causado pela pena, e se a condenação, resultado da sanção, tem o poder de afetar realmente a empresa.

Nesse sentido, convém estudar com afinco as necessidades e as possíveis soluções de forma que a criminalidade das empresas não passe impune pelo Estado, reprimindo efetivamente os possíveis riscos que podem vir a ocorrer. Contudo, apesar da extrema relevância do tema, esse estudo não pretende avançar nesse ponto.

### **3.2 Ampliação da proteção penal aos bens jurídicos supra-individuais<sup>104</sup>**

A noção de bem jurídico surgiu com Birnbaum<sup>105</sup>, em 1834, opondo-se à noção formalista implementada por Anselmo Von Feuerbach, a qual entendia ser o delito uma forma de vulneração de um direito subjetivo do cidadão<sup>106</sup>. Desde essa época, foram desenvolvidas teorias do bem jurídico, que acabou por se transformar na base de

---

<sup>102</sup> Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 175.

<sup>103</sup> Sérgio Salomão Shecaira. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*: de acordo com a Lei 9.605/1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 94.

<sup>104</sup> As expressões supra-individuais, meta-individuais, transindividuais, coletivos, difusos e universais não são sinônimos, mas serão tratadas de maneira indistinta nesse estudo, pois se referem a bens jurídicos que não afetam um sujeito individualmente considerado, ou seja, estão no mesmo campo de interesses.

<sup>105</sup> Paulo Silva Fernandes, *op. cit.*, p. 82.

<sup>106</sup> Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 103.

definição e legitimação do Direito penal, devido à necessidade de estabelecer critérios para a limitação do *ius puniendi*.

Roxin afirma que em um Estado de Direito, o Direito penal deve se pautar na liberdade do indivíduo e, por isso, a Constituição deve delimitar os bens jurídicos penalmente relevantes, demarcando o poder punitivo do Estado<sup>107</sup>. Entretanto, a Lei Maior não dispõe de uma lista exaustiva de bens jurídicos de forma expressa, o que torna importante considerar também aqueles que não são contrários a ela, sempre tendo em vista as incriminações nela contidas expressa ou implicitamente<sup>108</sup>. Além disso, aqueles bens considerados meios necessários para a tutela de bens fundamentais expressos manifestadamente na Constituição devem ser considerados como penalmente relevantes também, porque uma afronta a eles seria prejudicial para o todo considerado.

Até hoje não existe um conceito preciso e definitivo, mas há um consenso em relação a seu núcleo essencial, qual seja, todo interesse humano que necessita de proteção penal. Por isso, o bem jurídico compõe a idéia que preside a concepção do tipo penal, delimita a atuação do instrumento penal, e, para separá-lo de uma valoração moral, foi dado a ele um referente central: o indivíduo.

Historicamente, o conceito de bem jurídico se relacionava especificamente com um sujeito. A teoria clássica, chamada monista pessoal, caracteriza-se por ter como objeto de violação não um bem propriamente dito, mas sim a relação desse bem com uma pessoa. Ou seja, para que um bem seja penalmente relevante, ele precisa ter um conteúdo de valor para o desenvolvimento do homem dentro da sociedade em que vive<sup>109</sup>.

Contudo, hodiernamente, para que o direito penal se adapte às novas características típicas da sociedade de risco, é preciso uma mudança desse conceito antropocêntrico. Observa-se a necessidade de um foco na proteção de bens jurídicos universais ou coletivos, para prevenir situações conflituosas e estabelecer garantias públicas a bens de caráter acentuadamente mais vagos e abstratos. Trata-se do processo

---

<sup>107</sup> Roxin, *apud* Ângelo Roberto Ilha da Silva, *op. cit.*, p. 86.

<sup>108</sup> Ângelo Roberto Ilha da Silva, *op. cit.*, p. 88.

<sup>109</sup> José Francisco de Faria Costa. *O perigo em Direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 186.

conhecido como desmaterialização do bem jurídico, introduzido por Müssig<sup>110</sup> e que teve grande relevância com o surgimento do Estado Social, principalmente por causa dos crimes econômicos<sup>111</sup>.

Devido à acentuada indeterminação e amplitude desses “novos” bens penalmente relevantes, a delimitação de causalidade e de dano se torna uma tarefa difícil; e, por isso, para protegê-los, é necessário um aparato de tutela distinto do tradicional, com mais ênfase em criminalizações formais de condutas potencialmente danosas e perigosas.

Os novos riscos tecnológicos e seus efeitos macrosociais têm como característica fundamental a afetação de interesses que ultrapassam a esfera individual, atingindo principalmente os interesses supra-individuais, universais ou coletivos. Portanto, o Direito penal deve intervir também nessa área.

Entretanto, a tendência observada de ampliação crescente do objeto de tutela penal é criticada por parte da doutrina, com o argumento de que não condiz com os princípios da ofensividade e, consequentemente, com os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, questionando a função penal de garantia a bens jurídicos, ponto que ainda será estudado detalhadamente.

As maiores dificuldades estão na fraca concreção desses bens e no distanciamento da esfera individual. Os bens são vagos, carecem de uma definição clara e objetiva e, muitas vezes, sua tangibilidade é impossível<sup>112</sup>. Acrescente-se a essas características, o fato que de muitas vezes se pune ações que perturbam o funcionamento correto de um sistema, ou a confiança dos cidadãos, o que tira a materialidade do bem jurídico.

De um modo geral, o que ocorre é uma mudança no papel do bem jurídico, que passou de limitador do *ius puniendi* para impulsor da ampliação do mesmo, por causa da pressão das novas demandas sociais de tutela.

---

<sup>110</sup> Bernd Müssig, *apud*, Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 107.

<sup>111</sup> Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 110.

<sup>112</sup> *Idem*, p. 158.

Tem-se, portanto, um conflito entre a manutenção e a superação da noção do bem jurídico como critério legitimador da intervenção estatal. Há autores, como Hassemer, da Escola de Frankfurt, que visam à delimitação de um catálogo de bens jurídicos baseados nos princípios clássicos, com pequenas flexibilizações na delimitação do objeto de proteção penal para bens jurídicos coletivos, desde que seus interesses estejam fundamentalmente guiados ao indivíduo. O que ficou conhecido como teoria pessoal do bem jurídico, recusando-se, como consequência, aos delitos de perigo, em favor aos tipos de resultado de dano<sup>113</sup>.

Mais recentemente, o autor Pierpaolo de Cruz Bottini se destaca também como defensor da necessidade do bem jurídico estar atrelado em última instância a um referente individual para a manutenção da vida como um todo, garantindo o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana<sup>114</sup>.

Sob outro ponto de vista, há autores que defendem a superação dessa categoria, ou com uma mudança na orientação original, ou com a perda da influência desse conceito no processo de imputação penal. A primeira linha é seguida por Günther Stratenwerth, o qual objetiva uma dogmática penal orientada pelo desvalor da conduta e que passe a tutelar relações de vida como tais, sem se preocupar com interesses pessoais de qualquer um dos participantes do contexto dos novos riscos<sup>115</sup>.

A segunda tem como expoentes Jakobs e Bernd Müssig, que partem dos pressupostos funcionalistas e propõem a desmaterialização do conceito de bem jurídico, substituindo-o pelo conceito de função. Para eles a legitimação do direito penal deveria se basear na determinação da função do Direito penal, da mesma forma como está descrita na teoria da prevenção geral positiva, ou seja, esse ramo do direito seria legítimo conforme a norma penal estivesse relacionada com sua função social, segundo uma valoração feita individualmente em cada sociedade<sup>116</sup>.

### **3.2.1 Os crimes de transgressão**

---

<sup>113</sup> *Idem*, p. 160.

<sup>114</sup> Pierpaolo de Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 188.

<sup>115</sup> Paulo Silva Fernandes, *op. cit.*, p. 81.

<sup>116</sup> Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 112.

Para conseguir a proteção jurídica desses bens penalmente relevantes, alguns tipos penais passaram a se constituir pela violação de regras técnicas de administração do bem, ao invés de descrever uma ação concreta. São os chamados delitos de transgressão, em que se punem comportamentos possivelmente nocivos e desviantes a um padrão de segurança estabelecido, independentemente do impacto concreto causado<sup>117</sup>.

Ao invés do pressuposto legitimador da imputação penal ser a tradicional lesão ao bem jurídico, há uma substituição pela desaprovação de um comportamento que vulnera uma obrigação definida numa área extrapenal. Tanto faz se essa vulneração do padrão afetou ou não um interesse final, mas sim se afetou a manutenção da vigência de uma norma. De fato, o que ocorre é uma aproximação do Direito penal com características próprias do Direito Administrativo, e como afirma Marta Machado:

Nessas hipóteses, deixa de ser prioritária ao direito penal a proteção direta a bens concretos, em casos concretos, segundo a danosidade do ato e os padrões individuais de imputação, para, a exemplo da regulamentação administrativa, ordenar, de modo geral, campos de atividades e reforçar, mediante sanções, um determinado modelo de gestão setorial. Isso tudo sem seguir os critérios de lesividade concreta, mas segundo os padrões de oportunidade, diante de uma contemplação geral e estatística de um gênero de condutas<sup>118</sup>.

Esses tipos de delitos justificam-se pela idealização de um Direito penal, diante da sociedade de risco, que impede situações geradoras de riscos e garante um estado mínimo de segurança aos cidadãos. Entende-se, então, que essa tutela de expectativas de segurança se torna o meio indispensável para a proteção de bens jurídicos universais, considerados fundamentais para o desenvolvimento da sociedade moderna.

Contudo, cabe a ressalva para o problema da disfuncionalidade do Direito penal, porque esse ramo acaba por tutelar preceitos administrativos sem efetivamente proteger bens jurídicos penalmente relevantes<sup>119</sup>. Assim, faz-se necessário uma rigorosa análise do

---

<sup>117</sup> *Idem*, p. 113 e seguintes.

<sup>118</sup> *Idem*, p. 115.

<sup>119</sup> Pierpaolo de Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 199.

legislador no sentido de somente utilizar a pena para proteção de valores e bens essenciais; evitando, dessa forma, o desrespeito ao princípio da lesividade.

### **3.2.2 O bem jurídico meio ambiente**

A partir da década de 1970, iniciou-se um movimento constitucional de tornar o meio ambiente um bem jurídico relevante, com a consequente positivação da proteção desse bem, principalmente no que se refere à saúde e à vida humana diante dos riscos tecnológicos. Em um momento posterior, ampliou-se a tutela especificamente à água, ao solo, à fauna, ao ar, etc. Mas só depois, segundo preceitua Luis Régis Prado, o meio ambiente foi considerado um bem jurídico autônomo, que agrupa diversos elementos e tem natureza difusa, supra-individual ou macrossocial<sup>120</sup>.

Há outras posições, como a ecocêntrica ou biocêntricas, que defendem a idéia de que o meio ambiente é um bem jurídico novo, uma entidade própria que não deve estar necessariamente relacionada em função do dano que sua perturbação ocasiona a outros valores<sup>121</sup>. Porém, independente da posição adotada, percebe-se, com o passar do tempo, uma forte tendência à abstração desse conceito.

Por causa disso, no juízo que antecede a tipificação, observa-se uma grande dificuldade em se distinguir materialmente condutas que lesionam ou colocam em perigo de condutas que são inofensivas ao meio ambiente. Sendo assim, recorre-se freqüentemente ao estabelecimento de patamares de segurança, que tem por base legislações ambientais extrapenais.

Dessa forma, os crimes ambientais podem se encaixar na caracterização dos crimes de mera transgressão. Isso porque a maioria não apresenta um imediato desvalor no resultado que justifique a intervenção penal, e sim apenas uma presunção de que aquela ação colocará em risco o bem jurídico<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> Luiz Régis Prado. *Crimes contra o ambiente*: anotações à Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: doutrina, jurisprudência, legislação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 30.

<sup>121</sup> Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 120.

<sup>122</sup> *Idem*, p. 123.

Em suma, a imputação penal desses crimes é legítima e advém da necessidade de impedir que condutas realizadas massivamente ou cumulativamente, acarretem um risco ou propriamente uma lesão ao bem jurídico. Cite-se, por exemplo, o notório problema da emissão de gás carbônico, que emitido por diversas décadas sem qualquer precaução acabou por ocasionar o buraco da camada de ozônio. Mas esse tema será explorado com maior detalhamento no item seguinte.

### **3.3 Antecipação da tutela por meio dos crimes de perigo abstrato**

Atualmente, com o crescente imperativo de segurança, tem-se percebido uma tendência à criminalização de maneira antecipatória, principalmente com o uso dos crimes de perigo abstrato, os quais punem a mera realização de uma ação supostamente perigosa, sem a necessidade de se concretizar um perigo efetivo ao bem jurídico, como já foi explicitado anteriormente. Esses tipos de crimes, em sua maioria, também estão agrupados nos de mera transgressão, porque envolvem a simples violação de uma norma de conduta que está no patamar de segurança criado pelo legislador de forma artificial<sup>123</sup>.

Os crimes de perigo abstrato, que após a Segunda Guerra Mundial foram introduzidos no denominado direito penal secundário como ilícitos contravencionalis, compõem hoje o núcleo da estratégia jurídico-penal, caracterizada pela proteção de bens jurídicos difusos diante dos novos riscos tecnológicos<sup>124</sup>.

O direito penal é chamado a agir, porque as consequências catastróficas dos novos riscos obrigam uma intervenção no sentido de impedir o componente do azar (isto é, evita-se que o bem jurídico seja colocado efetivamente em perigo) e como, muitas vezes, o resultado distancia-se no tempo da conduta<sup>125</sup>, é oportuna a antecipação para impedir a consolidação de uma consequência nociva. Na esfera ambiental, em atividades relacionadas à saúde humana e no campo da regulamentação da distribuição de bens de consumo, essa tendência de proteção é indiscutível. A justificativa para tal se refere à manipulação das fontes dos riscos tecnológicos.

---

<sup>123</sup> *Idem*, p. 130.

<sup>124</sup> Faria Costa, *op. cit.*, p. 175.

<sup>125</sup> *Idem*, p. 306 e 307.

É necessário evitar ou administrar essas condutas perigosas, ao invés de conter os resultados, uma vez que, depois de ocorrida a lesão, os danos produzidos podem ser irreversíveis ou de uma dimensão imensurável. Além disso, como é difícil estabelecer com exatidão a relação de causalidade, a simples prova da conduta perigosa já é motivo para a intervenção penal, contemplando, assim, as expectativas sociais de confiança e dando cada vez mais características preventivas ao Direito penal.

A finalidade primordial buscada quando se aumentam a utilização das incriminações de perigo é ampliar a capacidade de resposta penal e a eficácia do controle de condutas. Seria uma forma de otimizar a proteção a determinados bens jurídicos. Nesse sentido, há autores, como Paulo Silva Fernandes<sup>126</sup>, que tratam essa tendência como a garantia da própria segurança dos cidadãos perante os graves danos que podem ocorrer com os riscos tecnológicos. Ou seja, essa linha de pensamento considera a segurança um bem jurídico penalmente relevante, que legitima a antecipação da tutela penal.

Dessa forma, o princípio da precaução se torna um dos mais importantes pilares para do direito penal do risco, uma vez que, quando não se tem certeza científica comprovada sobre a nocividade de uma atividade, medidas preventivas são adotadas para prever o Estado de possíveis riscos. A punição, então, é baseada em uma mera suspeita de risco que aquela atividade pode permitir<sup>127</sup>.

O ponto central do injusto penal passa a ser a ação, caracterizada pela potencialidade de suas consequências. Entretanto, isso não significa que o desvalor do resultado perdeu relevância, mas exalta-se o desvalor da ação principalmente para que o resultado não venha a ocorrer em contextos em que uma lesão ao bem jurídico pode acarretar inúmeros prejuízos. Por exemplo, no crime de moeda falsa (artigo 289 do Código Penal<sup>128</sup>) não é possível quantificar o dano ocorrido à fé pública com cada conduta de falsificação, mas é possível verificar que a ação em si é perigosa e, para evitar

---

<sup>126</sup> Paulo Silva Fernandes, *op. cit.*, p. 93.

<sup>127</sup> Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 136.

<sup>128</sup> Art. 289 - Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro: Pena - reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

um resultado lesivo, opta-se pelo crime de perigo abstrato, como uma medida preventiva<sup>129</sup>.

Do mesmo modo, novos contextos de risco interacional também clamam pelos crimes de perigo abstrato<sup>130</sup>. São aqueles tipos de delitos que ocorrem quando se cria interações arriscadas, como, por exemplo, o tráfego viário. Inúmeras pessoas utilizando carros, em um mesmo local, criam situações de perigo constantemente, que precisam ser reguladas para criar um ambiente mais seguro e confiável no trânsito. A punição, consequentemente, seria um mecanismo de controle para a manutenção das normas de organização.

Outro motivo para utilizar os crimes de perigo abstrato hodiernamente é no caso dos delitos de acumulação, em que condutas consideradas isoladamente não são arriscadas, mas quando se repetem ou se multiplicam, trazem perigos. Como, por exemplo, o artigo 29 da Lei 9.605/1998<sup>131</sup>, o qual incrimina a caça de espécies de fauna nativa. É evidente que remover apenas um animal de seu habitat natural não causaria grandes problemas, mas se centenas deles forem retirados de uma vez, com certeza haveria um grande desequilíbrio ecológico; então, é preferível punir uma conduta a arcar com os prejuízos decorrentes de sua prática reiterada.

Contudo, o acentuado uso de formulações, como os crimes de perigo abstrato, que antes era excepcional, mas agora se tornou freqüente, traz conflitos de legitimidade ao poder de punir do Estado. Isso porque, segundo as regras interpretativas dos tipos de perigo abstrato, a imputação de responsabilidade criminal em razão de uma conduta supostamente negativa, mas que na prática não trouxe qualquer perigo ou dano, seria totalmente lícita.

Quando se faz uma análise com enfoque no princípio da mínima intervenção e dos pressupostos da subsidiariedade, os antagonismos se agravam. De acordo com esse

---

<sup>129</sup> Ângelo Roberto Ilha da Silva, *op. cit.*, p. 143-144.

<sup>130</sup> Pierpaolo Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 122.

<sup>131</sup> Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.

princípio, um fato só será legitimamente criminalizado se essa for a solução mais adequada para proteger um determinado bem jurídico. Dessa mesma forma, o Direito penal só deve ser utilizado quando não houver outros meios para tutelar tal bem; se houver, deve-se utilizá-lo, como é o caso do direito administrativo sancionador, que possui semelhante função ao Direito penal, mas com menor coercitividade. Ou seja, a pena, como meio de intervenção penal, só deve ser utilizada se outro meio menos gravoso não for possível para o caso.

Entretanto, o que se observa não é isso. Dois focos para esse conflito podem ser discutidos. O primeiro é que esses tipos penais indeterminados e amplos, sem relação a resultados concretos, como os crimes de perigo abstrato, não fornecem bases suficientes para delimitar o objeto de proteção, consequentemente, formar um juízo adequado sobre a gravidade do fato e a necessidade de intervenção torna-se uma missão difícil. O segundo é que esses tipos penais não precisam de uma consequência lesiva ou ameaça concreta para se consumar, então não podem ser verificados de acordo com o critério da existência de lesão grave a bens de relevância para o indivíduo e para a sociedade. Sendo assim, não deveriam ensejar a criminalização, pois os postulados da mínima intervenção, que são os idôneos para tal tarefa, não se concretizam aqui.

O problema mais difícil de resolução nesse quesito talvez seja o da aplicação da pena, porque não é possível estabelecer uma relação equitativa entre o resultado da conduta e a pena imposta, visto que esses crimes não se referem a um dano ou perigo efetivo. Nesses casos, a idéia de proporcionalidade entre a lesão e a penalidade fica totalmente dissonante.

Todo esse panorama atual demonstra um enfraquecimento no vínculo entre o direito penal e seus princípios, o que deve ser um sinal de alerta para que as formas de intervenção punitiva não sejam utilizadas sem moderação, sob a justificativa de se ter uma proteção mais eficiente aos novos riscos. Por isso, é necessário que os crimes de perigo abstrato sejam cuidadosamente e rigorosamente tipificados, de forma que não sejam utilizados massivamente apenas para garantir uma sensação de conforto para a população, mas sim para efetivamente tutelarem valores e bens essenciais para a vida em sociedade.

### 3.3.1 O problema das normas penais em branco

Algumas normas não trazem uma descrição completa da conduta proibida, sendo necessário um complemento de uma norma extrapenal: são as normas em branco, as quais passam a incriminar principalmente a inobservância de normas administrativas<sup>132</sup>. Como há grande dificuldade em se descrever com exatidão as condutas típicas e, além disso, existem inúmeras ações que podem gerar risco ou dano ao bem protegido, não se consegue estabelecer um padrão geral de condutas, tendo que utilizar as normas penais em branco para abarcá-las.

Cabe enfatizar também que pelo fato de se tratar de um campo novo, acentuadamente influenciado pelas novas tecnologias de ponta, a norma penal fica sujeita a modificações constantes e imprevisíveis, o que não é apropriado à estabilidade das regras penais.

Nessa questão, existe um conflito quase inevitável entre a função social de determinada atividade e a sua potencial periculosidade dela, porque a ameaça dos novos riscos surge, na maioria das vezes, como efeito colateral de ações normalmente úteis e positivamente necessárias para o ordenamento, o que exige formas particularizadas de tratamento em cada caso concreto, e não figuras abstratas e vagas.

Dessa forma, o problema traçado é que de um lado esses mecanismos mostram-se extremamente necessários para matérias complexas, que abrangem inovações tecnológicas em curtos espaços de tempo e cuja regulamentação pode variar conforme as descobertas científicas. Mas, por outro lado, a utilização crescente desse tipo penal causa um desconforto com relação ao princípio da legalidade e da taxatividade, porque a elaboração de normas tipificadoras e das respectivas sanções penais é função exclusiva da lei penal e não da administrativa, e a utilização de conceitos amplos e expressões vagas não permitem inferir imediatamente a conduta proibida.

Por isso, esse tipo de norma também precisa de atenção especial para que a função do Direito penal, com todas suas características, não perca ou mude seu sentido apenas

---

<sup>132</sup> Pierpaolo de Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 199.

para mostrar eficiência no controle dos riscos. Evidente, que esse controle é necessário, mas não se for utilizado sem critérios. Daí novamente a importância do legislador em ser criterioso e definir os tipos penais taxativamente, tentando abarcar todas as presentes necessidades advindas da sociedade global do risco.

### **3.4 Conflito entre a expansão penal e a manutenção do paradigma clássico**

Diante do que veio a ser analisado, percebe-se que o problema central é a contradição entre adaptação do Direito penal à sociedade de risco e a ameaça aos princípios clássicos. Duas tendências principais, diametralmente opostas, aparecem nesse contexto para tentar solucionar tal problema. Uma defende um direito penal fechado, destinado apenas à proteção subsidiária de bens jurídicos estritamente individualistas, por meio dos princípios e instrumentos clássicos de imputação de responsabilidade. Outra, diferentemente, pretende flexibilizar os instrumentos dogmáticos e as regras de imputação para que o Direito penal se torne apto a proteger bens jurídicos supra-individuais e controlar os fenômenos dos novos riscos.

Para essa segunda linha de pensamento, o direito penal seria instrumento necessário para prevenir os riscos surgidos da sociedade global do risco, não podendo ficar alheio às transformações e à proteção de bens jurídicos extremamente relevantes para a manutenção das condições de vida no planeta. Dentro desse raciocínio, Schünemann critica a teoria pessoal do bem jurídico, porque essa acarretaria uma inversão no ordenamento dos valores, fazendo com que o direito penal passasse a proteger interesses egoísticos em detrimento dos valores essenciais para a garantia de condições saudáveis de desenvolvimento da sociedade<sup>133</sup>.

O autor Günther Stratenwerth também trabalha com essa idéia ao afirmar ser inaceitável o direito penal tutelar somente bens jurídicos individuais quando há situações muito mais gravosas e bens jurídicos extremamente relevantes ameaçados pelos novos riscos<sup>134</sup>. Figueiredo Dias, nessa mesma visão, acredita que ocorrendo isso, em última instância, os princípios de subsidiariedade e da *ultima ratio* estarão fadados, pois seriam

---

<sup>133</sup> Bernd Schünemann, *apud* Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 181.

<sup>134</sup> Günther Stratenwerth, *apud* Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 181.

subtraídas da tutela penal condutas socialmente inadequadas e perigosas que podem colocar a vida na Terra em risco<sup>135</sup>.

Contudo, paralelamente aos ideais político-criminais, observam-se limitações instrumentais do direito penal clássico que não permitiriam tal mudança. Para isso, seria necessário um profundo processo de revisão para que o direito penal possa ser mais intervencionista e preventivo, capaz de tutelar bens jurídicos de maneira eficaz segundo as condições atuais da sociedade, utilizando dos tipos de perigo abstrato para antecipar a proteção, por exemplo.

Francesco Palazzo, contra a posição tradicionalista, defende que os princípios e garantias penais não devem ser considerados de forma absoluta porque são influenciados constantemente pelas transformações sociais. A exigência de garantia deve permanecer intocada, mas o meio para a sua realização precisa ser flexível para poder mudar conforme o momento histórico-social. Por isso, o modelo clássico deveria sofrer algumas alterações de forma que não se renuncie a tutela penal com a desculpa da intangibilidade das garantias fundamentais<sup>136</sup>.

Dois autores italianos radicais também se posicionam contra o direito penal mínimo, Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini acreditam que esse ramo deve trabalhar com seu problema natural de tendência à hipertrofia, porém também precisa achar um equilíbrio para conseguir proteger todos os bens essenciais, sendo eles individuais ou coletivos<sup>137</sup>. Ou seja, é uma adequação da racionalidade penal, em face dos novos riscos, com mudanças nas características clássicas do direito penal.

Entretanto, continuam os questionamentos acerca do modo como o direito penal atuaria para tornar viável a ampliação dos bens jurídicos tutelados e a prevenção aos novos riscos. Nesse sentido, entende-se que não é aceitável qualquer extensão da criminalização, o que transformaria o direito penal em um instrumento para o governo. O

---

<sup>135</sup> Jorge de Figueiredo Dias, *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre uma doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 167.

<sup>136</sup> Francesco Palazzo, *apud* Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 183.

<sup>137</sup> Giorgio Marinucci, *apud* Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 183.

paradigma penal, nas palavras de Figueiredo Dias, não pode passar por uma “evolução” tamanha que o tire da defesa “consistente e efetiva” dos direitos humanos<sup>138</sup>.

Em função disso é que parte dos doutrinadores são adeptos à manutenção da estrutura clássica, com enfoque garantista, assumindo a inaptidão do direito penal moderno em responder efetivamente contra os fenômenos dos novos riscos. A sociedade global de risco, com suas todas suas complexidades, trouxe novidades que o Direito penal não deu conta de absorver; por isso, ao invés de transformá-lo, outro ramo deve resolver esse problema e suas consequências, como o Direito Administrativo.

Na visão de Hassemer, no direito penal de risco ocorre uma inversão perigosa, porque o direito penal se torna instrumento da política criminal. Os efeitos trazidos pela prevenção penal ultrapassam os limites da política criminal e passam a afetar a teoria da pena e do bem jurídico, ocasionando a funcionalização do direito penal, ou seja, sua instrumentalização visando à política criminal<sup>139</sup>. O autor defende que o Direito penal não deve funcionar como meio para a segurança geral ou para a diminuição social do risco, mas sim preservar sua função de imputar um fato punível a uma pessoa singular.

Esse autor, junto com outros como Prittwitz e Herzog, é penalista da Escola de Frankfurt, a qual adota uma postura conservadora diante desse assunto, sinalizando para outras áreas do direito intervirem para proteger a sociedade dos novos riscos tecnológicos.

Também é o que pensa Silva Sánchez, que acredita ser função do Direito Administrativo controlar e tutelar os modernos riscos. Ele diferencia a intervenção penal, a qual objetiva a proteção de bens concretos em casos concretos e segue critérios individualistas de imputação, do intervencionismo estatal, o qual é expresso na legislação administrativa e não possui critérios rígidos de lesividade ou periculosidade, e sim de afetação geral do sistema como um todo<sup>140</sup>. O autor considera que o direito penal está se

---

<sup>138</sup> Jorge de Figueiredo Dias, *op. cit.*, p. 169.

<sup>139</sup> Winfried Hassemer, *apud* Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 186.

<sup>140</sup> Silva Sánchez, *op. cit.*, p. 107.

tornando um “direito de gestão ordinária de problemas sociais”, ganhando características cada vez mais condizentes ao direito administrativo.

Em suma, Hassemer e Silva Sánchez criticam o distanciamento do direito penal de seu núcleo de princípios e garantias materiais em função de satisfazer as necessidades sociais emergentes na sociedade global de risco, o que traz pequenos ganhos e muitos custos, como o de abandonar as garantias individuais. E também Herzog alerta para a linha populista que essa área jurídica tende a seguir quando é utilizado para amenizar as ansiedades sociais perante o medo que os novos riscos tecnológicos inspiram<sup>141</sup>.

A doutrina em geral critica, de forma secundária, o direito penal quanto a sua capacidade de regular as ameaças trazidas com os novos riscos. Além disso, Hassemer acentua o perigo advindo da tendência em se adotar um “Direito penal Simbólico”, em que os instrumentos utilizados não têm aptidão para dar uma resposta eficiente à criminalidade concreta<sup>142</sup>.

Não tem como não citar também a posição intermediária que assumem alguns doutrinadores. A linha de raciocínio deles reconhece as dificuldades e as necessidades advindas da sociedade global de risco, contudo conferem limites à expansão do direito penal, fundamentalmente quanto os princípios básicos de garantia.

Prittwitz, adepto a essa visão intermediária, entende que para minimizar os riscos o direito penal deve ser utilizado, desde que tenha compatibilidade com os princípios de imputação de responsabilidade individual justa<sup>143</sup>. Figueiredo Dias propõe a utilização acessória do direito penal, no campo dos novos riscos, quando a ofensa for inadmissível, porque do contrário a conduta estará sujeita ao direito administrativo<sup>144</sup>. Assim, o direito penal continua com sua precípua forma de *ultima ratio*.

---

<sup>141</sup> Félix Herzog, *apud* Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 192.

<sup>142</sup> Winfried Hassemer, *apud* Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 191.

<sup>143</sup> Cornelius Prittwitz, *apud* Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 193.

<sup>144</sup> Jorge de Figueiredo Dias, *op. cit.*, p. 166.

Importante salientar duas teorias que se destacam nesse estudo para entender melhor o posicionamento de doutrinadores relevantes e esse conflito entre a ampliação da tutela penal e os princípios clássicos.

### **3.4.1 Direito penal de duas velocidades**

Posição intermediária possui Silva Sánchez ao defender um direito penal de duas velocidades, ou seja, um modelo dual para o sistema penal. Partindo de suas considerações<sup>145</sup>, o autor chega à conclusão que o conflito existente não é necessariamente a expansão do direito penal e sim a expansão da pena privativa de liberdade. Levando em conta que seria muito difícil barrar uma expansão desse ramo e admitindo que, devido à demanda social para punir a criminalidade moderna, o Direito penal pode ampliar seus campos de atuação, mas desde que as sanções não sejam a privação da liberdade. Dessa forma, pode haver flexibilizações nos princípios clássicos e nas regras de imputação, mas sem impor penas de prisão como meio coercitivo aos novos riscos.

Para dar uma resposta tanto funcional, quanto garantista, propõe uma divisão no Direito penal: um direito penal nuclear, e um periférico. O primeiro seria composto por todos os princípios e garantias essenciais do direito penal, protegendo-se, assim, os bens pessoais e impondo penas restritivas de liberdade para salvaguardar os direitos e liberdades individuais. No segundo, haveria uma flexibilização ou até mesmo transformação de alguns conceitos, os critérios de imputação seriam menos rígidos, os bens jurídicos coletivos seriam protegidos diante dos novos riscos e as penas combinadas seria menos gravosas, como a restritiva de direitos ou patrimoniais<sup>146</sup>. Dessa forma, haveria um equilíbrio entre um direito penal mínimo e um direito penal máximo.

### **3.4.2 Direito de Intervenção**

Em outra linha de raciocínio, Hassemer pretende reduzir o Direito penal a um “direito penal nuclear”, composto apenas pelos crimes de dano que lesionam bens

---

<sup>145</sup> Cf. Silva Sánchez, *op. cit.*, p. 115-127.

<sup>146</sup> *Idem*, p. 115-116.

jurídicos individuais, ou supra-individuais apenas se estiverem estritamente relacionados à pessoa singular, crimes de perigo concreto graves e por regras severas de imputação e pelos princípios clássicos. Diferentemente de Silva Sánchez, o autor propõe a formação de um novo campo jurídico, entre o Direito penal e o Direito Administrativo e entre o Direito Civil e o Direito Público, denominado “direito de intervenção”<sup>147</sup>.

Esse novo sistema não seguiria as exigências rígidas do formato clássico e seria mais competente para proteger as ameaças surgidas com os novos riscos tecnológicos, de forma preventiva e com sanções menos severas, sem a combinação de pena privativa de liberdade<sup>148</sup>. Dessa forma, o direito penal não carregaria mais o fardo dos problemas de difícil resolução da sociedade global de risco e se concentraria nas questões tradicionais mais específicas de sua competência.

Entretanto, acredita-se que esse mecanismo acarretaria uma inversão não desejada do princípio da subsidiariedade, porque retira da tutela penal condutas que podem ser socialmente gravosas e devem ser punidas, e ainda traz sérios problemas para o princípio da proporcionalidade.

### **3.5 Legitimidade dos crimes de perigo abstrato na sociedade global de risco**

O panorama vivido pela atualidade, como já demonstrado, é de conflito, pois os princípios penais modernos se contrapõem à tendência de expansão do Direito penal, que objetiva abranger os fenômenos da sociedade de risco compatibilizando-os com a idéia de segurança e controle social.

O que se observa é uma aparente incompatibilidade do Direito penal concebido em sentido liberal sem capacidade de incorporar as vertentes político-criminais, voltadas ao combate dos novos riscos para garantir a sensação de segurança entre os indivíduos. Por isso, há uma acentuada idealização em transformar as estruturas do Direito penal, expandindo a intervenção a partir de alguns institutos nucleares, como, por exemplo, a antecipação da tutela penal aos crimes de perigo abstrato. Mas para isso os princípios que

---

<sup>147</sup> Winfried Hassemer, *apud* Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 196-197.

<sup>148</sup> Paulo Silva Fernandes, *op. cit.*, p. 76 e seguintes.

originariamente serviram de contenção à intervenção penal, como o da *ultima ratio*, começam a ser questionados e reinterpretados para flexibilizar as bases desse ramo de estudo, adaptando-o às novas necessidades.

Para o Direito penal se adaptar às significativas mudanças trazidas pelos novos riscos, de modo a se tornar um instrumento efetivo nas sanções e na intervenção na sociedade é preciso certo distanciamento ou rearranjo dos princípios clássicos que eram seguidos até então, porque o movimento na sociedade de risco é de expansão, diferentemente da índole restritiva em que o direito penal moderno foi idealizado.

As contradições surgidas na sociedade mundial do risco demonstram que o Direito penal não só precisa substituir ou aplicar princípios de forma menos gravosa, como, principalmente, precisa discutir com seriedade a própria idoneidade do aparato punitivo estatal. Esse processo foi nomeado por Giddens como “democracia dialógica”<sup>149</sup>, ou como entende Marta Machado, “circularidade do conhecimento”<sup>150</sup>, em que os fundamentos e o futuro do Direito penal são discutidos amplamente.

Nesse sentido, convém analisar a legitimidade dos crimes de perigo abstrato perante cada princípio clássico, levando em consideração que esses delitos só serão prioritariamente legítimos se forem funcionais, no sentido de preservarem os bens jurídicos essenciais para a vida em sociedade tanto presente quanto futura.

### **3.5.1 Princípio da lesividade ou da ofensividade**

Em um Estado Democrático de Direito a liberdade e a dignidade da pessoa humana são valores a serem respeitados sempre, pois deve ter por finalidade o bem-estar da população, não intervindo na vida das pessoas de modo aleatório e arbitrário. Dessa forma, implementa-se o princípio constitucional da lesividade ou da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*), em que toda incriminação deve objetivar a tutela de bens jurídicos relevantes para evitar lesões ou exposições a perigo desses, ou seja, não se pode punir ações desviadas que não representem uma afetação ao bem jurídico.

---

<sup>149</sup> Ulrich Beck; Anthony Giddens e Scott Lash, *op. cit.*, p. 207.

<sup>150</sup> Marta Rodriguez de Assis Machado, *op. cit.*, p. 178.

Nesse sentido, o direito penal, como ramo destinado a preservar bens essenciais e valiosos, tem a função de examinar detalhadamente como e em que medida certas condutas se apresentam lesivas ou perigosas a um bem jurídico, identificando, assim, a potencialidade lesiva de cada uma, evitando imprecisões técnicas na tipificação delas.

Seria um equívoco pensar que os crimes de perigo abstrato não condizem com o princípio da lesividade, pois esse pode ser observado toda vez que o tipo penal objetivar a proteção a bens jurídicos, como já explicitado. Além disso, como afirma Ângelo Roberto Ilha da Silva<sup>151</sup>, certos bens, como a ordem econômica e o meio ambiente, por exemplo, devidos as suas características peculiares, só poderiam ser tutelados de forma eficaz se houvesse uma antecipação por meio dos crimes de perigo abstrato, uma vez que não é razoável aguardar pelo resultado para incriminar a ação.

Isso pode ser explicado por causa das consequências devastadoras provenientes de uma possível lesão ao bem jurídico, ou por uma possível irreversibilidade ao estado anterior do bem, ou pela dificuldade em estabelecer nexos causais entre as diferentes e acumuladas ações e o resultado danoso com as bases tradicionais do Direito penal, ou, até mesmo pelo problema em se mensurar o perigo a que o bem jurídico se expõe em determinadas ocasiões.

Sendo assim, conclui-se que é necessária a utilização dos crimes de perigo abstrato para aqueles bens que necessitam de uma antecipação na tutela. Entretanto, o legislador precisa ser rigoroso e cuidadoso, descrevendo com clareza e precisão o tipo penal para evitar que construções confusas e muito abstratas impeçam a correta incriminação das condutas. Além disso, assim como preceitua Pierpaolo Cruz Bottini, o núcleo da ação criminosa deve ser a periculosidade; dotando, assim, esses crimes de um injusto material, que seria o perigo, mesmo que abstrato, ao bem jurídico<sup>152</sup>.

O Direito penal deve acompanhar as mudanças que vêm ocorrendo na sociedade e se modernizar, de forma a compatibilizar tanto os princípios tradicionais que já norteiam

---

<sup>151</sup> Ângelo Roberto Ilha da Silva, *op. cit.*, p. 101.

<sup>152</sup> Pierpaolo de Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 205.

o ramo, como os novos bens e os novos valores, antecipando algumas vezes a tutela, por meio dos crimes de perigo abstrato, para manter a vida em sociedade mais pacífica e garantir o mesmo para as gerações futuras. Não se pode ignorar as transformações ocorridas, deixando o Direito penal sem atuação nesses novos contexto e fadado ao fracasso na Sociedade Global do Risco.

Nessa linha, Bettiol, grande defensor da liberdade, ao contrário do que se poderia pensar, preceitua que os crimes de perigo abstrato, “dentro de certos limites”, podem ser criados oportunamente com a finalidade de política criminal<sup>153</sup>. Schünemann também com esse pensamento afirma que o direito penal tem a função de atuar como uma espécie de legítima defesa da sociedade, agindo de forma preventiva se o caso necessitar<sup>154</sup>. Outro defensor é Luiz Régis Prado, o qual acredita que os crimes de perigo abstrato podem acabar com o grande problema de provar a causalidade das condutas, o que muitas vezes era motivo para absolvição segundo o critério do *in dúvida pro reo*<sup>155</sup>.

### **3.5.2 Princípio da proporcionalidade**

O princípio da proporcionalidade é inerente a qualquer Estado Democrático de Direito, pois impõe limites ao arbítrio e aos atos restritivos estatais, conforme o juízo de adequação, necessidade e ponderação entre meio e fim, levando em conta também, claro, a relevância do bem jurídico a ser protegido. Na Constituição Federal de 1988, esse princípio pode ser identificado, principalmente, nos artigos 1º, inciso III<sup>156</sup>; 3º, inciso I<sup>157</sup>; e 5º, *caput* e incisos II, XXXV e LIV<sup>158</sup>.

---

<sup>153</sup> Giuseppe Bettiol, *apud* Ângelo Roberto Ilha da Silva, *op. cit.*, p. 98.

<sup>154</sup> Schünemann, *apud* Ângelo Roberto Ilha da Silva, *op. cit.*, p. 98.

<sup>155</sup> Luiz Regis Prado. *Direito penal do ambiente*: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005). São Paulo: RT, 2005, p. 76.

<sup>156</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.

<sup>157</sup> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.

<sup>158</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...]XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Muito utilizado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme será demonstrado no último capítulo do trabalho, o princípio facilita o trabalho do intérprete, pois funciona para adequar a lei aos casos concretos, dando segurança jurídica por resguardar o respeito à norma (princípio da legalidade) sem ferir os limites da proporção em cada caso.

Para analisar se um crime de perigo abstrato é desproporcional, é necessário fazer uma descrição detalhada do tipo. Sendo assim, partindo da análise do bem jurídico saúde pública, pode-se verificar a proporcionalidade no crime de tráfico de entorpecentes, mas não no artigo 273 do Código Penal, que trata da alteração de substância alimentícia ou medicinal.

O artigo 273 teve sua redação modificada pela Lei dos Remédios (Lei n. 9.677/1998), transformando o crime de perigo concreto em perigo abstrato:

Antiga redação: Alteração de substância alimentícia ou medicinal

Art. 273. Alterar substância alimentícia ou medicinal:

I - modificando-lhe a qualidade ou reduzindo-lhe o valor nutritivo ou terapêutico;

II - suprimindo, total ou parcialmente, qualquer elemento de sua composição normal, ou substituindo-o por outro de qualidade inferior:

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa, de um a cinco contos de réis.

Nova redação: Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais

Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

Essa modificação, influenciada fortemente pela mídia que na época vinha apresentando diversos casos de falsificação de remédios, além de não ter trazido soluções para o problema, dando uma resposta simbólica por meio do aumento da pena e da caracterização do crime como crime hediondo (artigo 1º da Lei 8.072/1990), não condiz com o princípio da proporcionalidade, porque suprimiu a fundamental “nocividade à

saúde” do tipo, fazendo com que se pudesse interpretar que uma alteração que fosse “a favor da saúde” seria ilegal<sup>159</sup>.

Portanto, a conduta tipificada não tem aptidão para tutelar adequadamente a saúde pública, visto que não se observa um perigo ínsito. Por não ser adequada, também não é necessária, e muito menos ponderada na razoabilidade por ter uma grave pena de reclusão e ser considerado crime hediondo com todas suas peculiaridades.

Quanto ao tráfico de entorpecentes, antes disposto no artigo 12 da Lei n. 6.368/76 e depois, com pequenas alterações, pelo artigo 33 da Lei n. 11.343/2006<sup>160</sup>, devido a todos seus efeitos prejudiciais, a incriminação se mostra adequada e necessária, tanto para o combate ao tráfico quanto para atenuar o problema da circulação de dinheiro de origem ilegal, conseqüência do tráfico<sup>161</sup>. Apesar de se saber que toda a dificuldade inerente ao tráfico de drogas não será solucionada apenas com uma norma, essa é de extrema importância para se obter eficácia nessa luta, visto que repressões administrativas apenas não conseguiriam abranger um problema de tão grande relevância.

No caso defende-se a prevenção, por meio do tipo de perigo abstrato, principalmente aos usuários e dependentes, em detrimento da repressão, levando em conta os efeitos negativos que a reclusão pode acarretar e os efeitos negativos também causados à saúde pública, bem jurídico em questão.

Então, conclui-se que para respeitar o princípio da proporcionalidade a tipificação dos crimes de perigo abstrato deve conter uma descrição precisa da conduta perigosa, por meio de considerações experimentais e da razoabilidade, levando em conta a adequação e a necessidade da norma penal para que não haja excessos. Além disso, a quantidade da

---

<sup>159</sup> Miguel Reale Júnior. *A inconstitucionalidade da lei dos remédios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 421-423.

<sup>160</sup> 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.

<sup>161</sup> Cf. Ângelo Roberto Ilha da Silva, *op. cit.*, p. 111-116.

pena deve estar em harmonia com a relevância do bem jurídico colocado em perigo e a gravidade da conduta, sendo que quanto mais perto da lesão, mais intensa a pena<sup>162</sup>.

### 3.5.3 Princípio da intervenção penal mínima

O princípio da intervenção penal mínima dispõe que devido ao caráter fragmentário do direito penal, a lei penal deve ser utilizada como *ultima ratio*, ou seja, quando outros meios de proteção a bens jurídicos não forem adequados e dentro do limite da necessidade. Nélson Hungria explica o princípio de forma esclarecedora:

As sanções penais são o último recurso para conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado. Se um fato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, pode ser convenientemente reprimido com sanções civis, não há motivo para a reação penal. Sob o ponto de vista histórico e político jurídico, que é o único admissível *in subjecta materia*, ou melhor, tendo-se em vista a formação, através das leis editadas pelo Estado, dos dois sedimentos jurídicos que se chamam direito civil e direito penal, pode concluir-se que o ilícito penal é a violação da ordem jurídica, contra a qual, pela sua intensidade ou gravidade, a única sanção adequada é a pena, e ilícito civil é a violação da ordem jurídica, para cuja debelação bastam as sanções atenuadas da indenização, da execução forçada ou *in natura*, da restituição ao *statu quo ante*, da breve prisão coercitiva, da anulação do ato etc<sup>163</sup>.

O já citado crime de tráfico de entorpecentes é um crime de perigo abstrato para a saúde pública, um bem difuso de interesse coletivo e tão importante quanto à propriedade, por exemplo. Não se pode afirmar que esse delito desrespeita o princípio da intervenção mínima, porque é uma conduta que não deve passar sem punição pelo direito penal, considerando inclusive sua importância no artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins [...]. Além desse, pode-se citar também o crime de moeda falsa (artigo 289 do Código Penal<sup>164</sup>), que é tido como

---

<sup>162</sup> Pierpaolo de Cruz Bottini, *op. cit.*, p. 210-212.

<sup>163</sup> Nélson Hungria, *op. cit.*, vol. VII, p. 178.

<sup>164</sup> Art. 289 - Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro: Pena - reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

crime de perigo abstrato tanto no Brasil como em diversos outros países, como Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, dentre outros<sup>165</sup>.

Apesar disso, ainda é controversa a classificação dos crimes de perigo abstrato, visto que muitos autores entendem que a melhor opção seria tipificá-los como perigo concreto ou até mesmo de dano. A título de exemplo, vale a análise do emblemático crime de embriaguez ao volante, contido no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/1997)<sup>166</sup>, mas com a redação modificada primeiramente pela Lei 11.705/2008, a chamada “Lei Seca”, e atualmente pela Lei 12.760/2012. No primeiro diploma, observa-se que o crime é caracterizado por ser de perigo concreto, porque o legislador acrescentou “expondo a dano potencial a incolumidade de alguém”, isto é, não bastava dirigir embriagado, havia a necessidade de provar que aquela ação no mínimo colocou em risco a vida de alguém.

Entretanto, com o aumento dos casos de acidentes com pessoas que dirigiam sob o efeito de bebidas ou drogas, a opinião pública exigiu do direito penal uma resposta mais enfática a esses crimes, visto que a criminalidade no trânsito foi declarada como um dos principais fatores de problemas sociais dentro do país. Dessa forma, surgiu a Lei Seca, em 2008, transformando o crime em delito de perigo abstrato, com a seguinte redação:

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:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

---

<sup>165</sup> Ângelo Roberto Ilha da Silva, *op. cit.*, p. 128.

<sup>166</sup> Art. 306: Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem: Penas - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Não era mais necessário provar que o motorista colocou em risco a vida de ninguém, basta que ele dirija embriagado para ser punido. Isso se justifica, porque a conduta em si já é carregada de periculosidade. Mesmo sem nenhum resultado naturalístico, a imprudência a longo prazo se torna muito mais arriscada do que a ação considerada isolada; e não se pode analisar a situação de casos isolados, porque o problema do trânsito brasileiro é um contexto amplo que envolve inúmeras pessoas e veículos.

Recentemente, com a “Nova Lei Seca”, a redação do artigo passou por novas adaptações frente às novas pressões políticas e sociais, alterou-se o *caput*, foi retirado o parágrafo único e incluído três novos parágrafos:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

Em posição contrária, muitos doutrinadores advogam negativamente a essa mudança ocorrida na redação da norma, como André Luiz Callegari, o qual entende que os tipos de perigo concreto são mais adequados para tipificar essa conduta, porque tem que se levar em conta além do desvalor da ação o desvalor do resultado<sup>167</sup>.

---

<sup>167</sup> André Luiz Callegari. *Delitos de perigo concreto no Código de Trânsito Brasileiro*. Boletim IBCCrim, nº. 76, março de 1999, p. 8.

Porém, a grande maioria considera que essa construção não seria uma afronta ao princípio da intervenção mínima, porque o perigo é ínsito à conduta e o meio encontrado para criminalizá-la se mostra necessário e hábil para proteger o sistema viário e, em consequência, a população como um todo, uma vez que a educação no trânsito é um assunto de muitas ressalvas no Brasil.

Sendo assim, o direito penal não precisa substituir ou até mesmo dispensar os princípios tradicionais para ser eficiente na proteção de bens jurídicos, mas também não pode deixar de observar as mudanças evolutivas que a sociedade passa e continuar com soluções ultrapassadas e pouco adequadas. É necessário assumir o papel da prevenção aos novos riscos, garantindo valores e bens fundamentais à vida presente e futura.

O legislador, então, precisa selecionar atentamente aquelas condutas em que o perigo é ínsito e podem vulnerar bens jurídicos relevantes, e construir o tipo penal com uma rigorosa taxatividade, delimitando com exatidão o âmbito do proibido nas situações em que os crimes de dano e de perigo concreto não se mostram eficazes, bem como outros ramos, como o direito civil e o administrativo.



## 4 ANÁLISE DE JULGADO

O presente capítulo objetiva analisar como o Supremo Tribunal Federal vem julgando os crimes de perigo abstrato, mais especificamente o crime de porte de arma de fogo desmuniciada, no sentido de se depurar os critérios em que se baseia a interpretação jurisprudencial para qualificar juridicamente os delitos de perigo. Como Corte Suprema, o STF possui importante papel no controle de constitucionalidade, bem como na fiscalização quanto à aplicação dos preceitos contidos na Constituição Federal.

Muitas questões controvertidas são discutidas pelo Supremo, desde o papel e a caracterização do bem jurídico até o problema quanto à expansão do direito penal decorrente da sociedade global de risco, principalmente por meio da criação dos crimes de perigo abstrato, os quais almejam proteger a sociedade de forma preventiva, ou seja, antes mesmo de ocorrer qualquer lesão ou até mesmo o risco de lesão à população.

No contexto da sociedade global de risco, cuja ciência não acompanha a sua dinâmica, somado ao desenvolvimento tecnológico exacerbado e ao papel essencial da pressão social feita pela população (influenciada em grande medida pelos meios de comunicação em massa), busca-se no direito penal, por meio das criminalizações de perigo, uma sensação de maior segurança e pacificidade, por meio do falacioso discurso de que com o aumento das penas os crimes tendem a diminuir.

O delito de porte de arma de fogo, no contexto em que a arma está sem munição, foi o escolhido para a análise jurisprudencial, tendo em vista importante discussão a respeito da legitimidade desses crimes de mera transgressão. Analisa-se também a importância da caracterização clara e precisa do bem jurídico a que se pretende tutelar, tendo em vista as margens de limitação para atuação estatal impostas pela Constituição Federal, por meio dos princípios da proporcionalidade e da ofensividade, dentre outros, com a finalidade de se construir uma política criminal racional que impeça, em nome do alargamento da proteção dos interesses fundamentais, o exercício irracional do *ius puniendi*.

#### 4.1 Julgado<sup>168</sup>

HC 104410 / RS - RIO GRANDE DO SUL

HABEAS CORPUS

Relator (a): Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 06/03/2012      Órgão Julgador: Segunda Turma

Ementa:

“HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A)TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENais. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DECONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENais. 1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente. 1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a)

---

<sup>168</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 10/09/2012.

controle de evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.

**2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.** A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.

**3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA.** Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos

(faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha diretiva de ilegitimidade normativa.

4. ORDEM DENEGADA.”

#### **4.2 Análise do caso**

O *Habeas Corpus* em questão, julgado pela 2<sup>a</sup> Turma do STF em 06 de março de 2012, tendo como Relator o Ministro Gilmar Mendes, foi impetrado contra a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial n. 984.616/RS.

O paciente foi denunciado como incursão nas infrações do artigo 21 da Lei de Contravenções Penais e do artigo 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97, isto é, praticou vias de fato contra alguém e estava na posse de arma de fogo.

Foi condenado em primeira instância a quinze dias de prisão simples, pela contravenção e a um ano de detenção e dez dias-multa pela posse ilegal de arma de fogo. A Defensoria Pública apelou dessa decisão para que fosse reconhecida a *abolitio criminis* da contravenção vias de fato, aplicado o princípio da consunção e, ainda, requereu o reconhecimento da atipicidade da conduta pelo fato da arma de fogo estar desmuniciada, portanto, sem potencialidade lesiva.

Foi dado provimento ao apelo pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o qual declarou extinta a punibilidade da contravenção de praticar vias de fato e absolveu o acusado do delito de posse ilegal de arma de fogo.

Dessa forma, o Ministério Público interpôs Recurso Especial para restabelecer a sentença condenatória de primeira instância, o qual foi julgado monocraticamente pelo ministro-relator Napoleão Nunes Maia Filho conhecendo do especial e dando-lhe provimento em todos os termos.

Inconformada, a Defensoria Pública da União interpôs Agravo Regimental, sendo desprovido por unanimidade pela Quinta Turma no STJ, a qual afirmou ser

“entendimento pacífico” da Corte Superior de Justiça que para a configuração do delito de posse ilegal de arma de fogo basta que o agente porte a arma sem autorização ou em desacordo com determinação legal, por ser considerado crime de mera conduta.

Dessa forma, foi interposto o presente *habeas corpus* em análise, para que fosse reconhecida a atipicidade da conduta do agente, uma vez que, tendo como base os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o porte de arma de fogo sem qualquer possibilidade de se conseguir de imediato o acesso à munição é uma conduta desprovida de qualquer potencialidade ofensiva ou lesiva, não devendo ser, portanto, tipificada pelo ordenamento penal.

No início do voto, o ministro Gilmar Mendes faz uma análise da jurisprudência do Superior Tribunal Federal em relação ao delito em questão, pois as opiniões não são unânimes, dividindo-se em duas correntes opostas: uma que entende que o crime de porte de arma de fogo é um crime de perigo abstrato e, portanto, não necessita que se comprove a disponibilidade ou não de munição, uma vez que o tipo penal prescreve como potencialmente perigosa a simples conduta de portar arma de fogo; e a outra corrente entende que se a arma estiver desmuniciada e a munição não estiver acessível, o crime é atípico, tendo em vista o princípio da lesividade, porque nesse caso não haveria ofensividade necessária para o intervenção do direito penal.

No julgamento do RHC 81.057/SP (DJ 29.04.2005), a Primeira Turma do STF firmou entendimento no sentido da segunda corrente, por acreditar que “configura fato atípico o porte de arma desmuniciada e sem que o agente tenha a pronta disponibilidade da munição”. Para os ministros dessa Turma, deve-se seguir a teoria moderna do direito penal, baseada nos princípios da necessidade de incriminação e da lesividade do fato criminoso para se interpretar a lei penal, pois sendo o porte de arma de fogo desmuniciada incapaz de produzir algum disparo e, por conseguinte, causar algum tipo de lesão ao bem jurídico tutelado (a segurança pública), falta o objeto material do tipo para que se incrimine tal conduta.

De outro modo, seguindo a primeira corrente, a qual considera o delito de porte de arma de fogo um crime de perigo abstrato, tem-se a maioria dos precedentes do STF, como, por exemplo, o HC 104.206 e o RHC 91.553.

O crime de porte de arma de fogo está tipificado atualmente no artigo 14 da Lei de Desarmamento (Lei 10.826/2003) com a seguinte redação:

Art. 14. Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

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

A maioria dos ministros do Supremo afirma que se trata de um crime de perigo abstrato, caracterizado por descrever uma conduta potencialmente perigosa para o bem jurídico que se pretende tutelar, qual seja, a segurança pública, independente da conduta ter efetivamente lesionado ou colocado em perigo tal bem jurídico.

O ministro Gilmar Mendes enfatiza a importância do princípio da ofensividade, tanto vinculando a interpretação da lei penal, quanto a aplicação da mesma. Entende que o juiz, diante das especificidades do caso concreto, deve verificar se houve ou não efetivamente lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico a ser tutelado pela norma, o que levaria, em um segundo momento, a uma análise da tipicidade material da conduta supostamente criminosa, porque, segundo ele, “a simples adequação formal fato/norma não é suficiente para qualificar como delituosa a conduta do agente”.

No entanto, o ilustre ministro acrescenta que seria necessária, por meio da consagração dos princípios da lesividade e da proporcionalidade como limites para a atividade judicial e legislativa, uma evolução do Tribunal nessa fundamentação, tendo em vista o papel primordial do Supremo no controle de constitucionalidade das leis em matéria penal.

Sendo assim, Gilmar Mendes passa a analisar o controle de constitucionalidade de leis penais, afirmando que a Constituição de 1988 possui diversos artigos em que é possível identificar um mandato de criminalização expresso, ao invés de outorga de direitos, de acordo com os bens e valores envolvidos, como no artigo 5º, incisos XLI,

XLII, XLIII, XLIV<sup>169</sup>; artigo 7º, inciso X<sup>170</sup>; artigo 227, parágrafo 4º<sup>171</sup>; e artigo 225, parágrafo 3º<sup>172</sup>. Como, por exemplo, no caso em que o empregador retém dolosamente o salário do empregado, o que não é crime especificamente tipificado pelo Código Penal, mas tendo em vista a característica essencialmente alimentar do salário e a necessidade de se protegê-lo, a Carta Magna optou por trazer no seu texto expressamente tal criminalização, apesar de faltar uma lei ordinária que para que referido mandamento produza efeitos, uma vez que se trata de uma norma constitucional de eficácia limitada.

Desta feita, “o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (*direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*)”.

Tendo por base a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, o ministro afirma que os direitos fundamentais vêm ganhando uma nova dimensão, pois o Estado passa da posição de “adversário” para uma função de guardião desses direitos, devendo protegê-los contra qualquer agressão de terceiros e tomar as medidas necessárias para a realização e a concretização dos mesmos.

---

<sup>169</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

<sup>170</sup> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa.

<sup>171</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...] § 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

<sup>172</sup> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...] § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Nessa linha de raciocínio, os direitos fundamentais “expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote)”. Conclui-se, portanto, que existe um direito fundamental à proteção expresso pelos mandatos de criminalização contidos na legislação brasileira, os quais limitam e impõem um sistema de proteção por meio das normas penais.

A Constituição Federal estabelece margens de ação para o legislador decidir quais as medidas devem ser tomadas em cada caso, sempre levando em consideração o princípio da proporcionalidade como limite para essa atuação. Conforme a clássica divisão elaborada por Robert Alexy, o princípio da proporcionalidade se divide em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Portanto, a norma penal deve ser adequada na medida em que o propósito a ser almejado é alcançado por meio dela; deve ser necessária, no sentido de ser o meio mais eficaz dentre as inúmeras opções legislativas, e deve ser proporcional em sentido estrito, com o objetivo de satisfazer o fim legislativo no mesmo grau em que se deveria garantir o direito fundamental à proteção.

Considerando que a pena é o meio de intervenção estatal mais rígido, sendo capaz de privar a liberdade de um indivíduo, o controle de constitucionalidade das leis penais deve ser caracterizado pela mesma rigidez. Ou seja, nas palavras de Alexy, compiladas pelo ministro, “quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores hão de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção”.

Na última parte do voto, Gilmar Mendes começa a analisar o caso concreto, considerando que existe ampla controvérsia doutrinária a respeito do tema e definindo o que são os crimes de perigo abstrato: “aqueles em que não se exige nem a efetiva lesão ao bem jurídico protegido pela norma nem a configuração do perigo em concreto a esse bem jurídico. [...] O legislador, dessa forma, formula uma presunção absoluta a respeito da periculosidade de determinada conduta em relação ao bem jurídico que pretende proteger”.

Diante dessa definição, expõe o problema enfrentado, qual seja, a relação entre a configuração dos delitos de perigo abstrato e os princípios clássicos orientadores do

direito penal, como o da exclusiva proteção de bens jurídicos, da lesividade, da culpabilidade e da presunção da inocência, todos relacionados, em última instância, com o princípio da proporcionalidade. Por isso, resta claro que deve haver uma rígida fiscalização da atividade legislativa em relação à constitucionalidade desses tipos de delitos para que se demonstrem adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito; e, nesse ponto, encontra-se o papel fundamental do Supremo Tribunal Federal.

O STF, portanto, deve exercer o controle de constitucionalidade dessa atividade legislativa em matéria penal, verificando se o legislador, dentro de sua ampla margem de avaliação e decisão, conseguiu encontrar a medida mais adequada e necessária para a efetiva proteção de determinado bem jurídico que se pretende tutelar por meio de um direito penal preventivo, o que pode se mostrar eficaz ante a efetiva lesão de bens jurídicos supra-individuais ou de caráter coletivo, como o meio ambiente, por exemplo.

Para isso, o ministro estabelece ser necessário observar os seguintes parâmetros:

1- Adequação: segundo a máxima da adequação, os crimes de perigo abstrato devem ser restritos às condutas que se demonstram geralmente perigosas para o bem jurídico, de acordo com as análises feitas pelo legislador, tendo como base os dados científicos disponíveis no momento em que será elaborada a norma.

2- Necessidade: serão necessárias as tipificações dos crimes de perigo abstrato quando se demonstrarem eficazes para a proteção dos bens jurídicos em questão, levando em consideração também que se existirem medidas menos gravosas capazes de tutelar com a mesma eficácia tais bens jurídicos, como, por exemplo, por meio do direito civil ou administrativo, o direito penal não deverá intervir, seguindo o princípio da *ultima ratio*.

3- Proporcionalidade em sentido estrito: é verificada a proporcionalidade em sentido estrito quando a intervenção penal em direitos fundamentais é tanto maior, quanto maior for a efetiva proteção do bem jurídico por ela tutelada.

Após delimitadas tais premissas, o ministro passa a analisar se é legítima a criminalização do porte de arma desmuniciada. Para ele, “há inequívoco interesse público

e social na proscrição da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefato (faca, vidro, etc), *concessa venia*, tem inerente à sua natureza a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto”.

Portanto, afirma que arma de fogo possui natureza letal e que inclusive “ninguém se utiliza de arma com outra finalidade senão aquela para a qual foi concebida”. Devendo, então, o direito penal tutelar a segurança pública e a paz social em risco no caso de porte de arma de fogo. Porém, eventuais situações de iniquidade, em que fique comprovada a absoluta ausência de perigo, devem ser analisadas caso a caso e não por meio da afirmação da ilegitimidade normativa, uma vez que seria necessário distinguir o momento de elaboração da norma e o momento da aplicação do direito no caso concreto, este último sendo realizado por meio do juízo de subsunção do fato à norma.

#### **4.3 Problematizações**

Em relação ao tema de subsunção do fato à norma, importante salientar o trecho do texto de autoria de Lenio Luiz Streck<sup>173</sup> utilizado pelo ministro nas linhas finais de seu voto (páginas 36 a 39), o qual traça um paralelismo do crime de porte de arma de fogo com o delito tipificado no artigo 509 do Código Penal da Espanha, punindo aquele “*que tuviere en su poder ganzúas u otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación*”.

Referido trecho também é utilizado pelo professor Lenio em um artigo para a Revista IBCCrim<sup>174</sup>. No entanto, ao contrário da decisão do ministro, o autor indaga: o direito penal é compatível com a punição de condutas em que não esteja comprovado o risco de um bem jurídico concreto? E para responder tal problematização utiliza a sentença n. 105/88 do Tribunal Constitucional espanhol, em que foi declarado inconstitucional sem redução do texto o delito do artigo 509, tendo em vista o desrespeito ao princípio da inocência, porque sem “a prova da possibilidade de efetivo dano, não se pode punir. A presunção de que alguém vai cometer um furto, pelo fato de estar portando

---

<sup>173</sup> Lenio Luiz Streck. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 309-314.

<sup>174</sup> Lenio Luiz Streck. *A hermenêutica diante da relação "regra-princípio" e o exemplo privilegiado do crime de porte de arma de fogo*. Revista IBCCrim, Ano 20, volume 98, set-out/2012.

instrumentos próprios para tal, não é razão suficiente para o enquadramento no tipo penal. Meras condutas não podem ser punidas; tampouco se pode punir alguém com base em presunções”<sup>175</sup>.

A partir do exemplo do Tribunal espanhol, o autor traça paralelos de padrões interpretativos, usando como exemplo o delito de porte de armas de fogo da Lei 10.826/2003. Tomando como base a ideia de integridade utilizada por Dworkin<sup>176</sup>, o autor afirma que é necessário que os juízem, ao aplicarem as leis, construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto de regras do nosso ordenamento jurídico, principalmente a Constituição Federal, dando, dessa forma, importante garantia contra arbitrariedades interpretativas.

Diante desses casos, entende-se que a norma não deve ser aplicada, por ser tal aplicação inconstitucional, utilizando-se da técnica da inconstitucionalidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*), tendo em vista que há violação da garantia da presunção da inocência e da ausência de comprovação acerca da lesividade da conduta<sup>177</sup>.

Nesse segundo texto, o ilustre professor, contrariamente ao que foi justificado pelo ministro para a criminalização da conduta de portar arma de fogo (atente-se que o texto é o mesmo, mas as conclusões finais do ministro não condizem com o que Lenio pretende esclarecer no segundo texto), afirma:

No exemplo da regra que criminaliza a posse de gazuas e outros instrumentos para cometer furtos (assim como dos diversos crimes de perigo abstrato da legislação de *terrae brasiliis*), a reconstrução e a integridade do direito a partir de uma comunidade de princípios exsugirá da tradição legítima exsurgente do Estado Democrático de Direito, que aponta para a **prevalência dos princípios constitucionais, que redefinirão o sentido do texto aplicável, possibilitando, inclusive, uma interpretação que impeça a aplicação da regra sem o exame da potencial violação de bens jurídicos, além de garantir a validade do**

---

<sup>175</sup> *Idem*, p. 258.

<sup>176</sup> *Idem*, p. 260.

<sup>177</sup> *Idem*, p. 262.

**princípio para situações futuras, impedindo a violação de direitos fundamentais. (grifo nosso)<sup>178</sup>**

Nesse ponto, então, torna-se necessário expor alguns questionamentos quanto à argumentação do ministro Gilmar Mendes para caracterizar os crimes de perigo abstrato.

Conforme se observa, a decisão do ministro torna de difícil percepção os critérios racionais utilizados para fundamentar seu voto, visto que seus argumentos, *data venia*, são de baixa consistência e coerência lógica, uma vez que se justifica a utilização do crime de perigo abstrato para o porte da arma de fogo no sentido de proteger o interesse público e social, especificamente a segurança pública. Porém, nesse ponto, importante destacar o entendimento do Defensor Público Gustavo Diniz Junqueira quanto ao bem jurídico supostamente protegido por meio dessa incriminação:

A visão da segurança enquanto bem jurídico sempre poderá ser alicerçada como justificativa para a criminalização, uma vez que bastará a afronta à lei (que regula condutas e dá segurança) para que se considere violado o referido *bem jurídico*. Na verdade, a segurança não é um bem jurídico, mas sim estado a ser alcançado em relação aos reais bens jurídicos, e a inversão de sentido tem como efeito a prescindibilidade dos ‘bens jurídicos’ consagrados como merecedores de ‘dignidade penal’ (vida, dignidade, liberdade...), que seriam substituídos, sempre, pela *segurança*<sup>179</sup>.

Nesse mesmo sentido, de forma extrovertida, Lenio dispõe ser “desnecessário dizer que não há crime sem vítima. E não se venha dizer que a vítima desse ‘crime é a sociedade, porque a sociedade é sempre vítima (a ideia de crime implica de per si uma conduta antissocial)’”<sup>180</sup>.

Portanto, afirmar que a segurança pública é o bem jurídico a ser protegido pode ser motivação para criminalizar indiscriminadamente qualquer conduta, fazendo com que o significado de bem jurídico como limitador da intervenção penal perca sentido, não

---

<sup>178</sup> *Idem*, p. 263.

<sup>179</sup> Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Paulo Henrique Aranda Fuller. *Legislação penal especial*. 6<sup>a</sup> Edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 733.

<sup>180</sup> Lenio Luiz Streck. *A hermenéutica diante da relação “regra-princípio” e o exemplo privilegiado do crime de porte de arma de fogo*. Revista IBCCrim. Ano 20, volume 98, set-out/2012, p. 261.

satisfazendo, portanto, os princípios da ofensividade ou da lesividade, uma vez que se pune o desrespeito à norma numa “concepção autoritária e moralizante”<sup>181</sup>. Nessa linha de raciocínio, o ministro Cezar Peluso afirma, em seu voto no RE em HC 81.057-8-SP (DJ 29/04/2005), que “se fora concebido, aliás, com tamanha vagueza e abstração, o bem jurídico seria incapaz de exercer qualquer dessas funções metodológicas, a começar pela mais simples, a classificatória”.

Dessa forma, tendo em vista que o referido tipo penal tutela o bem jurídico de forma preventiva, diminuindo as garantias individuais em face do poder punitivo do Estado, uma vez que permite a punição sem a comprovação efetiva de que a conduta colocou em risco a segurança pública, deve-se atentar para a necessidade de utilizar a interpretação restritiva nesses casos, como afirma Gustavo Junqueira Diniz<sup>182</sup>:

Toda situação de diminuição de tal risco (o perigo presumido sancionado pela lei) no caso concreto, ainda que envolvida com arma de fogo, torna o fato imediatamente irrelevante penal, como sintoma de *compensação* de garantias pelo rebaixamento referido, como o caso da arma quebrada, ineficaz, ou o porte de arma desmuniciada.

Além disso, o ministro Gilmar Mendes afirma que o legislador utiliza de dados científicos para tipificar determinadas condutas tidas como potencialmente perigosas. Entretanto, segundo delineado no decorrer do trabalho, hoje em dia temos uma ciência deficiente nesse ponto de vista, pois, na maioria das vezes, é incapaz de elaborar respostas eficazes a respeito da periculosidade de determinadas condutas frente aos novos riscos e desafios perpetrados na sociedade de risco. Permitindo, assim, a expansão dos novos riscos e, consequentemente, o aumento do sentimento de insegurança na população e da descrença na ciência, o que é, ainda, intensificado, por meio das pressões feitas pelos meios de comunicação em massa.

Interessante ainda observar que o ministro considera relevante punir uma pessoa que porte arma de fogo desmuniciada para que se possa tutelar com eficiência o bem jurídico, mesmo delineando toda sua decisão no princípio da proporcionalidade,

---

<sup>181</sup> Juarez Tavares. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Delrey, 2000, prefácio de Zaffaroni.

<sup>182</sup> Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Paulo Henrique Aranda Fuller, *op. cit.*, p.735.

especificamente, com a proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente. Questiona-se: não seria excessivo aplicar uma pena de reclusão de dois a quatro anos diante de uma conduta que se mostrou, no caso concreto, comprovadamente ineficaz de causar qualquer potencial perigo para a sociedade?

Num mesmo contexto, portar arma de fogo desmuniciada, sem a sua efetiva disponibilidade por ausência de munição, não traz ameaça alguma à incolumidade pública. Tal conduta é menos perigosa e muito menos lesiva que o porte de arma branca, como uma faca, por exemplo, conduta essa não considerada criminosa. Então, seguindo os parâmetros delineados pelo ministro quanto ao princípio da proporcionalidade, questiona-se novamente: seria mesmo adequada e necessária a tipificação do porte de arma de fogo sem qualquer possibilidade de se conseguir munição no caso concreto? Não seria mais coerente tipificar tal conduta caracterizando-a detalhadamente, especificando que a arma deve estar municiada para se definir o crime de perigo abstrato?

Segundo entendimento desenvolvido no presente trabalho, e exposto inicialmente pelo jurista Cesare Beccaria<sup>183</sup>, o princípio da proporcionalidade, como corolário da limitação de poder do Estado Democrático de Direito<sup>184</sup>, impõe ao legislador observar a proporção entre os delitos e as penas no momento da tipificação de condutas delituosas; e ao aplicador, interpretar as normas penais adequando-as aos padrões de legitimidade, tendo em vista a restrição dos direitos fundamentais por meio das normas de perigo abstrato.

Portanto, seguindo o princípio da proporcionalidade, constitucionalmente consagrado, entende-se que os crimes de perigo abstrato devem apresentar descrição clara, objetiva e precisa das condutas que são potencialmente perigosas ao bem jurídico que se pretende tutelar. Deve-se, então, fazer uma análise de ponderação a respeito da razoabilidade na relação entre o meio (incriminação) e fim (tutela do bem jurídico), para verificar, diante de cada caso concreto, se o referido princípio está sendo respeitado ou não, se a conveniência da pena estão sendo levada em conta.

---

<sup>183</sup> Cesare Beccaria; tradução J. Cretella Jr e Agnes Cretella. *Dos delitos e das penas*. 4<sup>a</sup> edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>184</sup> Suzana de Toledo Barros. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direito fundamental*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 34.

#### 4.4 Conclusões

É evidente que a arma de fogo tem poder de intimidação sobre as pessoas, assim como acredita o ministro, mas se ela estiver sem munição não há que se falar em aplicação de pena, visto que existem outros meios tanto eficazes quanto para que a segurança e a paz social sejam preservadas nesses casos sem a intervenção do direito penal, resguardando-o para situações em que realmente se prove a periculosidade do porte da arma de fogo, não devendo se falar em presunção absoluta, uma vez que está em jogo a dignidade da pessoa humana, em última instância.

A norma penal só pode presumir o perigo onde, em tese, houver possibilidade ou probabilidade dele ocorrer. Quando, de antemão, já se verifica que aquela determinada conduta jamais poderá colocar o bem jurídico tutelado em risco, não há como presumir o perigo, uma vez que não existe crime de perigo se o perigo é impossível, bem como não se pode utilizar da responsabilidade objetiva em âmbito penal para incriminação de condutas.

Nesse sentido, alinho-me à posição de Jakobs<sup>185</sup>:

Em um Estado de liberdades estão isentas de responsabilidade não apenas as *cogitações*, e sim toda a conduta que se realize num âmbito privado e, também, toda conduta externa que seja *per se* irrelevante. Um cidadão somente se converte em autor se ultrapassa o limite que acaba de ser indicado e se comporta de um modo perturbador.

Em oposição a tal posicionamento, Guilherme de Souza Nucci<sup>186</sup>, defensor da criminalização da conduta advinda do artigo 14 do Estatuto do Desarmamento, afirma que a arma de fogo desmuniada tem característica diferente da arma quebrada ou da arma de brinquedo, uma vez que a utilização dessas últimas são consideradas crime impossível e a segurança pública não correria riscos ou perigos nessas situações. Em contrapartida, o autor acredita que na hipótese da arma estar desmontada, a aferição da

---

<sup>185</sup> Gunther Jakobs; tradução André Luís Callegari, colaboração Lúcia Kalil. *Fundamentos do direito penal*. 2<sup>a</sup> edição rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 144-145.

<sup>186</sup> Guilherme de Souza Nucci. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 7<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 54.

periculosidade vai depender do caso concreto, se está ou não ao alcance do agente para que esse se consiga montá-la. No entanto, o mesmo raciocínio pode ser utilizado para ir contra sua afirmação, porque mesmo a arma estando montada, mas sem a munição para o pronto uso, a situação seria a mesma da arma desmontada, mas fora do alcance do agente. Nos dois casos, a ação de portar a arma de fogo desmuniciada ou desmontada não irá trazer qualquer perigo para a sociedade, a incolumidade pública continua sendo preservada e protegida, tendo em vista que esse é o objetivo da norma.

Vale ressaltar a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a qual equiparou arma de fogo sem munição com arma de brinquedo:

EMENTA: APELAÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. AUSÊNCIA DE OFENSIVIDADE. ABSOLVIÇÃO. 1. A conduta de porte de uma arma desmuniciada não encontra adequação ao tipo penal abstrato do artigo 14 da Lei 10.826/03, pois não representa risco de perigo ao bem jurídico incolumidade pública. **Com efeito, o porte de uma arma desmuniciada, desprovida de munição ao alcance, objetivamente, representa o mesmo que o porte de uma arma de brinquedo, ou de uma faca, ou de um canivete: embora tenha um poder de intimidação, não tem qualquer possibilidade de colocar em risco o bem jurídico protegido pela norma penal.** 2. Precedentes do STJ. RECURSO PROVIDO. POR MAIORIA. (Apelação Crime Nº 70045499159, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 10/11/2011). **(grifo nosso)**

No mesmo sentido, Fernando Capez considera que “o fato poderá ser considerado atípico ante a inexistência de objeto material, se considerarmos que nessas condições (descarregada ou desmontada), não existe engenho mecânico capaz de lançar projéteis”<sup>187</sup>.

Conclui-se, portanto, que o reconhecimento dos crimes de perigo abstrato sem a preocupação em demonstrar a periculosidade da ação, pode levar a condenações por comportamentos inócuos, sem capacidade de afetar, ainda que potencialmente, bens jurídicos. Essa criminalização de comportamentos sem a verificação de seu potencial para

---

<sup>187</sup> Fernando Capez. *Arma de fogo: comentários à Lei n. 9.437, de 20-2-1997*. 1<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 29.

afetar bens jurídicos pode levar a um desvirtuamento do direito penal, tornando-o autoritário e *prima ratio*, preocupando-se mais em proteger a validade das normas e esquecendo-se de observar o referencial último, que é a preservação da dignidade humana.

O crime de perigo abstrato deveria ser punido porque a conduta gera risco para bens jurídicos concretos, e não apenas porque o comportamento é contrário à norma. Nos casos de porte de arma desmuniada (ou mesmo de arma sem capacidade de funcionamento) não se observa um risco potencial, falta a materialidade delitiva, o que nos leva a concluir pela atipicidade da conduta. Não há bem jurídico em risco, mas apenas o descumprimento da norma. E, como salientado, o descumprimento da norma, não deveria ser suficiente para a repreensão penal. Torna-se essencial, portanto, exigir a caracterização da potencialidade lesiva ou da potencialidade em causar riscos para que haja o reconhecimento do crime de perigo abstrato.

Alinhando-se a esse posicionamento, Luiz Flávio Gomes assevera que<sup>188</sup>:

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

Por fim, convém esclarecer que o crime de porte de arma de fogo foi durante muito tempo considerado contravenção penal por nosso ordenamento jurídico, mas com a crescente criminalidade, em 1997, editou-se a Lei 9.437, que transformou essa conduta em crime, cominando pena de um a dois anos e multa.

---

<sup>188</sup> Luiz Flávio Gomes. *Súmula do STF sobre porte de arma desmuniada*. Disponível em: <http://www.oquintopoder.com.br>. Acesso em 26/06/2013.

Ocorre que, apesar da criminalização da conduta, a Lei não se mostrou suficiente para combater o aumento da violência. Dessa forma, seguindo as opiniões públicas e o crescente sentimento de insegurança da população brasileira, o Estado, ao invés de tomar providências administrativas cabíveis para fortalecer a segurança pública, aprovou a Lei 10.826/2003, conhecida como “Estatuto do Desarmamento”, ainda mais rigorosa, acreditando que poderia ser a solução do problema.

Apesar de se afirmar que a referida legislação especial se presta ao combate da violência, para a manutenção da paz pública, o que se observa é um paradoxo, porque a própria lei aumenta a violência institucional com a criminalização de novas e diversas condutas, com o aumento das penas e com o tratamento diferenciado e desproporcional às pessoas que praticarem os crimes previstos no Estatuto. Nesse sentido, Vera Andrade esclarece que afirmar “que o Direito penal é simbólico não significa que ele não produza efeitos e que não cumpra funções reais, mas que as funções latentes predominam sobre as declaradas, não obstante a confirmação simbólica (e não empírica) destas”<sup>189</sup>.

Não se ignora o fato de que o Estatuto do Desarmamento possui boas intenções em querer regulamentar a circulação de armas no país, tendo em vista a grande relevância do tema, principalmente na sociedade global de risco em que se vive atualmente. Inclusive, as incriminações de perigo abstrato contidas nessa Lei possuem legítima motivação, por isso, concordo com a posição de Jakobs<sup>190</sup>:

Existem ademais argumentos preventivo-policiais em favor dessas antecipações. Antecipa-se a consumação para conceder à polícia a possibilidade de intervir no momento propício para fazê-lo; pois com a antecipação da punibilidade se ampliam os limites do permitido para a prevenção na medida do permitido para a repressão. Provavelmente não se deve ao azar que alguns notórios setores de punibilidade antecipada se identifiquem com setores notórios de atividade policial encoberta: delitos relativos a entorpecentes, à segurança do Estado, ou a falsificação de moeda, entre outros.

---

<sup>189</sup> Vera Regina Pereira de Andrade. *A Ilusão da Segurança Jurídica: do Controle da Violência à Violência do controle Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 293.

<sup>190</sup> Gunther Jakobs, *op cit*, p. 132-133.

O referido Estatuto, no entanto, não só aumentou a pena do porte de arma de fogo para dois a quatro anos, retirando da competência do Juizado Especial Criminal (crimes de menor potencial ofensivo – Lei 9.099/95), como também o tornou inafiançável, devendo o acusado responder ao processo preso, a menos que a arma se encontre registrada em seu próprio nome. Porém, o parágrafo único do artigo 14 do Estatuto do Desarmamento, que determina a inafiançabilidade do delito, foi considerado inconstitucional pelo STF<sup>191</sup>, pois fere o princípio da razoabilidade, uma vez que somente crimes considerados muito graves sofrem essa limitação, como o tráfico de drogas e a tortura, por exemplo.

Ou seja, observa-se que ao longo do tempo a legislação penal se tornou mais rígida quanto a esse tipo de conduta, sendo que a experiência, bem como não há estatística de que essa criminalização iniciada em 1997 tenha diminuído a circulação irregular das armas de fogo, demonstram que o recrudescimento das penas não vem necessariamente acompanhado de diminuição dos casos concretos e de coibição da sua prática, isto é, a opção legislativa brasileira insiste em aumentar a punição e as criminalizações sem levar em conta a efetividade de tal postura, indo contra ao princípio da proporcionalidade.

Juntamente com o Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto do Idoso, o Estatuto do Desarmamento apenas confirma a posição brasileira no movimento pan-penalista, o qual pretende dar uma resposta na esfera do direito penal, por meio da inflação legislativa, aos graves problemas sociais decorrentes da tardia modernidade brasileira<sup>192</sup>.

Soma-se a isso, o papel essencial de incentivo e pressão social realizada pela mídia e pelas ONGs em prol do desarmamento. Tanto que em 2005, houve um plebiscito questionando a respeito da comercialização de armas de fogo e munição (artigo 35 do

---

<sup>191</sup> ADI 3.112-DF, Pleno, rel. Ricardo Lewandowski. 02.05.2007, m.v., Informativo 465 – “considerou-se desarrazoada a vedação (do estabelecimento de fiança para o crime de porte de arma de fogo), ao fundamento de que tais delitos não poderiam ser equiparados a terrorismo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes ou crimes hediondos (CF, art. 5º, XLIII)”.

<sup>192</sup> Marcelo Lessa Bastos e Rubens R. R. Casara. *Estatuto do Desarmamento* – uma questão de competência. Boletim IBCCrim – ano 12, nº 141, agosto de 2004, p. 16-17.

Estatuto do Desarmamento), sendo que a maioria da população brasileira (63,94%) negou a proibição da circulação das armas de fogo, optando-se pela regulação dessa matéria.

Como já explicitado no decorrer do presente trabalho, na sociedade global de risco nasce o movimento de juridicização da opinião pública, o qual está intrinsecamente ligado ao papel de participação da população no processo de transformação do sistema jurídico-penal. Esse fenômeno ainda é maior devido às pressões feitas pela mídia, a qual induz na sociedade um sentimento de insegurança e vitimização cada vez maior, forçando mudanças sociais no sentido de utilizar a pena como medida para reduzir os novos riscos.

Ressalta-se, segundo todo o exposto, que a mídia possui papel essencial na história político-criminal do Brasil, basta lembrar que o homicídio qualificado tornou-se hediondo tendo como um dos motivos a morte da atriz Daniella Perez. Os meios de comunicação de massa, apesar de importante função informativa, tendem a se inclinar à demagogia, alienando e aumentando o sentimento de medo e insegurança na população, porque aproxima artificialmente os crimes e a violência da população, fazendo o problema da criminalidade se tornar um negócio bastante lucrativo, principalmente para as empresas televisivas<sup>193</sup>.

A sociedade global do risco, em linhas gerais ao que foi desenvolvido no decorrer do trabalho, está desvinculando, cada vez mais, o direito penal de sua concepção originária de *ultima ratio*, isso porque se caracteriza, primeiramente, pela tipificação de condutas que não são previamente consideradas como socialmente inadequadas, pelo contrário, primeiro se criminaliza para que, depois, seja considerado como socialmente desvalorada. Dessa forma, o direito penal objetivando acompanhar a dinâmica da sociedade de risco, ao contrário de sua concepção clássica, proíbe determinados comportamentos para que com isso eles sejam considerados como socialmente inadequados. Isso porque se distorce o papel do Estado, como garantidor da segurança jurídica, tendo como limite os princípios constitucionais, tornando-o garantidor da segurança dos bens jurídicos, nas suas mais variadas acepções, o que, muitas vezes, acaba por deturpar o conceito de bem jurídico, expandindo a proteção penal para qualquer tipo de conduta que possa colocar em risco a segurança pública, mesmo sem considerar a

---

<sup>193</sup> Disponível em: <http://www.mp.ma.gov.br>. Acesso em 24/06/2013.

probabilidade de que essa determinada conduta tenha realmente uma potencial periculosidade.

A discussão ainda não chegou a uma posição conclusiva, em que pese ser tendência considerar a conduta típica, em face da não exigência de um perigo concreto como resultado. O posicionamento na doutrina, apesar de também em grande parte se dividir, indica ser majoritário no sentido de que a conduta do artigo 14 do Estatuto, mesmo sem munição a disposição do agente, é fato típico e deve ser punido pelo direito penal, como, por exemplo, Guilherme de Souza Nucci<sup>194</sup>, Delmanto<sup>195</sup>, César Dario Mariano da Silva<sup>196</sup>.

Por fim, convém ressaltar que a recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tende a ser, em sua maioria, a favor da tipificação do porte de arma de fogo, mesmo estando desmuniada, conforme se observa, a título exemplificativo, nas ementas colacionadas:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRETENSÃO DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM RAZÃO DA ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA. QUESTÃO NÃO APRECIADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME DA MATÉRIA SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO. ARMA DESMUNICIADA. TIPICIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTES. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA PARTE, DENEGADA. 1. Pelo que se tem no acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, a alegação de que a conduta dos Pacientes estaria abrangida pela causa extintiva de punibilidade temporária definida nos art. 30 e 32 da Lei 10.826/03 não foi submetida àquele Superior Tribunal. Impossibilidade de apreciação dessa questão, sob pena de supressão de instância. 2. Sem adentrar no mérito, mas para afastar o alegado constrangimento ilegal, não há falar em abolitio criminis na espécie, pois consta dos autos que as armas de posse dos Pacientes foram compradas de adolescentes, que as teriam subtraído do interior do fórum local em

---

<sup>194</sup> Guilherme de Souza Nucci, *op. cit.*, p. 53.

<sup>195</sup> Fabio Machado de Almeida Delmanto; Roberto Delmanto Jr; e Roberto Delmanto. *Leis penais especiais comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 640.

<sup>196</sup> César Dario Mariano da Silva. *Estatuto do desarmamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 95.

procedimento criminal 3. 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 municiada ou não. Precedentes. 4. Habeas corpus conhecido em parte e, na parte conhecida, ordem denegada. (HC 112762, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 02/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-070 DIVULG 16-04-2013 PUBLIC 17-04-2013)

PENAL. HABEAS CORPUS. PORTE DE MUNIÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABOLITIO CRIMINIS TEMPORÁRIA. MATÉRIA QUE NÃO FOI ANALISADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE LESIVIDADE DA CONDUTA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DA LEI 10.826/2003. TIPICIDADE RECONHECIDA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA A ORDEM. I – A alegação de atipicidade da conduta decorrente da abolitio criminis temporária não pode ser conhecida, pois não foi objeto de exame pelo Superior Tribunal de Justiça, e o seu conhecimento por esta Corte levaria à indevida supressão de instância e ao extravasamento dos limites de competência descritos no art. 102 da Constituição Federal. II - A objetividade jurídica da norma penal em comento transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da liberdade individual e do corpo social como um todo, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança coletiva que a lei propicia. III - Mostra-se irrelevante, no caso, cogitar-se da lesividade da conduta de portar apenas a munição, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para cuja caracterização não importa o resultado concreto da ação. IV – Habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, denegada a ordem. (HC 113295, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/11/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 05-12-2012 PUBLIC 06-12-2012)

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. TIPICIDADE DA CONDUTA. POTENCIALIDADE LESIVA. RECURSO NÃO PROVIDO. Tratando-se o crime de porte ilegal de arma de fogo delito de perigo abstrato, que não exige demonstração de ofensividade real para sua consumação, é irrelevante para sua configuração

encontrar-se a arma municiada ou apta a efetuar disparos. Precedentes. Recurso ordinário em habeas corpus não provido. (RHC 106346, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 02/10/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-210 DIVULG 24-10-2012 PUBLIC 25-10-2012)

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO SEM MUNIÇÃO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. TIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA. Tratando-se o crime de porte ilegal de arma de fogo delito de perigo abstrato, que não exige demonstração de ofensividade real para sua consumação, é irrelevante para sua configuração encontrar-se a arma municiada ou não. Precedentes. Writ denegado. (103539 RS , Relator: Min. ROSA WEBER, Data de Julgamento: 17/04/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 16-05-2012 PUBLIC 17-05-2012).

PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. CONDUTA TÍPICA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. 1. Como referido na decisão agravada, o porte ilegal de arma de fogo desmuniciada é crime de mera conduta e de perigo abstrato, por meiodo qual a norma visa tutelar a segurança pública e a paz social, não demandando, para a sua tipificação, resultado naturalístico ou efetivo perigo de lesão. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (1283931 MT 2011/0233541-7, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 14/02/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/03/2012).

Habeas corpus. Constitucional. Penal. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14 da Lei nº 10.826/03). Arma desmuniciada. Crime de perigo abstrato. Tipicidade da conduta. Precedentes. 1410.8261. A jurisprudência da Primeira Turma desta Corte é firme no sentido de que "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" (RHC nº 91.553/DF, Primeira Turma, Relator Ministro Ayres Britto, DJe de 21/8/09). 2. Ordem denegada. (109136 ES , Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 18/10/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-217 DIVULG 14-11-2011 PUBLIC 16-11-2011).

HABEAS CORPUS. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA ART. 14 DA LEI N.º 10.826/03 (ESTATUTO DO DESARMAMENTO). TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ATIPICIDADE. INEXISTÊNCIA. PERIGO ABSTRATO CONFIGURADO. DISPOSITIVO LEGAL VIGENTE. 1. Malgrado os relevantes fundamentos esposados na impetração, este Tribunal já firmou o entendimento segundo o qual o porte ilegal de arma de fogo desmuniciada e o de munições, mesmo configurando hipótese de perigo abstrato ao objeto jurídico protegido pela norma, constitui conduta típica. 2. Desse modo, estando em plena vigência o dispositivo legal ora impugnado, não tendo sido declarada sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, não há espaço para o pretendido trancamento da ação penal, em face da atipicidade da conduta. 3. Ordem denegada. (HC 178320 / SC 2010/0123119-0 - Ministra LAURITA VAZ - 28/02/2012)

Embora a tendência seja uniformizar a jurisprudência para considerar típica a conduta de portar ilegalmente arma de fogo sem munição, continua-se a defender a corrente minoritária, segundo a qual não basta que o comportamento do agente esteja adequado aos requisitos estruturais do tipo, se não for possível identificar no objeto material da conduta uma efetiva potencialidade lesiva. Finaliza-se, dessa forma, trazendo um trecho do recente voto (vencido) do ministro Celso de Mello proferido em três habeas corpus (HCs.102087, 102826 e 103826), na data de 28 de fevereiro de 2012, sustentando a atipicidade da conduta:

É que o agente, em referido contexto, não cria nem provoca situação caracterizadora de risco proibido e relevante, o que permite reconhecer que tal comportamento se apresenta desvestido de periculosidade e de ofensividade típica. [...] Desejo assinalar, ainda, que o entendimento - do qual não compartilho -, que sustenta a existência de tipicidade penal do porte ilegal de arma de fogo desmuniciada, confere relevo jurídico--penal a uma situação de perigo abstrato, de que não advém, nem mesmo remotamente, mínima possibilidade de dano ao bem jurídico que se busca proteger. Isso significa que tal percepção do tema ora em exame (que reconhece a delituosidade do porte de arma de fogo sem munição) desconsidera o princípio da ofensividade ( "nullum crimen sine injuria" ), cuja invocação afasta a própria incidência do Direito penal, por inexistir, em casos como o destes autos, qualquer situação de dano efetivo ou potencial ao bem jurídico que se deseja tutelar.

## CONCLUSÃO

A sociedade hodierna, com toda sua complexidade, globalidade e dinamismo social gera grande insegurança às pessoas, principalmente porque a ciência e outras instituições de controle se mostram falíveis quanto seus objetivos de segurança. Contribui também para esse desconforto a influência dos meios de comunicação de massa, os quais culminam no processo de juridicização da opinião pública.

Diante desse contexto, o direito penal é demandado a minimizar a insegurança e regular os novos riscos advindos da modernidade. Porém, os instrumentos tradicionais utilizados por esse ramo para incriminar condutas danosas não se mostram aptos a combater os recentes riscos.

Por isso, articula-se a política criminal com o objetivo de prevenir a sociedade em face aos novos riscos, mudando as estruturas de incriminação e antecipando a tutela penal, principalmente com os crimes de perigo abstrato. A conjuntura atual demonstra uma flexibilização dos critérios e das normas penais que muitas vezes se confunde com a atuação dos ramos administrativos, no sentido de atuar na gestão global dos riscos, ao invés de reprimir as condutas já realizadas.

Portanto, observa-se uma adaptação e uma expansão do direito penal ao fenômeno da sociedade global de risco, intervindo em áreas ameaçadas, mas que antes não tinham proteção penal, como o meio ambiente e a economia. Entretanto, as novas características do aparato penal colidem com o modelo tradicional, criando problemas de adaptação, uma vez que para continuar a tutelar ramos ameaçados de forma antecipada o direito penal tem que interpretar e utilizar os princípios clássicos de forma menos rigorosa.

Questiona-se a legitimidade dos crimes de perigo abstrato, porque segundo alguns doutrinadores esses afrontariam os princípios da lesividade, da proporcionalidade e da intervenção penal mínima. Porém, conforme pôde ser analisado, a base principiológica não precisa ser alterada para que esses delitos sejam adequados à atual sistemática do direito penal. O que se faz necessário nesse contexto é uma rigorosa observação da

realidade pelo legislador, e consequente criação dos tipos de perigo abstrato de forma taxativa, clara e com bens jurídicos suficientemente delimitados.

O Direito penal precisa se modernizar juntamente com a sociedade e acompanhar as mudanças para que não se torne um meio ultrapassado de controle sem capacidade em lidar com os conflitos e com as exigências atuais. O objetivo deve ser harmonizar as demandas político-criminais de tutela antecipada contra os riscos, com a preservação das garantias e das liberdades individuais.

Acrescente-se a isso, a relevante atenção e preocupação que o legislador penal precisar ter diante de suas construções muito amplas e abstratas, para não perder suas características fundamentais, e já consolidadas, arriscando-se a se transformar num direito repressivo puramente simbólico, sem a necessária efetividade demandada pela sociedade global de risco.

Encontrar uma solução precisa e definitiva para o problema da legitimidade e adequação dos crimes de perigo abstrato parece ser tarefa inalcançável no momento. Contudo, o caminho que se demonstra mais prudente é o equilíbrio, o meio termo, sem incriminar condutas irrelevantes que vulnerem bens também irrelevantes e sem servir de simples apoio do Direito Administrativo, mas adotando posturas preventivas político-criminais, obedecendo aos princípios da proporcionalidade, da *ultima ratio* e da ofensividade e às garantias cidadãs.

## REFERÊNCIAS

André Luiz Callegari. *Delitos de perigo concreto no Código de Trânsito Brasileiro.*

Boletim IBCCrim, nº. 76, 1999.

Anthony Giddens. *As Conseqüências da Modernidade.* São Paulo: UNESP, 1990.

Blanca Mendoza Buergo. *Limites dogmáticos y Político-Criminales de los delitos de peligro abstracto.* Granada: Comares, 2001.

César Dario Mariano da Silva. *Estatuto do desarmamento.* Rio de Janeiro: Forense, 2005.

Cesare Beccaria; tradução J. Cretella Jr e Agnes Cretella. *Dos delitos e das penas.* 4<sup>a</sup> edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

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

Eduardo Saad-Diniz. *Risco Nuclear.* Boletim IBCCrim, São Paulo, ano 19, nº 224, julho - 2011.

Fabio Machado de Almeida Delmanto; Roberto Delmanto Jr; e Roberto Delmanto. *Leis penais especiais comentadas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Fernando Capez. *Arma de fogo:* comentários à Lei n. 9.437, de 20-2-1997. 1<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Saraiva, 1997.

Guilherme de Souza Nucci. *Leis penais e processuais penais comentadas.* 7<sup>a</sup> Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Gunther Jakobs; tradução André Luís Callegari, colaboração Lúcia Kalil. *Fundamentos do direito penal.* 2<sup>a</sup> edição rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

Gustavo Octaviano Diniz Junqueira e Paulo Henrique Aranda Fuller. *Legislação penal especial*. 6ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2010.

Jesús-María Silva Sánchez. *A expansão do Direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Jorge de Figueiredo Dias, *Temas básicos da doutrina penal: sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre uma doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

José Francisco de Faria Costa. *O perigo em Direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

Juarez Tavares. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Delrey, 2000.

Lenio Luiz Streck. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. *A hermenêutica diante da relação "regra-princípio" e o exemplo privilegiado do crime de porte de arma de fogo*. Revista IBCCrim. Ano 20, volume 98, set-out/2012.

Luís Greco. *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 49, 2004.

Luiz Flavio Gomes. *Princípio da Ofensividade no Direito penal*. São Paulo: Editora RT, 2002.

\_\_\_\_\_. *Súmula do STF sobre porte de arma desmuniciada*. Disponível em: <http://www.oquintopoder.com.br>.

Luiz Régis Prado. *Crimes contra o ambiente: anotações à Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: doutrina, jurisprudência, legislação*. São Paulo: RT, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito penal do ambiente*: meio ambiente, patrimônio cultural, ordenação do território e biossegurança (com a análise da Lei 11.105/2005). São Paulo: RT, 2005.

Marcelo Lessa Bastos e Rubens R. R. Casara. *Estatuto do Desarmamento* – uma questão de competência. Boletim IBCCrim – ano 12, nº 141, agosto de 2004.

Marta Rodriguez de Assis Machado. *Sociedade do Risco e o Direito penal*: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCrim, 2005.

Miguel Reale Júnior. *Instituições de Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. *A inconstitucionalidade da lei dos remédios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Nelson Hungria. *Comentários ao Código Penal*, 4<sup>a</sup> ed., Rio de Janeiro: Forense, vol. V e VII.

Paulo Silva Fernandes. *Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito penal*. Panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.

Pierpaolo Cruz Bottini. *Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Sérgio Salomão Shecaira. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: de acordo com a Lei 9.605/1998*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Suzana de Toledo Barros. *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direito fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

Tathiana Laíz Guzella. *A Expansão do Direito penal e a Sociedade de Risco*. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, de 20 a 22 de novembro de 2008, Brasília. Retirado do site: [http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasilia/13\\_357.pdf](http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/brasilia/13_357.pdf)

Ulrich Beck; Anthony Giddens; Scott Lash. *Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

Vera Regina Pereira de Andrade. *A Ilusão da Segurança Jurídica: do Controle da Violência à Violência do controle Penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.