

A legitimação punitiva dos crimes de perigo abstrato no contexto da sociedade de risco¹

The punitive legitimization of abstract danger crimes in the context of the risk society

Priscila Rodrigues Ghedini

Resumo: O modelo social atual estrutura as relações econômicas, sociais e políticas sobre o elemento risco. A pretensão deste trabalho é analisar em que medida a sociedade de risco gera reflexos no âmbito do direito penal, destacando-se a crescente demanda pela previsão de tipos penais enquadrados na categoria de crimes de perigo abstrato. O objetivo principal é avaliar as circunstâncias em que os delitos de perigo abstrato adquirem legitimidade punitiva, o que depende, conforme se detalhará, do respeito aos limites impostos à aplicação do direito penal.

Palavras-Chave: Sociedade de risco – Crimes de perigo abstrato – Legitimidade – Precaução.

Abstract: The current social model structures economic, social, and political relations around the element of risk. This study aims to analyze the extent to which the risk society has repercussions in the field of criminal law, with particular emphasis on the growing demand for the establishment of criminal offenses classified as abstract danger crimes. The main objective is to assess the circumstances under which abstract danger offenses acquire punitive legitimacy, which depends, as will be detailed, on compliance with the limits imposed on the application of criminal law.

Keywords: Risk society – Abstract danger crimes – Legitimacy – Precaution.

¹ O escopo do presente trabalho é analisar os crimes de perigo abstrato e a sua legitimidade no contexto da sociedade de risco. O que se pretende é avaliar as circunstâncias em que tais delitos se legitimam no âmbito de um Estado Democrático de Direito, que impõe diversos limites à utilização de instrumentos punitivos pelo Estado, os quais devem ser necessariamente observados.

1. INTRODUÇÃO

O objeto principal do presente estudo é o crime de perigo abstrato, uma categoria de delitos que é cada vez mais utilizada pelo legislador como técnica de tipificação de condutas no modelo de organização social denominado sociedade de risco.

A demanda por medidas de segurança no contexto da sociedade de risco provocou muitas transformações no direito penal, uma vez que a dogmática penal clássica não mais se mostrava capaz de contornar os problemas oriundos do paradoxo dos novos riscos. É nesse ambiente em que se dá o surgimento da categoria dos crimes de perigo abstrato, lastreados no princípio da precaução, cujo escopo é incriminar condutas em que a periculosidade é apenas um indício.

A tutela penal nos tipos penais de precaução antecipa-se à própria constatação do risco, coibindo condutas que sequer têm sua periculosidade comprovada pela ciência ou por evidências estatísticas. O legislador nesse caso, utilizando-se dos crimes de perigo abstrato, se baseia em riscos suspeitos para incriminar determinadas práticas.

Ocorre que essa alteração legislativa de incriminar condutas sem periculosidade se antecipou a qualquer mudança na dogmática penal, o que gera as inúmeras discussões acerca da legitimidade desse tipo penal. Afinal, tentar adequar os crimes de perigo abstrato aos princípios da lesividade, proporcionalidade, dentre outros vigentes e consolidados no sistema penal não é uma tarefa simples.

Dessa forma, para que possamos fazer uma análise acerca do papel e legitimidade do direito da precaução, materializado pelos crimes de perigo abstrato, na sistemática penal atual, se torna necessário o estudo do instituto e seus aspectos formais e materiais, sua forma de aplicação, eficiência, e sua função no direito penal contemporâneo.

2. PRINCIPAIS ELEMENTOS DA SOCIEDADE DE RISCO

Ao estudar os institutos do direito penal e seus elementos dogmáticos, faz-se imprescindível a reflexão e análise do contexto em que eles se desenvolvem, uma vez que funcionam como mecanismos de controle social, sendo alvo de valores e cumprindo objetivos diante da sociedade em que se inserem².

² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 30.

A sociedade atual é vista como uma sociedade de risco, na qual os novos perigos, ainda que visíveis, são imensuráveis. Diante disso, os riscos que surgem pela organização política, social e econômica são por ela controlados de forma limitada, pois a presença de novos perigos é superior a qualquer expectativa de controle e segurança com base em cálculos probabilísticos ou matemáticos³.

A chamada sociedade de riscos consiste em um modelo social desenvolvido principalmente pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, em sua obra, “*Risikogesellschaft - Auf dem Weg in eine andere Moderne*”⁴, de 1986. Para o autor há duas vertentes no que concerne ao conceito de modernização. A primeira seria uma “modernização simples”, tida como a própria consequência da sociedade industrial, ou seja, é a maneira na qual normalmente entendemos o conceito de modernidade. Já a segunda consistiria em uma “modernização reflexiva”, isto é, em uma fase pós-sociedade industrial, onde o que se destaca são os efeitos do progresso técnico-científico, que ofuscam a produção da riqueza, tendo em vista os riscos produzidos.⁵

A sociedade de risco, para Beck, seria fruto do processo de “modernização reflexiva”. Esta seria caracterizada pela mudança na dinâmica de produção, em que os avanços tecnológicos gerariam um cenário de incerteza produzindo riscos políticos, ecológicos e individuais cada vez maiores, culminando com a falta de controle e segurança⁶.

Esse modelo de organização social tem como elemento nuclear o risco, que deixa de ser secundário e acessório. Na sociedade moderna, a demanda acelerada por novas tecnologias, o consumo exacerbado e a busca incessante pelo desenvolvimento econômico são algumas das características de procedência humana que fizeram do risco um elemento cotidiano. Isso ocorre, sobretudo, pois a intensidade do progresso do conhecimento científico para a criação de novas técnicas de produção não é proporcional ao desenvolvimento de instrumentos capazes de prever seus efeitos. Essa conjuntura gera instabilidade e insegurança, fazendo com que a sociedade seja obrigada a lidar com o risco sob uma nova perspectiva⁷.

³ ROMERO, Diego. As excessivas incriminações do perigo como fenômeno do direito penal da sociedade do risco. Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Leg. e Crítica Judiciária. n. 389, v. 58, 2010. p. 99-118.

⁴ Traduzido para o português: “Sociedade de Risco – rumo a uma nova modernidade”.

⁵ SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. A legislação Penal Brasileira em Face da chamada sociedade do risco. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. n. 61, v. 11, 2010. p. 47.

⁶ LYRA, José Francisco Dias da Costa. A expansão do direito penal na pós-moderna sociedade do risco: o controle penal e suas (im)possibilidades. AJURIS. n. 120, v. 37, 2010. p. 117-138.

⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. Cit.

Diante de um desenvolvimento científico desenfreado, e em busca do novo e do inédito, surge uma dinâmica peculiar na sociedade atual, fato este que abre espaço para o novo papel do direito penal.⁸

3. OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Segundo Fernando Capez, quando dizemos que uma conduta criminosa expôs determinado bem jurídico, estamos diante do crime de perigo, em que há um dano potencial ao bem tutelado pela norma penal, como ocorre no artigo 133 do Código Penal (abandono de incapaz). Nesse caso, não houve um dano concreto com o abandono, mas o legislador prevendo o risco, a probabilidade de efetiva lesão ao bem jurídico, tratou de tipificar aquela conduta.⁹

No sistema penal brasileiro, os crimes de perigo podem ser divididos em crimes de perigo abstrato, objeto do nosso estudo, e crimes de perigo concreto. O crime de perigo concreto é aquele em que é necessário que haja uma situação real de exposição ou ameaça a um bem jurídico para que seja configurado. O perigo constitui elemento essencial do tipo penal, ainda que não seja necessário que o dispositivo mencione expressamente a palavra “perigo”.

Nos crimes de perigo concreto o bem sofre uma real probabilidade de dano, não ocorrendo por uma mera eventualidade, o “quase” procura justificar a sua não superveniência. São situações em que a conduta apresenta de fato alta probabilidade em causar o dano ao interesse ou bem jurídico, sendo necessária a comprovação do perigo para a existência do delito.¹⁰

Diante disso, cabe ao julgador analisar no caso concreto se a conduta praticada realmente expôs os bens jurídicos que a norma visa proteger. Se for constatado que não houve perigo real, não há o que se falar em crime de perigo concreto. Como exemplo, temos o Art. 250 do Código Penal, que dispõe:

⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz Op. Cit.

⁹ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 2, parte especial: Dos crimes contra a pessoa aos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

¹⁰ JESUS, Damásio Evangelista de. Crimes de trânsito. São Paulo: Saraiva, 2006. p.6.

Art. 250 - Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

Pena - reclusão, de três a seis anos, e multa.

Nesse caso, por exemplo, será imprescindível para a caracterização do crime de perigo concreto a prova de que a vida, a integridade física ou o patrimônio de alguém foram colocados em uma situação de perigo concreto, caso contrário, a pena não poderá ser aplicada.

Nesse sentido, nas lições de Rogério Greco, os delitos de perigo concreto “são aqueles cuja situação de perigo supostamente criada pela conduta do agente precisa ser demonstrada no caso concreto. A sua visão, ao contrário daquela realizada nos crimes de perigo abstrato, é sempre *ex post*, ou seja, analisa-se o comportamento praticado pelo agente, depois da sua realização, a fim de se concluir se, no caso concreto, trouxe ou não perigo ao bem juridicamente protegido pelo tipo.”¹¹ A partir do que é dito pelo autor, concluímos que o delito de perigo concreto é aquele em que a constatação do perigo ocorrerá *a posteriori*, dependendo de um juízo probabilístico superveniente, em que o juiz deverá observar o contexto fático-probatório do caso concreto.

Já os crimes de perigo abstrato são aqueles cuja completude se restringe à ação descrita no tipo, não sendo necessário nenhum resultado externo. O legislador atribui a determinadas condutas a qualidade de crime presumindo que são perigosas a bens jurídicos fundamentais para a sociedade, não sendo necessária a comprovação do perigo no caso concreto.

Em sua obra, Rogério Greco traz uma didática definição de crime de perigo abstrato, nos seguintes termos:

Diz-se abstrato o perigo quando o tipo penal incriminador entende como suficiente, para fins de caracterização do perigo, a prática do comportamento - comissivo ou omissivo - por ele previsto. Assim, os crimes de perigo abstrato são reconhecidos como perigo presumido. A visão, para a conclusão da situação de perigo criada pela prática do comportamento típico, é realizada *ex ante*, independente da comprovação, no caso concreto, de que a conduta do agente tenha produzido, efetivamente ou não, a situação de perigo que o tipo procura evitar.¹²

¹¹ GRECO, Rogério. Curso de direito Penal: parte especial, volume II: Introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 8ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

¹² Idem.

Dessa forma, nos tipos de perigo abstrato a mera realização da conduta descrita como ilícita na norma exaure os aspectos objetivos do tipo penal. Conforme aduz José Francisco de Faria Costa, nos crimes de perigo abstrato o perigo não é elemento do tipo legal e sim sua motivação, ao contrário do que ocorre nos delitos de perigo concreto, em que o perigo é o próprio elemento da norma penal.¹³

Como exemplos de crimes de perigo abstrato, podemos destacar o porte irregular de arma de fogo (art. 12 da Lei 10.826 /2003), algumas atividades descritas na lei de Biossegurança (art. 27 da lei 11.105/2005) e determinados crimes contra o meio ambiente (art. 29 da Lei 9.605/1998).

4. DA LEGITIMIDADE PUNITIVA DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Com efeito, uma grande parte da doutrina defende a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato devido a sua suposta incompatibilidade com um modelo de Estado democrático de direito, que tem como fundamento da intervenção penal a proteção a bens jurídicos que sejam afetados. A antecipação da tutela implicaria em normas de desobediência, não vinculadas a bens jurídicos, e a ausência de um resultado lesivo tornaria aquelas práticas lícitas.

Luiz Flávio Gomes aponta para a ideia de que os delitos de perigo abstrato devem ser interpretados restritivamente, para que se busque a materialidade do delito e o que está por detrás do texto legal, pois estes sempre serão delitos de dano ou de perigo concreto, sob pena de violação do princípio da ofensividade¹⁴. A autora Juliana Cabral, indo ainda mais longe, pugna pela exclusão dos tipos penais de perigo abstrato do nosso ordenamento jurídico, aduzindo que seriam inconstitucionais por violação aos princípios da intervenção mínima, proporcionalidade, presunção de inocência e ofensividade.¹⁵

Em sentido oposto, Luís Greco critica o grau de convicção dos autores que defendem a inconstitucionalidade dos delitos, dizendo que essa é uma postura descuidada e apressada que deriva de uma simplificação excessiva de questões altamente complexas. O autor aponta

¹³ COSTA, José Francisco de Faria. O perigo em direito penal. Coimbra: Coimbra Ed, 1992 Apud SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 81-82.

¹⁴ GOMES, Luiz Flávio. Princípio da ofensividade. São Paulo: RT. 2002. p. 103. Apud Bottini, Pierpaolo Cruz. Op. Cit. p. 171

¹⁵ CABRAL, Juliana. Os tipos de perigo e a pós-modernidade. Revan. 2005. p. 156 e 157.

para o erro de se trabalhar com bens jurídicos coletivos sem a menor preocupação com seu potencial legitimador de incriminações abusivas, de se confundir a questão do bem jurídico com a da estrutura do delito (preocupa-se com “o que proteger” e não com o “como proteger”), além da opção errônea de um conceito de perigo concreto que transforma muitos crimes de perigo abstrato em concretos.¹⁶

Também contrário à posição de que qualquer crime de perigo abstrato deve ser considerado inconstitucional, Pierpaolo Cruz Bottini sustenta que para a existência de um direito penal que proteja de forma funcional e racional os bens jurídicos diante dos novos riscos, se torna necessário, em muitos casos, que a tutela penal se antecipe. No entanto, a antecipação não pode deixar de lado a limitação precisa da intervenção penal, que vai impedir o exercício irracional do *ius puniendi*.¹⁷ Para isso, defende uma metodologia funcional baseada nas premissas do modelo de Estado Democrático de Direito, posição essa que será a base do presente estudo.

Sob uma ótica funcionalista, devemos entender o direito penal como instrumento de preservação do modelo social em que se insere. E para que a manutenção e reprodução das premissas e princípios desse modelo de organização ocorram, os institutos do direito penal (como culpabilidade e critérios de imputação) devem ser funcionais, analisados e interpretados sob uma perspectiva aberta e não como conceitos absolutos que são aplicados no caso concreto mediante uma lógica racional formal.

No Brasil, o modelo social adotado é o Estado Democrático de Direito, que tem seus vetores expressos na constituição, tendo como valor supremo a dignidade humana. Todas as normas e princípios do nosso ordenamento devem respeitar a dignidade humana, que por sua vez indica que todos têm direito a um livre desenvolvimento e a uma vida digna dentro de uma sociedade caracterizada por uma diversidade de culturas e valores. No âmbito de um Estado Democrático de Direito, a intervenção penal só será legítima quando atuar para inibir condutas que atentem contra a dignidade humana e ofendam as expectativas da convivência em sociedade.

Pierpaolo Cruz Bottini sustenta que o sistema penal funcional terá que conviver com a tensão entre dois vetores. De um lado, a restrição da punição, que só deve atingir condutas

¹⁶ GRECO, Luís. Op. Cit.

¹⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. Cit. p. 172.

que afetem bens jurídicos indispensáveis à autodeterminação do indivíduo, ou seja, que são diretamente ligados à dignidade humana, e por outro, a não aceitação de cominação de penas desproporcionais, desiguais ou imprevisíveis ao sujeito que pratica a atividade ilícita¹⁸. Dessa forma, ao mesmo tempo em que o direito penal deve punir a atividade que fere a dignidade humana do indivíduo ou da sociedade, deve garantir a dignidade humana do agente da conduta criminosa, sob o risco de perder seu caráter funcional.

Dito isto, para que os crimes de perigo abstrato sejam legítimos, os bens jurídicos escolhidos para serem objetos de tutela penal terão sempre como referência a preservação da dignidade humana, pelos interesses individuais que a compõem, sejam bens jurídicos individuais ou coletivos. Como já ressaltado, os bens coletivos terão sempre um caráter intermediário de resguardar valores e interesses individuais, caso contrário, estarão eximindo o legislador e o intérprete dos limites construídos pelo conceito de bem jurídico. Dessa forma, sempre que a pena for utilizada com qualquer fim que não proteger bens jurídicos necessários para a manutenção da dignidade humana, os delitos de perigo abstrato serão inapropriados e ilegítimos.

5. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, podemos concluir que o aumento significativo do uso dos delitos de perigo abstrato pelo legislador decorre da conjuntura social vivida pela sociedade pós-moderna, caracterizada pela insegurança e pelas incertezas diante dos novos riscos. Isso porque o único meio de conter o risco mesmo que não ocorra nenhum resultado externo concreto é mediante o tipo penal em questão, justamente pela peculiaridade que lhe é inerente, qual seja: a mera criação de uma situação de perigo potencial permite a incriminação da conduta.

Portanto, é possível afirmar que a previsão de delitos de perigo abstrato no ordenamento jurídico não pode ser considerada inconstitucional por si só (como sustenta uma parcela da doutrina). No entanto, o crime de perigo abstrato só será legítimo se tiver como objetivo a proteção de bens jurídicos essenciais para a dignidade humana e, ainda, se a maneira como for aplicado não ofender esta mesma dignidade, respeitando-se os princípios que norteiam o direito penal. Atendendo a esses preceitos, não há o que se falar em

¹⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op. Cit. p. 176

inconstitucionalidade desse tipo de delito, que se mostra, em muitos casos, como a única maneira de proteger interesses relevantes para a manutenção da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CABRAL, Juliana. *Os tipos de perigo e a pós-modernidade: Uma contextualização histórica da proliferação dos tipos de perigo no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal, volume 2 - Parte especial: Dos crimes contra a pessoa aos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRECO, Luís. *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. RBCCRIM, 2004.

GRECO, Rogério. *Curso de direito Penal: parte especial, volume II: Introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa*. 8ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LYRA, José Francisco Dias da Costa. *A expansão do direito penal na pós-moderna sociedade do risco: o controle penal e suas (im)possibilidades*. AJURIS, nº 120, v. 37, 2010.

ROMERO, Diego. *As excessivas incriminações do perigo como fenômeno do direito penal da sociedade do risco*. Revista Jurídica: Órgão Nacional de Doutrina, Leg. e Crítica Judiciária, nº 389, v. 58, 2010.

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

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. *A legislação Penal Brasileira em Face da chamada sociedade do risco*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, nº 61, v. 11, 2010.