



SERVIÇO PÚBLICO FEDERAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DO SUL E SUDESTE DO PARÁ
CAMPUS UNIVERSITÁRIO DE MARABÁ
FACULDADE DE DIREITO

PAULO HENRIQUE DA SILVA BRITO

INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Marabá
2017

PAULO HENRIQUE DA SILVA BRITO

INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Monografia apresentada junto ao curso de Direito da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Prof. Marco Alexandre da Costa Rosário

Marabá

2017

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)
Biblioteca Josineide da Silva Tavares da UNIFESSPA. Marabá, PA

Brito, Paulo Henrique da Silva

Inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato / Paulo Henrique da Silva Brito ; orientador, Marco Alexandre da Costa Rosário. — 2017.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, Campus Universitário de Marabá, Instituto de Estudos em Direito e Sociedade, Faculdade de Direito, Curso de Bacharelado em Direito, Marabá, 2017.

1. Crime de perigo abstrato. 2. Ação de inconstitucionalidade. 3. Direito penal. 4. Classificação de crimes. I. Rosário, Marco Alexandre da Costa, orient. II. Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará. III. Título.

CDDir: 4. ed.: 341.532

PAULO HENRIQUE DA SILVA BRITO

INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito, da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará, como requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Marco Alexandre da Costa Rosário

Prof. Rejane Pessoa de Lima

Aprovado em ____ de _____ de 2017.

Conceito: _____

AGRADECIMENTOS

Primeiramente à Deus, pois sem seu amparo nada poderia ser feito, que em todos os momentos me abençoou para que esse trabalho pudesse ser concluído e pelo dom da vida.

Pela minha família que é o meu alicerce, me apoiando em todas as minhas decisões, comemorando junto as minhas vitórias permanecendo ao lado nas minhas derrotas.

Aos meus colegas, a quem posso chamar de amigos, pois com eles meus dias são mais alegres e tornaram essa caminhada acadêmica mais alegre, pelos momentos em que minha família não pode estar presentes eles se fizeram.

Aos professores que me ajudaram tanto na minha formação acadêmica, profissional e pessoal, sou eternamente grato a cada ensinamento que me fora passado.

Ao meu orientador que teve a extrema paciência e cuidado ao me ensinar o caminho a ser trilhado ao longo deste trabalho.

Também a todos que mesmo distante confiam em mim e torcem pela minha vitória, me motivando cada vez mais.

*“Ao advogado cabe assegurar a força
jurídica àquele que não dispõe de qualquer
outra.”*

(Dalmo de Abreu Dallari)

RESUMO

A sociedade moderna faz com que sejam criadas de forma bastante acelerada e assustadora figuras típicas penais classificadas como crimes de perigo abstrato, tal fenômeno se deve à situação de insegurança sentida pela sociedade diante das incertezas dos efeitos dos acidentes ambientais e do uso de novas tecnologias para o desenvolvimento econômico e social, denominada assim de “sociedade de risco”. A criação de inúmeros tipos penais estabelece grande preocupação para a doutrina e incerteza jurídica, pois parte da doutrina não confere constitucionalidade a esses tipos penais em razão da infração ao Estado Democrático de Direito, princípios constitucionais e penais, como intervenção mínima, lesividade, etc., sendo assim, é inconcebível, diante de todo o nosso ordenamento jurídico, com seus princípios e diretrizes que se faça a declaração da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato.

Palavras-chave: crimes de perigo abstrato; constitucionalidade; sociedade de risco; lesividade.

ABSTRACT

Modern society causes the typical criminal figures classified as crimes of abstract danger to be created in a very accelerated and frightening manner. This phenomenon is due to the uncertainty felt by society in the face of the uncertainties of the effects of environmental accidents and the use of new technologies for Economic and social development, so-called "risk society". The creation of numerous criminal types establishes great concern for doctrine and legal uncertainty, since part of the doctrine does not confer constitutionality to these criminal types due to violation of the Democratic State of Law, constitutional and criminal principles, such as minimum intervention, lesivity, etc. , Thus, it is inconceivable, before all our legal system, with its principles and guidelines that the declaration of the constitutionality of crimes of abstract danger be made.

Keywords: Abstract danger crimes; Constitutionality; Risk society; Lesivity.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. A ATUAL SOCIEDADE DE RISCO.....	11
2.1. O RISCO E SEU PARADOXO DE DISCURSOS.....	11
2.2. GESTÃO DO RISCO.....	12
2.3. O DIREITO PENAL E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.....	13
3. DIREITO PENAL, O NOVO INSTRUMENTO DE GERENCIAMENTO DE RISCO.....	15
3.1. O DIREITO PENAL E O PARADOXO SOCIAL.....	15
3.2. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS.....	18
4. O DIREITO CONSTITUCIONAL, SEUS PRINCÍPIOS E OS PRINCÍPIOS PENAIS.....	19
4.1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	19
4.2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	20
4.3. DIREITO PENAL MÍNIMO (MODELO GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI).....	21
4.4. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA.....	22
4.5. PRINCÍPIO DA LESIVIDADE OU OFENSIVIDADE.....	23
4.6. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL.....	25
4.7. PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE.....	25
4.8. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE.....	26
5. CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES.....	27
5.1. CRIME DE DANO.....	27
5.2. CRIME DE PERIGO.....	27
5.3. CRIMES DE PERIGO CONCRETO.....	27
5.4. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO.....	28
6. INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO.....	29
6.1. VISÃO DA DOUTRINA.....	29

6.2. PRINCÍPIOS PENAIS FACE AOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO.....	29
6.3. ATUAÇÃO DO ESTADO.....	30
7. ANÁLISE DO ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO.....	38
8. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	37
REFERÊNCIAS.....	39

1. INTRODUÇÃO

O crescente capitalismo fez com que se desenvolvessem novos métodos de produção de bens de consumo para que a oferta satisfizesse a demanda, sendo isto somente possível por meio de investimento em tecnologias que propiciassem a produção em larga escala, isto fez com que os riscos sofridos pela sociedade deixassem de ser somente os decorrentes da natureza e o próprio homem passou a produzir os riscos, a sociedade então passou a voltar os olhos para tal panorama.

A nossa atual sociedade passou a carregar consigo inúmeras certezas e medos, ela não sabe discernir até onde vão os benefícios e os prejuízos que podem surgir decorrentes dos avanços tecnológicos dos vários setores como o de produção. Logicamente a preocupação reside na dimensão que os prejuízos, muitas vezes ocultos, podem tomar, exemplo disso são os organismos geneticamente modificados (OGM), as catástrofes, como os acidentes radioativos em Fukushima e Chernobyl e entre outros.

A falta de conhecimento pela população, e até mesmo pelos cientistas estudiosos com relação aos efeitos das suas pesquisas e produções científicas, faz com que cada vez mais a sociedade de forma instintiva busque se proteger sem mesmo querer saber se se trata de um real perigo ou somente um possível perigo, algumas vezes não há perigo algum, mas o desconhecimento por si só já é o combustível necessário para produzir o medo, o desconhecido gera isto.

E diante dessa situação de incerteza e sensação de insegurança a sociedade cada vez mais busca proteção e apoio em instrumentos jurídicos, como o direito civil, direito administrativo, direito Ambiental, Direito Penal, etc.

O legislador diante da pressão exercida pela comunidade ocupa o papel de gestor de risco, que tem como função precípua administrar as possíveis ações que podem gerar riscos à sociedade, fazendo isso por meio da elaboração de leis, passando assim a atuar na modificação da legislação penal, a partir daí surge a violação ao direito constitucional e ao direito penal pela produção de normas sancionando crimes de perigo abstrato, na tentativa de proteção da sociedade o legislador extrapola os limites constitucionais e os princípios penais norteadores da produção de normas penais, não é harmônico com o direito penal a produção de sanções às ações que não exponham bens jurídicos a perigo concreto.

Com este trabalho se buscam apresentar as características dos crimes de perigo abstrato que afrontam o texto constitucional e os princípios penais, demonstrando assim a preocupação com a produção desenfreada e desprovida de parâmetros para produção de normas sancionadoras aos ditos crimes de perigo abstrato, que acaba por gerar o descrédito, ineficácia e desprezo ao instituto jurídico.

2. A ATUAL SOCIEDADE DE RISCO

2.1. O RISCO E SEU PARADOXO DE DISCURSOS

Não há como desligar o estudo das ciências jurídicas do contexto social, nada é por acaso, o Direito não é algo que tem um fim em si mesmo, é resultado da organização e das relações sociais.

Como sabido, dentro dos ramos do Direito se encontra o direito penal que se trata de um mecanismo de controle da sociedade, baseado nos valores desta e agindo em sua proteção. Os valores sociais mudam e se transformam ao decorrer dos séculos e até dos anos, por isso, tal ramo deve ser sensível às constantes mudanças, como por exemplo, o crime de adultério que fora abolido do Código Penal Brasileiro.

A sociedade nunca foi uniforme, no decorrer da vivência humana ela assumiu várias conjunturas e formas de organização.

No início, o perigo era visto como um elemento alheio à ordem da sociedade, justamente pela visão individualista que era primordial e ainda hoje se faz presente de certo modo, não havia uma preocupação com os riscos comuns a todos, tudo que acontecia no mundo era visto como eventos isolados e alheios à vontade e à ação humana. Os riscos eram pensados, sim, como oriundos da personalidade do indivíduo e não havia a característica de compartilhamento com terceiros.

Hoje, a sociedade é chamada por vários estudiosos como “Sociedade de Risco” que se originou do novo modelo de desenvolvimento econômico que surgiu na evolução industrial que tem como uma de suas características a produção dos bens pelo com uso de sistema de livre concorrência mercadológica.

Tal estrutura apregoa a busca constante por inovações tecnológicas com produção em larga escala, a produção artesanal passou então a ser deixada de lado, pois já não supre a demanda que a atual sociedade coloca.

Porém, um ponto negativo é que tal progresso e produção em largas escalas não são acompanhados pelos estudos dos efeitos da utilização desses métodos tecnológicos avançados, a sociedade está diante de uma “explosão de conhecimento”¹, é o que gera o risco.

¹ MENDOZA VUERGO, Princípio de precaución, p.438

Caso ilustrativo desse panorama é a situação dos transgênicos, apesar da evolução constante dos métodos de pesquisa e análise destes organismos, não se sabe até hoje definir exatamente até em que ponto existem benefícios e malefícios da sua produção e consumo.

Assim sendo, diante das inovações tecnológicas entra em evidência a incerteza e a insegurança obrigando o ser humano a lidar com um risco que não se sabe qual é.

É importante observar que esse processo de preocupação da comunidade com os riscos oriundos da nova sociedade não surge de forma instantânea, é o resultado de um longo e contínuo processo evolutivo social.

O risco passa a ser mais compreendido e ocupa um papel central na sociedade que antes nunca havia ocupado, relacionado agora com a própria sociedade, mas precisamente, hoje ela é a própria propulsora e destino do risco, se antes as catástrofes e os riscos eram oriundos da própria natureza, hoje tudo isso também é produzido pela atividade humana.

Esse panorama dá espaço à ação política no intuito de amenizar e controlar tais efeitos, por meio de diversos instrumentos, entre eles as normas jurídicas. Aberto então está o espaço para a atuação do direito penal que faz uso dos seus meios coercitivos para regular as atividades.

Não só o direito penal, mas todo o ordenamento jurídico como um todo, por meio de construções legislativas e a atividade fiscalizatória do Estado se mobiliza na tentativa de controle dos comportamentos que geram ou possam gerar riscos.

As construções legislativas e a atividade do Estado não assumem só o caráter de proteção social, em muitas vezes elas vem seguido de interesses econômicos, que causa um conflito e gera um total paradoxo.

Em razão desses conflitos, surge uma disputa de discursos que acabam repercutindo no direito que é o responsável por receber todas essas pretensões e pensamentos no intuito de dar uma resposta à sociedade, o risco é assim determinante na orientação da política criminal que diante deste paradoxo apresentado acaba por expor uma construção doutrinária cheia de conceitos e definições imprecisas.

2.2. GESTÃO DO RISCO

Ao mesmo passo em que vários setores como a política, economia, saúde, etc., incentivam o desenvolvimento tecnológico de forma acelerada, surgem mecanismos instrumentais no intuito de reduzir a velocidade desse mesmo desenvolvimento, tentando assim reduzir os riscos sociais.

A partir de então surge o conceito de gerente do risco, função esta que é exercida por diversas pessoas e vários segmentos que tem o dever de avaliar os riscos e tomar decisões sobre os limites que o mesmo pode ou deve alcançar. Como exemplo temos o legislador que fixa regras de atuação aos indivíduos, com a elaboração de critérios e instrumentos para a mensuração e tomada de decisões de como deve ser a conduta que mais se ajusta como adequada à situação de risco.

Isso ocorre no âmbito do direito penal, pois os doutrinadores e aplicadores da lei lidam com um instrumento de controle social, vendo-se diante de variadas situações de risco e precisam lidar com elas, como na definição de como se dá um crime culposos, na imputação penal objetiva, etc. Agem como verdadeiros gestores do risco. Da mesma forma se dá com os legisladores que elaboram as normas penais, eles precisam decidir até que ponto, diante da conduta, o risco pode ser ou não aceito e o ponto em que ela se extrapola para que entre em campo a sanção penal.

No âmbito da sociedade de risco, não é útil ao gestor de risco punir os resultados, mas sim controlar as condutas, se faz necessário então que o direito penal atue como elemento de antecipação da tutela.

Existe dificuldade por parte dos gestores de risco na busca de critérios estáveis para fixação de alguns conceitos, existência e grau de risco aceitável ou não, tudo isso envolvendo a necessidade de suprir demandas econômicas diante do conflito de interesses e discursos, mesmo com o uso de mecanismos para sua verificação, como o estudo técnico, probabilidade e estatísticas.

2.3. O DIREITO PENAL E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Como já foi dito anteriormente, a ciência não é capaz de acompanhar o desenvolvimento tecnológico dos meios de produção e a descoberta dos seus potenciais riscos, porém diante dessa situação o gestor de riscos não pode se eximir do seu papel de geri-lo.

Na ausência de informações precisas sobre a existência de risco ou não, se faz necessário o uso de outras ferramentas pelo gestor de risco que não seja a ciência, entre elas está o princípio da precaução, oriundo do direito ambiental e que tem como função a adoção de medidas de regulamentação de atividades quando não se encontram dados ou informações sobre o potencial risco de tais atividades, quando a ciência se mostra inútil na tentativa de encontrar dados. Nessas situações de incerteza o gestor exercerá seu papel mediante o uso de indícios e suspeitas não concretamente verificadas.

Quando se está diante de riscos de comportamento que podem, de certa forma, serem evidenciados pela ciência, se aplicam métodos de prevenção, o que não se verifica pelos métodos de precaução.

Quando se trata do princípio da prevenção, ele orienta medidas restritivas às atividades em que a periculosidade é constatada cientificamente, ao contrário do que ocorre com o princípio da precaução.

A distinção entre eles é importante, pois quando tratamos dos riscos na seara penal, as sanções aplicadas neste âmbito são de elevada gravidade, com a restrição de direitos, entre eles um dos mais importantes que é a liberdade do indivíduo, exigindo que tais atividades possuam um grau de periculosidade tido como intolerável ao equilíbrio da convivência social, atentando contra bens indispensáveis.

A seriedade dos ilícitos penais faz com que apenas os interesses indispensáveis para a vida em comum, ou para o mantimento de determinado modelo organizacional social, sejam suscetíveis de tutela de definição destes bens e valores é expressa no documento de instalação da organização política e social de uma comunidade. Sendo assim, a Constituição Federal é o referencial inicial para a revelação dos bens jurídicos penalmente tuteláveis.

O direito penal se torna um dos instrumentos do gestor de risco, e como instrumento, fica indispensável distinguir as condutas em que incidem regras de prevenção e regras de precaução, a gravidade das condutas que atentam às regras de prevenção é muito maior que a gravidade que atentam às regras de precaução em razão do grau de conhecimento de risco e periculosidade que a ciência tem sobre elas, sendo assim as medidas de prevenção merecem a tutela pelo direito penal, o mesmo pensamento não se aplica às medidas de precaução.

Ousa-se até em dizer que é ausente e ilegítima a necessidade de tutela penal no que se refere ao âmbito da precaução, as medidas de restrição devem ser aplicáveis

em atos de prevenção, pois o gestor de risco, no presente caso, o legislador, não pode sancionar uma suspeita ou indício, mas sim um risco constatado, pois aí sim há uma ameaça concreta e real à bens jurídicos, sendo cabível a aplicação da norma penal em tal hipótese, o que não ocorre onde vigora o princípio da precaução.

Mas o que vem ocorrendo é que cada vez mais o direito penal vem admitindo o princípio da precaução como propulsor de determinadas normas penais em razão do sistema de gerenciamento de riscos, respondendo assim às demandas sociais no intuito de maior controle e segurança social, em total indiferença ao modelo de Estado Democrático de Direito.

Mesmo levantando a bandeira da segurança para justificar a aplicação do instituto penal a tais casos, é necessário o estudo da legitimidade de tais normas, o estudo da teoria do delito em conformidade com os preceitos do Estado Democrático de Direito, diante desse novo panorama trazido pelas transformações ao direito penal em suas ordens legislativa e dogmática.

3. DIREITO PENAL, O NOVO INSTRUMENTO DE GERENCIAMENTO DE RISCO

3.1. O DIREITO PENAL E O PARADOXO SOCIAL

A sociedade de risco vive em um paradoxo como já foi tratado no capítulo anterior, o nosso modelo como se sabe, precisa do risco para o desenvolvimento econômico e social, porém, ao mesmo tempo a sociedade tenta acabar com o risco por meio do direito penal.

Assim, a norma é chamada a exercer o papel de nova gestora de riscos, o direito penal é chamado a estender o seu papel sobre os novos riscos decorrentes da nova sociedade, ele vem acompanhado de um enfrentamento de ordem econômica que prega o seu afastamento sob o argumento de engessamento das atividades produtivas.

Nas palavras de Pierpaolo Cruz Bottini: *“Mais uma vez vê-se o gestor de riscos, que pode ser o legislador ou o juiz, em meio a um conflito que perpassará toda a atividade política criminal”*.²

² BOTIINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato. p. 67, 3ª ed. rev. e atual, - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Surge então o direito penal como instituto que se diz capaz de prevenir e inibir atividades que creem serem danosas antes mesmo da sua real ocorrência, sem que se tenha afetado qualquer bem jurídico, deixa a regra de atuar após a lesão ou a ameaça de lesão e se direcionar apenas ao perigo, inibindo a prática da ação, é o novo símbolo do poder público na atuação contra a utilização das novas técnicas de potencial risco.

A expansão do direito penal no que concerne a esse assunto é devido a grande repercussão dada aos perigos das novas atividades científicas pelos meios de comunicação social, a mídia implanta cada vez mais a sensação de insegurança entre os indivíduos que cada vez mais clamam a intervenção do Estado por meio do direito penal, diante da aparente incapacidade dos demais meios de controle social, como o direito civil, direito ambiental, direito administrativo, etc.

O clamor social por proteção gera a inconsequente expansão do direito penal, pois o público passa a ocupar além do papel de destinatário da norma jurídica, ao mesmo tempo exercer o de indutor dessa expansão, interferindo assim na produção das normas.

Ao mesmo tempo em que a sociedade pede pela suspensão do risco, depende dele para a manutenção da estrutura econômica e social atual, em total incongruência, o que faz com que o direito penal não suspenda a produção do risco, mas deva estabelecer parâmetro de redução dos riscos, o que é um problema, pois os gestores sejam legisladores, juízes ou doutrinadores, encontram dificuldades em estabelecer parâmetros e critérios dogmáticos precisos para a eficiência da norma penal, o que gera falta de clareza na interpretação da norma, norma penais em branco, a fluidez dos bens jurídicos passíveis de proteção, etc.

As normas penais seguem então a tendência de proteção a bens jurídicos difusos e coletivos, pois os riscos atuais possuem as características de alto potencial de lesividade e não é possível determinar a quantidade ou que grupo determinado de indivíduos possa ser atingido.

Sendo assim, o legislador tende a cada vez mais produzir normas penais em brancos com conceitos jurídicos indeterminados em detrimento dos tipos penais fechados, pois a taxatividade compromete a tutela dos bens jurídicos sujeitos a lesões de novas condutas de perigo que venham a surgir, observa-se que não é novidade a produção de normas penais em branco no direito penal brasileiro, porém é necessário

acompanhar a frequência das suas criações, principalmente em razão dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Além das normas penais em branco, surge outro instrumento utilizado pelo legislador no panorama da atual sociedade de risco, qual seja, os tipos penais de perigo abstrato, que tem como objetivo criminalizar condutas que sequer tenham produzido qualquer resultado danoso, o injusto se desloca do resultado para a conduta.

A legislação muda e conseqüentemente a construção dogmática também se vê obrigada a acompanhar as mudanças por meio da construção e reconstrução de novos conceitos dentro do sistema penal, dentre eles o conceito de causalidade.

Diante da impossibilidade de constatação científica de determinadas ações e seus respectivos efeitos, a causalidade é adaptada à nova sociedade, possuindo assim critérios diferenciados para aferimento da culpa do agente. Nas palavras de Bottini: *“A ação penalmente relevante não é mais aquela que causa, no sentido naturalístico, um resultado danoso, mas aquela que cria um risco relevante e intolerável para o bem jurídico protegido.”*³.

A figura do risco gera a criação de modernas teorias penais que não alteram somente a categoria dogmática da causalidade, mas também o conceito de autoria e a participação em que o agente e seus colaboradores são alterados diante das novas estruturas empresariais com as empresas e suas inúmeras filiais e sócias, com inúmeros agentes e distribuição de responsabilidades. Surgem também defensores da extinção do conceito de bens jurídicos, pois vislumbram a sua inutilidade por entenderem ser desconexo dos contextos de risco que hoje são enfrentados por toda a sociedade, pregando um direito penal mais abrangente, a proteger a sociedade como um corpo só e não de forma individual.

A proteção de bens jurídicos, os princípios da taxatividade, da lesividade, da culpabilidade são mitigados em nome da proteção da sociedade de risco.

³ BOTIINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato. p. 75, 3ª ed. rev. e atual, - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

3.2. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS

Parte da doutrina, como a da Escola de Frankfurt se posiciona contrariamente aos que pregam a visão de um direito penal mais abrangente, conhecido como direito penal de risco, como já foi dito em momento oportuno.

Tais doutrinadores são avessos às alterações legislativas e dogmáticas que tal movimento prega, pois adotam a teoria do *direito penal mínimo* que entende que o direito penal deve ser aplicado de forma bastante limitada, tutelando apenas os bens jurídicos do núcleo básico de direitos individuais, como a vida, saúde e propriedade.

O direito penal deve agir assim na ocorrência de e efetiva lesão ou ameaça concreta de lesão, não se quer retirar a total atuação do mencionado instituto no que se refere aos riscos trazidos pelas novas tecnologias, mas estimula que o direito penal somente seja aplicado em caso de real lesão a bens jurídicos.

Limitar a atuação do direito penal à proteção dos bens jurídicos mais imprescindíveis à vida humana, somente se faz quando se concentra em controlar atos com elevado potencial de lesão, não aumentando a sua incidência sobre qualquer conduta que venha a violar certos objetos escolhidos genericamente pelos legisladores.

Pierpaolo Cruz Bottini se posiciona no seguinte sentido:

‘Um sistema Democrático de Direito, fundado na dignidade humana e na restrição da atuação estatal sobre as liberdades públicas, não será compatível com um direito penal do risco amplo e irrestrito, que não atenda aos princípios e limites para evitar arbitrariedades. A legalidade, a taxatividade, a orientação da norma à proteção dos bens jurídicos definidos, a culpabilidade e outros valores inerentes à atuação do *ius puniendi* são indispensáveis para reprimir a utilização desmesurada da sanção penal em âmbitos que não se faça necessária ou útil. A liberação destas amarras criaria um sistema criminal excessivamente repressor e disfuncional em relação à forma de organização do exercício do poder adotadas pelas Constituições modernas.”⁴

⁴ BOTIINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato. p. 82, 3ª ed. rev. e atual, - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

4. O DIREITO CONSTITUCIONAL, SEUS PRINCÍPIOS E OS PRINCÍPIOS PENAIS

4.1. O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado brasileiro, conforme disposto na Carta Constitucional em seu artigo 1º, “constitui-se como um Estado Democrático de Direito”, sendo, portanto o Estado imbuído do dever garantidor da paz social, promovendo justiça e igualdade.

O Estado Democrático de Direito é uma evolução decorrente do Estado de Direito, modelo do positivismo moderno que surgiu em afronta a este. Assim ensina SILVA:

“Estado de Direito é a organização de poder que se submete à regra genérica e abstrata das normas jurídicas e aos comandos decorrentes das funções estatais separadas embora harmônicas. A expressão ‘Estado Democrático de Direito’ significa não só a prevalência do regime democrático como também a destinação do poder à garantia dos direitos.”⁵

É de extrema necessidade realizar um questionamento sobre como exercer a função punitiva estatal diante da função social humanitária suscitada pelo Estado Democrático de Direito. Como ao Estado cabe aplicar as normas de punição, se faz necessário que elas sejam revestidas de caráter humanitário e social. Por isso, há de se considerar na aplicação do direito penal a observância dos princípios do Direito Constitucional, dando destaque ao da dignidade da pessoa humana, decorrendo dele todos os demais princípios, sendo este o fundante do próprio Estado Democrático.

Compreende-se que o direito penal não pode, na criação de suas normas, conflitar com os princípios constitucionais. Por tanto, cabe ao legislador criar tipos penais que realmente causem lesividade aos bens juridicamente tutelados. A não observância desse princípio pode provocar confronto entre os interesses sociais e a ação do Estado.

Tendo o Brasil como modelo de organização o Estado Democrático de Direito, deve o direito penal ser adequado a ele e obedecer as suas premissas e princípios. Os norteadores desse modelo de Estado estão expressos na Constituição Federal e deve pautar a sua ação com alicerces na soberania popular, no respeito à pluralidade e a dignidade da pessoa humana, tendo como valor fundante este.

⁵ SILVA, De Plácido. Vocabulário Jurídico. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

Assim, o direito penal deve estar pautado nesses valores para se mostrar funcional.

Sobre a relação entre o Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito penal ensina Pierpaolo Bottini:

“... a utilização do direito penal sugere a supressão, ainda que temporária, da dignidade humana, porque afeta a liberdade de vida do indivíduo. Por isso a reação violenta do Estado, caracterizada pela pena, só pode ser dirigida aos atos que ameacem a integridade das estruturas sobre as quais as relações sociais e as relações de produção se sedimentam e, no Estado Democrático de Direito, esta estrutura é a dignidade humana, é a liberdade de autodeterminação, que somente pode ser exercida em sua plenitude quando o cidadão tem à sua disposição os bens necessários para seu desenvolvimento e para a sua interação comunicativa com os demais membros da sociedade.”⁶

4.2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Com a vigência da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 passou-se a viver em um Estado além de Democrático, também de Direito. Ou como alguns doutrinadores que intitulam de “*Estado Constitucional*”.

A intitulação “Estado de Direito” nos leva a uma visão da Carta Magna de 1215 em que havia a ideia de limitação ao arbítrio dos monarcas, trazendo tal fundamento para os dias atuais, o panorama de visão muda um pouco, pois em nosso país não existe mais a figura do monarca, porém, existe ainda a figura do poder estatal, este que é limitado nos termos do artigo 5º, inciso II da CF/88, estabelecendo que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Tal lei mencionada na Constituição é aquela em que se respeita o devido processo legislativo que é estabelecido pela normatividade constitucional que estabelece regras como competência para o impulso do projeto de lei, *quórum* de aprovação, quantidade de turnos de votação, etc.

Nesse sentido, o princípio da legalidade tem por finalidade principal limitar o poder dos mandos e desmandos do Estado, impedindo que o mesmo haja de forma livre e arbitrária.

Segundo a doutrina, tal princípio pode ser analisado sob dois vieses: garantia do particular contra os possíveis desmandos do Poder Executivo e do Poder Judiciário; e como base do Estado Democrático de Direito, tendo como fim direcionar

⁶ BOTIINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato. p. 133, 3ª ed. rev. e atual, - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

os comportamentos dos indivíduos às normas jurídicas das quais as leis são a materialização⁷.

Sem duvidas o princípio da legalidade é um dos mais importantes, senão o mais, dentro do direito penal. Não há como se falar em crime sem tipificação legal, inclusive o mesmo é tratado no artigo 5º, inciso XXXIX da CF de 1988, “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.*”.

4.3. DIREITO PENAL MÍNIMO (MODELO GARANTISTA DE LUIGI FERRAJOLI)

Dentro do Estado Democrático de Direito as normas postas não pertencem ao mesmo plano, existe assim uma hierarquia entre elas, sendo que dentre todas existe a norma suprema.

No nosso modelo jurídico, a norma suprema é a Constituição perante a qual todas as outras normas devem obediência, sob pena de padecer em vício que toma a forma de inconstitucionalidade. A Constituição é a fonte de toda validade do nosso ordenamento jurídico.

No panorama do Estado Democrático de Direito onde todas as normas devem respeitar a Constituição, Ferrajoli estabelece o que ele chama de “modelo garantista”, em que as normas penais não podem ser impostas sem observância de parâmetros oriundos da Constituição pelo Estado, preservando assim os cidadãos da arbitrariedade deste, Não se pode estabelecer proibições sem respeito às determinações e proteções postas pela Constituição.

Dentro do modelo garantista desenvolvido por Ferrajoli existem dez axiomas (valores) que colocam diretrizes para que se estabeleça um raciocínio constitucional na elaboração das normas penais.

“*Nulla necessitas sine injuria*”, tal brocardo nos coloca que todas as condutas que chegarem a ser tipificadas pela lei penal, obrigatoriamente deverão ultrapassar a pessoa do agente e somente serão proibidas caso atinjam bens de terceiros, não podendo se restringir à esfera pessoal e íntima do agente.

O direito penal brasileiro, respeitando aos princípios constitucionais e de acordo como os fundamentos de um Estado Democrático de Direito, assume, a postura de instrumento de proteção aos bens jurídicos. Mas é necessário dizer que não qualquer

⁷ BASTOS, Celso. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Editora Saraiva, 2003. p, 172.

bem jurídico, apenas alguns, aqueles mais importantes como a vida, integridade física, saúde, patrimônio, etc.

4.4. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA

Fato notório é o de que o direito penal é o ramo subsidiário e mais extremo dentro do nosso regulamento jurídico utilizado para regulação social, aplicando penas privativas de liberdade que limitam o direito de ir e vir dos cidadãos, este direito que tem status de “garantia fundamental” garantido constitucionalmente.

Em razão disso, o Direito Penal deve ser um ramo utilizado de forma mínima, dando-se preferencia à outros ramos do ordenamento que também possuem a característica de regular o comportamento social, como o direito civil, direito administrativo, direito tributário, etc.

Tais ramos do direito também possuem o poder sancionatório e somente quando estes não forem capazes de regular o convívio social e aplicar penalidades é que o direito penal deve entrar em ação.

O princípio da intervenção mínima serve como um medidor para o direito penal, pois por meio dele o legislador, observando o contexto em que a sociedade vive atualmente, determina quais bens que são tidos como mais importantes e merecem a tutela do direito penal, não somente criminalizando condutas como também descriminalizando outras, conforme a sociedade vai mudando.

Sendo assim, o direito penal deve intervir o mínimo possível no meio social, utilizado somente quando outro ramo não for capaz de proteger determinados bens que são tidos como de maior importância, sendo a *ultima ratio* do ordenamento jurídico.

Rogério Greco também tratou de tal princípio:

“Em um enfoque minimalista, característico do princípio da intervenção mínima, a finalidade do direito penal é proteger os bens mais importantes e necessários ao convívio em sociedade. Partindo dessa visão, somente os bens de maior relevo é que merecerão a atenção do legislador penal que, a fim de protegê-los, deverá criar os tipos penais incriminadores, proibindo ou determinando a prática de comportamentos, sob a ameaça de uma sanção”.⁸

Nas palavras de Muñoz Conde:

“O poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais

⁸ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2012, P. 62/63.

importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objeto de outros ramos do Direito.”⁹

4.5. PRINCÍPIO DA LESIVIDADE OU OFENSIVIDADE

A atuação de um direito penal funcionalizado em função de um Estado Democrático de Direito, está lastreada na proteção de bens jurídicos necessários à tutela a dignidade humana, a norma penal somente pode ser legítima caso tutele um interesse fundamental da pessoa humana, para concretizar esse raciocínio surge então o princípio da lesividade ou ofensividade.

O princípio da lesividade ou ofensividade para o penalista Rogério Greco, assim como para outros, possui uma relação íntima com o princípio da intervenção mínima, anteriormente tratado, funcionam como faces de uma mesma moeda. Com suas palavras:

“Se, de um lado, a intervenção mínima somente permite a interferência do Direito Penal quando estivermos diante de ataques a bens jurídicos importantes, o princípio da lesividade nos esclarecerá, limitando ainda mais o poder do legislador, quais as condutas que poderão ser incriminadas pela lei penal.”¹⁰

Como o autor trata em seu capítulo referente ao princípio da lesividade, o mesmo possui sua origem no período iluminista, onde se passou a buscar desfazer a confusão existente entre o direito e a moral, tendo como suas principais funções, proibir a incriminação de uma conduta que seja interna, não excedam o âmbito do próprio autor, incriminação de simples estados ou condições existenciais e condutas que não afetem bens jurídicos.

Não é razoável e nem admissível que o direito penal puna condutas que não sejam lesivas a bens jurídicos de terceiros, sejam patrimoniais ou extrapatrimoniais, a conduta só pode ser considerada criminosa quando de fato ultrapassar a subjetividade do agente e causando resultados no mundo exterior. A inexistência de um resultado externo e destacado do comportamento é necessário para que se caracterize o ilícito penal, sendo assim, não é possível a antecipação da tutela pena antes de existir uma ameaça concreta e efetiva]á interesses tutelados.

⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al derecho penal, Barcelona, Bocha, 1975. p, 59-60

¹⁰ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, 14. Ed, Rio de Janeiro, Impetus. 2012. p, 51

Por muito tempo a moral foi uma das razões que ensejavam a aplicação de sanções penais, pois a sociedade reprovava muitas condutas com caráter eminentemente moralistas, desprezando-as, mesmo que elas sejam reprovadas moralmente não é razão que enseja a aplicação da lei penal, devendo tais condutas serem toleradas pela sociedade.

Uma conduta que seja reprovada moralmente, mas que não atinge bem jurídico de terceiro configura a inaplicabilidade do direito penal.

Conforme vasta doutrina, a conduta só pode ser moldada como delituosa caso ofenda concretamente a um bem jurídico. Tal atua como limitador do poder punitivo estatal, por não considerar lesiva uma conduta que não produziu resultado e que não causou lesividade ao bem protegido.

Quando não usado para este fim, o direito penal acaba por invadir áreas incumbidas a outras áreas do direito, sendo tal conduta extremamente autoritária e lesiva. Neste caso, GRECO atenta para o fato de que:

“Os adeptos, portanto, do movimento da Lei e Ordem, optando por uma política de aplicação máxima do Direito Penal, entendem que todos os comportamentos desviados, independentemente do grau de importância que se dê a eles, merecem o juízo de censura a ser levado a efeito pelo Direito Penal. Na verdade, o número excessivo de leis penais, que apregoam a promessa de maior punição para os delinquentes infratores, somente culmina por enfraquecer o próprio Direito Penal, que perde seu prestígio e valor, em razão da certeza, quase absoluta, da impunidade.”¹¹

Ao definir o princípio da ofensividade, CAPEZ afirma que: *“não há crime quando a conduta não tiver oferecido ao menos um perigo concreto, real, efetivo e comprovado de lesão ao bem jurídico”*¹². Para GOMES (2007) *“o Direito Penal só pode atuar quando a conduta do agente ofender um bem jurídico, não sendo suficiente que essa se mostre apenas como imoral ou inadequada”*.¹³

¹¹ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2012;

¹² CAPEZ. Fernando. Curso de Direito Penal: parte geral 18ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014;

¹³ GOMES, Luiz Flávio. A Constituição Federal e os crimes de perigo abstrato. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070214091633277 > desde 15/02/2007. Acesso em 15 de novembro de 2016.

4.6. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL

O princípio da adequação social deve ser visto sobre dois enfoques, no primeiro tem como objetivo impedir que condutas admitidas pela sociedade fossem tornadas crimes, e o princípio da intervenção mínima, como diz o doutrinador penal, Rogério Greco, faz com que “O direito penal só deve preocupar-se com a proteção dos bens mais importantes e necessários à vida em sociedade.”¹⁴

Segundo objetivo é retirar do ordenamento penal a ilicitude de comportamentos que passaram a ser tolerados ou se tornaram de costume da sociedade, não causando mais surpresas a ela com a sua ocorrência, exemplo muito conhecido é o adultério, tal crime era previsto no artigo 240 do Código Penal, porém tal conduta é banalizada na nossa sociedade há muito tempo, não cabendo mais a sua punição pelo Código Penal, vindo a figura típica a ser extinta em decorrência do advento da Lei nº 11.106 de 2005, revogando o artigo, aqui se mostra a figura do *abolitio criminis*.

4.7. PRINCÍPIO DA FRAGMENTARIEDADE

A existência dos princípios da lesividade e intervenção mínima que colocam limites para a seleção dos bens jurídicos protegidos pelo direito penal desdobraram na formação do princípio da fragmentariedade.

Certo é o de que o ordenamento jurídico pátrio por meio de seus diversos ramos protege uma gama infinita de bens e interesses particulares e coletivos, e, em razão da fragmentariedade ao direito penal cabe a ele a menor parcela de bens jurídicos para proteção, sendo estes os mais importantes e necessários ao convívio em sociedade.

A atuação do direito penal, diante de tal princípio, passa a ser periférica, reprimindo exclusivamente os atos que sejam violentos ou intoleráveis, violando também as expectativas básicas sociais.

Nas palavras de Pierpaolo Cruz Bottini

¹⁴ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2012, P. 47.

“¹⁵O princípio da fragmentariedade apresenta uma função pragmática. Ao reduzir a incidência da norma penal apenas a ataques intoleráveis, confere uma simbologia e uma solenidade ao direito criminal que não se verifica nos outros meios de controle sócia. A limitação do número de atividades desvaloradas penalmente decorre da intensa rejeição social à sua prática.”

O desrespeito ao mencionado princípio acaba por gerar a ampliação excessiva de condutas criminalizadas, o que se verifica na produção legislativa atual, banalizando a política criminal, enfraquecendo o seu potencial de prevenção, perdendo a autoridade eficiência do direito penal, pois falha em sua missão de atuar apenas diante das lesões mais graves ao interesse social.

4.8. PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

É imprescindível admitir que um direito penal útil e funcional, inerente a um Estado Democrático de Direito estar restrito à proteção de bens necessários à garantia da dignidade da pessoa humana e ao princípio da lesividade implica o dever de aceitar o seu papel subsidiário no bojo do ordenamento jurídico. Se a norma penal somente é autorizada a atuar diante de violação à bens jurídicos fundamentais, o direito penal deve ser o ultimo recurso utilizado pelo Estado para exercer o controle social, ele é a ultima medida apta a proteger determinados valores sociais.

Somente devendo ser empregado caso outros mecanismos de controle social, como o direito civil e o direito administrativo falharem ou não se mostrarem uteis a exercer o controle, devendo o direito penal ser usado quando não existir outro meio de impedir a pratica da conduta que se tem como censurada.

O Estado deve lançar mão de recursos para o exercício de uma adequada política cultural e social de proteção aos bens jurídicos, estruturando mecanismos, dentro do possível, sancionatórios, mas fora do âmbito criminal, servindo o direito penal como uma válvula de escape ante a ineficácia de outros instrumentos que não garantam a estabilidade social.

¹⁵ BOTIINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato. p. 159, 3ª ed. rev. e atual, - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Em muitos casos as medidas reparatórias ou sanções administrativas são suficientes para evitar condutas, sendo assim, o recurso ao direito penal que restringe a dignidade da pessoa humana é ilegítimo.

5. CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES

5.1. CRIME DE DANO

Pode-se falar em crime de dano quando existir uma efetiva lesão à algum bem jurídico tutelado (protegido) pelo direito penal. O agente exprime assim uma conduta que venha causar lesão ou dano ao bem tutelado, sendo que havendo resultado diverso, ou seja, ausência de lesão ou dano ao bem, estaríamos não diante de um crime de dano, mas sim um crime de “perigo” de dano. É necessário que a conduta do agente gere efeitos no mundo exterior.

Assim, deve existir a tipificação penal, conduta relevante do agente que se amolde ao tipo penal e por fim que determinada conduta causa efetiva lesão, como por exemplo, no crime de homicídio, tipificado no artigo 121 do Código Penal em que para que haja a sua consumação a vítima deve vir a óbito.

5.2. CRIME DE PERIGO

Para que se fale em crime de perigo de dano é necessário que haja uma ofensa real à bem jurídico tutelado pelo direito penal, a sua consumação ocorre com a mera situação de exposição de risco do objeto material do delito.

A configuração do crime não necessita de lesão ao bem jurídico protegido, a propósito, caso ocorra lesão não há que se falar em crime de perigo, mas sim verdadeiro crime de dano, como foi tratado acima, caracterizando assim a classificação dos crimes de perigo como tipos penais subsidiários.

Os crimes de perigo se subdividem em crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato.

5.3. CRIMES DE PERIGO CONCRETO

Iniciando pelos crimes de perigo concreto, para esta classificação de delitos penais é necessário que exista efetivamente o perigo do dano para que o tipo penal

seja aperfeiçoado. Demonstrando assim, no caso concreto, que a situação de perigo foi causada pelo agente criminoso.

Para uma melhor visualização do que se tratam os crimes de perigo concreto partamos para a visualização de um tipo penal que se amolde à classificação, como o ilícito descrito no artigo 136 do Código Penal:

“Expor a perigo de vida ou a saúde de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para fim de educação, ensino, tratamento ou custódia, que privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalho excessivo ou inadequado, quer abusando de meios de correção ou disciplina: Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, ou multa.”¹⁶

Como se pode observar do tipo penal exposto, que realmente se trata de crime de perigo concreto, pois no caput do artigo existe a referência expressa aos perigos, no caso a vida e saúde, bens esses tutelados pelo direito penal, não é obrigatória a presença do termo perigo para que se trate de um crime de perigo concreto. Deve ser feito assim uma análise não somente do tipo penal, mas também caso a caso apresentado para que seja verificada a configuração de tal classificação.

5.4. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Trata-se de crimes em que o preceito punitivo prevê para a consumação da simples prática do ato descrito nele, sem necessidade de produzir qualquer efeito no mundo exterior.

Paca a comprovação e consumação do crime de perigo abstrato não é necessária a comprovação de que a conduta do agente sequer causou o perigo de dano, tratam-se de delitos conhecidos como de perigo presumido. Mostra-se com isso uma verdadeira afronta ao princípio da lesividade, pois se trabalha aqui com um dano que pode vir a acontecer.

Não se pode realizar uma análise acerca da probabilidade da efetiva ocorrência do perigo, que dirá do dano, em total descompasso com aos princípios constitucionais e penais.

Os delitos de perigo abstrato cuidam assim de ações arriscadas que possam gerar lesão ou expor bens jurídicos ao perigo, não se fazendo necessário o efetivo perigo. Tais crimes são meramente formais, ou seja, basta a adequação da conduta

¹⁶ Decreto- Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

à descrição legal para a incidência do tipo penal, não é necessário que haja a vontade do agente, se trata de um objetivismo.

6. INCONSTITUCIONALIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

6.1. VISÃO DA DOCTRINA

A doutrina nacional diverge quanto ao tema em estudo, não existe um posicionamento definitivo quanto a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos tais crimes de perigo abstrato. O posicionamento diante de tal problema segue conforme a linha do direito penal mínimo e o direito penal máximo.

Para os doutrinadores “garantistas”, defensores do direito penal mínimo, os crimes de perigo abstrato são sim inconstitucionais, já para os defensores do direito penal máximo não há que se falar em inconstitucionalidade de tais crimes.

Como todo o sistema, compreendendo tudo que já foi dito acima, não podemos olhar para o direito penal de forma isolada, desprendido do restante do ordenamento jurídico, o Direito Penal é interligado a outros ramos, principalmente ao Direito Constitucional, já que é a base de todo ordenamento.

Os crimes de perigo abstrato não são inconstitucionais por sua natureza em si, é necessária uma análise com os olhos voltados para Constituição.

6.2. PRINCÍPIOS PENAIIS FACE AOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

É necessário que se faça a invocação dos princípios penais, oriundos da constituição, quais sejam o da lesividade, adequação social e intervenção mínima. Vê-se que quanto à importância desses princípios e a contribuição deles para o direito penal não existe questionamento, e são anteriores à própria criação da figura típica.

Voltando ao pensamento sobre os crimes de perigo abstrato, a dificuldade da sua aceitação fica maior no âmbito jurídico justamente por força desses princípios, tendo em vista que até pela fragmentariedade que os cercam, não devem ser tratados pelo direito penal, mas talvez para outros ramos como o direito administrativo ou o direito civil.

O primeiro olhar deve ser voltado para o princípio da lesividade ou da ofensividade que tem previsão na Constituição em seu artigo 5º, inciso XXXIX, que dá legitimidade ao direito penal no modelo atual do Estado Democrático de Direito, que

em síntese determina que tal instituto deve punir os crimes cuja conduta lesionar ou expor a lesão um bem jurídico tutelado pela lei penal, pois não é permitido que o Estado puna comportamentos vistos somente como, potencial perigo, imorais, etc., pela sociedade, como, em um exemplo esdruxulo, era feito na Europa antiga onde se punia o homossexualismo. A conduta lesiva ainda deve afetar interesse de terceiro.

6.3. ATUAÇÃO DO ESTADO

Não é possível que o Estado atue de forma arbitrária tipificando condutas de forma indiscriminada, o direito penal deve atuar para proteger os bens jurídicos mais valiosos aos olhos da Constituição, observando os ditames superiores da dignidade da pessoa humana e da liberdade, não se priva a liberdade do indivíduo a qualquer preço.

A conduta incriminada deve ser penalmente relevante, pois se assim não for o direito penal perde a sua essência, perde a sua característica e determinação de subsidiariedade face á outros ramos do Direito, deve ele ser visto como a *ultima ratio*, quando qualquer outra norma não for capaz de dar solução ou proteger o bem jurídico, aí sim o direito penal deve entrar em ação, não podendo o Estado agir livremente para incriminar condutas sob o simples pretexto de obediência a ele mesmo, deve-se observância a todos os critérios.

A norma penal, dentro de um Estado Democrático de Direito, não pode ter como uma de suas funções a pedagógica de imposição dos valores sociais dominantes, mas sim a de resguardo da dignidade humana e da autodeterminação do indivíduo. Um Estado em que se valoriza o direito de livre expressão, livre pensamento e manifestação de ideias não pode direcionar a norma repressiva para que se consolide um ou outro modo de se pensar. Não é admissível a tipificação de condutas inaptas, ao menos potencialmente, para lesionar ou colocar em perigo bens jurídicos.

O Estado deve se atentar para que a norma esteja apta a atender ao fim almejado com sua criação, satisfazendo a necessidade que ensejou a sua criação, não pode o legislador criar medida constritiva face ao agente delituoso que se mostre desnecessária, o que se busca é que o meio para a punição seja o menos gravoso possível para que se atinja a penalidade, não é concebível a ideia de uma norma desarrazoada ao caso concreto, inclusive no que se refere à quantidade de pena aplicada.

Quando não usado para este fim, o direito penal se torna disfuncional, acabando por invadir áreas incumbidas a outros ramos do direito, sendo tal conduta extremamente autoritária e lesiva. Neste caso, GRECO atenta para o fato de que:

“Os adeptos, portanto, do movimento da Lei e Ordem, optando por uma política de aplicação máxima do Direito Penal, entendem que todos os comportamentos desviados, independentemente do grau de importância que se dê a eles, merecem o juízo de censura a ser levado a efeito pelo Direito Penal. Na verdade, o número excessivo de leis penais, que apregoam a promessa de maior punição para os delinquentes infratores, somente culmina por enfraquecer o próprio Direito Penal, que perde seu prestígio e valor, em razão da certeza, quase absoluta, da impunidade.”¹⁷

A intervenção estatal deve ser útil e necessária à defesa de valores sociais dos indivíduos e da coletividade em face de agressão dos agentes, e no que se trata da parte da tutela de bens pelo direito penal, por ser o ramo de medidas mais drásticas os legisladores devem se atentar ao princípio da proporcionalidade para que não cometam excessos na hora da criação de tipos penais.

Por todo o exposto acima, não é o que ocorre com os crimes de perigo abstrato, existe um total desrespeito ao princípio da intervenção mínima e da lesividade. Como o próprio nome diz, trata-se de um perigo que sequer é concreto, iminente, não existe qualquer parâmetro que informe a certeza da ocorrência do dano ou lesão a bem jurídico.

São criados no campo da abstração, da hipótese o que é plenamente inaceitável dentro do direito penal. Utiliza-se do diploma mais repressivo e drástico do nosso ordenamento jurídico para sancionar crimes que sequer exigem a lesão ao bem jurídico ou colocação deste bem em risco real e concreto.

Todo Crime, pela teoria tripartite, deve ser formado por um fato típico, ilícito e culpável. Ocorre que dentro dos crimes abstratos, existe o desprezo pelo seu último elemento, qual seja a culpabilidade, sobre o tema, falou Michel Foucault:

“A culpabilidade (entendida como a existência de culpa) é simplesmente desconsiderada nestes crimes de perigo presumido, já que basta ser praticada a conduta descrita no tipo, presumindo o legislador a culpa do sujeito, fundamentada em regras de experiência, por experiências lógicas, baseadas em um positivismo ultrapassado e retrógrado, em que basta se aplicar a premissa maior (a lei em si) sobre um a premissa menor (a conduta praticada).”¹⁸

¹⁷ GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2012;

¹⁸ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Graal, 1997.

O autor criminalista Fernando Capez em artigo científico publicado se posicionou quanto aos crimes de perigo abstrato: “Não há dúvida de que um fato para ser típico necessita produzir um resultado jurídico, qual seja, uma lesão ao bem jurídico tutelado. Sem isso não há ofensividade, e sem esta não existe crime.”¹⁹

Em razão de tudo o que foi dito há a dificuldade na aceitação dos crimes de perigo abstrato no meio jurídico, são crimes que de fato são grandes objetos de discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

A relevância de tal estudo se encontra na tentativa de conscientizar os estudiosos de direito e a sociedade acadêmica como um todo sobre as sanções impostas pelo ramo mais punidor do ordenamento jurídico à situações que se quer se efetivaram.

Busca explicitar a inconstitucionalidade de tais normas, que não respeitam os princípios impostos pelo ordenamento, demonstrando também o descaso do judiciário, que tem como uma de suas funções a guarda da constituição, entre eles o Supremo Tribunal Federal que a tem como sua função precípua, mesmo diante de tais crimes que adentram o mundo jurídico em total afronta aos princípios norteadores do direito e nada fazem para dar alguma solução ao questionamento, nem se posicionam a favor de um lado e nem de outro, restam omissos.

Por meio de uma interpretação à luz dos princípios e da Constituição do direito penal, no tocante aos crimes de perigo, a única posição que parece seguir a razão do sistema é a de que não deveriam existir crimes de perigo abstrato, pois todo crime de perigo deve gerar perigo concreto e precisa de autêntica constatação da iminência de lesão.

Restam de extrema importância tais análises, pois com o estudo dos institutos penais e constitucionais a possível criação de uma visão que revolucionará o ordenamento jurídico nacional, expurgando a qualidade de crimes de atos que sequer entraram no mundo fático, desconstituindo crimes. Pois a intervenção do estado, em casos de repressão pelo direito penal só é plausível, quando houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente jurídico relevante, que represente um perigo concreto ao bem jurídico tutelado, o que vai totalmente contra os crimes de perigo abstrato.

¹⁹ CAPEZ. Fernando. Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003): Infrações de Perigo e o Princípio da Ofensividade Artigo publicado na Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal nº 09 - Dez/Jan de 2006

O uso da norma penal para qualquer outra finalidade que não corresponda à proteção de valores individuais, não é adequada à estabilização da ordem social e política vigente e, portanto, deverá ser deslegitimada em todos os aspectos.

Muito se tenta justificar a utilização do direito penal para a estabilização da ordem social em razão da engessamento da função estabilizadora do direito civil, em razão também do direito administrativo encontrar dificuldades para atuar diante dos novos riscos, da ausência de estrutura estatal para empreender a fiscalização de atividades que, juntamente com a burocratização dos procedimentos administrativos e a corrupção, causam o crescente descrédito por parte da sociedade.

O que não se observa aqui é que de todos os ramos jurídicos, um dos mais, se não o mais desacreditado é o direito penal, diante de um código arcaico da década de 40, da ineficácia na reeducação dos apenados e da falência do sistema carcerário brasileiro, dentre outros inúmeros problemas, o direito penal tem se tornado inútil ante a sua função.

Por isso, é inconcebível o argumento de utilização do direito penal em razão da ineficácia de outros ramos jurídicos, pois o próprio direito penal já se encontra bastante inútil e tende a agravar mais ainda tal situação diante da tendência ao alargamento da abrangência do referido ramo jurídico.

Pierpaolo Cruz Bottini comunga de tal pensamento:

“A dificuldade dos demais meios de controle social em lidar com os novos riscos termina por transferir ao direito penal a tarefa de sua gestão, o que nem sempre é adequado, útil e racional. Acaba-se por impingir ao poder punitivo do estado uma função pedagógica social, de socialização, de civilização, que enseja uma expansão desmesurada, fora dos patamares mínimos pretendidos por um modelo de Estado Democrático de Direito.”²⁰

O direito penal, diante da falha de outros instrumentos jurídicos de controle do risco não tem o condão de proteger os bens jurídicos de todos os ataques possíveis, não podendo atuar sobre toda e qualquer periculosidade, sob pena de deturpar o modo de produção e estrutura política e social, pois o risco integra o cotidiano, não sendo possível a sua extinção no convívio social.

²⁰ BOTIINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato. p. 158/159, 3ª ed. rev. e atual, - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

7. ANÁLISE DO ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

A redação do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro é a seguinte:

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

Pena – 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.”

Para que seja imputada a prática delitiva do agente motorista é necessário a junção do elemento objetivo consistente na concentração de pelo menos 6 decigramas de álcool por litro de sangue, e o elemento subjetivo constatado pelo comportamento anormal do motorista na direção do veículo, necessária também que se realize uma direção anormal, colocando em risco concreto a segurança viária que é o bem jurídico protegido pela norma.

O Supremo Tribunal entende que o princípio da ofensividade deve ser utilizado como meio de interpretação da norma penal e não como forma de prescrever a legitimidade da criação da mesma.

Sendo assim, a Suprema corte entende que o juiz deve fazer a análise caso a caso por meio de uma interpretação restritiva não precisando assim ser fiel à vontade legislativa do legislador, interpretando a norma penal de forma constitucional, legitimando o direito de punir do Estado.

Aliás, partindo desse pressuposto, hoje o Supremo Tribunal Federal se posiciona firmemente pela constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato.

Como exemplo, a jurisprudência:

Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO REFERIDO TIPO PENAL POR TRATAR-SE DE CRIME DE PERIGO ABSTRATO. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - A objetividade jurídica do delito tipificado na mencionada norma transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da proteção de todo corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança nas vias públicas. II - Mostra-se irrelevante, nesse contexto, indagar se o comportamento do agente

atingiu, ou não, concretamente, o bem jurídico tutelado pela norma, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado. Precedente. III – No tipo penal sob análise, basta que se comprove que o acusado conduzia veículo automotor, na via pública, apresentando concentração de álcool no sangue igual ou superior a 6 decigramas por litro para que esteja caracterizado o perigo ao bem jurídico tutelado e, portanto, configurado o crime. IV – Por opção legislativa, não se faz necessária a prova do risco potencial de dano causado pela conduta do agente que dirige embriagado, inexistindo qualquer inconstitucionalidade em tal previsão legal. V – Ordem denegada.

(STF - HC: 109269 MG, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 27/09/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-195 DIVULG 10-10-2011 PUBLIC 11-10-2011)

No entanto, por mais que se faça uma interpretação de forma a legitimar a criação do tipo penal, analisando caso a caso, o juiz não pode manipular o texto da lei para que hipoteticamente seja aplicada no caso concreto, sob pena de se criar um novo tipo penal por meio da analogia, o que é absolutamente proibido em nosso ordenamento jurídico.

Seria a criação de um estado absoluto de insegurança jurídica, assim, a cada caso concreto, com a mesma tipificação penal poderá surgir inúmeras decisões judiciais distintas entre si. Não pode o julgador interpretar a norma penal como bem lhe convir, dentro do direito penal não é cabível a figura da discricionariedade.

O que realmente ocorre é uma proteção antecipada a um bem jurídico que hipoteticamente pode ser lesado. Seria justo, ante ao princípio da lesividade, a punição de um motorista que trafega alcoolizado por uma via deserta? Ou aquele que dirige alcoolizado por via em que há tráfego normal de pessoas, porém o mesmo sem causar qualquer dano à terceiro? Segundo a teoria do garantismo penal, seriam inconcebíveis tais ideias.

No nosso atual estado democrático de direito é totalmente inconcebível que o julgador, apesar da sua suposta imparcialidade no julgamento das partes, faça diante de todas as normas constitucionais protetoras a livre interpretação de tipos penais, os mesmos não podem ser tratados como quebra-cabeças.

Trata-se do diploma mais repressivo do nosso ordenamento jurídico, aqui se está falando de um dos direitos fundamentais principais que é a liberdade que pode vir a ser limitada em face da discricionariedade do julgador.

Seria muito mais proporcional que se fizesse o uso de outros ramos do direito, como a própria lei de trânsito que prescreve sanções como suspensão ou proibição de conduzir veículos automotores para os motoristas que somente dirigiram embriagados sem causar qualquer lesão ou dano a terceiro. Mostra-se assim uma medida muito mais razoável a esses condutores.

A utilização legítima do direito penal só é possível no nosso modelo estatal só é possível quando estamos diante de condutas que atinjam a dignidade humana dos indivíduos. Pierpaolo Botinni assim diz:

“Comportamentos que não afetem esta dignidade não oferecem perigo à funcionalidade do sistema Democrático de Direito, não ofendem as expectativas de uma convivência plural e, por tanto, não devem ser objeto de repressão penal.”²¹

É o que ocorre com o tipo penal ora estudado, não há como afetar a dignidade humana, muito menos causar prejuízos ao sistema Democrático de Direito o tráfego de motorista minimamente alcoolizado, nos termos da lei, de motorista que trafega em baixa velocidade, ou em via deserta. Não se verificam aqui fortes indícios de periculosidade.

O direito penal deve saber lidar com importantes e principais vetores: primeiramente a limitação do uso da pena a algumas atividades (restrição), atividades essas que atentem contra bens jurídicos indispensáveis à vivência humana, como a vida, saúde, patrimônio.

Segundamente, a sanção criminal aplicada deve guardar o máximo respeito possível à dignidade humana, em observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, para que tal ramo cumpra a sua funcionalidade.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

²¹ BOTIINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato. p. 133, 3ª ed. rev. e atual, - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Pretendeu-se com o presente trabalho discorrer sobre a “atual sociedade de risco”, na perspectiva dos princípios penais e constitucionais decorrentes de um Estado Democrático de Direito, demonstrando assim a total ilegitimidade e inconstitucionalidade dos tipos penais de crimes de perigo abstrato, pois na sua elaboração encontra-se o total desrespeito ao ordenamento jurídico principiológico.

Verificou-se que a utilização do direito penal para a proteção dos espaços de precaução não se apresenta em consonância com os princípios que orientam o modelo democrático de Direito, pois não busca a proteção exclusiva dos bens jurídicos e colide com os limites da fragmentariedade, da subsidiariedade e da lesividade, atuando o direito penal com finalidade aparentemente simbólica, desprovida da solenidade necessária e totalmente indiferente à dinâmica social e à escala de valores que orientam as relações interpessoais.

O direito penal não deve ser utilizado como norma principal para solucionar todo e qualquer impasse social, devendo ser usado como ultima ratio, caso seja usado de modo contrário causará a ineficácia das medidas coercitivas, características desse sistema, banalizando-o e o tornando ineficaz.

A utilização do direito penal como instrumento de gestão de todos os riscos da sociedade entra em conflito com a essência do direito penal, pois foi um ramo constituído no intuito de solucionar as demandas que atentem contra os bens jurídicos mais importantes do indivíduo, e somente quando qualquer outro ramo do direito não for capaz de solucionar o impasse.

O Estado não pode fugir da sua essência que é o estado Democrático de Direito, agindo de forma arbitrária e desarrazoada, atingindo de forma indevida a liberdade e a dignidade humana do indivíduo.

Deve-se, portanto, realizar o uso de outros instrumentos jurídicos para a solução das controvérsias sociais.

A posição do Supremo Tribunal Federal em seus julgados pela constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato se dá preponderantemente em razão da pressão social que cobra respostas do julgados, pois não se vê amparado pelos demais poderes, como é o caso de caracterização de dolo eventual em caso de lesões ou mortes causadas no trânsito por motoristas alcoolizados, não optando mais por crime culposos, mas uma das atitudes do Supremo que afetam os princípios constitucionais e penais decorrentes do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso. Curso de Direito Constitucional. São Paulo, Editora Saraiva, 2003. p, 172.

BOTIINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato. p. 67, 3ª ed. rev. e atual, - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BOTIINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato. p. 75, 3ª ed. rev. e atual, - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BOTIINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato. p. 82, 3ª ed. rev. e atual, - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BOTIINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato. p. 133, 3ª ed. rev. e atual, - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BOTIINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato. p. 133, 3ª ed. rev. e atual, - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BOTIINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato. p. 158/159, 3ª ed. rev. e atual, - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

BOTIINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato. p. 159, 3ª ed. rev. e atual, - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CAPEZ. Fernando. Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003): Infrações de Perigo e o Princípio da Ofensividade Artigo publicado na Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal nº 09 - Dez/Jan de 2006

CAPEZ. Fernando. Curso de Direito Penal: parte geral 18ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2014

Decreto- Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 11ª ed., Rio de Janeiro: Graal, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. A Constituição Federal e os crimes de perigo abstrato. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20070214091633277 > desde 15/02/2007. Acesso em 15 de novembro de 2016.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2012

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2012, P. 47.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal, 14. Ed, Rio de Janeiro, Impetus. 2012. p, 51

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral. Rio de Janeiro: IMPETUS, 2012, p. 62/63.

MENDOZA VUERGO, Princípio de precaución, p.438.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al derecho penal, Barcelona, Bocha, 1975.
p, 59-60

SILVA, De Plácido. Vocabulário Jurídico. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.