

OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO: BREVE ANÁLISE DA LEI DOS  
CRIMES AMBIENTAIS E OS PRINCÍPIOS PENAIIS CONSTITUCIONAIS NA  
PERSPECTIVA GARANTISTA

Adriano Soares Loes<sup>1</sup>

Resumo: O presente estudo tem como propósito discorrer sobre os crimes de perigo abstrato dentro de um contexto social de risco contemporâneo e a sua análise no controle social. Almeja-se, outrossim, analisar brevemente a lei dos crimes ambientais como crimes de perigo abstrato. Tem como escopo a confrontação desses tipos de delito com os princípios penais constitucionais, tentando buscar a sua originalidade na perspectiva de um enfoque garantista.

Palavras-chave: Sociedade de risco. Crimes de Perigo Abstrato. Princípios penais constitucionais.

Abstract: The purpose of the present paper is discourse on the abstract danger crimes inside a social context of risk contemporary and its analysis in the social control. It also has the objective of analysing the environmental crimes law, considering then as abstract danger crimes. It aims to contrast such delicts with the constitutional criminal principles, trying to search its originality in the perspective of a garantism approach.

Key-words: Risk Society. Abstract Danger Crimes. Constitutional Criminal Principles.

Sumário: 1 Sociedade de Risco 2 Crimes de Perigo Abstrato 2.1 Conceito 2.2 Crimes de Perigo Abstrato como controle social 2.2.1 Escola de Frankfurt e o direito de

---

<sup>1</sup> Discente do curso de Direito da Faculdade Jacy de Assis da Universidade Federal de Uberlândia. Bolsista do programa de iniciação científica do CNPq.

intervenção de Hassemer 2.2.2 As duas velocidades de Silva Sánchez 2.3 Bens jurídicos coletivos como fundamentação dos crimes de perigo abstrato 2.4 Bem jurídico coletivo e lei dos crimes ambientais nº 9.605/98 3 Crimes de perigo abstrato e os princípios penais constitucionais na perspectiva garantista 4 Considerações Finais 5 Bibliografia

## INTRODUÇÃO

Ao analisar a atual tendência do Direito Penal no contexto social do século XXI, deparar-se-á com um crescimento vertiginoso de tipos penais editados pelo legislador com o intuito de definir condutas que por si só são reprováveis. Isto é, criminalizam-se condutas sem a ocorrência, ao menos imediata, de um resultado.

Está-se a falar dos crimes de perigo, que apenas a realização de uma ação, possibilita a exposição de um bem jurídico a perigo, ou seja, atrelam o desvalor tão-somente à ação descrita. Diferentemente dos crimes de lesão em que um agir necessariamente se relaciona com um resultado lesivo.

Classificando-os antecipadamente, podem ser concretos, quando há a iminência de lesionar um bem jurídico; ou abstratos, quando se quer evitar o risco da ocorrência de resultados danosos.

Assim, o presente trabalho tem o propósito de discorrer sobre os crimes de perigo abstrato e, nesse sentido, torna-se imprescindível a compreensão da organização social que proporciona o suporte ou a legitimação para que estas condutas sejam tipificadas pelos legisladores.

No ensejo de alcançar seu objetivo de ciência prática, a dogmática jurídico-penal<sup>2</sup> deve ter como escopo a análise de tais crimes de perigo em um contexto

---

<sup>2</sup> Dogmática jurídico-penal como “la disciplina que se ocupa de la interpretación, sistematización y elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho penal”. ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General: Fundamentos La Estructura de la Teoría del Delito**. 2. ed., Madrid: Civitas, 1997, p. 192. Isto é, “a metalinguagem do direito como discurso normativo”. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 97. Como preleciona MACHADO, “tendo por objeto e tarefa o direito positivo vigente em um dado tempo e espaço, e a construção de um sistema de conceitos elaborados a partir da interpretação do material normativo, respectivamente”. MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Culpabilidade no Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 30. No mesmo sentido, como

histórico-social específico com o risco de ser ineficaz, observando-se uma metodologia peculiar.

Em se considerando a atual sociedade, verifica-se um grande descompasso com a organização social de alguns séculos atrás, notadamente no século XIX, quando do grande crescimento das indústrias. Colocando-se em destaque a atual estrutura social, vislumbra-se uma significativa ruptura com a sociedade industrial clássica.

Denominada por BECK de sociedade (industrial) de risco, sendo a modernização da modernização ou segunda modernidade, a atual sociedade do século XXI irrompe com um novo tipo de sistema social amparado no consumo, na informação, e não apenas baseado na produção manufatureira de bens materiais dos séculos passados.

Assim, diante dos novos perigos relacionados às drogas, tráfico internacional de armas e seres humanos, engenharia genética, geração de energia e o meio ambiente, macrocriminalidade econômica, vislumbra-se a utilização desordenada do direito penal como controle social.

Momento de se falar em um direito penal simbólico com *télos* de prevenção geral positiva. Será alicerçado na proteção de bens jurídicos coletivos ou a modificação da estrutura do delito, resultando-se nos delitos de perigo abstrato.

Com essa nova finalidade, muito se questiona hodiernamente acerca da constitucionalidade de se tipificar e criminalizar exclusivamente uma conduta, contrapondo-se com princípios que possuem guarida constitucional.

Nesse sentido verifica-se a importância de se relacionar essa tutela pelo direito penal (moderno) de atividades perigosas aos tradicionais princípios do direito penal liberal e a tradicional dogmática, especialmente sob um enfoque do Garantismo Penal proposto pelo professor italiano Luigi Ferrajoli.

## 1. SOCIEDADE DE RISCO

Ao se debruçar na análise das sociedades em diversas épocas, verificar-se-á que houve grandes mudanças em um espaço de tempo irrisório tendo como referência o tempo histórico. Fazendo-se uso da interpretação descontinuísta proposta por GIDDENS<sup>3</sup>, desconstruir o evolucionismo social não aceitando a unidade da história, observa-se que as sociedades deram numerosos saltos em um pequeno interregno no desenvolvimento social moderno. Isto é, não houve continuidade na evolução das sociedades.

Dessa maneira, a sociedade atual, pós-moderna, rompe com a modernidade em que, dentre muitas características, relegou a figura divina e colocou o homem no centro de tudo, isto é, uma *cosmovisão antropocêntrica*. Nesta, a busca pelo progresso e o desenvolvimento científico fizeram com que as indústrias crescessem de forma estarrecedora. Assim, a sociedade moderna tinha um assento na razão e a lógica do progresso era a acumulação de capitais.

Esse contexto social industrial foi marcado, pois, pela segregação da sociedade em classes em que a aquisição e posse de propriedades estabeleciam o lugar da pessoa na hierarquia social. A sociedade era dividida em possuidores ou não de propriedade.

Por outro lado, a sociedade pós-moderna, rotulada por GIDDENS como modernidade tardia ou de modernidade reflexiva por BECK, é marcada pela incerteza, pela sua nebulosidade<sup>4</sup>.

Com a incessante produção e invenção de novas técnicas e insumos, o desenvolvimento de novas tecnologias atreladas a vários setores da sociedade, como os alimentos transgênicos, a energia nuclear e produtos químicos complexos, faz com que a sociedade atual pautada no conhecimento e na informação, crie ou se depare com novos riscos.

---

<sup>3</sup> GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 10.

<sup>4</sup> Nesse sentido, demonstra o sentimento de desorientação que se expressa na sensação de que não se pode obter conhecimento sistemático sobre a organização social, dado o universo de eventos na sociedade pós-moderna. GIDDENS, op. cit., p. 9.

Tais riscos são atrelados às atividades humanas, diferenciando-se dos riscos externos da natureza, pois estes, embora ainda existam na sociedade de risco, são controláveis ou, quando não o são, são previsíveis e o perigo trazido com eles está arraigado na cabeça das pessoas. Portanto, fala-se em antropocentrismo do risco como um risco vindo do comportamento humano<sup>5</sup>.

Os riscos inerentes à atual formação social são peculiarmente diferentes dos riscos da modernidade, ou sociedade industrial clássica. No que toca à perturbação que geram, não estão presos ao lugar em que foram produzidos, isto é, a fábrica<sup>6</sup>.

Ocorre uma globalização do risco em que pouco importa a classe a qual a pessoa está inserida. Os novos produtos e técnicas da sociedade de risco são dotados de um universalismo de ameaças. Seus efeitos são incalculáveis e imprevisíveis.

As ameaças não estão subordinadas ao local onde são produzidas, pois estas atravessam as fronteiras geográficas desenfreadamente, verificando-se a relativização do espaço-tempo<sup>7</sup>.

Esse universalismo será teorizado por BECK como um efeito equalizador do risco, ou seja, as pessoas que estiverem em seu raio de abrangência serão atingidas de forma objetiva<sup>8</sup>.

Nesse sentido, afasta-se de uma sociedade de classes propugnada por Marx, a qual a lógica distributiva não se pautará tão-somente em bens materiais, na propriedade, mas em riscos. Destarte, desencadeia-se uma nova dinâmica social, pois o conflito será diverso do que havia na sociedade moderna, isto é, o direito de propriedade de uns resultaria na exclusão de propriedade para outros.

Importante salientar direito de propriedade, e não à propriedade, como um direito ligado a um Estado Social. Na modernidade reflexiva, como BECK preleciona, estar submetido ao risco e não estar submetido ao risco não se polariza como ter propriedade e não a ter, evidenciando-se essa nova dinâmica social.

---

<sup>5</sup> BOTTINI, op. cit., p. 88.

<sup>6</sup> BECK, Ulrich. Trad. Sebastião Nascimento. **Sociedade de Risco**. 2ª Ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 26.

<sup>7</sup> GIDDENS afirma, no que concerne ao binômio espaço-tempo, as organizações modernas são capazes de conectar o local e o global de formas que seriam impensáveis em sociedades mais tradicionais, e, assim fazendo, afetam rotineiramente a vida de milhões de pessoas. GIDDENS, op. cit., p. 24.

<sup>8</sup> BECK, op. cit., p. 43.

Diferentemente da sociedade de risco, na qual as pessoas estão inarredavelmente suscetíveis objetivamente a este, na sociedade industrial clássica este tinha um aspecto subjetivo. BECK exemplifica com o risco que Colombo se imiscuiu ao desbravar o oceano em busca das Índias e se deparar com a América. Tal risco assumido por ele é pessoal, não atingiu outras pessoas, salvo as que o acompanharam na empreitada<sup>9</sup>.

GIDDENS, discordando de LUHMANN, propugna que o risco está intrínseco à sociedade mesmo se as pessoas se abstêm de agir<sup>10</sup>. As técnicas e insumos lançados na sociedade de risco abarcam ameaças destrutivas que não foram planejadas pelo ser humano pós-moderno. Tais ameaças são os efeitos colaterais latentes que deveriam, porém não são evitados pela técnica atual, por estarem ou serem mais avançados tecnologicamente que ela.

O risco é democrático, ao contrário da riqueza, pois independente da classe social a qual a pessoa está inserida, se causadora ou não, ela será atingida pelo efeito. BECK esclarece sobre a reflexividade do risco através de seu *efeito bumerangue*: cedo ou tarde os efeitos do risco serão alcançados por todos, até mesmo os que o produziram<sup>11</sup>.

A sociedade moderna continha um sistema axiológico pautado pela busca de um ideal de igualdade, ao passo que na sociedade de risco este ideal será ocupado pelo discurso referente à segurança<sup>12</sup>.

Assim, a sociedade de risco é inflamada pelos discursos políticos em torno das ameaças à segurança e ordem pública. Os institutos jurídicos serão construídos visando a precaver a periculosidade nos novos elementos dessa sociedade.

Devido ao *efeito bumerangue*, o discurso político relacionado ao risco das novas tecnologias produzidas pela sociedade pós-moderna, terá dois vieses, pois mesmo a classe mais abastada, produtora do risco, procurará controlá-lo pela construção de institutos jurídicos, notadamente a utilização do Direito Penal para a criação de tipos penais com o perfil de crimes de perigo abstrato.

---

<sup>9</sup> Nesse sentido o sociólogo alemão salienta que as ameaças da sociedade moderna clássica, diferentemente das atuais, irritavam somente os órgãos sensoriais, sendo perceptíveis, ao passo que os riscos atuais escapam à sensibilidade. BECK, Idem, p. 25-26.

<sup>10</sup> GIDDENS, op. cit., p. 34.

<sup>11</sup> Efeito bumerangue, socialmente circular: cedo ou tarde alcança-se a unidade entre culpado e vítima. BECK, op. cit., p. 44-45.

<sup>12</sup> BECK, Idem, p. 59.

Donde se abstrai o paradoxo do risco, no sentido de que enquanto a sociedade industrial clama pela acumulação desenfreada de capital, com a invenção de novas técnicas e produtos, também se almeja o controle dos riscos advindos desses novos insumos objetivando a segurança e a ordem no espírito da comunidade.

A busca incessante pelo aumento da produtividade para abastecer o grande mercado capitalista e sua crescente população mundial, faz com que estudos científicos sejam empregados em novas tecnologias para aumentar a produção. No entanto, ao mesmo tempo, o discurso político prima pelo controle dos riscos advindos dessas novas tecnologias e seus efeitos colaterais latentes, vislumbrando-se, assim, o grande paradoxo da sociedade de risco.

Na visão de LUHMANN, o Direito recebe influências do meio em que está inserido. Generalizando, cada sistema necessariamente reage com outros sistemas, sendo inapto um sistema existir de forma isolada. Dessa forma, o sistema se transforma em seu interior, mas com estímulos de fora, fenômeno conhecido como autopoiesis<sup>13</sup>.

Assim, a sociedade de risco e o direito se influenciam reciprocamente. Através dos meios de comunicação, instaura-se nas pessoas uma sensação social de insegurança (subjetiva<sup>14</sup>) e o Direito, mormente o Penal, receberá influência desta sociedade que suplica por segurança, tipificando crimes de perigo abstrato em sua legislação.

No afã de proteção dessa nova estrutura-social, o Estado pós-moderno, nos dizeres de MENDES, terá que prover não apenas os direitos de defesa, isto é, uma não intromissão no espaço de autodeterminação do indivíduo, negativos na nomenclatura de JELLINEK<sup>15</sup>, mas direitos à prestação (positivos) com o específico dever de evitar os riscos (*Risikpflicht*), permitindo que o Estado atue com o propósito de resguardar os

---

<sup>13</sup> LUHMANN, Niklas *apud* RASSI, João Daniel: “A sociedade de risco, teoria dos sistemas e o funcionalismo penal: uma aproximação teórica”. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 05/10/2011.

<sup>14</sup> Nesse sentido SILVA SÁNCHEZ, p. 36, “*permite intuir que resulta más que dudoso que la medida de la inseguridad sentida por los ciudadanos se corresponda de modo exacto con el grado de existencia objetiva de riesgos difícilmente controlables o, sencillamente, incontrolables (los propios de la Risikogesellschaft) que les afecten personalmente y de modo inmediato.*”, conseqüentemente MENDONZA BUERGO diz que “a sensação subjetiva de insegurança é realçada pela desagregação de valores éticos responsáveis pela sustentação de expectativas comportamentais”. *apud* BOTTINI, op. cit., p. 47,

<sup>15</sup> A teoria dos quatro status de Jellinek in MENDES, Gilmar Ferreira et al. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 6ª ed. 2011, p. 177-178.

cidadãos dos riscos mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção, especialmente no que tange ao desenvolvimento técnico-científico<sup>16</sup>.

Essa proteção levará em conta a impossibilidade de constatação científica ou probabilidade estatística dos riscos inerentes aos novos insumos e técnicas. Conforme salienta BOTTINI, a não comprovação do risco não implica sua inexistência<sup>17</sup>.

Essa incerteza pela não comprovação científica ou estatística gera um âmbito de periculosidade, destacando o problema da indeterminabilidade do nexos causal<sup>18</sup> entre a atividade perigosa e o dano<sup>19</sup>.

Ao se debruçar sobre a gestão do risco, desponta-se o princípio da precaução, como uma prudência na restrição de atividades e produtos que não possuem certeza científica ou estatística sobre seus potenciais efeitos lesivos. Ao passo que se utiliza o princípio da prevenção na restrição de atividades cuja periculosidade já seja aferida.

Destarte, como tais riscos advindos desses produtos dizem respeito a danos não delimitáveis, globais, não raro irreparáveis ou seus resultados se produzem a longo prazo, os crimes de perigo abstrato são uma resposta para essa pretensão social por segurança<sup>20</sup>, pois por meio desta técnica, criminaliza-se condutas visando a antecipação da incidência da norma antes da produção de qualquer resultado lesivo. Diante disso, verifica-se o fenômeno da *expansão do Direito Penal* intitulado por SILVA SÁNCHEZ<sup>21</sup>.

## 2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

---

<sup>16</sup> MENDES, et al. BRANCO, Idem, p. 679.

<sup>17</sup> BOTTINI, op. cit., p. 63

<sup>18</sup> SCHÜNEMANN leciona que “na sociedade moderna, que se caracteriza pela complexidade e invisibilidade de cadeias causais, não se pode duvidar da geral legitimidade dos crimes de perigo abstrato, conclusão que se torna ainda mais cogente, se forem lembradas as inúmeras insuficiências dos delitos culposos”. *apud* GRECO, Modernização do Direito Penal: bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato, São Paulo: Lumen Juris, 2011, p. 30.

<sup>19</sup> Importante destacar que o perigo, analisa BOTTINI, diz respeito à apreensão subjetiva do acontecimento danoso, que só existe porque o homem não conhece a relação de causalidade precisa decorrente dos fatos. BOTTINI, op. cit., p. 32.

<sup>20</sup> BOTTINI menciona que, ante a complexidade dos novos riscos, as normas penais em branco, apesar de não ser novidade no ordenamento jurídico, são utilizadas de forma frequente, conferindo maior agilidade e relativizando a taxatividade dos tipos penais, sendo esta um postulado do princípio da legalidade. BOTTINI, Idem, p. 96.

<sup>21</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales**. 2 ed., Madrid: Civitas, 2001.



## 2.1 CONCEITO

Ante o problema da indeterminabilidade do nexos de causalidade entre a atividade perigosa e um resultado danoso, torna-se lugar-comum no atual ordenamento jurídico a construção de tipos penais de perigo abstrato.

Na sociedade de risco, os novos insumos advindos do desenvolvimento científico-tecnológico trazem consigo a incerteza, a possibilidade de danos no futuro, pois não há como constatar cientificamente os riscos inerentes ou demonstrar a probabilidade estatística da ocorrência dos mesmos. Com isso a utilização desses tipos penais tem como escopo prevenir que ocorram resultados danosos<sup>22</sup>.

Da mesma forma, a dificuldade de determinar a relação entre causa e efeito de atividades triviais dessa sociedade faz, igualmente, o legislador tipificá-las como delitos abstratos.

Diverge-se dos crimes de lesão, o qual o dano ao bem jurídico está intrínseco ao tipo, como o art. 121 do Código Penal (Matar alguém), e dos crimes de perigo concreto em que a exposição ao perigo se faz presente, como o crime de incêndio, art. 250 do CP.

No que concerne aos delitos de perigo concreto, de acordo com HORN, haverá perigo concreto quando “a não ocorrência do resultado não é cientificamente explicável através de uma lei natural”, ou conforme SCHÜNEMANN, “quando a não ocorrência parece mera obra do acaso”<sup>23</sup>. Ao passo que os crimes de perigo abstrato criminalizam exclusivamente um agir, uma conduta que não seja permitida pelo direito.

BOTTINI conceitua os delitos de perigo abstrato como uma “prescrição normativa cuja completude se restringe à ação, ao comportamento descrito no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato”<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Imprescindível destacar a tendência do direito penal da responsabilização penal pelo produto. Nesse sentido, Cf. MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Questões Fundamentais da Responsabilidade Penal pelo Produto Defeituoso**. Revista dos Tribunais. São Paulo, vol. 910, Agosto de 2011, p. 177-219.

<sup>23</sup> HORN, Eckhard. **Konkrete Gefährdungsdelikte**, Otto Schmidt, Köln, 1973, p. 159 e SCHÜNEMANN, Bernd. **Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits und Gefährdungsdelikte**, in JA 1975, p. 787-796 *apud* GRECO, op. cit., p. 100.

<sup>24</sup> BOTTINI, op. cit., p. 113-114.

Não guardam relação com os acontecimentos extrínsecos ao comportamento que está tipificado no dispositivo penal. Inobstante não colocar imediatamente em perigo um bem jurídico, a mera criação de um risco será vista com maus olhos pelo direito penal.

A título de exemplificação, no ordenamento jurídico brasileiro se constata uma ampla utilização pelo legislador dos delitos de crimes de perigo abstrato, v.g., crime de tráfico de drogas<sup>25</sup>, embriaguez ao volante<sup>26</sup>, crimes contra o meio ambiente<sup>27</sup> etc.

Quanto à nomenclatura, outras denominações são sugeridas por diversos autores, quais sejam: delitos de periculosidade (HIRSCH), de perigo presumido (GRASSO), de perigo hipotético (TORÍO), de perigo implícito (ESCRIVÁ), crime-obstáculo (COSTA JR.).<sup>28</sup> No entanto, malgrado a terminologia tradicional não ser a mais adequada, é a que possui maior utilização no direito brasileiro.

Para entender tais delitos, premente se faz a distinção entre perigo e risco. Perigo é uma situação que a existência ou a integridade de um bem fica sob ameaça. Ao passo que o risco é uma situação prévia ao perigo, é um incremento da probabilidade de colocar um bem em perigo.

Assim, a utilização da nomenclatura crimes de perigo seria coerente apenas quando houvesse a iminência de um bem sofrer uma lesão por parte da conduta do agente. Caso contrário o melhor seria defini-los como crimes de risco ou periculosidade<sup>29</sup>.

BOTTINI menciona a proposição de SCHRÖDER acerca dos crimes de perigo abstrato-concreto, que seriam a tipificação de condutas em que haveria uma

---

<sup>25</sup> Lei nº 11.343/06 Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

<sup>26</sup> Código de Trânsito Brasileiro, Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

<sup>27</sup> Lei nº 9.605/98, Art. 44. Extrair de florestas de domínio público ou consideradas de preservação permanente, sem prévia autorização, pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais

<sup>28</sup> BOTTINI, op. cit., p. 115.

<sup>29</sup> BOTTINI, Idem, p. 116.

periculosidade intrínseca. Mesclaria a conduta não permitida com a criação de um risco vedado pelo ordenamento, isto é, um dano potencial intermediário<sup>30</sup>.

Exemplo mais próximo é o condutor de veículo automotivo que se encontra embriagado e mesmo assim assume o risco de dirigir; ou condutor que sabendo da existência de hospitais e escolas nas redondezas imprime velocidade excessiva no veículo ao passar por via de segurança.

A conduta é tipificada pelo ordenamento jurídico, porém, nada obstante a isso, o agente assume o risco criando uma situação de alta probabilidade de ocorrer fato lesivo a bem jurídico, mesmo não ocorrendo um resultado naturalístico.

## 2.2 CRIMES DE PERIGO ABSTRATO COMO CONTROLE SOCIAL

Como aludido alhures, numa sociedade de risco, novos valores, como a segurança, serão permeados entre as pessoas e conseqüentemente o direito penal, no afã de protegê-los, assumirá um novo papel no controle social.

Na visão de TIEDEMANN, citado por GRECO, o direito penal assume uma *função de pioneirismo (Vorreiterfunktion)*, isto é, não cabe mais a ele se desvencilhar dos crimes extraordinários presentes na sociedade atual. O direito penal deve se encarregar de solidificar novos valores na hodierna organização social<sup>31</sup>. Para ele, o desvalor da ação, a violação do dever, deve ser colocado em primeiro plano pelo direito penal, configurando-se o delito<sup>32</sup>. Ressalta, ainda, que não convém denominar tal delito de lesão ou de perigo, mas de delito de mera conduta (*Tätigkeitsdelikten*)<sup>33</sup>.

A estrutura social hodierna é reconhecida pela sua alta complexidade. É composta por vários sistemas intrincados que necessitam de regras para se organizar e se reger, visando ao bom funcionamento.

---

<sup>30</sup> BOTTINI, Idem, p. 118.

<sup>31</sup> TIEDEMANN, *Neuordnung*, p. 18 *apud* GRECO, op. cit., p. 5.

<sup>32</sup> GRECO, Idem, p. 7.

<sup>33</sup> TIEDEMANN, *Wirtschaftsbetrug*, § 264/17, § 264a/16 *apud* GRECO, Idem, p. 7.

Observa-se que diante dessa rede intrincada de relações interdependentes de pessoas e atividades, surgem contextos arriscados que irão clamar pela intervenção do direito.

Situação que pode ser exemplificada com o tráfego viário<sup>34</sup>. Diante da sua alta carga de complexidade e grande circulação nas grandes metrópoles, incita-se a utilização de normas, notadamente organizacionais para que o sistema não entre em colapso.

Tais normas terão como desígnio primordial a manutenção das expectativas entre as pessoas, de forma que a ação de uma seja previsível para outra pessoa e vice-versa.

A utilização dos tipos de crime de perigo abstrato e a sua eventual penalidade, nesse contexto, não terá serventia exclusivamente e de forma direta na proteção de bens jurídicos, mas como mecanismo de controle da vigência das regras de organização, isto é, primará pela manutenção das expectativas de comportamentos<sup>35</sup>.

Os crimes culposos também podem cumprir o papel de organização dessa rede intrincada de comportamentos humanos. No entanto, como comenta BOTTINI, em relação aos crimes de perigo abstrato, possuem dois pontos que deixam a desejar. O primeiro é que a construção do tipo penal de delito culposo exige um resultado que modifique o mundo exterior; segundo, a conduta cuja vedação se deseja não é tipificada, mas apenas o resultado naturalístico<sup>36</sup>.

Outro ponto fundamental no estudo dos delitos de perigo abstrato e que possui a sua legitimação na sociedade contemporânea são os delitos acumulativos, desenvolvido por KUHLEN em 1986<sup>37</sup>, principalmente na tutela do meio ambiente.

Estes possuem o desiderato de controlar ações que, mesmo que analisadas individualmente não geram risco ao bem jurídico coletivo meio ambiente, se reiteradas podem causar danos irreparáveis ao ecossistema.

---

<sup>34</sup>BOTTINI, op. cit., p. 124.

<sup>35</sup>BOTTINI, Idem, p. 125.

<sup>36</sup>BOTTINI, Ibid, p. 126.

<sup>37</sup>GRECO, op. cit., p. 13.

No estudo desses delitos, muito se esbarra com o conceito de crime continuado, que está previsto no artigo 71 do Código Penal<sup>38</sup>. Todavia, os delitos aditivos como assim os denomina FIGUEIREDO DIAS<sup>39</sup>, são tipificados através dos crimes de perigo abstrato para a contenção de riscos<sup>40</sup>.

Interessante questão que paira sobre o ordenamento jurídico brasileiro, concernente aos crimes de mera conduta, é o porte ou posse ilegal de arma de fogo quando sem munição. Anteriormente havia entendimento diverso nos tribunais de superposição. Hoje o Supremo Tribunal Federal possui o mesmo ponto de vista do Superior Tribunal de Justiça.

Com presunção *jures et de jure*, portar arma sem munição, arma ineficaz para o disparo, arma de brinquedo ou portar a munição isoladamente, configura delito, desdenhando-se do crime impossível (tentativa inidônea), previsto no artigo 17 do Código Penal<sup>41</sup>.

No antigo entendimento do STF, de acordo com os princípios da lesividade e ofensividade, não haveria tipicidade se a arma de fogo estivesse sem munição e esta estivesse fora do alcance do agente, não configurando um artefato idôneo a produzir disparo. Da mesma forma o porte de arma de brinquedo ou não eficaz. No que toca ao porte isolado de munição, mesmo previsto na lei sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição<sup>42</sup>.

Todavia, de acordo com a nova jurisprudência da Suprema Corte, são típicas todas as ações descritas acima, no sentido de que a mera conduta configura-se o delito.

---

<sup>38</sup> Código Penal, Art. 71. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, (...).

<sup>39</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Direito Penal: Parte Geral... *apud* BOTTINI, op. cit., p. 126

<sup>40</sup> Para Roxin, contrapondo Kuhlen, Wohlers e Hefendehl, os delitos por acumulação pune o agente por ações realizadas por outros indivíduos, mostrando-se desnecessários, *apud* GRECO, op. cit., p. 38.

<sup>41</sup> Código Penal, Art. 17. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

<sup>42</sup> Lei 10826/03, v.g., Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Assim, CAPEZ critica o novel entendimento da presunção absoluta, pois “perigo abstrato ou presumido é aquele cuja existência dispensa a demonstração efetiva de que a vítima ficou exposta a uma situação concreta de risco.”<sup>43</sup>

## 2.2.1 ESCOLA DE FRANKFURT E O DIREITO DE INTERVENÇÃO DE HASSERMER

HASSEMER, desprezando a criação de crimes de perigo abstrato pelo legislador, propõe a volta ao direito penal clássico, com a tutela de bens ligados à vida, à saúde e à propriedade, e a criação do chamado direito de intervenção, de cunho administrativo, mais flexível quanto à descrição das condutas, porém, menos agressivo, sem restringir a liberdade do ser humano<sup>44</sup>.

Propõe que o direito penal deve diminuir a sua abrangência, deve se submeter a um processo de descriminalização de condutas, prestando-se apenas para crimes de lesão ou de perigo concreto que possuem relação com bens jurídicos individuais, ou supra-individuais que possam ser direcionados ao homem.

Ao lado dessa diminuição da esfera de atuação do direito penal, surgir-se-ia um sistema de direito aplicado pela Administração Pública para o controle dos novos riscos da sociedade pós-moderna, atuando de maneira a diminuir as garantias individuais e abreviando as formas procedimentais.

Lado outro, NAUCKE, citado por GRECO, parte de uma interpretação filosófico-jurídica kantiana em busca de uma dogmática penal puramente isenta de política criminal, ou seja, um direito penal racional, divergindo de HASSEMER. Acredita que só será sujeito à pena os crimes de lesão grave (absolutos)<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> **Entrevista Site ConJur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-out-30/crime-porte-arma-fogo-estado-artefato-nao-importa>>. Acesso em: 30/10/2011. Capez Acrescenta que “presumir perigo não significa inventar perigo onde este jamais pode ocorrer. Perigo presumido não é sinônimo de perigo impossível”.

<sup>44</sup> GRECO, op. cit., p. 15-17; BOTTINI, op. cit., p. 100-102.

<sup>45</sup> NAUCKE, Wolfgang. **Der Zustand des Legalitätsprinzips**, in: **Modernes Strafrecht und ultima-ratio-Prinzip** apud GRECO, op. cit., p. 18.

Já LÜDERSSSEN enxerga como utopia o retorno para um direito penal clássico. Acredita que as penas retributivas são anacrônicas. O delito deve ser solucionado tão somente na esfera da vítima e do autor. Para ele, o direito penal, não indo tão longe como os abolicionistas HULSMAN, MATHIESEN OU CHRISTIE, deve ser trocado por um direito de intervenção similar a de HASSEMER, porém não punitivo<sup>46</sup>.

### 2.2.2 AS DUAS VELOCIDADES DE SILVA SÁNCHEZ

Ao contrário de HASSEMER, SILVA SÁNCHEZ não enxerga como solução para a contenção dos riscos da sociedade atual a minimização do direito penal.

Para ele, o direito penal possui uma força comunicativa maior que outros ramos do direito, que coage as pessoas a cumprirem as normas. O direito penal possui maior vigor para organizar a teia social e possui um aspecto de prevenção, ao passo que, quanto ao direito administrativo sancionador, as pessoas não criam um temor pelas suas regras, transgredindo-as com maior facilidade.

Assim, as duas velocidades citadas possuem, cada uma, duas características principais: o direito penal de primeira velocidade é a pena privativa de liberdade por excelência, com respeito às garantias penais e processuais penais constitucionais, respeito às garantias iluministas, v.g., o princípio da legalidade e o *due process of law*; a segunda velocidade, diferentemente, é a substituição da pena de prisão por penas alternativas, como as restritivas de direito e pecuniárias, e a relativização das garantias, não há uma efetiva defesa.

Portanto, tanto para o autor espanhol quanto para o alemão, há uma ruptura no modo tradicional de tratar os comportamentos ilícitos dos agentes na sociedade, o ponto incomum é que HASSEMER dá ensejo à administrativização do direito penal, com a construção do direito de intervenção.

---

<sup>46</sup> GRECO, Idem, p. 20-22.

### 2.3 BENS JURÍDICOS COLETIVOS COMO FUNDAMENTAÇÃO DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

No tocante aos bens jurídicos, vislumbra-se uma grande tendência do direito penal moderno em buscar a legitimação dos crimes de perigo abstrato na tutela de bens jurídicos coletivos. Assim, o legislador no anseio de buscar uma fundamentação para o emprego de tais delitos, pautar-se-á na proteção de bens jurídicos difusos.

Sobre o conteúdo material de formação do bem jurídico, cada autor terá seu ponto de vista, observando-se que o conceito de bem jurídico-penal está longe de ser unificado.

Para ROUSSEAU são definidos através do pacto firmado entre o Estado e os membros da sociedade<sup>47</sup>.

Concernente aos teóricos da escola clássica, para BINDING, bem jurídico é estado valorado pelo legislador, a exigência do cumprimento da lei, compatibilidade entre norma e bem jurídico; para VON LISZT não está atrelado a uma opção do Estado ou da norma jurídica, mas do interesse humano; FEUERBACH, um contrato que o Estado concede direitos subjetivos aos cidadãos.

JAKOBS, influenciado pela filosofia de HEGEL e aspectos da teoria dos sistemas de LUHMANN, terá uma concepção sociológica de bem jurídico, ou seja, validade do ordenamento jurídico, na vigência da norma enquanto objeto de tutela.

ROXIN entende que bem jurídico são aqueles que estão previsto pelo Texto Constitucional, assim como FIGUEIREDO DIAS e SILVA SÁNCHEZ.

HASSEMER traz a concepção pessoal do bem jurídico, isto é, os interesses humanos: bens jurídicos individuais são imediatamente legítimos, bens coletivos devem ser direcionados a seres humanos individuais.

Acredita que os bens jurídicos difusos são demasiadamente amplos e tendem a esquecer do princípio da subsidiariedade do Direito Penal, devendo ser utilizado com cautela para a fundamentação dos delitos de perigo abstrato<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> MACHADO, op. cit., p. 190.



Já outros autores como HABERMAS, a criação através da participação popular, implantando a teoria do consenso; AMELUNG o enxerga como critério de nocividade social; para WELZEL, bem jurídico como proteção dos valores sociais<sup>49</sup>.

Deste modo, longe de ser pacificado, o conceito de bem jurídico se perde dentro de tantas definições, contrariando justamente a finalidade pela qual é proposto: norte para direcionar o trabalho do legislador.

Concernente aos bens jurídicos coletivos, GRECO salienta que o seu problema se configura na distinção de bens jurídicos coletivos autênticos de meras reificações de bens jurídicos individuais. Mostra que são necessárias três indagações: 1ª) o que se entende por bem jurídico; 2ª) o titular do bem jurídico; e 3ª) se o bem jurídico deve ser compreendido como realidade fática ou uma entidade meramente ideal. No caso desta, tratar-se-ia dos bens jurídicos espiritualizados, um valor espiritual, desmaterializado<sup>50</sup>.

Outro ponto defendido por HEFENDEHL é o caráter não distributivo dos bens jurídicos coletivos<sup>51</sup>. Estes não são divisíveis entre diversas pessoas, não se configuram como a soma de vários bens jurídicos individuais.

Diante do exposto, esclarece, por fim, que bens jurídicos “seriam dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional”<sup>52</sup>.

#### 2.4 BEM JURÍDICO COLETIVO E LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS Nº 9.605/98

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira Constituição brasileira a tratar acerca da proteção ambiental. Além da proteção civil e administrativa, ela também consagrou a proteção penal.

---

<sup>48</sup> GRECO, op. cit., p. 16-17

<sup>49</sup> MACHADO, op. cit., p. 190; ABRAÃO, Eduardo Pião Ortiz. Bem jurídico penal e estado democrático de direito: uma visão do direito penal como instrumento de concretização da justiça social. Disponível em: <<http://www.faccrei.edu.br/gc/anexos/diartigos10.pdf>>. Acesso em: 10/10/2011.

<sup>50</sup> GRECO, op. cit., p. 87-88.

<sup>51</sup> HEFENDEHL, Roland. **Kollektive Rechtsgüter**, p. 112 e 123 *apud* GRECO, Idem, p. 95.

<sup>52</sup> GRECO, Idem, p. 89.

Consta dela um *mandato expesso de criminalização*, previsto expressamente no Art. 225 §3º. Assim, num capítulo inteiro, a CF/88 destina uma proteção integral ao meio ambiente. José Afonso da Silva entende que ela é um dos diplomas mais avançados do mundo no tema de proteção ambiental. No mesmo sentido, Luiz Regis Prado.

Destarte CF/88, dentre todas as providências que adota, informa também que a proteção ambiental deverá ser objeto de proteção penal, ou seja, trata-se do informado mandato expesso de criminalização, que é uma ordem expressa da Constituição para que as condutas lesivas ao meio ambiente sejam também punidas criminalmente.

Não há dúvida, pois, de acordo com nosso sistema constitucional, que o meio ambiente reclama, além da tutela civil e a administrativa, uma tutela penal.

Portanto, para regular a tutela ambiental no âmbito penal, foi editado em 1998 a Lei dos Crimes Ambientais, Lei nº 9.605/98.

O objetivo principal da Lei é a busca pela reparação do dano ambiental, ou pelo menos a sua compensação. A maioria dos dispositivos da parte geral, isto é, artigos 2º a 28, está relacionada a essa reparação. Punir não é a finalidade primordial, mas sim a reparação. Com isso a maioria dos institutos da parte geral da Lei 9.605/98 está relacionada com a reparação ou compensação. Assim, a questão da reparação e da compensação deverá sempre ser levada em consideração quando da interpretação da Lei dos Crimes Ambientais.

Como aludido acima, a Lei é composta por uma parte geral e outra especial:

a) Parte Geral (artigos 2º ao 28): normas gerais de aplicação penal e processual. No que a LA for omissa ela é complementada pelo Código Penal, Código de Processo Penal e Lei JECRIM nº 9.099/95. Possui regras próprias, específicas e diferentes das previstas do CP. No que a Lei dos Crimes Ambientais conflitar com o CP, ela irá prevalecer, pois se trata de norma especial; no que ela for omissa, ela é complementada subsidiariamente pelo CP, CPP e Lei 9.099/95, conforme informa o artigo 79.

b) Parte Especial (artigos 29 e seguintes): traz os crimes em espécies.

No que toca à responsabilidade penal tanto das pessoas físicas e/ou jurídicas, a lei em seu artigo 2º trata de dois temas:

a) Concurso de pessoas: adotou a teoria monista/unitária do concurso de pessoas, tal como o art. 29, caput do CP. Essa primeira parte do art. 2º da Lei 9.605/98 está apenas dizendo que é possível o concurso de pessoas, bem como, adotou também a teoria monista, assim como o CP;

b) Omissão penalmente relevante: essa hipótese é criada pela 2ª parte do art. 2º. As pessoas indicadas nele respondem tanto por ação, como por omissão, nos crimes ambientais.

Isso que dizer que respondem por crime ambiental quando o praticam, mas também quando não o evitam. Para essas pessoas, o art. 2º criou o chamado *dever jurídico de agir*, que torna a omissão destas pessoas penalmente relevante.

Pertinente à possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica, há algumas correntes que tratam do tema, quais sejam:

Segundo a 1ª corrente, a CF não criou a responsabilidade penal da PJ. São seus defensores: Luiz Regis Prado, Miguel Reale Júnior, Rene Ariel Doti e César Roberto Bittencourt, Pierangeli.

São seus argumentos:

1. Interpretação do art. 225, §3º da CF: Esse artigo não criou responsabilidade penal da pessoa jurídica. O dispositivo usa os termos: pessoas físicas, condutas e sanção penal; pessoas jurídicas, atividades e sanção administrativa, nessa ordem. Portanto, pessoa física pratica conduta e sofre sanção penal, enquanto que a pessoa jurídica pratica atividade e sofre sanção administrativa. E ambas tem responsabilidade de reparar o dano, o que é caso de responsabilidade civil.

Segundo o § 3º, “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

2. Princípio da pessoalidade/intranscendência da pena (art. 5º, XLV da CF): a CF/88 proíbe que a PJ seja punida criminalmente por infração penal cometida por pessoa física que a representa, ou seja, não é possível transferir à PJ a responsabilidade penal de crime cometido pela pessoa física. A responsabilidade penal do infrator para

terceira pessoa é vedada pelo CF, pois a responsabilidade penal não irá além do primeiro.

Sob a ótica desta primeira corrente, o art. 3º da LA, é materialmente inconstitucional (A CF não prevê a responsabilidade penal da PJ, ou mais, proíbe). Estes dispositivos, art. 225, § 3º e art. 5º, XLV da CF, interpretados sistematicamente, permite concluir que a CF não prevê, além de proibir a responsabilidade penal da PJ.

No entanto, essa corrente é minoritária e não prevalece.

A segunda corrente acredita que a PJ não pode cometer crimes (*societas delinquere non potest*). A PJ não pode ser sujeito ativo de crime e sustenta-se na teoria civilista da ficção jurídica (Savigni/Feuerbach).

Para esta teoria as PJ não são entes reais, são puras abstrações jurídicas, entes fictícios e irreais que não podem praticar comportamentos humanos, como por exemplo, condutas criminosas.

São seus Argumentos:

1. PJ não tem capacidade de conduta: são desprovidas de vontade, consciência e finalidade, que são pressupostos da conduta, não agindo com dolo ou culpa, logo punir a PJ significa responsabilidade penal objetiva. Essa é a posição de Zaffaroni.

2. As PJ não têm culpabilidade: falta para as PJ os três elementos da culpabilidade (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa – que é desdobramento do fato dela não praticar conduta). Não havendo culpabilidade (pressuposto da pena) não poderá haver pena. Nesse sentido, Luiz Vicente Cernicchiaro.

3. As PJ não têm capacidade de sofrer penas: porque não agem com culpabilidade e porque a pena é inútil para ela (sendo entes fictícios as PJ são incapazes de assimilar as finalidades da pena), violando assim o princípio da necessidade da pena. Neste sentido: Luiz Regis Prado.

Para os adeptos dessa segunda corrente, quanto às disposições constitucionais e legais, posicionam em dois sentidos:

Uma parte dos autores diz que o art. 225, §3º da CF é norma constitucional não autoaplicável (eficácia limitada), dependente de regulamentação infraconstitucional, ou seja, a criação de uma Teoria do Crime própria para as PJ, com institutos penais compatíveis com a natureza fictícia das PJ. Nesse sentido, temos Rogério Greco, que é contra a responsabilidade penal da PJ, pois a teoria do crime deveria ser completamente revista. Também, Luiz Regis Prado, informando que na França foi feita uma lei penal de adaptação ao Código Gaulês.

Outros dizem que o art. 225, § 3º da CF não considera a PJ como sujeito ativo de crime, mas apenas como responsável penal. Nesse sentido Fernando Galvão (MP de MG) com fundamento no art. 3º da LA (que entende não criar a sujeição ativa de crime para a PJ), a responsabilidade da PJ é indireta (responsabilidade indireta por fato de terceiro). Nessa linha, também, Cernicchiaro afirma que a CF apenas permitiu que sejam estendidos à PJ os efeitos da sentença penal condenatória aplicadas à pessoa física e não que ela é sujeito ativo de crimes. A crítica que se faz é que deve-se partir da CF e não da LA.

Também adota esta 2ª corrente a maioria da doutrina: Delmanto, Tourinho, Mirabette, Francisco de Assis Toledo, Zaffaroni, Rogério Greco e todos da 1ª corrente. Pois os adeptos da 1ª corrente entendem que a CF não criou responsabilidade penal para a pessoa jurídica, mas mesmo que tivesse criado, está não poderia cometer crimes.

Segundo a terceira corrente, a PJ pode cometer crimes e sofrer penas (*societas delinquere potest*).

A PJ pode ser sujeito ativo de crime, com fundamento na **Teoria Civilista da Realidade ou da Personalidade Real** (Otto Gierke). As PJ são entes reais, e não mera ficção, porquanto têm capacidade e vontade autônomas, distintas das pessoas físicas que a compõe.

São seus argumentos:

1. As PJ têm capacidade de conduta, ou seja, praticam conduta: as PJ têm vontade, não no sentido humano, mas no sentido “pragmático-sociológico”, reconhecível socialmente (é a chamada Ação Delituosa Institucional, no entendimento de Sérgio Salomão Schecaira). Esse autor é o maior defensor no direito brasileiro da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

2. Se é uma realidade, a PJ têm culpabilidade social, isto é, a empresa é um centro autônomo de emanção de decisões, não se tratando de culpabilidade clássica individual do Finalismo, podendo ela sofrer penas. Não a pena privativa de liberdade (que está em falência), mas, sim, penas restritivas de direitos.

3. A responsabilidade penal da PJ tem previsão constitucional emanada do poder constituinte originário e previsão infraconstitucional.

Adotam esta corrente: Capez, Nucci, Milaré, Schecaira e Herman Benjamin, ministro do STJ.

O STJ adota esta corrente, admitindo que a PJ é sujeito ativo de crime ambiental.<sup>53</sup> O STJ entende que considerar a PJ sujeito ativo de crime não ofende o princípio da personalidade da pena, pois é incontroversa a existência de duas pessoas distintas, cada qual recebendo punição de forma individualizada.

No STF não se tem ainda uma decisão final sobre a responsabilidade penal da PJ. Tem-se dois precedentes que *obter dicta* indicam que a PJ pode ser sujeito ativo de crime.

Interessante ressaltar que se faz o uso do instituto da dupla imputação ou *sistema das imputações paralelas*, isto é, admite que a pessoa física e a pessoa jurídica sejam punidas pelo mesmo fato delituoso, não gerando *bis in idem*.

É possível denunciar isoladamente a pessoa física ou conjuntamente a pessoa física e a pessoa jurídica, não sendo possível denunciar isoladamente a pessoa jurídica por conta do sistema da responsabilidade penal por ricochete prevista do art. 3º caput.

### 3. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO E OS PRINCÍPIOS PENAIIS CONSTITUCIONAIS NA PERSPECTIVA GARANTISTA

O Garantismo Penal foi proposto pelo professor italiano Luigi Ferrajoli. É uma das vertentes do minimalismo penal, isto é, como política criminal não objetiva nem o

---

<sup>53</sup> Nesse sentido REsp. 800.817 (4/02/2010). Ver, outrossim, STJ REsp. 610.114.

abolicionismo do direito penal, sequer o maximalismo penal, com teses rigoristas e extremas.

Desse estado da arte, falando-se de teoria geral do garantismo penal, o garantismo possui três acepções conexas entre si, quais sejam: como a) modelo normativo de direito, possui um caráter vinculado do poder público ao Estado de Direito, segundo o qual será garantista todo ordenamento jurídico compatível com as exigências do Estado de Direito; b) teoria jurídica crítica, que se propõe a distinguir normatividade de realidade, isto é, de dever ser e ser, e a separação entre validade e vigência; e c) filosofia política: justificação externa do direito e do Estado no reconhecimento e proteção dos direitos que constituem sua finalidade, a distinção entre ponto de vista externo (ético-político) e o ponto de vista interno (ou jurídico) e a correspondente divergência entre justiça e validade<sup>54</sup>.

Luigi Ferrajoli “bebeu” na fonte do Iluminismo, pois de um lado não se quer um Estado anti-liberal e do outro não se quer também um Estado de liberdade selvagem, estado de natureza. Destarte, ele propõe a maximização da liberdade do homem e a minimização do poder punitivo estatal, o *jus puniendi*.

Qual é a técnica utilizada por Ferrajoli para minimização do poder punitivo do Estado? Ele utiliza os dez axiomas do Sistema Garantista (SG). Dez princípios axiológicos fundamentais básicos relacionados com o a pena, com o delito e com o processo, quais sejam:

1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio

---

<sup>54</sup> GASCÓN ABELLÁN, Marina. **La teoría general del garantismo: rasgos principales**. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005 *apud* RÉGIS PRADO, op. cit., p. 115.

acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.<sup>55</sup>

Assim sendo, mister se faz a análise acerca da construção pelo legislador de crimes de perigo abstrato nos ordenamentos jurídicos hodiernos.

Ultimamente, o modelo penal, notadamente o brasileiro, expandiu-se de tal forma que se tornou patente o conflito entre diversos princípios de natureza garantista e a criação de novos princípios e valores que legitimam as novas matrizes normativas direcionadas à proteção de bens jurídicos difusos.

Deste modo, hoje muito se discute acerca da constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. Sobre a sua legitimidade e a possível transgressão pelo legislador de princípios penais garantistas, isto é, liberais-iluministas, norteadores de um direito penal compatível com um Estado Democrático (e Social) de Direito.

Em se tratando de tais princípios, o primeiro que vem à tona é o da ofensividade. Exposto por Ferrajoli na sua fórmula latina *nulla necessitas sine injuria*, propugna que não há crime sem lesão ou exposição a perigo concreto de bem jurídico relevante. Razão de não se admitir a tipificação de condutas que não lesionem imediatamente ou coloquem bens jurídicos diretamente sob ameaça.

No entanto, mesmo que nos crimes de perigo abstrato se antecipe a proibição, quando se tratar de bem jurídico coletivo, antecipa-se a própria lesão. Nos crimes de trânsito, tomando-os como exemplo, o delito seria uma lesão ao bem jurídico coletivo incolumidade pública<sup>56</sup>, mitigando-se o princípio da ofensividade.

Já o princípio da necessidade ou intervenção mínima, *nulla (lex) poenalis sine necessitate*, propõe que, como o direito penal possui sanções graves, deve ser utilizado como último recurso, donde se falar em seus consectários princípio da subsidiariedade, significando a *ultima ratio*, isto é, somente quando outros ramos do Direito não poderem resolver o problema social, e da fragmentariedade, exclusivamente bens jurídicos relevantes e ataques intoleráveis podem sofrer a reprimenda do direito penal.

---

<sup>55</sup> Máximas latinas: A1 *Nulla poena sine crimine*; A2 *Nullum crimen sine lege*; A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; A4 *Nulla necessitas sine injuria*; A5 *Nulla injuria sine actione*; A6 *Nulla actio sine culpa*; A7 *Nulla culpa sine iudicio*; A8 *Nullum iudicium sine accusatione*; A9 *Nulla accusatio sine probatione*; A10 *Nulla probatio sine defensione*, conforme FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 91.

<sup>56</sup> JESUS, Damásio de. **Crimes de Trânsito**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 227.



Todavia, no que toca à utilização de outros ramos do direito como meio alternativo para o controle de comportamentos lesivos, o direito administrativo, por exemplo, com o seu viés sancionador, poderia, às vezes, ser muito mais gravoso que o direito penal. Poderia ocorrer uma tendência, como vislumbra TIEDEMANN<sup>57</sup>, das sanções administrativas se tornarem mais graves, ao passo que as penais mais flexíveis.

Da mesma forma, esses outros ramos do direito não teria a mesma força persuasiva da pena, isto é, como o direito penal simbólico com uma função de prevenção geral positiva limitadora.

O princípio da culpabilidade ou responsabilidade pessoal, *nulla actio sine culpa*, veda que se atrele um crime a alguém antes de apurar o grau de culpa. Só depois de dosimetrar a punição pela prática de alguma conduta, antes disso, a inocência da pessoa deve ser presumida<sup>58</sup>.

No âmbito do processo, outro princípio colocado em xeque é o do ônus probatório, *nulla accusatio sine probatione*, isto é, o ônus da prova incumbe a que o alega.

Ante as dificuldades probatórias, não raro, o ônus da prova é invertido como dever do próprio imputado de provar a licitude do bem. O ônus da demonstração da materialidade delitiva que precipuamente seria do Ministério Público recairia sobre o réu, de forma contrária, contrariando outro princípio que tem guarida no texto constitucional, o da presunção de inocência.

Assim, o indivíduo que comete a ação prevista no tipo penal de perigo abstrato, deverá mostrar que a sua conduta é inócua ou que utilizou artifícios de proteção ou atenuação do risco. Haveria, dessa forma, uma flexibilização da presunção de periculosidade, de absoluta, *jures et de jure*, para relativa, demonstrável, *juris tantum*.

Importante salientar que no ordenamento jurídico brasileiro a inversão do ônus probatório apenas ocorre quando há hipossuficiência da parte, tão-somente em situações de desequilíbrio processual, v.g. nas relações trabalhistas e consumeristas.

---

<sup>57</sup>TIEDEMANN *apud* GRECO, op. cit., p. 58-59.

<sup>58</sup>Art. 5º LVII da CF/88 - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando-se a atual organização social, verifica-se a imprescindibilidade de se dar primazia a questões referentes à segurança, à incolumidade pública. Nesse sentido, o artifício de tipificar condutas que trazem *per si* perigo à coletividade se verifica eficaz na hodierna sociedade de risco.

Dessa forma, conforme o princípio da proibição de proteção deficiente, o Estado estaria vinculado a prover a segurança das pessoas, e nada mais atual, dada a complexidade da sociedade pós-moderna de risco, que a utilização de normas organizacionais como as de crimes de perigo abstrato.

No entanto, a construção de tais tipos de forma irracional pelo legislador visando tão-somente à satisfação da opinião pública, utilizando-se de uma política criminal totalmente incompatível com a dogmática penal tradicional, fere diversos princípios, notadamente o da lesividade.

Dessa maneira, o direito penal tenderá gradualmente para um direito penal simbólico, tendo como consequência a perpetuação de um estigma de ciência ineficaz ou distante da realidade, isto é, enganador por não cumprir o que promete.

Tome-se como exemplo a lei sobre armas de fogo: comina-se pena superior ao mero disparo de arma de fogo à pena para lesão corporal. Deste modo, fica patente o destemperamento do legislador penal.

Malgrado os delitos de perigo abstrato violar frontalmente princípios liberais garantistas, como o da ofensividade, o Estado de forma racional, perante a demanda social por punição, pode construir um modelo que tenha, por um lado, a robustez do direito penal clássico e, por outro, uma função garantista.

O que se verifica atualmente é a utilização de premissas garantistas, dos princípios de um direito penal liberal-individualista para a absolvição dos ditos crimes de colarinho branco, relacionados com o meio ambiente e a macrocriminalidade econômica, levando a pecha de garantismo penal à brasileira.

Esse “garantismo penal à brasileira” vem sendo direcionado predominantemente aos crimes de colarinho branco ao passo que, para os delitos comuns, resta o incremento do rigor penal.

Em verdade, o extremismo na visualização dos preceitos garantistas vem sendo concebido com o notório propósito de servir de escudo para a delinquência econômico-empresarial. Nos dizeres do professor italiano, “a Justiça é dura com os pequenos delinquentes porque é mais fácil para a Magistratura proceder contra eles do que se situar contra os poderes fortes”.<sup>59</sup>

Portanto, aderindo-se ao direito penal de duas velocidades, aos delitos de resultado o rigor do direito penal clássico, isto é, a privação da liberdade não se distanciando do devido processo legal e suas garantias. Ao passo que aos delitos consubstanciados em bens jurídicos difusos, em meras condutas arriscadas tipificadas através dos crimes de perigo abstrato, penas restritivas de direito e multas pecuniárias com as garantias penais e processuais penais relativizadas.

## 5. BIBLIOGRAFIA

ABRAÃO, Eduardo Pião Ortiz. **Bem jurídico penal e estado democrático de direito: uma visão do direito penal como instrumento de concretização da justiça social**. Disponível em: <<http://www.faccrei.edu.br/gc/anexos/diartigos10.pdf>>. Acesso em: 10/10/2011.

BECK, Ulrich. Trad. Sebastião Nascimento. **Sociedade de Risco**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Entrevista Site ConJur**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-out-30/crime-porte-arma-fogo-estado-artefato-nao-importa>>. Acesso em: 30/10/2011.

FERRAJOLI, Lujji. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

---

<sup>59</sup> Trecho de um comentário de Ferrajoli publicado no jornal El País, em 27/11/1990, p. 28 *apud* MAGALHÃES, Vlamir Costa. **O Garantismo Penal Integral: Enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista**. Revista SJRJ, 2010.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GRECO, Luís. **Modernização do direito penal: bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

GRECO, Luís et al. TÓRTIMA, Fernanda Lara. **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JESUS, Damásio de. **Crimes de Trânsito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **Culpabilidade no Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

\_\_\_\_\_. **Questões Fundamentais da Responsabilidade Penal pelo Produto Defeituoso**. Revista dos Tribunais. São Paulo, vol. 910, Agosto de 2011, p. 177-219.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. **O Garantismo Penal Integral: Enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista**. Revista SJRJ, 2010.

RASSI, João Daniel. **A sociedade de risco, teoria dos sistemas e o funcionalismo penal: uma aproximação teórica**. IBCCRIM. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 05/09/2011.

RÉGIS PRADO, Luís. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General: Fundamentos La Estructura de la Teoria del Delito**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.

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

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales**. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **O princípio da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) e o cabimento de mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico**. Disponível em: <[leniostreck.com.br](http://leniostreck.com.br)>. Acesso em: 01/11/2011.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.