

SUELI SATIKO GUENCA KAYO

A ANTECIPAÇÃO DO DIREITO PENAL NOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO:
Requisitos à legitimidade da técnica de tipificação

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Busato.

CURITIBA
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

SUELI SATIKO GUENCA KAYO

Trabalho apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Paulo César Busato
Orientador – Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná.

Prof^a Dr^a Priscilla Plachá Sá
Direito Penal e Processual Penal
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Jacson Luiz Zilio
Direito Penal e Processual Penal
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, 4 de novembro de 2015

Aos meus pais: por terem me acolhido, e pelo amor incondicional desde o meu sétimo dia de vida. Sem vocês eu nada seria.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à Deus. Faltam palavras para a devida exposição de sua infinita bondade e misericórdia. Que minha vida siga sempre de acordo com vossos desígnios, pois o bem que proporcionas – ainda que muitas vezes de maneira inesperada e misteriosa – se por vezes é maior do que conseguimos entender, é sempre muito maior do que merecemos.

Aos meus pais, Suetugu Kayo e Lúdia Emiko Guenca Kayo. Obrigada por serem meu maior porto seguro, meus melhores amigos, aqueles com quem posso contar a qualquer momento e para absolutamente tudo. Palavras não são capazes de expressar a magnitude da minha gratidão pelo amor incondicional de vocês! Humildemente, porém, agradeço à mamãe, porque cada um de seus atos é feito por amor, por ter me mostrado toda a ternura e sabedoria com as quais é possível encarar os problemas que a vida nos traz; e ao papai, meu maior companheiro, por me ensinar que eu sempre posso ser melhor, que independente do tamanho dos desafios, devo enfrentá-los sempre com a cabeça erguida, pois nunca estou sozinha. Cada um, à sua maneira, é meu maior orgulho, o exemplo do que almejo um dia me tornar. Infinitas vezes: obrigada! Amo vocês, muitíssimo!

Aos irmãos que a graduação me trouxe: Janyne Emanuella Klein Pagliarini e Guilherme Prado de Carvalho. Eu constantemente digo que não sei o que seria de mim sem todo o amor e apoio de vocês, e é essa a mais pura verdade. Não existe outro título que não “família”, pra tratar dos que me conhecem melhor do que eu mesma. Eu espero, do fundo do coração, que saibam que os amo e admiro intensamente, que saibam que as alegrias que a graduação me trouxe foram mais felizes por estar com vocês e que os mais árduos momentos só foram suportáveis pelo mesmo motivo. Agradeço, ainda, por emprestarem sentido à letra de Roberto e Erasmo Carlos: o coração de vocês é uma casa de portas abertas, meus melhores amigos, vocês são os mais certos nas horas incertas. Muitíssimo obrigada, por tudo!

Aos meus queridos amigos: Felipe Souza Gonçalves e Diogo Ronaldo Junior Cavalheiro. Obrigada, do fundo do coração, por terem dividido essa jornada comigo; por toda as risadas e, mais importante, por toda a companhia. Crescemos muito juntos, e espero que assim continuemos.

Àqueles pra quem guardo um lugar em meu coração e que fazem parte do melhor dos grupos: Samuel da Bologna, Felipe Greggio e Thiago Dolberth. Vocês

são algumas das amizades mais surpreendentes da minha vida. Obrigada por muitos dentre os melhores momentos vividos na graduação e por todo o apoio que sempre ofereceram. É lindo fazer parte de um grupo tão heterogêneo e tão coeso ao mesmo tempo.

Ao meu orientador e mais estimado professor: Paulo César Busato. Agradeço imensamente por despertar meu amor pela melhor de todas as disciplinas. Foi realmente uma honra ser sua aluna por três anos e, agora, sua orientanda. Muito melhor teria sido todo o curso se todos os professores fossem mais parecidos com você.

Aos demais amigos e familiares, bem como àqueles que, em qualquer momento ou circunstância me ajudaram a continuar: muitíssimo obrigada.

RESUMO

O presente trabalho pretende demonstrar a complexa problemática que circunda a utilização da técnica de tipificação penal de perigo abstrato, tendo em vista a ampla influência das características da sociedade de risco no Direito Penal em contraposição a necessidade de que a intervenção punitiva ocorra em compatibilidade com o Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, objetiva-se aferir os principais requisitos à legitimidade dos crimes de perigo abstrato.

Palavras-Chave: Direito Penal. Sociedade de Risco. Crimes de Perigo Abstrato.

ABSTRACT

This paper aims to demonstrate the complex controversy surrounding the criminal classification technique of abstract danger crimes, considering the influence of the risk society's characteristics upon Criminal Law as opposed to the need for the punitive intervention occurs in compatibility with the Democratic State of Law. This way, it proposes to assess the main requirements for legitimacy of crimes of abstract danger.

Keywords: Criminal Law. Risk Society. Crimes of abstract danger.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	O CLAMOR SOCIAL E O RECRUDESCIMENTO DAS INSTÂNCIAS PENAIS	9
2.1	DA SOCIEDADE DE RISCO	12
2.2	A RESPOSTA À INSEGURANÇA SOCIAL ATRAVÉS DE TÉCNICAS DE TIPIFICAÇÃO	20
2.3	OS PRINCIPAIS MODELOS POLÍTICO-CRIMINAIS FAVORÁVEIS À EXPANSÃO PENAL	30
3	O DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	39
3.1	A REDUÇÃO DE GARANTIAS PROVENIENTE DO DIREITO PENAL SIMBÓLICO	48
3.2	DOS BENS JURÍDICOS COMO LIMITE À INTERVENÇÃO PENAL.....	57
3.2.1	Do bem jurídico-penal: a conceituação e transindividualidade.....	61
3.2.2	A existência de bem jurídico como condição necessária à incriminação	65
4	CRIMES DE PERIGO ABSTRATO	69
4.1	ESTRUTURA MATERIAL DO TIPO PENAL DE PERIGO ABSTRATO.....	73
4.2	ARGUMENTOS QUANTO À (IN)CONSTITUCIONALIDADE	85
4.3	OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DOS PRINCÍPIOS LIMITADORES DO DIREITO PENAL.....	92
5	CONCLUSÃO	100
	REFERÊNCIAS	102

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia tem como principal enfoque os tipos penais estabelecidos a partir da técnica de tipificação de perigo abstrato, bem como a problemática que circunda essa opção legislativa e os requisitos à sua legitimidade.

Nesse sentido, objetiva propiciar uma análise crítica da expansão do Direito Penal a partir de técnicas de tipificação, apontando a incompatibilidade entre a resposta aos anseios provenientes da insegurança social e as garantias necessárias à manutenção do Estado Democrático de Direito. Problematizando a antecipação do *ius puniendi* à ocorrência de qualquer lesão ou exposição de perigo ao bem jurídico, busca responder o seguinte questionamento: em que casos há legitimidade na técnica de tipificação de crimes de perigo abstrato?

Para cumprir tais objetivos, antes de mais nada mostra-se necessária a exposição do contexto social em que insere-se o debate acerca desse modo de intervenção penal. Por esse motivo, o primeiro capítulo do presente trabalho versa sobre o clamor social ao recrudescimento das instâncias penais.

Observa-se, ao longo do capítulo, que o sentimento de insatisfação social faz-se evidente: de modo geral, demanda-se o aumento do rigor punitivo dos crimes já existentes, a criminalização de diversas outras condutas, assim como o adiantamento das barreiras de imputação. Esse anseio, conforme será exposto, dá-se em decorrência da sociedade de risco, razão pela qual também é realizada sua descrição.

Cunhado o conceito da sociedade de risco, conclui-se que se esse norteia os principais instrumentos de interação social, seu papel não é diferente em se tratando do Direito Penal – que responde à hodierna insegurança. Tal resposta ocorre embasada na premissa de que seria impossível que esse ramo do Direito permanecesse inerte diante da mencionada configuração social.

Propugna-se, em consequência, a atuação das instâncias punitivas visando a prevenção, isto é, no momento que antecede a afetação ou perigo de afetação do bem jurídico protegido. Nesse contexto, modifica-se a forma de compreensão da devida atuação do Direito Penal, motivo que enseja a tão fácil aceitação do Direito Penal do Risco. O processo de expansão penal ocorre por meio das técnicas de

tipificação. A título de exemplo, cita-se a o avanço da proteção de bens jurídicos individuais aos transindividuais, o emprego das normas penais em branco e, mais amplamente abordada nesse trabalho, a utilização de crimes de perigo abstrato. Tais técnicas de tipificação, utilizadas cada vez mais frequentemente e, por vezes, conjuntamente, representam a atual tendência de radical transformação das instâncias punitivas.

Após breve exposição acerca dos principais modelos político-criminais favoráveis à expansão penal, bem como de suas características essenciais, segue-se ao segundo capítulo, no intuito de que finde clara a incompatibilidade entre as últimas e a atuação do Direito Penal conforme os ditames da Constituição Federal de 1988 que, ao contrário, prevê diversos limites ao poder punitivo.

Dentre esses limites, destaca-se a existência de bens jurídicos indispensáveis à vida humana em sociedade como condições necessárias à incriminação, abordando-se também sua conceituação e a possibilidade de que tenham caráter transindividual.

O terceiro capítulo dessa monografia procede à tratativa pormenorizada dos crimes de perigo abstrato, iniciando-se com esclarecimentos acerca de sua definição. Em seguida, passa-se à controvérsia doutrinária no que tange aos argumentos pelos quais são considerados constitucionais ou inconstitucionais, a depender do autor. Resta evidente que a compreensão dos últimos mostra-se intimamente ligada à atuação que se espera de um Direito Penal que atua em consonância com o Estado Democrático de Direito, conforme exposto no capítulo anterior.

Finalmente, opta-se pela constitucionalidade da técnica de tipificação dos crimes de perigo abstrato. Mas dada a exposição de suas peculiaridades e do contexto em que surgem, são abordados os requisitos necessários à sua legitimidade, determinados pelos princípios limitadores desse ramo do Direito.

2 O CLAMOR SOCIAL E O RECRUDESCIMENTO DAS INSTÂNCIAS PENAIS

Nos tempos hodiernos, faz-se evidente o clamor social pelo recrudescimento das instâncias penais. De modo geral, advém a demanda pela criação de novos tipos penais, pelo aumento do rigor punitivo dos já existentes e pela progressiva antecipação das barreiras de imputação.

Da passagem do Direito Penal mínimo ao Direito Penal simbólico, a intervenção penal amplia-se de modo gradativo, conforme a incidência cada vez mais forte da busca por punição. Demanda que, insta salientar, tem como uma de suas bases a ingênua crença de que este ramo do Direito seria capaz de resolver todas as mazelas sociais.

Com o fito de compreender as circunstâncias geradoras deste clamor social e as consequências advindas, nos âmbitos individual e coletivo, da crescente sensação de insegurança, faz-se imperioso, antes de mais nada, aduzir as características desta sociedade e as consequências delas provenientes.

Uma vez cunhado o conceito de sociedade de risco, proceder-se-á à análise de sua relação com o Direito Penal, tanto sob a perspectiva do que dele se espera, como da resposta do último aos anseios impostos e assimilados: a expansão penal a partir das técnicas de tipificação de delitos.

Ainda nesse capítulo, serão apresentadas perspectivas favoráveis à supracitada expansão, que a depender do autor oferecem diversos modelos político-criminais que, por vezes, tem em comum tão somente a aceitação ao recrudescimento das instâncias penais.

Nesse sentido e, com todas as ressalvas necessárias ao seu posicionamento no que tange ao Direito Penal de três velocidades – a ser tratado no item 2.3 deste capítulo –, cabe mencionar as palavras das quais fez uso Jésus-María Silva Sánchez, que ao citar os ensinamentos de Carl Ludwig von Bar, expôs que

“Ali, onde chovem leis penais continuamente, onde por qualquer motivo surge entre o público um clamor geral de que as coisas se resolvam com novas leis penais ou agravando as existentes, aí não se vivem os melhores tempos de liberdade – pois toda lei penal é uma sensível intromissão na liberdade, cujas consequências serão perceptíveis também para os que a

exigiram de forma mais ruidosa —, ali se pode pensar na frase de Tácito: *pessima respublica, plurimae lege.*”¹

Cabe, sem mais delongas, proceder à exposição do que é reconhecido como sociedade de risco.

2.1 DA SOCIEDADE DE RISCO

O termo “sociedade de risco” é frequentemente utilizado por diversos teóricos do Direito Penal, denotando ambiente não só favorável como propulsor do recrudescimento das instâncias penais. Isso porque engloba, em sua conceituação, bem como na análise sociológica das consequências de uma sociedade dessa forma caracterizada, muitas das premissas indispensáveis ao atual clamor social pela intensificação da atuação do Direito Penal, assim como a anuência à correspondente resposta deste ramo do Direito.

Isso posto, indispensável proceder à sua conceituação, além de breve análise das características da sociedade assim marcada e, ainda, de sua direta influencia no que se espera do Direito Penal.

A partir da difusão da obra de Ulrich Beck², surge consenso doutrinário ao caracterizar o meio social em que vivemos como “sociedade de risco”, cujas principais características só poderão ser compreendidas por meio de prévia exposição da distinção realizada pelo sociólogo ao tratar da primeira e da segunda modernidade.

As várias revoluções políticas e industriais desenvolvidas a partir do século XVIII construíram a primeira modernidade, marcada pela intensa busca por avanço tecnológico, industrialização e supervalorização da razão técnico instrumental. Havia a crença, nessa modernidade, que o sujeito seria capaz de gerar cada vez mais desenvolvimento.

Mas se os efeitos colaterais da lógica produtiva do capitalismo não representavam grande preocupação ao homem na primeira modernidade,

¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 25.

² BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: Rumo a outra modernidade. 2. ed. São Paulo: 34, 2011.

posteriormente, o processo de modernização passa a ser reflexivo, reconhecendo problemas advindos do próprio desenvolvimento técnico-econômico.

Justamente por isso é que, na segunda modernidade emerge a relativização da razão técnico-instrumental, assim como questionamentos acerca de riscos decorrentes da produção industrial e do avanço tecnológico. Nas palavras de Beck,

Essa passagem da lógica de distribuição de riqueza na sociedade da escassez para a lógica da distribuição de riscos na modernidade tardia está ligada historicamente a (pelo menos) duas condições. Ela consoma-se, em primeiro lugar – como se pode reconhecer atualmente –, quando e na medida em que, através do nível alcançado pelas forças produtivas humanas e tecnológicas, assim como pelas garantias e regras jurídicas do Estado Social, é objetivamente reduzida e socialmente isolada a autêntica carência material. Em segundo lugar, essa mudança categorial deve-se simultaneamente ao fato de que, a reboque das forças produtivas exponencialmente crescentes no processo de modernização, são desencadeados riscos e potenciais de autoameaça numa medida até então desconhecida.³

Nessa perspectiva, o autor elenca o que considera ser a arquitetura social e a dinâmica política de tais potenciais de autoameaça civilizatória. A primeira tese exposta é a de que os riscos são produzidos de modo intimamente relacionado ao desenvolvimento das forças produtivas, razão pela qual sua definição e instrumentos são dotados de grande importância na perspectiva sociopolítica.

Em sua distribuição, os riscos ocasionam situações sociais de ameaça, que apesar de em alguns casos acompanharem desigualdades de posições e classes sociais, terminam por conter efeito bumerangue, ameaçando também a legitimidade, a propriedade e o lucro dos que os obtêm.

Ainda assim, Beck observa que a chamada expansão e mercantilização dos riscos em nada rompe com a lógica capitalista de desenvolvimento, vez que a economia é autorreferente, independente de eventual satisfação das necessidades humanas. Aduz que, se as riquezas podem ser possuídas, o conhecimento adquire nova relevância política, disseminando-se também no que se refere aos riscos. E, por fim, que o que até então era tido como apolítico torna-se político com o advento do combate às “causas” do próprio processo de industrialização, visto que os riscos são socialmente reconhecidos.

Anthony Giddens, por sua vez, também disserta acerca das mudanças oriundas da modernidade, expondo que “Tanto em sua extensionalidade quanto em

³ BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: Rumo a outra modernidade. 2. ed. São Paulo: 34, 2011. P. 23.

sua intensionalidade, as transformações envolvidas na modernidade são mais profundas que a maioria dos tipos de mudança característicos dos períodos precedentes.”⁴

Sob essa perspectiva, o autor identifica o que chama de descontinuidades, responsáveis por separar as instituições sociais modernas das ordens sociais tradicionais. Após mencionar o envolvimento, de modo geral, de diversas características, aponta as principais descontinuidades por ele reconhecidas.

A primeira consiste no ritmo da mudança: a rapidez das mudanças, em condições de modernidade, é extrema quando comparada às civilizações tradicionais – por si só mais dinâmicas que outros sistemas pré-modernos. A segunda é o escopo da mudança: devido à interconexão entre as diversas áreas do globo, as ondas de transformação social penetram por toda a superfície da Terra. Ainda, expõe a natureza intrínseca das instituições modernas, ao passo em que algumas formas sociais não se encontram em períodos históricos precedentes – a exemplo da dependência da produção de fontes de energia inanimadas – enquanto outras tem continuidade apenas especiosa em relação às ordens sociais pré-existentes – sendo exemplo a cidade, vez que o urbanismo moderno ordena-se por princípios completamente diferentes dos que estabeleceram a cidade pré-moderna.⁵

É nesse contexto que alerta ser a modernidade “um fenômeno de dois gumes”⁶. Se, por um lado, oportuniza uma existência mais segura e gratificante que qualquer tipo de sistema pré-moderno – algo muito enfatizado pelos fundadores clássicos da sociológica, como Marx e Durkheim – jamais se chegou a prever o potencial destrutivo de larga escala em relação ao ambiente material.⁷

Para o autor,

A mistura de risco e oportunidade é tão complexa em muitas das circunstâncias envolvidas que é extremamente difícil para os indivíduos saberem até onde atribuir confiança a prescrições ou sistemas específicos e em que medida suspendê-la. [...] Confiança e risco, oportunidade e perigo – estas características polares, paradoxais, da modernidade permeiam todos os aspectos da vida cotidiana, mais uma vez refletindo uma extrapolação extraordinária do local e do global.⁸

⁴ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991. P. 10.

⁵ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991. P. 12.

⁶ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991. P. 12.

⁷ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991. P. 13.

⁸ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991. P. 131.

Especialmente no que tange à compreensão dos riscos contemporâneos, Pablo Rodrigo Alflen da Silva esclarece que uma noção mais precisa advém de uma divisão das transformações do risco em três etapas, permitindo melhor compreensão de sua influência perante o Direito Penal. A primeira fase dar-se-ia na sociedade liberal do séc. XIX, na qual o risco era um acontecimento exterior e imprevisto, ao passo em que os perigos eram perceptíveis pelos sentidos.⁹

Posteriormente,

[...] surge a emergência da noção de prevenção – entendendo-se como tal a atitude coletiva, racional e voluntarista que se destina a reduzir a probabilidade de ocorrência e a gravidade de um risco (objetivável e mensurável). A utopia científica e técnica de uma sociedade dona de si mesma confirma-se em todos os aspectos: ‘prevenção de doenças’, prevenção da miséria e da insegurança social’. Nesta etapa, o risco passa a não depender mais da categoria dos golpes do destino e assume a figura do acontecimento estatístico objetivado pelo cálculo das probabilidades e tornado socialmente suportável pela mutualização da responsabilidade pelos danos [...]¹⁰

Atualmente, na terceira fase, tratar-se-ia do risco enorme, irreversível e pouco previsível: a “sociedade do risco, portanto, é uma sociedade que se põe ela própria em perigo: basta pensar no risco sanitário, no risco alimentar ou ainda no risco tecnológico.”¹¹

Outrora, os riscos caracterizavam-se pela pessoalidade, regionalidade, concretude e facilidade de previsão. Tais aspectos transformaram-se a partir das novas técnicas de produção, que não foram proporcionalmente seguidas por novos métodos de avaliação dos potenciais resultados de sua utilização. Quando o risco conhecido cede espaço à periculosidade inerente às atividades humanas, há dificuldade de estabelecer nexos causais entre a realização de determinadas atividades e seus resultados.

⁹ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. A técnica das leis penais em branco como instrumento oportuno em um direito penal do risco. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, v. 36, p.355-385, 2008. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18454/9886>>. P. 367.

¹⁰ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. A técnica das leis penais em branco como instrumento oportuno em um direito penal do risco. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, v. 36, p.355-385, 2008. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18454/9886>>. Acesso em: 31 maio 2015. P. 367-368.

¹¹ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. A técnica das leis penais em branco como instrumento oportuno em um direito penal do risco. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, v. 36, p.355-385, 2008. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18454/9886>>. Acesso em: 31 maio 2015. P. 368.

Para além da invisibilidade das situações de ameaça civilizacional, de acordo com Beck, resta claro que em se tratando de riscos, as declarações englobam tanto um componente teórico como um componente normativo. Necessitam ser presumidas como verdadeiras, acreditadas, motivo pelo qual também nesse sentido os riscos são invisíveis.

É estabelecida ética implícita, em que pretensões, interesses e opiniões conflitivas e concorrentes, dos diversos grupos afetados e atores da modernização, acabam agregando-se, pautadas por interesses sociais e possibilidades matemáticas. Portanto, inexistente relação direta entre eventual solidez científica e o efeito social das definições de risco: as pesquisas muitas vezes apresentam discrepâncias entre si, revelando que mesmo a ciência estrutura-se por opções políticas.

Também quando a periculosidade é aferida por meio de análises estatísticas, ao invés de constatada clara correlação causal, não é imune à decisão política: essa ocorre no momento em que são definidos quais indícios de eventual risco serão considerados relevantes, ou quais riscos serão certamente suspeitos.

Ao mesmo tempo, é gerada irresponsabilidade generalizada, pois “Todos são causa e efeito, e portanto uma não causa”¹². Funda-se o conflito que sustenta o modelo de sociedade atual, que oscila entre o discurso de defesa do risco – responsável pelo desenvolvimento – e sua restrição, o que se mostra evidente em se tratando da administração do risco.

Riscos também guardam relação com a antecipação. Remetem ao que ainda não ocorreu mas faz-se eminente; incide, assim, um componente futuro, gerador da importância do prognóstico preventivo. Tal importância intensifica-se frente outra característica relevante da sociedade de risco, qual seja, a incidência do fenômeno da globalização, que faz com que os riscos contemporâneos dotem-se de extraterritorialidade. Ocorre não só a indeterminação dos autores, mas das próprias vítimas. Nesse sentido, ao passo em que as riquezas são produzidas em massa e em larga escala, o mesmo ocorre com os riscos.

Se o risco tem como base a iminência de perigo, consiste justamente na ausência de certeza de que determinada conduta levaria a algum resultado, isto é, o não conhecimento da relação de causalidade decorrente dos fatos. Por essa razão,

¹² BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: Rumo a outra modernidade. 2. ed. São Paulo: 34, 2011. P. 39.

a inerência do risco na ordem econômica e social acarreta sensação de insegurança coletiva, desintegrando pautas de confiança e de expectativas de agir.

Os riscos sempre existiram, mas a partir de suas principais características atuais, é possível perceber que em nenhum outro momento da história o homem reagiu a eles com tamanha insegurança e medo. Para Botinni¹³, sequer se trata da existência de perigos maiores na atualidade do que no passado, mas de um novo papel do risco, hodiernamente norteador, assim como o perigo, dos principais instrumentos de interação social.

Neste aspecto, impossível negar a relevância da influência midiática, que ao repassar informações aos seus destinatários “traz todos os fatos, por mais longínquos que sejam, para muito próximo das pessoas”¹⁴. Não só a vítima ou os habitantes da cidade sentirão a intensa repercussão do delito, mas todos aqueles dotados de acesso à informação por vezes sensacionalista, capaz de potencializar o medo e a insegurança das pessoas. A existência de riscos acaba por tornar-se fenômeno cotidiano, aproximando-se superficialmente do cidadão comum, ainda que não pertença ao seu âmbito de afetação.

Ao reconhecer a configuração da sociedade de risco, Silva Sánchez¹⁵ apresenta as diversas causas de expansão do Direito Penal, podendo ser elencadas como principais:

- (a) os “novos interesses”;
- (b) o efetivo aparecimento de novos riscos;
- (c) a sensação social de insegurança;
- (d) a configuração de uma sociedade de “sujeitos passivos”;
- (e) a identificação da maioria com a vítima do delito;
- (f) o descrédito de outras instâncias de proteção;
- (g) os gestores “atípicos” da moral;
- (h) a atitude da esquerda política.

Dada sua importância teórica ao ser lembrado por diversos outros doutrinadores em se tratando da contextualização das principais causas da

¹³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 22.

¹⁴ MACHADO, Fernando Buzzá. **Direito Penal e a Sociedade do Risco**. 2008. 61 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. P. 39.

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 33.

expansão penal, incumbe proceder à análise – ainda que sucinta – da explanação por ele apresentada.

No que tange aos “novos interesses”, Silva Sánchez remete ao advento de novos bens jurídicos e ao aumento do valor experimentado por alguns dos bens jurídicos anteriormente existentes. Seriam causas legitimadoras da incidência do Direito Penal, assim como a deterioração das realidades tradicionalmente abundantes e o aparecimento de novas.

Também ocorreria o efetivo aparecimento de novos riscos, em decorrência de avanços tecnológicos nunca antes vistos na história da humanidade, capazes de ocasionar outras modalidades delitivas dolosas, desta vez projetadas justamente sobre as possibilidades da tecnologia.

Tratar-se-ia de sociedade dotada de enorme complexidade, que demanda reconstrução técnico-jurídica pela insuficiência da utilização de delitos de resultado/lesão como técnica de abordagem do problema. Esse paradigma, em conjunto com outras características individualizadoras presentes nessa sociedade, implicaria em “objetiva” insegurança, isto é, na institucionalização da insegurança social.

A dimensão subjetiva da sensação social de insegurança, por outro lado, seria a insegurança sentida. Essa derivaria do fato de que, no âmbito das relações humanas, “as novas realidades econômicas, às que se somaram importantes alterações ético-sociais, vêm dando lugar a uma instabilidade emocional-familiar que produz uma perplexidade adicional”¹⁶. Silva Sánchez assinala tanto o retrocesso nas estruturas orgânicas de solidariedade, vez que a sociedade não mais seria uma comunidade, mas um conglomerado de indivíduos, como a atuação dos meios de comunicação, que funcionariam como instrumentos da indignação pública ao reforçar ou estabilizar medos já existentes.

Especialmente quanto à configuração de uma sociedade de sujeitos passivos, Silva Sánchez¹⁷ expõe crer na existência um protótipo de vítima que não assume a possibilidade de que seu algoz corresponda ao azar, partindo sempre da premissa de que existe terceiro responsável a quem imputar o feito e suas consequências.

¹⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 42.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 59.

Dentre as características da sociedade atual responsáveis pela expansão penal, encontrar-se-ia também o seguinte raciocínio: dada a incapacidade de impedir a ocorrência do trauma sofrido pela vítima, existiria dívida geradora da responsabilidade social de punir o autor.

Incidiria, ainda, o descrédito de outras instâncias de proteção, quais sejam: a ética social, o Direito Civil e o Direito Administrativo, que perante a ocorrência dos delitos, seriam inexistentes ou insuficientes. A primeira, devido à moderna relativização de critérios tradicionais de distinção entre o bom e o mau. O Direito Civil, por ser duvidável que “sua tendência a objetivação da responsabilidade possa expressar a reprovação que é necessário manifestar diante de determinados fatos”¹⁸. Quanto ao Direito Administrativo, o autor expõe a verificação, por parte da população, da tendência da Administração Pública de atuar como cúmplice de delitos socioeconômicos de várias espécies.

Do mesmo modo, os gestores “atípicos” da moral, tais como ecologistas, feministas, vizinhos, pacifistas, dentre outros, teriam fascinação pelo Direito Penal, na expectativa de proteção de seus respectivos interesses, assim como a esquerda política, que em atitude esquizofrênica propugnaria a atuação desse ramo do Direito em se tratando de obstáculos à convivência democrática.

Finalmente, o autor faz menção aos fenômenos que, em sua concepção, são multiplicadores da expansão penal, acentuando substancialmente as tendências já presentes nos ordenamentos jurídicos nacionais. São eles a globalização econômica e a integração supranacional, que demandam respostas jurídico-penais supranacionais, fundamentalmente práticas e voltadas a casos que, por vezes, tem insuficiente regulação legal.

Conforme assevera Fernando Buzzá Machado

O medo e a insegurança generalizadamente incrustados na sociedade contemporânea acarretam efeitos funestos ao Direito, especialmente o Direito Penal. Inseguro em relação à vida social, o homem passa a clamar por uma resposta estatal capaz de conter veementemente os riscos globais que tanto o atemorizam. E o recrudescimento do Direito Penal lhe parece ser o caminho mais fácil e eficiente para cumprir a contento essa proteção contra as ameaças da contemporaneidade.¹⁹

¹⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 77.

¹⁹ MACHADO, Fernando Buzzá. **Direito Penal e a Sociedade do Risco**. 2008. 61 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. P. 40.

Uma vez estabelecido simplório conceito de sociedade de risco, bem como as características dela decorrentes, sucede tecer considerações acerca de sua relação com o Direito Penal, em especial no que tange à resposta deste ramo do Direito aos anseios sociais.

2.2 A RESPOSTA À INSEGURANÇA SOCIAL ATRAVÉS DE TÉCNICAS DE TIPIFICAÇÃO

Conforme abordado no item anterior, são diversas as causas, provenientes do contexto de sociedade de risco, que terminam por gerar a demanda pelo aumento da intervenção do Direito Penal. Ainda, aduziu-se que esse anseio somente se intensifica através das influências midiáticas e da crença na incapacidade de atuação de outros meios de controle social.

Trata-se da premissa, adotada por diversos doutrinadores do Direito Penal, da impossibilidade de que este permaneça estático e inerte perante a configuração social atualmente imposta. Os problemas da contemporaneidade não poderiam deixar de ser abarcados pelo ramo do Direito responsável por repelir o que é considerado intolerável.

Segundo Jesús-Maria Silva Sánchez

[...] a existência de uma demanda social constitui um ponto de partida real, de modo que a proposta que acabe sendo acolhida no que se refere à configuração do Direito Penal não poderia desconsiderar a necessidade de dar a ela uma resposta também real.²⁰

Ocorre que o referido autor aponta como causas da expansão do Direito Penal, antes de quaisquer outras, o surgimento de novos interesses e o efetivo aparecimento de novos riscos. Com a devida vênia, faz-se imperiosa a apresentação de discordância no que tange à estas razões.

Importa esclarecer que a ampliação da intervenção punitiva não se faz presente quando sua atuação ocorre em compatibilidade com a efetiva necessidade

²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 30.

de proteção a bens jurídicos, em conformidade com os ditames das novas realidades sociais.

Em outras palavras, quando tais realidades impõem nova importância aos bens jurídicos já existentes, ou quando delas decorre a indispensável proteção de novos bens jurídicos, inexistente espaço para referenciar a supracitada expansão. O mesmo fenômeno ocorre quando o bem jurídico de outrora passa a carecer de relevância necessária para que se justifique sua tutela penal: trata-se de imprescindível adaptação ao contexto social.

Nas mencionadas situações, a intervenção do Direito Penal não contraria os princípios limitadores desse ramo do Direito. A expansão ocorre, pois, quando sua atuação dá-se pautada tão somente no anseio pela resolução das mazelas sociais com base em novas leis penais ou no recrudescimento das já existentes. Incremento punitivo que Silva Sánchez²¹ crê ser radicado em seu significado comunicativo, que tem como marcas a certeza e severidade de castigo, a distância gerada por suas formas rígidas e, ainda, sua sacralização.

Pelo fato de procederem da ação humana é que os riscos contemporâneos contribuem à propagação do discurso favorável à expansão do Direito Penal, vez que favorece-se a crença de que poderiam ser inibidos, em decorrência de normas de conduta, pela restrição de comportamentos.

Em se tratando desse contexto social, Bottini²² retrata que o Direito Penal termina por pautar sua atuação visando a prevenção, no momento antecedente à causação de um mal ou afetação do bem jurídico protegido; passa a ter como enfoque a probabilidade de afetação de bens e interesses, assim como o desvalor da ação, ao invés do efetivo desvalor do resultado e do prejuízo concreto. Ainda, conforme assinalado pelo autor,

A demanda social pela expansão do direito penal não postula a ruptura do modelo produtivo, não requer mudanças drásticas nas estruturas econômicas, mas, ao mesmo tempo, e em aparente incoerência, requer a supressão de um elemento basilar para a manutenção desse sistema – o risco. [...] A falta de clareza na redação dos tipos penais, o largo emprego de normas abertas ou em branco, a fluidez dos bens jurídicos protegidos decorre, em última instância, do paradoxo do risco, pois, ao mesmo tempo

²¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 94.

²² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 68.

em que desejamos sua supressão, dependemos dele para a manutenção da estrutura econômica e social atual.²³

Dessa perspectiva, advém o Direito Penal do Risco, no qual o plano repressivo do Estado volta-se aos problemas da modernidade visando um fim específico: a contenção e minimização dos riscos contemporâneos. Mitiga-se o princípio da reserva legal, antecipando a tutela penal e atenuando princípios básicos de garantia do cidadão frente ao *ius puniendi* – tal qual será analisado no capítulo imediatamente posterior.

Na concepção de Cornelius Prittwitz, o Direito Penal do Risco tem papel decisivo na tarefa de tornar seguro o futuro de nossa sociedade, sendo dotado de ampla conexão com a descoberta sociológica do risco. A partir dela, o Direito Penal liberal sofre mutação para um Direito Penal expansivo, algo comprovável de modo empírico.²⁴ Isso porque, com o advento das demandas provenientes da sociedade de risco, é possível constatar que “um comportamento não é penalmente tipificado porque é considerado socialmente inadequado, mas a fim de que seja visto como socialmente inadequado.”²⁵

Assim sendo, na tentativa de fornecer segurança à sociedade, o Direito Penal do Risco acaba por modificar a forma de compreensão e atuação deste ramo do Direito, que em seus moldes clássicos é verificada como insuficiente para tutelar as novas ameaças e conflitos sociais da sociedade de risco. Para Busato, “[...] em uma sociedade marcada pela volatilidade dos interesses, é bastante frequente a opção por técnicas de formulação dos tipos penais que contemplam igualmente certa vagueza.”²⁶

Sobre a caracterização da expansão penal, leciona Prittwitz que se trata

[...] de admitir novos candidatos no círculo dos direitos (como o meio ambiente, a saúde da população e o mercado de capitais), de deslocar mais para frente a fronteira entre comportamentos puníveis e não puníveis – deslocamento este considerado em geral, um pouco precipitadamente, como um avanço na proteção exercida pelo direito penal – e finalmente em

²³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 71.

²⁴ PRITTWITZ, Cornelius. “O Direito penal entre Direito penal do Risco e Direito Penal do Inimigo”, *in* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n 47. Trad. Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito, São Paulo: Revista dos Tribunais, março-abril de 2004. P. 38.

²⁵ PRITTWITZ, Cornelius. “O Direito penal entre Direito penal do Risco e Direito Penal do Inimigo”, *in* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n 47. Trad. Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito, São Paulo: Revista dos Tribunais, março-abril de 2004. P. 39.

²⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013. P. 176.

terceiro lugar de reduzir as exigências de censurabilidade, redução esta que se expressa na mudança de paradigmas, transformando lesão aos bens jurídicos em perigo aos bens jurídicos.²⁷

A perspectiva adotada no presente trabalho afere que a expansão penal apresenta-se por meio de técnicas de tipificação, cujas modificações podem ser observadas, a título exemplificativo, (a) no avanço da proteção de bens jurídicos individuais aos transindividuais; (b) na passagem da utilização de crimes de dano aos de perigo concreto e, finalmente, aos de perigo abstrato; e (c) no emprego de normas penais em branco.

Isso posto, convém proceder ao exame, ainda que sucinto, das técnicas de tipificação mencionadas, que a partir de sua incidência e da maneira como muitas vezes são utilizadas conjuntamente, são capazes de representar a tendência à desformalização do controle penal.

Importa ressaltar, no entanto, que neste sub-tópico prossegue-se à leitura sobre os bens jurídicos transindividuais em especial no que compete à sua relação com a expansão penal, vez que as considerações quanto ao seu conceito e indispensabilidade à incriminação serão realizadas no item 3.2 do presente trabalho.

No que tange à tutela penal de bens jurídicos transindividuais, há grande debate na doutrina não somente no que tange à sua legitimidade, mas acerca de sua conceituação. Nesse sentido, cabe fazer breve menção às teorias monista, subdividida entre personalista e coletiva, e dualista.

A teoria monista personalista, na qual situa-se a Escola de Frankfurt, tem como referência a pessoa. Justamente por isso, seriam legítimos os bens jurídicos individuais, enquanto aos bens jurídicos transindividuais haveria tutela penal tão somente na medida em que sirvam ao sujeito individualmente considerado. Assim sendo, ao citar as palavras de Susana Aires de Souza, Busato explica que “o emprego do direito penal para minimizar os perigos científicos e tecnológicos teria exclusivamente um caráter simbólico.”²⁸

A teoria monista coletivista, por sua vez, pode ser simplificada a partir da perspectiva de Luana Cuban da Costa, para quem

²⁷ PRITTWITZ, Cornelius. “O Direito penal entre Direito penal do Risco e Direito Penal do Inimigo”, in **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n 47. Trad. Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito, São Paulo: Revista dos Tribunais, março-abril de 2004. P. 39.

²⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013. P. 377.

O segundo viés da teoria monista apenas admite a existência de bens jurídicos numa ótica coletivista, na qual os bens transindividuais se sobreporiam àqueles individuais, a partir da ideia de funcionalidade. Binding, um dos adeptos da noção, entende que “só como bens jurídicos sociais, e nunca como bens meramente individuais é que os objetos dos juízos individuais de valor gozam de proteção jurídica.”²⁹

Em contrapartida, a teoria dualista não concebe hierarquia em relação aos bens jurídicos, que são admitidos em duas ordens: os bens jurídicos transindividuais e os individuais, ambos dotados de existência e legitimidade autônomas. Nas palavras de Gracia Martín,

[...] o volume de condições de liberdade teoricamente passíveis de distribuição entre todos os homens é constante e invariável em cada espaço e tempo históricos, aquela acumulação de liberdade (e bem-estar) pelas classes dominantes traduziu-se, simultânea e necessariamente, na correspondente “construção” da liberdade material (e do bem estar) – já em si mesma escassa – das classes dominadas, pois toda extensão da liberdade de uma classe só é possível à custa da respectiva limitação da liberdade dos demais.³⁰

O autor complementa o exposto ao aduzir que os bens jurídicos transindividuais garantem funcionalidade aos individuais, possibilitando sua fruição. Seu valor pautar-se-ia em sua funcionalidade, que é negativa, quando fornece segurança e garantia aos bens jurídicos individuais, e positiva, quando os promove.³¹

O problema que aqui se coloca, em se tratando da expansão do Direito Penal, é que a qualidade e intensidade da lesão sofrida por bens transindividuais e individuais são diferentes. Sob essa perspectiva, a suscetibilidade ao clamor social pela expansão penal pode ocasionar, a partir do objetivo de proteção aos bens jurídicos transindividuais, a utilização de técnicas de tipificação nas quais a intervenção penal não se justifica.

²⁹ COSTA, Luana Cuban da. **A legitimidade da tutela penal de bens jurídicos transindividuais**. 2012. 52 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/31295/LUANA_CUBAN_DA_COSTA.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 out. 2014. P. 26.

³⁰ GRACIA MARTÍN, Luis. **A Modernização do Direito Penal como Exigência da Realização do Postulado do Estado de Direito (social e democrático)**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 88, 2010. P.117.

³¹ GRACIA MARTÍN, Luis. **A Modernização do Direito Penal como Exigência da Realização do Postulado do Estado de Direito (social e democrático)**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 88, 2010. P. 132.

Busato³², ao adotar filtro de critérios único para os bens jurídicos, reclama não somente a necessidade da existência de legitimidade acerca do bem jurídico transindividual a ser tutelado, mas a ocorrência de ataque grave o suficiente ao desenvolvimento social dos seres humanos, tal qual é imposto à justificação da tutela penal perante bens jurídicos individuais. A diferença entre ambos seria apenas a aflição, que no segundo caso, é voltada somente a um ser humano.

Sob essa perspectiva, em consonância com o viés aqui apontado acerca da expansão penal, é imperioso reconhecer que a existência, por si só, da proteção de bens jurídicos transindividuais, não é capaz de gerar o recrudescimento das instâncias penais. Esse ocorre, pois, quando os bens jurídicos transindividuais são tutelados em relação a condutas que não geram aflição qualitativa ou quantitativamente relevantes. Ainda, nos casos em que as barreiras de imputação são adiantadas, para sua proteção, sem a devida taxatividade ou gravidade da conduta passível de punição.

Assim sendo, o supramencionado autor, ao tratar dos critérios necessários à tipificação penal quando essa tem como enfoque a proteção desta classe de bens jurídicos, assevera que

[...] se quer dizer que algumas fórmulas típicas como o delito de perigo (especialmente os de perigo abstrato) ou o tipo imprudente consistem em claros adiantamentos de barreiras de imputação que devem corresponder, necessariamente e tanto quanto possível, a uma descrição típica fechada, restrita a casos absolutamente essenciais, sob pena de quando conjugadas a bens jurídicos coletivos e institucionalizados, se chegue a verdadeiras aflições do princípio da intervenção mínima.³³

Feitas breves considerações acerca da tutela penal sobre bens jurídicos transindividuais, importa prosseguir à tratativa da passagem das técnicas de tipificação: de delitos de dano, aos de perigo concreto e de perigo abstrato. Convém a ressalva de que proceder-se-á à análise pormenorizada das fórmulas típicas de delito de perigo abstrato no Capítulo 4 do presente trabalho, razão pela qual, neste tópico, tratar-se-á tão somente das circunstâncias nas quais vislumbra-se sua direta relação com a expansão penal.

Ocorre que “o Direito Penal, ao proteger o bem jurídico, não só exige pena no caso de sua lesão, como também no caso da colocação em perigo dos

³² BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013. P. 385.

³³ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**: Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013. P. 386.

mesmos.”³⁴ Dessa maneira, faz-se possível classificar as infrações penais quanto ao resultado produzido para os bens jurídicos, dividindo-se em crimes de dano e crimes de perigo.

Os crimes de dano exigem, para sua consumação, a superveniência de efetiva lesão do bem jurídico, sem a qual poderá caracterizar-se tentativa ou mesmo indiferente penal. Nos crimes de perigo, “o elemento subjetivo é o dolo de perigo, cuja vontade limita-se à criação da situação de perigo, não querendo o dano, nem mesmo eventualmente”³⁵. Assim sendo, consumam-se sem produzir dano efetivo ao bem jurídico, somente com a criação de um perigo real, razão pela qual diz-se que “tipificada é a ameaça da ofensa, e não a ofensa em si.”³⁶

Em se tratando dos crimes de perigo, subsiste subdivisão entre crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato. No caso dos primeiros, exige-se perigo identificado, isto é, que no caso concreto seja constatada real situação de risco ao bem juridicamente protegido, o que se assume a partir da probabilidade da superveniência de um dano.

Já nos tipos penais de perigo abstrato, a mera realização da conduta descrita como comportamento proibido faz presumir a exposição ao perigo. Diferentemente do que ocorre no caso anterior, o perigo ao qual remetem os crimes assim tipificados “pode ser entendido como aquele que é presumido *juris et de jure*. Nesses termos, o perigo não precisaria ser provado, pois seria suficiente a simples prática da ação que se pressupõe perigosa.”³⁷

É por sua configuração que os crimes de perigo costumam ter em sua estrutura de base os chamados bens jurídicos difusos³⁸, sendo talvez a principal forma pela qual o Direito Penal do Risco atua perante as novas demandas da sociedade pós industrial. Sobre o assunto, expõe Fernando Buzzá Machado que

Se o Direito Penal trabalhar apenas com tipos de lesão, explicam os penalistas do risco, nunca será capaz de proteger a sociedade dos riscos globais da atualidade. Afinal, completam esses autores, se a censuralidade e a reprovabilidade penais estiverem adstritas a casos de

³⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013. P. 389.

³⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 274.

³⁶ MACHADO, Fernando Buzzá. **Direito Penal e a Sociedade do Risco**. 2008. 61 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. P. 52.

³⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 274.

³⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013. P. 390.

concreta e presente lesão a bem jurídico, em pouco tempo para nada servirá o Direito Penal, uma vez que os maiores dilemas enfrentados na atualidade são riscos de escala global, que ameaçam a sociedade como um todo e que apenas anunciam uma futura e incerta lesão [...]

Também nas palavras de Bottini³⁹, a antecipação da incidência da norma guarda evidente relação com a atualidade, pois ao deslocar o injusto do resultado à conduta anterior à própria constatação do risco, o legislador reflete seu intuito de prevenção e a necessidade de evitar o perigo, garantindo a proteção dos bens jurídicos de forma mais eficaz.

Dessa maneira, embora muitas vezes necessários à resposta frente novas realidades advindas das transformações sociais, resta claro que por suas características, os crimes de perigo – em especial os de perigo abstrato –, quando utilizados em excesso ou sem consonância com os princípios limitadores do Direito Penal, facilmente propiciam ampla contribuição à expansão penal, vez que dificultam a ocorrência da figura da tentativa e suprimem a possibilidade da incidência de quase todas as permissões fracas e fortes.

Devido às suas características, parte da doutrina chega a alegar inconstitucionalidade da técnica de tipificação utilizada em crimes classificados, quanto ao seu resultado, como de perigo abstrato – tal qual será melhor discutido no item 4.2 do presente trabalho –, ao passo que para muitos autores, a incriminação da simples prática de ação configura violação do princípio da ofensividade, pois “sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal.”⁴⁰

Em síntese, resta demonstrada íntima relação entre essa técnica de tipificação e o anseio social pelo recrudescimento das instâncias penais, dada sua larga utilização justamente em resposta ao último. Nessa toada, assinala Bottini que

O tipo penal da precaução afetar, justamente, as atividades cuja periculosidade não é reconhecida pela ciência nem pelas evidências estatísticas, mas cuja contenção é exigida por uma sociedade apavorada com os efeitos potenciais e ocultos das novas tecnologias.⁴¹

³⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 74.

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 274.

⁴¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 85.

Por sua vez, para a compreensão do significado de norma penal em branco, faz-se necessário remeter à estrutura geral de preceito e sanção, elementos base de todas as normas. Ao passo em que o preceito da norma descreve a conduta que é regulada, a sanção refere-se à penalidade a ser aplicada em caso de descumprimento do preceito normativo.

Apesar das diferentes concepções acerca das normas penais em branco, o presente trabalho adotará a fornecida por Rodrigo Alflen da Silva, para quem

[...] nas leis penais em branco em sentido amplo o tipo e a sanção encontram-se separados externamente, sendo que a sanção vincula-se apenas a um tipo que necessita ser complementado, podendo distinguir-se duas hipóteses: a) a complementação necessária está contida na mesma lei [...]; e b) o complemento está contido em outra lei, embora da mesma instância legislativa. Já nas leis penais em branco em sentido estrito a complementação necessária está incluída em uma lei de outra instância legislativa.⁴²

A adaptabilidade das normas penais em branco em sentido estrito decorre do fato de que essas remetem o estabelecimento do conteúdo descritivo do tipo à instância não legislativa, o que ocasiona ofensa ao princípio da legalidade a depender do arbítrio da Administração no estabelecimento da descrição do fato. Ao abrir espaço para a realização da política e interesses estatais de contenção de riscos, tem-se enunciados voláteis e manipuláveis em substituição ao núcleo essencial do delito.

Na opinião de Alflen da Silva, a complexidade da vida em face dos problemas cuja regulamentação é de difícil determinação – por ser dependente de conjunturas ocasionais – impõe decisões temporárias a cada uma delas, o que reflete na necessidade, também na legislação, de recurso à instâncias mais ágeis, razão pela qual as leis penais em branco passam a ser reconhecidas como um mal necessário.⁴³

Mas como outrora dito, não se dá a ocorrência da expansão do Direito Penal quando sua tutela incide nos casos em que há verdadeira necessidade. Assim, essa

⁴² SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. A técnica das leis penais em branco como instrumento oportuno em um direito penal do risco. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, v. 36, p.355-385, 2008. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18454/9886>>. Acesso em: 31 maio 2015. P. 359.

⁴³ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. A técnica das leis penais em branco como instrumento oportuno em um direito penal do risco. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, v. 36, p.355-385, 2008. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18454/9886>>. Acesso em: 31 maio 2015. P. 360.

não se configura na simples utilização da técnica de tipificação de norma penal em branco em decorrência da volatilidade necessária à adequação perante a realidade social. O incremento da atuação desse ramo do Direito ocorre, pois, a depender da frequência e da forma como a mencionada técnica é utilizada.

Em se tratando da necessidade de limites à sua utilização, sob pena de que ocorra o mencionado recrudescimento das instâncias penais, leciona Paulo César Busato que

Se é preciso aceitar a dinâmica das normas penais em branco, a necessidade de seu emprego deve revestir-se de outras garantias e sofrer a incidência de outros princípios limitadores, tais como recorrer a ela somente em *ultima ratio* e que a interpretação que resulte da integração entre norma penal e norma administrativa se dê sempre sob o foco da proteção ao bem jurídico.⁴⁴

Nos casos em que a tipificação penal baseia-se em bens jurídicos transindividuais sem legitimidade por sua dispensabilidade ao desenvolvimento social dos seres humanos, quando tem como preceito normativo a realização de ataques que não são graves o suficiente ou sequer reconhecidos pela ciência ou por evidências estatísticas, e quando se abstém da incidência dos princípios limitadores do Direito Penal, é imperioso o reconhecimento da atuação do já mencionado Direito Penal do Risco.

No cumprimento de sua função simbólica, o Direito Penal transforma-se radicalmente, pois

Ao invés de efetivamente proteger bens jurídicos fundamentais, esse ordenamento jurídico tem objetivo precípua, porém velado, de retribuir as expectativas que as pessoas nele depositam. Perplexas com os riscos globais, cujas dimensões são largamente ampliadas pela ação da mídia, as pessoas reclamam proteção eficaz. E concentram seu clamor no Direito Penal, que passa a ser visto como o melhor e mais potente mecanismo de salvaguarda dos indivíduos. Eleito o mecanismo de salvação da humanidade, o Direito Penal reestrutura-se, reformula-se, refunde-se para criar na sociedade a impressão de que realmente a está protegendo dos grandes problemas por ela enfrentados no começo do século XXI. Tudo o que o Direito Penal do Risco procura é despertar a confiança das pessoas de que de fato algo por elas está sendo feito, acalmando os ânimos populares.⁴⁵

⁴⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013. P. 386. P. 182-183.

⁴⁵ MACHADO, Fernando Buzzá. **Direito Penal e a Sociedade do Risco**. 2008. 61 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. P. 55.

Cancio Meliá, por sua vez, expõe que o Direito Penal simbólico faz referência ao fato de que diversos agentes públicos infligem dano concreto com a pena, visando obter efeitos simbólicos. Tratar-se-ia da “importância outorgada pelo legislador aos aspectos de comunicação política.”⁴⁶ O objetivo destes agentes seria fornecer a impressão de que o legislador faz-se atento e decidido, tranquilizando a população a partir da predominância da função latente sobre a manifesta.⁴⁷

Nesse sentido, Prittwitz alerta ser impossível resolver todos os problemas através do Direito Penal; o que ocorre, na verdade, é a intensificação do conflito que se pretende resolver, “devido à aplicação muito frequente muito rígida ou incorreta”⁴⁸ desse ramo do Direito. No capítulo subsequente, serão melhor abordadas as razões pelas quais há flagrante incompatibilidade entre a expansão penal e o Direito Penal no Estado Democrático de Direito.

Resta analisada, ainda que sucintamente, a relação entre a dita sociedade de risco e o recrudescimento das instâncias penais, em especial a partir de sua nova configuração e das principais técnicas de tipificação muitas vezes utilizadas com o objetivo único de satisfazer o anseio pela atuação do poder punitivo. Isso posto, convém proceder à tratativa dos principais modelos político-criminais favoráveis à atuação do Direito Penal, tendo como objetivo a resposta à demanda social.

2.3 OS PRINCIPAIS MODELOS POLÍTICO-CRIMINAIS FAVORÁVEIS À EXPANSÃO PENAL

O fenômeno da expansão do Direito Penal pode, como qualquer outro fenômeno, ser valorado de três maneiras: ou ele é aceito, ou é recusado, ou é recusado em parte e aceito noutra.

⁴⁶ JAKOBS, Gunter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 65.

⁴⁷ JAKOBS, Gunter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 59.

⁴⁸ PRITTWITZ, Cornelius. “O Direito penal entre Direito penal do Risco e Direito Penal do Inimigo”, *in* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n 47. Trad. Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito, São Paulo: Revista dos Tribunais, março-abril de 2004. P. 33.

Embora sejam diversos os partidários⁴⁹, ainda que não completamente, do recrudescimento das instâncias penais, o presente tópico desse primeiro capítulo terá como enfoque – dada a impossibilidade de analisar cada uma das diferentes concepções profundamente – as duas principais teorias político-criminais da atualidade, assim consideradas por sua ampla difusão e controvérsia na doutrina.

Uma delas foi criada por Jesús-María Silva Sánchez. Em sua obra⁵⁰, após a exposição das causas geradoras e multiplicadoras da expansão do Direito Penal, assim como das perspectivas de sua administrativização, passa a tratar da impossibilidade de “voltar” ao Direito Penal liberal, isto é, “um Direito centrado na proteção de bens essencialmente personalistas e do patrimônio, com estrita vinculação aos princípios de garantia.”⁵¹

Ao rejeitar a defesa da incidência do Direito Penal liberal, explica que a premissa de sua teoria advém da compreensão de que “nem em todo o sistema do Direito sancionatório deve haver as mesmas garantias”⁵². Em sua opinião, isso sequer poderia ser exigido, dada a ocorrência de diversas consequências jurídicas como sanção.

Assim sendo, crê na necessidade de “admitir essa graduação da vigência das regras de imputação e dos princípios de garantia no próprio seio do Direito Penal, em função do concreto modelo sancionatório que este acaba assumindo.”⁵³ A defesa de diferentes modos de incidência das garantias no Direito Penal resultaria de constatação fundamental, de que

Por um lado [...] será difícil frear certa expansão do Direito Penal, dadas a configuração e aspirações das sociedades atuais. Por outro, que a teoria clássica do delito e as instituições processuais, que por sua vez refletem a correspondente vocação político-criminal de garantia próprias do Direito Nuclear da pena de prisão, não teriam que expressar idêntica medida de exigência de um Direito Penal moderno com vocação intervencionista e “regulamentadora” baseado, por exemplo, nas penas pecuniárias e privativas de direitos, assim como para um eventual Direito Penal da reparação. Tudo isso pode ser encarado a partir de uma configuração

⁴⁹ Tais como Tiedemann, Kratzsch, Kindhauser, Stratenwerth, Kuhlen, Jakobs, Schunemann, Wohlers e Hefendehl, citados em: GRECO, Luís. **Modernização do Direito Pena, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. P. 5-14; 24-37.

⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 177.

⁵² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 180.

⁵³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 182.

dualista do sistema do Direito Penal, com regras de imputação e princípios de garantia de dois níveis.⁵⁴

É a partir da supracitada constatação que o autor apresenta o Direito Penal de duas velocidades, vez que posiciona-se contrário à consolidação de um único “Direito Penal moderno”. Isso porque considera que a eventual redução ao núcleo principal do Direito Penal seria incapaz de responder à demanda social de proteção, devendo este ramo do Direito expandir-se para tutelar novos interesses, em detrimento das regras de imputação e princípios de garantia, que tornariam impossível tal recrudescimento.

Dessa maneira, Silva Sánchez acaba por posicionar-se como partidário da expansão penal, já que reconhece o anseio proveniente da sociedade moderna e advoga pela necessidade de responde-lo, ainda que as regras de imputação e garantias sejam flexibilizadas somente em se tratando de “interesses que não pertenciam a seu âmbito clássico de aplicação.”⁵⁵

Sem mais delongas, importa proceder ao que é definido como Direito Penal de duas velocidades. Este advém da ideia da incidência de uma “função racionalizadora do Estado sobre a demanda social de punição”⁵⁶, a partir da qual segue-se perspectiva funcional na flexibilização controlada das regras de imputação e dos princípios político criminais, ao passo em que é suficientemente garantista em se tratando do núcleo intangível dos delitos, cuja sanção é a pena de prisão.

Além de considerar que mesmo nos casos em que ocorre a atuação do submodelo Direito Penal, no qual se excluem as penas de prisão, remanescerá a força comunicativa deste ramo do Direito, Silva Sánchez atribui solução à circunstancia em que aos novos delitos socioeconômicos tem como sanção a pena de prisão: nestes casos, passariam a integrar o núcleo intangível do Direito Penal, rechaçando-se qualquer possibilidade de flexibilização dos princípios de garantia e das regras de imputação.

Nas palavras do autor, o Direito Penal de duas velocidades pode ser resumido da seguinte maneira:

⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 185.

⁵⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 188.

⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 190.

[...] à medida que a sanção seja a de prisão, uma pura consideração de proporcionalidade requereria que a conduta assim sancionada tivesse uma significativa repercussão em termos de afetação ou lesividade individual; ao mesmo tempo, seria procedente – exatamente pelo que foi aludido – manter um claro sistema de imputação individual (pessoal). Mas, vejamos, à medida que a sanção não seja a de prisão, mas privativa de direitos ou pecuniária, parece que não teria que se exigir tão estrita afetação pessoal; e a imputação tão pouco teria que ser tão abertamente pessoal. A ausência de penas “corporais” permitiria flexibilizar o modelo de imputação. Contudo, para que atingisse tal nível de razoabilidade, realmente seria importante que a sanção penal fosse imposta por uma instância penal, de modo que preservasse (na medida do possível) os elementos de estigmatização social e de capacidade simbólico-comunicativa próprios do Direito Penal.⁵⁷

Em síntese, pode-se aferir como cerne da política-criminal proposta por Silva Sánchez a aceitação resignada à expansão penal e à consequente flexibilização das diversas vezes aludidas regras de imputação e garantias, desde que não se trate de ilícitos nos quais é recebida a pena de prisão.⁵⁸

No capítulo posterior, restarão demonstradas as principais falhas do que é proposto, que embora aparente tratar-se de posição intermediária e conciliadora entre o demandado e as garantias limitadoras à intervenção do Direito Penal, termina por ser incompatível com sua devida atuação – vez que constitui tão somente outra maneira de anuir com seu recrudescimento.

Inobstante a importância da compreensão do proposto por Jesús-María Silva Sánchez, faz-se imprescindível proceder à análise do mundialmente conhecido e debatido Direito Penal do Inimigo, proposto por Gunter Jakobs. O Direito Penal do Inimigo também é chamado pelo primeiro autor de terceira velocidade do Direito Penal – em contraposição às duas primeiras já deslindadas, quais sejam, as variações decorrentes da incidência, ou não, da pena de prisão.

Na perspectiva de Silva Sánchez, o Direito Penal do Inimigo consiste em terceira velocidade por se tratar de modalidade na qual “o Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios pessoais”.⁵⁹

De acordo com Prittwitz, o Direito Penal do Inimigo e Direito Penal do Risco não são conceitos independentes um do outro, mas as tendências atuais mais

⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 191.

⁵⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 192.

⁵⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 193.

importantes, capazes de descrever o Direito Penal e a política criminal. Isso porque ambos tratam da expansão do Direito Penal paralelamente à progressiva redução das liberdades civis. Assim sendo, alerta que “Direito Penal do Inimigo [...] é a consequência fatal e que devemos repudiar com todas as forças de um direito penal do risco que se desenvolveu e continua a se desenvolver na direção errada”⁶⁰, o que seria intensificado com a crescente importância da mídia e com a desnacionalização do Direito criminal.

Ocorre que Jakobs tem como premissa um sistema de normas autorreferente, dentro do qual o principal objetivo a ser perseguido é sua estabilização. Esta seria prejudicada cada vez que alguém ou algo interfere na validade de determinada norma, desafiando sua vigência e preservação. Assim sendo, o autor estabelece que

Pretendendo-se que uma norma determine a configuração de uma sociedade, a conduta em conformidade com a norma, realmente, deve ser esperada em seus aspectos fundamentais. Isso significa que os cálculos das pessoas deveriam partir de que os demais se comportarão de acordo com a norma, isto é, precisamente sem infringi-la.⁶¹

Devido à necessidade de manutenção da expectativa de que a conduta social ocorrerá em consonância com as normas – algo indispensável para que subsista a estabilidade do sistema –, Jakobs reclama o advento de outras regras no Direito Penal capazes de apreciar casos em que “a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura,”⁶². Assim, expõe que a reação do ordenamento jurídico frente à criminalidade habitual não se trata “da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo.”⁶³

Sob sua perspectiva, faz-se impossível não tratar como indivíduo perigoso aquele que delinque em caráter cotidiano, que imbrincado em uma organização atua reiteradamente de modo contrário ao determinado pela norma. Para Jakobs, “terrorista” consiste na denominação dada a alguém em decorrência de sua rechaça

⁶⁰ PRITTWITZ, Cornelius. “O Direito penal entre Direito penal do Risco e Direito Penal do Inimigo”, in **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n 47. Trad. Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito, São Paulo: Revista dos Tribunais, março-abril de 2004. P. 32.

⁶¹ JAKOBS, Gunter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 33.

⁶² JAKOBS, Gunter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 34.

⁶³ JAKOBS, Gunter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 35.

constante à legitimidade do ordenamento jurídico, consonante ao objetivo de destruição dessa ordem.⁶⁴

O indivíduo que não admite as obrigações decorrentes do estado de cidadania não poderia participar dos benefícios concedidos a partir do *status* de pessoa. Nessa toada, o autor expõe que

[...] o Direito Penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade.⁶⁵

Em outras palavras, Jakobs concebe que a tutela penal pode incidir de duas maneiras diferentes: uma delas, perante àqueles que deliquem por terem cometido um erro, a outra, em se tratando de indivíduos que mediante coação devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico. Admite, porém, que embora considere que ambas as perspectivas tenham legitimidade, “também podem ser usadas em lugar equivocado”⁶⁶.

Justamente por isso é que o autor expõe considerar ser menos perigosa a ocorrência de um Direito Penal do Inimigo claramente delimitado do que a possibilidade de entrelace entre o Direito Penal como um todo com fragmentos do primeiro. Assim sendo, argumenta que “quem inclui o inimigo no conceito de delinquente-cidadão não deve assombrar-se quando se misturam os conceitos ‘guerra’ e ‘processo penal’”⁶⁷, pois o que deve ser feito com os terroristas, sob pena de o ordenamento sucumba, é a guerra contida – o Direito Penal do Inimigo –, o que não pode ser confundido se existir o intuito de manter as qualidades vinculadas à noção de Estado de Direito.

⁶⁴ JAKOBS, Gunter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 36.

⁶⁵ JAKOBS, Gunter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 37.

⁶⁶ JAKOBS, Gunter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 42.

⁶⁷ JAKOBS, Gunter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 37.

Prittwitz, porém, crê que “O Direito Penal como um todo está infectado pelo Direito Penal do Inimigo; é totalmente impensável a reforma de uma parte [...] para voltar a um Direito Penal do cidadão [...]”⁶⁸, pois

onde se trata da punição de inimigos, se pune antes e de forma mais rígida; do ponto de vista do direito material, a liberdade do cidadão de agir (parcialmente) e de pensar é restringida; ao mesmo tempo, subtraem-se direitos processuais ao inimigo.⁶⁹

A mesma polarização aduzida por Jakobs ocorreria no Direito Processual Penal, no qual embora em alguns casos se considere o sujeito processual, em outros incidem múltiplas formas de coação, sobretudo na prisão preventiva. Observa-se que tal coação não se dirige à pessoa em direito, mas “contra o indivíduo, quem com seus instintos e medos põe em perigo a tramitação ordenada do processo, isto é, se conduz, nessa medida, como inimigo.”⁷⁰

Cancio Meliá, por sua vez, aponta duas diferenças estruturais e intimamente relacionadas entre o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal. A primeira delas reside no fato de que em contraposição à prevenção geral positiva, o que realmente sucede do Direito Penal do Inimigo é a denominação de grupos de infratores. A segunda diferença se dá em decorrência da primeira, que faz com que o Direito Penal do Inimigo não seja um Direito Penal do fato, mas do autor.⁷¹

Isso porque, em sua concepção, o Direito Penal do Inimigo advém da união do Direito Penal simbólico – supracitado ao item 2.2 – com o ressurgir do punitivismo, que impõe incremento qualitativo e quantitativo das instancias penais. Para o autor, não se trata de atuação com prudência e frieza nas operações de combate, mas “[...] se desenvolve uma cruzada contra malfeitores cruéis. Trata-se, portanto, mais de inimigos no sentido pseudo-religioso que na acepção tradicional militar do termo.”⁷² Dito de outra forma, expõe que

⁶⁸ PRITTWITZ, Cornelius. “O Direito penal entre Direito penal do Risco e Direito Penal do Inimigo”, *in* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n 47. Trad. Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito, São Paulo: Revista dos Tribunais, março-abril de 2004. P. 43.

⁶⁹ PRITTWITZ, Cornelius. “O Direito penal entre Direito penal do Risco e Direito Penal do Inimigo”, *in* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n 47. Trad. Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito, São Paulo: Revista dos Tribunais, março-abril de 2004. P. 41-42.

⁷⁰ JAKOBS, Gunter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 40.

⁷¹ JAKOBS, Gunter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 75.

⁷² JAKOBS, Gunter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 71.

Nesse sentido, a carga genética do punitivismo (a ideia do incremento da pena como único instrumento de controle da criminalidade) se recombina com a do Direito Penal simbólico (a tipificação penal como mecanismo de criação de identidade social) dando lugar ao código do Direito Penal do inimigo. [...] não é só um determinado fato o que está na base da tipificação penal, mas também outros elementos, contanto que sirvam à caracterização do autor como pertencente à categoria dos inimigos.⁷³

Ao tratar do Direito Penal do Inimigo, Luis Gracia Martín vislumbra traços característicos do Direito Penal presente na contemporaneidade, vez que

[...] na medida em que semelhantes regulações implicam a introdução de novas figuras delitivas, a ampliação das existentes, o adiantamento das barreiras de proteção de bens jurídicos e também uma agravamento às vezes desproporcional das penas, não há dúvida de sua inclusão no corpus do Direito Penal moderno.⁷⁴

O autor enfatiza que a base normativa dessa teoria não se funda na comissão de fatos delitivos contra bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal, mas na habitualidade e no profissionalismo das atividades realizadas por estes indivíduos, que traduziriam uma negação aos princípios socioeconômicos e políticos básicos ao modelo de convivência.⁷⁵

A partir dessa premissa, expõe que são estabelecidas agravações das penas correspondentes aos fatos delitivos concretos realizados pelos indivíduos. Não se tem como objeto tais fatos últimos, mas quaisquer condutas informadas e motivadas pela qualidade de membro da organização que atua fora do Direito – vez que é a circunstância específica de pertencer a uma organização o que motiva as agravações. Daí a justificativa à criminalização de condutas consistentes tão somente em atos preparatórios à prática de determinado crime ou que favorecem a existência e permanência da organização.⁷⁶

Dessa maneira, resta descrita a forma como o Direito Penal do Inimigo guarda íntima relação com a aceitação e respaldo ao fenômeno da expansão penal,

⁷³ JAKOBS, Gunter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 72.

⁷⁴ GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. P. 89.

⁷⁵ GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. P. 86-87.

⁷⁶ GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. P. 87-88.

assim como representa o mais extremo distanciamento da atuação do Direito Penal de seus princípios limitadores.

Ante a conceituação da sociedade de risco e da tratativa de suas consequências perante a atuação do Direito Penal – que a partir das técnicas de tipificação dos delitos demonstra o progressivo recrudescimento de suas instâncias como resposta ao clamor social – foi realizada a análise dos dois principais modelos politico-criminais partidários deste fenômeno. Por conseguinte, importa prosseguir à demonstração de sua incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, dada a imprescindibilidade da redução de garantias para a manutenção da expansão penal.

3 O DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

No intuito de que faça-se possível compreender a contradição existente entre um modelo de atuação do Direito Penal que configura-se a partir da redução – proveniente da expansão penal – de garantias e outro compatível com o Estado Democrático de Direito, importa observar, antes de quaisquer considerações, os parâmetros necessários à sua atuação na segunda perspectiva.

Sobre o assunto, é esclarecedora a contribuição de Ferrajoli, que embora reconheça que “Estado de direito” é conceito amplo e genérico, ao menos em se tratando do Direito Penal, atribui-o dois sentidos:

[...] o poder judicial de apurar e punir os crimes o é, por certo, *sub lege* tanto quanto o poder legislativo de defini-los é exercido *per leges*; e o poder legislativo é exercitado *per leges* enquanto, por seu turno, está *sub leges*, isto é, está prescrita pela lei constitucional a reserva de lei geral e abstrata em matéria penal.⁷⁷

O sentido substancial do poder *sub lege*, conforme lecionado pelo autor, transmite que qualquer poder deve ser limitado pela lei que o condiciona não somente as formas, mas os conteúdos. Por essa razão, expõe ser possível associar o “Estado de direito” ao princípio da legalidade, que desdobra-se em validade formal e validade substancial. Ainda, esclarece que emprega a expressão “Estado de direito” enquanto sinônimo de “garantismo”.⁷⁸

Ocorre que em se tratando das possíveis características atinentes ao Direito Penal, faz-se imperioso reconhecer que sua percepção atrai, necessariamente, vieses diversos a partir do Estado em que está inserido. Para Bitencourt⁷⁹, as diferentes perspectivas sob as quais é concebido o Direito Penal dependem do sistema político por meio do qual o Estado organiza e exerce o poder sobre os indivíduos de determinada sociedade, especialmente devido à ideia de que este ramo do Direito seria capaz de prevenir a ocorrência de crimes.

Para Busato, similarmente, faz-se impossível desconectar a norma penal de um determinado sistema social, pois são distintas as concepções políticas que

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 687.

⁷⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 687.

⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 40.

podem fundamentar o Direito a castigar: sua repressão será maior em um Estado totalitário, ao passo em que as garantias individuais serão melhor respeitadas em um Estado liberal.⁸⁰

Em outras palavras, Bitencourt esclarece que

O Direito Penal pode ser estruturado a partir de uma concepção autoritária ou totalitária de Estado, como instrumento de persecução aos inimigos do sistema jurídico imposto, ou a partir de uma concepção Democrática de Estado, como instrumento de controle social limitado e legitimado por meio do consenso alcançado entre os cidadãos de uma determinada sociedade.⁸¹

Nesse diapasão, verifica-se a existência da compatibilidade entre o discurso da modernidade referente aos direitos individuais e o garantismo penal, perspectiva seguida pelo presente trabalho, que segundo Ferrajoli

[...] designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade”, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.⁸²

Como elemento central do garantismo penal, reconhece-se a busca pela limitação do poder estatal punitivo, vez que “o perfil político de um Estado se evidencia pela forma como utiliza ou acolhe as barreiras anti-intervencionistas.”⁸³

Para Salo de Carvalho⁸⁴, tal refreamento advém da radicalização dos princípios da legalidade e da culpabilidade, pois a partir do liberalismo político, “o papel auferido ao direito penal, ao processo penal e à política criminal foi o de construir barreiras ao poder de punir, limitando ao máximo sua intervenção.”⁸⁵ O Direito Penal no Estado liberal configura-se, portanto, como responsável por reprimir a violência privada e a violência pública, decorrente do abuso de poder das agências repressivas.

⁸⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013. P. 23-24.

⁸¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 40.

⁸² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 684.

⁸³ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013. P. 23.

⁸⁴ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 202.

⁸⁵ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 203.

É com a transformação da concepção de sociedade, em decorrência do aumento da necessidade de intervenção na realidade, que a imposição de abstenção das instituições públicas cunhada pelo liberalismo transforma-se, buscando atender às novas demandas quanto à atuação do Estado. Em apertada síntese,

[...] a ideia de direitos fundamentais é ampliada, sobrepondo-se à limitação original imposta pelos direitos individuais. O processo de criação, reconhecimento e efetivação de direitos coletivos (direitos sociais e transindividuais) operou profundo cambio nas esferas de intervenção estatal. Se a reação dos movimentos ilustrados contra as práticas inquisitórias pressupõe modelo rígido de garantias como limite ao poder punitivo arbitrário, consolidando o direito e o processo penal como mecanismos de contenção, a segunda era dos direitos (Bobbio), ao mesmo tempo em que fragmenta (descaracteriza a unidade), maximiza a principiologia originária com a inclusão de novos bens passíveis de reconhecimento e tutela.⁸⁶

Imperioso observar, nesta linha, que as doutrinas de exceção, como a do funcionalismo penal do inimigo e demais propostas de flexibilização das normas de imputação e das garantias frente ao poder punitivo do Estado, compatibilizam-se somente com os modelos de intervenção autoritários do séc. XX, reavivados na atualidade, vez que “A abertura dos tipos incriminadores produz ruptura nos mecanismos formais de limitação da punitividade, cujo efeito será a potencialização do poder de coação direta (poder de polícia), estado ótimo do direito penal de exceção.”⁸⁷

Ao contrário, com o advento da Constituição Federal de 1988 e com a busca por um Direito Penal humano, legitimável por meio do respeito aos direitos e garantias individuais, fez-se necessária a adoção de uma concepção e estruturação em consonância com o Estado de Direito.

Ao apontar princípios constitucionais penais, Alberto Jorge Correia de Barros Lima explica que consistem em

[...] uma exigência de racionalização e legitimação, imposta pela Carta Constitucional, para elaboração e operacionalização do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito. São limites democráticos que estreitam e condicionam tanto as possibilidades de formulações legislativas penais referentes à privação de liberdade e da vida humana, direitos fundamentais,

⁸⁶ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 205.

⁸⁷ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 207.

quanto à atuação judicial concernente à interpretação das regras criminais existentes.⁸⁸

De acordo com o lecionado por Busato, o poder de estabelecer delitos e as penas não pode ser exercido pelo Estado de modo absoluto, devendo obedecer a princípios que salvaguardam garantias mínimas a todo cidadão.⁸⁹ Dessa maneira, observa que se “determinados princípios jurídicos estão associados à escolha do modelo político, [...] a opção por um estado social e democrático de direito traz consigo, como consequência obrigatória, a assunção de determinados princípios.”⁹⁰

Para a ocorrência de compatibilidade entre o modo em que apresenta-se o Direito Penal e os ditames da Carta Magna, são imprescindíveis o reconhecimento de limites ao poder punitivo, a inserção do bem jurídico em lugar anterior à norma penal e em si mesmo preciso – cujas considerações acerca do conceito, classificação e existência como pressuposto necessário à incriminação são abordadas no item 3.2 do presente capítulo – e a restrição da incidência da pena mediante procedimento cercado de todas as garantias jurídico-constitucionais, conforme a proporcionalidade e o Direito Penal do fato.

O Estado de Direito está associado ao princípio de legalidade; o *Estado social* está associado à necessidade social da intervenção penal e, como tal, justificado pelo princípio de intervenção mínima, vale dizer, pelo condicionamento de intervir somente onde é necessário; e o Estado democrático se identifica com o princípio de culpabilidade, porquanto a ideia de pôr o Estado a serviço da defesa dos interesses do cidadão significa respeitá-lo individualmente e limitar a intervenção Estatal à efetiva atuação culpável do sujeito.⁹¹

Em se tratando de freios que resguardam os direitos fundamentais do cidadão e da vinculação da atuação do Direito Penal às normas, reconhece-se que todas as vezes em que esse interfere para além de tais limitações, automaticamente contradiz o Estado de Direito. Assim, manejar o Direito Penal em consonância com os princípios e garantias presentes na Constituição de 1988

Significa, em poucas palavras, submeter o exercício do *ius puniendi* ao império da lei ditada de acordo com as regras do consenso democrático, colocando o Direito Penal a serviço dos interesses da sociedade,

⁸⁸ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais.** São Paulo: Saraiva, 2012. P. 63.

⁸⁹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral.** São Paulo: Atlas, 2013. P. 22-23.

⁹⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral.** São Paulo: Atlas, 2013. P. 23.

⁹¹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral.** São Paulo: Atlas, 2013. P. 23.

particularmente da proteção de bens jurídicos fundamentais, para o alcance de uma justiça equitativa.⁹²

Ao que é possível observar desde as considerações, por parte de diferentes autores, acerca da atuação do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, o elenco de princípios enunciados pela doutrina tem como característica uniforme tão somente a busca por menor violência, refreando-se o poder punitivo absoluto por parte do Estado. Ocorre que o rol de princípios é apresentado “de maneira individual ou agrupada, divergindo em extensão, conteúdo e ordem, culminando por gerar uma falta de uniformidade entre as distintas perspectivas.”⁹³

A doutrina majoritária costuma enunciar uma série de princípios tanto penais como processuais. Garantias como o princípio de exclusiva proteção de bens jurídicos, o princípio de intervenção mínima, o princípio de necessidade e utilidade da intervenção, o princípio de culpabilidade, o princípio de responsabilidade subjetiva, o princípio de proibição das penas desumanas e degradantes, o princípio da orientação das penas privativas de liberdade à ressocialização do autor, o princípio de presunção de inocência, o princípio de legalidade, o princípio de igualdade perante a lei, o direito da pessoa a não declarar nada contra a si mesma, etc.⁹⁴

No entanto, detalhada explanação acerca destes princípios far-se-á, no presente trabalho, tão somente na perspectiva adotada por Busato e, de modo similar, por Muñoz Conde e García Arán. De acordo com os dois últimos autores⁹⁵, vigem apenas dois princípios, fundamentais: o princípio de intervenção legalizada do poder punitivo do Estado e o princípio de intervenção mínima – sendo os demais diversas formas de aplicação destes – embora reconheça-se também, devido ao apoio doutrinário a sua autonomia, o princípio de culpabilidade.

Sucedese, ainda, outra delimitação: melhor análise destes princípios como possibilidade de limitação à intervenção estatal em consonância com o Estado Democrático de Direito será realizada especificamente no que tange à sua incidência em se tratando da tipificação e enquadramento da ação ou omissão do agente em crimes de perigo abstrato – a ser realizada no tópico 3.3 do presente trabalho.

⁹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 40.

⁹³ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013. P. 25.

⁹⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013. P. 24-25.

⁹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal, parte general**. 5ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. P. 72.

Ademais, necessário proceder à exposição sobre a importância atribuída à ideia da prevenção do cometimento de delitos, intimamente ligada ao já mencionado fenômeno da expansão penal – dada a crença social na existência de direta relação entre o recrudescimento das instâncias penais e a erradicação ou diminuição, para os menos utópicos, da criminalidade.

Primeiramente, observa-se que ao enfoque adequado às exigências de um Estado de Direito, o delito não mais é compreendido como o enfrentamento entre o infrator e o Estado, no qual a resposta ao fato delitivo desconsidera completamente a reparação ao dano causado à vítima e a ressocialização do infrator, mas a partir da relevância de diversos fatores convergentes e atuantes no cenário criminal.

Dessa maneira, a atuação do Direito Penal deve relacionar-se com o modelo teórico advindo da moderna criminologia, no qual o castigo do infrator não esgota as expectativas desencadeadas pelo fato delitivo, mas tem-se como objetivos de primeira magnitude a prevenção do crime, a reparação do dano e a ressocialização do delinquente.⁹⁶

Nesta perspectiva, isto é, a partir dos parâmetros exigíveis à tratativa do Direito Penal frente ao fato delitivo, resta impossível, por diversas razões, defender a intervenção das instâncias penais de maneira cada vez mais ruidosa como solução imediata à insegurança proveniente da sociedade de risco.

No marco de um Estado social e democrático de Direito, a prevenção do delito suscita inevitavelmente o problema dos *meios* ou *instrumentos* utilizados, assim como dos *custos* sociais da prevenção. O controle eficaz da criminalidade não justifica o emprego de todo tipo de programas, nem legitima o elevado custo social que determinadas intervenções requerem.⁹⁷

É nessa toada que Alberto Jorge Correia de Barros Lima assevera que

Em um Estado Democrático de Direito que tenha como base a dignidade da pessoa humana e o propósito de propiciar o bem da comunidade, não é possível privar a liberdade do indivíduo por conta de escolhas aleatórias, irracionais ou puramente ideológicas, tampouco de afogadilho, ante o surgimento de “novas situações” emanadas da complexidade social de nosso tempo.

O aparato estatal não deve, nem pode, buscar no Direito Penal uma (aparente) solução para os problemas sociais, transferindo ao plano

⁹⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P. 303-304.

⁹⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P. 337.

simbólico o que deveria resolver com ações políticas, administrativas e econômicas.⁹⁸

Por essa razão, criticar a demanda por expansão penal remete diretamente à breve exposição acerca das teorias relativas ou preventivas da pena, nas quais a incidência da última “passa a ser concebida como meio para o alcance de fins futuros e a estar justificada pela sua necessidade: a prevenção de delitos”⁹⁹.

Pressuposto lógico a ser levantado é o fato de que a incidência concreta do Direito Penal, isto é, sua atuação na realidade e para além da disciplina legal abstrata, ocorre sempre *a posteriori* do delito: em respeito ao Estado Democrático de Direito, faz-se necessária a configuração de potencial ou efetivo dano ao bem jurídico relevante. A constatação impõe, por consequência, o reconhecimento de que desde o início, não se sustenta a ideia de prevenção ao menos em relação ao caso concreto em que a atuação deste ramo do Direito é demandada.

Observa-se, ainda assim, que a defesa de um modelo de Direito Penal cada vez mais severo em suas penas e menos abrangente em suas garantias encontra abrigo, principalmente, nas teorias da prevenção geral negativa – que tem como destinatário o coletivo social e como finalidade, através da ameaça da pena, a dissuasão dos possíveis infratores da futura prática de delitos – e da prevenção especial negativa, destinada àquele que delinuiu, com o intuito de neutralizá-lo ou eliminá-lo.

Na realidade, a continuidade da ocorrência de crimes e a frequente reincidência, por si só, demonstram de modo empírico e respectivamente, a ineficácia da aplicação das teorias da prevenções geral e especial negativas quando pautadas exclusivamente no recrudescimento da intervenção penal.

Isso porque, na medida em que a prevenção geral negativa apoia-se na ideia da sanção penal como uma advertência dirigida a toda a coletividade para que se abstenha de praticar condutas típicas, assumi-la como resposta à criminalidade significa ignorar diversos outros fatores responsáveis pela sua ocorrência. Se a efetividade de determinada medida é aferida por seus efeitos, importa reconhecer que a negativa acerca da prática de um delito é negada todas as vezes em que outro é cometido; assim, resta evidente a ineficácia preventiva do Direito Penal

⁹⁸ LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional: A imposição dos princípios constitucionais penais**. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 31.

⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 140.

perante a sociedade, ainda que tenha passado a abrigar novos bens jurídicos e que por vezes o faça através de técnicas de tipificação que desrespeitam os já mencionados princípios limitadores à sua atuação.

Sob esse raciocínio, para prevenir a criminalidade, far-se-ia necessário o recrudescimento progressivamente maior do Direito Penal, com penas excessivas e resultados autoritários, o que implicaria em caminhar em direção oposta aos ditames de um Estado Democrático de Direito, pois “não se pode castigar amedrontando, desmedidamente (embora isso ocorra) com o autêntico Direito Penal do terror”¹⁰⁰. E, ainda: “um rigor desmedido, longe de reforçar os mecanismos inibitórios e de prevenir o delito, tem paradoxalmente efeitos criminógenos”¹⁰¹.

Do mesmo modo, não subsiste justificativa à defesa da prevenção especial negativa. Afinal, se a prevenção especial centra-se na suposta periculosidade dos indivíduos que delinquem, e quando negativa tem como escopo tanto a eliminação ou neutralização do infrator, o argumento de que a utilização de penas cada vez mais graves é capaz de inibir o comportamento daquele que é considerado como inimigo não prospera empiricamente: apesar do aumento do número de condutas tipificadas e do rigor das sanções provenientes de muitas delas, remanescem elevados os índices de reincidência¹⁰².

Além da supracitada ineficácia, resta evidente a incompatibilidade entre um Estado Democrático de Direito e o objetivo de neutralizar ou eliminar qualquer cidadão: tal objetivo somente é passível de alcance na medida em que se ignoram princípios garantistas – em especial no que tange à proporcionalidade entre a pena aplicada e o delito cometido – e realiza-se a substituição do Direito Penal do fato por Direito Penal do autor.

A mencionada substituição é inadmissível, justamente por contrariar os ditames constitucionais. Ocorre que, tal qual aduzem Zaffaroni e Pierangeli, a relação entre o Direito Penal e o direito constitucional deve ser sempre muito estreita, vez que a Carta Magna “constitui a primeira manifestação legal da política

¹⁰⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 144.

¹⁰¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P. 312.

¹⁰² NOTÍCIAS, R7. **Juristas estimam em 70% a reincidência nos presídios brasileiros: Presidentes do CNJ destacam percentual há anos, mas conselho ainda busca estimativa oficial**. 2014. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/cidades/juristas-estimam-em-70-a-reincidencia-nos-presidios-brasileiros-21012014>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal propriamente dita, em face do princípio da supremacia constitucional.”¹⁰³

Assim sendo, embora para aqueles que constroem argumentação favorável ao recrudescimento da atuação do Direito Penal, remanesça, à primeira vista, a ideia de que funcionaria como forma de prevenção à criminalidade o incremento na efetividade do sistema legal, observa-se que tal perspectiva decorrente do modelo neoclássico de prevenção ignora que

Não existe tal correlação porque o problema é muito mais complexo e obriga a ponderar outras muitas variáveis. Pela mesma razão, melhorar progressiva e indefinidamente os resultados da prevenção do delito por meio do sistema legal, potenciando o rendimento e a efetividade dele é uma pretensão pouco realista [...]. De uma parte porque [...] não é o fracasso do sistema legal (causa) que produz o incremento da delinquência (efeito), senão este último (aumento da criminalidade) que ocasiona a fragilidade e o fracasso do sistema legal. De outra parte, porque não podemos confundir a criminalidade “real” e a “registrada”, supondo erroneamente que os números desta última constituem um indicador seguro da eficácia preventiva do sistema legal.¹⁰⁴

Resta claro que, em contraposição à aquiescência frente à demanda por um Direito Penal que incide de modo cada vez mais grave e frequente, a prevenção do delito exige “prestações positivas, contribuições e esforços solidários que neutralizem situações carenciais, conflitos, desequilíbrios, necessidades básicas”¹⁰⁵, consistindo em uma “prevenção social e comunitária, precisamente porque o crime é um problema social e comunitário.”¹⁰⁶ Somente dessa maneira é que faz-se compatível com a atuação do Direito Penal conforme a Constituição Federal de 1988.

A partir de breve panorama acerca da importância dos princípios limitadores da atuação penal e da já aduzida e imprescindível relação entre a limitação proveniente desses princípios e a atuação do Direito Penal num Estado Democrático de Direito, faz-se possível reconhecer os principais parâmetros dentro dos quais deve ocorrer a intervenção punitiva. Isso posto, cabe proceder à apresentação,

¹⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Volume 1 - Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 125.

¹⁰⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P. 316.

¹⁰⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P. 338.

¹⁰⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. P. 338.

ainda que sucinta, de feições essenciais da redução de garantias proveniente do Direito Penal Simbólico, em contraste com anteriormente exposto.

3.1 A REDUÇÃO DE GARANTIAS PROVENIENTE DO DIREITO PENAL SIMBÓLICO

Conforme abordado anteriormente, o Direito Penal Simbólico é marcado pela ampliação da intervenção penal, que de modo gradativo fornece resposta à crescente demanda por punição, embasada na crença de que este ramo do Direito seria capaz de resolver todas as mazelas sociais. É a manifestação, por parte do legislador, de que permanece decidido e atento, “impedindo” que a população permaneça suscetível aos reveses decorrentes das inseguranças da sociedade de risco.

No entanto, Hassemer assevera que o Direito Penal moderno desenvolveu-se até determinado ponto em que se tornou contra-produtivo e anacrônico, tendo como uma de suas características principais favorecer mais os conceitos preventivos do que os conceitos relativos à teoria da retribuição.¹⁰⁷

Citou-se, a exemplo dentre as teorias partidárias deste fenômeno, duas dentre as principais: o Direito Penal de três velocidades, cunhada por Jésus-María Silva Sánchez, e o Direito Penal do Inimigo, cuja criação é de Gunter Jakobs.

A primeira velocidade descrita por Silva Sánchez referir-se-ia aos crimes cominados com pena de prisão, para os quais o autor defende a aplicação do “modelo liberal quanto a regras de imputação e garantias político-criminais”¹⁰⁸, ao passo em que a segunda velocidade, em se tratando de crimes cuja sanção consiste em privação de direitos ou penas pecuniárias, “aqueles princípios e regras poderiam experimentar uma flexibilização proporcional à menor intensidade da sanção”¹⁰⁹.

Desse modo, para o autor, é possível responder ao anseio social a partir da flexibilização de regras de imputação e garantias, em se tratando de delitos que excluem as penas de prisão, de modo que remanesçam a força comunicativa deste

¹⁰⁷ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. P. 189-190.

¹⁰⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jésus-María. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 188.

¹⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jésus-María. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 193.

ramo do Direito e seus elementos de estigmatização social. Ainda: reconhece também uma terceira velocidade do Direito Penal, que consistiria em “um espaço do Direito Penal de privação de liberdade com regras de imputação e processuais menos estritas que as do Direito Penal da primeira velocidade”¹¹⁰.

Ao tratar da terceira velocidade do Direito Penal, Silva Sánchez aponta sua estreita relação com o denominado por Jakobs como “Direito Penal do Inimigo”, argumentando que

Tratando-se de reações ajustadas ao estritamente necessário para fazer frente a fenômenos excepcionalmente graves, que possam justificar-se em termos de proporcionalidade e que não ofereçam perigo de contaminação do Direito Penal “da normalidade, seria certamente o caso de admitir que, mesmo considerado o direito penal da terceira velocidade um “mal”, este se configura como o “mal menor”.¹¹¹

Gunter Jakobs, por sua vez, advoga por um tratamento diferente ao indivíduo que apresenta-se como inimigo, aquele que coloca em perigo a tramitação ordenada do processo e/ou que delinque em caráter cotidiano, atuando reiteradamente de modo contrário ao determinado pela norma. Justamente por suas características, o inimigo representaria o que deve ser eliminado. Em outras palavras, os inimigos seriam os delinquentes que “devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, mediante coação”¹¹², pois

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoal, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas.¹¹³

Assim, o autor advoga que o Direito Penal atuaria, frente ao inimigo, com o intuito de eliminar um perigo. O Direito Penal do Inimigo, partindo dessa premissa, restaria caracterizado em três elementos: o primeiro consistiria em um amplo adiantamento da punibilidade, vez que o ordenamento jurídico penal passa a ter atuação prospectiva; o segundo, na desproporção das altas penas previstas,

¹¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 194.

¹¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 196-197.

¹¹² JAKOBS, Gunter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 42.

¹¹³ JAKOBS, Gunter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 42.

aplicadas mediante a antecipação da barreira de punição; por fim, reconhece-se a relativização ou mesmo supressão de determinadas garantias processuais.¹¹⁴

O que apresenta-se em comum em ambas as teorias é o discurso da necessidade absoluta de segurança, a partir do qual encontra-se justificativa para o tratamento recrudescente e diferenciado ao delinquente: converte-se o controle social do intolerável em um modelo intolerável de controle social.¹¹⁵

Em contraposição, faz-se possível aduzir que enquanto o Direito Penal “clássico” tem um centro ideal voltado à subsidiariedade e a determinabilidade, sendo o delito da lesão a forma normal de atuação delituosa, a moderna atuação deste ramo do Direito distancia-se progressivamente deste núcleo, ocasionando, por isso, diversos problema específicos.¹¹⁶

Para a concepção clássica, embora seja o direito penal uma medida de violência, ele é, porém, ao mesmo tempo, um instrumento da liberdade do cidadão. Dessa forma, ele é irrenunciável para a vida em comum dos seres humanos, devendo, obviamente, ser colocado em correntes, não podendo se tornar independente. Ele não é um *passpartout*, mas, primeiramente, um meio (*ultima ratio*) para solução dos problemas da sociedade.¹¹⁷

Uma vez rememoradas, cabe elucidar as razões pelas quais as teorias partidárias da expansão penal, intimamente relacionadas ao Direito Penal simbólico, representam a redução de garantias, atuando em contradição com o esperado de um Direito Penal em consonância com o Estado Democrático de Direito.

A primeira reflexão a ser feita refere-se à opção pela justificação do mencionado fenômeno, o que “configura uma verdadeira ‘opção de Pilatos’, já que representa lavar as mãos para as consequências da aplicação do sistema”¹¹⁸, pois ainda que em diferentes circunstâncias, ambas as teorias supracitadas optam pela redução da incidência dos princípios limitadores do Direito Penal.

¹¹⁴ JAKOBS, Gunter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 67.

¹¹⁵ BUSATO, Paulo César. **Modernas tendências de controle social**. Artigo elaborado para a Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. Disponível em: <<http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/Artigos2007/ModernasTendencias-RECJ-04.03-07.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2014. P. 7.

¹¹⁶ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. P. 191.

¹¹⁷ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. P. 194.

¹¹⁸ BUSATO, Paulo César. **Modernas tendências de controle social**. Artigo elaborado para a Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. Disponível em: <<http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/Artigos2007/ModernasTendencias-RECJ-04.03-07.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2014. P. 14.

Em se tratando de críticas relativas ao Direito Penal do Inimigo e ao Direito Penal de duas velocidades, faz-se necessário reconhecer que justamente por tratar-se do ramo do Direito responsável por repelir o intolerável através da forma mais ruidosa de controle social, qualquer supressão de garantias resulta nociva. Ocorre que, mesmo nos casos em que a intervenção penal se dá em consonância com seus princípios limitadores e em situações nas quais não se vislumbra alternativa, infundáveis são as consequências ao agressor e mesmo à vítima, aos seus entes queridos e à sociedade, motivo pelo qual inexiste prognóstico melhor em circunstâncias diferentes.

Cabe outro argumento, também pautado nos princípios limitadores à atuação do Direito Penal, em especial o princípio da intervenção mínima, pelo qual a teoria desenvolvida por Silva Sánchez não merece prosperar. Pode-se dizer perante a admissão de uma segunda velocidade ao Direito Penal, em que as garantias são flexibilizadas sempre que se tratar de delito que não tem sanção correspondente à prisão, que justamente pelo

[...] fato de estar diante de uma infração que não cobra relevância social a ponto de exigir uma intervenção dura, não significa estar com uma situação de Direito penal que pode transigir com garantias, mas sim estar diante de uma situação que, por muito que a lei diga o contrário, não pode e não deve ser considerada Direito penal, e nesse caso, nada resta a discutir a respeito de flexibilização de garantias.¹¹⁹

Também cabe mencionar que, ao propor a aceitação do Direito Penal em sua terceira velocidade, o próprio Silva Sánchez remete à necessidade de que não haja perigo de contaminação do Direito Penal voltado aos casos ordinários – isto é, que não oferecem excepcional perigo –, o que por si só não é dotado de sentido. Isso porque, conforme tratado anteriormente, a simples aceitação, por alguns, da redução de garantias no Direito Penal, dá-se justamente pela influência das teorias partidárias de sua expansão, o que o influencia como um todo.

Ainda: impossível garantir que a “normalidade” do Direito Penal não sofreria perigo, vez que a atribuição das situações nas quais é excepcionalmente necessária

¹¹⁹ BUSATO, Paulo César. **Modernas tendências de controle social**. Artigo elaborado para a Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. Disponível em: <<http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/Artigos2007/ModernasTendencias-RECJ-04.03-07.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2014. P. 19.

tal transformação resulta completamente arbitrária. Afinal, como determinar o momento exato em que alguém deixa de ser cidadão e passa a ser “inimigo”?

Se são facilmente reconhecidas algumas das principais falhas atinentes ao proposto por Silva Sánchez, também insta abordar razões pelas quais o Direito Penal do Inimigo não deve ser adotado.

A primeira delas encontra-se, pois, na inexistência de pressupostos de legitimidade “mais ou menos externos ao sistema jurídico penal no sentido estrito: não deve haver Direito penal do inimigo porque é politicamente errôneo (ou: inconstitucional)”¹²⁰, pois é ao escolher a norma como centro do sistema de imputação, que é reduzida “a importância do homem de modo a permitir o desprezo de determinado ‘tipo de homem’, que passa a ser considerado ‘inimigo’.”¹²¹

Prittowitz expõe, em relação ao Direito Penal do Inimigo, que “regimes autoritários adotarão entusiasmados a legitimação filosoficamente altissonante do direito penal e processual contrário ao Estado de Direito”¹²², justamente por tratar-se de uma teoria que abriga o conceito de “não pessoa”, algo que sequer deveria ser utilizado após 1945 e que consiste em pessimismo cultural não comprovado empiricamente.¹²³

Nessa perspectiva dá-se o entendimento pela reafirmação de que o sujeito em questão pertence à cidadania geral, ao passo em que quem é o cidadão e o status que ele comporta são atribuídos pelo Estado; a infração não pode ser considerada como um ato cometido em guerra – ainda que ocorra contra o Estado que pretende ser opressor ou entre quadrilhas – mas um delito; o status de cidadão não admite apostasias¹²⁴, sob pena de ferir-se o inclusive o princípio da igualdade.

Argumenta-se, conforme abordado anteriormente, que é inevitável o reconhecimento da ineficácia do recrudescimento da atuação das instancias penais

¹²⁰ JAKOBS, Gunter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 73.

¹²¹ BUSATO, Paulo César. **Modernas tendências de controle social**. Artigo elaborado para a Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. Disponível em: <<http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/Artigos2007/ModernasTendencias-RECJ-04.03-07.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2014. P. 25.

¹²² PRITTWITZ, Cornelius. “O Direito penal entre Direito penal do Risco e Direito Penal do Inimigo”, in **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n 47. Trad. Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito, São Paulo: Revista dos Tribunais, março-abril de 2004. P. 43.

¹²³ PRITTWITZ, Cornelius. “O Direito penal entre Direito penal do Risco e Direito Penal do Inimigo”, in **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n 47. Trad. Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito, São Paulo: Revista dos Tribunais, março-abril de 2004. P. 43.

¹²⁴ JAKOBS, Gunter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 79.

como método à prevenção da criminalidade, daí porque conclui-se que assim como o Direito Penal de duas velocidades, também o Direito Penal do Inimigo “não contribui à prevenção policial-fática de delitos.”¹²⁵

Ocorre que as áreas centrais do Direito Penal moderno são acompanhadas de déficits de execução: não somente as leis não funcionam do modo que deveriam, como suas aplicações conduzem a consequências injustas e desproporcionais. Trata-se de um problema estrutural que não pode ser resolvido com o emprego mais severo dos instrumentos penais, que ao realizar sua real execução de forma deficitária, geram a expectativa de que este ramo do Direito termine por resumir-se em sua função simbólica.¹²⁶

O que é principal e verdadeiramente alarmante [...] é que justamente o direito penal que protege os direitos e bens do cidadão e que por isto tem a consciência comparativamente tranquila, este direito penal em essência legítimo e útil, e talvez até necessário, foi desvirtuado para um direito penal do inimigo, processo este iniciado pela orientação do risco e pressionado pelos problemas, não esquecendo sua aparente multiplicação pela mídia que traz consigo uma multiplicação real da insegurança. [...] enquanto o direito penal do risco apresentar a feia face do direito penal do inimigo, não pode haver dúvida de que o direito perde influência, e na mesma medida estão ameaçados os direitos e liberdades dos cidadãos.¹²⁷

O Direito Penal do Inimigo promove a ameaça das liberdades e direitos dos cidadãos também na medida em que afasta-se do Direito Penal do fato, incluindo na responsabilidade penal características do próprio autor. Pode-se dizer que

[...] não é que haja um cumprimento melhor ou pior do princípio do direito penal do fato – o que ocorre em muitos outros âmbitos de antecipação das barreiras de punição – mas que a regulação tem, desde o início, uma direção centrada na identificação de um determinado grupo de sujeitos – os inimigos – mais que na definição de um fato.¹²⁸

Realizadas algumas das possíveis críticas acerca destas dentre as principais teorias partidárias da expansão penal, faz-se possível, ainda que de modo geral, apontar as principais características do Direito Penal atual, quase sempre em

¹²⁵ JAKOBS, Gunter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 73.

¹²⁶ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. P. 201.

¹²⁷ PRITTWITZ, Cornelius. “O Direito penal entre Direito penal do Risco e Direito Penal do Inimigo”, *in* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n 47. Trad. Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito, São Paulo: Revista dos Tribunais, março-abril de 2004. P. 44.

¹²⁸ JAKOBS, Gunter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. P. 81.

contraposição com sua perspectiva clássica e em detrimento dos princípios limitadores de sua atuação.

Para Gracia Martín, tratar-se-ia do Direito Penal moderno, advindo da relevante repercussão dogmática da realidade presente, responsável por uma pluralidade de problemas de caráter marcadamente político criminal.¹²⁹

Sob esse prisma, o Direito Penal é caracterizado, primeiramente, como um fenômeno quantitativo, que desenvolve-se principalmente na Parte Especial: são incrementadas as figuras delitivas a partir da introdução de novos tipos penais, seja no Código Penal ou em legislações extravagantes. Outra de suas principais peculiaridades é descrita pela agravação punitiva dos tipos tradicionais e ou a ampliação do âmbito de aplicação da punição.¹³⁰

O autor aponta âmbitos nos quais ocorrem manifestações especiais do Direito Penal moderno, sendo um deles o “Direito Penal do Risco”, composto por

[...] um grupo de tipos delitivos com um conteúdo de injusto relativamente homogêneo em virtude do dado comum de que em todos eles se constata a realização de condutas que representariam apenas, no máximo, um simples e mero perigo abstrato para bens jurídicos principalmente individuais.¹³¹

Dessa maneira, o Estado assume a gestão dos riscos – expostos mais detalhadamente no primeiro capítulo do presente trabalho –, objetivo a ser alcançado por meio da alteração dos tipos penais, dentre os quais destacam-se, por excelência, os de perigo abstrato.

Outros dos âmbitos em que faz-se visível a manifestação do Direito Penal moderno, conforme o supramencionado autor, são o Direito Penal econômico e do meio ambiente.

Apona que o Direito Penal econômico, regido integralmente pelo “princípio do fato”, subsiste independentemente do dado sociológico de que somente sujeitos pertencentes às classes sociais mais altas são capazes de cometer os delitos assim enquadrados, além do fato de que o injusto material do delito econômico não poderia ser definido como a lesão ou o perigo à ordem econômica, dada a amplitude

¹²⁹ GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. P. 35.

¹³⁰ GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. P. 45.

¹³¹ GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. P. 47.

e vagueza destes – que impossibilitam qualquer precisão quanto aos conteúdos materiais concretos dos diferentes tipos penais econômicos.¹³²

O Direito Penal do meio ambiente, por sua vez, também dotado de peculiaridades em sua regulamentação jurídica, representaria a mais extensa polemica, dado o embate entre a importância do meio ambiente e as necessidades provenientes da atividade econômica do homem, razão pela qual relaciona-se com o Direito Penal econômico.

Também são citados o Direito Penal da empresa – quando o Direito Penal volta-se às condutas que somente são realizadas por aqueles que detêm especial condições pessoais, voltadas à atividade empresarial, bem como as peculiaridades de diversos comportamentos que ensejam o chamado Direito Penal da globalização. Ainda, destaca o Direito Penal do inimigo, que por sua relevância é mais amplamente debatido no presente trabalho.

Tal qual enunciado por Hassemer, o primeiro traço central do Direito Penal atual dá-se em relação à proteção do bem jurídico. Se no Direito Penal clássico o bem jurídico age como critério negativo de uma incriminação legítima, inexistindo fato típico sem que seja violado palpavelmente, no moderno Direito Penal torna-se um conceito positivo da incriminação, um apelo ao legislador para que este imponha uma pena a determinados tipos de comportamento.¹³³

Em seguida, Hassemer remete como característica do Direito Penal atual, a prevenção. Outrora, esta era um objetivo bem delimitado, havendo limites absolutamente densos à renúncia à liberdade. Atualmente, a prevenção é o paradigma penal dominante, dificultando o reconhecimento da aplicação dos princípios da uniformidade e da igualdade. A prevenção seria a justificativa para os modernos meios de atuação deste ramo do Direito, verificando-se, a exemplo, o aumento dos limites máximos e mínimos da pena e das medidas coativas no processo de investigação. “Cuida-se também no direito penal, a partir de agora, não mais de uma resposta adequada ao passado, mas do domínio do futuro.”¹³⁴

Dentre as características expostas, a terceira é a orientação pelas consequências: ao passo em que no Direito Penal clássico o Estado é instituição deduzida do direito do cidadão e justamente por isso deve limitar seu poder a partir

¹³² GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005. P. 53.

¹³³ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. P. 193-196.

¹³⁴ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. P. 200.

do último, no Direito Penal moderno ocorre a repressão da uniformidade e a retribuição injusta à margem da política penal. Não se tem como enfoque que as medidas penais sejam justas ou adequadas, mas o afã de responder às exigências atuais de que este ramo do Direito “sensibilize” a população.

Também a tendência crescente de não se aplicar o direito penal como *ultima ratio*, mas sim, como *sola* ou *prima ratio* para a solução dos problemas da sociedade é, nesse contexto, um exemplo apropriado de uma excrecência com relação à orientação das consequências.¹³⁵

Dessa maneira, evidenciam-se as divergências entre as formas de atuação do Direito Penal clássico e do Direito Penal moderno, cujo enfoque é inconciliável com seus princípios limitadores. Observa-se inclusive o desinteresse no debate acerca do sistema das penas e das medidas e de sua execução; “as reformas não consistem aqui em uma retirada das ameaças da pena, mas em sua ampliação ou de uma nova criação.”¹³⁶

Em outras palavras,

O chamado “Moderno Direito Penal” e suas técnicas de tipificação não se congratulam com os postulados de um Direito Penal Mínimo: os sintomas de perdas sistemáticas das garantias penais, as erosões do princípio de legalidade, a proliferação dos novos bens jurídicos, a utilização exagerada da técnica dos delitos de perigo abstrato e uso indiscriminado da norma penal em branco evidenciam um direito penal a pedido do consumidor.¹³⁷

A redução dos pressupostos de punibilidade implica necessariamente na redução das possibilidades de defesa. Dessa maneira, o apelo à utilização dos crimes de perigo abstrato quando conciliado à proteção de bens jurídicos coletivos formulados de maneira especialmente vaga termina por renunciar à comprovação de um dano e, conseqüentemente, da causalidade, fazendo com que a periculosidade não se encontre na condenação do juiz, mas no motivo do legislador quando da incriminação da ação. O injusto é, muitas vezes, somente o resultado de um cálculo de um perito.¹³⁸

À medida em que o Direito Penal distancia-se dos parâmetros necessários à sua atuação em consonância com o Estado Democrático de Direito, perdendo a

¹³⁵ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. P. 196.

¹³⁶ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. P. 197.

¹³⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013. P. 178.

¹³⁸ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. P. 198-199.

incidência de seus princípios limitadores e flexibilizando as garantias ao cidadão, afasta-se também de sua legitimidade, substituindo sua missão de proteção aos bens jurídicos relevantes por quaisquer demandas provenientes do clamor social.

Tal incompatibilidade faz-se evidente a partir da presença, neste ramo do Direito, de conceitos que possam ser aplicados de forma tão flexível e abrangente quanto possível, sendo que

A mistura explosiva entre a grande “necessidade de atuação” social, de uma crença disseminada da eficiência dos instrumentos penais e dos déficits extensos quando do emprego dos instrumentos penais permitem o surgimento do perigo de que o direito penal se recolha ao engano de que ele poderia realmente solucionar seus problemas. O direito penal simbólico é, a curto prazo, um alívio, porém, a longo prazo, ele se torna devastador.¹³⁹

Daí a importância da redução, sempre que possível, do Direito Penal ao seu núcleo, retirando-se em parte sua modernidade. Para tanto, a incidência de seus princípios limitadores e a existência de bens jurídicos como limite à intervenção penal necessitam ser reconhecidos como condições necessárias à incriminação.

Por esta razão, uma vez realizada a abordagem acerca da importância dos supracitados princípios e da incompatibilidade entre sua incidência e o recrudescimento das instâncias penais, cabe proceder à breve análise do conceito de bem jurídico e de sua possível classificação, de modo que reste evidenciada a íntima relação entre a missão do Direito Penal – na perspectiva aqui adotada – e sua adequada intervenção no Estado Democrático de Direito.

3.2 DOS BENS JURÍDICOS COMO LIMITE À INTERVENÇÃO PENAL

Conforme demonstrado no item anterior, em que foi apresentada a impossibilidade de defender o Direito Penal Simbólico sem fazê-lo em detrimento de seus princípios limitadores – que restarão melhor abordados especificamente em face dos crimes de perigo abstrato, no terceiro tópico do próximo capítulo –, tratar de uma atuação compatível com o Estado Democrático de Direito remete, inevitavelmente, à figura do bem jurídico.

¹³⁹ HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. P. 202.

Por guardar íntima relação com o outrora exposto e a explanação a seguir, faz-se necessário o esclarecimento de que o presente trabalho parte do pressuposto da existência de clara missão do Direito Penal, que em consonância com a opinião majoritária, consiste na proteção de bens jurídicos perante possíveis lesões ou perigos.

Antes de proceder à maiores explanações acerca dessa teoria, necessário expor também a chamada “crise do bem jurídico”, aduzida por Luís Greco, que questiona o status da teoria do bem jurídico, bem como a possibilidade de proteção moral por meio do Direito Penal¹⁴⁰, tendo em vista a decisão do Tribunal Constitucional alemão que afirmou a constitucionalidade do crime de incesto.

De modo que haja a compreensão acerca de suas críticas à teoria do bem jurídico, Greco expõe a diferenciação entre o moralismo jurídico-penal e o liberalismo jurídico-penal: enquanto o primeiro entende que a imoralidade da conduta é capaz de fundamentar a incriminação, o segundo consiste em postura diametralmente oposta, razão pela qual considerar que a imoralidade de um comportamento não tem qualquer relevância como justificativa para incriminá-lo.¹⁴¹

Sob essa perspectiva, o autor explica que a teoria do bem jurídico é uma, dentre outras fundamentações responsáveis por defender a postura liberal. Entretanto, para além de apontar a ausência de clara definição da última – algo a ser tratado pormenorizadamente no decorrer desse capítulo – e questionar de onde partiria a autoridade que embasa tal teoria, expõe que seu principal problema é “o caráter consequencialista do argumento do bem jurídico.”¹⁴²

Diz consequencialista porque, na opinião de Greco, ao deixar de punir um comportamento por não ferir qualquer bem jurídico essencial, afirma-se que a punição desse comportamento não traz qualquer benefício, isto é, é inútil – o que traria implicações importantes.

A primeira delas é que, sob esse enfoque, o liberalismo jurídico-penal seria empírico-contingente, pois a questão de se a proibição protege ou não bens jurídicos

¹⁴⁰ GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 82, p.165-185, jan./fev. 2010. P. 169.

¹⁴¹ GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 82, p.165-185, jan./fev. 2010. P. 172.

¹⁴² GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 82, p.165-185, jan./fev. 2010. P. 175.

seria parcialmente empírica – dessa forma não imune à prerrogativa de avaliação do legislador¹⁴³, concedendo ao último a vasta formulação de prognósticos. Mais grave do que isso seria o fato de que a teoria do bem jurídico não enxerga “seu ponto cego”, qual seja, que pessoas adultas tem o direito de praticar tais atividades, independentemente de agradarem à sociedade ou de que esta tenha de suportar certas desvantagens.¹⁴⁴

Isso porque, afirma que ainda que se valesse da teoria do bem jurídico, o Tribunal conseguiria justificar a proibição penal do incesto, vez que

Numa lógica consequencialista, é simplesmente impossível operacionalizar a ideia de que há direitos que operam como trunfos contra qualquer apelo ao bem comum ou como limites colaterais à promoção e qualquer fim, pois tais considerações não são consequencialistas, dizem respeito a barreiras que têm de ser respeitadas, e não a consequências que têm de ser maximizadas. Desde uma perspectiva consequencialista, direitos de um indivíduo são no máximo “contra-interesses”, passíveis de ponderação, que, portanto, só serão espezitados, enquanto os outros não tiverem um interesse suficientemente forte no sentido de que esses direitos sejam desconsiderados.¹⁴⁵

Greco salienta que somente o argumento da autonomia poderia superar o apelo moralista e as consequências indiretas em decorrência do exercício de um direito. Nesse sentido, ao fim de seu texto, questiona que função poderia cumprir a teoria do bem jurídico. A resposta, segundo o autor, já fora dada por Hassemer, para quem o exame de proporcionalidade já pressupõe uma teoria do bem jurídico, dada a imprescindibilidade de que haja um ponto de referencia para avaliar se um comportamento é necessário, adequado e proporcional. Assim, o autor termina por reconhecer a importância e o caráter majoritário da teoria.¹⁴⁶

Para além do caráter majoritário da teoria e da evidência de sua relevância, a escolha da tratativa acerca dos bens jurídicos também justifica-se, desde logo, por

¹⁴³ “A prerrogativa de avaliação designa a faculdade [...] ao legislador de formular suas próprias suposições empíricas, especialmente quando diante de situações empiricamente pouco claras”. GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 82, p.165-185, jan./fev. 2010. P. 174.

¹⁴⁴ GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 82, p.165-185, jan./fev. 2010. P. 176.

¹⁴⁵ GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 82, p.165-185, jan./fev. 2010. P. 177.

¹⁴⁶ GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 82, p.165-185, jan./fev. 2010. P. 181-182.

descartar-se como missão do Direito Penal a resposta ao clamor do público, pois ainda que inegável a influência mútua existente entre o Direito e a sociedade, resta claro que a atuação assim pautada tem como enfoque a função simbólica deste ramo do Direito, quando, na realidade, “deve guiar-se sempre dentro dos princípios do Direito penal mínimo e de intervenção fragmentária”¹⁴⁷.

Em que pese a relevância do defendido por Welzel, para quem “Mais essencial que a proteção de determinados bens jurídicos concretos é a missão de assegurar a real vigência dos valores da consciência jurídica”¹⁴⁸, resulta ingênua a crença do autor de que

Estes valores do atuar conforme o direito, arraigados na permanente consciência jurídica, constituem o fundo ético-social positivo das normas jurídico-penais. O direito penal assegura seu real acatamento, enquanto castiga a inobservância manifestada através de ações desleais, de rebeldia, indignas, fraudulentas.¹⁴⁹

Ocorre que a crença em um Direito Penal pautado em instruir pedagogicamente a sociedade é diretamente incompatível com sua intervenção tão somente em *ultima ratio*. Ainda: conforme anteriormente observado, a ameaça presente em ‘assegurar’ o real acatamento dos mencionados valores prova-se inconsistente, vez que o recrudescimento da intervenção penal não guarda relação direta com a diminuição da criminalidade.

Também rejeita-se a concepção de Jakobs, segundo o qual “não pode considerar-se missão da pena evitar lesões de bens jurídicos. Sua missão é, na verdade, reafirmar a vigência da norma, devendo equiparar-se, a tal efeito, vigência e reconhecimento”¹⁵⁰. Assim sendo, buscar a estabilidade normativa resumiria a definição da função do Direito Penal, que deveria atuar toda vez que a norma é desautorizada por alguma infração.

A partir do momento em que defende-se “cegamente” como missão do Direito Penal tão somente o resguardo da vigência e do reconhecimento da norma, sem

¹⁴⁷ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 41.

¹⁴⁸ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. 11. ed. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yánes Pérez, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 2.

¹⁴⁹ WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. 11. ed. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yánes Pérez, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 2.

¹⁵⁰ JAKOBS, Gunter. **Derecho penal: parte general. Fundamentos e teoría de la imputación**. 2. ed. Corrigida. Trad. De Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

quaisquer ponderações acerca do que é defendido – pois basta a qualidade de norma para que sua defesa seja necessária –, o mesmo aplicar-se-á àquelas de caráter antidemocrático, de modo que perpetuamente será refreada qualquer subversão ao que diretamente aflige a sociedade. Ainda mais importante: sob o viés de Jakobs, as lesões ou os perigos de lesão não são punidos pela importância que se atribui ao que bem jurídico protegido, mas pela importância da norma em si, o que consiste em claro desprezo à ideia do homem como centro do ordenamento jurídico.

Diferentemente, a concepção prevalente e aqui adotada é a que reconhece como missão do Direito Penal a defesa de bens jurídicos, que tendo em vista a identificação entre o sistema e seus objetivos, parte do pressuposto de que

[...] a intervenção do Direito penal na vida social é sempre violenta e carregada de efeitos indesejáveis, de onde vem seu caráter fragmentário. O Direito penal deve intervir somente quando a convivência se torna insuportável sem que ele o faça. E isso ocorre quando o cidadão vê os bens jurídicos essenciais para sua sobrevivência e desenvolvimento pessoal serem atacados por alguém.¹⁵¹

Dentre as opções apresentadas, conclui-se ser mais garantista o reconhecimento da proteção dos bens jurídicos indispensáveis para o desenvolvimento social do homem como missão do Direito Penal. Uma vez entendido o que não interessa ao âmbito de proteção do Direito Penal, faz-se necessária a conceituação e possível classificação dos bens jurídicos, sob pena de que a proposta torne-se vazia.

3.2.1 Do bem jurídico-penal: a conceituação e transindividualidade

O largo consenso de que a função primordial e direta do Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos é rompido quando o objetivo passa a ser definir os bens jurídicos-penais, devido à dificuldade de escolher um conceito unitário que imponha limite à criminalização de condutas e abarque as situações

¹⁵¹ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 39.

fáticas merecedoras de tutela penal. Nesta perspectiva, Jorge Figueiredo Dias alerta que

[...] talvez jamais venha a ser determinada com uma nitidez e segurança que permita convertê-la em conceito fechado e apto à subsunção, capaz de traçar para além de toda a dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado.¹⁵²

Ainda assim, o autor remete o conceito do instituto à “expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo, socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso”¹⁵³.

De acordo com Francisco Assis Toledo, os bens jurídicos podem ser definidos como “valores éticos-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”¹⁵⁴.

Francisco Muñoz Conde, por sua vez, os reconhece como “pressupostos que a pessoa necessita para sua auto-realização e o desenvolvimento da sua personalidade na vida social”¹⁵⁵.

Para Hans-Heinrich Jescheck, consistem em “bens vitais imprescindíveis para a convivência humana em sociedade que são, por isso, merecedores de proteção através do poder coativo do Estado representado pela pena”¹⁵⁶.

Diferentemente, Luis Gracia Martín divide o conceito de bem jurídico nos aspectos formal, no qual “bem jurídico é todo bem, situação ou relação desejados e protegidos pelo Direito”¹⁵⁷, e material, no qual “não parece ser possível apreendê-lo sob a forma de um conceito classificatório, mas apenas como um tipo ou diretriz

¹⁵² FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Temas básicos da doutrina penal**: Sobre os fundamentos da doutrina penal - sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. P. 43.

¹⁵³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Temas básicos da doutrina penal**: Sobre os fundamentos da doutrina penal - sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. P. 43.

¹⁵⁴ TOLEDO, Francisco Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. P. 16.

¹⁵⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal, parte general**. 5ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002. P. 68.

¹⁵⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: Parte General. 4. ed. Granada: Comares, 1993. P. 6.

¹⁵⁷ GRACIA MARTÍN, Luis. **A Modernização do Direito Penal como Exigência da Realização do Postulado do Estado de Direito (social e democrático)**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 88, 2010. P. 121.

normativa”¹⁵⁸. Para o autor, o conceito de bem jurídico seria composto por um substrato valorativo e um material, podendo ser definido como o que é capaz de promover condições de dignidade humana, justiça, liberdade e igualdade, em consonância com os princípios do Direito Penal – principalmente o da subsidiariedade – e com as diretrizes axiológicas do programa ético-político do modelo atual de Estado.¹⁵⁹

Mas em que pese a diversidade de conceitos de bem jurídico, remanesce como referencial comum sua imprescindibilidade para a vida em sociedade. De modo geral, os bens jurídico-penais remetem ao valores mais consistentes para a existência humana em comunidade, razão pela qual importa que as valorações realizadas pelo legislador e pelo intérprete da norma considerem a vida do homem na sociedade em concreto, bem como os pressupostos materiais e imateriais para sua realização.¹⁶⁰

Tal conceituação teórica torna-se ainda mais complexa frente à amplitude e abstração conceitual dos novos bens jurídicos, isto é, dos bens jurídicos transindividuais – cuja análise acerca da legitimidade é extremamente relevante, tendo em vista sua íntima relação com a modernização do Direito Penal e a técnica de tipificação de delitos de perigo abstrato.

Conforme anteriormente abordado, existiria, ao menos à primeira vista, um impasse,

[...] pois, o clássico entendimento acerca da tutela penal de bens jurídicos, não mais dá conta de todo o leque de possibilidades de infração possíveis na atualidade. Por outro lado, a funcionalização do direito penal fugiria completamente de sua natureza, violando escandalosamente os princípios vetores da matéria.¹⁶¹

¹⁵⁸ GRACIA MARTÍN, Luis. **A Modernização do Direito Penal como Exigência da Realização do Postulado do Estado de Direito (social e democrático)**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 88, 2010. P. 121.

¹⁵⁹ GRACIA MARTÍN, Luis. **A Modernização do Direito Penal como Exigência da Realização do Postulado do Estado de Direito (social e democrático)**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 88, 2010. P. 134.

¹⁶⁰ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. P. 88.

¹⁶¹ COSTA, Luana Cuban da. **A legitimidade da tutela penal de bens jurídicos transindividuais**. 2012. 52 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/31295/LUANA_CUBAN_DA_COSTA.pdf?sequence=1>. Acesso em: 26 jan. 2015. P. 18.

Tendo sido realizadas breves considerações acerca das diferentes concepções acerca da existência de bens jurídicos transindividuais de acordo com as teorias monista – personalista e coletiva – e dualista, no item 2.2 do presente trabalho, cabe somente proceder à caracterização dos bens jurídicos assim classificados, a fim de que reste esclarecida sua necessidade de proteção.

Juarez Mercante aponta como aspectos gerais dos bens jurídicos transindividuais o fato de que são compartilhados e servem aos interesses de uma generalidade de pessoas tratadas de modo indistinto, assim como sua identidade depende de condutas positivas e abstenções por parte da mesma generalidade. Em determinados casos, faz-se possível identificar alguns sujeitos, permitindo subespécies de bens assim classificados¹⁶²:

Do angulo subjetivo, podem ser tidos como difusos aqueles bens pertencentes a uma pluralidade de sujeitos mais ou menos ampla e mais ou menos determinada ou determinável, que pode ser ou não unificada. Por sua vez, os bens coletivos são aqueles bens pertencentes a uma pluralidade de sujeitos que pode ser determinada e unificada mais ou menos estritamente numa coletividade.¹⁶³

Assim sendo, resta evidente a compatibilidade entre o possível caráter não individual de determinado bem jurídico e as principais características a este atribuídas, havendo a possibilidade de que este se apresente igualmente relevante como pressuposto material ou imaterial à vida do homem em sociedade também nas supracitadas circunstâncias.

O reconhecimento dos bens jurídicos transindividuais como dignos de proteção do Direito Penal advém da necessária percepção de que a realidade social foi capaz de desmistificar a crença anterior de que novos interesses não poderiam ser contemplados sem detrimento dos princípios limitadores deste ramo do Direito. Ocorre que o meio ambiente, as relações de consumo e os sistemas econômicos – aqui como alguns exemplos – também apresentam inegável importância à existência humana em comunidade.

¹⁶² MERCANTE, Juarez. **O fenômeno expansivo do Direito Penal**: da proteção dos bens jurídicos transindividuais. 2003. 182 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003. P. 92.

¹⁶³ MERCANTE, Juarez. **O fenômeno expansivo do Direito Penal**: da proteção dos bens jurídicos transindividuais. 2003. 182 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003. P. 92.

É a indispensabilidade para o desenvolvimento social do homem a característica que determina o reconhecimento da existência de determinado bem jurídico, não a individualidade ou transindividualidade. Desse modo, é possível compatibilizar a adoção da perspectiva que propõe a proteção de bens jurídicos transindividuais com o Direito Penal adequado a um Estado Democrático de Direito, desde que ao invés de ocupar-se em satisfazer a expansão penal, tenha sempre como ponto de partida a observância aos princípios que limitam o poder punitivo.

3.2.2 A existência de bem jurídico como condição necessária à incriminação

A existência de diversos pormenores, variáveis a depender do conceito de bem jurídico escolhido, conforme abordado anteriormente, não representa impossibilidade de reconhecer aspectos convergentes nas variadas concepções – em especial a constatação de sua indispensabilidade para a vida humana em comunidade – ainda que possam ser, tal qual enunciado por Roxin, prévios à fixação do legislador, como o bem jurídico vida, ou pretensões no âmbito do Estado, como ocorre em matéria tributária.

Também restou evidente a importância da atuação do Direito Penal em consonância com os ditames de um Estado Democrático de Direito, isto é, tão somente quando quaisquer outros meios não se mostrarem suficientes e sempre sob a influência de seus princípios limitadores, de modo que não se vislumbra justificativa para sua incidência senão para a proteção de bens jurídicos relevantes.

Ocorre que “a penalização de um comportamento necessita, em todo caso, de uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador”¹⁶⁴. Roxin esclarece, em seu mais recente trabalho, que a finalidade do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, por ele compreendidos como todos aqueles necessários à convivência dos cidadãos sob a égide dos direitos humanos, de maneira livre e pacífica.¹⁶⁵

Dai porque imperioso concluir que faz-se necessário lastrear, na ameaça

¹⁶⁴ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 11.

¹⁶⁵ ROXIN, Claus. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 112, p.33-39, jan./fev. 2015. P. 33.

penal, o intuito de proteção de um bem jurídico, sob pena de que seja despida de legitimidade. Ainda, deve o Direito Penal realizar sua missão de maneira subsidiária, razão pela qual esclarece que

[...] a finalidade do direito penal deve sofrer uma limitação ulterior decorrente da exigência político-criminal segundo a qual apenas se pode ameaçar com pena aquelas lesões de bens jurídicos que não possam ser evitadas por meio de medidas menos incisivas.¹⁶⁶

Tal concepção produz diversos efeitos na legislação, vez que as fronteiras de autorização para a intervenção punitiva são claramente demarcadas pela sua função: para além disso, não é o Direito Penal autorizado a intervir.

Ainda: não sendo somente critério para a criminalização, é necessário o reconhecimento de que o bem jurídico constitui objeto de proteção no Estado Democrático de Direito, podendo ser empregado como garantia do cidadão frente ao poder punitivo do último. Sobre o assunto, leciona Bitencourt que

[...] o conceito de bem jurídico desempenha uma função essencial crítica do Direito Penal: por um lado, funciona como fio condutor para a fundamentação e limitação da criação e formulação dos tipos penais; por outro lado, auxilia na aplicação dos tipos penais descritos na Parte Especial, orientando a sua interpretação e o limite do âmbito da punibilidade.¹⁶⁷

Ao tratar das funções desempenhadas pelo bem jurídico, Busato aponta o cumprimento de três: a interpretativa, a dogmática e a sistemática¹⁶⁸. Reconhece-se a função sistemática porque o bem jurídico representa pressuposto de legitimidade e validade normativa, devendo ser o elemento referencial na sintetização dos objetivos do Direito Penal, assim como a base sobre a qual se estrutura o tipo penal e se inicia a interpretação.

Por outro lado, a função dogmática do bem jurídico é aferida devido ao fato de que a transgressão da norma é explicada pela lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos tutelados. Sob esse aspecto, influi também nas causas de justificação – em que são contrapostos de modo valorativo bens jurídicos, constatando-se a supremacia de determinados valores – e na validade do consentimento – dada a

¹⁶⁶ ROXIN, Claus. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 112, p.33-39, jan./fev. 2015. P. 33.

¹⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 41-42.

¹⁶⁸ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 62-63.

importância de sua delimitação para constatar a presença da possibilidade de disposição dos bens ou o interesse coletivo.

Por fim, o autor expõe que, em sua função sistemática, o bem jurídico é a referencia a partir da qual estabelecem-se hierarquias entre as infrações descritas na parte especial, permitindo o agrupamento dos tipos penais conforme o âmbito de proteção jurídico a que se referem. Ademais, o princípio da proporcionalidade reflete-se nas sanções: quando trata-se do mesmo bem jurídico, os delitos de perigo são apenados com menos gravidade que os de lesões; quando trata-se de bens jurídicos diferentes, são impostas sanções mais graves nos tipos em que são protegidos os de maior importância.

Observa-se, pois, que o Direito Penal “deve proteger somente bens jurídicos concretos, e não convicções políticas ou morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas do mundo ou simples sentimentos”¹⁶⁹. Pois ainda que se tente argumentar acerca da necessidade de intervenção no sentido do estabelecimento de padrões ético-morais ou de estabilização normativa,

[...] cumpre lembrar que o Direito penal não é só fragmentário, como mantém o caráter de *ultima ratio*, quer dizer, de última instância de intervenção para o controle social, pelo que não se deve buscar um adiantamento “preventivo” do controle das convicções internas, nem o sentido de estabelecer um padrão ético (é permitido às pessoas pensarem contra o Direito) tampouco no sentido de garantir o reconhecimento normativo (as pessoas podem questionar a vigência e validade da norma).¹⁷⁰

Sob perspectiva semelhante, Roxin aponta limites impostos ao legislador¹⁷¹ devido à adoção dos bens jurídicos como pressuposto necessário à incriminação, expondo a imprescindibilidade do reconhecimento de que:

(a) são inadmissíveis normas jurídico-penais cuja motivação é unicamente ideológica, ou que atentam contra Direitos fundamentais e humanos;

(b) não há fundamentação de um bem jurídico simplesmente a partir da transcrição do objeto da lei;

¹⁶⁹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 12.

¹⁷⁰ BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 39.

¹⁷¹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 20-25.

(c) são insuficientes para justificar uma norma penal os simples atendados contra a moral;

(d) somente os sentimentos de ameaça podem ser protegidos como bens jurídicos, devido à necessidade de tolerância perante concepções de mundo contrárias à própria;

(e) a consciente autolesão, como também sua possibilidade de fomento, não legitimam uma sanção punitiva, vez que o paternalismo estatal somente se justifica perante eventuais déficits de autonomia do afetado;

(f) as leis penais simbólicas, desnecessárias para o assegurar a vida em comunidade, os tabus e abstrações incompreensíveis não buscam a proteção de bens jurídicos, não devendo ser reconhecidos como tais.

Trata-se de “encontrar um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil, que garanta a cada um tanto a proteção estatal necessária como também a liberdade individual possível”¹⁷². Dessa maneira, novamente evidencia-se uma opção pelo garantismo, pois mesmo nos casos em que há antecipação das barreiras de imputação ao estágio anterior à lesão de bens jurídicos, isto é, ainda que a conduta penalmente tipificada consista na colocação em perigo, essa somente justifica-se quando fundamentada na efetiva proteção do bem jurídico por ela defendido.

Em síntese, se a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, resta evidente que os últimos são condição necessária à incriminação de qualquer conduta – o que não pode ser desconsiderado nas técnicas de tipificação de perigo abstrato, ainda que o bem jurídico tutelado seja transindividual –, assim como os princípios limitadores da intervenção deste ramo do Direito, de modo que sua atuação, ao invés do proposto pelos partidários de sua vertente simbólica, seja compatível com o Estado Democrático de Direito.

¹⁷² ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. P. 17.

4 CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Nos capítulos anteriores, foi abordada a relação intrínseca entre o clamor social pelo recrudescimento das instâncias penais e as respostas do legislador. Para tanto, foi cunhado o perfil – ainda que resumidamente – da sociedade de risco, bem como sua evidente característica de contradição: ao mesmo tempo em que sustenta-se na oscilação entre o discurso de defesa do risco, necessariamente inerente ao desenvolvimento, busca restringi-lo, algo bastante evidente quando analisada a maneira como os riscos são administrados.

É no contexto da sociedade assim denominada, ambiente não somente favorável como propulsor para a ampliação da atuação deste ramo do Direito, que podem ser expostas diversas razões pelas quais, progressivamente, é demandada a criação de novos tipos penais e o aumento do rigor punitivo dos já existentes.

O medo e a insegurança que tanto afetam a sociedade contemporânea fazem com que o homem passe a clamar por segurança através de respostas estatais, fenômeno que acarreta efeitos extremamente negativos ao Direito. Daí porque inclusive doutrinadores do Direito Penal¹⁷³ – para além da população e da mídia como um todo – passaram a defender ser impossível impedir ou irresponsável ignorar a necessidade de que o último transforme-se perante a nova configuração social.

Em outras palavras, argumentar-se-ia que as novas realidades trariam diferente importância aos bens jurídicos pré-existentes, simultaneamente em que seriam capazes de fazer indispensável a proteção de novos bens jurídicos. Do mesmo modo, determinados bens jurídicos que outrora portavam relevância social capaz de torná-los dignos de tutela penal, não mais a justificariam.

Ainda: importa lembrar que os mencionados riscos inevitavelmente guardam relação com a antecipação: remetem ao que ainda não ocorreu, mas faz-se iminente. Justamente pela presença de componente futuro é que fortemente aliam-se à relevância de prognósticos preventivos. Por esta razão, é possível

¹⁷³ A exemplo de Silva Sánchez, Jakobs, Tiedemann, Kratzsch, Kindhauser, Stratenwerth, Kuhlen, Schunemann, Wohlers e Hefendehl.

reconhecer que hodiernamente, o risco e o perigo apresentam papel norteador perante os instrumentos de interação social¹⁷⁴.

É justamente ao tratar da atual orientação de fuga para o Direito Penal, que se manifesta a partir da permanente edição de tipos incriminadores, do recrudescimento dos já existentes e do tratamento processual penal, que Busato e Kässmayer apontam a existência de confrontos diretos aos critérios político-criminais nos casos em que há relativa insegurança quanto à mensuração do dano, definição da autoria ou comprovação do nexo de causalidade, em especial na seara do Direito Penal Ambiental¹⁷⁵.

O embate entre a necessidade de antecipação e a intervenção do Direito Penal tão somente em *ultima ratio* faz-se ainda mais evidente quando observado a partir dos conflitos presentes no Direito Penal Ambiental: se, por um lado, a proteção jurídica do meio ambiente orienta-se pelo princípio da precaução, dado o fato de que “não se pode aguardar pelo desfecho danoso ao meio ambiente para que haja uma reação das instituições”¹⁷⁶, só pode o Direito Penal atuar em situações em que há “ofensa importante – dano ou perigo – a um bem jurídico indispensável para o desenvolvimento do ser humano em sociedade.”¹⁷⁷

No entanto, no presente momento faz-se suficiente a menção ao supracitado conflito. A eventual possibilidade de que sejam compatibilizados os princípios do Direito Penal e o princípio da precaução será melhor abordada no item 4.3 do presente capítulo, dada a indispensabilidade da definição do que são os primeiros para que ocorra qualquer argumentação.

Nesse contexto configura-se o Direito Penal do Risco, que visando a contenção das ameaças contemporâneas modifica as expectativas e a forma de atuação desta disciplina, que expande-se perante as novas ameaças e conflitos

¹⁷⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 22.

¹⁷⁵ KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César. Intervenção Mínima X Precaução: conflito entre princípios no Direito Penal Ambiental?. In: KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César (Org.). **Direito E Risco: O Direito do Ambiente na sociedade de risco**. Curitiba: UNIFAE, 2008. p. 119-152. P. 120-121.

¹⁷⁶ KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César. Intervenção Mínima X Precaução: conflito entre princípios no Direito Penal Ambiental?. In: KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César (Org.). **Direito E Risco: O Direito do Ambiente na sociedade de risco**. Curitiba: UNIFAE, 2008. p. 119-152. P. 122.

¹⁷⁷ KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César. Intervenção Mínima X Precaução: conflito entre princípios no Direito Penal Ambiental?. In: KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César (Org.). **Direito E Risco: O Direito do Ambiente na sociedade de risco**. Curitiba: UNIFAE, 2008. p. 119-152. P. 122.

sociais. A partir da perspectiva adotada no presente trabalho, identifica-se a ocorrência da mencionada expansão penal por meio das técnicas de tipificação, motivo pelo qual foram observados – ainda que a título exemplificativo – o avanço da proteção de bens jurídicos individuais aos coletivos, a passagem da utilização de crimes de dano aos crimes de perigo concreto e, finalmente, aos de perigo abstrato, assim como o emprego de normas penais em branco.

Reconheceu-se, anteriormente, que a proteção de bens jurídicos coletivos, por si só, é incapaz de gerar o recrudescimento das instâncias penais. O fenômeno ocorre, no entanto, quando estes são protegidos de condutas que sequer geram aflição qualitativa ou quantitativamente relevante. Da mesma maneira, a técnica de tipificação por meio de normas penais em branco – intensamente adaptáveis por não portarem completa descrição do comportamento punível –, frequentemente utilizada para garantir a atualidade da norma penal, somente guarda relação com a expansão penal quando vai além da volatilidade necessária, isto é, quando seu emprego não mais se reveste de garantias nem sofre a incidência de princípios limitadores.

Dessas circunstâncias, advém o temor acerca da atual configuração do Direito Penal, que em sua vertente simbólica coloca-se de modo diametralmente oposto ao Estado Democrático de Direito.

No entanto, o principal foco do presente trabalho dá-se justamente em relação aos crimes de perigo abstrato, assim como nos limites necessários à técnica de tipificação destes, de modo que o Direito Penal não sucumba à sua vertente simbólica – que inevitavelmente propicia a redução de garantias ao cidadão, tal qual demonstrado no segundo capítulo dessa monografia –, mas que restaure-se a incidência de seus princípios limitadores intrinsecamente ligados ao Estado Democrático de Direito.

Ao considerar a existência da demanda por flexibilização das regras de imputação e das garantias, e ter em vista os casos de antecipação do Direito Penal à lesão ou até à efetiva colocação em perigo dos bens jurídicos, desponta o principal problema do presente trabalho, qual seja: em que casos há – ou quais os parâmetros necessários para que haja – legitimidade na técnica de tipificação de crimes de perigo abstrato?

Tal questionamento é importante justamente pela intensa relação entre esta técnica de tipificação e a expansão penal. Para Bottini¹⁷⁸, a expansão penal prima pela técnica de tipificação, por constituir o núcleo central do Direito Penal do risco. Segundo o autor, estabelece-se a relevância da técnica de tipificação de crimes de perigo abstrato devido:

(a) ao potencial lesivo de alguns produtos e atividades – contexto no qual importa antes evitar ou controlar condutas do que tratar de seus resultados;

(b) à dificuldade de prever nexos causais derivados da aplicação das novas tecnologias – circunstância em que a imprevisibilidade torna ineficazes os delitos de resultado e traz graves problemas ao campo da responsabilidade penal;

(c) aos novos contextos de risco internacional, vez que a utilização por grande parte da população mundial de novas tecnologias gera contextos de interação arriscados, outrora inexistentes;

(d) a necessidade de enfrentamento de atos perigosos por acumulação, isto é, atos que isoladamente não representam ameaça, mas sua multiplicação ou reiteração consolidam ambiente de riscos efetivos para interesses protegidos.

A questão que se coloca é que é por meio dos tipos penais de perigo abstrato que a mera realização da conduta descrita como comportamento proibido gera a presunção da exposição ao perigo. Dentre os doutrinadores de Direito Penal, vasta é a polemica inclusive acerca da constitucionalidade de tamanha antecipação das barreiras de imputação. Não por acaso é que Renato de Mello Jorge Silveira aponta que “A ideia de proteção antecipada a uma lesão é um tanto paradoxal em dias em que se prega a mínima intervenção.”¹⁷⁹

No intuito de sanar o problema cerne dessa monografia, cabe não somente proceder à análise da estrutura material do tipo penal de perigo abstrato – de modo que reste melhor compreendida a problemática inerente à técnica de tipificação –, como realizar a tratativa acerca dos principais argumentos partidários de sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, de modo que, por fim, faça-se possível apontar de que forma dar-se-á, perante estes crimes, a incidência dos princípios limitadores do Direito Penal.

¹⁷⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 91-97.

¹⁷⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-individual: Interesses Difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 90.

4.1 ESTRUTURA MATERIAL DO TIPO PENAL DE PERIGO ABSTRATO

Para que seja possível proceder à análise da estrutura material do tipo penal de perigo abstrato, assim como dos principais argumentos acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade dessa técnica de tipificação, faz-se necessário, antes de mais nada, apontar a devida qualificação doutrinária acerca desses crimes, de modo que restem mais claras sua definição e principais características.

É partindo da consideração de que a conduta humana é capaz de incrementar o risco em diversos aspectos perigosos de relações sociais, que Fernando Galvão¹⁸⁰ reconhece a legitimidade do legislador de proibir comportamentos que traduzem, dada a experiência ordinária, maiores chances de causar danos aos bens jurídicos. São casos em que a proibição não remete propriamente à lesão de determinado bem jurídico, mas à conduta perigosa. Segundo o autor,

Os crimes de perigo não se fundamentam apenas na concreta probabilidade de dano aos bens jurídicos, mas também diante de situação em que seja presumido pelo legislador o aumento de chances de lesão. Nos crimes de perigo concreto, o resultado naturalístico caracteriza-se com a real situação de aumento das chances de lesão ao bem jurídico. Nos crimes de perigo abstrato, por sua vez, o perigo não é elemento do tipo, mas motivo para que o legislador proíba a conduta presumidamente perigosa.¹⁸¹

Na perspectiva de Jorge Figueiredo Dias, nos crimes de perigo “a realização do tipo não pressupõe a lesão, mas antes se basta com a mera colocação em perigo do bem jurídico”¹⁸², sendo que em se tratando de crimes de perigo abstrato, “há como que uma presunção inelidível de perigo, e por isso, a conduta do agente é punida independentemente de ter criado ou não um perigo efetivo para o bem jurídico.”¹⁸³

¹⁸⁰ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. Curso Completo. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey Ltda., 2007. P. 211.

¹⁸¹ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral**. Curso Completo. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey Ltda., 2007. P. 212.

¹⁸² FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito Penal: parte geral**. Questões Fundamentais, a doutrina geral do crime, tomo I, Coimbra: Editora Coimbra, 2004. P. 292.

¹⁸³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito Penal: parte geral**. Questões Fundamentais, a doutrina geral do crime, tomo I, Coimbra: Editora Coimbra, 2004. P. 292.

Conforme o entendimento de Nélson Hungria, “todo crime produz uma situação de fato, seja de dano (dano real, concreto, efetivo), seja de perigo (possibilidade de dano, dano potencial).”¹⁸⁴ Ao esclarecer que a exposição do bem jurídico ao perigo coloca-o em situação de precariedade, expõe ampla discussão doutrinária à respeito do conceito de “perigo”: se para a teoria subjetiva consiste em abstração subjetiva, isto é, em uma hipótese, para a teoria objetiva é possibilidade ou probabilidade objetiva¹⁸⁵.

No entanto, haveria ainda uma terceira teoria, que ao defender um critério misto, representaria, segundo Hungria, o entendimento correto. Segundo essa teoria,

Perigo, como possibilidade de dano, é uma situação objetiva; mas a possibilidade, embora tenha uma existência objetiva, não se revela por si mesma: tem de ser *reconhecida*, isto é, julgada. É preciso um juízo avaliativo, uma previsão, um cálculo (*Urteilsgefahr*). O juízo ou cálculo sobre a possibilidade de um fenômeno é o resultado de um raciocínio silogístico, de que a *premissa menor* é o conhecimento da presença de determinadas circunstâncias e a *premissa maior* é a lição da experiência em torno a circunstâncias análogas. Um fenômeno existente dispõe de potência causal quanto a outro fenômeno, ainda não ocorrido, quando a experiência (fundada na observação de casos idênticos) nos ensina que ao primeiro fenômeno costuma seguir-se o segundo, em relação de causa a efeito.¹⁸⁶

É a partir dessa perspectiva que o autor estabelece que o perigo, na órbita jurídico-penal, não é elemento arbitrário, mas conceito fundamental. Assim, classifica-o em: presumido ou concreto, coletivo ou individual e atual ou futuro.¹⁸⁷

Iminente é o perigo que enseja a possibilidade presente ou efetiva do dano, ao passo em que é futuro o que pode advir em tempo sucessivo, a exemplo da tentativa nos crimes de perigo. Também conforme o entendimento do autor, individual é o perigo que afeta ao interesse de uma só pessoa ou determinado grupo de pessoas, enquanto o mesmo é coletivo quando afeta número indeterminado de pessoas.

¹⁸⁴ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. Vol. V. P. 370.

¹⁸⁵ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. Vol. V. P. 372 – 373.

¹⁸⁶ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. Vol. V. P. 374.

¹⁸⁷ HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. Vol. V. P. 377 e ss.

Mais importante para o presente trabalho, porém, é a diferenciação entre o perigo presumido e o concreto. O último, por ser considerado a partir do juízo comum, seria avaliado *a posteriori*, averiguado e demonstrado de caso em caso. Já o perigo presumido ou *in abstracto*, corresponderia a presunção legal, *juris et de jure*, inexistindo apreciação pelo juízo do agente, vez que é fundado na experiência geral que considera perigosa determinada ação ou omissão.

Na opinião de Alberto Silva Franco, “A *vexatio quaestio* das infrações de perigo abstrato deve ser estudada sob dois ângulos. O primeiro, que acabamos de referir, é o de um sistema constitucional do delito. O segundo, o de um direito penal do risco.”¹⁸⁸ É sob o último prisma que autor questiona se, na sociedade de risco, sacrifica-se a ideia de proteção aos bens jurídicos e, ainda, se “bastaria à incriminação a mera invocação do bem jurídico, cuja possibilidade de dano seria remota?”¹⁸⁹

Para o autor, se resta clara a diferenciação entre crimes de dano e de perigo, sob uma perspectiva funcional, quando tratamos de bens jurídicos pessoais, o mesmo não ocorre com bens jurídicos transindividuais. Desse modo, entende que

[...] o que é abstrato, à vista dos bens jurídicos pessoais, é concreto em relação a bens jurídicos coletivos. No Direito Penal econômico, o que, dirigido ao patrimônio individual, é perigo abstrato, pode atingir, efetivamente, o funcionamento do sistema social.¹⁹⁰

Dentre ampla classificação dos delitos a partir da forma de ação, Magalhães Noronha aduz que são crimes de dano os que somente restam consumados com a efetiva lesão do bem jurídico tutelado, a exemplo de lesões corporais ou homicídio. Os crimes de perigo, por sua vez, remetem apenas à possibilidade de dano, subdividindo-se entre os de perigo concreto e os de perigo abstrato. Tratar-se-ão dos primeiros quando for necessária a investigação, casuisticamente; e, dos segundos, quando presume-se a atuação perigosa, dada a experiência acerca das consequências de determinadas ações.¹⁹¹

¹⁸⁸ FRANCO, Alberto Silva et al. **Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 13.

¹⁸⁹ FRANCO, Alberto Silva et al. **Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 14.

¹⁹⁰ FRANCO, Alberto Silva et al. **Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 14.

¹⁹¹ NORONHA, E. Magalhães de. **Direito Penal: Introdução e Parte Geral**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 110-111.

Juarez Cirino dos Santos¹⁹², por sua vez, também promove a divisão dos tipos entre os de lesão – caracterizados pela real lesão do objeto da ação – e os de perigo – que descrevem apenas a produção de um perigo para o objeto de proteção. Os crimes de perigo são subdivididos entre os de perigo concreto e os de perigo abstrato, sendo os últimos tipos penais nos quais a penalização justifica-se tão somente pela presunção de perigo da ação, independente da real ameaça ao bem jurídico protegido.

Também cabe citar a opinião de Francisco de Assis Toledo, que ao expor as diferenças entre os crimes de perigo e de dano, sub-classifica os primeiros, lecionando que

Nos de perigo concreto, a realização do tipo exige constatação, caso a caso, de perigo real, palpável, mensurável. Nos de perigo abstrato, ao contrário, dispensa-se essa constatação, por se tratar de perigo presumido de lesão.¹⁹³

Diferente é a exposição, acerca dos crimes de perigo, realizada por Renato de Mello Jorge Silveira, que aponta novas concepções penais, apresentando crimes de resultado de perigo e crimes de mera conduta perigosa. Antes, porém, esclarece o autor que o perigo situa-se no campo de cálculo das probabilidades: a possibilidade ou probabilidade de dano revelaria negligência consciente ou dolo eventual que suscita a reprovação penal – razão pela qual estes crimes consumam-se com o risco de lesão ao bem jurídico.¹⁹⁴

Ao tratar da tradicional doutrina sobre os supramencionados delitos, aduz o autor que os crimes de perigo concreto caracterizam-se pela necessidade de que o perigo integrante do tipo seja verificado casuisticamente demonstrado, na medida de sua efetividade; os crimes de perigo abstrato, no entanto, teriam definição negativa, capaz de incluir quaisquer delitos que não os de lesão ou de perigo concreto. Nesses últimos, inexistiria o perigo na tipificação penal, que limitar-se-ia a definir uma ação perigosa, vez que há presunção *juris et de jure*.¹⁹⁵

¹⁹² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. P. 112.

¹⁹³ TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**, 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994. P. 143.

¹⁹⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-individual: Interesses Difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 94.

¹⁹⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-individual: Interesses Difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 91-97.

Renato de Mello Jorge Silveira apresenta, porém, novas orientações que considera fundamentais. Nessa toada, procede à tratativa dos crimes de resultado de perigo, dissertando que

Os crimes de perigo, de igual forma ao que acontece nos crimes de resultado, irão se configurar como resultado de uma ação prévia. Entre a realização desta conduta e a lesão ao interesse protegido penalmente, há um estado intermédio, em que se vislumbram uma crise ao bem jurídico, uma perda de segurança, um perigo, enfim, para a integridade desse interesse.¹⁹⁶

Na concepção do supramencionado doutrinador, os crimes de mera conduta perigosa, no entanto, causariam ampla inquietação no plano político criminal. Isso porque expõe, ao mencionar Manfred Volz, que se a antijuridicidade é voltada à ação humana, não poderia acolher às teses de perigo presumido. Em outras palavras, esclarece que inexistiriam justificativas para os crimes de perigo abstrato ou presumido porque “a ideia de perigo vem ligada a uma outra, de grave crise do bem jurídico”¹⁹⁷ e, nestes casos sequer é constatado efetivo perigo ao último.¹⁹⁸

Dessa maneira, conclui-se que em que pese alguns dos doutrinadores de Direito Penal façam referencia a classificações mais amplas em relação aos crimes de perigo, subsiste certo consenso acerca de suas características e da desnecessidade de aferir a ocorrência de efetivo dano ao bem jurídico. De modo geral, tem-se como pressuposto, nos tipos penais tradicionalmente conhecidos como delitos de perigo abstrato, a existência de presunção absoluta de que o bem jurídico protegido encontra-se em risco devido à prática de determinadas condutas, que estatisticamente tem maior probabilidade de gerar o dano.

A ampla exposição da percepção da doutrina sobre esta técnica de tipificação importa justamente por ser geradora de vasta controvérsia: tornar típica conduta que em seu aspecto objetivo não promove dano ao bem jurídico e, em seu aspecto subjetivo, não guarda o agente quaisquer intenções de efetivamente causar dano, mas tão somente de expor à perigo, seria constitucional?

¹⁹⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-individual: Interesses Difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 102-103.

¹⁹⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-individual: Interesses Difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 108.

¹⁹⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-individual: Interesses Difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 108-109.

Ainda: uma vez sopesados os argumentos favoráveis e desfavoráveis à constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, em caso de convencimento acerca da primeira hipótese, de que forma seriam influenciados pelos princípios limitadores do Direito Penal?

No presente momento, procede-se à análise – ainda que brevemente – da estrutura material dos tipos penais de perigo abstrato. Isso porque é imprescindível à compreensão dos principais argumentos de diversos autores acerca da constitucionalidade ou não destes tipos penais. Por conseguinte, caso entenda-se pela constitucionalidade, restará a explanação acerca da maneira a partir da qual a mencionada técnica de tipificação pode ser utilizada sem ferir os limites à incriminação indispensáveis ao Estado de Direito.

Partindo do pressuposto de que no Estado de Direito deve-se buscar o equilíbrio entre a preservação da dignidade da pessoa humana e a proteção de bens jurídicos fundamentais pelo Direito Penal, Pierpaolo Cruz Bottini expõe a necessidade de que a estrutura dos crimes de perigo abstrato adapte-se aos princípios sobre os quais o sistema fundamenta sua atuação repressiva.

Assim sendo, ao propor a análise da estrutura material do tipo penal de perigo abstrato, o autor volta-se aos aspectos objetivos: para ele, somente deve-se proceder à análise dos aspectos volitivos do crime quando exteriorizou-se conduta lesiva, perigosa ou arriscada, o que permite “excluir do âmbito de aplicação do direito penal todas as condutas que não oferecem riscos (ou se oferecem e são tolerados pela comunidade) a bens jurídicos protegidos.”¹⁹⁹

Para Bottini, os crimes de perigo abstrato são formais, mas materializados teleologicamente, razão pela qual devem ser interpretados a partir de sua função de proteção aos bens jurídicos. Fazem-se necessários requisitos genéricos que permitam afirmar a tipicidade da conduta, de modo que o conteúdo do injusto penal

não está suficientemente fundamentado nem no resultado, nem na conduta em si, mas em algum outro fator objetivo que abrigue a potencia de resultado lesivo da atitude e que seja reconhecível pelo agente no momento da prática do ato. Esse elemento, que caracteriza tipicidade material, deve acompanhar uma conduta humana (desvalor da ação), [...] e, ainda, refletir uma imagem de resultado prejudicial possível ou provável, que justifique a ameaça de repressão (desvalor do resultado). O instituto necessário para que uma ação descrita no tipo penal seja materialmente reprovável, congregando as características mencionadas, e permitindo uma orientação

¹⁹⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 164.

teleológica e racional da aplicação dos institutos penais, é a periculosidade do comportamento.²⁰⁰

Para melhor compreensão do proposto por Bottini, faz-se necessário remeter à teoria da imputação objetiva de Roxin. De acordo com o exposto em seu mais recente trabalho, o autor esclarece que a teoria do tipo é reflexo dos efeitos dogmáticos do princípio da proteção de bens jurídicos, vez que a teoria da imputação objetiva fundamenta o injusto penal na realização de um risco não permitido.²⁰¹

A teoria da imputação objetiva consistiria em um princípio de imputação independente da causalidade. Sob essa perspectiva, Roxin esclarece que as normas penais devem

[...] proibir todo comportamento que represente um risco não permitido para o bem jurídico protegido. A criação consciente de um risco desses moldes configura uma tentativa; a sua realização no resultado deve ser imputada ao autor como fato consumado. O injusto penal não deve ser fundado sobre dados ônticos, tal como defensores da teoria causal e final da ação propuseram. Ele deve, ao contrário, ser deduzido das condições normativas de uma proteção eficiente de bens jurídicos.²⁰²

Conforme lecionado pelo autor, há especificidades quanto à criação do risco. Essa não ocorreria nos casos de risco permitido ou de sua diminuição, nem quando ausente um aumento juridicamente relevante. Também deve ser negada a realização do risco que possibilita uma imputação do resultado em se tratando de cursos causais completamente invulgares, assim como quando o resultado produzisse-se ainda que o sujeito tivesse agido conforme o risco permitido ou quando a forma como o resultado ocorrer não for compreendida pelo fim de proteção da norma violada.²⁰³ Como ulterior requisito do injusto penal, aduz Roxin a necessidade da ausência de causas de justificação.²⁰⁴

²⁰⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 166.

²⁰¹ ROXIN, Claus. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 112, p.33-39, jan./fev. 2015. P. 34.

²⁰² ROXIN, Claus. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 112, p.33-39, jan./fev. 2015. P. 34.

²⁰³ ROXIN, Claus. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 112, p.33-39, jan./fev. 2015. P. 34.

²⁰⁴ ROXIN, Claus. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 112, p.33-39, jan./fev. 2015. P. 35.

É com base nessa teoria que Bottini passa a definir o risco como elemento central da conduta típica – independentemente da espécie delitiva de que se trata, vez que permite o estabelecimento de um critério jurídico e normativo de ação penalmente relevante. Sob essa perspectiva, faz-se necessária a presença, para que um comportamento seja tipificado penalmente, de um risco relevante para o bem jurídico, mesmo que potencial ou abstrato.²⁰⁵

Reconhecendo que nessa técnica de tipificação verifica-se o injusto típico pelo risco, o autor dispõe que a periculosidade será elemento implícito na tipicidade objetiva da conduta, ainda que o texto legal não a mencione; assim sendo, expõe a necessidade do desenvolvimento de um método que permita a verificação desse componente no caso concreto, assim como a incorporação do risco como atributo indispensável à ação típica.

Dado o caráter aberto e funcional da técnica de tipificação de crimes de perigo abstrato, Bottini reconhece a impossibilidade de verificar ou definir aprioristicamente o risco, sendo possível fazê-lo apenas dentro do contexto social em que é produzido. Por esta razão, o risco penalmente relevante não poderá resumir-se à estatística da produção de resultado por determinadas condutas, devendo ser considerada sua admissibilidade – que tornaria o risco permitido –, ou a ausência desta, pela comunidade que o suporta.

A avaliação do injusto, portanto, apresenta um suporte ontológico e nomológico, derivados da constatação científica da possibilidade de produção de danos, e um suporte normativo, que leve em consideração a realidade cultural, política e social relacionada com a criação do risco.²⁰⁶

O juízo de periculosidade compreenderá a totalidade do saber científico de um determinado tempo, isto é, a consideração da capacidade da conduta prevista em lei para por em perigo ou causar o dano, conforme evidências estatísticas, bem como o saber específico do autor. Para que o tipo de perigo abstrato reste completo, faz-se necessário que haja a possibilidade de verificar a periculosidade da conduta *ex ante*.

De acordo com o aduzido pelo autor, a relevância penal do risco nos crimes de perigo abstrato relacionar-se-á com a criação do risco e sua intolerabilidade

²⁰⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 167-168.

²⁰⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 171.

social. A construção material desses delitos implica na constatação de que, caso ocorra violação da norma penal e, no entanto, não seja ostentado potencial ofensivo diante da realidade em que é realizado, deverá ser reconhecida atipicidade da conduta.

Sob essa perspectiva, propõe para garantir a segurança da aplicação dos tipos penais de perigo abstrato,

A adoção dessa construção, que coloca o risco no centro do tipo objetivo e exige uma análise do contexto fático para determinar a abrangência da norma penal, permitiria ao intérprete dosar a incidência do poder punitivo, especialmente sobre atividades inócuas para os interesses tutelados.²⁰⁷

O injusto penal faz-se presente somente diante da criação ou aumento de um risco relevante e típico, justamente porque é necessário levar em consideração a finalidade da norma, qual seja: a de preservar bens jurídicos fundamentais. Do mesmo modo, deverão ser consideradas as hipóteses em que o risco é permitido por sua utilidade social devido à comunidade em que se insere: nestes casos, a materialização exigirá não somente a criação de um risco por si só, mas a presença de periculosidade não permitida.

Tal possibilidade, segundo Bottini, permitiria avaliar – sob uma perspectiva crítica – algumas espécies de crimes, a exemplo os delitos de posse, que geram incidência da norma penal incriminadora independentemente do uso que é feito do que se tem posse. Para o autor, ao invés do reconhecimento de periculosidade *a priori*, seria necessário promover ao juiz a possibilidade de apontar a relevância social do risco, detectando eventual permissibilidade do comportamento a partir da análise normativa da situação, afastando-se a tipicidade.

Em se tratando especificamente dos delitos de posse, cabe mencionar o exposto por Paulo César Busato, que partindo do conceito de ação de Vives Antón, apresenta a inconsistência da ideia de posse como ação. Esclarece o autor que

[...] o perigo abstrato de uma conduta, a saber, um delito de conduta perigosa pode expressar-se na conduta de adquirir ou na omissão de entregar, mas, nunca, na posse em si mesma. Assim, não cabe definir o que é ou não perigoso, mas o que se pode proibir como conduta perigosa. [...] a posse, em si mesma, não pode ser ação, ainda que possa, isso sim,

²⁰⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 177.

consistir em um elemento circunstancial probatório de uma ação precedente ou de uma omissão subsequente. (tradução livre)^{208 209}

Em que pese a relevância do entendimento de Bottini, no que tange aos requisitos à estrutura material dos crimes de perigo abstrato, faz-se necessária a apresentação de análise a partir do ponto de vista citado no parágrafo imediatamente anterior e adotado no presente trabalho, qual seja, o da teoria da ação significativa, na qual deixa-se de falar em “ação típica” e passa-se a tratar de “tipo de ação”, pois nas palavras de Vives Antón,

As ações não resultam, pois, ininteligíveis, por referencia a estruturas objetivas (físicas ou lógicas) situadas fora delas, mas sobre a base de que se entrelaçam em práticas, em plexos regulares de interação que determinam o sentido. Com base no papel em que jogam estes plexos, podemos falar de diferentes tipos de ação, e tais tipos de ação – que não são senão expressão de diferentes funções sociais – constituem o dado primário de nosso conhecimento de ação.²¹⁰

Sob o cumprimento estrito do princípio da legalidade, a pretensão conceitual de relevância, um dos componentes da pretensão geral de relevância, é composta pela subsunção da conduta à previsão legal – ou tipicidade formal – e o nexos causal ou critérios de imputação objetiva capazes de estabelecer conexão entre a ação ou omissão e o resultado.

Conforme lecionado por Busato, a teoria da imputação objetiva tem como serventia tão somente “a afirmação da necessidade de acrescentar elementos axiológicos à afirmação da imputação objetiva do resultado”²¹¹. Ocorre que, em que pese a causalidade seja indispensável à atribuição, “presente esta, não se conclui obrigatoriamente a atribuição”²¹², sendo necessária a adição do critério axiológico do risco, casuisticamente. Dessa maneira, “admite-se que o risco permitido e a realização do risco sejam critérios a se ter em conta no momento da imputação do

²⁰⁸ [...] el peligro abstracto de una conducta, es decir, un delito de conducta peligrosa puede expresarse en la conducta de adquirir o la omisión de la entrega, pero, nunca, en la posesión en sí misma. Así, el tema no es definir lo que es o no peligroso sino lo que se puede prohibir como conducta peligrosa.[...] se llega a que poseer, en sí mismo, no puede ser acción, aunque pueda, eso sí, consistir en un elemento circunstancial probatorio de una acción precedente o de una omisión subsequente.

²⁰⁹ BUSATO, Paulo César. Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa: Conexiones entre el civil law y el common law en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher. **Revista Penal**, Valencia, v. 1, n. 35, p.5-23, jan. 2015. P. 20.

²¹⁰ VIVES ANTÓN, Tomas Salvador. **Fundamentos del Sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. P. 481.

²¹¹ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013. P. 335.

²¹² BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013. P. 335.

tipo de ação a que se refere, outrossim, nega-se seu caráter determinante de regra geral de imputação.”²¹³

O autor estabelece, de modo geral, critérios que considera válidos para a afirmação do tipo penal, quais sejam: o incremento ou criação de um risco capaz de ultrapassar os limites toleráveis, isto é, do risco permitido; e a realização do risco previamente criado no resultado.²¹⁴

Claramente, tratar-se-ia de indevido avanço das barreiras de imputação reconhecer a intervenção penal em decorrência dos crimes de perigo abstrato quando a conduta penalmente proibida sequer ultrapassa os limites toleráveis ou o risco considerado permitido. É necessário aferir que a ação ou omissão descritas e responsáveis pela tipicidade formal são verdadeiramente capazes de gerar incremento ou criação de risco relevante ao bem jurídico, sob pena da incidência dos gravosos efeitos do aparato punitivo perante conduta atípica.

Não é suficiente a aplicação reducionista desta técnica de tipificação somente no que concerne ao seu aspecto formal. Perante a pretensão de ofensividade, outro componente da pretensão geral de relevância, também se fazem necessárias considerações, vez que somente é possível falar em tipo de ação se também presente tal componente.

Em outras palavras, para falar em “tipo de ação”, é indispensável não somente a correspondência entre o fato e a norma – a pretensão conceitual de relevância – como mas a presença da lesividade que torne legítima a intervenção do Direito Penal. Tal qual exposto no capítulo anterior, se o Direito Penal tem como função precípua a proteção de bens jurídicos relevantes, é com base neles que lastreia-se a legitimidade de sua atuação. Logo, é possível reconhecer a ocorrência de íntima relação entre a ofensa aos bens jurídicos protegidos e a pretensão de ofensividade.

Desse modo, para que reconheça-se a pretensão de ofensividade e exista tipo de ação, “A conduta há de afligir o interesse protegido pela norma de modo suficiente a justificar a intervenção penal. É necessário que o tipo de ação de que se trata seja ofensivo o suficiente para determinar a necessidade de emprego do aparato punitivo.”²¹⁵

²¹³ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013. P. 337.

²¹⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013. P. 335-336.

²¹⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013. P. 348.

No presente trabalho, reconhece-se ser pressuposto para a incriminação a necessidade de que a conduta penalmente tipificada tenha a efetiva capacidade de gerar riscos não permitidos ao bem jurídico a partir de seu resultado. Tem-se, no entanto, constatação de caráter evidentemente abstrato: pois ainda que a conduta tenha tal capacidade em determinadas circunstâncias, é possível que as especificidades do caso concreto retirem-na, gerando atipicidade.

Explica-se: é evidente a impossibilidade de que ocorra tipificação exaustiva, com a utilização da técnica de perigo abstrato, de todas as condutas passíveis de gerar ou incrementar risco aos bens jurídicos protegidos. Inevitavelmente, estão presentes especificidades nos casos concretos em que detecta-se a tipicidade formal, daí porque, em que pese abstratamente seja reconhecida sua capacidade a criação ou o aumento de risco, é possível que nem sempre seja possível reconhecer a pretensão de ofensividade.

Ou, ainda: determinadas condutas que são estatisticamente responsáveis por causar resultados de risco ou lesão aos bens jurídicos protegidos poderão não fazê-lo em determinadas hipóteses. Assim sendo, é necessário constatar a real presença de justificativa à intervenção penal, algo a ser considerado casuisticamente.

Justamente por partir desta compreensão do tipo de ação e das características outrora apresentadas acerca da técnica de tipificação de perigo abstrato, é que é vislumbrada uma série de problemas nesta última, especialmente em se tratando do cerceamento das diversas teses de defesa cabíveis em tipos penais de dano, o que apresenta-se de maneira ainda mais intensa do que ocorre com os de perigo concreto.

A título de exemplo, pode-se citar a tentativa. De que maneira seria possível verificar, sem excessivo adiantamento das barreiras de imputação, o perigo de gerar o perigo? Ainda, ao reconhecermos a constante utilização da técnica de tipificação especificamente nos casos em que faz-se necessária a proteção de bens jurídicos coletivos, não restaria impossível, em todas essas hipóteses, falar em consentimento do ofendido? Também quando tratamos da criminalização em delitos de posse – discussão que, por si só, faz-se bastante extensa – como reconhecer a plausibilidade dos crimes de perigo abstrato quando o que se pune não constitui sequer tipo de ação?

Por essas razões é que faz-se ainda mais evidente a necessidade de limitação da intervenção penal nos casos dos crimes de perigo abstrato, o que

ocorre por meio dos princípios limitadores deste ramo do Direito, tal qual será pormenorizado no item 4.3. Ademais, é a partir dessa problemática que ocorre extensa argumentação, por parte da doutrina, acerca de sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, o que será abordado a seguir.

4.2 ARGUMENTOS QUANTO À (IN)CONSTITUCIONALIDADE

Faz-se evidente, no presente trabalho, o reconhecimento da imperatividade da hierarquia existente entre todo o ordenamento jurídico brasileiro e Constituição Federal de 1988, reconhecendo-se a última não somente como bússola que norteia muito do que falta-nos alcançar, mas como garantia aos cidadãos frente à arbitrariedade estatal.

É pelo reconhecimento da imprescindibilidade de que o Direito Penal atue de maneira compatível aos ditames constitucionais é que a doutrina versa amplamente acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de diversas tipificações penais, a exemplo da contida no art. 28 da Lei 11.343/2006 – Lei de Drogas, cuja problemática amplamente divulgada não será aqui comentada. Nesse tópico do presente trabalho, porém, caberá proceder à tratativa dos principais argumentos em relação à constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos tipos penais de perigo abstrato, de maneira que reste evidente a controvérsia doutrinária.

Para tanto, resta imprescindível, antes de quaisquer exposições, maiores esclarecimentos acerca do significado de inconstitucionalidade. De acordo com o exposto por Gilmar Mendes, a constitucionalidade e a inconstitucionalidade designam a relação estabelecida entre um comportamento e a Constituição, de modo que este poderá ser ou não compatível à última; tratar-se-ia de uma relação de caráter normativo e valorativo.²¹⁶

Ao tratar da aplicabilidade direta das normas constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias, aduz José Joaquim Gomes Canotilho que

²¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 1421.

Em termos práticos, a aplicação direta dos direitos fundamentais implica ainda a *inconstitucionalidade de todas as leis pré-constitucionais* contrárias às normas da constituição consagradoras e garantidoras de direitos, liberdades e garantias ou direitos de natureza análoga [...]. Se se preferir, dir-se-á que a aplicação direta dos direitos, liberdades e garantias implica a *inconstitucionalidade superveniente* das normas pré-constitucionais em contradição com eles.²¹⁷

Em outras palavras, expõe Gilmar Mendes que, na realidade, a supracitada “relação de índole normativa que qualifica a inconstitucionalidade, pois somente assim logra-se afirmar a obrigatoriedade do texto constitucional e a ineficácia de todo e qualquer ato normativo contraveniente.”²¹⁸

Reconhecida a importância da atribuição da inconstitucionalidade nesse trabalho, cabe mencionar a distinção entre a inconstitucionalidade formal e material – uma dentre o amplo rol de classificações dos diferentes tipos de inconstitucionalidade.

A partir da origem do defeito que macula o ato questionado, reconhece-se a inconstitucionalidade formal quando há vícios na formação do ato normativo, devido à não observância às regras de competência ou a determinado princípio de ordem procedimental ou técnica. A inconstitucionalidade material, por sua vez, diz respeito à aspecto substantivo do ato, ao próprio conteúdo e, ainda, eventual desvio de poder ou excesso de poder legislativo.²¹⁹

Ainda que brevemente esclarecidos os conceitos acima citados, resta claro o objetivo desse item do presente capítulo: a exposição dos principais argumentos acerca da existência ou não de inconstitucionalidade material dos crimes cuja técnica de tipificação é tradicionalmente conhecida como de perigo abstrato. Isso porque, cabe questionar: seriam estes crimes compatíveis com os ditames da Constituição Federal de 1988 ou contraventores?

Na perspectiva de Fernando Galvão,

Quando a situação de perigo é presumida na tipificação dos delitos de perigo abstrato, a prática da conduta autoriza reconhecer satisfeitos os requisitos da imputação objetiva. Nesse caso, é penalmente relevante a

²¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. P. 186.

²¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 1421.

²¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 1436-1438.

prática do comportamento proibido, que já caracteriza a produção do resultado jurídico.²²⁰

Daí porque é plausível concluir que o supracitado doutrinador reconhece a constitucionalidade dessa técnica de tipificação. Menos contundente é a opinião Renato de Mello Jorge Silveira, que conforme exposto no item anterior do presente trabalho apresenta a classificação entre crimes de resultado de perigo e crimes de mera conduta perigosa, considerando que faz-se impossível generalizar.

Para o autor, em se tratando de bens jurídicos supra-individuais, os crimes de mera conduta seriam capazes de gerar proteção em relação à figuras de lesão, tal qual ocorre na ecologia. Entretanto, outro seria o caso quando a controvérsia remete aos bens individuais, nos quais esses tipos penais por vezes são considerados inconstitucionais devido ao déficit de lesividade das condutas criminalizadas.²²¹

Ao construir sua argumentação na necessidade de compatibilidade entre o Direito Penal e o Estado Democrático de Direito, Cezar Roberto Bitencourt afirma, categoricamente, que são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato, pois a existência da infração penal somente seria admitida “quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado.”²²²

Divergente aos ensinamento anteriormente citados é o oferecido por Jorge Figueiredo Dias, que posiciona-se pela constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, “quando visarem a proteção de bens jurídicos de grande importância, quando for possível identificar claramente o bem jurídico tutelado e a conduta típica for descrita de uma forma tanto quanto possível precisa e minuciosa”²²³.

Alberto Silva Franco expõe que para que seja admitida a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, faz-se necessário o cumprimento de determinados requisitos²²⁴.

Um dos requisitos seria a realização de acurada sindicância acerca dos aspectos que cercam a norma penal incriminadora, dentre eles:

²²⁰ GALVÃO, Fernando. **Direito Penal: Parte Geral. Curso Completo.** 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey Ltda., 2007. P. 212.

²²¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-individual: Interesses Difusos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. P. 111.

²²² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 59.

²²³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Temas básicos da doutrina penal: Sobre os fundamentos da doutrina penal - sobre a doutrina geral do crime.** Coimbra: Coimbra Editora, 2001. P. 293.

²²⁴ FRANCO, Alberto Silva et al. **Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 16.

(a) os critérios do ilícito penal – que incluem o desvalor da ação proibida e o desvalor do resultado lesivo, bem como a identificação do bem jurídico tutelado;

(b) a ocorrência da proteção de um bem jurídico fundamental, imprescindível à integridade das instituições ou até da sobrevivência da sociedade, assim como a incidência da proteção a bens jurídicos pessoais;

(c) o caráter tipicamente perigoso da conduta selecionada pelo legislador, de modo a compensar a antecipação da barreira de punição à efetiva lesão;

(d) a adequação entre a modalidade de proteção e a necessidade de proteção, ótica sob a qual deve ser realizada a análise da intensidade da pena, assim como a menor ou maior amplitude da descrição típica, etc.

Também expõe o autor a imprescindibilidade de que, em se tratando de mera desobediência, reste evidente a inconstitucionalidade de incriminação. No entanto, impõe que

[...] não há razões para declarar a inconstitucionalidade da norma tipificadora, se o bem jurídico protegido está a serviço da pessoa humana e diz respeito a interesses fundamentais da vida de relação e, finalmente, a proteção penal se revela necessária.²²⁵

Luiz Flávio Gomes, ao analisar o princípio da ofensividade no Direito Penal, expõe que todos os delitos tipificados classificados como de perigo abstrato não se sustentariam.²²⁶ Isso porque, sendo a ofensividade uma das condições imprescindíveis para a intervenção penal, é extremamente relevante que o legislador descreva o fato típico como uma ofensa a um determinado e específico bem jurídico – vez que o delito é expressão de uma infração ao Direito: lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido.²²⁷

De maneira oposta, defende Ângelo Roberto Ilha da Silva que os delitos de perigo abstrato espeitam o princípio da lesividade, dada a utilização dessa técnica legislativa para a proteção de bens jurídicos que só podem ser eficazmente tutelados de forma antecipada, “seja em razão dos resultados catastróficos que um

²²⁵ FRANCO, Alberto Silva et al. **Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 16.

²²⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 13.

²²⁷ GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 35.

dano efetivo traria, seja pela irreversibilidade do bem ao estado anterior [...]”²²⁸.

Em que pese não manifestem expressamente sua crença na inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, é essa a conclusão que se depreende da exposição de Eugenio Raúl Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Aleandro Slokar. Argumentam os autores que as garantias provenientes da Carta Magna incluiriam a impossibilidade de que o Estado estabeleça moral; ao contrário, imporiam o dever de que possibilite um âmbito de liberdade da última. Por essa razão, apontam o princípio da lesividade como uma opção constitucional.²²⁹

Na visão dos autores, o supracitado princípio consistiria na vedação à intervenção punitiva em quaisquer circunstâncias em que seja inexistente a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo, sendo para tanto imprescindível o conceito de bem jurídico e a devida diferenciação entre bem jurídico tutelado e bem jurídico lesionado ou exposto a perigo, sob pena de que, caso contrário, neutralize-se o efeito limitador por ele exercido.²³⁰

Em outras palavras, expõem os doutrinadores que quando não ocorre a distinção entre o bem jurídico tutelado e o bem jurídico lesionado ou exposto a perigo, é impossibilitada uma criminalização sem lacunas, vez que a ofensividade passa ao segundo plano, ofuscada pela pretensa tutela – que passa a esconder um único bem jurídico: a vontade do Estado. Nesse sentido, isto é, sem a devida importância ao princípio da lesividade, o Direito Penal reduzir-se-ia a garantir a validade das expectativas normativas:

[...] a intervenção tutelar de um ente pode ser anterior e independente de qualquer dano ou riscos efetivos, subordinada apenas à intensidade que o operador queira conceder à prevenção em seu discurso: a via da tutela é sempre a via da inquisição. Ao enganar-se (por mera dedução) sobre a eficácia preventiva da pena, o discurso permite racionalizar a punição de riscos muito distantes e hipotéticos (perigos abstratos, remotos, etc.), bem como viabilizar intervenções bastantes desproporcionais com o dano (inventar-se uma necessidade tutelar enorme, embora a afetação do bem jurídico seja insignificante), além de até mesmo criar bens jurídicos inexistentes, porque a ideia de bem jurídico tutelado tende a espiritualizá-lo para desembocar em um único bem tutelado, que é a vontade do estado (de polícia), porquanto este acaba sendo o único juiz da premência e do vigor

²²⁸ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 101.

²²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. P. 225-226.

²³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. P. 226-227.

da ilusória tutela.²³¹

Não resta espaço para conclusão diferente: opinam os autores pela inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, vez que argumentam que a lesividade, em sua exposição, constitui princípio constitucional limitador da criminalização, que emerge diretamente de outro princípio, o do estado de direito. A instituição de crimes de perigo abstrato, por eles reconhecida como intervenção tutelar anterior a qualquer dano ou risco efetivo, ao contrariar este princípio, necessariamente contrariaria ditames da Constituição Federal, daí porque se depreende sua inconstitucionalidade.

A controvérsia acerca da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato permeia, na atualidade, o recurso extraordinário, com repercussão geral, de n. 635.659, que por seu impacto social tem gerado diversas expectativas e opiniões em distintos setores sociais. No referido recurso, alega-se a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, que define como crime “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”²³².

Trata-se, justamente, de crime de perigo abstrato, de modo que o principal argumento em favor da criminalização tem como base o “dano em potencial que essas condutas irradiam na sociedade, colocando em risco a saúde e a segurança públicas”²³³. Assim, em que pese não caiba, no presente trabalho, a ampla discussão acerca da eventual descriminalização do uso de drogas, é relevante o voto proferido pelo excelentíssimo Relator, Ministro Gilmar Mendes, dada sua ampla exposição acerca da mencionada técnica de tipificação penal.

Na mencionada relatoria, esclarece que essa espécie de delito baseia-se em dados empíricos, selecionando grupos ou classes de condutas que costumam gerar indesejado perigo a bem jurídico fundamental. De acordo com Gilmar Mendes, em se tratando dos crimes de perigo abstrato, o legislador formula uma presunção

²³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. P. 227.

²³² BRASIL. Lei nº 11.343, de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 23 jan. 2006.

²³³ MENDES, Gilmar. **Voto de relatoria no recurso extraordinário 635.659**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2015. P. 12.

absoluta acerca da periculosidade da conduta, razão pela qual é desnecessário que a lesão ou o perigo de lesão efetivem-se no caso concreto.²³⁴

Se os esclarecimentos sobre a conceituação dos crimes provenientes dessa técnica de tipificação são mais amplamente abordados no item anterior do presente capítulo, importa a opinião do doutrinador acerca de sua constitucionalidade, que apresenta-se claramente, a partir da argumentação de que

Cabe observar que a definição 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 acaba se mostrando, muitas vezes, como alternativa mais eficaz para a proteção de bens de caráter difuso ou coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde pública, entre outros, o que permite ao legislador optar por um direito penal nitidamente preventivo. [...] Por outro lado, não é difícil entender as características e os contornos da delicada relação entre os delitos de perigo abstrato e os princípios da lesividade ou ofensividade, os quais, por sua vez, estão intrinsecamente relacionados com o princípio da proporcionalidade. A atividade legislativa de produção de tipos de perigo abstrato deve, por isso, ser objeto de rígida fiscalização a respeito de sua constitucionalidade.²³⁵

É justamente com a perspectiva apresentada pelo Ministro Gilmar Mendes que alinha-se o entendimento proposto nesse trabalho. Mostra-se deveras radical a imposição de que, em quaisquer circunstâncias, será inconstitucional o emprego da técnica de tipificação de perigo abstrato. Isso porque, tal qual exposto anteriormente, embora não deva o Direito Penal ceder ao anseio social por sua expansão, a inocorrência de qualquer adaptação das técnicas de tipificação frente à nova realidade fá-lo-ia inócuo em sua tarefa de proteção a diversos bens jurídicos essenciais ao homem e à vida em sociedade.

Ocorre que, tão imprescindível quanto o reconhecimento de que essa técnica de tipificação não deve ser caracterizada, *a priori*, como inconstitucional, é a mencionada fiscalização rígida acerca de sua constitucionalidade. É por essa razão que faz-se necessário proceder à sua análise tendo em vista os princípios limitadores do Direito Penal, de modo que seja vislumbrada a possível conciliação entre sua utilização e o resguardo às garantias inerentes ao Estado Democrático de

²³⁴ MENDES, Gilmar. **Voto de relatoria no recurso extraordinário 635.659**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2015. P. 12.

²³⁵ MENDES, Gilmar. **Voto de relatoria no recurso extraordinário 635.659**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2015. P. 13.

Direito.

Também nessa toada é o entendimento de Cezar Roberto Bittencourt, que em que pese advogue pela inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato – entendimento exposto anteriormente – aduz que, uma vez admitida sua existência,

[...] é necessário ajustar, com a maior precisão possível, o âmbito da conduta punível, sem deixar de lado os princípios limitadores do exercício do poder punitivo estatal, com o fim de evitar uma expansão desmedida do Direito Penal.²³⁶

Sem mais delongas, prossegue-se ao próximo e último tópico desse capítulo, no intuito de desenvolver considerações acerca dos crimes de perigo abstrato em face dos princípios limitadores do Direito Penal.

4.3 OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DOS PRINCÍPIOS LIMITADORES DO DIREITO PENAL

Expostos os argumentos pelos quais considera-se inadequado, *a priori*, considerar todos os crimes de perigo abstratos como inconstitucionais, faz-se necessário abordar a imprescindibilidade de que sofram a influencia dos princípios limitadores do Direito Penal. Dessa maneira, em que pese suas características, são capazes de promover uma atuação do poder punitivo em consonância com o Estado Democrático de Direito.

Os princípios limitadores são assim chamados porque

O Direito Penal das sociedades contemporâneas é regido por princípios constitucionais sobre crimes, penas e medidas de segurança, nos níveis de criminalização primária e de criminalização secundária, indispensáveis para garantir o indivíduo em face do poder punitivo do Estado.²³⁷

Antes de mais pormenorizada tratativa desses princípios, porém, abordar-se-á o – já mencionado no início do capítulo – conflito existente entre o princípio da

²³⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 274.

²³⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008. P. 19.

precaução e o Direito Penal, vez que relaciona-se, de modo geral, com a problemática que circunda os crimes de perigo abstrato, embora seja mais facilmente reconhecido em se tratando do Direito Ambiental.

Isso porque, conforme amplamente elucidado no início do presente trabalho, é inerente à sociedade de risco a tentativa de controle dos últimos, isto é, a gestão de riscos. Quanto maior a intensidade do risco, mais ampla a demanda por controle, o que promove “o emprego da ameaça penal como instrumento de estímulo à obediência e às normas de precaução”²³⁸.

Conforme sustentam Karin Kässmayer e Paulo César Busato, a questão ambiental é compreendida, na sociedade de risco, como uma constante ameaça ao bem estar coletivo, dados os preocupantes prognósticos e a deterioração das condições necessárias à qualidade de vida.²³⁹ Na seara do Direito Ambiental, buscase a preservação do que existe e a reparação dos danos ambientais, vez que são reconhecidas as “dificuldades [...] na previsão de riscos ambientais e [...] difícil reparabilidade dos mesmos, embora sejam os mecanismos precaucionais, de recuperação e reconstituição seu centro operacional.”²⁴⁰

É por essa razão que o princípio da precaução ocupa lugar tão central no Direito do Meio Ambiente: a atuação precavida possibilita a tentativa de evitar os mencionados danos de difícil reparação, a partir da realização de diagnósticos acerca das consequências a serem geradas por determinados atos ou omissões. Para Celso Antonio Pacheco Fiorillo, “[...] a prevenção é preceito fundamental, uma vez que os danos ambientais, na maioria das vezes, são irreversíveis e irreparáveis.”²⁴¹

De acordo com Patryck de Araújo Ayala e José Rubens Morato Leite, o conteúdo do princípio da prevenção dirige-se pela detenção de informações precisas e pela ciência, conforme o que se sabe acerca da periculosidade e o risco fornecido

²³⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 196.

²³⁹ KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César. Intervenção Mínima X Precaução: conflito entre princípios no Direito Penal Ambiental?. In: KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César (Org.). **Direito E Risco: O Direito do Ambiente na sociedade de risco**. Curitiba: UNIFAE, 2008. p. 119-152. P. 138.

²⁴⁰ KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César. Intervenção Mínima X Precaução: conflito entre princípios no Direito Penal Ambiental?. In: KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César (Org.). **Direito E Risco: O Direito do Ambiente na sociedade de risco**. Curitiba: UNIFAE, 2008. p. 119-152. P. 137.

²⁴¹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 119.

pela atividade ou comportamento. Dessa maneira, o princípio da prevenção tem como referencia o perigo concreto. O princípio da precaução, porém, destina-se ao perigo abstrato, de modo que controla situação com menos verossimilhança que o primeiro.²⁴²

Dá-se a conclusão que a aplicação do princípio da precaução deriva da inexistência de certezas científicas ou estatísticas sobre quaisquer resultados concretos decorrentes de determinadas atividades, sejam de caráter lesivo ou perigoso. Não faz-se possível, dessa forma, que sua proteção penal dê-se a partir da técnica de tipificação de delitos com resultado de lesão ou de perigo concreto, vez que o elemento externo neles exigido resta ausente nas hipóteses de precaução.²⁴³

Entende-se que

Na dogmática jurídica, visualiza-se uma substancial mudança, pois através da precaução antevêm-se os atos – evitando-os – em virtude tão somente da ação ou atividade considerar-se de risco. Ademais, no campo processual, impõe-se ao empreendedor o ônus de provar a eventual não prejudicialidade ao meio ambiente de sua ação.²⁴⁴

Dada a impossibilidade de que seja aferida a ocorrência de resultados atrelados às condutas que são tuteladas pelo princípio da precaução, reconhece-se que a única técnica de tipificação possível seria a descrição de tais atos ou omissões como crimes de perigo abstrato.²⁴⁵ Nesse contexto,

A doutrina atual encara a proteção penal das medidas de precaução sob perspectivas diversas, que decorrem da concepção do direito penal para cada autor, e da metodologia sistemática proposta por cada escola penal. Desde o total rechaço até a aceitação da necessidade de tais construções típicas em uma sociedade de risco, diversas ponderações perpassam a discussão sobre o papel da precaução no direito penal, que devem ser apresentadas não como apontamentos ou opiniões isoladas, mas como

²⁴² LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002. P. 63.

²⁴³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 196.

²⁴⁴ KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César. Intervenção Mínima X Precaução: conflito entre princípios no Direito Penal Ambiental?. In: KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César (Org.). **Direito E Risco: O Direito do Ambiente na sociedade de risco**. Curitiba: UNIFAE, 2008. p. 119-152. P. 140.

²⁴⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 196.

conclusões derivadas de uma maneira de ver e de legitimar a atividade repressiva do Estado.²⁴⁶

Justamente por esse motivo é que, exposto o panorama acerca da relação entre o Direito Penal e o princípio da precaução, faz-se necessária melhor exposição acerca dos princípios limitadores do *ius puniendi* em face dos crimes de perigo abstrato – vez que conforme outrora apontado, nesse trabalho opta-se pela defesa de um Direito Penal garantista, cuja atuação dá-se conforme os mencionados princípios.

Ainda, tal qual salientado no início do capítulo anterior, ao invés da tratativa dos mais diversos princípios enumerados pela doutrina – que não guarda qualquer uniformidade sobre o tema –, proceder-se-á tão somente à apresentação dos princípios da legalidade e da intervenção mínima, dos quais compreende-se surgirem os demais, como consequências ou derivações.

De acordo com Rogério Greco, o princípio da legalidade destaca-se na concepção minimalista de Direito Penal, expresso no art. 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal e no art. 1º do Código Penal, instituindo a inexistência de crime e de pena sem lei anterior que o defina.²⁴⁷ Nesse sentido, aponta o autor que ninguém poderá ser surpreendido pelo Direito Penal, sendo punido pela prática de um comportamento que à época do fato era penalmente indiferente²⁴⁸, também sendo proibidas a criação de tipos penais incriminadores por meio dos costumes²⁴⁹ e a analogia *in malam partem*²⁵⁰.

Ainda e extremamente relevante em se tratando de crimes de perigo abstrato, aduz o autor que, devido ao supracitado princípio, é insuficiente, para que seja aplicada, que a lei penal esteja em vigor ao tempo em que é praticada determinada conduta. É necessário, ainda, que o agente possa compreender exatamente o conteúdo da proibição, pois “para que não seja ofensiva ao princípio da legalidade, a

²⁴⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 197.

²⁴⁷ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma visão minimalista do Direito Penal**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009. P. 122.

²⁴⁸ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma visão minimalista do Direito Penal**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009. P. 125.

²⁴⁹ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma visão minimalista do Direito Penal**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009. P. 127.

²⁵⁰ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma visão minimalista do Direito Penal**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009. P. 128.

lei penal deve ser certa, clara, precisa, a mais simples possível, permitindo a sua mais precisa e exata compreensão.”²⁵¹

Tal perspectiva termina por impor, ao Direito Penal como um todo – o que inclui os aqui tratados, crimes de perigo abstrato – a taxatividade da conduta proibida. Essa imposição faz-se ainda mais forte quando o que é criminalizado consiste tão somente em determinada conduta, sem a exigência de qualquer resultado. Diante de eventual criminalização em desrespeito ao princípio da legalidade, restaria inevitável o sentimento de insegurança por parte do cidadão, que sequer teria certeza se a maneira como procede é penalmente tipificada; daí porque a exigência da taxatividade em delitos de perigo abstrato, que além de suas características frequentemente utilizam normas penais em branco, é ainda mais imperiosa.

Ao abordar, sob o prisma de garantia individual, o referido princípio, Nilo Batista enuncia a possibilidade de decompô-lo em quatro funções. A primeira refere-se à proibição de retroatividade da lei penal; a segunda, à proibição da criação de crimes e penas pelo costume; a terceira, à proibição do emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas; a quarta, à proibição de incriminações vagas e indeterminadas.²⁵²

Nesse sentido, corrobora o entendimento outrora exposto ao asseverar que “Formular tipos penais “genéricos ou vazios”, valendo-se de “cláusulas gerais” ou “conceitos indeterminados” ou “ambíguos”, equivale teoricamente a nada formular, mas é prática e politicamente muito mais nefasto e perigoso.”²⁵³

A título exemplificativo das mais frequentes modalidades de violação do princípio da legalidade, Nilo Batista refere-se aos tipos penais abertos ou amplos. Segundo o explanado pelo autor, se estes alcançaram um nível de caracterização bastante seguro nos crimes culposos, tal característica encontra limites muito temerários nos crimes dolosos de perigo.²⁵⁴

Ainda mais relacionado ao tema do presente trabalho é o princípio da intervenção mínima, que como sugere o nome, estabelece que só cabe ao Direito

²⁵¹ GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma visão minimalista do Direito Penal**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009. P. 132.

²⁵² BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. P. 68-77.

²⁵³ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. P. 78.

²⁵⁴ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. P. 82.

Penal intervir na última fase do controle social, isto é, “quando todos os demais mecanismos já falharam na missão de ordenar os interesses sociais”²⁵⁵. Ocorre que, “[...] em um Estado social e democrático de Direito, a obediência ao princípio da intervenção mínima constitui um de seus limites.”²⁵⁶

Para Nelson Hungria, existindo a possibilidade de conter um fato ilícito, que afronta interesse individual ou coletivo essencial ao homem, por meio de sanções civis, não há lugar para incidência da norma penal. Explana o autor 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 *status quo ante*, da breve prisão coercitiva, da anulação do ato etc.²⁵⁷

No entender de Kässmayer e Busato, o princípio em tela se expressa sob duas formas dentro do Direito Penal, quais sejam, as limitações pela fragmentariedade e pela subsidiariedade.²⁵⁸

A primeira é a característica pela qual somente é dada a possibilidade de atuação, para esse ramo do Direito, em se tratando de hipóteses de excepcional relevância, isto é, nos casos em que há dano ou risco de dano a um bem jurídico dotado de importância para a vida humana.²⁵⁹

De acordo com Ângelo Roberto Ilha da Silva, o princípio da intervenção penal mínima subsiste em razão do caráter fragmentário do Direito Penal, vez que último limita-se a proteger bens jurídicos fundamentais apenas parcialmente.²⁶⁰

²⁵⁵ KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César. Intervenção Mínima X Precaução: conflito entre princípios no Direito Penal Ambiental?. In: KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César (Org.). **Direito E Risco: O Direito do Ambiente na sociedade de risco**. Curitiba: UNIFAE, 2008. p. 119-152. P. 124.

²⁵⁶ KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César. Intervenção Mínima X Precaução: conflito entre princípios no Direito Penal Ambiental?. In: KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César (Org.). **Direito E Risco: O Direito do Ambiente na sociedade de risco**. Curitiba: UNIFAE, 2008. p. 119-152. P. 129.

²⁵⁷ HUNGRIA, Nélon. Comentários ao Código Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Vol. VII. P. 178.

²⁵⁸ KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César. Intervenção Mínima X Precaução: conflito entre princípios no Direito Penal Ambiental?. In: KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César (Org.). **Direito E Risco: O Direito do Ambiente na sociedade de risco**. Curitiba: UNIFAE, 2008. p. 119-152. P. 126.

²⁵⁹ KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César. Intervenção Mínima X Precaução: conflito entre princípios no Direito Penal Ambiental?. In: KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César (Org.). **Direito E Risco: O Direito do Ambiente na sociedade de risco**. Curitiba: UNIFAE, 2008. p. 119-152. P. 126.

²⁶⁰ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 72.

Nesse sentido, cabem duas considerações. A primeira delas consiste na reiteração de algo já abordado no capítulo anterior: para que a intervenção penal seja legítima, é imprescindível que lastreie-se na proteção de bem jurídico indispensável à vida humana em sociedade. A segunda, por sua vez, é o reconhecimento de que, justamente pelas peculiaridades dos delitos de perigo abstrato, faz-se extremamente relevante que a criminalização só ocorra perante a efetiva necessidade de proteção de determinado bem jurídico, cuja descrição e importância devem restar claros – em sintonia com o princípio da legalidade e com o caráter de fragmentariedade, respectivamente.

Também nessa perspectiva, aduz Pierpaolo Cruz Bottini que nos crimes de perigo abstrato o injusto penal funda-se tanto na vinculação teleológica a bens jurídicos dignos de proteção penal, como na consequente verificação, *in concreto* e por parte do intérprete e aplicador da norma penal, do risco que a conduta representa para tais bens.²⁶¹

Por conseguinte, a subsidiariedade consiste no reconhecimento de que o grave ataque a bem jurídico fundamental não justifica, por si só, a intervenção penal – vez que essa condiciona-se, ainda, à comprovação de incapacidade dos demais mecanismos de controle social para resolução do problema.²⁶²

Em que pese mencione rol de princípios que, segundo apontado anteriormente, na realidade constituem derivações, não deixa de ser elucidativa a lição de Santiago Mir Puig, para quem

O Direito Penal deixa de ser necessário para proteger a sociedade quando isso puder ser obtido por outros meios, que serão preferíveis enquanto sejam menos lesivos aos direitos individuais. Trata-se de uma exigência de economia social coerente com a lógica do estado social, que deve buscar o maior benefício possível com o menor custo social. O princípio da 'máxima utilidade possível' para as eventuais vítimas deve ser combinado com o 'mínimo sofrimento necessário' para os criminosos. Isso conduz a uma fundamentação utilitarista do Direito penal que não tende à maior prevenção possível, mas ao mínimo de prevenção imprescindível. Entra em jogo, assim, o 'princípio da subsidiariedade', segundo o qual o Direito penal deve ser a *ultima ratio*, o último recurso a ser utilizado, à falta de outros meios menos lesivos.²⁶³

²⁶¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 205.

²⁶² KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César. Intervenção Mínima X Precaução: conflito entre princípios no Direito Penal Ambiental?. In: KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César (Org.). **Direito E Risco**: O Direito do Ambiente na sociedade de risco. Curitiba: UNIFAE, 2008. p. 119-152. P. 130.

²⁶³ MIR PUIG, SANTIAGO. **Direito penal**: fundamentos e teoria do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. P. 93-94.

Resulta simples a percepção de que os ditames do princípio da precaução em nada compatibilizam-se com os do princípio da intervenção mínima. O mais evidente argumento pela incompatibilidade resulta do fato de que a intervenção punitiva é incapaz de evitar dano ou perigo, como busca a precaução, dado o condicionamento da primeira à prévia ocorrência da conduta tipificada.

Insta salientar, ainda, que se a precaução ocorre justamente diante da ausência de dados que evidenciam o potencial danoso da ação ou omissão, o tipo penal afasta-se completamente dos princípios limitadores do *ius puniendi*, pois sequer faz-se possível determinar que bem jurídico será afetado e em qual proporção. Resta somente a arbitrariedade do legislador.

Sobre o assunto, Pierpaolo Cruz Bottini alerta que

[...] nos espaços de vigência da precaução, a ausência de certezas sobre o risco impede a visualização definida do interesse sob ameaça. A impossibilidade de indicar os bens jurídicos protegidos retira dos tipos penais em tela todo seu substrato material. [...] A argumentação processual, diante dos fatos concretos, nestas situações, não poderá ser desenvolvida em torno da existência da periculosidade em relação ao bem tutelado, pois a dúvida sobre os riscos da atividade permite questionar a própria afetação objetiva de qualquer dos interesses eventualmente lesados.²⁶⁴

Similarmente, o limite imposto por este princípio obriga que a técnica de tipificação dos delitos de perigo abstrato não seja utilizada a bel prazer do legislador, seja na tentativa de coibir condutas que de outro modo seriam melhor impedidas, ou de apaziguar os clamores derivados da insegurança social.

Realizadas essas considerações, segue-se à conclusão do presente trabalho.

²⁶⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. P. 207.

5 CONCLUSÃO

No interesse em demonstrar o cenário social em que passou a ser utilizada a técnica de tipificação de perigo abstrato, o primeiro capítulo dessa monografia teve como enfoque os principais motivos geradores da demanda pelo recrudescimento das instâncias penais.

Nesse sentido, iniciou-se com a conceituação da sociedade de risco, expondo sua forte influencia nos principais instrumentos de interação social – algo que demonstrou-se influir diretamente no Direito Penal. Na mencionada sociedade, conforme observado, clama-se pelo aumento do rigor punitivo dos crimes já existentes, a criminalização de diversas outras condutas e o progressivo adiantamento das barreiras de imputação.

Modificada, em nossa sociedade, a forma de compreensão referente às características da atuação punitiva, o presente trabalho adotou a perspectiva de que é por meio das técnicas de tipificação que dá-se a expansão penal, tratando, em seguida, dos principais modelos politico-criminais favoráveis à última.

No segundo capítulo, procedeu-se à reflexão acerca da redução de garantias do cidadão frente ao *ius puniendi*, proveniente da passagem do Direito Penal liberal ao Direito Penal simbólico, em contraposição com os parâmetros necessários à intervenção punitiva em consonância com o Estado Democrático de Direito.

Especialmente em relação aos mencionados parâmetros, foi abordada a necessidade de que toda criminalização lastreie-se na proteção de bens jurídicos indispensáveis à vida em sociedade, reconhecendo-os como condição necessária à incriminação.

O que se depreendeu dos capítulos anteriores influenciou completamente na visão, no presente trabalho, sobre os crimes de perigo abstrato. Isso porque, se no primeiro capítulo foram reconhecidos como uma das principais maneiras pelas quais pode-se contribuir à ocorrência da expansão penal, no segundo foram vislumbrados limites à supracitada técnica de tipificação.

É por essa razão que, posteriormente, no terceiro capítulo, fez-se possível a realização da análise da estrutura material dos crimes de perigo abstrato. Em seguida, foram abordados os principais argumentos doutrinários presentes na

controvérsia acerca de sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, dadas as suas peculiaridades.

Por fim, o presente trabalho concluiu-se com a seguinte tomada de posição: uma vez reconhecida a constitucionalidade da técnica de tipificação analisada, evidenciou-se a imprescindibilidade de que sofra a influencia dos princípios limitadores do Direito Penal – de modo que não promova a expansão das instâncias punitivas, mas incida em consonância com perspectiva garantista desse ramo do Direito.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco: Rumo a outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: 34, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 2006.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: Parte Geral**. São Paulo: Atlas, 2013.

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um Direito Penal Democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BUSATO, Paulo César. **Modernas tendências de controle social**. Artigo elaborado para a Revista Eletrônica de Ciências Jurídicas. Disponível em: <<http://www2.mp.ma.gov.br/ampem/artigos/Artigos2007/ModernasTendencias-RECJ-04.03-07.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2014.

BUSATO, Paulo César. Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa: Conexiones entre el civil law y el common law en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher. **Revista Penal**, Valencia, v. 1, n. 35, p.5-23, jan. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA, Luana Cuban da. **A legitimidade da tutela penal de bens jurídicos transindividuais**. 2012. 52 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/31295/LUANA_CUBAN_DA_COSTA.pdf?sequence=1>.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito Penal**: parte geral. Questões Fundamentais, a doutrina geral do crime, tomo I, Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Temas básicos da doutrina penal**: Sobre os fundamentos da doutrina penal - sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRANCO, Alberto Silva et al. **Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GALVÃO, Fernando. **Direito Penal**: Parte Geral. Curso Completo. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey Ltda., 2007.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991. P. 10.

GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRACIA MARTÍN, Luis. **A Modernização do Direito Penal como Exigência da Realização do Postulado do Estado de Direito (social e democrático)**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, nº 88, 2010.

GRACIA MARTÍN, Luis. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2005.

GRECO, Luís. **Modernização do Direito Pena, Bens Jurídicos Coletivos e Crimes de Perigo Abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 82, p.165-185, jan./fev. 2010

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: Uma visão minimalista do Direito Penal**. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. Vol. V.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978. Vol. VII.

JAKOBS, Gunter; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: Noções e críticas**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JAKOBS, Gunter. **Derecho penal: parte general. Fundamentos e teoría de la imputación**. 2. ed. Corrigida. Trad. De Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: Parte General**. 4. ed. Granada: Comares, 1993

KÄSSMAYER, Karin; BUSATO, Paulo César. Intervenção Mínima X Precaução: conflito entre princípios no Direito Penal Ambiental?. In: KÄSSMAYER, Karin;

BUSATO, Paulo César (Org.). **Direito E Risco**: O Direito do Ambiente na sociedade de risco. Curitiba: UNIFAE, 2008. p. 119-152.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. **Direito Penal Constitucional**: A imposição dos princípios constitucionais penais. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Fernando Buzzá. **Direito Penal e a Sociedade do Risco**. 2008. 61 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2008. Acesso em 15 out. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

MENDES, Gilmar Ferreira. **Voto de relatoria no recurso extraordinário 635.659**. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/re-posse-drogas-para-consumo-voto-gilmar.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2015.

MERCANTE, Juarez. **O fenômeno expansivo do Direito Penal**: da proteção dos bens jurídicos transindividuais. 2003. 182 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2003.

MIR PUIG, SANTIAGO. **Direito penal**: fundamentos e teoria do delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho penal, parte general**. 5ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

NORONHA, E. Magalhães de. **Direito Penal**: Introdução e Parte Geral. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2004

NOTÍCIAS, R7. **Juristas estimam em 70% a reincidência nos presídios brasileiros**: Presidentes do CNJ destacam percentual há anos, mas conselho ainda busca estimativa oficial. 2014. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/cidades/juristas-estimam-em-70-a-reincidencia-nos-presidios-brasileiros-21012014>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

PRITTWITZ, Cornelius. “O Direito penal entre Direito penal do Risco e Direito Penal do Inimigo”, *in* **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n 47. Trad. Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito, São Paulo: Revista dos Tribunais, março-abril de 2004.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROXIN, Claus. Fundamentos político-criminais e dogmáticos do Direito Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 112, p.33-39, jan./fev. 2015. P. 34.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

SILVA, Pablo Rodrigo Alfien da. A técnica das leis penais em branco como instrumento oportuno em um direito penal do risco. **Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia**, v. 36, p.355-385, 2008. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18454/9886>>.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Supra-individual: Interesses Difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

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

VÍVES ANTÓN, Tomas Salvador. **Fundamentos del Sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. P. 481.

WELZEL, Hans. **Derecho penal alemán: parte general**. 11. ed. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yánes Pérez, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; et al. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Volume 1 - Parte Geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.