

O Direito Penal é a forma mais gravosa de intervenção na esfera de liberdades das pessoas.

Para que esse ramo do direito seja instrumento legítimo, em uma sociedade democrática, é necessário que esteja adstrito às limitações impostas pelo legislador constitucional.

Nosso objetivo é analisar o novo papel do Direito Penal em uma SOCIEDADE GLOBAL DE RISCO – conceito desenvolvido pelo sociólogo alemão Ulrich Beck.

O autor afirma que a sociedade do final do século XIX, fruto capitalismo industrial, não se preocupava com os meios, os frutos e os subprodutos do processo de industrialização.

No AUGO DO RACIONALISMO POSITIVISTA daquele século, acreditava-se na capacidade humana de prever e controlar os acontecimentos futuros, e, portanto, nas relações de causalidade.

Por isso os mecanismos de contenção de riscos permitiam a manutenção de patamares mínimos de segurança social.

Os sistemas de automação industrial, os contratos de seguros, representavam estratégias de controle consideradas adequadas para a época. Todavia, esses sistemas de segurança falharam.

Os “velhos” riscos começaram a assumir características cada vez mais globais, ameaçando o modelo do capitalismo que os produziu.

Segundo Beck, a constatação de que a expansão técnico-econômica havida durante o processo de desenvolvimento da modernidade simples não se apartou da criação de riscos que emergiram na condição de efeitos colaterais.

Trata-se da gestação da “segunda modernidade”, chamada de “MODERNIDADE REFLEXIVA”.

Os riscos são efeitos colaterais do processo de modernização e os danos deles oriundos são muito severos e transcendem os limites do espaço territorial.

Exemplo: a poluição atmosférica; os detritos radiativos.

Os riscos dessa natureza produzem o que Beck chama de EFEITO BUMERANGUE: “os riscos da modernização afetam também, mais cedo ou mais tarde, aqueles que os produziram ou que deles se beneficiaram”.

Há uma tendência à socialização, ou democratização dos danos e dos riscos, na medida em que todos, independentemente do status social.

Dissemina-se uma “SENSAÇÃO DE INSEGURANÇA”, fruto da percepção social dos riscos provenientes do processo de modernização, o que também influencia a opinião pública.

Qual é o papel do Direito Penal no âmbito dos “novos riscos sociais”? O Direito Penal dessa nova sociedade deve orientar-se para a prevenção dos riscos e dos perigos sociais.

Como proposta apresentada pelo movimento político-criminal de absorção da sociedade mundial do risco, surge, de modo geral, a chamada expansão do direito penal.

Com base na ideia de risco, desenvolve-se uma racionalidade distinta do modelo de direito penal liberal – O DIREITO PENAL DO RISCO.

Uma das alternativas doutrinárias e político-criminais é a antecipação da tutela penal, mediante a CRIAÇÃO dos delitos de perigo.

Portanto, o Direito Penal, sob o pretexto de proteger bens jurídicos, antecipa cada vez mais a punição de comportamentos que ANTES seriam considerados preparatórios ou absolutamente inofensivos.

Os crimes de perigo distinguem-se dos de DELITOS dano pelo fato de prescindirem, para a sua consumação, da ocorrência de resultado lesivo ao bem jurídico, bastando, portanto, a existência de uma situação de perigo.

Dividem-se em delitos de perigo concreto (desvalor do resultado) e de perigo abstrato (desvalor da ação).

No delito de PERIGO CONCRETO, a exigência do perigo faz parte do tipo penal, como elemento **NORMATIVO**, de modo que o delito só se consuma com a real ocorrência do perigo para o bem jurídico.

No crime de PERIGO ABSTRATO, o perigo inerente à ação constitui unicamente a *ratio legis*, isto é, o motivo que inspirou o legislador a criar a figura delitiva, não se exigindo, para tanto, que o perigo seja comprovado no caso concreto.

Com a crescente tipificação dos delitos de perigo abstrato, como legítimos instrumentos de um Direito Penal direcionado à prevenção dos riscos globais, o estudo sobre os fundamentos da incriminação destes delitos é um passo importante para compreender o novo papel do Direito Penal na contemporaneidade.

Há DUAS TEORIAS defendidas como modelos de fundamentação dos delitos de perigo abstrato:

- TEORIA DA PRESUNÇÃO DE PERIGO;
e
- TEORIA DA *RATIO LEGIS* DO LEGISLADOR.

TEORIA DA PRESUNÇÃO DE PERIGO

A teoria da presunção de perigo ou da periculosidade abstrata afirma que o legislador, baseado em seus conhecimentos prévios, realiza uma presunção de que determinadas condutas são perigosas.

Faz-se um juízo valorativo negativo sobre o que é geralmente, ou frequentemente, perigoso para os bens jurídicos.

As condutas desvaloradas são proibidas através da criação dos delitos de perigo abstrato.

Haveria uma **PRESUNÇÃO JURIS ET DE JURE** - presunção absoluta – que não se admitiria prova em contrário, logo, o acusado não poderia alegar, nem provar, a ausência completa de periculosidade no caso concreto.

Em última análise, a teoria da presunção de perigo afirma que o juízo de ilicitude estaria expressamente presumido devido à periculosidade geral da ação típica.

Logo, caberia ao juiz, apenas, presumir o juízo de culpabilidade e o injusto.

Essa proposta viola o princípio da presunção de inocência, preceito fundamental de um Estado de Direito.

Torna duvidoso o injusto penal, viola os princípios da ofensividade, da culpabilidade e da proporcionalidade.

Não é razoável que uma conduta inofensiva seja crime.

Assim, a **TEORIA DA PRESUNÇÃO DE PERIGO** não merece prosperar, sendo que uma presunção absoluta não poderia legitimar a punição dos delitos de perigo abstrato.

TEORIA DA PERICULOSIDADE COMO *RATIO LEGIS* OU MOTIVO DO LEGISLADOR

Sustenta que o legislador cria os delitos de perigo abstrato não porque as condutas lesionem ou coloquem em perigo concreto os bens jurídicos, mas porque, geralmente, tipicamente ou frequentemente, causam uma ofensa a um bem jurídico.

Por isso o resultado não constitui um elemento típico e sim a **RAZÃO** pela qual o legislador proíbe determinada conduta.

Assim, haveria uma relevância lesiva à classe da ação descrita no tipo.

De um modo geral, a ausência da periculosidade no caso concreto é indiferente para a caracterização do delito de perigo abstrato.

Portanto, o resultado não constitui um elemento típico, mas, a RAZÃO pela qual o legislador proíbe determinada conduta.

Na verdade, haveria uma relevância lesiva à classe da ação descrita no tipo.

De um modo geral, a ausência da periculosidade no caso concreto é indiferente para a caracterização do delito de perigo abstrato.

Em consequência, o injusto material e a culpabilidade estariam aperfeiçoados uma vez constatada a realização do comportamento descrito no tipo.

Tal fundamento se reflete na jurisprudência dos nossos tribunais superiores:

Este Superior Tribunal firmou seu entendimento no sentido de que o porte de arma desmuniada se insere no tipo descrito no art. 14 da Lei 10.826/2003, por ser delito de perigo abstrato, cujo bem jurídico é a segurança pública e a paz social

(AgRg no AREsp 271.685/BA, SEXTA TURMA, DJe 01/10/2014)

Constata-se, da análise do tipo penal (art. 16 da Lei n.10.826/2003), que a lei visa proteger a incolumidade pública, transcendendo a mera proteção à incolumidade pessoal, bastando, para tanto, a probabilidade de dano, e não a sua efetiva ocorrência.

Trata-se, assim, de delito de perigo abstrato, tendo como objeto jurídico imediato a segurança pública e a paz social, bastando para configurar o delito o simples porte de arma de fogo.

Faz-se irrelevante aferir a eficácia da arma, apreender sua munição ou verificar se os cartuchos em seu interior estariam deflagrados para a configuração do tipo penal, que é misto-alternativo, em que se consubstanciam, justamente, as condutas que o legislador entendeu por bem prevenir, seja ela o simples porte de munição ou mesmo o porte de arma desmuniada. (AgRg no REsp 1460899/MG, SEXTA TURMA, DJe 19/09/2014)

ROXIN afirma que os delitos de perigo abstrato são aqueles em que a conduta é reconhecida como “geralmente” ou “tipicamente” perigosa.

A realização de um resultado jurídico de perigo independe da constatação da periculosidade no caso concreto.

Portanto, a “evitação” de um perigo de resultado concreto, constitui o “motivo do legislador”.

O autor alemão considera punível a conduta em que o sujeito não tenha observado as medidas de cuidado subjetivas.

Para evitar a punição das condutas que não apresentassem sequer a periculosidade em abstrato e a violação do juízo de culpabilidade, Roxin propõe uma diferenciação entre os delitos de perigo.

NOS DELITOS DE “AÇÕES MASSIVAS” haveria, a punibilidade mesmo que a colocação em perigo concreto fosse completamente impossível, como, por exemplo, se praticado em uma região desabitada.

Isso porque a norma deve prezar por suas funções preventivo-gerais (didáticas).

Ex.: dirigir embriagado (art. 306, CTB).

Nos Delitos com bem jurídico “INTERMEDIÁRIO ESPIRITUALIZADO” não seria preciso que, no caso concreto, fossem colocados em perigo os bens jurídicos específicos.

O desvalor da ação, por si só, fundamentaria a punibilidade, e, apenas infrações mínimas poderiam comportar interpretações restritivas.

Ex.: falso testemunho ou falsificação.

Os “DELITOS DE APTIDÃO ABSTRATA”, também conhecidos como delitos de perigo abstrato-concreto.

Nesses delitos é necessário que a ação seja apta a produzir o resultado de perigo concreto.

CEREZO MIR afirma que a periculosidade é a ratio legis dos delitos de perigo abstrato e que esses delitos se consumam mesmo que não tenham produzido um perigo concreto para o bem jurídico.

Todavia, é necessário um juízo de perigo ou de previsibilidade objetiva, isto é, uma valoração de determinada conduta sob uma perspectiva ex ante.

O perigo é uma qualidade da ação.

Portanto, os juízos de periculosidade devem ser emitidos no momento da realização da conduta.

Qualquer juízo de valor deve nortear-se por um “observador histórico” virtual.

O juízo ex ante deve considerar um suposto observador que seja colocado no momento anterior a ocorrência de determinado fato e que desconheça as consequências das ações relacionadas a ele.

Sob uma perspectiva ex post, o fato é analisado por um suposto observador que conheça as consequências dos fatos.

O juízo deveria ser feito por uma pessoa inteligente (o juiz) colocada na posição de autor, no momento inicial da ação considerando todas as circunstâncias do caso concreto conhecíveis por aquela pessoa, além das conhecidas pelo autor (saber ontológico), bem como a experiência comum sobre os cursos causais (saber nomológico).

Se a produção do resultado se evidencia como não absolutamente improvável, a ação era perigosa.

Seria preciso que o bem jurídico houvesse entrado no raio de ação da conduta do sujeito e que sua lesão aparecesse, nesse momento, como não absolutamente improvável.

Para CEREZO MIR, o conceito de perigo é sempre normativo.

Jakobs toma como ponto de partida a necessidade de organizar um determinado âmbito social através da estandardização de condutas (PADRONIZAÇÃO DE COMPORTAMENTOS).

Um grande número de delitos de perigo seriam crimes de mera desobediência, de sorte que o caráter perturbador do comportamento se determinaria de maneira generalizada.

Para Jakobs, os delitos de perigo são divididos em:

DELITOS CUMULATIVOS - aqueles aos quais o legislador recorre quando pretende organizar um âmbito social “estandardizando” comportamentos, isto é, quando o legislador deseja manter alguns comportamentos padronizados, para garantir a “estabilização de uma comunidade”.

Os delitos de perigo proíbem condutas que apresentem um caráter perturbador em virtude da tendência de dano.

Mesmo que as condutas, tomadas individualmente, não sejam perigosas, analisadas conjuntamente podem produzir resultados que vão abalar a confiança social.

A proibição independe da produção de qualquer resultado.

O sujeito que realiza a conduta não pode alegar, em sua defesa, que a “quantidade do dano” tenha sido ínfima ou que nenhum dano ocorreu.

Se tais condutas são tão agressivas à sociedade, a prevenção destes fatos não pode depender da comprovação da imprudência individual.

Isso seria abalar a confiança social.

De outro lado, há delitos em que o perigo abstrato afeta um objeto que possui uma “FUNÇÃO REPRESENTATIVA DO BEM JURÍDICO PROTEGIDO EM UM NÍVEL MAIS ABSTRATO” (BEM JURÍDICO ESPIRITUALIZADO).

Nestes delitos, o conteúdo da proibição é a mera conduta.

Logo, o perigo é irrelevante desde a perspectiva do tipo, haja vista que a conduta é definida como perturbadora por si mesma.

A conduta é geralmente apta a produzir efeitos extremamente perturbadores.

Há uma generalização da tendência de produção de dano.

O último grupo de delitos de perigo seriam aqueles que incriminam COMPORTAMENTOS SEM UMA ATUAÇÃO DELITIVA EXTERIOR - comportamentos não perigosos, ou minimamente perigosos.

Aduz Jakobs que as condutas devem ser exteriorizadas e também perturbadoras, acarretando uma violação dos âmbitos de organização alheias.

De tal sorte que as normas devem proibir as condutas perigosas por si sós e não em função de seu contexto interno, pois, proceder de outro modo seria considerar um Direito Penal do autor e não do fato.

Em CONCLUSÃO, se, de um lado, a estrutura do Direito Penal clássico-liberal é insuficiente e inadequado ao enfrentamento dos novos riscos da sociedade moderna, por outro, é no campo da política criminal que se verifica a abertura para que os influxos sociais ligados aos novos

riscos sejam absorvidos, concebendo-se respostas preventivas aptas a influenciar o sistema jurídico-penal.

Como consequência, a expansão do Direito Penal, com uma racionalidade distinta do modelo penal liberal pode traduzir-se, em novos conceitos, como de bem jurídico supraindividual, bem como de proteção penal a esferas anteriores ao dano e ao próprio perigo concreto, mediante a tipificação dos crimes de perigo abstrato e dos delitos cumulativos.

Daí a inequívoca contraposição das novas perspectivas político-criminais em face de princípios e garantias penais da vertente clássica, ensejando pontos de tensão difíceis de contornar.

Há também os possíveis perigos de uma expansão exagerada do direito penal, tendo como consequência a imposição de pena privativa de liberdade, desacompanhado das garantias clássicas.

O grande desafio consiste na harmonização dos modernos anseios de uma política-criminal protetiva contra os riscos e a preservação das liberdades e garantias penais liberais.