

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PENAL E DIREITO PENAL SIMBÓLICO

Vanessa Lima de SOUZA¹
Glauco Roberto Moreira MARQUES²

RESUMO: Faz-se um estudo acerca do processo de expansão do direito penal que se deu em razão da necessidade de sua adaptação aos novos contextos sociais, em especial os riscos capazes de afetar toda a coletividade, proporcionados pela sociedade moderna. Realiza-se um estudo acerca do Estado Democrático de Direito e sua relação com bem jurídico penal, busca-se o conceito e o processo de caracterização do bem jurídico, após analisa-se seu processo de espiritualização, que possibilita a tutela de bens jurídicos de natureza coletiva. Após ingressa-se no campo do direito penal simbólico, levando-se em consideração que o processo de espiritualização do bem jurídico possibilita a utilização do direito penal como forma de proporcionar segurança a sociedade em razão da sua difícil caracterização e definição, o que possibilita a descrição de condutas vagas pelo legislador penal que diante do clamor social decorrente da insegurança e medo proporcionados pela criminalidade moderna, sentimentos que são intensificados cada dia mais pela mídia, adotam esta forma de tipificação de condutas. Por fim, debate-se a questão acerca dos crimes de perigo, que são instrumentos da atuação preventiva do direito penal, faz-se sua diferenciação com os crimes de dano, busca-se identificar suas espécies e conceitos dando enfoque especial aos crimes de perigo abstrato em razão destes tipos possibilitarem a punição de condutas sem que haja sequer ofensa ao bem jurídico, verifica-se os entendimentos doutrinários sobre a presunção do perigo nestes tipos penais, bem como as críticas realizadas por parte da doutrina brasileira acerca destes tipos penais, apontando, inclusive, sua inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Sociedade moderna. Medo. Insegurança. Antecipação da tutela penal. Espiritualização do bem jurídico. Direito penal simbólico. Crimes de perigo.

1 INTRODUÇÃO

No presente estudo tratamos sobre um tema bastante atual nos dias atuais, que é a atuação preventiva do direito penal através da tipificação de crimes de perigo, em especial os de perigo abstrato, voltados a proteção de bens jurídicos transindividuais e com a finalidade de promover segurança à sociedade.

Analizamos que a sociedade moderna proporcionou a criação de

¹ A autora é discente do Curso de Direito da Toledo Prudente Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, de Presidente Prudente e Estagiária do Ministério Público do Estado de São Paulo.

² O co-autor é Professor de Direito Penal e TGE no Cento Universitário Antônio Eufrásio de Toledo, de Presidente Prudente. Delegado de Polícia do Estado de São Paulo e doutorando em Direito Constitucional na ITE-Bauru.

riscos, e também possibilitou a criação de novas formas de criminalidade e em decorrência surgiu a necessidade de adaptação do direito penal clássico aos novos contextos sociais. A partir de então o direito penal passa a adotar uma atuação preventiva para para conferir segurança à sociedade, que diante da constatação dos riscos passou a clamar pela sua intervenção.

Vimos, então, que atuação preventiva se dá através de relevantes modificações no direito penal, em especial no âmbito de proteção do bem jurídico. E que esta forma de atuação acaba permitindo a utilização do direito penal como instrumento meramente simbólico, para responder ao clamor social e midiático e proporcionar segurança a população.

Desta forma, investigamos como se dá esta atuação preventiva, sua eficácia perante a sociedade e, se realmente ela resolve o problema da criminalidade. Para o desenvolvimento do trabalho utilizou-se o método dedutivo, analisando as premissas gerais até chegar a situação debatida, e também os métodos indutivo e histórico.

2 DIREITO PENAL E SOCIEDADE MODERNA

A sociedade, assim como o direito, é dinâmica e conforme sua evolução histórica constata-se que as políticas criminais existentes já não são mais suficientes diante os novos bens e valores jurídicos surgidos, estas transformações na sociedade levam a modificação do direito em razão da necessidade de sua adaptação ao novo contexto social.

A sociedade contemporânea é caracterizada pela existência de riscos ou perigos decorrentes da ação humana, em especial dos avanços da ciência e tecnologia. “Não são produtos exclusivos dos 'desvios' da natureza, mas também gerados pela atividade humana. Ademais, são perigos vinculados a uma decisão tomada por um indivíduo ou um grupo de indivíduos” (AMARAL, 2007, p. 62).

Cláudio do Prado Amaral discorrendo sobre o assunto explica:

São, assim, perigos criados, cujas dimensões são crescentemente maiores que as dos perigos naturais, no sentido de que ameaçam – cada vez mais – um número indeterminado e bastante elevado de pessoas [...] tais riscos podem ser de duas ordens. De um lado, existem aqueles criados e perseguidos conscientemente pelo homem, na medida que são necessários ao progresso tecnológicos [...] de outro lado, existem os riscos que são consequências secundárias da modernização tecnológica, sendo, por isso, riscos não previstos ou imprevisíveis [...](2007, p. 62-63).

Os avanços tecnológicos possibilitaram a interação entre as nações, este fenômeno denominado globalização é caracterizado pelo rompimento de barreiras e interligação de informações entre as várias regiões e povos que integram o planeta.

“Os riscos da modernização não respeitam fronteiras territoriais, nem sociais” (AMARAL, 2007, p. 64), pois os meios de comunicação, principalmente a internet, possibilitam uma maior rapidez na circulação de informações e, em decorrência o planeta se torna cada vez mais interligado.

Diante destas características, o direito penal passa a dar importância a tais riscos, buscando saber se eles são passíveis de controle, segundo Cláudio do Prado Amaral (2007, p. 63) daí “emerge questão da maior relevância para o direito penal, respectiva à definição da imputação pelas consequências indesejadas que se concretizam a partir dos riscos”. Pois para que possa se imputar a responsabilidade deve-se estabelecer novas regras a causalidade e culpabilidade, “quanto à causalidade do risco [...] exige que o risco seja percebido como efeito secundário sistemático dos processos de modernização” ocorre estes riscos não decorrem de uma só conduta, isso provoca “o surgimento de uma culpabilidade difusa por um fato individual” (AMARAL, 2007, p. 64 -65) pois, desta forma, a relação de causalidade entre os riscos produzidos com a sua respectiva culpabilidade será dificilmente constatada.

Os avanços tecnológicos, além de criarem estes riscos, influenciaram na criação das novas formas de criminalidade que se utilizam justamente desta facilidade de comunicação e acesso a informação dos dias atuais para se expandirem e tornarem-se cada vez mais peculiares.

Por outro lado, a sociedade diante do medo e insegurança proporcionados pela modernidade clama por segurança e pela intervenção do direito penal. Nesse sentido Cláudio do Prado Amaral ao analisar o estado subjetivo de insegurança pública leciona:

Disso decorre para o direito penal uma demanda normativa pela crescente edição de nomas que transmitem a sensação de segurança, não somente com o fim de dar proteção objetiva diante dos riscos e perigos, mas também buscando algo que vai além dessa proteção: a possibilidade de assegurar a efetivação da própria proteção, por meio da confiança ou da segurança nela mesma [...] (2007, p. 67).

Daí inicia-se um processo de expansão do direito penal através da criação de novos tipos penais que para o direito penal clássico seriam impensáveis, a partir da criminalização de conduta que se imaginam perigosas, do tratamento antecipado a bens jurídicos e da dispensa da demonstração de lesividade da conduta. Esta atuação leva o direito penal a assumir um papel excessivamente intervencionista e preventivo e esta utilização somente se tornará legítima no Estado Democrático de Direito se estas condutas atentarem contra a dignidade humana ou contra bens de elevada importância.

2.1 Bem Jurídico e o Estado Democrático de Direito

O Brasil é constituído um Estado Democrático de Direito conforme dispõe a Constituição Federal em seu art. 1º e destina-se a promover liberdade, a segurança, o bem-estar, a igualdade e assegurar o exercício de direitos. O Estado de Direito é constituído através da positivação do ordenamento jurídico, o qual estabelece um sistema organizado a fim de garantir os direitos individuais e coletivos. Por Estado de Democrático entende-se a elaboração daquele ordenamento por pessoas legitimadas, aquelas eleitas pela sociedade através do sufrágio universal como seus representantes e atuam no interesse da sociedade.

Leciona Ângelo Roberto Ilha da Silva que:

O Estado Democrático de Direito caracteriza-se pelo respeito à dignidade da pessoa humana e pelo respeito à liberdade, não tendo um fim em si mesmo, ao contrário, devendo estar a serviço do bem-estar da população, não deve intervir na vida de seus súditos de modo arbitrário, proibindo condutas por mero dever de obediência, ou pretender conformar seus cidadãos a um determinado posicionamento político ou moral, com ameaça de pena (2003, p.93).

A delimitação do bem jurídico é de extrema importância para a compreensão e justificação dos tipos penais, pois o direito penal de um Estado Democrático tem por missão primordial e se justifica pela tutela de bens e interesses que objetiva resguardar.

Assim explica Luís Regis Prado (2009, p. 61) “[...] a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária”.

De acordo com o ordenamento jurídico vigente, o direito penal é a ultima ratio do Direito, ou seja, sua atuação somente se dará quando houver lesão significativa a um bem jurídico. Nesse sentido Ângelo Roberto Ilha afirma (2003, p. 94) “toda e qualquer intervenção estatal, e especialmente a intervenção penal, somente se justificará quando for estritamente necessária à defesa de valores eleitos pela comunidade como essenciais em face de agressões intoleráveis”.

Inegável, portanto que o bem jurídico limita o poder incriminador do legislador penal no Estado Democrático de Direito, daí a decorre a necessidade do estudo acerca do bem jurídico-penal.

Para Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 37) o bem jurídico-penal poder ser definido como “[...] o bem valorado como essencial à convivência social de certa comunidade, em dado momento histórico, e por isso tutelado pela norma penal”.

No mesmo sentido, Pierpaolo Cruz Bottini afirma que:

[...] o conceito de bem jurídico está atrelado ao conceito de dignidade humana, ou seja, bem jurídico será todo elemento indispensável ao livre desenvolvimento do indivíduo dentro de um sistema social orientado para a autodeterminação, para a garantia da pluralidade e da liberdade

democrática (2010, p. 178).

No entanto, apenas a existência do bem jurídico não confere legitimação da atuação do direito penal, pois, é de extrema importância a identificação de interesses ou valores dignos da proteção penal, o problema a ser enfrentado, portanto, é o de fixar critérios a serem adotados para selecionar quais bens e valores são fundamentais a sociedade.

Cleber Masson (2003, p.47) ao discorrer sobre a eleição de bens jurídicos analisa que “de acordo com a teoria constitucional do direito penal, a tarefa de criação de crimes e cominação de penas somente se legitima quando são tutelados valores consagrados pela Constituição Federal [...]”.

Não obstante, para estabelecer esta delimitação constitucional deve se levar em conta que nem todo bem ou valor constitucional estão demonstrados de forma explícita na Constituição e, ainda, que nem todos eles, necessariamente devem ser tutelados pela lei penal, mas somente quando forem relevantes à sociedade e outras formas de controle social se mostrarem insuficientes a protegê-los.

Ao examinar a delimitação constitucional dos bens jurídicos-penais, Ângelo Roberto Ilha da Silva aprecia considerações de Dolcini e Marinucci na obra *Constituição e escolha dos bens jurídicos*, quais sejam:

- a) a primeira estar em saber se da Constituição provêm vedações de incriminações;
- b) a segunda questão explora se apenas os bens relevantes para a Constituição dispõem de dignidade penal;
- c) a terceira indaga se a Lei Maior impõe tipificação de tipos penais, ou seja, a tutela de certos bens pela via criminal (2003, p. 84).

A partir da análise de cada uma destas considerações pelo autor supracitado, podemos afirmar quanto a primeira indagação que nossa Lei Maior impõem sim vedações de incriminações; A segunda deve-se observar que, como a Constituição nas cláusulas expressas não diz taxativamente quais bens considera relevante, há que se tutelar além daqueles previstos, aqueles que não se puserem em contradição e desde que a incriminação não seja por ela vedada; A terceira e ultima indagação, assim como a primeira será respondida positivamente, uma vez

que a Constituição impõe mandados de criminalização.

Ressalte-se que nem todos os bens constitucionalmente considerados requer uma tutela penal, do contrário não haveria limites para o exercício do *jus puniendi*, e segundo entendimento do autor supracitado, não é possível o legislador infraconstitucional deduzir mandamentos criminalizadores implícitos.

Segundo Ângelo Roberto da Silva (2003, p. 92) pode-se afirmar que a Constituição veda a tipificação de condutas que importem em negar os valores por ela consagrados. Ainda que, por não estabelecer de maneira taxativa nas clausulas expressas os bens sujeitos que merecem a tutela penal, alguns deles devem ser deduzidos da mensagem constitucional examinando-se os valores por ela buscados. Por derradeiro, observa-se que há imposições expressas de criminalização cujas condutas o legislador deverá tipificar.

Para se estabelecer um critério mais claro acerca da identificação dos bens jurídicos merecedores da proteção penal a análise “deve ser realizada sob uma ótica funcional e, nesse sentido, só pode estar fundada na dignidade humana, bem como no conjunto de condições necessárias para a autodeterminação do indivíduo” (BOTTINI, 2010, p. 181).

Este critério se torna menos evidente quando se pretende tutelar bens cuja titularidade transpassa a individualidade e se tornam bens coletivos, que diante do novo contexto social vivenciado se mostram merecedores da tutela penal.

Ocorre que a excessiva caracterização de interesses difusos como bens jurídicos penais impedem sua delimitação e, conseqüentemente sua utilidade como instrumento de limitação do direito penal.

2.2 O Processo de Espiritualização dos Bens Jurídicos

A partir da constatação dos riscos proporcionados pelos avanços tecnológicos e científicos e da sua capacidade de ameaçar um número indeterminado de pessoas, o direito penal buscando evitar resultados danosos à

sociedade, adotou a postura de ampliar cada vez mais os limites dos bens jurídicos para então punir estes riscos.

Ocorre que o excessivo reconhecimento e elevação de bens transindividuais à categoria de bens merecedores da tutela penal podem levar a uma dissolução do conceito de bem jurídico, o qual passa a ser utilizado não mais como instrumento limitador da atuação do direito penal, mas, pelo contrário, surge como um critério para se exigir a intervenção penal.

A espiritualização do bem jurídico ocorre através atuação preventiva do direito penal e caracteriza-se pela sua ampliação e transindividualidade, o qual se torna imaterial e abstrato, diferentemente do modelo tradicional onde se tutelam bens materiais edeterminados.

A desvinculação da norma penal do conceito de bem jurídico acarreta na tendência político-criminal de sua utilização como mero reforço das normas administrativas. Ao discorrer sobre o assunto, Marta Rodriguez de Assis Machado afirma que:

[...] ensaia-se a utilização do direito penal como alternativa de controle de condutas danosas a interesses funcionais para o bem-estar da coletividade, notadamente a coesão e a credibilidade do ordenamento jurídico, e do reforço das normas e funções administrativas” (2005, p. 111).

Nesta tutela em que a vitimização transcende os interesses individuais, a legitimidade dos bens jurídicos supra-individuais dependerá da referência a interesses sociais e a fatores indispensáveis ao homem. Assim, apenas serão legítimos e relevantes para o direito penal quando oferecem riscos aos interesses humanos.

Conforme analisamos, os bens jurídicos coletivos possuem características diversas dos bens jurídicos do modelo tradicional, estas características dificultam sua caracterização ou até mesmo encontrar termos e expressões precisas para identificá-los, o que gera a possibilidade de “conceituá-los conforme sua predominância ou a perspectiva com que são vistos ou analisados” (PRADO, 2009, p.95), assim, diante desta dificuldade de caracterização, que gera ao mesmo tempo uma maior facilidade para sua conceituação, o legislador penal

opta pela criação de tipos vagos, abertos e imprecisos.

2.3 Direito Penal Simbólico

Segundo parcela considerável da doutrina somente será necessária a criminalização de condutas quando estas se mostrarem intoleráveis no meio social, cabendo ao estado garantir a maior liberdade possível aos cidadãos. Nesse sentido Luiz Regis Prado (2009, p. 61) afirma que a tutela penal somente será considerada legítima quando “imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado da maior liberdade – verdadeira presunção de liberdade – e da dignidade da pessoa humana”.

O clamor social decorre da insegurança causada pelos avanços da sociedade moderna, da facilidade de comunicação e de troca informações, do rompimento de fronteiras e principalmente dos novos meios de delinquir que este mesmo avanço possibilitou.

Estes sentimentos são intensificados, cada dia mais, através dos veículos de informação, os quais transmitem informações de maneira exagerada a respeito dos atos de violência e criminalidade e adotam discursos críticos e radicais acerca da ineficácia das leis penais e da necessidade de leis e penas mais severas.

Tais informações incitam a opinião pública de modo que a sociedade passa a desacreditar no poder punitivo do estado e clamam por mais segurança, pela punição mais severa aos transgressores das leis e por uma maior criminalização.

Em decorrência, o Estado para recuperar sua credibilidade e responder ao clamor social, se utiliza do direito penal, através de uma maior e mais severa criminalização, para acalmar a opinião pública e transmitir à sociedade uma falsa sensação de segurança.

Segundo Baratta (1992) apud Paschoal (2003, p.127):

A utilização simbólica do direito penal transforma-o “em um instrumento de administração de situações particulares, de riscos excepcionais, ou melhor, em um instrumento de resposta contingente a situações de 'emergências' concretas”.

O direito penal simbólico pode ser conceituado como o método legislativo de multiplicação da criminalização de condutas que, desvinculadas da sua função primordial, visam somente dar uma resposta imediata aos anseios sociais para acalmar a opinião pública e midiática, demonstrando “eficaz” reação do Estado perante as variadas formas de criminalidade.

Por sua vez Pierpaolo Cruz Bottini (2010, p. 192) conclui que:

A utilização meramente simbólica das normas, como ensina HASSEMER, faz predominar as funções latentes, implícitas do direito penal, como a necessidade de tranquilizar os cidadãos e de mostrar um Estado eficaz e interventor, sobre a tutela efetiva de bens jurídicos.

Ainda segundo citado autor “não é concebível a tipificação de condutas que não sejam aptas, ao menos potencialmente, para lesionar ou colocar em perigo bens jurídicos” (BOTTINI, 2009, p. 192).

A utilização simbólica do direito penal, além de flexibilizar as garantias individuais consagradas pela Constituição Federal não resolve o problema da criminalidade. Pois, ao criminalizar condutas desnecessárias, possivelmente não conseguirá combater todas elas e, conseqüentemente, ao longo do tempo, será constatada sua falha e incapacidade de lidar com a criminalidade, bem como, de proporcionar segurança à sociedade. Em decorrência, a cada constatação de incapacidade haverá produção de mais leis, e quanto mais criminalizações de condutas desnecessárias mais criminalidade existirá.

Desta forma, embora se reconheça a proteção de interesses difusos legítima, é inadmissível a utilização da mais grave forma de intervenção na vida do indivíduo, apenas para acalmar anseios sociais ou demonstrar uma atuação eficaz perante situações emergenciais, sem qualquer observação aos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito.

2.4 Da Antecipação da Tutela Penal

A sociedade moderna proporcionou a criação de novas formas de criminalidade e, em decorrência, surgiram relevantes valores e bens não abarcados pela política criminal do direito penal clássico, razão pela qual houve a necessidade de reavaliação da dogmática penal tradicional a fim de adequá-la ao novo contexto social a partir de relevantes modificações na legislação penal, iniciando-se o processo de expansão do direito penal.

Este processo de expansão caracteriza-se pela antecipação da tutela penal. “O direito penal passa a orientar seus institutos à prevenção, à inibição de atividades, no momento antecedente à causação de um mal, antes da afetação do bem jurídico protegido” (BOTTINI, 2010, p. 88).

No mesmo entendimento leciona Marta Rodriguez de Assis Machado:

É nessa linha de atuação que se insere uma tendência de criminalização em âmbito prévio, cujo principal instrumento é o uso crescente das incriminações de perigo abstrato, que são por excelência categorias voltadas à antecipação da intervenção penal estatal (2005, p.129).

Cada vez mais há proibição de condutas sem que haja um dano efetivo ou possibilidade concreta de dano ao bem jurídico. Pois, diante a situações emergenciais o legislador se vale de tipificação de condutas vagas e imprecisas, sem qualquer vinculação a princípios limitadores da atuação do direito penal.

É nesse contexto que o direito penal passa a ser utilizado como um instrumento eficaz à proteção por segurança e, cada vez mais são adotadas medidas criminais para evitar a ocorrência perigo à coletividade punindo as condutas geradoras dos riscos a bens jurídicos supra-individuais.

Com esta atuação, o direito penal deixa de lado a subsidiariedade e amplia seu âmbito de atuação adotando uma política criminal caracterizada antecipação da tutela penal que busca prevenir futuros delitos.

Os delitos de perigo são os instrumentos utilizados pelo direito penal para a antecipação da tutela penal visando proteger determinados bens jurídicos de titularidade coletiva que considera relevante. Logo, a antecipação da tutela penal pode ser entendida como a criação de tipos penais criminalizadores de condutas que, por vezes, nem deveriam ser consideradas criminosas, por não terem qualquer vinculação a bens jurídicos relevantes e, assim não possuírem elementos para serem considerados ilícitos penais, ou, em razão do carácter subsidiário do direito penal, uma vez que tais condutas poderiam ser reguladas por outros ramos do direito.

A teoria do bem jurídico penal foi formulada justamente para limitar a atuação do direito penal, consagrando o direito penal mínimo e de acordo com este pensamento somente será legítima a atuação do Estado quando a conduta lesiona um bem jurídico ou ao menos, tenha o exposto a perigo de lesão.

Deste modo, somente haverá crime quando a conduta se amolda no tipo e lesione o bem jurídico tutelado, assim afirma Luiz Flávio Gomes (2002, p. 35):

O delito em sua essência não significa tão somente a realização da literalidade legal ou a simples contradição “formal” com a norma. O delito não se esgota na realização “literal” da letra da lei nem tampouco na mera antinormatividade formal: delito é infração ao Direito, isto é, a violação da norma valorativa ou, simplesmente, a afetação do bem jurídico valorado positivamente e protegido pela norma de direito.

Esta ideia de lesividade se tornou mais evidente com o advento do Estado Democrático de Direito que, pautado na dignidade da pessoa humana, impôs ao direito penal uma atuação mínima, uma vez que a punição penal cerceia na maioria das vezes a liberdade do indivíduo, que é considerado um dos mais relevantes direitos (bens) consagrados pela Constituição Federal.

3 CRIMES DE PERIGO

Aponta a doutrina, que os delitos de perigo existem desde os tempos remotos, na antiga Roma, por exemplo, incriminava-se o fato de colocar um vasilhame sobre o peitoril da janela, mesmo que não causasse lesão aos transeuntes. Por outro lado, no campo doutrinário, a teoria dos crimes de perigo é tema mais recente e foi enunciado, pela primeira vez, por Binding, segundo menciona Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 51).

Conforme leciona Pierpaolo Cruz Bottini (2007, p. 128), Binding classificou as normas penais em: proibição de lesão (*Verletzungsverbote*); proibições de perigo (*Gefahrungsverbote*); e infrações de polícia ou delitos de desobediência (*Ungehorsamsstrafe*).

As proibições de lesões são aquelas referentes ao dano efetivo do bem jurídico, o que possibilita facilmente relacioná-la com o desvalor do resultado. Por sua vez, as proibições de perigo são aquelas que vedam comportamentos geradores de perigo concreto ou aptos à produção de lesão. Por fim, nas infrações de polícia ou delitos de desobediência, segundo o sistema de Binding, o injusto penal se caracteriza pela simples prática da conduta, sendo desnecessária a existência de perigo concreto ou de periculosidade na conduta.

Em razão da ausência de vinculação da conduta com resultados exteriores, esta última classificação era criticada por Binding, conforme afirma Pierpaolo Cruz Bottini: “para o autor, uma norma penal dirigida à conduta, sem referência a uma modificação exterior do mundo, não é legítima, porque dirige a sanção penal à mera desobediência” (2007, p. 130)

Esta definição de infrações de polícia ou delitos de desobediência formulada por Binding se aproxima bastante da forma atual dos denominados crimes de perigo abstrato conforme analisaremos a seguir, mas primeiramente faremos a diferenciação entre os crimes de perigo e crimes de dano.

3.1 Crimes de Perigo e Crimes de Dano

Para facilitar o estudo e compreensão acerca dos tipos penais a doutrina traz inúmeras classificações a seu respeito. Por exemplo, quanto a existência de resultado, a doutrina classifica-os em crimes materiais, crimes formais e crimes de mera conduta. Nos crimes materiais “o tipo menciona a conduta e o evento, exigindo a sua produção para a consumação”, nos crimes formais “o tipo menciona o comportamento e o resultado, mas não exige a sua produção para consumação”, e nos crimes de mera conduta “o legislador só descreve a conduta do agente” (JESUS, 1986, p.168).

Quanto ao momento da proteção do bem jurídico ou quanto a existência de lesão efetiva ao bem jurídico, os crimes se classificam em crimes de perigo e crimes de dano.

Os tipos de dano são “os que só se consumam com a efetiva lesão do bem jurídico” (JESUS, 1986, p. 187). Para Flávio Augusto Monteiro de Barros (2003, p. 129), “os crimes de dano ou lesão são os que só se consumam com a perda real do bem jurídico”.

Os crimes de perigo, “são os que se consumam tão-só com a possibilidade do dano” (JESUS, 1986, p. 167), “basta a turbação ao bem jurídico para seu aperfeiçoamento” (SILVA, 2003, p. 61). O perigo pode ser concreto ou abstrato.

Segundo conceitua Damásio E. De Jesus (1997, p. 187), “perigo concreto é o que precisa ser provado [...] O perigo, no caso, não é presumido, mas, ao contrário, precisa ser investigado e comprovado.

Desta forma, no caso concreto é necessária a demonstração do efetivo perigo para sua caracterização, não basta apenas a realização da conduta, pois segundo entendimento doutrinário majoritário o perigo é elemento do tipo.

Este é o entendimento de Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 68): “crime de perigo concreto é aquele segundo o qual, para o aperfeiçoamento do tipo, exige-se a verificação efetiva do perigo, devendo este ser constatado caso a caso”.

Diferentemente dos crimes de perigo concreto, os crimes de perigo abstrato se consumam com a simples prática da conduta descrita no tipo penal. Ainda que, no caso concreto, não se verifique a exposição de perigo ao bem

jurídico, pois o perigo já é presumido na conduta. Deste entendimento não difere Marta Rodriguez de Assis Machado a qual aduz que:

As normas de perigo abstrato, em contrapartida, têm como objeto comportamentos que não se definem em função de uma determinada consequência. Castigam a simples realização de determinada conduta imaginadamente perigosa, sem a necessidade de configuração de um efetivo perigo ao bem jurídico. A periculosidade da conduta típica é determinada ex ante, por meio de uma generalização, de um juízo hipotético do legislador, fundado na ideia de mera probabilidade. Assim, para a consecução desse tipo de delito, não é necessário provar se o perigo foi ou não produzido, bastando apenas a demonstração de que foi executada a conduta que, de m ponto de vista geral e abstrato, foi reputada perigosa (2005, p. 130).

Pierpaolo Cruz Bottini (2010, p. 113) assim explica: “o tipo de perigo abstrato é a técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado externo”.

Para Damásio de Jesus (1986, p. 167) , “o perigo presumido (ou abstrato) é o considerado pela lei em face de determinado comportamento positivo ou negativo. É a lei que o presume juris et de jure. Não precisa ser provado”.

A doutrina, levando em consideração a necessidade da demonstração do perigo ao bem jurídico, traz outras classificações acerca dos crimes de perigo abstrato.

Parte entende que os crimes de perigo abstrato possuem presunção juris tantum, ou seja, é cabível prova em contrário. Quando, no caso concreto, se verifica que o bem jurídico sequer foi ameaçado, logo, se não houve periculosidade na conduta, o crime resta descaracterizado.

Em sentido contrário Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 72) assevera que “os crimes de perigo abstrato ou presumido são aqueles cujo perigo é ínsito na conduta e presumido, segundo a doutrina majoritária, juris et de jure”. E, “[...] ainda que se trate de crime de perigo presumido, a culpabilidade terá de ser caso a caso examinada. Não se presume a culpabilidade, o que se presume é o perigo para o bem jurídico [...]” (SILVA, 2003, p.27).

Por outro lado, há doutrinadores que repudiam esta classificação e admitem que nos delitos de perigo abstrato não há presunção, mas, tão somente, a

incriminação determinadas condutas que levam consigo um perigo ao bem jurídico. Onde “o perigo constitui unicamente a ratio legis, o motivo que dá lugar à vedação legal de determinada conduta [...] apreciável ex ante, o perigo é inerente à ação ou omissão, não necessitando de comprovação” (PRADO, 2008, p. 241).

Há quem defenda a existência de crimes de perigo abstrato-concreto, também designado de delito de aptidão, de potencial lesivo. Para estes doutrinadores somente condutas aptas a ocasionar um dano deverão ser incriminadas, e admitem que no caso concreto o magistrado realize um juízo de periculosidade para constatar se a conduta era apta à criar este dano ao bem jurídico. Segundo Pierpaolo Cruz Bottini (2010, p.118):

Os delitos de perigo-abstrato concreto descrevem a conduta proibida e exigem expressamente, para a configuração da tipicidade objetiva, a necessidade da periculosidade geral, ou seja, que a ação seja apta ou idônea para lesionar ou colocar em perigo concreto um bem jurídico.

Cumprido destacar, que nos crimes de perigo abstrato o perigo não é elemento do tipo e, portanto, no caso concreto é desnecessária sua comprovação para que a conduta seja considerada típica.

Por tais razões, os delitos de perigo proporcionam a antecipação da tutela penal tendo em vista que ao criminalizar o perigo, a tendência do legislador é de impedir a prática condutas mais danosas ao bem jurídico. Neste sentido leciona Bottini (2007, p. 94) “A criminalização por meio desta técnica visa a antecipação da incidência da norma, para afetar condutas antes da verificação de qualquer resultado lesivo”.

Nos crimes de perigo abstrato esta antecipação leva a punição de condutas que sequer colocam em perigo o bem jurídico tutelado. Por esta razão, parte da doutrina penal moderna entende que estes tipos penais extrapolam os limites permitidos pela ordem constitucional ao punir condutas que não causam lesão e nem ameaçam concretamente de lesão bens jurídicos.

Ademais, esta criminalização de condutas que sequer colocam em perigo o bem jurídico viola direitos e ofende os princípios da intervenção mínima e subsidiariedade. O entendimento do doutrinador Cezar Roberto Bitencourt (2006, p

22) é que “são inconstitucionais todos os chamados crimes de perigo abstrato [...] somente se admite a existência de infração penal quando há efetivo, real e concreto perigo de lesão a um bem jurídico determinado”.

No mesmo sentido Luiz Flávio Gomes (2002, p. 35) afirma que:

[..] está vedada a possibilidade de o legislador configurar o delito como uma mera desobediência ou simples infração da norma (imperativa) ou mesmo como simples desvalor da ação (é o que se dá no perigo abstrato, por exemplo) sem considerar qualquer ofensa a um bem jurídico [...].

De fato, a incriminação objetiva de uma conduta, com presunção absoluta de perigo, leva a uma responsabilização indiscriminada daquele que a pratica. Desta forma entende Alice Bianchini (2002, p. 68):

A existência concreta de perigo é, minimamente, o que se deve exigir da conduta criminalizada. Além disto, somente bem jurídico de elevada dignidade penal poder ser objeto de punição a tal título, sob pena de a criminalização da conduta representar um ato atentatório à dignidade do agente que eventualmente venha a sofrer a imposição de sanção por tê-la praticado.

O direito penal lida com bens fundamentais e por este motivo, a matéria presunção deve ser observada cuidadosamente. Guilherme Rodrigues Batalini (2012, p. 46) afirma que “o direito penal não pode incutir perigo em uma conduta, pode, no máximo, reconhecer a existência desse perigo, mas jamais presumi-lo, criá-lo, sob pena de inconstitucionalidade”.

Desta forma, a criminalização por meio de tipos perigo abstrato torna-se mera criminalização de desobediência da norma, já que, na verdade, inexistente ofensa a bens jurídicos.

4CONCLUSÃO

Conforme o apurado a expansão do direito penal com objetivo de dar segurança à sociedade gera uma inflação legislativa e leva a antecipação da tutela penal através da tipificação dos crimes de perigo que, por sua vez, decorrem da ampliação do bem jurídico.

Esta ampliação possibilita a utilização simbólica do direito penal, pois em razão deste bem jurídico ser de difícil caracterização e identificação, diante de situações “emergenciais” há uma maior facilidade do legislador descrever condutas vagas na tipificação dos crimes.

A utilização deste método legislativo leva a desvinculação do direito penal à sua função primordial e serve apenas para acalmar a opinião pública, diante situações “emergenciais”, na maioria das vezes, aquelas amplamente divulgadas pela mídia.

Analisamos ainda que a utilização de crimes de perigo abstrato é repudiada por parte da doutrina, por não haver lesão, nem perigo de lesão ao bem jurídico e, isto caracteriza uma atuação máxima do direito penal, quando o Estado Democrático de Direito lhe impõe uma atuação mínima em face da dignidade humana.

Por esta razão, conclui-se que não é com a tipificação de condutas que sequer geram perigo ao bem jurídico, obtidas através da flexibilização de direitos e violação de princípios constitucionais, com caráter meramente simbólico que o Estado conseguirá combater de forma efetiva a criminalidade. Ao adotar esta postura, o direito penal além atuar de forma ilegítima não combate a criminalidade e, pelo contrário, quanto mais tipificar condutas desnecessárias mais criminalidade existirá.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL, Claudio do Prado. **Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco.** Monografias IBCCRIM, 2007.

ANDRADE, André Lozano. **Os problemas do direito penal simbólico em face dos princípios da intervenção mínima e da lesividade.** Revista Liberdades, n° 17, set – dez de 2014. Disponível em: <www.revistaliberdades.org.br>. Acesso em: 26 de mar.2015.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal: parte geral.** 3ed, rev. Atualizada e ampl. São Paulo: Saraiva 2003.

BATALINI, Guilherme Rodrigues. **Da atipicidade da arma de fogo desmuniada: a inconstitucionalidade da super antecipação da punição.** Monografia de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) – Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo – Toledo: Presidente Prudente – SP, 2012.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de direito penal.** 10 ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2006.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br/ccivil>>.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato.** 2ª ed. Editora RT, São Paulo, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo abstrato e princípio da preceução na sociedade de risco.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERREIRA, Aureliano Coelho. **Globalização e a expansão do direito penal.** Disponível em: <[conteudojuridico.com.br/artigo, globalização-e-a-expansão-do-direito-penal](http://conteudojuridico.com.br/artigo_globalizacao-e-a-expansao-do-direito-penal)>. Acesso em: 10 de mar. 2015.

JESUS, Damásio Evangelista de Jesus. **Direito penal.** 20 ed. Vol1. São Paulo: Saraiva, 1997.

MAIA, Cristina Zackseski e Plínio. **Novos velhos inimigos do Direito Penal da globalização.** Disponível em: <criminologiacritica.com.br>. Acesso em: 11 de mar. 2015.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do Risco e Direito Penal: Uma avaliação de novas tendências político-criminais.** Monografias IBCCRIM, 2005.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado, Vol. 1, Parte Geral, 7ª ed.** São Paulo: Editora Método, 2003.

NETO, Eduardo Diniz. **Sociedade de Risco, direito penal e política criminal.** Disponível em:<www.uel.br/revistas/.../direitopub/.../6515>. Aceso em: 11 de mar. 2015.

NADIA, Andrea. **Globalização: Origem e evolução.** Disponível em:<www.faete.edu.br>. Acesso em: 11 de mar. 2015.

PRADO. Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PRADO. Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Parte geral, 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Luciana Carneiro da. **Perspectivas Político-criminais sob o Paradigma da Sociedade Mundial do Risco**. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/revistaliberdadesartigo>>. Acesso em 15 de fev. 2015.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da Silva. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.