

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL DE MESTRADO

GABRIEL FERREIRA DOS SANTOS

O limite da intervenção penal: o problema dos crimes de perigo e suas repercussões nas restrições aos direitos dos cidadãos

São Leopoldo

2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Gabriel Ferreira dos Santos

O limite da intervenção penal: o problema dos crimes de perigo e suas repercussões nas restrições aos direitos dos cidadãos

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Orientadora: Professora Dr^a. Temis Limberger

São Leopoldo

2009

Ficha catalográfica

S2371 Santos, Gabriel Ferreira dos
O limite da intervenção penal: o problema dos crimes de perigo e suas repercussões nas restrições aos direitos dos cidadãos / por Gabriel Ferreira dos Santos. – 2009.

121 f. : 30cm.

Dissertação (mestrado) — Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009.

“Orientação: Prof^ª. Dr^ª. Temis Limberger”.

1. Direito penal – Intervenção mínima. 2. Subsidiariedade.
3. Crimes de perigo I. Título.

Catálogo na Fonte:
Bibliotecária Vanessa Borges Nunes - CRB 10/1556

RESUMO

O Estado Democrático de Direito é fundado no paradigma da amplitude das garantias e da satisfação das pretensões materiais, de forma a realizar a dignidade de cada pessoa/cidadão. A justiça política, neste projeto de modernidade está centrada na realização dos direitos humanos, sendo o Estado moderno estruturado a partir deste fundamento. Tem-se, assim, que o Estado Democrático de Direito é caracterizado pelas abstenções do poder público em relação às garantias individuais, bem como pela busca constante da satisfação dos direitos sociais. Portanto, passa-se a propor um Estado mínimo em matéria penal e máximo na esfera social. Para tanto, a subsidiariedade apresenta-se como princípio informador para a minimalização da utilização do direito penal, o que hodiernamente posta-se em conflito com a exacerbção da intervenção penal por meio dos crimes de perigo, em especial os crimes de perigo abstrato, que operam numa lógica avessa ao minimalismo penal. O princípio da subsidiariedade ou intervenção mínima em matéria criminal pode ser observada a partir de outro princípio: o da legalidade, entendido este como limitador do atuar, muitas vezes, arbitrário dos poderes estatais. Dessa forma, o princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade é a maneira mais eficaz da concretização da *necessidade*, que é elemento imprescindível em matéria de intervenção estatal nas liberdades individuais. Entende-se, assim, que em um Estado Democrático de Direito, que preceitua a inviolabilidade do direito à liberdade e, em especial no Brasil, que tem por objetivo primário a proteção da dignidade humana, a restrição dos referidos direitos/garantias só se legitima quando estritamente necessária for a sanção penal como resposta a um fato/desvio, sendo que neste contexto se insere a lei 11.705/08.

Palavras-chaves: Intervenção mínima. Subsidiariedade. Crimes de perigo.

RESUMEN

El Estado Democrático del Derecho es fundado en el paradigma de la amplitud de las garantías, así como por la búsqueda de la satisfacción de las pretensiones materiales, de forma a efectuar la dignidad de cada persona/ciudadano. La justicia política, en este proyecto de la modernidad esta puesta a la realización de los derechos humanos, iendo el Estado moderno estructurado a partir de este fundamento. Se tiene, así, que el Estado Democrático del Derecho es caracterizado por las abstenciones del poder público en relación a las garantías individuales, así como pela búsqueda constante de la satisfacción de los derechos sociales. Por lo tanto, se pasa a proponer un Estado mínimo en materia penal y máximo en la esfera social. Luego, la subsidiariedad se presenta como principio de informacion a la minimalización de la utilización del derecho penal, o que, hodiernamente, con la exacerbación quedase en conflicto con la intervención penal por medios dos crimes del peligro, en especial los crimes del peligro abstracto que operan en una lógica opuesta al minimalismo penal. El principio de la subsidiariedad o intervención mínima en materia criminal puede ser observada a partir de otro principio: o da legalidad, entendido este como limitador del actuar, muchas veces, arbitrario del Judiciário. Desa forma, el principio de la intervención mínima o de la subsidiariedad es la manera más eficaz de la concretización da necesidad, que es elemento esencial en materia de intervención estatal en las libertades individuales. Se comprende, así, que en un Estado Democrático del Derecho, que preceptúa la inviolabilidad del derecho a la libertad y, en especial en Brasil, que tiene por objetivo primario la protección de la dignidad humana, la restricción de los referidos derechos/garantías sólo se legitima cuando estrictamente necesaria fuera la sanción penal como respuesta a un hecho/desvio, y en este contexto se ajusta a la ley 11.705/08.

Palavras-chaves: Intervención mínima. Subsidiariedad. Crimes del peligro.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 O DIREITO PENAL E SUA CONTEXTUALIZAÇÃO EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	10
1.1 DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	10
1.1.1 A expansão do direito penal como forma simbólica de controle social (direito penal como parte do controle social).....	16
1.1.1.1 Direito Penal Máximo: Lei e ordem/Tolerância Zero - Lei e Ordem.....	18
1.1.2 A liberdade e sua relação com o direito penal.....	23
2 OS CRIMES DE PERIGO VERSUS PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA: A (IM)POSSIBILIDADE DE UM DIREITO PENAL DE ULTIMA RATIO.....	25
2.1 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE.....	25
2.1.1 (In)operacionalização do direito penal como <i>ultima ratio</i>.....	28
2.1.2 O intervencionismo mínimo como condição de possibilidade de um direito penal de <i>ultima ratio</i>.....	32
2.2 O DIREITO PENAL E A TEORIZAÇÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO.....	34
2.2.1 O bem jurídico e a sociedade de risco.....	46
2.2.2 O bem jurídico tutelado nos crimes de perigo.....	50
2.2.3 O direito penal como instrumento de (não)proteção das gerações vindouras: Por uma legitimação dos crimes de perigo.....	58
2.3 CRIMES DE PERIGO ABSTRATO.....	61
2.4 UMA LEITURA DO NOVO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO.....	84
2.5 A (DES) NECESSIDADE DO DIREITO PENAL.....	95
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	101
REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO.....	114

INTRODUÇÃO

A presente dissertação guarda pertinência temática com a linha de pesquisa (Hermenêutica, Constituição, Concretização de direitos), em especial no que tange à (re)leitura da Constituição como forma de concretização de direitos, o que se faz a partir de uma postura crítica e abalizada em aportes teóricos no que se refere ao intervencionismo penal em um Estado Democrático de Direito.

A partir do referencial teórico, dentre as idéias de Luigi Ferrajolli, Claus Roxin, Jesús-Maria Silva Sánchez, tem-se que o Estado Democrático de Direito deve ser o garantidor de direitos fundamentais, em especial, por seu conteúdo caracterizador restar fundado no aspecto transformador da realidade. Assim, o Estado Democrático de Direito agrega aspectos liberais e sociais, devendo oportunizar condições mínimas de vida aos seus integrantes como forma de ser alcançada a igualdade entres seus membros. Em razão desse comprometimento, o Estado Democrático de Direito não deve ser compreendido como o resultado da reunião de duas constituições de Estado, quais sejam, o Liberal e o Social, mas sim, deve ser entendido como uma constituição de Estado pautado na transformação do *status quo*.

Assim, ganha relevância estabelecer as linhas de atuação do direito penal em um Estado Democrático de Direito, de forma a compreender sua correspondência com os princípios que regem aquele, uma vez que, é condição *sine qua non* para existência de um direito penal efetivamente compromissado em garantir os direitos humanos que este deva obediência aos princípios constitucionais, pois o seu postulado é a realização dos direitos humanos, como forma de ser conquistado o seu aspecto transformador.

Nesse prisma, tem-se que os mais variados ramos do ordenamento jurídico são chamados a contribuir para a efetivação do aspecto transformador do Estado Democrático de Direito. Por sua vez, a sistemática penal deve ser limitada, uma vez que, sensivelmente, a sua utilização importa em redução das liberdades individuais. Nesse diapasão, para que se efetive os preceitos de um sistema penal integrado a um modelo de Estado Democrático, faz-se necessário, inclusive, retomar e repensar a idéia de democracia.

Com a Constituição Federal de 1988, a sociedade brasileira, ainda que não tivera vivenciado todos os elementos de uma democracia formal, foi apresentada a um novo paradigma de democracia, qual seja, o material, voltado a satisfação de direitos sociais

daquela.

Nesse diapasão, a partir dos ensinamentos de Ferrajoli, a democracia substancial apresenta-se comprometida com os interesses de todos e não com os da maioria. Nesse modelo de democracia, também chamada de democracia social, denota-se o crescimento dos direitos individuais e a redução do poder estatal.

Dessa forma, o direito penal deve ser utilizado minimamente, uma vez que seu atuar importa em exacerbada violação da liberdade. Em razão disso, a concretização de direitos sociais deve ser alcançada por meio de políticas sociais comprometidas. Contudo, quando estas mostrarem-se insuficientes, restando ao direito o dever de solucionar conflitos existentes, outros ramos daquele deverão ser utilizados, devendo o direito penal ser utilizado de maneira a privilegiar a liberdade individual, um dos valores fundantes do Estado Democrático de Direito.

Todavia, na contramão do arcabouço hermenêutico-constitucional, os legisladores acabam por criminalizar as mais variadas e irrelevantes condutas existentes na sociedade, amparados, ainda, no discurso falacioso e inoperante de movimentos repressistas.

Na verdade, hodiernamente, há um anseio social para que o direito penal seja baseado na supressão de garantias, como forma de redução da criminalidade, apontando-se para uma fórmula ilógica de ação e reação.

A contextualização do atual direito penal está galgado na idéia de expansão, sendo que a criminalização de novas condutas, a criação de novos institutos e, por vezes, a relativização de garantias constitucionais, insere-se no contexto social da sociedade pós-moderna. Portanto, tem-se que a configuração de um direito penal está vinculado aos ditames da organização social.

Nesta seara, quanto mais aterrorizante for o atuar penal, menor serão os índices de criminalidade. Dessa forma, busca-se garantir direitos humanos com a supressão de direitos humanos. Nesse diapasão, há que se ter presente que a proteção daqueles é o ideal permanente do Estado Democrático de Direito. Contudo, o que se denota é inoperância do sistema para tanto, uma vez que o atuar legislativo culmina em leis penais inconstitucionais, que acabam por desencadear um expressivo afastamento dos propósitos de igualdade (com) prometidos pelo Estado Democrático de Direito.

E é justamente nesta perspectiva que se desenvolve a criação desenfreada dos intitulos crimes de perigo abstrato, caracterizados pela antecipação da operacionalização do

direito penal em relação à barreira de proteção, ou seja, há a incidência do direito penal de maneira a evitar a ocorrência de um dano, traduzindo-se aquele em mecanismo de prevenção, diante do risco da ocorrência de um resultado. Portanto, o direito penal contemporâneo tem seus elementos constitutivos fundados na sociedade de risco, uma vez que este ramo do direito, por meio da condição de possibilidade de incidência de normas penais, é chamado a cumprir papel de controle.

Nesse diapasão, tem-se que o caráter reflexivo do risco produzido também contribui de maneira importante para os novos contornos do direito penal, uma vez que os efeitos prejudiciais oriundos da prática de determinadas atividades da sociedade, estendem-se a todos os seus membros, não havendo mais que se falar em afetação, tão somente, de determinadas classes sociais. O referido caráter reflexivo tem como um dos seus exemplos legislativos atuais a denominada “Lei Seca” (Lei nº 11.705/08), na qual foram depositadas todas as responsabilidades no que tange à redução do índice de acidentes de trânsito no país. Pretendia-se assentar o direito penal como mecanismo de controle social, galgado na mudança de hábitos e comportamentos, sob o argumento de que a função precípua daquele é a tutela de valores relevantes para a sociedade, uma vez que os acidentes de trânsito não são determinados de maneira objetiva por esta ou aquela determinada classe social.

Certamente embuído de intenções tranqüilizadoras – características dos discursos de expansão do direito penal – o legislador pátrio desconsiderou as inúmeras variantes a serem consideradas quando de um acidente de trânsito, concentrando seus esforços, unicamente, na criação de uma lei que importa na operacionalização do direito penal (incidência imediata) antes da ocorrência de um resultado, asseverando, dessa forma, que o direito penal mudaria hábitos e comportamentos. Com a “tolerância zero” todas as problemáticas que compreendem fatores de imprudência, negligência e imperícia no trânsito seriam solucionadas. Como consequência, os índices de mortes seriam reduzidos drasticamente.

Tem-se assim, a proposta de um Estado mínimo em matéria penal e máximo na esfera social. Para tanto, hodiernamente, a subsidiariedade/fragmentariedade do direito penal apresenta-se como princípio informador para a minimalização da sua utilização, ao passo que os crimes de perigo (abstrato/concreto) apontam para direção díspare, ocasionando um tencionamento na aplicação do direito penal.

Nesse prisma, a presente dissertação analisa os crimes de perigo abstrato e sua sustentabilidade em um Estado Democrático de Direito, tomando como objeto de reflexão o disposto na Lei nº 11.705/08. O referido enfrentamento da matéria será realizado a partir do

estudo das relações entre o Estado e o Direito, de forma a, sinteticamente, definir seus elementos e particularidades, em especial o que tange à aplicação e contextualização do direito penal em um Estado Democrático de Direito. Da mesma forma, serão objeto de estudo alguns princípios de ordem constitucional, como o princípio da subsidiariedade, sua evolução histórica, conceitualização e caracteres próprios.

Analisar-se-á, ainda, algumas experiências de movimentos repressistas e possíveis causas da expansão do direito penal, de forma a apontar seus equívocos no que tange à frustrada tentativa de redução dos índices de criminalidade.

Assim, proporcionando a discussão da utilização do direito penal como *ultima ratio* – intervenção mínima em matéria punitiva -, buscar-se-á apontar as condições de possibilidade para um direito penal mínimo e seu tensionamento frente à utilização exacerbada dos crimes de perigo abstrato, dentre os quais, a direção de veículo automotor sob a influência de álcool ou substância que cause dependência.

1 O DIREITO PENAL CONTEXTUALIZADO EM UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Antes de tecer qualquer comentário a respeito do tema central desse trabalho, há de se analisar a sociedade/Estado, assim como de seus objetivos, sua evolução e a aplicação da norma penal no Estado Democrático de Direito. Da mesma forma, se faz relevante a compreensão do termo direito/direito penal.

1.1 DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Com o acontecer da Segunda Guerra Mundial, o Estado Moderno passou a enfrentar novos problemas, uma vez que a evolução industrial e tecnológica acabou por atingir bens de interesse social – transindividuais -, em especial, os recursos naturais, restando impositiva a sua proteção, inclusive, como forma de ser mantida a sobrevivência humana.

Tem-se assim, que o Estado Democrático de Direito, primeiramente, incorporou-se ao direito positivo, ou seja, tem previsão legal na norma maior, a constitucional, diverso das demais. Além disso, tem seu poder limitado, isto é, há princípios norteadores que definem quando e como devem ser as suas ações.

De acordo com Bolzan de Moraes, o referido Estado deve estar fundamentando seu agir em alguns princípios, quais sejam, constitucionalidade, democracia¹, sistema de direitos

¹ Chauí, Marilena. In: STRECK, Lenio Luiz & MORAES, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e teoria do estado**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 109. Partindo do pressuposto de que a conceituação de democracia torna-se quase impossível frente as transformações que o referido termo sofreu ao decorrer dos tempos, pode-se dizer, de acordo com Claude Lefort, que a democracia deve ser constantemente inventada, por ser “a criação ininterrupta de novos direitos, a subversão contínua dos estabelecidos, a reinstituição permanente do social e do político”. De acordo com Marilena Chauí, consoante a difícil definição de um conceito de democracia, torna-se possível distinguir esta de outras formas sociais e políticas, através de alguns pontos. Quais sejam: a) a sociedade democrática é a única, bem como e o único regime político que considera legítimo o

fundamentais, justiça social, igualdade, divisão de poderes, legalidade e segurança jurídica.

Portanto, o Estado Democrático de Direito resta caracterizado pela posituação constitucional de princípios que, até então, pautavam o direito natural, incorporando-se, assim, valores de justiça social, traduzidos no princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana, bem como em garantias na esfera penal e processual penal, dentre outras.

Dessa forma, tal Estado vai além da formulação tanto do Estado Liberal de Direito como do Estado Social de Direito, pois impõem “[...] à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade”.²

Além disso, o que caracteriza o Estado em tela é que a democracia está vinculada com o Estado e o Direito, o que faz com que estes estejam sob constante observância/vigilância daquela.

Tem-se, assim, que o Estado Democrático de Direito deve ser o garantidor de direitos fundamentais, em especial, por seu conteúdo caracterizador restar fundado no aspecto transformador da realidade. Assim, o Estado Democrático de Direito agrega aspectos liberais e sociais, devendo oportunizar condições mínimas de vida aos seus integrantes como forma de ser alcançada a igualdade entre seus membros. Em razão desse comprometimento, o Estado Democrático de Direito não deve ser compreendido como o resultado da reunião de duas constituições de Estado, quais sejam, o Liberal e o Social, mas sim, deve ser entendido como Estado pautado na transformação do *status quo*.

A partir desse panorama, ganha relevância estabelecer as linhas de atuação do direito penal em um Estado Democrático de Direito, de forma a compreender sua correspondência com os princípios que regem essa constituição de Estado.

Assim, o Estado Democrático de Direito, tem como compromisso fundamental harmonizar os interesses da esfera pública privada e coletiva, e ainda, por meio dos textos

conflito, pois não apenas trabalha politicamente os conflitos de necessidade e de interesse, mas também procura instituí-los como direitos e exige que estes sejam reconhecido e respeitados. b) tal sociedade é verdadeiramente histórica, ou seja, possível e aberta ao novo, ao possível e as transformações dos tempos. Com isso, as severas lutas em prol da democracia mostram que ao mesmo tempo em que é difícil alcançá-la, muito mais o é conservá-la, sendo que esta surge concomitantemente com o processo de formação da sociedade organizada e do Estado. Segundo a interpretação da linha do pensamento de Norberto Bobbio, *democracia* é um conjunto de regras, primárias ou fundamentais, que preceituam quem terá o poder de tomada de decisões coletivas e quais procedimentos a serão seguidos. Além disso, se requer, que a democracia tenha “uma grande dose justiça social e uma razoável preservação do *habitat* nacional e das fontes de recursos”, isto para que se preserve o amanhã do cidadão.

² COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 58.

constitucionais – “diretivos e compromissórios”³ – traz a possibilidade, bem como as condições, para a transformação da realidade e, além da questão social, amplia seu conteúdo para compreender a igualdade.

Então, o Estado Democrático de Direito é instituído no paradigma da amplitude das garantias, assim como pela busca da satisfação das pretensões materiais, de forma a realizar a dignidade de cada indivíduo.

Dessa forma, no Estado social delineou-se uma nova concepção de democracia, ultrapassando-se o mero formalismo democrático para atingir a *democracia material*. Para tanto, faz-se necessário que alguns ramos do ordenamento jurídico contribuam para a referida concretização material democrática.

Partindo dessa premissa, o Estado, como responsável em manter a ordem social, necessita do Direito para a concretização da justiça, sendo aquele um conjunto de regras sociais cujo Estado deve assegurar.

Consoante o disposto na Convenção Interamericana sobre os Direitos Humanos e Justiça Penal de 1980, um sistema penal deve ser pautado no respeito e na busca pela concretização dos direitos humanos, sendo a tutela de bens jurídicos, o ápice para o atingimento da referida concretização, a partir de uma tutela que não seja exarcebada, nem tão pouco deficiente⁴.

Na verdade, hodiernamente, há um anseio social para que o direito penal seja baseado na supressão de garantias, como forma de redução da criminalidade, apontando-se para uma fórmula ilógica de ação e reação. Qual seja, quanto mais aterrorizante for o atuar penal, menor serão os índices de criminalidade. Dessa forma, busca-se garantir direitos humanos com a supressão de direitos humanos. Nesse diapasão, há que se ter presente que a proteção daqueles é o ideal permanente do Estado Democrático de Direito. Contudo, o que se denota é inoperância do sistema para tanto, uma vez que o atuar legislativo culmina em leis penais inconstitucionais, que acabam por desencadear um expressivo afastamento dos propósitos de igualdade (com) prometidos pelo Estado Democrático de Direito.

Tal afirmativa resta explicitada por Lênio Streck quando em sua reflexão acerca do sistema penal brasileiro assevera que

³ COPETTI, op. cit., p. 58

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Sistemas Penales y Derechos em America Latina. In: **Instituto Interamericano de Derechos Humanos**: Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1984.

a preocupação maior sempre foi com a proteção da propriedade privada e dos interesses *lato sensu* das camadas dominantes, questão que ficou bem visível no Código de 1940, que surge em pleno Estado Novo, agora com a preocupação de atingir a um outro tipo de “clientela”: um Brasil que aos poucos se urbanizava e que passava pela segunda fase do processo de substituição de importações (não esqueçamos que até 1930 o Brasil se sustentava na base da economia agrário-exportadora). Inspirado no modelo fascista, o Código Penal apontou efetivamente para o “andar de baixo”, com especial preocupação com os crimes contra o Estado, o “livre desenvolvimento” do trabalho, a “proteção dos costumes”, etc.⁵

Portanto, tem-se um atuar seletivo do direito penal, atingindo de forma privilegiada alguns grupos sociais e de maneira intolerante e repressiva seguimentos sociais menos abastados. Nesta seara, o meio midiático – comprometido em propagar um constante clima de insegurança – exerce papel importante e, não raras vezes, essencial para a violação dos direitos humanos em matéria penal. E assim o faz, porque veicula a imagem estereotipada do criminoso, vinculado este como pertencente, única e exclusivamente, a grupos sociais pobres, ocultando-se, como corolário lógico, a prática delituosa cometida pelos pertencentes a grupos sociais economicamente ricos e com uma gama infinita de influências, olvidando-se, contudo, que as conseqüências mais nefastas para todo o sistema social está justamente associada às práticas criminosas que violam o sistema financeiro nacional, a questão tributária, bem como os crimes contra a administração pública, dentre outros.

A partir da formação e divulgação constante do estereotipo do criminoso, a sucessão de violação de direitos e garantias fundamentais é repetitiva, obedecendo, de forma espantosa, a um ciclo que parece ser indestrutível, pois, desde a abordagem policial, o criminoso estereotipado recebe todas as cargas de um aparato policial que guarda raízes e “aplaude” o regime militar, com uma formação e manutenção de ideais de política criminal de tolerância zero. Os abusos cometidos, em relação a alguns seguimentos sociais, somente tem o condão de explicitar a inoperância estatal para garantir a efetivação da igualdade entre os membros do Estado Democrático de Direito, uma vez que a força policial se mostra completamente seletiva. Para os grupos sociais pobres, as abordagens são truculentas e violentas, completamente descompromissadas com o conteúdo humanístico que deve pautar o Estado Democrático de Direito, sendo que os métodos abusivos são empregados desde a utilização da força física, que não raras vezes culminam com a morte do abordado, em evidente (des)

⁵ STRECK, Lenio Luiz. Constituição. Bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como “la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos.” **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, n. 31, pg. 70-71, 2008.

prestígio à pena sem processo, até a violação de garantias formais – procedimentais – estabelecidas na legislação pátria. Por outro lado, quando o atuar policial tem por objetivo desvelar uma inexpressiva parcela de prática criminosa cometida por grupos sociais mais abastados, as operações policiais recebem nomes pomposos, com um verdadeiro atuar “hollywoodiano”, buscando, contudo, a mínima violação dos direitos humanos dos acusados.

Conforme disciplina André Copetti,

A violência do sistema penal viola os mais elementares princípios constitucionais de garantia, notadamente o respeito à vida e à igualdade dos cidadãos, ao dirigir-se intencionalmente aos “não cidadãos”, aqueles que não têm direito aos direitos, e que estão à margem dos direitos humanos. Os esgualcados são duplamente atingidos: por um lado, por não terem acesso aos direitos sociais, encontram-se constantemente numa luta pela sobrevivência, o que muitas vezes leva ao cometimento de delitos, especialmente contra o patrimônio; por outro, porque, não possuindo qualquer capacidade de articulação frente ao sistema, ao cometerem delitos, são vítimas fáceis da repressão estatal, que deles se vale para justificar sua imprescindibilidade à sociedade.⁶

Em virtude disso, não é forçoso afirmar que o sistema penal em que estamos inseridos é excessivamente repressivo e seletivo, sendo que a elaboração e a aplicação das leis não estão comprometidas com a tutela dos direitos humanos, não atingindo, portanto, as promessas transformadoras do Estado Democrático de Direito. Vivencia-se assim, uma crise do sistema penal que, paulatinamente, afasta-se dos preceitos norteadores de um Estado Democrático em direção a um estado arbitrário.

Nessa seara, o processo de globalização apresenta-se como elemento de significativa relevância para a construção e aumento de um direito penal máximo – totalizante -, pois a exclusão sócio-econômica a que estão submetidos determinados grupos sociais acabam por ser determinantes no aumento da criminalidade. A partir disso, exsurge a idéia de que o intervencionismo estatal em matéria econômica deve ser mínima, senão inexistente. Por sua vez, a intervenção penal no combate ao crime deve ser máxima. A lógica de mercado não pode ficar a mercê da criminalidade, sendo de inteira responsabilidade estatal a sua redução. Por seu turno, o Estado não dispõe de condições (materiais, humanas e financeiras) de reduzir a criminalidade, uma vez que as razões causadoras das diferenças sociais não estão sob a égide estatal. Nesse diapasão, incapaz de neutralizar as causas da criminalidade, o Estado acaba por investir recursos em aparatos de reprimenda ao crime, bem como, na criação de

⁶ COPETTI, op. cit., p. 63.

legislação penal que se afasta os propósitos de um Estado Social e torna impossível a concretização de um Estado Democrático de Direito.

Para André Copetti,

Essa maximização operacional do sistema penal se revela, num primeiro momento, no aumento da edição de normas penais, fato que tem algumas conseqüências imediatas. A grande quantidade de leis penais não tem passado por um filtro constitucional, havendo, a partir disto, uma violação dos conteúdos principiológicos existentes em nossa Constituição, afrontando-se, com isso, os direitos fundamentais de primeira geração, seja por seus conteúdos processuais gerando uma situação de incerteza para os cidadãos e invertendo a função originariamente cunhada para os tipos penais, que ao invés de servirem como garantia aos membros da sociedade civil contra a atuação estatal penal desmesurada e não raras vezes ilegal.⁷

Portanto, tem-se a (in)operacionalização do direito penal como fator determinante para a inconcretude do Estado Democrático de Direito, pois a resposta estatal para a tentativa de contenção do aumento da criminalidade ocasionada pelo fator “exclusão” da lógica neocapitalista é a utilização exarcebada do direito penal, importando, sobremaneira, na inobservância dos preceitos constitucionais, violando-se, assim, direitos humanos.

A partir desse panorama, faz-se necessário refletir acerca dos ditames de um direito penal efetivamente integrado aos propósitos do Estado Democrático de Direito. Nesse diapasão, é condição *sine qua non* para existência de um direito penal efetivamente compromissado em garantir os direitos humanos que este deva obediência aos princípios constitucionais, pois todo o postulado dessa constituição de Estado é a realização dos direitos humanos, como forma de ser conquistado o seu aspecto transformador.

Nesse prisma, tem-se que os mais variados ramos do ordenamento jurídico são chamados a contribuir para a efetivação do aspecto transformador do Estado Democrático de Direito. Por sua vez, a contribuição da sistemática penal deve ser limitada, uma vez que, sensivelmente, a sua utilização importa em redução das liberdades individuais. Nesse diapasão, para que se efetive os preceitos de um sistema penal integrado a um modelo de Estado Democrático, faz-se necessário, inclusive, retomar e repensar a idéia de democracia.

Com a Constituição Federal de 1988, a sociedade brasileira, ainda que não tivera vivenciado todos os elementos de uma democracia formal, foi apresentada a um novo paradigma de democracia, qual seja, o material, voltado a satisfação de direitos sociais

⁷ COPETTI, op. cit., p. 73

daquela.

Nesse diapasão, a partir dos ensinamentos de Ferrajoli, a democracia substancial apresenta-se comprometida com os interesses de todos e não com os da maioria. Nesse modelo de democracia, também chamada de democracia social, denota-se o crescimento dos direitos individuais e a redução do poder estatal.

Por seu turno, há que se ter o cuidado para que as funções sociais não se tornem funções de dominação, hipótese esta com grande possibilidade de ocorrência a partir do uso exacerbado do direito penal como forma de atingimento de direitos sociais.

1.1.1 A expansão do direito penal como forma simbólica de controle social (direito penal como parte do controle social).

O Estado Democrático de Direito, conforme já referido, deve pautar-se, em matéria de política criminal, na intervenção mínima do Estado na liberdade individual, restando o direito penal como última alternativa em matéria punitiva, apontando-se, assim, para um direito penal mínimo, caracterizado por propostas diversas, mas com conteúdo comum, qual seja, a restrição daquele.

Tem-se em Luigi Ferrajoli o mais expressivo difusor do termo *direito penal mínimo*. Para o referido autor, “ora aos maiores ou menores vínculos garantistas estruturalmente internos do sistema, ora à quantidade e qualidade das proibições e penas neles estabelecidas.”⁸

Neste diapasão, a escola de Frankfurt (representada por Winfried Hassemer, Cornelius Prittwitz, Felix Herzog, Wolfgang Naucke e Peter-Alexis Albrecht, Francisco Muñoz Conde) também se apresenta como defensora de um modelo ultraliberal de direito penal, propondo a restrição da intervenção punitiva para condutas que atentem contra a vida, a saúde, a liberdade e a propriedade.

Contudo, em que pese este necessário intervencionismo mínimo, há, hodiernamente,

⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 2001. p. 104.

uma dominante tendência das legislações modernas em introduzir novos tipos penais em seus ordenamentos, bem como, agravar as penas das figuras delituosas já contempladas.

Com isso, tem-se a utilização *máxima* do direito penal, traduzida por Silva-Sánchez como “a expansão do direito penal”, traduzida na criação de bem jurídicos penais e na relativização de princípios penais de garantia, podendo aquela ser atribuída aos mais variados aspectos, dentre os quais ao surgimento de novos interesses, quais sejam, no aumento de bens jurídicos penalmente tutelados, bem como ao aparecimento de novos riscos, em especial no modelo social vivenciado no período pós-industrial (sociedade de risco), onde

[...] boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém precisamente de decisões que outros concidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos: riscos mais ou menos diretos para os cidadãos (como consumidores, usuários, beneficiários de serviços públicos etc.) que derivam das aplicações técnicas dos avanços na indústria, na biologia, na genética, na energia nuclear, na informática, nas comunicações etc.⁹

Assim, como forma de reduzir os riscos inerentes ao evolucionismo tecnológico e a nova criminalidade instituída a partir deste, o direito penal, mais uma vez, acaba sendo escolhido como único meio punitivo.

Tem-se, também, como causa da expansão do direito penal a institucionalização da insegurança e sua sensação social, caracterizadas pela complexidade social instituída pela sociedade de risco, onde há pluralidade de opções, abundância informativa, falta de critérios para a decisão do que é bom e ruim, do que se pode ou não, constituindo fonte de dúvidas, incertezas, ansiedades e inseguranças.¹⁰

⁹ SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002. p. 29.

¹⁰ SÁNCHEZ, op.cit., p. 33-34: “Três aspectos concretos, a título puramente exemplificativo, podem ilustrar essa idéia. Por um lado é inegável que a população experimenta uma crescente dificuldade de adaptação a sociedade em continua *aceleração*. Desse modo, depois da revolução dos transportes, a atual *revolução das comunicações* dá lugar a uma perplexidade derivada da falta – sentida e possivelmente real – de domínio do curso dos acontecimentos, que não pode traduzir-se senão em termos de insegurança. Por outro lado, as pessoas se acham ante a dificuldade de obter um autêntica *informação* fidedigna em uma sociedade – a da economia do conhecimento – caracterizada pela avalanche de *informações*. Estas, que de modo não infrequente se mostra contraditórias, fazem em todo caso extremamente difícil sua integração em um contexto significativo que proporcione alguma certeza. Em terceiro lugar, deve ser ressaltado que a aceleração não é somente uma questão da técnica, mas precisamente, também da vida. A lógica do mercado reclama indivíduos sozinhos e disponíveis, pois estes se encontram em melhores condições para a competição mercadológica ou laborativa. De modo que, nessa linha, as novas realidades econômicas, às que se somaram importantes alterações ético-sociais, vêm dando lugar a uma instabilidade emocional-familiar que produz uma perplexidade adicional no âmbito das relações humanas. Pois bem, nesse contexto de aceleração e incerteza, de obscuridade e confusão, se produz uma

Há, da mesma forma, a expansão como característica cultural da sociedade contemporânea, pois esta é caracterizada pela existência de um estereótipo de vítima que não assume a possibilidade de um determinado fato ser ocasionado por culpa sua, tendo sempre que imputar a responsabilidade a outrem.

Assim, sem o escopo de esgotar o assunto, para este ensaio, pode-se atribuir como última causa “a identificação da maioria com a vítima do delito”¹¹, ocasionando, invariavelmente, a interpretação extensiva do direito penal, entendendo-o, erroneamente, como *Carta Magna* da vítima.¹²

Por fim, tem-se que a expansão do direito penal apresenta-se como mecanismo perverso e estatal no que tange a política criminal de um Estado. Na verdade, o que ocorre é a utilização massiva do direito penal como solução (aparente) fácil aos problemas sociais, deslocando as reais condições de possibilidade de uma efetiva política criminal, do plano da instrumentalidade para o plano simbólico.

1.1.1.1 Direito Penal Máximo: Lei e Ordem/Tolerância Zero - Lei e Ordem

O movimento repressista *Law and Order* (Lei e Ordem) tem suas matizes estreitamente relacionada às denominadas *think thanks*¹³. Dentre estes organismos, destacou-se o *Manhattan Institute*, que popularizou o discurso repressivo, a partir das idéias de Charles Murray – sequaz de Reagan em matéria de *Welfare*. Este organismo foi criado por Anthony Fischer – mentor de Margaret Thatcher e então futuro diretor da CIA – que, após um celeuma midiático, pôs em circulação a obra *Losing Ground: American Social Policy* de autoria de

crescente desorientação pessoal (*Orientierungsverlust*), que se manifesta naquilo que já se denominou *perplexidade da “relatividade”*.

¹¹ SÁNCHEZ, op. cit., p. 50.

¹² Ibid., p. 52.

¹³ Tratam-se de agências de consultoria que analisam problemas de diversas áreas propondo soluções, desenvolvendo suas atividades com objetivos ideológicos bem definidos. No caso do *Law and Order* a influência das agências restou galgada, por um lado, na preparação do advento do “liberalismo real” de Ronald Reagan (EUA) e no de Margaret Thatcher (Inglaterra); por outro lado, na criação de conceitos, princípios e medidas justificadores da aceleração e do reforço do aparato penal, como resposta ao meio midiático e às elites políticas.

Murray, cujo conteúdo versava sobre a aplicação de preceitos da economia de mercado na seara das mazelas sociais, sustentando serem as políticas sociais – excessivamente generosas – as responsáveis pelo significativo crescimento da pobreza nos EUA.

Em razão dessa surpreendente difusão das idéias de Murray, o Manhattan Institute, organizou uma “importante” conferência no início dos anos noventa, tendo como propulsor, a importância dos espaços públicos – sua indispensabilidade à vida urbana dos americanos –, afirmando, veementemente, que a ocupação desses espaços pela pobreza importava em desordem e, conseqüentemente, em terreno fértil para a criminalidade.

E é justamente esta corporificação que, após algum tempo, difundiu a *Broken Windows Theory*, formulada em 1982 por James Wilson e George Killing, fundada na repressão dos pequenos desvios comportamentais como forma de prevenir a criminalidade mais grave. Assim, a partir dessas “teorias”, a polícia de New York foi reestruturada/reorganizada, passando a agir contundentemente à caça dos grupos de pobres da cidade americana.

Na verdade, sob o comando de William Bratton, a polícia adota a “gestão por objetivo”, visando a máxima eficiência, a partir de insignificantes critérios significativos de avaliação.

Para Wacquant, ele

transforma os comissariados em centros de lucro, o lucro em questão sendo a redução estatística do crime registrado. E cria todos os critérios de avaliação dos serviços em função dessa única medida. Em suma, dirige a administração policial como um industrial o faria com uma firma cujos acionistas julgassem ter um mal desempenho.¹⁴

Por razões óbvias, o movimento de tolerância zero – *zero tolerance*¹⁵ – protagonizou as mais variadas arbitrariedades, legitimada no autoritarismo policial avalizado pelos

¹⁴ WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Trad. TELLES, André. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 22.

¹⁵ Alguns dos exemplos de abusos do *zero tolerance* são encontrados na obra de Wacquant. Segundo o referido autor, após o cometimento de uma série de abusos, passou-se a criticar a atuação da Unidade de Luta contra os Crimes de Rua de Nova York. Tratava-se de uma tropa de choque de 380 homens (quase todos brancos), que constitui a ponta de lança da política de tolerância zero. [...] Segundo a *National Urban League*, em dois anos essa brigada, que ronda em carros comuns e opera à paisana, deteve e revistou na rua 45.000 pessoas sob a mera suspeita baseada no vestuário, aparência, comportamento e – acima de qualquer outro indício – a cor da pele. Mais de 37.000 dessas detenções se revelaram gratuitas e as acusações sobre metade das 8.000 restantes foram consideradas nulas e inválidas pelos tribunais, deixando um resíduo de apenas 4.000 detenções justificadas: uma em onze. Uma investigação levada a cabo pelo jornal *New York Daily News* sugere que perto de 80% dos jovens homens negros e latinos da cidade foram detidos e revistados pelo menos uma vez pelas forças da ordem.

governantes. A máquina estatal repressora mostrou-se eficiente para reprimir os socialmente etiquetados.

Contudo, a redução da criminalidade em Nova York, atribuída a política da tolerância zero, é veementemente criticada, considerada por alguns, “propaganda enganosa”. Para Lopes Júnior,

[...] não é prendendo e mandando para a prisão mendigos, pichadores e quebradores de vidraças que a macro-criminalidade vai ser contida. As taxas de criminalidade realmente caíram em Nova York, mas também decresceram em todo o país, porque não é fruto da política nova-iorquina, mas sim de um complexo avanço social e econômico daquele país.¹⁶

Portanto, o que se deve ter presente é que a criminalidade é um fenômeno complexo, tendo o direito penal, necessariamente, papel secundário – de utilização mínima; o que deve ser máximo é o atuar do Estado na concretização de políticas públicas e sociais que visem construir um Estado Social.

A visão de ordem, segundo Bauman, remete para a idéia de pureza, de exata permanência das coisas em seus determinados lugares.

Para o referido autor,

[...] “ordem” significa um meio regular e estável para os nossos atos; um mundo em que as probabilidades dos acontecimentos não estejam distribuídas ao acaso, mas arrumadas numa hierarquia estrita – de modo que certos acontecimentos sejam altamente prováveis, outros menos prováveis, alguns virtualmente impossíveis.¹⁷

Intitulada como *broken windows theory*, o movimento da lei e ordem foi formulada em 1982 por James K. Wilson e George Killing, tendo sua maior expressão na política criminal americana, qual seja, o *tolerância zero*. Tal sistema, sinteticamente, sustentava a punição (persecução rigorosa) para qualquer desvio de comportamento, pois, segundo seus defensores/seguidores, “quem joga um pedra e quebra uma vidraça, hoje, amanhã volta para cometer crimes mais graves”.¹⁸

¹⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal** (fundamentos da instrumentalidade constitucional). 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006. p. 20.

¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Trad. GAMA, Mauro e GAMA, Claudia M. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. p. 15.

¹⁸ LOPES JUNIOR, op. cit. p. 14.

Na verdade, o discurso da *lei e ordem* é falacioso, pois somente tem o condão de refletir que a *tolerância zero* para alguns é a *tolerância dez* para os grupos dominantes, sendo o critério de pureza (ordem) a aptidão de inclusão no jogo consumerista.

Ou seja, “os deixados de fora são os consumidores falhos e, como tais, incapazes de ser “indivíduos livres”, pois o senso de liberdade é definido a partir do poder de escolha do consumidor”.¹⁹

Nas palavras de Aury Lopes Junior,

O discurso de lei e da ordem conduz a que aqueles que não possuem capacidade para estar no jogo sejam detidos e neutralizados, preferencialmente com o menor custo possível. Na lógica da eficiência, vence o Estado Penitência, pois é mais barato excluir e encarcerar do que restabelecer o status de consumidor, através de políticas públicas de inserção social.²⁰

Por conseguinte, resta explicitado que o movimento repressivista é a tradução do evidente afastamento do Estado de suas funções sociais, com o conseqüente aumento do Estado penal como forma de contenção da marginalização, sintetizado por Wacquant como “a supressão do Estado econômico, enfraquecimento do Estado social, fortalecimento e glorificação do Estado penal”.²¹

Dessa forma, a idéia de repressão total é falaciosa e ideológica, pois somente tem o condão de explicitar a inoperância/incompetência do Estado em gerir políticas públicas que solucionem as causas da criminalidade.

Assim, denota-se a total incoerência do movimento da lei e ordem que, caracterizada pela repressão total, sacrificou direitos fundamentais, equivocadamente entendendo que a criminalidade poderia ser evitada pelo direito penal, em evidente opção pela punição dos pobres.

Nas palavras de André Copetti,

[...] neste aspecto entendemos que o direito penal, pela gravidade das sanções que impõe, deva ser a parte do ordenamento jurídico menos utilizada para tal fim, pois uma exacerbação do ordenamento e da atuação estatal penal para a realização do Estado Social implicaria necessariamente uma violenta redução das liberdades

¹⁹ LOPES JUNIOR, op. cit., p. 13.

²⁰ Ibid, loc. cit.

²¹ WACQUANT, op. cit. p. 18.

individuais que são, sem dúvida alguma, um dos pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito.²²

Tem-se, portanto, que o Estado Democrático de Direito é caracterizado pelas abstenções do poder público em relação as garantias individuais, bem como pela busca constante da satisfação dos direitos sociais.

Assim, neste projeto democrático, deve haver a observância da expansão dos direitos dos cidadãos e dos deveres do Estado, importando, dessa forma, maximização das liberdades e minimização dos poderes.²³

Portanto, passa-se a propor um Estado mínimo em matéria penal e máximo na esfera social. Isto porque,

O princípio legitimador deste modelo de Estado, ainda que muito abstrato e genérico, tendo pela frente a compatibilização das funções de bloqueio e de legitimação das aspirações sociais, deve ser baseado na possibilidade de impedimento de que as funções sociais do Estado se transformem em funções de dominação. Esse é o grande risco de um direito penal exacerbado voltado para a realização do social. Será preciso ver no reconhecimento do Estado Democrático de Direito uma espécie de repúdio à utilização desvirtuada das necessárias funções sociais como instrumento de poder, especialmente de poder penal, porque isto destruiria o Estado de Direito, pervertendo-se a base do Estado Social que estaria tão desnaturado. Em consequência, o Estado Democrático de Direito.²⁴

Dessa forma, a democracia material deve pautar a preferência por todos os meios extrapenais de conflitos, imbuída, diuturnamente, na realização de políticas sociais.

²² COPETTI, op. cit., p. 81.

²³ Ibid., loc. cit.

²⁴ WACQUANT, op. cit., p. 85.

1.1.2 A liberdade e sua relação com o Direito Penal

Em que pese o acontecer do Estado liberal, a “liberdade do indivíduo” mantém-se sendo uma problemática frente a concretização de direitos, eis que há uma considerável incerteza quanto aos seus limites. Não há clareza em relação aos limites que podem/devem ser impostos à liberdade individual. Na verdade, o que ocorre é que a tomada de decisões políticas é realizada por um grupo social economicamente privilegiado. Ou seja, as articulações políticas que regem o atuar estatal são decididas por um grupo quantitativamente pequeno e economicamente forte. Com o sufrágio eleitoral, a população somente é chamada para cancelar as decisões de poucos, de forma a contribuir, de maneira coadjuvante, para o “jogo democrático”. Como consequência, tem-se a perpetuação e a realização dos interesses de poucos e, por óbvio, a não concretização dos direitos da maioria.

E é justamente a partir desse descompasso social, político e econômico – conflito de interesses – que o direito ganha status de concretizador de direitos sociais.

Nesse diapasão, ressalta-se que a partir do projeto de Estado Social, a “liberdade individual” não deve ser interpretada a partir de um caráter absoluto, mas sim, contextualizada com um grupo social, sob pena de ser legitimada a hegemonia de grupos sociais mais fortes em relação aos mais fracos. Portanto, a limitação da liberdade é medida imperativa como forma de regulação do Estado Social.

Por seu turno, o direito penal deve ser utilizado minimamente, uma vez que seu atuar importa em exacerbada violação da liberdade. Em razão disso, a concretização de direitos sociais deve ser alcançada por meio de políticas sociais comprometidas. Contudo, quando estas mostrarem-se insuficientes, restando ao direito o dever de solucionar conflitos existentes, outros ramos daquele deverão ser utilizados, devendo o direito penal ser utilizado como *ultima ratio*²⁵, como forma de privilegiar a liberdade individual, valor fundante do Estado Democrático de Direito.

Conforme já exarado, em sendo o direito penal utilizado de maneira exarcebada, reduzem-se as possibilidades de efetivação dos direitos humanos.

²⁵ Expressão utilizada por Claus Roxin em sua obra: **Derecho penal: parte general**, tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito, 2006, pg. 65.

Ora, faz-se necessário ter presente que o direito (penal) é um instrumento posto a disposição do homem, e não o contrário. Explica-se: é o direito que subsiste em razão do homem e não o homem em virtude daquele. Em razão disso, o direito (penal) tem sua correspondência aos ditames de cidadania, direitos humanos e, em especial, de liberdade. Portanto, a aplicação do direito penal deve obediência aos preceitos constitucionais.

Consoante Copetti,

[...] temos como impositivo que, diante de uma nova ordem social constante na Constituição Federal, para a consecução de um direito penal de fundamentação antropológica, necessário se faz reassentar a teoria do bem jurídico penal dentro de padrões e limites constitucionais, com a máxima atenção aos direitos individuais e sociais positivados.²⁶

O que se denota, é a frustrada tentativa de solução da problemática social – coletividade – por meio da punição penal – individual – na errônea concepção que a criminalização desenfreada de condutas e de que o aumento de penas importará na redução da criminalidade, quando as causas dessa, sabidamente, não são solucionadas pelo viés sócio-político.

Assim, faz-se necessário (re) pensar a conceituação e abrangência do bem jurídico, de forma que este corresponda aos ditames e limitações constitucionais, como forma de concretização dos direitos sociais, bem como de ser assegurada a liberdade individual.

²⁶ COPETTI, op. cit., p. 90

2 OS CRIMES DE PERIGO *VERSUS* PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA: A (IM)POSSIBILIDADE DE UM DIREITO PENAL DE *ULTIMA RATIO*

Para melhor compreensão do intervencionismo mínimo, faz-se necessário a análise do princípio da subsidiariedade, compreendendo sua origem e conceituação.

A partir de então, poderá se ter um melhor entendimento de sua função quando se tratar da aplicação do direito penal como *ultima ratio*, bem como de que forma as outras áreas podem punir efetivamente, tanto quanto aquela, utilizando-se desse princípio.

2.1 PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE

Há diferentes significados para subsidiariedade, as quais tem repercussão em sua definição jurídica.

Neste sentido, o referido termo possui duas maneiras de compreendê-lo, quais sejam:

a) idéia secundária – tem como tema a qualidade do que é secundário;

b) idéia supletiva – esta absorve outros significados, a complementariedade e a complementariedade. A primeira vem a ser o que é acrescentado com a finalidade de desempate entre concorrentes. Neste caso, “a subsidiariedade implica, neste aspecto, em conservar a repartição entre duas categorias de atribuições, meios, órgãos que se distinguem uns dos outros por suas relações entre si”.²⁷

Quanto à complementariedade significa que o poder público por meio do Direito Público determina e explica a intensidade de suas regras, enquanto, apesar das pessoas poderem agir livremente, devem seguir estes preceitos reguladores, bem como os de Direito

²⁷ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade**: conceito e evolução. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 24.

Privado, pois este vem a complementar o anterior.

Consoante ao que leciona Silvia Faber Torres o termo subsidiariedade provém do latim *subsidiim*, cuja expressão tem o significado de *ajuda* ou *socorro*, isto não quer dizer que se possa extrair de seu conteúdo apenas limitações do agir do poder público, considerando-o dessa forma, um ente secundário ou supletório.

O termo *subsidium* tem o significado de ajuda através do qual se confere ao Estado um *subsidiarium officium*, isto é, o dever do Estado em prestar ajuda, somente será restringido, excepcionalmente, quando da sua suplência ou substituição.

Percebe-se que a subsidiariedade possui uma definição da *natureza do Estado*, sendo sua missão identificada “com os fins individuais da pessoa e dos grupos, de modo a cooperar, e, portanto, sem realizá-lo diretamente, para o desenvolvimento quer dos indivíduos, quer da sociedade como um todo”.²⁸

Como o Estado encontra-se a serviço do bem comum, é na subsidiariedade que este encontra o equilíbrio entre o gerenciar ou não a sociedade e, por conseguinte, o indivíduo, o qual tem responsabilidade e autodeterminação para desenvolver-se. Ainda, o referido termo exhibe uma limitação da ação do poder público.

Consoante a isto, pode se concluir que

[...] a função subsidiária do Estado deve se manifestar, uma vez caracterizada a ineficácia dos grupos sociais, primeiro como ajuda, mediante a criação de condições necessárias que possibilitem a ação das comunidades intermediárias, e, depois, excepcionalmente, como suplência, suprindo a insuficiência dos grupos sociais, quando estes não puderem realizar adequadamente suas funções.²⁹

Assim, a subsidiariedade pode ser compreendida como um princípio que tem por finalidade a distribuição de competência, bem como a atribuição de poderes em determinada sociedade.

Nota-se, assim, que não há um conceito único de subsidiariedade, podendo esta ser aplicada de várias formas, mas o que se quer neste íterim é analisar a sua aplicação em relação as sanções que podem ser utilizadas de maneira subsidiária antes da aplicação das sanções penais, as quais privam o indivíduo de sua liberdade, a qual é constitucionalmente

²⁸ TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 18.

²⁹ *Ibid.*, p. 19.

protegida.

Muito embora, o princípio da subsidiariedade seja uma expressão jurídica formalizada da noção de subsidiariedade,³⁰ este possui características próprias, apesar de não surgir sempre como um princípio, pois originariamente “está fora do contexto dos julgadores e legisladores, que não foram seus criadores”.³¹

Dessa forma, este princípio não precede de outro, sendo um dos preceitos regulador da função do Estado, “comunica a certos destinatários, isto é, ao legislador ao julgador e ao administrador, um programa possível, ao dar forma a uma regra ou a um sistema”.³²

Além disso, o princípio da subsidiariedade é uma forma de suprimir a arbitrariedade, devendo este ser coerente com sua segurança e eficácia.

Percebe-se que o mencionado princípio fundamenta a descentralização, sendo esta “um modelo de organização do Estado, pelo que o princípio de subsidiariedade pode ser aí invocado”.³³

Assim, o princípio da subsidiariedade serve de instrumento de liberdade, pois não propõe absorver todos os poderes do Estado, mas através de sua aplicabilidade as competências estatais que não sejam as imperativas, passam, dessa forma, a pertencer a coletividade.

³⁰ Alguns antecedentes históricos são apontados pela doutrina, um exemplo é a Encíclica *Quadragesimo Anno*, que utilizou o termo pela primeira vez. “O Papa Pio XI declarou que seria cometer injustiça, ao mesmo tempo que torpedear de maneira bem criticável a ordem social, retirar dos agrupamentos de ordem inferior, conferindo-as a uma coletividade bem mais vasta e elevada, funções que elas próprias poderiam exercer. Posteriormente, o princípio é regularmente reafirmado em outra Encíclica, sendo assim formulado: As relações dos poderes públicos com os cidadãos, as famílias e os corpos intermediários, devem ser regidas e equilibradas pelo princípio de subsidiariedade”. (BARACHO, José Alfredo de Oliveira. op.cit., p. 26). Sob este prisma, pode-se compreender que a princípio da subsidiariedade leva em consideração que todo o ordenamento tem como objetivo a proteção da autonomia do indivíduo frente aos ideais sociais.

³¹ BARACHO, op. cit., p. 28.

³² Ibid., p. 29.

³³ Ibid., p. 30.

2.1.1 (In)operacionalização do direito penal como *ultima ratio*

O princípio da subsidiariedade ou intervenção mínima em matéria criminal pode ser observada a partir de outro princípio: o da legalidade, entendido este como limitador do atuar, muitas vezes, arbitrário do Judiciário.

Todavia, hodiernamente, a legalidade, entendida esta como *a exigência de lei anterior que defina a conduta criminosa, como também a prévia cominação legal para fins de aplicação de pena*³⁴, não mais é suficiente para salvaguardar os indivíduos dos excessos cometidos pelo Estado em matéria criminal.

Dessa forma, remontando-se a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – Revolução Francesa, 1789 – o princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade é a maneira mais eficaz da concretização da *necessidade*, que é elemento imprescindível em matéria de intervenção estatal nas liberdades individuais. Tem-se, assim, que

[...] só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção se revelam suficientes para a tutela desse bem, a criminalização é incorreta. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima.³⁵

Consoante ao que leciona Everaldo Cunha Luna, nas constituições e legislações penais contemporâneas, o princípio da subsidiariedade não é apresentado de maneira expressa, devendo ser “um princípio imanente que por seus vínculos com outros postulados explícitos, e com os fundamentos do Estado de Direito se impõem ao legislador, e mesmo ao hermeneuta”.³⁶

Entende-se, assim, que em um Estado Democrático de Direito, que preceitua a inviolabilidade do direito à liberdade e, em especial no Brasil, que tem por objetivo primário a proteção da dignidade humana, a restrição dos referidos direitos/garantias só se legitima

³⁴ BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. (Art. 5º, XXXIX: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”).

³⁵ LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. p. 39.

³⁶ LUNA, Everaldo da Cunha. **Capítulos de direito penal: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 30.

quando estritamente necessária for a sanção penal como resposta a um fato/desvio.

Dessa forma, o direito penal deve ser “um remédio último, cuja presença só se legitima quando os demais ramos do direito se revelam incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência do homem e da sociedade”.³⁷

Portanto, a intervenção penal só se justifica, uma vez esgotadas e ineficazes, outras formas de sanção, pois o Direito Penal é “o mais violento instrumento normativo de regulação social, particularmente por atingir, pela aplicação das penas privativas de liberdade, o direito de ir e vir dos cidadãos”.³⁸

Todavia, na contramão do arcabouço hermenêutico-constitucional os legisladores acabam por criminalizar as mais variadas e irrelevantes condutas existentes na sociedade, amparados, ainda, no discurso falacioso e inoperante de movimentos repressistas.

No entanto, a criação desenfreada de institutos penais, tendo por conseqüência o aumento exacerbado de bens jurídicos penalmente tutelados, não é característica exclusiva do século XX.

Consoante trabalho desenvolvido no início do século XIX, Carl Joseph Anton Mittermaier

[...] enfatizava ser um dos erros fundamentais da legislação penal de seu tempo, a excessiva extensão dessa legislação, e a convicção dominante entre os legisladores que a coação penal era o único meio para “combater qualquer força hostil que se pusesse em contradição com a ordem jurídica”.³⁹

E segue o eminente penalista, afirmando que “a criação de um número avultado de crimes era uma das formas em que se manifestava a decadência não só do direito criminal, mas da totalidade da ordem jurídica”.⁴⁰

Esta utilização desenfreada de institutos penais foi objeto de estudo de Reinhart Franck, que em 1898, utilizou-se, pela primeira vez, da expressão “hipertrofia penal”, salientando que “o uso da pena tem sido abusivo, e por isso perdeu parte de seu crédito, e, portanto, de sua força intimidadora, já que o corpo social deixa de reagir do mesmo modo que

³⁷ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996. p. 85.

³⁸ COPETTI, op. cit., p. 87.

³⁹ MITTERMAIER, apud LUISI, Luiz. op. cit. p. 41.

⁴⁰ Ibid, loc. cit.

o organismo humano não reage mais a um remédio administrado abusivamente”.⁴¹

Nas palavras Luigi Ferrajoli,

[...] no desenvolvimento do Estado social percebemos uma produção caótica e aluviosal de leis, regulamentos, institutos e práticas políticas e burocráticas que foram sendo sobrepostas às velhas e elementares estruturas do Estado liberal. Sua consequência: a deformação e a perda de operacionalidade.⁴²

No Brasil o crescimento alarmante da proteção de bens jurídicos a partir do direito penal teve o seu ponto de partida no primeiro Código Penal Republicano, uma vez que a ampliação da tutela penal no Código Criminal do Império, ao longo de seus sessenta anos de vigência, foi inexpressivo.

Todavia, o ápice do que Luiz Luisi denomina como *nomorréia penal* encontra-se no Código Penal de 1940, do qual a parte especial ainda encontra-se em vigor, acrescida de uma numerosa série de leis penais incriminadoras.

Contrariamente a esta superinflação no direito penal, em especial no Brasil, a Europa gradativamente busca a desinflação penal, através da transformação de irrelevantes penais em ilícitos administrativos. Esta transformação da política criminal tem como expoente a Itália, onde para algumas determinadas condutas/desvios, o direito penal foi rarefeito, fortalecendo-se o direito administrativo.

A partir do modelo adotado por alguns países, em especial europeus, onde a criminalidade é expressivamente menor que a de países periféricos como o Brasil, sustenta-se o princípio da subsidiariedade como operacionalizador do alcance do direito penal como *ultima ratio* e, por consequência, corretamente contextualizado no Estado Democrático de Direito.

Segundo Cezar Bitencourt,

[...] o princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico cujos outros meios de controle social revelaram-se

⁴¹ FRANCK, Reinhart. *Apud* LUISI, Luiz. *Op. cit.* p. 42.

⁴² FERRAJOLI, Luigi. **Crisis del sistema político y jurisdicción.** in Pena y Estado. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 1995. pg. 124.

insuficientes. A fragmentariedade é decorrência da intervenção mínima e da reserva legal, significando que o direito penal “não deve sancionar condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão-somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes”. Sem embargo, na atualidade, o discurso fácil do repressivismo saneador fez com que o direito penal simbólico – de máxima intervenção – sepultasse tais princípios, reforçando a necessidade de termos um processo penal ainda mais preocupado em resgatar a eficácia do sistema de garantias do indivíduo.⁴³

Na verdade, utilizando-se dos ensinamentos de Salo de Carvalho

[...] a pretensão e a soberba gerada pela crença romântica de que o Direito Penal pode salvaguardar a humanidade de sua destruição impedem o angustiante e doloroso, porém, altamente saudável, processo de reconhecimento dos limites.⁴⁴

E segue o doutrinador afirmando que,

Dessarte, quanto maior for o narcisismo penal, maior deve ser nossa preocupação com o instrumento-processo. Se o Direito Penal falha em virtude da panpenalização, cumpre ao processo penal o filtro, evitando o (ab)uso do poder de perseguir e penar. O processo passa a ser freio ao desmedido uso do poder. É a última instância de garantia frente à violação dos Princípios de Intervenção Mínima e da Fragmentariedade do Direito Penal.⁴⁵

Portanto, a utilização mínima do direito penal, atingida, entre várias formas, pela aplicação do princípio da subsidiariedade, privilegiará a liberdade individual – preceito fundamental do Estado Democrático de Direito - pela redução do aparato repressista estatal em matéria penal punitiva, em evidente evolução para um Estado Social Máximo e penalmente mínimo.

⁴³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal**. vol. 1, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 11-12.

⁴⁴ CARVALHO, Salo de. **A ferida narcísica do direito penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea)**. In GAUER, Ruth M. Chittó. **A qualidade do tempo: para além das aparências históricas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 207.

⁴⁵ LOPES JUNIOR, op. cit., p. 19.

2.1.2 O intervencionismo mínimo como condição de possibilidade de um direito penal de *ultima ratio*

O paradigma do direito penal mínimo tem o condão de negar a legitimação do sistema penal contemporâneo, propondo, por conseguinte, a utilização daquele como de forma mínima, a fim de torná-lo um mal necessário menor.

Nesse diapasão, Ferrajoli exsurge como um teórico capaz de apontar as bases para um direito penal mínimo, a partir de um novo modelo de sociedade, de forma a atingir longo alcance – visão prospectiva.

Para o supracitado autor,

[...] é necessário distinguir entre os fins programáticos e a função real atual da pena. Enquanto as funções reais verificam-se empiricamente, os fins programáticos devem ser debatidos no plano axiológico e não podem ser deslegitimados com dados empíricos.⁴⁶

Portanto, a legitimação do direito penal é galgada na sua própria impossibilidade – paradoxo. Assim sendo, apresenta-se a intervenção mínima como condição de possibilidade de limitação da vingança.

Para Ferrajoli, “[...] mesmo em uma sociedade mais democratizada e igualitária, seria necessário um direito penal mínimo como único meio de serem evitados danos maiores (a vingança ilimitada).”⁴⁷

Dito de outra forma impende ao direito penal mínimo reduzir – minimizar – a reação violenta exercida em relação ao delito. Daí sua instrumentalidade como impeditivo da vingança.

E é justamente acerca da falácia da ressocialização – que, na verdade, tem como escopo macular a investida estatal/reação violenta à prática delituosa, que resta fundada a crítica acerca da ressocialização como mecanismo ideológico.

Consoante já referido, a intervenção penal em um Estado Democrático de Direito

⁴⁶FERRAJOLI, Luigi. El derecho penal mínimo. **Revista Poder y Control**, n. 0, Barcelona, 1986. p. 24.

⁴⁷Ibid., loc. cit.

deve ser subsidiária, qual seja, o direito penal somente deve ser utilizado observando-se a necessidade, qual seja, somente se não for possível a intervenção de outro ramo do ordenamento jurídico.

Nas palavras de Nelson Hungria,

Somente quando a sanção civil se apresenta ineficaz para a reintegração da ordem jurídica, é que surge a necessidade da enérgica sanção penal. O legislador não obedece a outra orientação. As sanções penais são o último recurso para conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado. Se um fato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, pode ser convenientemente reprimido com sanções civis, não há motivo para a reação penal⁴⁸.

Dessa maneira, o direito penal mínimo – caráter subsidiário – importa na observância do respeito a dignidade da pessoa humana, eis que cumpre com o princípio da liberdade, arraigado a construção Iluminista.

Portanto, uma vez que a tutela de bens jurídicos deve guardar correspondência com a Constituição, não raras vezes os crimes de perigo abstrato importam em violação daquela, como é o caso, hodiernamente, do crime de embriaguez ao volante. Isto porque, até a alteração legislativa do ano de 2008 (Lei nº 11.705/08) o crime de embriaguez ao volante era facilmente classificado como sendo um crime de perigo concreto. Contudo, com a alteração legislativa, houve o retrocesso legislativo e, atualmente, o crime de embriaguez ao volante corresponde a um crime de perigo abstrato, situação esta que não deve persistir, eis que a concretude de um perigo pode ser apurada no caso concreto⁴⁹.

⁴⁸ HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. 4 ed. ver. e atual. por Heleno Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1978. vol. VII. p. 178.

⁴⁹ Neste sentido foi o parecer do Dr. Lênio Luiz Streck nos autos da apelação nº 70001098631, julgada no dia 28.06.2000, pela Quinta Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, tendo como relator o Des. Amilton Bueno de Carvalho. Nas palavras de Lênio Streck, (...) Não fosse isso suficiente, ainda assim o apelo mereceria provimento, em razão do princípio da secularização do direito, próprio do Estado Democrático de Direito. Com efeito, no Estado Democrático de Direito não se pode admitir a punição de condutas ou comportamentos que abstratamente possam colocar em risco a sociedade. O direito penal somente pode estar voltado à punição de condutas que violem concretamente bens jurídicos especificados. Afinal, não há crime sem vítima. E não se diga que, no caso, a vítima é a sociedade. Ora, ‘a sociedade’ nada mais é do que um conceito metafísico. Assim, somente pode haver crime se, no caso concreto, ficar provado que houve risco, para um determinado bem jurídico. O resto é – respeitando opiniões em contrário – resquícios de um direito não secularizado!’.

2.2 O DIREITO PENAL E A TEORIZAÇÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO

A noção de bem jurídico ganha relevância a partir do iluminismo, movimento este responsável pela dissociação entre direito e religião. A partir de então, a prática delituosa passou a ser considerada uma violação ao pacto social, correspondendo àquela a aplicação de uma pena como forma de prevenção ao cometimento do delito.

Em contrapartida a noção de bem jurídico, como protetor de direitos subjetivos, exsurge a concepção materialista de bem jurídico, fundada esta no ideal de que bem jurídico passível de tutela deva corresponder a um bem que tenha existência vinculada não exclusivamente ao mundo do ser, mas também, a realidade, podendo ele ser de índole individual ou coletiva.

A relevância do teorizar do bem jurídico assume, diuturnamente, importante feição, em especial, no que tange ao seu aspecto coletivo, entendido este como aquele bem que deva ser de utilização (possibilidade de utilização, fruição, gozo) de toda a coletividade. Por esta linha de pensamento, o bem jurídico coletivo deve ser dotado de autonomia em relação aos bens jurídicos individuais. E é justamente no aspecto da coletividade que permeiam os questionamentos acerca da função do direito penal para as gerações futuras. Em linhas gerais, e sem o escopo de aprofundar a temática, é justamente nos riscos coletivos que se encontram as maiores dificuldades e ameaças das gerações vindouras. Para tanto, entende-se que também as respostas devam vir a partir de um espectro coletivo, importando, contudo, para alguns teóricos, na utilização de um direito penal que puna comportamentos (puras relações da vida).

Por seu turno, é a partir da noção do conservadorismo social que novos conceitos de bem jurídico são construídos, galgado este na pretensão de crescimento econômico da Alemanha pós-guerra.

Com este ideário, o Estado, dotado de soberania, exige obediência ao seu regramento, fundado no “direito de mandar”. Em virtude disso, o direito penal passou a ser o meio para o atingimento de uma sociedade pacífica e propensa a se desenvolver economicamente. Tem-se assim a concepção de Binding para a noção de bem jurídico, para o qual era mera criação legislativa.

Neste ínterim, a definição de bem jurídico⁵⁰ apresenta-se decisiva para fins de estabelecer e preservar a função crítica da incriminação – direito penal liberal e democrático.

Por outro lado, Von Liszt, entendeu o bem jurídico como sendo uma continuação da realidade social, qual seja, o bem jurídico não é criado a partir da legislação, mas é esta que encontra no mundo dos fatos a relevância capaz de tornar um valor passível de tutela jurídico-penal.

A partir da Constituição de Weimar, os ideais iluministas são retomados na Alemanha, oportunidade em que o bem jurídico é elevado ao status de valor cultural abstrato.

A idéia de bem jurídico encontrou, também, no direito penal soviético suas marcas. Para este modelo, o direito penal foi utilizado como repressor e garantidor do caráter revolucionário da então existente União Soviética, sendo que os principais bens jurídicos tutelados eram o próprio Estado soviético e sua produção comunista.

Em momento posterior Hans Welzel tratou o bem jurídico como sendo influenciado e influenciador da realidade social.

A partir da idéia de Roxin, a intervenção jurídico-penal só deve subsistir se importar na concretização do fim social do direito penal, compreendido neste, a garantia de uma existência pacífica, livre e socialmente segura entre os indivíduos de uma sociedade. Contudo,

⁵⁰ Não são poucas as teorias que buscam enfrentar a temática “bem jurídico” tomada a partir da idéia de bem jurídico coletivo, tais como a concepção administrativa do bem jurídico coletivo – para a qual deve ser tutelado todo o desvalor da ação que incorra na violação do dever de conformidade com injunções pré-estabelecidas -; concepção exasperadamente antropocêntrica (monista-pessoal), para a qual somente é bem jurídico o que importe em violação de interesses reais e tangíveis – atuais do indivíduo, bem como a concepção antropocêntrica moderada, para a qual bem jurídico coletivo são aqueles dotados de um caráter individual. A limitação do direito penal por meio do teorizar do bem jurídico coletivo foi objeto de estudo do prof. Figueiredo Dias. Segundo o referido autor, “[...] o que parece haver de injustificável nesta limitação (e pode vir a afectar a efectividade de uma tutela penal das gerações futuras) é que, com ela, continuam a considerar-se os bens jurídicos colectivos como puros ‘derivados’ de bens jurídicos individuais; e deste modo, a perspectivar a protecção penal colectiva como tutela antecipada de bens jurídicos individuais, em particular os da vida, da saúde e do património de pessoas singulares e concretas. Com esta formulação uma tal tese parece incompatível com o reconhecimento de verdadeiros bens jurídicos colectivos. Estes devem ser antes aceites, sem tergiversações, como autênticos bens jurídicos universais, transpessoais ou supra-individuais. Que também esta categoria de bens jurídicos possa reconduzir-se, em último termo, a interesses legítimos da pessoa, eis o que não será lícito contestar. O carácter supra-individual do bem jurídico não exclui decerto a existência de interesses individuais que com ele convergem: se todos os membros da comunidade se vêem prejudicados por condutas potencialmente destruidoras da vida, cada um deles não deixa individualmente de sê-lo também e de ter um interesse legítimo na preservação das condições vitais. Mas se, por exemplo, uma descarga de petróleo no mar provoca a morte de milhares de aves marinhas e leva inclusivamente à extinção de alguma espécie rara, também aí pode verificar-se a lesão de um bem jurídico colectivo merecedor e carente de tutela penal, ainda que tais aves sejam absolutamente insusceptíveis de utilização por parte do homem. Não parece possível descortinar aqui, ao menos em via de princípio, ofensa de um qualquer bem jurídico individual, possibilidade de referência a ele ou cadeia dedutiva que a ele conduza. E todavia, as aves referidas, se bem que não ‘utilizáveis’ por quem quer que seja, já nascido ou ainda não nascido, constituem um património de todos. Se a não protegermos as gerações futuras não terão a possibilidade de as apreciar, apesar de que nós tenhamos podido fazê-lo.

assevera o autor, “*sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos*”.⁵¹

Na verdade, a idéia de bem jurídico como (de) limitador da intervenção estatal – leia-se penal – remonta a concepção ideológica do contrato social, onde

[...] os cidadãos, como possuidores do poder estatal, transferem ao legislador somente as atribuições de intervenção jurídico-penal que sejam necessários para o logro de uma vida em comunidade livre e pacífica, e eles fazem isto somente na medida em que este objetivo não se possa alcançar por outros meios mais leves.⁵²

Daí a necessidade de equilibrar a proteção, por meio da intervenção estatal, com a liberdade individual.

Por tudo, para Roxin, a idéia de intervenção jurídico-penal em um Estado Democrático de Direito deve pautar-se na coexistência livre e pacífica, bem como na observância dos Direitos Humanos, razão pela qual, para o referido autor, o bem jurídico compreenderá não somente os bens materiais, mas também os imateriais; e, ainda, não terá o cunho estritamente individual, mas também geral (universalidade).

Faz-se necessário ter presente ainda, que para o supracitado autor, a idéia de bem jurídico deve pautar-se, entre outros, na impossibilidade do atuar interventivo-penal galgado, exclusivamente, nos aspectos ideológicos, bem como na impossibilidade de criminalizar/punir meros atentados contra a moral. Da mesma forma, “*as regulações de tabus tampouco são bens jurídicos, e por isso não devem ser protegidas através do Direito Penal*”.⁵³

Todavia, conforme já referido, a noção de bem jurídico não se apresenta de maneira uníssona, variando de acordo com o pensamento dos mais variados autores.

Por seu turno, o teorizar acerca do bem jurídico – compreendido este como limitador do atuar penal – sofreu críticas por teóricos alemães, em especial Hirsch, Stratenwerth e Jakobs.

Para o primeiro teórico, não existe conceituação de bem jurídico predeterminado ao legislador, não o sendo idôneo para limitar o atuar penal; Stratenwerth também aponta a impossibilidade de definir bem jurídico, sustentando que a elaboração de um tipo penal é

⁵¹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Org.: CALLEGARI, André Luis e GIACOMOLLI, Nereu José. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p 16-17.

⁵² Ibid., op. cit., p. 17.

⁵³ Ibid., op. cit., p. 24

fundada na inconveniência do comportamento e não na proteção de bem jurídico algum. Por fim, sustenta Jakobs ser função do direito penal a confirmação da vigência da norma e não a proteção de bem jurídico.

Por outro lado, a defesa da proteção de bens jurídicos como limitador do Direito Penal encontrou em Hassemer sua legitimação.

Segundo o referido autor,

[...] A proibição de um comportamento sob ameaça punitiva que não pode apoiar-se num bem jurídico seria um terror estatal [...] A intervenção na liberdade de atuação não teria algo que a legitime, algo desde o qual pudesse surgir seu sentido.⁵⁴

Por fim, sustenta Schünemann que a teoria do bem jurídico não só deve ser mantida como também desenvolvida. Nesse diapasão, apresenta-se, mais uma vez, o direito penal/sistema penal tem sua aplicação de forma exagerada, eis que há outros meios que produzem os mesmos efeitos ou melhores que aquele.

Para Luiz Regis Prado,

[...] a concretização do bem jurídico como um juízo de valor do ordenamento positivo deve levar em conta as condições seguintes: 1) que o legislador não é livre em sua decisão de elevar à categoria de bem jurídico qualquer juízo de valor, estando vinculado às metas e para o direito penal são deduzidas da Constituição. 2) que com o anterior somente se assinalou o ponto de vista valorativo para se determinar o conteúdo material do bem jurídico, ficando ainda para ser desenvolvidos as condições e funções a que se baseia esta sociedade dentro do marco constitucional. 3) que é um tipo penal seja portador de um bem jurídico claramente definido não significa já sua legitimação; é necessário, ainda, que só seja protegido, diante de ações que possam realmente lesioná-lo ou colocá-lo em perigo.⁵⁵

Em que pese esta constatação, no período contemporâneo foram (re)descobertas outras formas de sancionar, que não as do sistema penal. Estas surgem com o modelo do Estado Liberal, são elas as redes administrativa, civil e de mediação.

Assim, a fim de efetivar o sistema de garantias, referente ao processo penal do Estado Democrático de Direito faz-se necessário a prática de comunicação entre as diferentes redes,

⁵⁴ HASSEMER apud ROXIN, op. cit. p. 15.

⁵⁵ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3 ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.64-65

tendo como ponto de partida a reflexão da funcionalidade das mesmas.

Então, quanto a aplicação do direito penal como *ultima ratio*, deve-se considerar a interligação das redes sancionatórias,⁵⁶ eis que cada uma possui sua dinâmica de aplicabilidade e eficácia/eficiência.

Todavia, as diversas redes encontram-se isoladas no ordenamento jurídico e por este motivo a sua utilização é cumulada e preterida com a rede penal, o que decorre a falta de comunicação entre elas, eis que formam desenvolvidas para funcionar isoladamente, e, eventualmente, de forma cumulativa (cumulação da rede administrativa e civil), infringindo, como corolário lógico, princípios constitucionais, dentre eles o da subsidiariedade.

Assim, como a finalidade do Estado Democrático de Direito é garantir a paz social, este deve, quando necessário, punir o indivíduo que a perturba praticando um determinado ato, com uma sanção proporcional, utilizando-se do direito penal, apenas após esgotados os demais meios de punição utilizados de forma subsidiária.

Em que pese toda a (in) evolução da conceituação de bem jurídico, há que se ter presente que, hodiernamente, o bem jurídico deve ser compreendido a partir do garantismo penal, qual seja, da observância aos limites constitucionais impostos.

Dessa forma,

As constituições, portanto, não apenas são o repositório principal dos bens passíveis de criminalização, mas também contêm princípios relevantíssimos que modelam a vida da comunidade e que, para usar a linguagem dos constitucionalistas, constituem cláusulas pétreas, embaadoras do sistema constitucional, insuscetíveis de serem revistas. E a presença destas cláusulas e dos direitos que elas consagram e delas derivam marcam limites que o legislador ordinário, principalmente em matéria penal, não pode transpor. A criminalização há de fazer-se tendo por fonte principal os bens constitucionais, ou seja, aqueles que, passados pela filtragem valorativa do legislador constitucional, são postos como base e estrutura jurídica da comunidade. E, embora o legislador criminal possa tutelar com suas sanções bens não previstos constitucionalmente, só o pode fazer desde que não viole os princípios básicos da constituição.⁵⁷

⁵⁶ Dessa forma, explicar-se-á rapidamente o que se tem como rede administrativa, civil e de mediação: a) Rede administrativa – esta diferencia-se da penal, principalmente, na existência de uma correlação implícita, entre o grau de rigor e de elaboração das regras do processo. O rigor de uma sanção administrativa, não raramente, é igual ou superior ao da sanção penal. Assim, quando se refere às sanções patrimoniais, são proporcionais à prática delituosa, alcançando valores elevados à título de punição e quando são extrapatrimoniais, equivalem as da rede penal, como, por exemplo, as interdições profissionais, perda ou suspensão da habilitação, fechamento de estabelecimentos; b) Rede civil – esta é natureza individualista e compreende uma função de restituidora; c) Rede de mediação – também definida como a intervenção que tem por fim fazer as pessoas/partes acordarem, conciliarem-se ou reconciliarem-se, pressupondo-se, sempre, a participação de um terceiro às partes. Esta rede é considerada a mais flexível, obrigando a participação de todas as partes envolvidas (vítimas e delinqüentes).

⁵⁷ LUISI, Luiz. Bens Constitucionais e Criminalização. In: Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Brasília, n 4, 1998. P. 105 -106.

Portanto, o poder coercitivo estatal deve ser reduzido ao estritamente indispensável, eis que a política penal em um Estado Democrático de Direito deve ser pautada na liberdade individual e, consabidamente, na concretização dos direitos humanos, o que não é alcançada por meio de um atuar penal ilimitado. Em razão disso, o objeto de proteção penal deve ser correta e estritamente individualizado.

Nas palavras de André Copetti,

Tendo em consideração a nova conjuntura garantista contida em nossa Constituição Federal de 1988, bem como a necessária relação que se estabelece entre as noções de sociedade, bem jurídico e função da pena, surge o problema de rever-se todos os critérios que devem ser considerados para a seleção de bens e valores fundamentais para a sociedade, o que irá surtir reflexos imediatos no âmbito penal. Sendo a pena uma consequência da valoração dos bens mais relevantes a serem protegidos penalmente, temos que, para efeitos de determinação da intervenção estatal penal, somente os bens jurídicos de máxima relevância e importância devem ser objeto de atenção do legislador penal.⁵⁸

Nesse diapasão, evidencia-se que a concepção de bem jurídico, em um Estado Democrático de Direito, deve estar contextualizada de maneira a reduzir a atividade legislativa criminalizadora, alocando-se, assim, o indivíduo (pessoa) como preponderante no plano jurídico – constitucional.

A proteção de bens jurídicos deve estar norteada em princípios fundamentais esculpidos na Constituição Federal, dentre os quais o princípio da culpabilidade, da dignidade da pessoa humana, e da intervenção mínima. Por meio do princípio da culpabilidade, tem-se a preocupação com a justiça material de maneira a pautar o direito penal a partir do fato ou da culpa (responsabilidade penal subjetiva), de maneira a vedar a responsabilização pelo simples resultado.

É pressuposto da formação do Estado a existência de um poder punitivo, como forma de manutenção da organização e funcionamento do Estado. Na verdade, este poder punitivo, a partir da noção de bem jurídico, passou a ser pautado na dignidade da pessoa humana.

Conforme Leonardo Luiz de Figueiredo Costa,

⁵⁸ LUISI, op. cit. p. 100

[...] na medida em que o poder estatal não se vê mais centrado em si mesmo ou na existência de seres divinos que lhe justifiquem ou fundamentem, passa a pessoa humana a ser a razão de toda a estrutura estatal, com suas necessidades e desejos individuais ou coletivos.⁵⁹

E é justamente nessa perspectiva de ênfase à dignidade da pessoa humana que a liberdade ganha status de direito fundamental diante do atuar punitivo Estatal. Nesse prisma, evidencia-se um paradoxo, pois é justamente como o exercício inconciliável da liberdade que o direito penal acaba por ser utilizado, restringindo, dessa forma, a liberdade individual.

A observância/ respeito ao supracitado fundamento da República Federativa do Brasil assenta o respeito a um princípio material de justiça social, pois se o direito não objetiva pautar-se, unicamente na força (no terror), é imprescindível que respeite a condição humana da pessoa, regido este por critérios de sentido. Isto porque, em virtude da positividade o direito já caracteriza-se pela obrigatoriedade, mas, se a dignidade da pessoa humana for violada o direito acaba por tornar-se injusto, hipótese em que será negada a obrigatoriedade do direito.

Nas palavras de Regis Prado,

[...] essa orientação político-criminal encontra supedâneo no texto constitucional em vigor e na própria definição de Estado meio epigrafada. Já em seu Preâmbulo, a Carta Brasileira de 1988 enuncia as bases de um Estado de Direito democrático – de forte matiz social – “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”. Em seguida, aduz ela os fundamentos (a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa – art. 1º da CF) e os objetivos (art. 3º da CF) desse Estado, bem como os direitos individuais e coletivos (art. 5º da CF).⁶⁰

Dessa forma, toda e qualquer norma infraconstitucional deve observância ao aspecto axiológico contido na Constituição Federal, sendo esta o valor fundante para interpretação de todo o ordenamento jurídico, razão pela qual é logicamente proibida qualquer construção interpretativa que seja, de maneira direta ou indireta, contrária à aquela. Tal assertiva é colorário da máxima de que é o Estado que existe para o indivíduo e não o contrário. Por esta razão o Estado deve ser compreendido como garantidor da dignidade da pessoa, sendo,

⁵⁹ COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. **Limites constitucionais do direito penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 33.

⁶⁰ PRADO, op. cit., p. 85.

portanto, meio e não fim.

Por seu turno, o princípio da intervenção mínima impõem que o direito penal somente atue para tutelar bens jurídicos imprescindíveis a co-existência pacífica dos homens, de maneira a representar a *ultima ratio*. Em virtude disso, nem todo o bem jurídico merece proteção penal, ou seja, nem todo o bem jurídico deverá tornar-se um bem jurídico penal, pois a noção de Estado democrático de direito impõe a distinção entre valores jurídicos e não jurídicos de maneira a ponderar quais são passíveis de tutela penal no campo social, mas com vista ao indivíduo.

No ordenamento jurídico pátrio, tem o direito penal caráter subsidiário, uma vez que sanciona condutas já reguladas por outros ramos do direito. Uma vez inoperantes outros instrumentos de punição, o Estado utiliza-se do seu meio mais rigoroso de punição, qual seja, o cerceamento da liberdade individual. Nesse diapasão, aufere-se que a limitação da liberdade não é decorrência única e exclusiva da aplicação da pena, mas também, da própria previsão de punição – *in abstracto* – por meio delas.

Para Leonardo Costa,

A liberdade, seja positiva ou negativa, é um bem jurídico essencial para a formação de qualquer ordenamento jurídico civilizado, e a tutela dos direitos individuais frente aos arbítrios estatais é inerente a qualquer formação democrática social. Surge, então, um ponto de tensão entre o objeto do direito penal, as conseqüências de sua aplicação e as limitações que devem ser opostas ao Estado perante o livre atuar dos indivíduos.⁶¹

Tem-se assim, que em um Estado Democrático de Direito deve existir uma ligação umbilical entre o Direito Penal e o Direito Constitucional; contudo, esta ligação não deve estar adstrita a observância da legalidade formal, mas sim, pela concretização da legalidade material, qual seja, a limitação do atuar penal pelos ditames constitucionais, uma vez que é a Constituição Federal a fonte legitimada para a valoração e garantia dos direitos fundamentais. Desse modo, a Constituição Federal apresenta conteúdo limitador do atuar estatal, como forma de serem garantidos os direitos fundamentais do indivíduo, em especial, a sua liberdade, vinculando todos os ramos do direito a esta limitação, e, em especial, o direito penal, uma vez que sua operacionalização importa no atingimento da esfera existencial do indivíduo.

⁶¹ COSTA, op. cit., p. 35

Tendo em vista que o direito penal tem sua razão de existir na tutela de bens jurídicos e, que o Estado Democrático de Direito deve primar pela liberdade do indivíduo, faz-se necessário que aqueles tenham relevância de modo a permitir a intervenção na esfera da liberdade individual. Ou seja,

O confronto do bem jurídico liberdade cerceado pela incriminação do comportamento, exige do legislador ordinário a seleção de bens jurídicos dotados de relevância social, que são extraídos do texto constitucional, em harmonia com o Estado Democrático de Direito, admitindo-se, neste ponto, uma razoável margem de valoração da relevância dos bens pelo legislador, em razão das mudanças temporais, culturais e históricas.⁶²

Assim, apresenta-se a Constituição Federal como limitadora do atuar penal face o caráter fragmentário e subsidiário deste. Em que pese a Constituição apresentar em seu conteúdo elementos que poderiam ensejar a criminalização de condutas – Constituição como fundamento incriminador – é por meio da seletividade empregada pelo legislador, quando da produção legislativa, que se estabelece a necessidade de criminalizar ou não determinadas condutas, em especial, face o dinamismo social.

Neste diapasão, a noção de bem jurídico importa na realização de um juízo de valor acerca de determinada situação ou de um determinado objeto e sua respectiva relevância para o desenvolvimento social. A que se considerar que uma sociedade democrática é a pessoa quem esta elevada a um primeiro plano devendo, portanto, estar acima de qualquer outra realidade, tornando-se, assim, valor absoluto. Dessa forma, a pessoa desfruta de uma importante esfera de autonomia, não devendo ser agredida.

Nesta contextualização, a noção de bem jurídico exsurge a partir de determinados parâmetros de índole constitucional, de modo a restringir a atuação do legislador quando da criação do ilícito penal, razão pela qual sustenta-se que a produção legislativa deve estar vinculada à Constituição Federal, pois é nesta que estão determinados os valores precípuos de um Estado Democrático de Direito. Assim,

O legislador ordinário deve sempre ter em conta as diretrizes contidas na Constituição e os valores nela consagrados para definir os bens jurídicos, em razão do caráter limitativo da tutela penal. Aliás, o próprio conteúdo liberal do conceito de bem jurídico exige que sua proteção seja feita tanto pelo Direito Penal como ante o Direito Penal. Encontram-se, portanto, na norma constitucional, as linhas

⁶² COSTA, op. cit., p. 44.

substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas. O fundamento primeiro da ilicitude material deita, pois, suas raízes no Texto Magno. Só assim a noção de bem jurídico pode desempenhar uma função verdadeiramente restritiva. A conceituação material de bem jurídico implica o reconhecimento de que o legislador eleva à categoria de bem jurídico o que já na realidade social se mostra como um valor. Essa circunstância é intrínseca à norma constitucional, cuja virtude não é outra que a de retratar o que constitui os fundamentos e os valores de uma determinada época. Não cria os valores a que se refere, mas se limita a proclamá-los e dar-lhes um especial tratamento jurídico.⁶³

Enfim, para que isso ocorra, é de fundamental importância a comunicação entre as diferentes redes sancionatórias, sendo a subsidiariedade, indispensável para sua ocorrência.

É cediço que em um Estado Democrático de Direito o ordenamento jurídico deve obediência à principiologia constitucional, em especial no que tange a dignidade da pessoa humana e o direito à liberdade. Dessa maneira, a intervenção na esfera privada das pessoas – em especial o intervencionismo penal – não deve ser realizada de maneira arbitrária, de modo a criminalizar a mera desobediência a um regramento. Nesse diapasão, não deve a intervenção penal ser utilizada como único meio (fundados em falaciosos argumentos de eficácia) “eficaz” para o estabelecimento de mudanças de comportamento, sob a ameaça do apenamento. Ora, consabidamente, a referida intervenção somente deve ser admitida nas hipóteses em que estiver a serviço da tutela de bens jurídicos que guardem relevância para a sociedade.

Consoante assevera Ângelo Roberto Ilha da Silva,

No campo prático, o legislador tem-se utilizado crescentemente da tutela de bens jurídicos mediante incriminação com o modelo de tipos de perigo abstrato. E isso decorre em grande parte da natureza das coisas, porquanto há bens, como o meio ambiente, que parecem inesgotáveis e que hoje são fonte de inquietação, exigindo, em certos casos, uma tutela antecipada⁶⁴.

Nesse diapasão, a antecipação da barreira de proteção do direito penal na tutela ambiental restou galgada no risco de que condutas individualizadas – não necessariamente perigosas - somadas a tantas outras, importariam na criação de um dano de grande monta para a sociedade. No entanto, Winfried Hassemer, apresenta posicionamento contrário a criminalização de condutas que objetivam a tutela do meio ambiente. Para o referido autor, “o direito penal no campo de política ambiental apresenta-se contraproducente, de maneira que não só não atua preventivamente, como também, quando atua dessa forma nada mais

⁶³ PRADO, op. cit., 92-93.

⁶⁴ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 95.

consegue que resultados sofríveis”⁶⁵.

Da mesma forma que o legislador utiliza-se dos conceitos de abstração em matéria penal para tutelar o meio ambiente, também assim o faz, hodiernamente, em relação aos crimes econômicos. Nesse diapasão, os autores que defendem a tutela penal da ordem econômica por meio de crimes de perigo abstrato, entendem que somente esta incriminação é capaz de conter aquelas práticas delituosas. Dessa forma, sustentam que não há violação ao princípio da lesividade, eis que os crimes de perigo abstrato tutelam bens jurídicos, inclusive, constitucionalmente previstos.

Para Prado,

O legislador deve se preocupar em considerar os valores fundamentais, sem desfigurar, através das tipicidades penais o sentido que lhes foi atribuído. Desse modo, impõe-se a elaboração de um conceito material de delito sobretudo a partir dos ditames jurídico-constitucionais, gizada na atividade legislativa penal de individualização dos bens que devem ser protegidos.⁶⁶

O processo de criminalização guarda correspondência direta com o momento histórico que é vivenciado em uma determinada sociedade e em um determinado lapso temporal, sendo que a idoneidade do bem jurídico relaciona-se ou não com o determinado valor social da época. Dessa forma,

O conceito material de bem jurídico reside, então, na realidade ou experiência social, sob a qual incidem juízos de valor, primeiro do constituinte, depois o legislador ordinário. Trata-se de um conceito necessariamente valorado e relativo, isto é, válido para um determinado sistema social e em um dado momento histórico-cultural. Isto porque seus elementos formadores se encontram condicionados por uma gama de circunstâncias variáveis iminentes à própria existência humana. Essa característica – relatividade – baseia-se “no fato de que a variação dos círculos de conduta delitiva deve estar conectada à necessidade de garantia e à representações de valor da sociedade na situações históricas singulares”. Essencialmente, há uma dependência “dos interesses mutáveis diversos e da coletividade e diversos do Estado e da coletividade, pelo que cada sociedade e cada época têm seus especiais objetos de tutela” Ademais, a substancialidade do bem jurídico põe em destaque a necessidade de uma valoração ética.⁶⁷

Com a evolução do Estado liberal para o Estado social houve a ampliação da dimensão da tutela de bens jurídicos, em especial com o estabelecimento de novos deveres,

⁶⁵ HASSEMER, Winfried. **A preservação do ambiente através do direito penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 6, n. 22, p. 27, abr./jun. 1998.

⁶⁶ PRADO, op. cit. P. 95.

⁶⁷ Ibid., p. 98.

bem como, com a salvaguarda de direitos que vão para além da órbita individual, projetando-se para toda a sociedade. São bens jurídicos que se relacionam com o desenvolvimento técnico-científico da sociedade pós industrial, a qual está pautada na criação de novos riscos. Esse novo perfil assumido pela sociedade de risco acabou por gerar a necessidade de intervenção penal, com o escopo de proteger bens jurídicos presentes nas complexas situações de perigo.

Assevera Luis Regis Prado que

Entre os bens jurídicos individuais e metaindividuais há, em sentido material, uma relação de complementaridade (v.g., a saúde pública em relação à individual; o ambiente em relação à qualidade de vida do homem). Naqueles a referência individual privada é indireta; nestes a referência pessoal é indireta, em maior ou em menor grau. São bens universais, da sociedade como um todo, com marco individual mais ou menos acentuado. Aliás, essa diretriz pode ser tida como ancorada no princípio da individualização da lesividade segundo o qual devem ser elevados a categoria de bens jurídicos, tão somente os valores, cuja a violação implica transgressão de um bem relacionado direta ou indiretamente ao indivíduo e a sociedade.⁶⁸

Dessa forma, faz-se necessário traçar a exata delimitação do conteúdo substancial no conceito de bem jurídico coletivo ou difuso, de maneira a individualizá-lo de forma clara e objetiva, sem violar os princípios fundamentais do direito penal, sendo que para fins de proteção penal bens jurídicos coletivos e bens jurídicos difusos se equiparam restando sua diferença pautada em aspectos meramente formais.

Portanto, desde que a infração não represente uma mera desobediência, admitir-se-ia o intervencionismo penal por meio da conceituação e caracterização de crimes de perigo abstrato, uma vez que, estariam tutelando bens jurídicos.

⁶⁸ PRADO, op. cit., p. 107-108.

2.2.1 O bem jurídico e a sociedade de risco

O direito penal nas sociedades de risco tem como missão a proteção genérica guardando correspondência com a proteção de bens jurídicos esta referida missão protetiva pode ser explicada, não com o condão de esgotar a matéria, por meio de três grupos de teorias, a saber: o trabalho desenvolvido por Hans Welzel, segundo o qual é missão do direito penal a proteção de valores elementares para a vida em comunidade; já para Günther Jakobs é missão do direito penal a manutenção da identidade social, o que é feito por meio da norma vigente, por fim, a posição majoritária defende que a missão do direito penal está pautada na proteção de bens jurídicos diante de uma lesão ou perigo de lesão.

Na concepção de Welzel para além da proteção de bens jurídicos o direito penal exerce uma função ético-social de maneira que a este ramo do direito corresponde a proteção de valores de atitudes internas.

A título exemplificativo o Welzel afirma que

[...] um dos valores humanos mais elementares é o trabalho. Sua significação pode ser verificada por um lado, a partir do produto material que gera: a obra (valor do resultado ou material de trabalho). Por outro lado, o trabalho possui – independentemente se a obra se conclui ou não – uma significação positiva na existência humana. Trabalho como tal no ritmo de atividade e inatividade, da plenitude à vida humana; certamente, só como atividade plena de sentido, isto é, dirigida a uma obra positiva. Esse sentido subsiste ainda quando a obra não se acabe (o valor da ação de trabalhar). O mesmo vale para o negativo: o desvalor da ação pode basear-se no fato de que o resultado que ocasiona seja valorativamente reprovável (desvalor do resultado da ação). Contudo, uma ação dirigida a um resultado reprovado, também é valorativamente reprovável, independentemente de se alcançar o resultado (desvalor do ato da ação), por exemplo, a atitude do ladrão que introduz a mão em um bolso vazio.⁶⁹

Portanto, o direito penal para Welzel privilegia o coletivo em detrimento ao individual, sendo que para ele há muita importância no desvalor de uma conduta que se dirige a lesão de um bem jurídico ou na exposição deste perigo. Ou seja, a finalidade do direito penal é evitar resultados desvaliosos. Dessa maneira, conclui-se que o referido autor admitia

⁶⁹ WELZEN, Hans, *apud*, AMARAL, Claudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão so direito penal e política criminal na sociedade de risco.** São Paulo: IBCCRIM, 2007, monografia 44. p. 159.

que os sujeitos pudessem ter posturas iguais, o que se torna insustentável diante da sociedade de risco.

Para Jakobs a missão do direito penal guarda estreita relação com a função da pena de maneira que é função desta a prevenção geral positiva deslocando, por conseguinte, a função do direito penal enquanto protetor de bens jurídicos para a necessidade de confirmação de expectativas sociais, desenvolvendo um conceito funcional de culpabilidade, atribuindo-lhe aspecto preventivo geral. Dessa forma pondera Jakobs que

A culpabilidade é a afirmação (comunicação, portanto) de que o agente precisa sofrer um duro processo de comunicação, qual seja, a pena com o fim de reparar a quebra de confiança no ordenamento jurídico – penal, verdadeiro objeto de proteção do direito penal.⁷⁰

Hodiernamente, o conceito de bem jurídico é insuficiente para estabelecer conteúdo de proteção jurídico-penal; a começar, a sociedade de risco preocupa-se de maneira muito significativa com o desvalor da ação, faz-se o temor em relação a causação de um perigo, sendo esta razão pela qual há um exacerbado número de tipos penais voltadas a evitar a ocorrência de danos; por fim, a que se considerar ainda que a sociedade de risco também é marcada pelo aumento considerável das interconexões causais na contextualização de ações de caráter coletivo.

A luz da correspondência entre a missão do direito penal e a sociedade de risco ao pensamento defendido por Hassemer, Muñoz Conde e Toledo, entre outros de que a missão do direito penal é exclusivamente a proteção de bens jurídicos, exteriorizada por meio do critério de justiça utilizado pela política criminal quando da escolha do bem a ser tutelado penalmente, ainda, a teoria do bem jurídico vincula o legislador quando da formulação da lei, bem como, por meio do princípio da legalidade e anterioridade da lei penal determina critérios explícitos para a aplicação da pena, correspondendo portanto, a noção de bem jurídico como função precípua do direito penal instrumento de limitação e legitimação do intervencionismo penal.

Por tudo, tem-se que o bem jurídico é um elemento/conceito de suma importância para a definição dos contornos da missão do direito penal, sendo que, contudo, a função do direito penal exclusivamente como protetor de bens jurídicos devem ser admitida com

⁷⁰ JAKOBS, Günther. **Problemas capitales del derecho penal moderno**; el sistema de imputación jurídicopenal. Buenos Aires: Hammurabi, 1998, p. 54-55.

ressalvas frente a sociedade de risco a qual vivemos. A começar porque o direito penal a não definir com precisão o que seja bem jurídico acaba, por vezes, autorizando uma temerária expansão em matéria punitiva, de maneira que não há unanimidade em estabelecer se somente os bens jurídicos individuais merecem tutela, ou se esta também merece ser estendida aos bens jurídicos coletivos, a par disso, a doutrina que trata de bem jurídico não apresenta clareza ao definir quem é o favorecido da função protetora, qual seja, se é o indivíduo ou se é o Estado, de maneira que não há determinação quanto ao que seja bem protegido na seara pública ou individual.

A partir dos elementos supracitados tem-se que a teoria do bem jurídico, por vezes, apresenta-se insuficiente na determinação de uma sociedade de risco, pois o conceito de bem jurídico não permite a compreensão a luz de aspectos sociológicos, pois a teoria do bem jurídico satisfatória deve caracterizar-se pela instrumentalidade metajurídica, sendo que, “há que se reconhecer, sem grande dificuldade, que a concepção do bem jurídico sem um referencial social torna esse conceito vazio e susceptível ao manuseio político, quando não, arbitrário.”⁷¹

Portanto, a doutrina do bem jurídico não é capaz de determinar quais os bens jurídicos que são dotados de significação social. Na sociedade de risco com frequência há o sacrifício de bens de maneira a possibilitar um contato social sem que, contudo haja a possibilidade de dedução dos bens que se inserem no referido contato e quais os riscos contidos no mesmo, de maneira que só há que se falar de bem jurídico quando estes desempenharem alguma função na vida social. Por esta razão, a norma não alcança a proteção de todos os riscos, mas, tão somente em relação aqueles que não sejam desdobramentos sequenciais de um contato social permitido. Para isso, a definição de risco permitido é decisiva, pois além de remeter à teoria da imputação objetiva, também eleva o direito penal a manter identidade social.

Na sociedade de risco há a potencialização dos bens jurídicos coletivos, exigindo a proteção de bens supra-individuais, o que se faz com a utilização crescente dos crimes de perigo, de forma que

[...] chega-se à determinação positiva ou negativa de condutas penais que representam materialmente apenas uma bem prematura condição de perigo, se não a mera possibilidade de perigo, pois o ideal de proteção ótima do bem jurídico

⁷¹ AMARAL, op. cit., p. 171.

permite uma funcionalização conforme soluções que servem ao campo científico, mas não ao campo jurídico-penal. Este deve respeitar o seu respectivo referencial político, consubstanciado no Estado Democrático de Direito orientado pelo princípio da dignidade da pessoa.⁷²

E é por meio da própria dignidade da pessoa que se fundamentam o intervencionismo penal em relação aos bens jurídicos coletivos, uma vez que estes correspondem a interesses vitais do homem, sendo que

Por exemplo, protege-se o meio ambiente ou o tráfico viário apenas porque este é necessário e vital à vida e à saúde do homem, isto é, são bens reconduzíveis a uma dimensão antropocêntrica. Tal legitimação implicaria também o reconhecimento de uma necessidade de proteção de tais bens jurídicos *pro totum*. Contudo, se ignoraria que tal legitimação implicaria o desnecessário adiantamento da função protetiva (em termos gerais) do direito penal, além de olvidar que a ciência ainda não conseguiu revelar a maioria das relações causa/efeito entre tais riscos (sobre os bens jurídicos coletivos) e os danos que se dão nos bens jurídicos individuais.⁷³

A problemática daí extraída é que em nome da proteção de bens jurídicos coletivos permite-se (legitima-se) a sanção a mínima lesão daquele bem jurídico, o que importa na violação do princípio da fragmentariedade, bem como na autorização de punição de alguém por um fato cometido por um terceiro.

Nota-se, no entanto, que o Estado Democrático de Direito, conforme já referido pautado na dignidade da pessoa humana deve assegurar que determinadas liberdades dos sujeitos sejam respeitadas frente a atuação do bem público, inserindo-se nestas liberdades a personalidade e a intimidade do sujeito. Por sua vez, a sociedade de risco exterioriza a tendência do Estado no sentido de tentar controlar os membros da sociedade, legitimando a sua ampliação de controle no discurso de garantia de uma existência melhor àqueles. Contudo, esse discurso de incremento na qualidade de vida do sujeito paradoxalmente importa em redução das liberdades destes, eis que há o aumento da atividade repressiva do Estado. Neste diapasão a missão reducionista do direito penal enquanto protetor de bens jurídicos contribui para a exacerbação do controle penal, pois consoante já afirmado, não há conceituação precisa do que se possa ou não elevar a status de bem jurídico penalmente relevante.

Tal assertiva resta endossada por Amaral, segundo o qual

⁷² AMARAL, op. cit., p. 173.

⁷³ Ibid, p.174.

Tanto assim, que em nome de uma mais efetiva proteção dos bens jurídicos o Estado tem logrado cada vez mais interferir na esfera íntima dos cidadãos (que Jakobs chama de “esfera civil interna”) através de uma crescente antecipação do momento punitivo do direito penal, o que tem se revelado em diversas categorias penais, como, por exemplo, a tentativa os crimes de perigo, etc. Toda vez que o Estado não reconhece esta esfera íntima, retira do indivíduo o status de cidadão.⁷⁴

Hodiernamente, a antecipação crescente encontra-se favorecida no discurso do fator tempo e do risco contido na sociedade, pois propaga-se um estado subjetivo de insegurança pública, situação que legitima a aceitação do crescimento na antecipação da punibilidade, sob o manto da integral proteção de bens jurídicos.

2.2.2 O bem jurídico tutelado nos crimes de perigo

É no campo dos crimes de perigo que se assenta de maneira explícita os casos de antecipação da punibilidade, de maneira que também se apresenta a insuficiência da exclusiva missão do direito penal enquanto ramo protetor de bens jurídicos. A punibilidade apresenta-se assim antecipada independentemente da lesão de bens, pois os crimes de perigo protegem, tão somente, condições de existência e não o bem jurídico. Dessa maneira, ao tutelar o tráfego viário e, por conseguinte ao criminalizar a conduta de dirigir embriagado está-se a proteger por via indireta a vida e a integridade física dos usuários da via pública.

Nas palavras de Amaral,

Para entender o motivo dessa antecipação de punibilidade, é preciso dizer de outra forma o que já foi até aqui afirmado: uma vez bem caracterizado o reconhecimento de uma esfera íntima ou privada inviolável, é preciso atribuir ao cidadão a condição de pessoa (e de um sujeito), pois a condição de pessoa implica o reconhecimento de responsabilidades, isto é, de capacidade de alto governo.⁷⁵

⁷⁴ AMARAL, op. cit., p. 181.

⁷⁵ Ibid., p. 187.

Ocorre que em inúmeros casos a capacidade de auto governar-se não é capaz de traduzir o ideal de uma sociedade pacífica, pois a auto governabilidade orienta-se a partir de critérios individuais, sendo que, por inúmeras vezes, não há a consideração da pluralidade de auto governabilidade de outros sujeitos. Em virtude disso, o indivíduo é submetido a seguir padrões comportamentais. Dessa maneira, o crime de perigo resta alicerçado na necessidade de fixação e aceitação de um comportamento padrão fixado pela norma, sendo que, a violação/desvio desse comportamento ensejará a punição.

A opção legislativa quanto a criminalização de condutas de perigo está pautada na política criminal que sustentam o modelo intervencionista estatal em matéria penal, o que enseja, por consequência o alargamento do campo de proteção dos bens jurídicos. Tal opção legislativa acaba por determinar uma expansão do direito penal e a restrição de direitos fundamentais constitucionalmente previstos, entre os quais a liberdade e a dignidade da pessoa humana, entendida esta como fundamento da República Federativa do Brasil.

A tutela do perigo em matéria criminal resta contextualizada na atual sociedade de risco na qual estamos inseridos, sendo que, por certo, este modelo de sociedade acaba por interferir na política criminal a ser adotada por determinado Estado. Em virtude disso, nas palavras de Elisangela Melo Reghelin “[...] nasce a intensificação na criminalização de figuras de perigo abstrato que prometem ser um bálsamo. Entretanto, nesse abuso, os delitos de perigo rompem a relação necessária entre a conduta incriminada e o bem jurídico ofendido.”

76

Por seu turno, a que se considerar que qualquer política criminal resta galgada no aspecto teleológico de redução ou quiçá no desaparecimento da criminalidade. Contudo, assevera-se a finalidade a ser atingida por uma determinada política criminal tem o dever de pressupor a realidade que cerca a criminalidade, devendo considerar que existem outras instâncias que devem agir para controlar a criminalidade. Neste diapasão, tem-se que quando a expansão do direito penal (criminalização do perigo) há o aumento, na verdade, do campo da punibilidade, o que não necessariamente corresponde à prevenção. Nas palavras de Elisangela Melo Reghelin “*a utilização dos crimes de perigo serve como antecipação de bem jurídicos, mas não significa prevenção criminal*”.⁷⁷

Na verdade, a proteção de um bem jurídico perpassa por seu ingresso na categoria de

⁷⁶ REGHELIN, Elisangela Melo. **O “novo e multifacetado” artigo 306 o Código de Trânsito Brasileiro e os crimes de perigo**. In.: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. **Reformas do Código de Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 30.

⁷⁷ Ibid., p. 30.

bem jurídico penal; com isso, tem-se q legitimidade jurídico-penal de maneira a ser construída a dogmática que irá determinar os elementos caracterizadores da definição da conduta proibida.

Para José Francisco de Faria Costa

É indiscutível, por conseqüência, que a consagração, ao nível das mais variadas legislações do nosso espaço cultural, dos tipos legais de crime resulta de uma clara opção legislativa. Opção legislativa, repare-se, que não está – nem se prende – em conexão com a determinação dos concretos bens jurídico-penais. Estes há muito que de uma forma matricial estão determinados. Por isso, quando se opta por punir aquele que a traves de ofensa corporal põe em perigo a vida ou a saúde de outrem, não se esta a redefinir o bem jurídico primário; esse estava já definido. Ao consagrar-se como conduta penalmente proibida aquela que, por meio de ofensas corporais põe em perigo a vida ou saúde de outrem, alarga-se o campo de proteção do bem jurídico e aumenta-se, indiscutivelmente, em medida quase proporcional a área da punibilidade. Contudo, esta precisa actividade corresponde, com certeza, a uma clara e nítida opção legislativa. Opção que tem que ter a fundamentá-la uma concreta ponderação legitimadora, a qual passa, como sabemos e vimos, pelas concretas intencionalidade vinculadoras que se desprendem do direito constitucional.⁷⁸

Tem-se, portanto, que a criminalização do perigo tem o condão de reforçar a corrente da prevenção. De fato, quando há a criminalização de uma determinada conduta (crime de resultado ou crime de perigo) acaba-se prevenindo a própria criminalidade, mas, contudo, nos exatos termos de sua proibição,

o que implica que a prevenção da criminalidade realizada pela definição legal de um crime seja, necessariamente, tida como uma prevenção da legalidade, isto é como uma prevenção conseguida pela criminalização de condutas expressas em um tipo legal de crime.⁷⁹

Dessa forma, condutas que expõem em perigo ou lesam bens jurídicos são proibidas de maneira a incentivar que os membros da sociedade as abstenham de praticar. Nesse diapasão, denota-se que determinadas condutas somente são objetos de prevenção quando ingressam na seara do direito penal, de maneira que são ignoradas à luz da prevenção de outros ramos do direito. Há que se considerar portanto, que a criminalização de comportamentos que determinam hipóteses de exposição ao perigo não importa,

⁷⁸ FARIA COSTA, op. cit., p. 573.

⁷⁹ Ibid., p. 575.

necessariamente em aumento da prevenção criminal, uma vez que o aumento na criminalização de condutas de expor em perigo guardam semelhante posição com a criminalização de condutas geradoras de dano. Por isso, os crimes de perigo aumentam tão somente a punibilidade o que não significa dizer aumento da prevenção. Ou seja, a antecipação da proteção de bens jurídicos não corresponde a aumento de prevenção, de maneira que a legitimidade da criminalização do perigo não encontra guarida no argumento de redução da criminalidade.

Se não bastasse isso, tem-se que o desvalor do resultado traduzido na conceituação de crime de dano assumem uma maior relevância e precisão conceitual se comparado ao desvalor anunciado nos crimes de perigo. Portanto, se um bem jurídico encontra proteção na criminalização de uma conduta tipificada em um crime de resultado não há que se sustentar o incremento da referida proteção por meio da criação de um crime de perigo, eis que este apresenta maior dificuldade de conscientização ético-jurídica. Contudo, os crimes de perigo são reconhecidos e, portanto, legitimados em virtude da possibilidade de prevenção de um possível dano ou violação a um determinado bem jurídico protegido.

Consoante as palavras de Faria Costa,

O perigo em direito penal é constituído por dois elementos: a probabilidade de um acontecer e o carácter danoso do mesmo. Estão, deste jeito, definidos os dois pilares essenciais para uma exacta compreensão do perigo. E é precisamente partindo desses dois elementos que podemos surpreender a exacta noção de perigo que se apresenta matricialmente normativa e, porque normativa, outrossim relacional.⁸⁰

A partir disso, em uma primeira análise depreende-se que a conduta humana capaz de gerar um perigo é definida como ação perigosa, de maneira a impossibilitar a reconstrução metódica causalista do perigo, uma vez que a ação pode ter sido motivada por diferentes ações. Por seu turno, a compreensão rigorosa importa na afirmativa de que uma determinada ação somente pode ter sido determinada por uma precisa ação. Tal construção é oriunda da afirmação de que o perigo não tem consistência no espaço, mas sim no tempo, de maneira que *“o desvalor de resultado de perigo tem um tempo real, mas só tem um espaço construído”*.⁸¹

A noção de perigo, conforme já exarada, perpassa pelo difícil juízo de probabilidade. A partir disso tem-se que uma situação de incerteza é pautada na possibilidade de ocorrência

⁸⁰ FARIA COSTA, op. cit., p. 584

⁸¹ Ibid., p. 585.

de vários resultados, sem que haja o conhecimento da probabilidade de ocorrência de um ou de vários resultados. Por outro lado, há uma situação de risco quando uma conduta corresponder a uma pluralidade de resultado, sendo que, contudo, há a possibilidade de estimar a probabilidade de ocorrência. Assim, o perigo exerce plena variação no campo da aleatoriedade de maneira a exigir do intérprete a percepção do perigo.

Em virtude disso,

[...] quando “A” bate em “B” e lhe provoca um perigo para a vida, podemos estar convictos de que estamos perante uma situação perigosa, ou, socorrendo-nos da forma substantiva, que estamos perante um perigo concreto para a vida de “B”. Porquê? Porque ao acto de “A” podem, abstractamente, corresponder vários resultados (p. ex., a morte, a mera ofensa corporal simples, a ofensa corporal grave), podendo conhecer-se a probabilidade da ocorrência de cada um deles.⁸²

A partir desse entendimento resta evidenciado que o perigo é presumido, sendo que a probabilidade de ocorrência de cada um dos resultados é analisado em momento posterior a incidência do tipo incriminador, sustentando assim a imputação objetiva do agente. Por outro lado, se o juízo de probabilidade fosse retirado quando do estabelecimento de uma conduta ser ou não perigosa, a resposta jurídica seria outra, senão vejamos

“A” bate fortemente em “B” provocando-lhe um perigo para a vida. No entanto se se considera à partida que já há um perigo para a vida de “B”, é manifesto que nada adianta o juízo posterior de probabilidade. A situação está previamente qualificada como perigosa. O que se tem que julgar – continuando com o exemplo antecedente – liga-se, no essencial, com a idéia de saber a partir de que momento é que estão criadas as circunstâncias para que se possa qualificar aquela precisa situação como perigosa, porque, na verdade, nem todas as acções de ofensas corporais implicam em situações de perigo para a vida, ou seja: algumas desencadeiam, outras não.⁸³

A partir da extração da probabilidade como elemento capaz de presumir o perigo de uma determinada conduta a situação de perigo passou a ser existente na medida em que a ocorrência de um resultado desvalioso é mais provável que a sua não produção. Portanto, estar-se-á diante de uma situação de perigo concreto e juridicamente relevante quando os resultados desvaliosos previstos em lei forem passíveis de ocorrência de maneira mais significativa do que sua não produção, sendo que quando a probabilidade for igual a zero não

⁸² FARIA COSTA, op. cit., p. 595.

⁸³ Ibid., p. 596.

haverá situação de perigo.

Da mesma forma, não há que se falar em perigo quando houver uma mera possibilidade de produção de resultado, sendo necessário ainda que haja uma possibilidade relevante, *“o que torna possível dizer-se que há perigo sempre que, através de um juízo de experiência, se possa afirmar que a situação em causa comportava uma forte probabilidade de o resultado desvalioso se vir a desencadear ou a acontecer.”*⁸⁴

Para Claus Roxin

[...] o resultado causado pelo autor só deve ser imputado ao tipo objetivo se o comportamento do autor criar um perigo para o objeto da ação, não compreendido no risco permitido, e este perigo se realizar no resultado concreto.⁸⁵

Portanto, a imputação ao tipo objetivo impescinde da realização de um perigo criado pelo autor, não coberto pelo risco permitido. Assim, não há que se imputar a alguém de maneira objetiva o risco de uma lesão a um determinado bem jurídico quando não houve a diminuição do referido risco, nem tão pouco o seu aumento. Da mesma forma, deverá ser excluída a imputação quando o risco for permitido, compreendendo-se como tal,

[...] um comportamento que cria um risco juridicamente relevante, risco este que é em geral – independentemente do caso concreto – permitido. Fica assim excluída já a imputação ao tipo objetivo, ao contrário do que ocorre nas causas de justificação. Protótipo do risco permitido é dirigir observando todas as regras de trânsito. Não se pode negar que o trânsito gere riscos relevantes para a vida, saúde e patrimônio, o que é comprovado de modo irrefutável pela estatística de acidentes.⁸⁶

Há hipóteses em que a violação do risco permitido alcançando-se inclusive algum resultado, mas de maneira que o risco da ocorrência do resultado não foi aumentado pela violação do dever. A título exemplificativo pode se considerar que o autor que emprega velocidade superior a máxima permitida e após voltar a conduzir o seu veículo nos exatos limites da legislação do trânsito acaba por atropelar e matar uma criança que saltou subitamente em relação ao seu veículo. Na hipotética situação o resultado foi causado não só pelo permissivo do agente em conduzir veículo automotor, mas também pela inobservância da

⁸⁴ FARIA COSTA, op. cit. p. 600.

⁸⁵ ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Trad. Luis Greco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 308.

⁸⁶ Ibid., p. 325.

velocidade máxima estipulada para o local. Por sua vez, não haverá imputação objetiva para o condutor, eis que o excesso da velocidade não foi determinante para a realização do resultado.

Nota-se que as situações de perigo são analisadas a partir de critérios quantitativos indetermináveis da probabilidade, uma vez que o perigo não possui prerrogativa que o individualize, diferentemente do que ocorre com os crimes de dano.

Em razão disso, a noção de perigo assume relevância em direito penal quando analisada a luz da duração, de maneira a não ser considerado linearmente, mas sim reforçando a idéia de continuidade. A correlação entre tempo e perigo resta ainda pautada na afirmativa de que somente pode ser considerado perigo o que estiver presente.

Nas palavras de Faria Costa

É do maior interesse perceber que se entendermos o perigo como uma situação ou estágio a partir do qual é provável a produção de um resultado negativo (axiologicamente desvalioso), pressupõem-se também que um outro resultado de valoração positiva (axiologicamente valioso) pode acontecer. De modo que, se centralizarmos a nossa atenção sobre uma tal noção de incerteza do resultado negativo, estaremos perante o perigo, e se a projectarmos no resultado positivo, estar-se-á em face de uma situação de sorte. Todavia, se nos colocarmos numa atitude intelectual que assuma projectivamente os dois resultados (o positivo e o negativo) fala-se, então, em uma situação de risco.⁸⁷

O que se tem é que em matéria de direito penal o que prevalece é a situação desvaliosa de maneira que é esta a que o direito penal deseja evitar. É a partir do aprofundamento da compreensão das experiências que se pode estabelecer a diferenciação entre a situação de perigo penalmente relevante para aquela que não o é, de maneira a afastar-se paulatinamente do critério quantitativo (probabilidade) para alcançar o critério substancial que individualiza a situação perigosa.

Os crimes de perigo são divididos em dois grupos, a saber: os crimes de perigo concreto e os crimes de perigo abstrato. Os crimes de perigo concreto são aqueles em que o perigo é elemento contido na própria figura típica ao passo que os crimes de perigo abstrato, o perigo não é elemento do tipo, mas sim a motivação do legislador para fins de criminalização de condutas. Dessa forma, tem-se que os crimes de perigo abstrato são exemplos da relevância da ausência em matéria punitiva, pois o perigo que não está contido no tipo e, portanto, ausente determina sua qualificação enquanto crime de perigo. Assim, o perigo ainda

⁸⁷ FARIA COSTA, op. cit., p. 611.

que oculto é quem influencia a compreensão dos crimes de perigo abstrato.

Em virtude disso,

[...] De fora fica, em verdadeiro rigor todo o reino da legitimidade da punição de condutas cujo o traço essencial não está no facto de o perigo se ter concretamente desencadeado, mas sim e diferentemente em o perigo ser considerado como mera motivação para o legislador punir uma tal conduta. Ao sancionar-se penalmente um comportamento dentro destes parâmetros de valoração somos confrontados com a inexistência de uma qualquer ofensividade relativamente a um concreto bem jurídico.⁸⁸

Desse modo, a ofensividade a um bem jurídico é o que legitima a intervenção penal. A referida ofensividade pode ser observada, em primeiro plano, com a destruição total do bem jurídico tutelado. Por outro lado a ofensividade também pode-se mostrar presente quando, concretamente, é posto em perigo um bem jurídico.

A partir da noção de ofensividade, Faria Costa assevera que

[...] não negamos que os crimes de perigo abstracto não sejam legítimas prefigurações delituais. O que afirmamos, convictamente, é que se o forem não poderá sua legitimidade ser procurada e encontrada em um desvirtuado e então já inócuo princípio da ofensividade.⁸⁹

Por outro lado, refere Fabio Roberto D'Avila que

[...] se pode afirmar que os crimes de perigo abstrato não estão privados do carácter de ofensividade. Restringir a riqueza e a complexidade da noção jurídico-penal de perigo a situações tradicionalmente denominadas de perigo concreto, relegando aos crimes de perigo abstrato uma exangue presunção de perigo, ou ainda, a mera violação de um dever é sem dúvida desnecessário e equivocado.⁹⁰

Dessa maneira, o cuidado de perigo que sustenta os crimes de perigo abstrato resta alicerçado na relação de cuidado que legitima o Estado. A problemática é que a ausência de exigência quanto a imediata presença de um bem jurídico tutelado acaba por permitir que o

⁸⁸ FARIA COSTA, op. cit., p. 624.

⁸⁹ Ibid., p. 631.

⁹⁰ D'AVILA, Fabio Roberto. **O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico**. Elementos para a legitimação do direito penal secundário. In.: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. **Direito Penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 91.

Estado atue sem limite. O cuidado de perigo importa em determinadas formas de desvalor, compreendendo o desvalor de dano, o desvalor de perigo e o desvalor do cuidado de perigo. Os dois primeiros desvalores constituem crimes de resultado ao passo que o desvalor do cuidado de perigo fundamenta o crime de perigo abstrato, eis que independe da presença de um bem jurídico.

Cabe salientar que aquele que pratica um crime de perigo abstrato não deve ser considerado um agente perigoso, pois, perigosa, no máximo, é sua conduta. Ademais, somente se justifica a incidência do crime de perigo abstrato quando o cuidado de perigo guardar correspondência com a proteção de um bem jurídico com dignidade penal. Dessa forma, não é suficiente que o legislador defina com exatidão as condutas proibidas, mas sim se estas visam proteger um bem jurídico com status constitucional.

2.2.3 O Direito Penal como instrumento de (não)proteção das gerações vindouras: Por uma legitimação dos crimes de perigo

A proteção das gerações futuras, por meio do direito penal, é matéria que assume importante relevância diante da profunda e acelerada alteração da sociedade atual, marcada, hodiernamente, pela constante ameaça, traduzida na intitulação sociedade do risco⁹¹. Para muitos, é a filosofia a responsável pela superação do paradigma da modernidade; para outros, cabem aos líderes das comunidades intermediárias a inserção de seus ideais como forma de difundir novas idéias e novos valores; e, ainda, sustenta-se que cabe aos grupos econômicos se auto-organizarem e auto-limitarem. Note-se que a partir desse prisma, o direito não assume papel algum como regulamentador da sociedade, pois o que se sustenta é justamente a auto-

⁹¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O papel do direito penal na proteção das gerações futuras**. SILVA, Luciano Nascimento (Coord.). Estudos jurídicos de Coimbra. Curitiba: Juruá, 2007. p. 22. De acordo com Jorge de Figueiredo Dias, a sociedade está submetida a riscos globais, quais sejam: o risco atômico, a diminuição da camada de ozônio e o aquecimento global, a destruição dos ecossistemas, a engenharia e a manipulação genéticas, a produção maciça de produtos perigosos ou defeituosos, a criminalidade organizada dos “senhores do crime”, individuais e colectivos – que dominam à escala planetária o tráfico de armas e de droga, de órgãos e dos próprios seres humanos – o terrorismo nacional, regional e internacional, o genocídio, os crimes contra a paz e a humanidade.

regulação⁹² da mesma, ou seja, extrai-se qualquer heteroregulamentação, importando no afastamento não só do direito penal, mas do Direito como um todo.

Por seu turno, cada vez mais se nutre o reconhecimento de que o direito – sua função de orientação social e de comportamento individual – é indispensável. Contudo, também se assevera que não cabe tão somente ao direito penal o papel de contenção, ou seja, outros ramos do direito devem ser utilizados na busca da regulamentação social, entre eles o direito civil e o direito administrativo.

Nas palavras de Figueiredo Dias,

[...] É indiscutível que a força conformadora dos comportamentos das pessoas que pertence ao direito civil e ao direito administrativo é menor do que a que cabe ao direito penal; como menor é, por isso, a força estabilizadora das expectativas comunitárias na manutenção da validade da norma violada, neste sentido, a sua força preventiva ou, mais especificamente, de “prevenção geral positiva ou de integração”. Este é o fundamento último da máxima – liberal, mas simultaneamente social – da intervenção jurídico-penal como intervenção de ultima ratio.⁹³

Nesse diapasão, não se pode olvidar que o direito penal não pode ter sua incidência voltada para a proteção de riscos globais como um todo ou em si mesmos. A sua utilização deve importar, tão somente, no oferecimento de condições de possibilidade para que sejam mantidos os níveis de riscos em patamares suportáveis, razão pela qual a proteção exarada pelo direito penal tem natureza fragmentária e subsidiária.

Portanto,

[...] O que está em causa é (e é só!) a proteção – fragmentária, lacunosa e subsidiária – de bens jurídico-penais colectivos como tais. Tudo o que vá para além disto ultrapassa o fundamento legitimador da intervenção penal neste domínio.⁹⁴

Tem-se, portanto, que o direito penal somente pode oferecer as gerações futuras uma

⁹² DIAS, op. cit. p 23. Para Figueiredo Dias, “[...] Não parece todavia que esta ideia da auto-regulação social atinja sequer os limites da utopia, antes é bem possível que nela se trate de um equívoco. Uma verdadeira auto-regulação significaria pedir ao mercado – na verdade, o mais autêntico produtor das dificuldades e desesperanças da sociedade técnica industrial – o remédio para a doença que ele próprio inoculou. Uma verdadeira auto-regulação implicaria pedir a milhões e milhões de pessoas que se decidissem voluntariamente a renunciar aos seus postos de trabalho, ao aproveitamento das oportunidades de mercado, a todo o aparato das maquinas individuais que fazem o nosso dia-a-dia, em suma, a renunciar a um modelo de vida que fez do consumo o seu próprio motor e do aumento da produção o orientador de quase todo o conhecimento.

⁹³ DIAS, op. cit., p. 25

⁹⁴ Ibid., loc. cit.

tutela que não seja absoluta, sob pena daquele tornar-se um meio democraticamente ilegítimo, devendo sua incidência ser reduzida para a “punição” de condutas potencialmente lesivas de direitos fundamentais inerentes a sobrevivência humana⁹⁵.

Em consonância a isso, tem-se

[...] o princípio da intervenção mínima, cujo entendimento implicaria entender o campo penal como *ultima ratio legis*, estariam excluídas do manto protetivo repressor quaisquer condutas de pontencialidade lesiva ínfima ou conflitos que pudessem ser resolvidos por outras esferas do controle social informas (família, escola, grupos societários) ou formal não-penal direito civil e administrativo, sobretudo).⁹⁶

Dessa forma, deve-se ter presente que a concretização de direitos e garantias fundamentais não dependem da intervenção punitiva estatal, eis que aquela pode/deve ser alcançada por meio de políticas públicas que tenham por escopo a redução das desigualdades sócio-político-econômicas.

A sociedade de risco fundamenta ainda o crime de perigo a partir da noção de tempo de maneira que há a necessidade de um agir prévio em matéria punitiva, pois se a intervenção penal ocorrer após o desvio, o bem jurídico, aceitando-se elementos de probabilidade, poderá sofrer um dano. Da mesma forma, a que se considerar ainda, que na sociedade de risco há a institucionalização da incerteza o que é traduzida e relacionada com os ideais de um Estado compromissado a garantir a segurança de seus membros. Por fim, o crime de perigo, e aqui, em especial o crime de perigo abstrato resta fundado na sociedade de risco, na diferença tênue entre o que seja considerado lícito do que seja considerado ilícito.

Os crimes de perigo relacionam-se, basicamente em três grupos, sendo que no primeiro o comportamento é externo e perturbador, sendo que no entanto, este comportamento é determinado pela realização de uma possibilidade a produção de um dano, como por exemplo, é o crime de falso testemunho. O segundo grupo dispensa a perturbação externa material, hipótese em que a conduta tipificada é definida por si só como sendo

⁹⁵ DIAS, op. cit., p. 26. Para Figueiredo Dias, “[...] o direito penal tem de distinguir forçosamente, para delimitação do âmbito de proteção da norma, entre ofensas admissíveis e inadmissíveis, limitando-se a criminalização destas últimas. A distinção entre ofensas admissíveis e inadmissíveis supõe assim – sobretudo nesta nossa era de mercado global – uma difícilíssima (e quantas vezes de resultado altamente questionável) ponderação de interesses complexos e diversificados. Esta ponderação, multiplicada por milhões e milhões de casos atinentes aos âmbitos e às actividades mais diversas, não pode ser levada a cabo pelo legislador penal: para tal constituiria ele de novo, sub specie materiae, entidade incompetente.

⁹⁶ SALO, op. cit. p. 85.

perturbadora, ou seja, plenamente capaz de produzir efeitos danosos, apresentando-se o crime de embriaguez ao volante como exemplo correspondente. Conforme Amaral,

Quem o faz geralmente viola padrões de comportamento esperados pelos demais usuários das vias públicas, ao mesmo tempo em que frequentemente (mas, nem sempre devido ao fenômeno biológico da tolerância ao álcool) se arroga âmbitos de organização alheios. Em tais espécies de perigo, basta que no tipo de comportamento neles descrito ocorra alguma situação de sentido arrogatório. Logo, exige-se uma verificação probatória, isto é, *in concreto*, da ocorrência de uma perturbação. Não se trata, propriamente, de uma antecipação da punibilidade; sua característica é na realidade a generalização da efetividade externada a toda conduta de um determinado tipo.⁹⁷

Por fim, o terceiro grupo oferece maiores dificuldade de compreensão, sendo que por não ser objeto do presente trabalho, não será analisado com o aprofundamento necessário. Somente a título informativo, nestes casos se criminaliza uma ação que não é, de maneira absoluta, perigosa, ou que somente o seria diante de um comportamento delitivo sucessível.

2.3 CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Para que se estabeleça a exata compreensão acerca dos direitos difusos, cuja proteção pauta a existência e o crescimento dos intitulados crimes de perigo abstrato, faz-se necessário uma breve abordagem acerca da co-existência homem-natureza.

Os elementos da natureza eram motivo de temor para o homem primitivo, que, no entanto, encontrava na própria natureza o seu potencial de sobrevivência., uma vez que aquela apresentava-se como fonte de todos os bens essenciais e capazes de satisfazer as necessidades primárias do homem⁹⁸.

⁹⁷ AMARAL, op. cit. p. 189.

⁹⁸ “De fato, para o homem primitivo, a satisfação das necessidades mais elementares vinha da natureza, tal como dela vinham a agressividade e o espírito de morte. Daí que a natureza fosse concebida como mãe, em cujo seio os homens podiam saciar a fome, a sede e repousar até no último sono. Mãe também vingadora que, por insondáveis desígnios, fazia com que se manifestassem tempestades, pestes, pragas, para assim castigar os

Nesse diapasão, tem-se que a relação do homem com a natureza sempre foi, e permanece sendo, uma relação de interesse, sendo que o que difere o homem primitivo do homem pós-moderno é o grau de intensidade e de conhecimento que é aplicado na exploração dos recursos naturais⁹⁹. O homem primitivo tinha a (falsa) consciência de que a natureza era eternamente abundante, sendo que seu papel precípua era a renovação. Contudo, a partir da própria tradição, paulatinamente o homem passou a deixar vestígios de que algumas fontes não eram renováveis, a exemplo das minas de minério abandonadas pela exploração exaustiva. No entanto, a partir do momento que uma referida exploração tinha seu término pela exaustão, o homem buscava conquistar e ocupar novos espaços, na intenção de retomar a referida exploração.

Por outro lado, o “homem rural” passou a desenvolver técnicas de aproveitamento para um território limitado, pois seus ganhos parcos na atividade rural impunham sua permanência em um determinado território. A partir de então, tem-se a utilização, a título exemplificativo, das queimadas, como forma de acurar o aspecto renovável da terra. O homem nesse estágio de desenvolvimento estava interiorizado num ciclo fechado de relacionamento, onde seu imaginário não almejava a conquista de novas terras.

Por seu turno, o desenvolvimento histórico-cultural importou na evolução do homem, que, por meio do aumento das trocas comerciais, da intervenção religiosa, do aumento dos conflitos – guerras – e sua conseqüente necessidade de recursos para as construções bélicas, passou a ser um “homem econômico”. Além disso,

[...] se criou um desequilíbrio profundo entre o ciclo de exploração dos recursos naturais e o ciclo do seu remoçamento, a que se tem de se somar, como manifesta causa impeditiva do normal desenvolvimento deste último ciclo, a existência de enormes quantidades de elementos poluentes, criados precisamente pelo ciclo de exploração¹⁰⁰.

homens que dela abusaram ou a quem não honraram devidamente. FARIA COSTA, José Francisco de. **O Perigo em Direito Penal**. Portugal: Coimbra Editora, 2000. p. 289.

⁹⁹ A acumulação do saber – já não do saber “essencial”, mas do saber de “experiência feito” que o renascimento tinha trazido ao mundo da cultura européia e que nesta frutificara, transformando-se quase em hipoteca de um saber único – que, para além disso, era caucionada pelo método experimental, fez com que o homem da experiência laboratorial deixasse de ser visto como o labéu que lhe imprimia uma qualquer capitis diminutio face ao teorizador das essencialidades dos elementos (o filósofo). A física é o novo credo que a razão suficiente tornou necessário. O homem é então um homo (faber) experimentationis, um cientista, um engenheiro, porque é aquele que tem não só o engenho de analisar e estudar as coisas, mas também a arte de as transformar. DESCARTES, Rene. **Discurso do Método**. São Paulo: Martin Claret, 2008. P.94-95.

¹⁰⁰ FARIA COSTA, op. cit., p. 305.

A partir de então tem-se o estabelecimento de um ciclo vicioso e antagônico, eis que há a necessidade da proteção do meio ambiente, mas, também, necessita-se de desenvolvimento econômico, o que constrói a imprescindibilidade de normatização. Com isso,

[...] o chamamento do perigo para o centro da discussão sobre a fundamentação das condutas lícitas ou ilícitas em direito penal ganha uma maior consistência teórica e uma não menor ressonância ética. Com efeito, se o espaço se encurta e o tempo se alarga nas relações sociais, isso não pode deixar de influenciar as actividades penalmente desvaliosas, pois estas, enquanto prática, movem-se inexoravelmente no mesmo pano de fundo¹⁰¹.

E segue José Francisco de Faria Costa afirmando que,

De sorte que, por este ângulo, tem sentido poder defender-se que o dano se perfila como qualquer coisa que esta longe da projecção normal das condutas e que mais longe fica com o alargamento do tempo e, por isso, se exige que a protecção penal se antecipe para um momento anterior ao dano, pois só esse é capaz de transmitir a noção de segurança de que comunidade alguma pode abdicar¹⁰².

Por seu turno, as sociedades atuais restam caracterizadas pela pluralidade e pela hipercomplexidade. Em razão disso, as relações tornam-se, paulatinamente, anônimas.

Sob o aspecto econômico, a busca insaciável pelo lucro importou na normatização, como forma de garantir o direito, em um primeiro momento, dos consumidores. Isto porque, a qualidade do produto não é o fim em si mesmo, mas, tão somente, o meio para o aumento das vendas. Contudo, ainda que permitida uma variabilidade na qualidade, como forma de atendimento aos mais variados segmentos sociais, o Estado passou a ser chamado a intervir como garantidor de uma qualidade mínima – conflito entre consumidores e produtores (sentido lato).

A partir de então, o direito penal passou a ser utilizado como repositivo de equilíbrio, uma vez que a pena, em momento pré-socrático, tinha como função repor o *status quo* alterado com o comportamento ilícito. Por seu turno, não nos olvidamos que o direito penal deve obediência ao princípio da fragmentariedade, qual seja, o direito penal tem o dever de proteger, tão somente, determinados bens jurídicos. Por assim dizer,

¹⁰¹ FARIA COSTA, op. cit., p. 306.

¹⁰² Ibid., loc. cit.

[...] o direito penal só protege os bens ou valores que, em uma determinada comunidade e em um também determinado momento histórico, constituem o mínimo ético que não pode ser, nem mais, nem menos, do que o núcleo duro dos valores que a comunidade assume como seus e cuja protecção permite que ela e todos os seus membros, de forma individual, encontrem pleno desenvolvimento em paz e tensão de equilíbrio instável.¹⁰³

Dessa forma, o direito penal somente deve intervir quando determinadas condutas forem consideradas fortemente lesivas a comunidade, permeando o interesse de todos no que concerne a manutenção e desenvolvimento do grupo social.

O direito penal, no decorrer dos séculos, sempre foi influenciado por movimentos que ora sustentam a descriminalização de condutas e ora sustentam a criminalização de novas condutas. A década de sessenta foi marcada por movimentos descriminalizadores, bem como, por movimentos que culminaram em novas criminalizações, importando em novas formulações.

A contextualização do atual direito penal – sociedade de risco - está galgado na idéia de expansão. Nesse diapasão, tem-se que a criminalização de novas condutas, a criação de novos institutos e, por vezes, a relativização de garantias constitucionais, insere-se no contexto social da sociedade pós-moderna, criando e legitimando, diuturnamente, um direito penal hipertrofiado. Portanto, tem-se que a configuração de um direito penal está vinculado aos ditames da organização social.

Tem-se assim, que

[...] o modelo de organização social, estruturado sobre um modelo de produção econômica e sobre valores culturais e políticos, estabelece os mecanismos de exercício de poder com o objetivo de manter sua funcionalidade. Os instrumentos de controle social desenvolvidos em diversas esferas do relacionamento público e privado refletem o modelo mencionado e são aplicados teleologicamente, com o escopo de conferir estabilidade aos valores eleitos como ratio essendi daquela organização¹⁰⁴.

Portanto, o direito penal insere-se como mecanismo de controle social, tendo como função precípua a tutela de valores relevantes para a sociedade. Nesse diapasão, tem-se que os

¹⁰³ FARIA COSTA, op. cit., p. 302.

¹⁰⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.28.

valores sociais são fundantes e caracterizadores de um determinado modelo social; contudo, os referidos valores, traduzidos na idéia de bens jurídicos, não são estanques, qual seja, acompanham a evolução de cada modelo social, de maneira que o controle social se altera de acordo com cada modelo de Estado – sociedade.

Assim, o estudo dos intitulados crimes de perigo abstrato, estreitamente relacionados com a noção de risco, deve perpassar pelo estudo da conjuntura da sociedade em que estão inseridos. Em outros modelos de sociedade, a idéia de perigo sempre foi um elemento de menor relevância para a ordem social, uma vez que os riscos (guerras, alterações climáticas abruptas, epidemias) ocorriam de maneira esporádica e isolada, de maneira que não marcavam o núcleo social. Da mesma forma, a produção de bens e a necessidade de consumo dos mesmos não pautavam os elementos centrais das sociedades pretéritas a sociedade de risco. Não havia a preocupação com elementos de complexidade, eis que os riscos eram mensurados a partir de elementos de pessoalidade e regionalidade, muito mais concretos e passíveis de medição.

No atual modelo de sociedade (sociedade de risco¹⁰⁵), caracterizada pela incontrolável produção econômica, pelo anseio ao “novo”, ao inédito, aos fenômenos de aceleração do tempo, o risco não mais ocupa uma posição coadjuvante, mas sim uma posição central. Este modelo de sociedade encontra na Revolução Industrial as bases de seu surgimento, eis que a partir da produção de bens de consumo em grande quantidade foi instituída a livre concorrência do mercado, exigindo dos meios de produção a incorporação de novas tecnologias, de modo a garantir a sua permanência na lógica do mercado.

Esta necessidade de adaptação ao novo regramento da economia importou em uma busca incessante de novas tecnologias capazes de corresponder com as expectativas geradas com o novo modelo de produção. Dessa forma, a Revolução Industrial importou na aceleração quanto a busca de ferramentas capazes de produzir em larga escala (grande quantidade) ao menor custo possível. Contudo, a intensidade com que foi buscada a introdução de novos meios tecnológicos para a produção não foi seguida pela análise (estudo) de suas conseqüências, importando no descompasso entre utilização e informação de seus benefícios e, em especial, de seus malefícios, ensejando, desse modo, a incerteza e a insegurança, que, a

¹⁰⁵ A origem do termo “risco” não é dotada de precisão. Para alguns autores, a expressão provém de um termo árabe, difundido pelos espanhóis quando do período das grandes navegações, sendo utilizado como forma de expressar o perigo contra o qual estavam lançando-se os navegadores (GIDDENS). Ainda, a expressão risco tem sua origem sustentada a partir do termo derivado do baixo-latim, qual seja, *risicu*, que corresponde a idéia de ousar, ou, nas palavras de BERNSTEIN, ousar contra o perigo.

partir de então, passam a conviver, de maneira crucial, com o núcleo social.

Tem-se assim o surgimento da sociedade do risco, guardando estreita relação com a noção de perigo. Isto porque, a idéia de risco guarda consonância com a atuação humana frente ao perigo, eis que não há sustentabilidade entre a existência do risco se não há perigo algum a ser enfrentado/suportado. Esta correspondência entre risco e perigo foi pautada a partir do pensamento positivista clássico, segundo o qual, o perigo é uma construção do subjetivismo do ser humano. O perigo está pautado na ignorância do ser humano, no desconhecimento acerca dos sistemas e dos nexos causais. O sujeito não detém conhecimento suficiente para ter a certeza quanto ao resultado de uma ação humana, eis que reconhece o mundo a partir do abstrato e do geral. Dessa forma, sua apreensão quanto aos acontecimentos futuros (resultados) está fundada na probabilidade e não certeza, sendo que a probabilidade da ocorrência de um dano importa na noção de perigo.

De outro modo, segundo Pierpaolo Cruz Bottini,

[...] O conhecimento absoluto das conexões naturais entre causas e efeitos mitigaria a angústia diante do perigo, pois o ser humano já saberia, de antemão, que tal conduta levaria ou não a determinado resultado. Os fatos seriam apenas danosos ou inócuos, e o perigo seria suprimido pela absoluta certeza dos eventos futuros ¹⁰⁶

Por seu turno, as teorias modernas de física quântica acabaram por afastar a noção de perigo a partir da noção subjetivista, uma vez que restou demonstrado a impossibilidade do conhecimento absoluto dos sistemas e dos nexos, uma vez que não regularidade entre causas e efeitos. Assim, a noção do perigo deixa de existir a partir de um plano subjetivo e passa a ser analisado a partir de uma perspectiva objetiva, segundo o qual:

O caráter objetivo do perigo é preenchido pela probabilidade fática da ocorrência da lesão ou do dano que se quer evitar, ou seja, é um dado natural, uma situação de fato, decorrente do contexto de crise em que se insere um bem valorado. O perigo se apresenta como conteúdo real, externo ao ser humano e, por isso mesmo, pode ser medido e quantificado. ¹⁰⁷

Atenta-se, portanto, que a problemática em reconhecer a ameaça das atividades

¹⁰⁶ BOTTINI, op. cit., p. 30/31.

¹⁰⁷ Ibid., p. 31/32.

inovadoras importa no aumento da probabilidade do risco (risco constante), mas não importa em perigo constante, eis que aquele exige a intensificação das medidas de prevenção e de precaução, enquanto que o estado de perigo tem seu liame centrado na submissão de bens a uma ameaça concreta. A partir de então, o risco passa a corresponder a consciência que se tem do perigo futuro e a tomada de decisões por parte do sujeito quanto ao enfrentamento ou não daquele, ou seja, o risco caracteriza-se como qualidade da ação humana (agir) diante das possibilidades postas a disposição.

Nesse diapasão, é oportuno salientar que a periculosidade também guarda relação com a ação humana, e, em sendo assim, pode ser controlada por meio de medidas de restrição, ou seja, a sociedade pode desenvolver mecanismos que importem na redução das atividades que importam em riscos (gestão do risco). Dessa forma, medidas coercitivas podem ser opostas objetivando conter a ação humana que caracterize-se pela exacerbação quanto a periculosidade (risco) permitido, de modo que, quanto maior for a exposição ao risco, mais severa será a medida de constrição. E é justamente nesse espaço de imposição de medidas coercitivas que o direito penal adquire importância enquanto meio de controle social.

A influência do direito penal na sociedade de risco, enquanto meio de prevenção, encontra sua legitimação a partir da extensão dos riscos, em especial, com algumas catástrofes ocorridas a partir da década de 80. Nesse diapasão, a utilização das novas tecnologias importou, paulatinamente, na disseminação da sensação de temor, eis que os membros da sociedade não dispunham de conhecimento e compreensão da extensão das consequências daquela utilização, sendo necessária a prevenção da ocorrência dos mesmos. Da mesma forma, a sociedade do risco passou a conviver com a extrema dificuldade em estabelecer os nexos entre a conduta e seus resultados, uma vez que o modelo de produção nesse modelo de sociedade acabou por impossibilitar a mensuração das atividades e resultados a partir de mecanismos tradicionais. A noção de tempo e espaço passou a ser insuficiente para determinar a causalidade entre uma determinada conduta e seu resultado, insuficiência esta desencadeada a partir das grandes navegações e da abertura das rotas comerciais, e consolidada a partir da evolução dos meios de transporte e de comunicação.

Na verdade, a sociedade de risco está pautada na complexidade de relações entre seus elementos fundantes e constitutivos, sendo que a dificuldade em estabelecer critérios temporais e espaciais para a definição dos nexos de causalidade importam no aumento da sensação de risco, uma vez que resta também dificultada a responsabilização do causador do perigo, não havendo assim imputação e, por consequência, possibilidade de controle das

atividades. Tem-se, portanto, que o desenvolvimento econômico, pautado na rapidez das inovações científicas é o próprio causador (ainda que não único) do espectro do risco, eis que as descobertas científicas não restam acompanhadas dos esclarecimentos necessários quanto as conseqüências de sua aplicabilidade.

A necessidade de intervenção do direito penal como mecanismo de prevenção de riscos assumiu importante relevância a partir do momento em que a camada social responsável pela produção dos meios de consumo passou também a ser afetada pelos eventuais resultados prejudiciais da utilização dos meios produtivos. Em momento pretérito ao desenvolvimento tecnológico, as conseqüências negativas da atividade industrial era suportada, única e exclusivamente, pela camada social responsável pela produção – mão-de-obra, pois as referidas conseqüências eram previsíveis pelos donos do meio de produção, razão pela qual os parques industriais eram construídos de maneira afastada da área nobre dos centros urbanos¹⁰⁸. Contudo, a partir do emprego expressivo do meio tecnológico, como

¹⁰⁸ A partir da segunda metade do século XIX consolidou-se, nos Estados Unidos, a burguesia industrial, comercial e financeira. A necessidade de mão-de-obra nos centros urbanos (agora industrializados) desencadeou importante modificação social – migrações -, importando na expansão da classe média e trabalhadora. Em razão desse crescimento e, como forma de contrapor o pensamento criminológico galgado em elementos biopsicológicos, exsurge o pensamento criminológico a partir da perspectiva sociológica, sendo a Escola de Chicago a responsável pelo estudo transdisciplinar do comportamento humano no centro urbano. Para esta Escola Sociológica do Crime, o centro urbano não deve ser interpretado como sendo um amontoado de homens individuais. Conforme preceitua Robert Ezra Park, “a cidade é um estado de espírito, um corpo de costumes e tradições e dos sentimentos e atitudes organizados, inerentes a esses costumes e transmitidos por essa tradição. Em outras palavras, a cidade não é meramente um mecanismo físico e uma construção artificial. Está envolvida nos processos vitais das pessoas que a compõe. (PARK, Robert Ezra. **A cidade: sugestões para a investigação do comportamento humano. O fenômeno humano.** Trad. de Sérgio Magalhães Santeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 29). Nesse diapasão, tem-se que com o crescimento urbano, cada parte da cidade é tomada de acordo com as particularidades de cada membro daquela. Segundo os enunciados da ecologia criminal (Escola de Chicago), uma cidade é formada por conjunto de anéis a partir de uma área central, sendo que, “no mais central desses anéis estava o Loop, zona comercial com os seus grandes bancos, armazéns, lojas de departamento, a administração da cidade, fábricas, estações ferroviárias etc. A segunda zona, chamada de zona de transição, situa-se exatamente entre zonas residenciais (3ª zona) e a anterior (1ª zona) que concentra o comércio e a indústria. Como zona intersticial, está sujeita à invasão do crescimento da zona anterior e, por isso, é objeto de degradação constante. Está também sujeita a mobilidade da população, sempre disposta a abandonar a proximidade com a zona degradada pelo barulho, agitação, mau cheiro das indústrias etc. Por ser uma zona de moradia menos compatível com exigências humanas, passa a concentrar as pessoas com menor poder aquisitivo que acabam por se sujeitar ao contato com os bordéis, pensões baratas, moradias coletivas com grande concentração de pessoas – os *slums* – armazéns etc. Nesta área eram muito comuns as chamadas *tenement houses*, uma espécie de cortiço, cujas dependências eram locadas aos recém-chegados à cidade. Alguns desses prédios eram construídos especialmente com esse propósito, enquanto outros eram edifícios antigos adaptados a essa finalidade. Tais apartamentos normalmente tinham apenas um cômodo, muitos deles sem janela e ventilação, e não ofereciam água nem esgoto. Caracterizavam-se por condições de grande insalubridade, o que era agravado pela utilização de famílias muito numerosas. Em Chicago, essa zona de transição concentra a maioria dos imigrantes, criando áreas morais de refúgio (*Chinatown Little Sicily*). É, pois, uma zona que favorece a existência dos chamados guetos, área quase impenetrável aos desconhecidos. A terceira zona, que ainda guarda uma proximidade com as zonas centrais, é uma área de moradia de trabalhadores pobres e de imigrantes da segunda geração, pessoas que se sujeitavam, por necessidade, ao contato com as primeiras áreas da cidade. São pessoas que fugiram da área de decadência, mas que têm interesse em permanecer em local de fácil acesso ao trabalho. A quarta zona concentra pessoas de classe média em moradias distribuídas em grandes

forma de produzir mais e em um menor lapso temporal possível, a camada social responsável pelos meios de produção não mais deteve a previsibilidade das conseqüências dos riscos, sendo também suscetível de suportar os riscos da atividade industrial – caráter reflexivo. A partir de então, essa mesma camada social passou a disseminar o seu discurso crítico¹⁰⁹ quanto ao crescimento dos riscos na sociedade, postulando, dessa forma, a sua prevenção – direito penal.

Além desse aspecto, a sociedade de risco caracteriza-se, ainda, pela perda da sustentabilidade quanto seus aspectos comportamentais. Isto porque, a introdução dos meios tecnológicos acelerou a produção, tornando também mais veloz a atividade econômica, de maneira que todos os segmentos da cadeia produtiva restaram obrigados a dedicar-se intensamente a produção – trabalho. A estratégia passou a determinar a permanência ou não de um determinado ramo de atividades em operação, qual seja, o receio da substituição (perda de espaço para a concorrência; perda do emprego) passou a pautar toda a atividade produtiva e econômica. Tendo em vista essa dedicação (quase que) exclusiva, os sujeitos perderam, sensivelmente, a coesão social. Inexistindo a coesão social, aumenta-se a sensação de insegurança, uma vez que os sujeitos não tem a percepção da maneira de atuação do outro – expectativa no agir -, oportunidade em que os atores sociais exigem a intervenção estatal para reforçar valores sociais dispersos.

Nas palavras de Pierpaolo Bottini, “[...] tal quadro se agrava quando o outro é detentor e controlador de tecnologias de alto risco (ex., indústrias químicas), ou quando as relações sociais se intensificam em contextos arriscados (ex., trânsito)”¹¹⁰. Ressalta-se, ainda, que a sensação de insegurança também é agravada pelos meios de comunicação, uma vez que estes, aproveitando-se da perda de fatores de referência de tempo e espaço, acabam por incutir a falsa noção de que a sociedade está enfrentando contingências (noção de atualidade), ainda

blocos habitacionais. São áreas restritas de moradias isoladas e que têm uma só família por residência. Por derradeiro, a quinta zona (*commuters*) é habitada pelos estratos mais altos da população, pessoas que a cada dia vão ao centro de manhã para voltar à noite e que se dispõem a gastar de trinta a sessenta minutos nesse percurso. (SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 163/164.

¹⁰⁹ O explorador do potencial turístico de uma área não admite a utilização do local onde exerce sua atividade para extração de petróleo, porque não está disposto a suportar o risco de um eventual vazamento que comprometa a beleza natural da região. O agricultor que trabalha com insumos agrícolas orgânicos não admite a utilização de organismos geneticamente modificados em áreas vizinhas, porque não se dispõe a suportar os eventuais efeitos danosos oriundos da transgenia, para o meio ambiente da região. Os agentes econômicos envolvidos com atividades não arriscadas passam a exigir a restrição da atuação de agentes econômicos envolvidos com a produção de riscos. A absorção do discurso de contenção de riscos pela classe detentora dos meios de produção – ou, pelo menos, por parcela desta – acirra a demanda pelo acompanhamento mais rigoroso, ou pela restrição das atividades com maior potencial ofensivo. BOTTINI, op. cit., p. 41.

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 45/46.

que aquelas estejam distantes¹¹¹. Ademais, há que se ter presente que os meios midiáticos, a exemplo das *business*, lucram com o risco, apresentando em suas edições diárias (em qualquer meio de comunicação), “fórmulas mágicas” de domínio da periculosidade.

Por tudo, a compreensão do risco é de extrema relevância, eis que a política criminal da atual sociedade está pautada na utilização exacerbada do direito penal – direito penal como prevenção -, sendo que a seus institutos foi incorporado, de maneira substancial, o discurso social do risco. Com isso, o direito penal passou a tutelar a abstração – a possibilidade de ocorrência de um dano relevante – (crimes de perigo abstrato), bem como, passou a pautar os estudos do nexo de causalidade a partir de enunciados de imputação objetiva. Portanto, o direito penal contemporâneo tem seus elementos constitutivos fundados na sociedade de risco, uma vez que este ramo do direito, por meio da condição de possibilidade de incidência de normas penais, é chamado a cumprir papel de controle.

Na verdade, a sociedade de risco contribui, e em muito, para a expansão do direito penal. A começar, pode-se apontar a procedência humana como geradora do risco, como um dos fatores para o discurso da utilização massiva do direito penal nesse modelo de sociedade, entendendo-se que a incidência do direito penal no comportamento humano (inibição) importaria na contenção dos riscos. Tem-se assim, que a sociedade do risco reproduz a sensação de insegurança – situação agravada pelos discursos midiáticos alarmistas -, o que importa que referida sociedade conviva com o constante medo.¹¹²

A partir de então, o direito penal passa a incidir na prevenção do risco, de modo a evitar que uma determinada atividade cause um determinado mal a sociedade. Dessa forma, o direito penal na sociedade de risco pauta sua atuação no sentido de proteger o bem jurídico, mas, contudo, antes mesmo de sua afetação, o que torna marcante a diferenciação dos elementos caracterizadores do direito penal, em especial no que tange o desvalor do resultado e o desvalor da ação.

¹¹¹ “O consumo comunicativo está vivamente interessado nos fenômenos de violência, porque não é mais necessário sofrê-la no próprio corpo para percebê-la. O risco é aproximado artificialmente do cidadão comum, mesmo que ele não pertença ao âmbito de afetação daquela atividade potencialmente perigosa”. CHAMORRO p.1, apud BOTTINI, op. cit., p. 44/45.

¹¹² “O “medo derivado” é uma estrutura mental que pode ser mais bem descrita como o sentimento de ser suscetível ao perigo; uma sensação de insegurança (o mundo está cheio de perigos que podem se abater sobre nós a qualquer momento com algum ou nenhum aviso) e vulnerabilidade (no caso de o perigo se concretizar, haverá pouca ou nenhuma chance de fugir ou de se defender com sucesso; o pressuposto da vulnerabilidade aos perigos depende mais da falta de confiança nas defesas disponíveis do que do volume ou da natureza das ameaças reais). Uma pessoa que tenha interiorizado uma visão de mundo que inclua a insegurança e a vulnerabilidade recorrerá rotineiramente, mesmo na ausência de ameaça genuína, às reações adequadas a um encontro imediato com o perigo; o “medo deriva” adquire a capacidade da autopropulsão.” BAUMAN, Zigmunt. **Medo Líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 09.

A partir de então, o direito penal afasta-se do conceito de concretude e aproxima-se de elementos da abstração – mera possibilidade/probabilidade da ocorrência de alguma violação de um determinado bem jurídico. Conforme já exarado, o desenvolvimento tecnológico desenfreado enseja a possibilidade de criação de produtos e de técnicas capazes de causar destruição em massa (energia nuclear, a título de exemplificação). A partir de então, o Estado, enquanto responsável pela gestão do risco, passou a adotar medidas (legislativas) que importassem na (de) limitação da criação do risco, de maneira a controlar a segurança da sociedade.

Nesse diapasão, tem-se que o caráter reflexivo do risco produzido também contribui de maneira importante para os novos contornos do direito penal, uma vez que os efeitos prejudiciais oriundos da prática de determinadas atividades da sociedade, estendem-se a todos os seus membros, não havendo mais que se falar em afetação, tão somente, de determinadas classes sociais. Na atual sociedade, o discurso da necessidade da existência do risco como incremento do desenvolvimento socioeconômico perde força, pois o risco também é percebido pelo seu causador. Aliado a estes elementos, há que se referir, ainda, que a repercussão da ocorrência de possíveis resultados danosos amplia o clamor público por “mais” direito penal, uma vez que os meios de comunicação intensificam, sobremaneira, os riscos da sociedade complexa, importando no aumento do clima de insegurança e, por consequência, na demanda de direito penal.¹¹³

Além dos elementos até então apontados, o descrédito nos outros meios de controle social também importa na exacerbação da atuação penal. A sociedade de risco não está pautada na coesão social, o que resulta na perda de determinados valores que constituem outros modelos sociais. A interação social da atual sociedade acarretou a despersonalização das relações, eis que o avanço tecnológico dos meios de comunicação permite os relacionamentos individuais independentemente de qualquer observância espaço-geográfico.

Com isso, a sociedade de risco traduz-se numa sociedade em que seus membros não pertencem a grupo algum, não se vinculando a qualquer comunidade, qualquer cultura, ocasionando a não identificação com tradição alguma.

¹¹³ “As empresas de comunicação e o Judiciário trabalham de maneiras bem diferentes, a começar pela forma de administrar o tempo. A mídia funciona premida pela pressa, o “ontem” já não é mais critério de noticiabilidade, pois o importante é repercutir os fatos no momento em que estão acontecendo. Qualquer amadurecimento do debate sobre temas tratados é inviável, não há na prática cotidiana das redações a possibilidade de confrontar fatos, argumentos e reflexões distintas sobre as questões noticiadas. O ritmo de trabalho favorece a sedimentação de estereótipos e o resultado da análise jornalística de fatos criminosos será muito provavelmente distinto daquele que é (ou deveria ser) produto do processo judicial”. SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 366.

Nas palavras de Pierpaolo Bottini,

A desestruturação dos espaços de convívio social, potencializada pela intensificação da comunicação virtual, ocasiona o desmonte dos padrões de comportamento que possibilitam este mesmo convívio. Se, por um lado, este fenômeno amplia os espaços de liberdade do indivíduo, por outro, desfaz a coesão social que resultava da obediência e do exercício de normas culturais e que, de certa forma, garantia estabilidade das expectativas de comportamento.¹¹⁴

Em virtude dessa desconfiança social, os seus membros clamam pelo aumento do controle formal das atividades dos indivíduos, fazendo com que o Direito receba, diuturnamente, novas atribuições. Nesse diapasão, o descrédito social volta-se para a (in)eficácia de alguns ramos do Direito (civil, administrativo, a título exemplificativo), importando, mais uma vez, em propostas de intervenção penal¹¹⁵.

Por seu turno, a sociedade que conclama pela expansão do direito penal, não postula a ruptura do sistema produtivo, nem tão pouco defende a alteração da estruturação econômica, ocasionando, dessa forma, um paradoxo sem precedentes. Ou seja, a sociedade satisfaz-se com os modelos produtivos, econômicos e tecnológicos impostos, contudo, postula a supressão do elemento nelvrágico de tais modelos: o risco. Por sua vez, resta evidente que a norma penal não apresenta condições para suprimir os riscos oriundos da atual sociedade, eis que o direito penal não é seu produtor. O direito penal, tão somente, pode ser utilizado como um instrumento de contenção do risco, mas não de supressão do mesmo.

Assim,

Fica evidente a dificuldade do direito penal em cumprir sua missão de mecanismo de gestão dos riscos. A ele é imposto o objetivo de contenção de atividades perigosas, mas, ao mesmo tempo, não pode levar a cabo sua tarefa por completo sob pena de perecimento das estruturas econômicas fundantes do sistema social contemporâneo. Os riscos não podem ser extirpados pelo direito penal que cumpre, em muitas situações, o papel simbólico de apaziguar, por certo período, os anseios populares por mais segurança.¹¹⁶

¹¹⁴ BOTTINI, op. cit., p. 88.

¹¹⁵ [...] A demanda popular pelo direito penal apresenta, nos tempos atuais, uma rara unanimidade e congrega setores conservadores e progressistas em torno do apoio à repressão penal dos riscos. A sociedade de riscos demanda um Estado de segurança que amplie os âmbitos de contenção de atividades para responder a uma situação de emergência estrutural, derivada da própria organização produtiva. Este clamor social sensibiliza o discurso político e leva à juridicização da opinião pública, ou seja, o público deixa de ser um simples destinatário da norma jurídica, para se tornar, ao mesmo tempo, um elemento indutor da expansão deste sistema, interferindo na produção legislativa e orientando a construção de um novo direito penal. Ibid., p. 90.

¹¹⁶ Ibid., p. 91.

Em virtude disso, movimentos legislativos apontam para a criação de inúmeras leis penais, cujo conteúdo tem por objeto a proteção de bens difusos e coletivos, pautando sua incidência em contextos genéricos. Assim, o tipo fechado – caracterizado pela descrição precisa da conduta ilícita – paulatinamente perde espaço para a lei penal com conteúdo flexível, que deverá ser complementada por outras regras – norma penal em branco.

Por seu turno, o legislador penal da sociedade de risco vale-se da criação de tipos penais de perigo abstrato, como forma de enfrentamento/controlado de riscos inéditos. A partir dessa espécie de tipo penal, tem-se o deslocamento do injusto do resultado para o injusto da ação. Na verdade, “[...] a criminalização de condutas por meio desta técnica visa a antecipação da incidência da norma, para afetar condutas antes da verificação de qualquer resultado lesivo”¹¹⁷.

Desse modo,

as teorias de imputação objetiva, que retomam os estudos neokantistas de buscar em critérios valorativos as respostas para os problemas da dogmática penal, apresentam o elemento da criação do risco não permitido para materializar o injusto penal. A ação penalmente relevante não é mais aquela que causa, no sentido naturalístico, um resultado danoso, mas aquela que cria um risco relevante e intolerável para o bem jurídico protegido.¹¹⁸

Nesse diapasão tem-se que o direito penal, enquanto instrumento de controle social, é atingido por toda esta complexidade de fatores que caracterizam a sociedade do risco, o que se pode comprovar por meio do cuidado exigido para fins de configuração ou não dos crimes culposos, da figura do garantidor nos crimes comissivos por omissão, a título exemplificativo. Da mesma forma, a atuação legislativa encontra dificuldades em centrar sua atuação de modo a criminalizar “o risco inaceitável” e, por outro lado, permitir o livre desenvolvimento da sociedade a partir da conceituação do risco permitido (aceitável).

A idéia de gestão de riscos surge com a evolução das teorias que dedicaram seus estudos aos elementos da probabilidade (da matemática), de maneira a possibilitar a definição e extensão dos riscos. Com a evolução da sociedade, a análise dos riscos assumiu importante relevância, eis que a sociedade contemporânea exige complexidade na administração dos

¹¹⁷ BOTTINI, op. cit., p. 94.

¹¹⁸ Ibid., p. 96.

riscos. A começar, faz-se necessário analisar o risco a partir do conjunto de conhecimentos das conseqüências potenciais em caso de materialização do risco, o que se efetiva por meio do estudo do impacto das atividades desenvolvidas ou a serem desenvolvidas em uma determinada sociedade. A partir de então, inicia-se a gestão dos riscos que potencialmente essa atividade poderá ocasionar, culminando com o estabelecimento de quais são os riscos permitidos¹¹⁹ ou quais são os riscos revestidos de significativa periculosidade para o desenvolvimento social. E é justamente no que tange a classificação entre risco permitido ou não que a Administração Pública, por meio de seus agentes, assume importante relevância na gestão do risco, de maneira a refletir no direito penal nas intituladas normas penais em branco. Contudo, tendo em vista a ausência de critérios científicos capazes de definirem a periculosidade comportamental do indivíduo – com interação diretamente proporcional a produção dos riscos – o princípio da precaução apresenta-se como medida de contenção dos riscos, qual seja, “pode ser conceituado como a diretriz para a adoção de medidas de regulamentação de atividades, em casos de ausência de dados ou informações sobre o potencial danoso de sua implementação¹²⁰”.

O princípio da precaução caracteriza-se pela antecipação do cuidado, ou seja, exterioriza-se por meio da prudência. Dessa forma, o gestor de riscos, diante de uma determinada atividade, em um primeiro momento, analisa contextualmente se aquela é capaz de produzir ou não riscos aos bens jurídicos da sociedade. Na hipótese de serem demonstrados cientificamente (de maneira universal) os riscos produzidos por uma determinada atividade, o controle dos riscos é medida imperativa. Contudo, se não houver certeza científica, nem tão pouco constatações de cunho universal, a periculosidade restará galgada em premissas universais.

A partir de então, faz-se necessário estabelecer a diferenciação entre a precaução e a prevenção, sendo que a primeira resta assentada no campo do cientificamente desconhecido, ao passo que a segunda resta estabelecida diante da evidência do perigo (constatada pela ciência), sendo medida de restrição a uma determinada atividade. E é justamente a partir da maior ou menor intensidade nas medidas de restrição que urge delinear a conduta a qual ela é aplicada, em especial, quando a sanção que acompanha a inobservância da restrição é de cunho penal, uma vez que a utilização da pena como medida restritiva de uma determinada

¹¹⁹ De Giorgi define o risco permitido como o patamar em que as indeterminações não adquirem valor de estrutura, ou seja, em que os desvios do risco padrão não se estabilizem e se transformem em uma normalidade de grau inferior, o que causa uma sensação de insegurança insuportável à coesão social. BOTTINI, op. cit., p. 56.

¹²⁰ Ibid., p. 62.

atividade somente tem razão de existir diante de um grau intolerável de periculosidade para a manutenção da sociedade.

Isto porque,

[...] se entendermos que o direito penal é um dos instrumentos utilizados pelo gerente de riscos para fazer valer as medidas restritivas adotadas, fica evidente a necessidade de distinção entre condutas sobre as quais incidem regras de prevenção e condutas sobre as quais incidem regras de precaução. A gravidade que reveste as primeiras é maior do que a gravidade que reveste às últimas, diante do grau de conhecimento que a ciência tem de ambas¹²¹.

Nesse diapasão, denota-se que a certeza científica é de extrema importância para que haja a correta compreensão do princípio da precaução, uma vez que este tem sua incidência a partir de incertezas oriundas da não explicação científica. Ainda que a ciência não tenha condições de estabelecer em caráter absoluto os efeitos de uma atividade humana, por outro lado, não é defeso afirmar que medidas de precaução em todos os âmbitos sociais causaria a inamobilidade desta, de maneira a prejudicar o desenvolvimento econômico, uma vez que os riscos são, hodiernamente, intrínsecos de inúmeras atividades.

Há que se considerar, que os riscos são provocados por ações humanas, que, hodiernamente, não estão mais restritas a determinados espaços geográficos ou temporais, expondo, por vezes, a perigo a própria sobrevivência humana de maneira global. O conceito de risco e sua evolução, dentre outros autores, é encontrado na obra de François OST, que sustenta em um primeiro momento (primeira fase) o risco assumindo um caráter de acidente – acontecimento imprevisto e individual; em um segundo momento (segunda fase) o risco perpassa pela idéia de prevenção e segurança, de maneira que a coletividade deveria exercer importante papel na redução das probabilidades de ocorrência de um resultado danoso; por fim, a terceira etapa caracteriza o risco como catastrófico e imensurável, atribuindo as ações humanas a existência e o aumento dos riscos¹²².

Por todo o exposto, depreende-se que a sociedade de risco culmina na criação de um direito penal que tem sua incidência antecipada à barreira de proteção, sendo que, nas palavras de Diego Romero,

¹²¹ BOTTINI, op. cit., p. 65.

¹²² OST, François. **O Tempo do Direito**. São Paulo: Editora EDUSC, 2005. p. 344/345.

[...] se expressa na mudança de paradigma que vai da lesão do bem jurídico para a perigosidade da ação em si mesma, já que, muitas vezes, o núcleo do dano causado talvez não possa ser atribuído a alguém, todavia, acaba-se adotando a postura de considerar tais casos como resultantes de falta de cuidado, havendo um incremento na tipificação dos crimes de perigo, crimes comissivos por omissão, não-distinção entre autoria e participação, inversão da carga de prova, além da substituição do modelo clássico de justiça pela justiça negociada¹²³.

Dessa forma, o direito penal da sociedade de risco é utilizado como forma de minimizar os riscos e de criar a (falsa) sensação de segurança. Para tanto, o crescimento dos crimes de perigo, em especial, os de perigo abstrato, está sendo a fórmula mais utilizada para a legitimação do discurso de legitimação de um direito penal máximo, desencadeando em um conjunto assistemático e acientífico de normas jurídico-penais.

Consoante o entendimento de Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira,

diferentemente da linha tradicional, surgiram normas punitivas de perigo abstrato, dispendo de modo diferente do que historicamente se estabelecera a partir do referido crime de perigo para a vida e saúde de outrem, como consta de seu nomen júris no Código Penal e de sua restritiva redação (perigo direto e iminente). Nasceram dispositivos penais que se valem da expressão “dano potencial”, sem exigir que o perigo seja real, iminente ou direto. Com essa imprecisa “previsão” legal, poderá o juiz realizar a atividade interpretativa, avançando, até mesmo ampliativamente, in malam partem, e tornando frágil o princípio da legalidade. Com isso, o poder de decidir sobre o que seja potencialidade danosa acaba situado no âmbito de seu arbítrio¹²⁴.

Isto porque, para a ocorrência de um crime de dano (lesão), faz-se necessário que o respectivo bem jurídico seja eliminado ou diminuído¹²⁵. Por outro lado, o crime de perigo pode ser conceituado como

[...] aquele que, sem destruir ou diminuir o bem jurídico tutelado pelo direito penal, representa uma ponderável ameaça ou turbação a existência ou segurança de ditos valores tutelados, uma vez existir relevante probabilidade de dano a estes interesses¹²⁶.

¹²³ ROMERO, Diego. **Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato**. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. Teresina, v. 7. 2006, p.52.

¹²⁴ OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. **Crimes de perigo abstrato**. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 18 dez 2009.

¹²⁵ REALE JUNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal – Parte Geral*. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 102.

¹²⁶ ROMERO, op. cit. p. 44.

Portanto, se houver violação concreta ao bem jurídico o crime será caracterizado como sendo de dano; por sua vez, se a ação humana for capaz de causar ameaça a um determinado bem jurídico, será capitulado como sendo um crime de perigo.

Nesse diapasão, faz-se necessário salientar, que os crimes de perigo são, ainda, classificados em crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato. Os delitos de perigo concreto são traduzidos em uma real possibilidade de ocorrência de um dano ao bem jurídico protegido em um determinado caso concreto (análise fática). Tais crimes, da mesma forma que os de lesão, são, também, de resultado; contudo, ao passo que os delitos de lesão necessitam da concreta violação do bem jurídico, para a caracterização dos crimes de perigo basta a criação de um perigo suficiente a ocorrência da referida lesão.

Para Günther Jakobs, em suma, os crimes de perigo concreto necessitam de mais do que uma ação (situação subjetiva) para sua ocorrência, ou seja, imprescindem de uma situação concreta de perigo a um determinado objeto tutelado. Ressalta ainda o referido autor, que nas hipóteses de crimes de perigo, o autor da ação possui o conhecimento do perigo que está produzindo, qual seja, há dolo (direto ou eventual) na sua conduta produtora de um perigo¹²⁷. Portanto, os crimes de perigo concreto caracterizam-se pela efetiva produção de perigo para um determinado bem jurídico, independente da ocorrência de lesão, mas de maneira que a conduta explicita uma real possibilidade (iminência) de ocorrer o dano.

Nas palavras de Diego Romero,

[...] para a caracterização dos crimes de perigo concreto faz-se necessário a coexistência de no mínimo três situações, a saber: primeiramente, é fundamental existir um objeto tutelado que entre no âmbito de conhecimento e volição daquele que pratica determinada ação que acaba expondo tal objeto a perigo de dano; em segundo lugar, esta ação realizada deve criar real e individual perigo de dano ao objeto da ação; e em terceiro lugar, do ponto de vista do bem jurídico, esta exposição concreta a perigo traduz-se em uma situação em que, apresenta-se provável a causação de uma lesão, que não pode ser evitada de forma alguma¹²⁸.

Por sua vez, os crimes de perigo abstrato são “aqueles em que se castiga a conduta tipicamente perigosa como tal, sem que no caso concreto tenha que ocorrer um resultado de exposição a perigo”¹²⁹. Dessa forma, estar-se-á diante de um crime de perigo abstrato quando

¹²⁷ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: Parte General**. Madrid: Marcia Pons Editora, 2003. p. 206/207.

¹²⁸ ROMERO, op. cit. p. 51.

¹²⁹ ROXIN, **Derecho Penal Parte General Tomo I: Fundamentos. La estructura de La Teoria Del Delito**. Madrid: Civitas, 2006. p.407.

o tipo penal não descrever a necessidade de exposição de um determinado bem jurídico a um perigo concreto, ou seja, quando a conduta proibida encerra o próprio tipo penal. Portanto, nos crimes de perigo abstrato, o caráter punitivo encontra sua legitimação na própria conduta do indivíduo, sem sequer cogitar a existência ou não de dolo naquela.

Para Blanca Mendoza Buergo,

Los delitos de peligro abstracto castigan la puesta en práctica de una conducta reputada generalmente peligrosa, sin necesidad de que haga efectivo un peligro para el bien jurídico protegido. Em ellos se determina la peligrosidad de la conducta típica a través de una generalización legal basada em la consideración de que determinados comportamientos son típicamente o generalmente para el objeto típico y, en definitiva, para el bien jurídico. Así, al considerar que la peligrosidad de la acción típica no es elemento del tipo sino simplemente razón o motivo de la existencia del precepto, se concluye que no solo no es necesario probar si se há producido o no en el caso concreto una puesta en peligro, sino ni siquiera confirmar tal peligrosidad general de la conducta en el caso individual, ya que el peligro viene deducido a través de parámetros de peligrosidad preestablecidos de modo general por el legislador¹³⁰.

Portanto,

a definição jurídica de tal modalidade delitiva dependerá não da previsão de uma conduta com probabilidade concreta de dano, isto é, de um resultado efetivamente perigoso para a vida social, mas da prática de um comportamento simplesmente contrário a uma lei formal, em outras palavras, a simples realização de um ato proibido pelo legislador, sem causar necessariamente dano ou sequer um perigo efetivo à ordem jurídica. Ou seja, pune-se ainda que não ocorra o dano efetivo do bem jurídico, ou, ao menos, sua possibilidade concreta. Pune-se, pois, a pura violação normativa¹³¹.

Contudo, ao operacionalizar o direito penal dessa maneira, o legislador inverte a carga probatória que lastreia a atuação processual penal, uma vez que a acusação deixa de ter a obrigatoriedade de comprovar a existência do dano e do nexo causal, bastando, simplesmente, demonstrar a violação da norma. Para a configuração dos crimes de perigo abstrato,

¹³⁰ BUERGO, Blanca Mendoza. *Limites Dogmáticos y Políticos-Criminales de los delitos de peligro abstracto*. Editorial Comares: Granada, 2001. p. 19/20.

¹³¹ ROMERO, op. cit. p. 52.

[...] sua definição jurídica dependerá, como querem os que vinculam a essa linha de pensamento, não da previsão de uma conduta com probabilidade concreta de dano, isto é, de um resultado efetivamente perigoso para a vida social, mas da prática de um comportamento simplesmente contrário a uma lei formal, sem causar necessariamente danos ou sequer um perigo efetivo à ordem jurídica¹³².

A conceituação dos crimes de perigo abstrato perpassa pela evolução do próprio direito penal. A começar, no direito penal clássico, não havia agregação de valores a elementos que não estivessem no próprio ordenamento jurídico, de maneira a garantir maior eficiência na aplicação do direito. Dessa maneira, o pensamento clássico somente permitia a atuação penal mediante a comprovação de que uma determinada conduta, contrária ao ordenamento jurídico, tivera provocado um resultado danoso, ou seja, não se punia a mera conduta. A ação passível de punição deveria ser sucedida de um dano exterior, razão pela qual, os crimes de perigo abstrato tem pouca ou nenhuma relevância para o direito penal clássico, uma vez que este modelo de direito penal não opera com a instrumentalidade de uma intervenção a partir, tão somente, do desvalor da ação, mas sim de uma modificação do mundo exterior. Da mesma forma, a doutrina do direito penal clássico assevera que os crimes de perigo concreto e de perigo abstrato diferenciam-se, tão somente, em relação ao conteúdo probatório, uma vez que aqueles necessitam da demonstração da ocorrência do evento danoso, ao passo que nos últimos existe uma presunção de que o evento danoso ocorreria. Contudo, tais digressões importam em absoluta violação da presunção de inocência do acusado, eis que nestes casos, a presunção é utilizada em desfavor do acusado.

Tem-se, portanto, que o direito penal clássico caracteriza-se pelo seu distanciamento dos elementos da realidade social, razão pela qual, cede espaço ao modelo neokantiano, o qual estabelece a relação do direito penal a partir dos fenômenos sociais. Com isso, evolui-se de um direito penal meramente formal para um direito penal co-relacionado com os valores sociais. A partir de então, o crime de perigo abstrato assume uma maior relevância, eis que para esta corrente de pensamento a ilicitude de uma conduta não guarda relação unicamente com a violação da norma, mas também com a violação dos valores de uma sociedade. Dessa forma, para além dos elementos de causalidade entre conduta e resultado, o direito penal deve também importar-se com a possibilidade imediata de ocorrência de um resultado danoso.

Por seu turno, o pensamento finalista caracterizou-se pela atenção direcionada a finalidade da conduta de uma pessoa, de maneira que ao direito penal importa a intencionalidade de uma determinada conduta. Dessa forma, uma ação penal se torna

¹³² OLIVEIRA, op. cit.

relevante a partir do momento em que tem como finalidade o cometimento de um ilícito (violação do regramento penal) e não a mera contrariedade formal da lei (modelo clássico) ou a contrariedade aos modelos culturais e sociais impostos (neokantiano). Para a óptica finalista, os crimes de perigo abstrato não se caracterizam pela situação real de ameaça, mas tão somente pela conduta que pode ensejar um resultado danoso. Portanto, a adequação da conduta à norma penal é de cunho objetivo, não guardando qualquer correspondência com a modificação do mundo exterior. Nesse diapasão, a mera adequação da conduta com o tipo penal é suficiente para a intervenção do direito penal, uma vez que no perigo abstrato buscase a conscientização – mudança comportamental – por meio de um direito penal preventivo.

Assim,

[...] para os crimes de perigo abstrato, o aspecto subjetivo da conduta estaria reduzido à mera intenção de realizar o tipo formal, à mera ação, sem nenhuma intencionalidade de produção de uma situação de perigo, de um processo causal socialmente não desejado, ou de negligenciar o cuidado requerido nos âmbitos das relações de risco. O desvalor da ação ficaria reduzido a uma subsunção formal que absorve o próprio núcleo da ação finalista, qual seja, seu aspecto subjetivo¹³³.

Na verdade, os crimes de perigo abstrato, nos termos do finalismo, são caracterizados pela periculosidade de uma conduta capaz de ocasionar um dano. Ou seja, não é o mero comportamento do agente que deve ser objeto de tutela penal, mas sim, o comportamento com potencial de violação de bens jurídicos. Não há relevância penal na vontade de agir, mas sim, na finalidade contida naquela.

A partir do exposto, os crimes de perigo abstrato assumem novos contornos por meio de uma leitura pós-finalista, onde o direito penal é chamado a intervir em momento anterior ao rompimento da barreira de proteção, em virtude da ampliação dos riscos criados. Alguns teóricos do pós-finalismo defendiam a legitimidade e ampliação dos crimes de perigo abstrato, o que faziam com a referência aos postulados de bem jurídico, compreendendo nesta conceituação os valores de uma determinada sociedade, razão pela qual a tutela do direito penal deveria ser para além da proteção de uma lesão concreta, mas também compreender a inibição de condutas que impeçam a operacionalização – concretização – dos valores da sociedade. Contudo, há que se referir que sob esta perspectiva os crimes de perigo abstrato não são classificados como formais – mera violação da norma, uma vez que deverá haver a violação de um bem jurídico específico para que haja a intervenção penal (razão pela qual

¹³³ BOTTINI, op. cit., p. 137.

atribui-se um conteúdo material a conduta).

Portanto, os crimes de perigo abstrato serviriam para a manutenção da ordem em uma sociedade, de maneira que para toda e qualquer conduta fosse possível a realização do tipo penal, e, por consequência, a intervenção penal. As críticas formuladas a esta corrente de pensamento restaram pautadas nos limites constitucionais que impõem uma culpabilidade individual para fins punitivos, sendo que entendimento diverso, importaria em regresso ao período de punições arbitrárias.

De qualquer sorte, depreende-se do pensamento pós-finalista a exacerbação do direito penal, na perspectiva em que propugna pela proteção de expectativas e de imposição e manutenção de padrões comportamentais. Contudo, faz-se necessário que se busquem limites a aplicabilidade dos crimes de perigo abstrato, de maneira a identificar em seu conteúdo o que se reveste de *status* de injusto penal ou não. Para tanto, o pensamento de Volz apontou a assunção do risco como sendo o critério para a identificação do injusto penal nos crimes de perigo abstrato, de maneira a deduzir que toda a conduta criminosa é perigosa, razão pela qual, ao praticar a referida conduta, o sujeito estaria assumindo (consentindo) com o risco inerente aquela. Por outro lado, Gallas desenvolve seu pensamento a partir de contornos mais amplos, de maneira a agregar o pensamento normativo e neokantiano, construindo, dessa forma, seu conceito de tipicidade material, oportunidade em que estrutura sua tese a partir do desvalor da ação, desde que esta esteja voltada teleologicamente ao cometimento de um ilícito, razão pela qual os crimes de perigo abstrato não são tratados pelo referido autor como sendo crimes de desobediência, mas sim, crimes de perigo possível.

Por seu turno Claus Roxin defende que o limite do direito penal guarda correspondência com a definição de bem jurídico. Dessa forma, Roxin reconhece a legitimidade dos crimes de perigo abstrato, desde que estes objetivem a tutela de bens jurídicos e que este objetivo esteja claramente descrito na norma incriminadora. Para o referido autor, os crimes de perigo abstrato assemelham-se com os crimes culposos, na medida em que sua incidência depende da inobservância de um cuidado devido. Contudo, no que diz respeito aos crimes de trânsito (condutas em massa), Roxin defende que a tipicidade da conduta existe ainda que não seja possível a ocorrência de resultado danoso, uma vez que entende que nesta seara o direito penal atua como um elemento dotado de robustez punitiva, capaz de fortalecer a função de prevenção que o direito penal por vezes exerce.

Nesse diapasão, Claus Roxin classifica os crimes de perigo em concretos e abstratos. Segundo o autor,

Los delitos de peligro concreto requieren que en el caso concreto se haya producido un peligro real para un objeto protegido por el tipo respectivo. El caso más importante en la práctica es la puesta en peligro del tráfico viário, en el que, además de las peligrosas formas de conducción allí descritas se requiere adicionalmente que de ese modo sean “puestas en peligro la vida o la integridad de otro o cosas ajenas de considerable valor”¹³⁴.

Por outro lado, os crimes de perigo abstrato

[...] son aquellos en los que se castiga una conducta típicamente peligrosa como tal, sin que en el caso concreto tenga que haberse producido un resultado de puesta en peligro. Por tanto la evitación de concretos peligros y lesiones es sólo el motivo del legislador, sin que su concurrencia sea requisito del tipo¹³⁵.

No que se refere aos crimes de perigo abstrato tem-se que os mesmos caracterizam-se pela existência intrínseca do perigo na conduta do agente. Segundo José Francisco de Faria Costa, “nos crimes de perigo concreto, o perigo constitui elemento do tipo legal, ao passo que nos crimes de perigo abstrato o perigo não é elemento do tipo, mas tão-só sua motivação”¹³⁶.

Conforme já referido, Roxin clássica as práticas delituosas ocorridas no trânsito como sendo crimes de perigo concreto, razão pela qual, exigem que algum bem jurídico seja posto concretamente em perigo para que haja a intervenção do direito penal. Dessa maneira, violações que não ponham em risco de maneira concreta um bem jurídico somente podem ser objeto de sanção administrativa, mas jamais de direito penal. Nessa linha de raciocínio, o renomado autor sustenta que uma manobra no trânsito terá o *status* de provocar ou não a intervenção penal de acordo com a sua incidência no que se refere a criação de um perigo concreto aos demais condutores ou transeuntes, razão pela qual, a incidência ou não daquele guarda correspondência com o caso concreto, não subsistindo, portanto, fórmulas pré-estabelecidas.

Dessa forma, em consonância com o pensamento do supracitado autor e, a título exemplificativo, tem-se que a embriaguez na direção veicular somente poderá ser passível de punição na esfera penal a partir do momento em que a condução do veículo sob o efeito de álcool seja capaz de, concretamente, expor a perigo os demais usuários do sistema viário,

¹³⁴ ROXIN, op. cit. p. 404.

¹³⁵ Ibid., p. 407.

¹³⁶ FARIA COSTA, op. cit., p. 620/621.

razão pela qual sustenta-se que a existência ou não do crime descrito no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (redação da Lei 11.705/08) guarda estreita relação com o caso concreto, não sendo admissível que esta conduta seja punida na esfera penal quando o referido perigo concreto inexistir.

Assevera-se ainda, que os crimes de perigo abstrato tem sua limitação e, por conseqüência, legitimidade a partir dos preceitos constitucionais, sendo que a (des)criminalização de condutas devem obediência a Constituição Federal. Dessa forma, consoante assevera Roxin, tendo em vista que um Estado de Direito é pautado na liberdade, o intervencionismo penal deve estar delimitado a tutela de bens jurídicos protegidos constitucionalmente ou, que ao menos, não tenham sua tutela vedada pela Constituição. Para Ângelo Roberto Ilha da Silva,

[...] há que se tutelar, além dos bens constitucionalmente relevantes assinalados de forma expressa, somente aqueles valores que não se puserem em contradição com ela, observando-se as vedações a incriminações nela contidas expressa ou implicitamente¹³⁷.

Tem-se, portanto, que a criação de crimes de perigo, seja ele concreto ou abstrato, deve obediência a Constituição Federal, de modo que resta vedada a criminalização de condutas que contrariem valores estabelecidos naquela, bem como, pelo aspecto teleológico, resta permitida a criminalização de condutas que objetivem a proteção de valores contidos naquela carta política.

¹³⁷ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 88.

2.4 UMA LEITURA DO NOVO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

Conforme já referido, a noção de que a exacerbação dos crimes de perigo abstrato, dentre os quais, a condução de veículo automotor sob a influência de álcool, tem sua razão de existir (legitimidade) a partir da necessidade de tutela de bens jurídicos atuais e das gerações futuras (em razão do temor dos crimes – condutas - de acumulação) não encontra suporte na moderna leitura de um direito penal constitucionalizado, qual seja, pautado no intervencionismo mínimo.

Nesse diapasão, há que se ressaltar que o crime disposto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (redação da Lei nº 11.705/08) somente teve o condão de endossar o expansionismo penal, de maneira a legitimar o (re) surgimento de um direito penal simbólico¹³⁸. Ou seja, a criminalização da conduta ora em comento importou, tão somente, em uma medida tranqüilizadora para a sociedade, com eficácia de grau mínimo ou nenhum. Ora, conforme abordado no presente trabalho, muitos foram os teóricos que se dedicaram ao desenvolvimento de uma teoria do direito dissociada dos aspectos de moral. Nesta seara, hodiernamente, a discussão encontra-se galgada na afirmativa de que comportamentos não devem ser objeto de tutela do direito penal, mas sim condutas que violem, concretamente, bens jurídicos.

No entanto, ao criminalizar a conduta de dirigir sob o efeito de álcool o que buscou o legislador – completamente alheio ao conteúdo material que deve pautar uma norma jurídico-penal – foi a mudança de comportamento dos membros da sociedade, por meio da coação operacionalizada pelo aparelho repressor do Estado. Na verdade, o legislador somente foi um reproduzidor dos processos criminalizadores¹³⁹ que se fundam em critérios quantitativos, na famigerada postura de quanto mais direito penal, melhor. A exemplo de outras posturas político-criminais com validade questionável, após um período de vigência da referida lei, os altos índices de vítimas de acidentes de trânsito passaram a permear, novamente, os meios midiáticos, em evidente demonstração do insucesso legislativo.

¹³⁸ JAKOBS, MELIÁ, op. cit., p.59.

¹³⁹ Discurso de esquerda punitiva, expressão utilizada por: KARAM, Maria Lúcia. *A esquerda punitiva. Discursos sediciosos: crime, direito, sociedade*/Instituto Carioca de Criminologia. Ano I, n.1. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996, p. 79-92.

Por seu turno, o que se denota é que a eficiência da referida criminalização restou obstaculizada, também, pelos institutos de direito penal e de processo penal, uma vez que, em relação ao primeiro, por força da retroatividade da lei mais benigna em matéria penal houve uma *novatio legis in melius*¹⁴⁰ para os sujeitos que estavam respondendo a processos criminais pelo até então vigente artigo 306¹⁴¹ do Código de Trânsito Brasileiro que disciplinava a matéria, uma vez que o referido artigo não exigia grau algum de embriaguez, sendo que, com a alteração legislativa, passou-se a exigir para a configuração do crime (tipicidade) concentração igual ou superior de seis decigramas de álcool por litro de sangue. Por outro lado, o preceito secundário da norma que disciplina um apenamento de detenção de três meses a três anos impõe o oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo¹⁴² por parte do órgão acusador, ensejando, em especial àqueles que não se dedicam

¹⁴⁰ A modificação legislativa, além de reduzir a incidência do delito de embriaguez ao volante (descriminalizando a conduta daqueles que foram abordados com menos de 0,6 decigramas), reflete seus efeitos também nos processos criminais em andamento, nos quais os acusados não efetuaram o exame de alcoolemia. A norma que alterou a redação do art. 306 – Lei nº 11.705/08 – é, indubitavelmente, mais benéfica, devendo haver a retroatividade da mesma, para aqueles acusados que estão sendo processados pelo delito de embriaguez ao volante (sob o manto da legislação anterior), e não realizaram os exames de medição exata do teor alcoólico. Trata-se, portanto, de um caso de *lex mitior*, previsto no art. 5º, inc. XL da CF, onde se impõe a aplicação da lei cujo resultado final seja o mais favorável para o agente. Dessa forma, impõe-se a retroatividade da nova lei, uma vez que, por ocasião de ato legislativo mais benéfico, patente é a atipicidade da conduta daqueles que foram flagrados dirigindo sob a influência de álcool – na vigência da lei antiga – e negaram-se a fazer o teste em etilômetro ou exame de sangue, visto que não há como se aferir os níveis, patamares de álcool que o sujeito possuía (se possuía) quando da abordagem policial. In.: HOUAYEK, Raphael de Sá e Silva; GOMES, Lauro Thaddeu. *Novatio Legis in melius: uma análise da nova lei de trânsito sob o prisma da retroatividade*. Disponível em: [www. ibccrim. org.br](http://www.ibccrim.org.br). Acesso em: 18 dez 2009.

¹⁴¹ Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem. Redação anterior a alteração legislativa provocada pela Lei nº 11.705/08.

¹⁴² “Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 01 (um) ano, abrangidas ou não por esta lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).” Redação do art. 89 da Lei 9.099/95. No mesmo sentido: “**EMENTA:** HABEAS CORPUS. - O eminente Desembargador João Batista Marques Tovo, ao conceder a liminar pleiteada, em plantão jurisdicional deste Corte, assim fundamentou a sua decisão: "(...) Estou em conceder a liminar. Com efeito, preso em flagrante pela prática do crime previsto no artigo 306 da Lei 9.503/1997, o paciente foi mantido na prisão sob fundamento de ser sua conduta gravíssima: sendo motorista profissional, ser flagrado a conduzir veículo de grande porte pelas ruas da cidade, sob estado de embriaguez. A meu sentir, todavia, esse argumento não autoriza a prisão provisória sequer para garantia da ordem pública. E, ainda que tese se fosse exigir que ele pagasse fiança para ser solto, seria aplicável o disposto no artigo 350 do Código de Processo Penal, pois o paciente foi recolhido à prisão em razão de não dispor de quinhentos reais. Assim, concedo liberdade provisória, nos termos e para os fins do disposto no artigo 310, § único, do Código de Processo Penal, determinando a expedição de alvará de soltura. (...)” - O ilustrado Procurador de Justiça, Dr. Ricardo Vaz Seelig, por sua vez, ao opinar pela concessão da ordem, assim se manifestou: "(...) Assiste razão ao impetrante, devendo ser mantida a liminar concessiva da ordem. Na esteira das informações prestadas pelo juízo a quo, o paciente foi flagrado em 24/01/2009, na prática do delito previsto no art. 306 do CTB, tendo o etilômetro apontado 0,39 mg/l, e a conclusão do laudo provisório do Departamento Médico-Legal, no sentido de que não havia constatado estado de embriaguez, não obstante apresentar o flagrado sinais clínicos de que estivesse sob a influência de álcool ou de substância psicotrópica. Fixada fiança de R\$ 500,00 pela autoridade policial, a prisão foi homologada pelo juiz plantonista, que elevou seu valor para R\$ 5.000,00. Oferecida denúncia, foi recebida em 06/02/2009, sendo designada audiência para

ao estudo do direito (processual) penal a intitulada “sensação de impunidade”.

Na verdade, a adoção de um direito penal máximo, por vezes, importa na sua coexistência com outros ramos do direito, dentre os quais o direito administrativo, o civil e o tributário (a título exemplificativo). Consoante Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira,

ao mesmo tempo em que se impunham, por exemplo, sanções tributárias com base nesse ramo jurídico, aplicavam-se cumulativamente e desnecessariamente soluções penais. A tendência intervencionista foi mais além. Mesmo que o direito especial não incidisse sobre o fato, em decorrência de soluções administrativas, ainda assim passou-se a entender aplicável o penal, diante da denominada “independência das esferas”. Ou seja, o penal, que somente deveria atuar quando falhassem os demais ramos do direito, passou a ser prioritário, como se devesse tutelar a ordem jurídica em geral, atuando não somente com independência quanto aos outros ramos, como até mesmo antes deles. Inverteu-se a destinação normal dos componentes do ordenamento jurídico¹⁴³.

E segue o autor afirmando,

diante de condutas que representam um perigo puramente abstrato, longínquo, de uma potencialidade imprecisa, passou-se a entender a elas aplicável o direito penal. Outorgou-se ao juiz uma espécie de tutela geral sobre ações normalmente reguladas por outras espécies de normas. Chegou-se mais longe, ainda. Passou-se a punir não somente condutas contra normas de outros ramos do direito como até mesmo simples desobediências a essas normas¹⁴⁴.

proposição de suspensão condicional do processo em 24/04/2009. A segregação cautelar é medida excepcional que deve estar embasada na necessidade da restrição da liberdade. In casu, verifica-se que apesar de o acusado ter se envolvido em acidente na direção de um caminhão/trator Volvo, na Av. Assis Brasil, com sinais de embriaguez, fugindo do local, o que motivou a sua perseguição e detenção na Av. Ipiranga com Praia de Belas, não se constata justa causa para a manutenção do cárcere. Esse é o entendimento, pela não ocorrência das hipóteses que autorizam a segregação preventiva, sobretudo porque primário o acusado, sem registro de antecedentes, conforme esclarecido nas informações da autoridade judicial, tanto que aprazada audiência para proposição da suspensão condicional do processo para o dia 24/04/2009. Como bem apontado na decisão concessiva da liminar, `preso em flagrante pela prática do crime previsto no artigo 306 da Lei 9.503/1997, o paciente foi mantido na prisão sob fundamento de ser sua conduta gravíssima: sendo motorista profissional, ser flagrado a conduzir veículo de grande porte pelas ruas da cidade, sob estado de embriaguez. A meu sentir, todavia, esse argumento não autoriza a prisão provisória sequer para garantia da ordem pública. E, ainda que tese se fosse exigir que ele pagasse fiança para ser solto, seria aplicável o disposto no artigo 350 do Código de Processo Penal, pois o paciente foi recolhido à prisão em razão de não dispor de quinhentos reais.¿ Esse também o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça, que concedeu a liminar levando em conta também o tempo decorrido da prática do fato: (...) Destarte, não se vislumbra, como bem apontado na decisão concessiva da liminar, nenhuma das hipóteses previstas no art. 312 do CPP que autorizem a segregação cautelar de Valdomiro Bozko. (...)¿ - Nessa senda, tem-se que a matéria foi bem examinada, tanto pelo eminente Desembargador Plantonista, quando da concessão da liminar pleiteada, assim como pelo ilustrado Procurador de Justiça, em seu parecer. - Assim sendo, com o objetivo de evitar desnecessária tautologia, adota-se os fundamentos acima transcritos, e concede-se a ordem. **ORDEM CONCEDIDA, RATIFICADA A LIMINAR ANTERIORMENTE DEFERIDA.**” (Habeas Corpus Nº 70028484806, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Julgado em 14/05/2009)

¹⁴³ OLIVEIRA, op. cit.

¹⁴⁴ OLIVEIRA, op. cit.

Em razão disso, sustenta-se que a política criminal deve estar articulada, de maneira a robustecer outros ramos do direito, em especial, o direito administrativo, como forma de evitar a exacerbação do direito penal, eis que a maior incidência deste não corresponde a redução de taxas de violência, seja qual for. O incremento legislativo (penal) pautado no aspecto quantitativo torna-se inócuo se utilizado de maneira isolada, o que resta bem explicitado, no objeto do presente trabalho, qual seja, na análise da vigente Lei Seca.

As sanções estatais podem ser aplicadas por meio de diferentes ramos do direito destacando-se, no entanto, o direito administrativo e o direito penal, sendo que tal assertiva encontra-se endossada na punição prevista para a conduta de dirigir embriagado, senão vejamos:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool, em nível superior a seis decigramas por litro de sangue, ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir;

Medida administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

Parágrafo único. A embriaguez também poderá ser apurada na forma do art. 277.

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.¹⁴⁵

A seara do direito administrativo encontra-se pautada, dentre outras, na presunção de veracidade de seus atos e, portanto, dos praticados por seus agentes. Por esta razão, consoante disciplinado no Código de Trânsito Brasileiro, para fins de sanção administrativa correspondente a conduta de dirigir embriagado basta que tal estado esteja auferido pelo etilômetro ou por qualquer outro meio contido no art. 277 do referido Código, *in verbis*:

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.

¹⁴⁵ Código de Trânsito Brasileiro.

§ 1º Medida correspondente aplica-se no caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos.

§ 2º A infração prevista no art. 165 deste Código poderá ser caracterizada pelo agente de trânsito mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas, acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor apresentados pelo condutor.

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo.

Neste diapasão, faz-se necessário ponderar que a Constituição Federal não possui dispositivo expresso contemplando o princípio da não obrigatoriedade de produção de prova contra si. Contudo tal ausência não tem o condão de não reconhecer tal garantia individual, pois a não obrigatoriedade da produção de prova contra si é derivada do princípio constitucional esculpido no art. 5º, LVII, qual seja, o princípio da presunção de inocência.

Todavia, o princípio da não obrigatoriedade da prova contra si é diuturnamente violado pelo Estado, uma vez que este exige do cidadão atitudes que possam o prejudicar. Tal violação é legitimada no poder de polícia da administração, sendo que estas impõem sanções aos administrados quando os mesmos não contribuem para a elucidação de uma determinada irregularidade.

A referida temática tem sido debatida no Tribunal europeu de direitos humanos, consoante analisa Pedro Krebs, segundo o qual:

Essa corte, em um primeiro momento define que o direito ao silêncio e o de não contribuir a sua própria incriminação são distintos, embora o segundo abranja o primeiro. O direito ao silêncio, para o TEDH, vige tão somente quando contra o cidadão existe já instaurado um processo – penal ou administrativo –, ou seja, quando a pessoa integra uma lide como parte; fora desses casos a pessoa não pode se valer do Direito ao silêncio, ainda que possua o Direito de não se autoincriminar. Assim, fora do contexto de um procedimento acusatório contra si, o Direito ao silêncio não prevalece, mas tão só o de não se auto incriminar, que, no caso, se a informação for obtida por intermédio de coação, tal prova não poderá ser utilizada em um processo penal ou administrativo futuro.¹⁴⁶

Consoante a redação do supracitado artigo, tem-se por impositiva a necessidade de submissão ao teste de alcoolemia quando o sujeito envolver-se em acidente de trânsito ou quando abordado pela autoridade competente. Tal conteúdo legal merece crítica na medida em que equipara o sujeito que trafega normalmente com o seu veículo àquele que envolveu-se

¹⁴⁶ KREBS, Pedro. A (in) constitucionalidade do §3º do art. 277 do CTB: uma leitura a partir da jurisprudência do TEDH. In.: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. **Reformas do Código de Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 171.

em um acidente; da mesma forma, não parece acertada a opção legislativa em submeter toda e qualquer sujeito que envolva-se em acidente ao teste de alcoolemia, pois ao submetê-lo a tanto exsurge reflexos negativos.

De maneira ainda mais incompreensível o §3º do artigo em comento equipara o sujeito que, agindo no estrito limite da norma constitucional nega-se a efetuar o teste de alcoolemia, com aquele que praticou (comissão) o ilícito previsto no art. 165 do Código de Trânsito Brasileiro. Assim, se o condutor negar-se a realizar o teste de alcoolemia será punido de acordo com o disposto no §3º do art. 277 do CTB; por outro lado se realizar o teste tal prova, em um primeiro momento poderá ser utilizada de maneira prejudicial no processo penal. Tem-se, portanto que a obtenção da prova é realizada mediante coação.

No entanto, para Renato Marcão,

Nada obstante a letra expressa da lei, que é taxativa ao impor que nas situações catalogadas no caput do art. 277 o condutor será submetido aos procedimentos que menciona, e que a recusa configura infração administrativa (§3º), na verdade o condutor não está obrigado, e autoridade nada poderá contra ele fazer no sentido de submetê-lo, contra a sua vontade, a determinados procedimentos visando apurar concentração de álcool por litro de sangue. Não poderá, em síntese, contrangê-lo a exames de alcoolemia (sangue, v.g.) ou teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro), vulgarmente conhecido por “bafômetro”.¹⁴⁷

Da mesma forma, e porque não dizer das mesmas razões entende-se que a infração administrativa também não deve subsistir, pois conforme Sylvia Helena de Figueiredo Steiner,

[...] o direito ao silêncio diz mais que o direito de ficar calado. Os preceitos garantistas constitucional e convencional conduzem a certeza que o acusado não pode ser de qualquer forma compelido de declarar contra si mesmo, ou a colaborar para a colheita de provas que possam incriminá-lo.¹⁴⁸

Por seu turno, Callegari e Lopes são enfáticos ao sustentarem que as modificações do Código de Trânsito Brasileiro não tiveram o condão de extrair a exigência da realização de prova pericial para fins de constatação da embriaguez, senão vejamos:

¹⁴⁷ MARCÃO, Renato. **Crimes de trânsito**: (anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da lei nº 9.503/97). São Paulo: Saraiva, 2009. p. 161.

¹⁴⁸ STEINER, Sylvia Helene de Figueiredo. **A convenção americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2000. p. 125.

A embriaguez, sabidamente, é uma intoxicação transitória que deixa vestígios. Dessa forma, de acordo com o art. 158 do CPP, torna-se indispensável o exame de corpo de delito, devendo o estado etílico ser demonstrado por especialistas, ou seja, por perito oficial (art. 159, caput, do CPP) ou por dois peritos nomeados, com curso superior e, preferencialmente, com conhecimento técnico na área (art. 159, §§1º e 2º, do CPP). Portanto, não podem os policiais ou agentes de trânsito, que não são experts e que não foram nomeados como peritos – até porque nem sempre são portadores de diploma de nível superior-, demonstrar a embriaguez.¹⁴⁹

Para Fabio Medina Osório, “no Direito Administrativo Sancionador, alguns atos gozam, sim, de alguma presunção de veracidade (que tão pouco é absoluta) como é o caso das multas de trânsito ou das autuações fiscais”.¹⁵⁰

Por seu turno, ganha relevância a interpretação/aplicação extensiva ao contido no art. 8º, II, alínea “g”, da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos, bem como, ao disposto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, qual seja, no direito a não auto-incriminação. Tem-se, assim, o tencionamento entre a presunção de veracidade de determinados atos do poder público e a presunção de inocência.

No entendimento de Fabio Medina Osório

[...] se a pessoa humana não pode ser obrigada a incriminar-se, a declarar contra seus próprios interesses, seja em campo penal, seja em campo administrativo, disso não decorre que suas atitudes mereçam a indiferença do interprete, até porque os operadores jurídicos não podem ser ingênuos e tam pouco devem restar distantes de saudáveis criterios de razoabilidade na interpretação dos fatos e da realidade.¹⁵¹

E segue o doutrinador afirmando

Se o Estado não pode obrigar alguém a submeter-se a exame de teor alcoólico, quando flagrado em circunstancias que indiquem estar o infrator sob efeito etílico, nada impede que se consigne em atas, documentos públicos o conjunto de fatores que tornam presumível o ato ilícito, ou seja, que gerem a idéia ou a razoável presunção de que o individuo efetivamente estava conduzindo veículo, em via pública, embriagado.¹⁵²

¹⁴⁹ CALLEGARI, André Luiz; LOPES, Fábio Mota. **A imprestabilidade do bafômetro como prova no processo penal**. São Paulo: Boletim IBCCRIM, ano 16, n. 191, p.8, out. 2008.

¹⁵⁰ OSORIO, Fabio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 359.

¹⁵¹ Ibid., p. 368.

¹⁵² Ibid., p. 369.

Nesta senda,

Controvertida, polêmica e interessante, sem dúvida, é a orientação do Tribunal Constitucional Espanhol em matéria de uso do “bafômetro” no combate aos ilícitos de circulação. Resulta consolidada a jurisprudência daquele Tribunal no sentido de que, havendo previsão legal não é inconstitucional, não ofende a garantia individual de que o acusado não é obrigado a produzir provas contra si mesmo, a exigência de submeter-se a exame de teor alcoólico, soprando ar dos pulmões. Mais ainda, entende o Tribunal que tam pouco é inconstitucional a submissão coercitiva do agente a exame de sangue, para detectar se está sob efeito de “drogas”, quando flagrado ao volante de veículo em via pública. A coercitividade, aqui, traduz-se na forma de uma sanção penal (e respectiva tipificação) para os recalcitrantes, com uma pena maior do que aquela prevista para a infração de conduzir sob efeito etílico.¹⁵³

Tem-se, no entanto, que ainda na órbita do direito administrativo, a coerção a realização de exame de “bafômetro” ou de coleta de sangue do condutor supostamente embriagado, acaba por violar sua liberdade fisiopsíquica, pois, de maneira intolerável frente aos ditames constitucionais o condutor é forçado a exercer comportamentos positivos, físicos e que acabam por violar seus interesses.

Ademais, consoante Medina Osório

[...] a extração coercitiva de sangue, particularmente, violenta o direito a intimidade da pessoa humana que pode não permitir, por razões de foro íntimo, que lhe extraiam o sangue, visto que as análises daí resultantes podem ostentar desdobramentos imprevisíveis.¹⁵⁴

Neste diapasão, a que se considerar que o direito a não auto-incriminação deve ser observado na esfera administrativa, uma vez que, em matéria de exames de alcoolemia, a realização ou não de testes como o etilômetro importarão em significativos reflexos na esfera processual penal, nesta linha de pensamento lecionam André Luís Callegari e Fábio Mota Lopes segundo os quais

[...] a Constituição Federal, no art. 5º, LXIII, assegura qualquer investigado o direito de permanecer calado. Como regra, essa é uma garantia do processo penal, não se aplicando no momento de uma fiscalização administrativa no trânsito. Na situação específica, porém, os testes de alcoolemia produzirão reflexos, inexoravelmente, no âmbito do processo penal. Somente para ficar em um exemplo,

¹⁵³ OSORIO, op. cit., p. 369-370.

¹⁵⁴ Ibid., p. 378.

registre-se que o motorista, ao soprar o bafômetro, poderá ser preso em flagrante logo após o teste, se constatada a presença mínima de álcool exigida pelo art. 306 do CTB [...] além do mais, como não está obrigado a produzir prova contra si mesmo deve ser avisado sobre tal direito antes de ser submetido ao testes de alcoolemia. Inobservada tal garantia deverá o resultado do bafômetro, tão somente pelo fato de não se assegurar ao motorista o direito de informação, ser considerado como prova ilícita (art. 5º, LVI, da CF, art. 157, caput e §§ o CPP.)¹⁵⁵

Por seu turno, a prova de embriaguez – para fins de responsabilização penal -, somente pode ser auferida a partir da análise do tecido sanguíneo, isto porque, consoante já abordado, a redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro exige para fins de comprovação do estado de embriaguez a quantificação de 0,6 decigramas de álcool por litro de sangue.

Contudo, o famigerado exame de alcoolemia realizado pelo etilômetros não tem o condão de sustentar a persecução criminal, muito menos, juízo condenatório algum, senão vejamos:

Na lição de Vinícius de Toledo Piza Peluso,

[...] o art. 306 do CTB é expresso no sentido de que o crime só se caracteriza se houver concentração de, no mínimo, 6 (seis) decigramas de álcool por litro de sangue, não sendo o bafômetro, em respeito ao princípio da legalidade, equipamento adequado para tal constatação, tendo em vista que somente evidencia a quantidade de álcool por litro de ar expelido pelos pulmões.¹⁵⁶

A que se considerar que o parágrafo único do supracitado artigo possibilitou a equiparação entre os testes de concentração de álcool por litro de sangue e a concentração de álcool por ar expelido dos pulmões, o que o fez por meio do Decreto nº 6.488 de 2008¹⁵⁷, segundo o qual três décimos de miligrama de álcool por litro de ar expelido dos pulmões equivale a seis decigramas de álcool por litro de sangue.

Todavia, é oportuno a reflexão acerca do tipo penal previsto no caput do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro uma vez que o mesmo é fechado e, portanto, é caracterizado pela descrição completa, não admitindo complementação por outro texto legal.

Para Francisco de Assis Toledo o tipo penal fechado caracteriza-se pela

¹⁵⁵ CALLEGARI; LOPES, op. cit., p.8.

¹⁵⁶ PELUSO, Vinícius de Toledo Piza. **O crime de embriaguez ao volante e o “bafômetro”**: algumas observações. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n.189, ago. 2008, p.16.

¹⁵⁷ Decreto nº 6.488/08, art. 2º Para os fins criminais de que trata o art. 306 da Lei nº 9.503, de 1997 - Código de Trânsito Brasileiro, a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia é a seguinte:

I - exame de sangue: concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; ou

II - teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro): concentração de álcool igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.

[...] descrição completa do modelo de conduta proibida, sem deixar ao interprete, para verificação da ilicitude, outra tarefa além da constatação da correspondência entre a conduta concreta e a descrição típica, bem como a inexistência de causas de justificação.¹⁵⁸

Por outro lado, os tipos abertos caracterizam-se pela

[...] descrição incompleta do modelo de conduta proibida, transferindo-se para o interprete o encargo de completar o tipo, dentro dos limites e das indicações nele próprio contidas, [...] Como se dá em geral com os delitos culposos que precisam sem completados pela norma geral que impõe a observância do dever de cuidado.¹⁵⁹

Tem-se assim, que a nova redação do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro determinada pela Lei nº 11.705/08 deve obediência ao princípio da legalidade ou da reserva legal traduzido este, nas palavras, de Assis Toledo “na clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas e nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios.”¹⁶⁰ Portanto, “[...] não basta que a criminalização primária se formalize em uma lei, mas sim que ela seja feita de uma maneira taxativa e com a maior precisão técnica possível, conforme ao princípio da máxima taxatividade legal.”¹⁶¹

O crime de embriaguez ao volante corresponde a um crime de perigo; por seu turno, o crime de lesão corporal culposa no trânsito e de homicídio culposos, que atingi, respectivamente, a integridade física e a vida da vítima, são classificados como crimes de dano. Com a Lei nº 11.275/06, no caso de ocorrência de um acidente de trânsito que ocasionasse morte a pena seria majorada (aumentada de um terço até metade) se o condutor do veículo estivesse embriagado, de maneira, que responderia pelo crime de homicídio culposos com pena majorada. Contudo, a Lei nº 11.705/08 revogou o disposto no inciso V do art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, de maneira a buscar a responsabilização do agente que se envolvesse em acidente de trânsito embriagado, objetivando que o mesmo respondesse processo criminal pelo concurso de crimes entre embriaguez ao volante e homicídio culposos ou lesão corporal culposa. Em que pese tal tentativa

¹⁵⁸ TOLEDO, op. cit., p. 136.

¹⁵⁹ Ibid., p. 136

¹⁶⁰ Ibid., p. 29.

¹⁶¹ ZAFFARONI E BATISTA, ALAGIA, SLOKAR, op. cit., p. 207

[...] ainda que se reconheça que o objeto jurídico tutelado no crime de embriaguez ao volante seja a segurança viária, protege-se, na realidade, a vida e a saúde dos pedestres, dos motoristas e dos passageiros. Quer-se deixar claro, aqui, que não existe como pensar em proteção à segurança no trânsito sem que se busque a preservar, em última análise a vida (bem tutelado no art. 302 do CTB) e integridade física das pessoas (bem tutelado no art. 303 do CTB). Assim, deve o delito de embriaguez ao volante, restar absorvido pelos crimes de dano, por protegerem idênticos bem jurídicos.¹⁶²

Depreende-se pela análise dos institutos invocados que a midiática campanha de tolerância zero quanto a alcoolemia somente existe na esfera administrativa, além disso, constata-se que o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro não menciona o perigo em seu tipo incriminador, razão pela qual estar-se diante de um crime de perigo abstrato, que exige prova da conduta mas não de eventual perigo causado – aspectos de probabilidade em virtude do pré conhecimento das estatísticas sobre acidentes de trânsito envolvendo o uso de bebidas alcoólicas.

Nesta seara, é importante considerar o pensamento de Elisângela Melo Reghelin quando aborda uma (im)possibilidade de inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato. Segundo a autora isso

[...] ocorre quando o legislador utiliza esta técnica de tipificação para fazer valer uma vontade sua sem que esta corresponda a uma lógica ou probabilidade razoável. O legislador, ao definir que 0,6 decigramas de álcool por litro de sangue configuram a embriaguez para efeito de enquadramento penal na figura delitiva do art. 306 do CTB, agiu com arbítrio.¹⁶³

E segue a autora afirmando

Para efeitos administrativos, isto é tolerável, pois admite presunções, porém no Direito Penal isto é inadmissível. É sabido de todos que a tolerância ao álcool varia de pessoa para pessoa, e até mesmo em razão do tipo de bebida que se está a consumir, da massa corporal, etc. Melhor seria tivesse o legislador deixado a redação anterior, que exigia direção “sob a influência” de álcool ou outras drogas, isto sim, merecedor de penalização. Evidentemente que só no caso concreto, pelo modo anormal de dirigir, pode se averiguar se o sujeito está “sob a influência” de álcool ou outras drogas. E isto é mais coerente com um direito penal da culpabilidade, sem espaço para a responsabilidade objetiva.¹⁶⁴

¹⁶² LOPES, Fabio Motta. **A embriaguez ao volante e as mudanças na esfera criminal**. In.: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. **Reformas do Código de Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.54.

¹⁶³ REGHELIN, op. cit., p. 39.

¹⁶⁴ Ibid., loc. cit.

Há que se considerar, portanto, que o teste de alcoolemia poderá apresentar resultados diferentes do exame de sangue. Além disso, em que pese o crime de embriaguez ao volante ser classificado como de mera conduta, deve haver cautela por parte dos aplicadores da lei quanto a configuração ou não do crime, pois, “estudos demonstram que entre 0,5 a 1,0 grama por litro de sangue, revela consciência controlada do consumidor de bebida, sendo considerado um período subclínico”.¹⁶⁵

Dessa forma, a persecução criminal deverá utilizar-se de critérios mais rigorosos para a realização de exames tecnicamente seguros e confiáveis, entendendo-se, a luz do intervencionismo mínimo em matéria criminal, que a embriaguez deverá ser auferida por meio de uma técnica eficiente e que obedeça o princípio da taxatividade do direito penal, sendo que se isso não ocorrer não se justifica a punição criminal, uma vez que a punição administrativa mostra-se suficiente.

2.5 A (DES) NECESSIDADE DO DIREITO PENAL

Conforme enfocado no presente trabalho, a *ultima ratio*, qual seja, o intervencionismo mínimo, deve pautar toda a produção legislativa e a aplicação do direito penal em um Estado Democrático de Direito, uma vez que, consoante desenvolvido, dentre outras, pela teoria do garantismo penal, somente os bens jurídicos que tenham conteúdo substancial a partir da Constituição Federal devem ser objeto de tutela do direito penal. Isto porque, ainda que a legalidade formal (princípio da legalidade) tenha sido um importante avanço em matéria punitiva, uma vez que instituiu a reserva legal, a determinação taxativa e a irretroatividade, tal conceituação restou superada em razão do constitucionalismo que apontou para a estrita observância dos ditames constitucionais quando da tutela de um bem jurídico,

¹⁶⁵ FARIA, Antonio Celso. **A Lei 11.705, de 19/06/2008 e o crime de embriaguez ao volante**. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 05 out. 2009.

uma vez que o atual modelo de Estado tem como um de seus pilares de sustentação a liberdade do sujeito.

A partir dessas premissas, a (des) necessidade da intervenção penal em determinadas condutas da sociedade assume relevância, dentre elas, quanto a necessidade ou não da criminalização da conduta de dirigir veículo automotor sob a influência de álcool, em especial, quando esta conduta não gera dano concreto algum.

O direito penal, a partir de um enfoque constitucional – leia-se, contextualizado em um Estado Democrático de Direito, (ainda) vive uma crise, em especial ao que tange a teoria do bem jurídico.

Para Lenio Streck,

[...] Persistimos atrelados a um paradigma penal de nítida feição liberal-individualista, isto é, preparado historicamente para o enfrentamento dos conflitos de índole interindividual; não engendramos, ainda, as condições necessárias para o enfrentamento dos conflitos (delitos) de feição transindividual, os quais compõem majoritariamente o cenário desta fase de desenvolvimento da Sociedade brasileira.¹⁶⁶

E assim o é em razão do dissenso que o permeia, qual seja, entre penalistas liberais e os auto definidos comunitaristas-garantistas. Enquanto os primeiros defendem o estreitamento do conceito de bem jurídico, os últimos, posicionam-se a partir de uma concepção mais *interventiva* e *organizativa* do direito penal. Dessa forma, os comunitaristas buscam ampliar a conceituação de bem jurídico, de maneira que este compreenda valores constitucionais coletivos, ao passo que os liberais não coadunam com a idéia de tutelar, penalmente, interesses da comunidade – ao que denominam de “antecipação das barreiras do Direito Penal”.

Representados, dentre outros, por Lenio Streck, os comunitaristas atacam os penalistas liberais, afirmando que estes

[...] continuam, pois, a pensar o Direito a partir da idéia segundo a qual haveria uma contradição insolúvel entre Estado e Sociedade ou entre Estado e indivíduo. Para eles, o Estado é necessariamente mau, opressor, e o Direito Penal teria a função de “proteger” o indivíduo dessa opressão. Por isso, boa parte dos penalistas – que aqui denominamos de liberais-iluministas -, em pleno século XXI e sob os auspícios do

¹⁶⁶ STRECK, Lenio Luiz e FELDENS, Luciano. **Crime e constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 19

Estado Democrático de Direito – no interior do qual o Estado e o Direito assumem (um)a função transformadora – continuam a falar na mítica figura do Leviatã, reprimando – para nós de forma equivocada – a dicotomia Estado-Sociedade.¹⁶⁷

Da mesma forma, Alessandro Baratta sustenta a necessidade de ampliar o direito penal, sob a perspectiva de desenvolver uma política integral de proteção de direitos constitucionalmente dispostos. Para o referido autor, a proteção de bens transindividuais “significa también definir el garantismo no solamente em sentido negativo como limite del sistema punitivo, o sea, como expresión de los derechos de protección respecto del Estado, sino como garantismo positivo”.¹⁶⁸

A compreensão dos direitos coletivos no conceito de bem jurídico é objeto de análise, ainda, de Marinucci e Dalcini¹⁶⁹, que entendem infundadas as teorias que buscam minimizar o conceito/incidência do direito penal na sociedade.

A partir disso, é importante referir que o direito penal, nas palavras de Schünemann, tem sua origem alicerçada na idéia de instrumento de combate ao crime cometido pelos pobres, assim mantendo-se por todo o iluminismo. Dessa forma, preceituam os defensores de um direito penal minimamente necessário, que este teve desde sua criação - e segundo eles, assim permanece -, o escopo de proteger, primariamente, a propriedade privada, de forma a

¹⁶⁷ STRECK; FELDENS, op. cit. p. 24.

¹⁶⁸ BARATTA, Alessandro. **La política criminal y el Derecho Penal de la Constitución:** nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. In Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 48.

¹⁶⁹ Segundo Marinucci e Dolcini, “En cuanto al argumento dogmático de quienes niegan dignidad de bien jurídico a los bienes supraindividuales, bastará recordar la clásica definición – liberal – de bien jurídico, como una situación de hecho impregnada de valoración que puede ser modificada, y que por tal razón, debiera ser protegida contra tales modificaciones. Conforme a este criterio, entidades ofendibles, y por tanto, protegibles con el instrumento de la pena, no son solo clásicos bienes individuales, sino también colectivos, como la integridad del territorio del Estado, el ejercicio de las funciones propias de los órganos constitucionales, el ejercicio de las funciones de control de los órganos de gobierno de la economía, la confianza de los ahorradores en la veracidad de los balances societarios, la pureza del agua, del aire, etc. No debe olvidarse que el Derecho penal liberal – evocado por quienes añoran un pasado que nunca existió – no se ha circunscrito a la tutela de los bienes individuales, sino que siempre ha protegido una gama más o menos amplia de bienes colectivos. Aquello que caracteriza al Derecho penal contemporáneo es solo una creciente atención a los bienes colectivos, fruto no de una visión panpenalista de control social por parte de la doctrina y del legislador, sino que de las transformaciones económico-institucionales, que han hecho emerger nuevas entidades merecedoras y necesitadas de pena, o que han acrecentado la importancia de los bienes colectivos clásicos. Aun más débil es, por otra parte, la intención de deslegitimar la protección penal de los bienes colectivos haciendo hincapié en el argumento criminológico que ve a los delitos que atentan a aquellos bienes como ‘delitos sin víctimas’. Según Hassemer, así sucedería en los delitos contra la economía y contra el medio ambiente. Se trata, por el contrario, de delitos caracterizados por una victimización de masa: directa o indirectamente ofenden círculos amplios, y a menudo vastísimos, de personas. En la esfera de la criminalidad económica, bancarrotas fraudulentas, falsas comunicaciones sociales que comprenden empresas de grandes dimensiones afectan el patrimonio de millares de ahorradores. En cuanto a la criminalidad ambiental, las agresiones grandes o pequeñas a la integridad del aire, del agua, del suelo, etc., minan las condiciones mismas de la supervivencia, física y económica, de grupos más o menos amplios de personas de todo el género humano”.

salvaguardar os interesses das classes dominantes em detrimento das baixas.

E é justamente a partir dessa contextualização de direito penal que repousa a crítica da (por uma) intervenção mínima do direito penal, pois os comunitaristas entendem/defendem que deva ser distinta a operacionalização do direito penal no século XXI, não mais devendo estar arraigado às estruturas valorativas do século XVIII. Ou seja, a partir da ampliação/criação de novos valores, há que se repensar, necessariamente, sua proteção dos mesmos pela via penal. E é, nesse paradigma, que a Constituição Federal assume decisivo papel a partir de seu conteúdo compromissário¹⁷⁰.

Para Lenio Streck e Luciano Feldens,

essa é (deveria ser) a nossa cultura que a partir da Constituição de 1988 solidificou-se em termos normativos, e parece não haver mais qualquer dúvida de que o Direito Penal também deve servir de instrumento interventivo, organizador e potencialmente transformador da Sociedade.¹⁷¹

Desse modo, face o caráter interventivo e dirigente da Constituição Federal, faz-se necessário a subordinação do direito penal à mesma, ou seja: a (des) criminalização de condutas deve encontrar seu fundamento estreitamente relacionado com a Constituição Federal, afastando-se, como corolário lógico, qualquer possibilidade de intervenção discricionária e voluntarista do legislador penal. Em resumo: a partir do acontecer constitucional, não há irrestrita liberdade (blindagem) do atuar legislativo – entendido para o propósito deste trabalho o legislador penal – de forma que a este não está permitido (des) criminalizar condutas que (não) “tutelem bens jurídicos” dispostos na Constituição Federal.

A respeito desse enfoque – comunitaristas *versus* penalistas liberais – acerca de bem jurídico, em importante lição, Palazzo afirma que

¹⁷⁰ O conteúdo compromissário da Constituição é traduzido na obra de Lenio Streck. Segundo o mencionado autor, “[...] Uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia deve tratar, assim, da construção das condições de possibilidade para o resgate das promessas incumpridas da modernidade, as quais, como se sabe, colocam em xeque os dois pilares que sustentam o próprio Estado Democrático de Direito. A idéia de uma Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia implica uma interligação com uma teoria do Estado, visando à construção de um espaço público, apto a implementar a Constituição em sua materialidade. Dito de outro modo, uma tal teoria da Constituição dirigente não prescinde da teoria do Estado, apta a explicitar as condições de possibilidade da implantação das políticas de desenvolvimento constantes – de forma dirigente e vinculativa – no texto da Constituição. É importante pontuar que tal teoria conforma-se manifestamente ao que se projeta a partir de uma estrutura normativa consistente no Estado Democrático de Direito, ou seja, uma forma civilizada e democrática de realização do bem estar de todos, rechaçando alternativas revolucionárias, distantes de qualquer paradigma de Estado de Direito”.

¹⁷¹ STRECK, FELDENS, op. cit., p. 32

[...] enquanto as indicações constitucionais de fundo (que atuam no sentido da discriminação) são, ainda, expressão de um quadro constitucional característico do Estado Liberal de Direito, pressupondo, outrossim, uma implícita relação de “tensão” entre política criminal e Direito Penal, as vertentes orientadas no sentido da criminalização traduzem a expressão de uma visão bem diversa do papel da Constituição no sistema penal: as obrigações de tutela penal no confronto de determinados bens jurídicos, não infreqüentemente característicos do novo quadro de valores constitucionais e, seja como for, sempre de relevância constitucional, contribuem para oferecer a imagem de um Estado empenhado e ativo (inclusive penalmente) na persecução de maior número de metas propiciadoras de transformação social e da tutela de interesses de dimensões ultraindividual e coletivas, exaltando, continuamente, o papel instrumental do direito penal com respeito à política criminal, ainda quando sob os auspícios – por assim dizer – da Constituição.¹⁷²

Alhures, resta evidenciado que a partir da Constituição Federal, a teoria do bem jurídico passa a depender da materialidade daquela. Ou seja, o direito penal, no paradigma do Estado Democrático de Direito, deve proteger bens jurídicos – e por isso a sua incidência nos direitos transindividuais – que, se não tutelados, importem na não realização/concretização dos objetivos constitucionais.

Portanto, nas palavras de Lenio Streck,

[...] no campo do Direito Penal, em face dos objetivos do Estado Democrático de Direito estabelecidos expressamente na Constituição (erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, direito à saúde, proteção do meio ambiente, proteção integral à criança e ao adolescente, etc), os delitos que devem ser penalizados com (mais) rigor são exatamente aqueles que, de uma maneira ou outra, obstaculizam/dificultam/impedem a concretização dos objetivos do Estado Social e Democrático.¹⁷³

E segue o jurista afirmando,

[...] Entendemos ser possível, assim, afirmar que os crimes de sonegação de tributos, lavagem de dinheiro e corrupção (para citar apenas alguns) merecem do legislador um tratamento mais severo que os crimes que dizem respeito às relações meramente interindividuais (desde que cometidos sem violência ou grave ameaça, é óbvio).¹⁷⁴

¹⁷² PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Trad. De Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 103

¹⁷³ STRECK, FELDENS, op. cit., p. 38.

¹⁷⁴ Ibid, loc. cit.

Tem-se com isso, a defesa da utilização de um direito penal minimamente necessário, fundado na teorização do bem jurídico, a partir da leitura constitucional, ou seja, entendendo caber ao direito penal a tutela de todos aqueles bens dispostos na Constituição Federal, tendo presente a noção de uma intervenção punitiva estatal necessária.

Por seu turno, para o direito penal mínimo, independentemente de determinados direitos estarem dispostos na Constituição, não significa, necessariamente, que os mesmos devam ser tutelados pelo direito penal, eis que a previsão constitucional daqueles não tem o condão de criminalizar condutas, mas sim, conceder efetividade aos mesmos.

Dessa forma, vislumbra-se que não há obrigatoriedade constitucional alguma em criminalizar a embriaguez ao volante, sendo que tal conduta deveria restar compreendida na esfera do direito administrativo, a partir de sanções eficazes naquela esfera, perpassando pela preparação consubstancial dos agentes públicos, de maneira a fortalecer o poder de polícia do Estado por meio da prevenção/fiscalização. Consabidamente, a utilização do direito penal para sancionar condutas dessa natureza, somente contribuem para a perda de sua legitimidade, eis que a criminalização de tudo acaba por nada criminalizar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo, tem-se que o Estado Democrático de Direito, deve pautar-se, em matéria de política criminal, na intervenção mínima na liberalidade individual, restando o direito penal como última alternativa em matéria punitiva, apontando-se, assim, para um direito penal mínimo, caracterizado por propostas diversas, mas com conteúdo comum, qual seja, a restrição daquele.

Ora, faz-se necessário ter presente que o direito (penal) é um instrumento posto a disposição do homem, e não o contrário. Explica-se: é o direito que subsiste em razão do homem e não o homem em virtude daquele. Em razão disso, o direito (penal) tem sua correspondência aos ditames de cidadania, direitos humanos e, em especial, de liberdade. Portanto, sua aplicação impescinde de obediência aos preceitos constitucionais.

O direito penal, no decorrer dos séculos, sempre foi influenciado por movimentos que ora sustentam a descriminalização de condutas e ora sustentam a criminalização de novas condutas. A década de sessenta foi marcada por movimentos descriminalizadores, bem como, por movimentos que culminaram em novas criminalizações, importando em novas formulações.

A contextualização do atual direito penal está galgado na idéia de expansão. Nesse diapasão, tem-se que a criminalização de novas condutas, a criação de novos institutos e, por vezes, a relativização de garantias constitucionais, insere-se no contexto social da sociedade pós-moderna. Portanto, tem-se que a configuração daquele está vinculado aos ditames da organização social.

Portanto, o direito penal insere-se como mecanismo de controle social, tendo como função precípua a tutela de valores relevantes para a sociedade. Nesse diapasão, tem-se que os valores sociais são fundantes e caracterizadores de um determinado modelo social; contudo, os referidos valores, traduzidos na idéia de bens jurídicos, não são estanques, qual seja, acompanham a evolução de cada modelo social, de maneira que o controle social se altera de acordo com cada modelo de Estado – sociedade.

Assim, o estudo dos intitulados crimes de perigo abstrato, estreitamente relacionados com a noção de risco, deve perpassar pelo estudo da conjuntura da sociedade em que estão inseridos. Em outros modelos de sociedade, a idéia de perigo sempre foi um elemento de

menor relevância para a ordem social, uma vez que os riscos (guerras, alterações climáticas abruptas, epidemias) ocorriam de maneira esporádica e isolada, de maneira que não marcavam o núcleo social. Da mesma forma, a produção de bens e a necessidade de consumo dos mesmos não pautavam os elementos centrais das sociedades pretéritas a sociedade de risco. Não havia a preocupação com elementos de complexidade, eis que os riscos eram mensurados a partir de elementos de pessoalidade e regionalidade, muito mais concretos e passíveis de medição.

Tem-se assim o surgimento da sociedade do risco, guardando estreita relação com a noção de perigo. Isto porque, a idéia de risco guarda consonância com a atuação humana frente ao perigo, eis que não há sustentabilidade entre a existência do risco se não há perigo algum a ser enfrentado/suportado. Esta correspondência entre risco e perigo foi pautada a partir do pensamento positivista clássico, segundo o qual, o perigo é uma construção do subjetivismo do ser humano. O perigo está pautado na ignorância do ser humano, no desconhecimento acerca dos sistemas e dos nexos causais. O sujeito não detém conhecimento suficiente para ter a certeza quanto ao resultado de uma ação humana, eis que reconhece o mundo a partir do abstrato e do geral. Dessa forma, sua apreensão quanto aos acontecimentos futuros (resultados) está fundada na probabilidade e não certeza, sendo que a probabilidade da ocorrência de um dano importa na noção de perigo.

Atenta-se, portanto, que a problemática em reconhecer a ameaça das atividades inovadoras importa no aumento da probabilidade do risco (risco constante), mas não importa em perigo constante, eis que aquele exige a intensificação das medidas de prevenção e de precaução, enquanto que o estado de perigo tem seu liame centrado na submissão de bens a uma ameaça concreta. A partir de então, o risco passa a corresponder a consciência que se tem do perigo futuro e a tomada de decisões por parte do sujeito quanto ao enfrentamento ou não daquele, ou seja, o risco caracteriza-se como qualidade da ação humana (agir) diante das possibilidades postas a disposição.

Nesse diapasão, é oportuno salientar que a periculosidade também guarda relação com a ação humana, e, em sendo assim, pode ser controlada por meio de medidas de restrição, ou seja, a sociedade pode desenvolver mecanismos que importem na redução das atividades que importam em riscos (gestão do risco). Dessa forma, medidas coercitivas podem ser opostas objetivando conter a ação humana que caracterize-se pela exacerbação quanto a periculosidade (risco) permitido, de modo que, quanto maior for a exposição ao risco, mais severa será a medida de constrição. E é justamente nesse espaço de imposição de medidas

coercitivas que o direito penal adquire importância enquanto meio de controle social.

A influência do direito penal na sociedade de risco, enquanto meio de prevenção, encontra sua legitimação a partir da extensão dos riscos, em especial, com algumas catástrofes ocorridas a partir da década de 80. Nesse diapasão, a utilização das novas tecnologias importou, paulatinamente, na disseminação da sensação de temor, eis que os membros da sociedade não dispunham de conhecimento e compreensão da extensão das consequências daquela utilização, sendo necessária a prevenção da ocorrência dos mesmos. Da mesma forma, a sociedade do risco passou a conviver com a extrema dificuldade em estabelecer os nexos entre a conduta e seus resultados, uma vez que o modelo de produção nesse modelo de sociedade acabou por impossibilitar a mensuração das atividades e resultados a partir de mecanismos tradicionais. A noção de tempo e espaço passou a ser insuficiente para determinar a causalidade entre uma determinada conduta e seu resultado, insuficiência esta desencadeada a partir das grandes navegações e da abertura das rotas comerciais, e consolidada a partir da evolução dos meios de transporte e de comunicação.

A necessidade de intervenção do direito penal como mecanismo de prevenção de riscos assumiu importante relevância a partir do momento em que a camada social responsável pela produção dos meios de consumo passou também a ser afetada pelos eventuais resultados prejudiciais da utilização dos meios produtivos. Em momento pretérito ao desenvolvimento tecnológico, as consequências negativas da atividade industrial era suportada, única e exclusivamente, pela camada social responsável pela produção – mão-de-obra, pois as referidas consequências eram previsíveis pelos donos do meio de produção, razão pela qual os parques industriais eram construídos de maneira afastada da área nobre dos centros urbanos. Contudo, a partir do emprego expressivo do meio tecnológico, como forma de produzir mais e em um menor lapso temporal possível, a camada social responsável pelos meios de produção não mais deteve a previsibilidade das consequências dos riscos, sendo também suscetível de suportar os riscos da atividade industrial – caráter reflexivo. A partir de então, essa mesma camada social passou a disseminar o seu discurso crítico quanto ao crescimento dos riscos na sociedade, postulando, dessa forma, a sua prevenção – direito penal.

Além desse aspecto, a sociedade de risco caracteriza-se, ainda, pela perda da sustentabilidade quanto seus aspectos comportamentais. Isto porque, a introdução dos meios tecnológicos acelerou a produção, tornando também mais veloz a atividade econômica, de maneira que todos os segmentos da cadeia produtiva restaram obrigados a dedicar-se intensamente a produção – trabalho. A estratégia passou a determinar a permanência ou não

de um determinado ramo de atividades em operação, qual seja, o receio da substituição (perda de espaço para a concorrência; perda do emprego) passou a pautar toda a atividade produtiva e econômica. Tendo em vista essa dedicação (quase que) exclusiva, os sujeitos perderam, sensivelmente, a coesão social. Inexistindo a coesão social, aumenta-se a sensação de insegurança, uma vez que os sujeitos não tem a percepção da maneira de atuação do outro – expectativa no agir -, oportunidade em que os atores sociais exigem a intervenção estatal para reforçar valores sociais dispersos.

Por tudo, a compreensão do risco é de extrema relevância, eis que a política criminal da atual sociedade está pautada na utilização exacerbada do direito penal – direito penal como prevenção -, sendo que a seus institutos foi incorporado, de maneira substancial, o discurso social do risco. Com isso, o direito penal passou a tutelar a abstração – a possibilidade de ocorrência de um dano relevante – (crimes de perigo abstrato), bem como, passou a pautar os estudos do nexo de causalidade a partir de enunciados de imputação objetiva. Portanto, o direito penal contemporâneo tem seus elementos constitutivos fundados na sociedade de risco, uma vez que este ramo do direito, por meio da condição de possibilidade de incidência de normas penais, é chamado a cumprir papel de controle.

Na verdade, a sociedade de risco contribui, e em muito, para a expansão do direito penal. A começar, pode-se apontar a procedência humana como geradora do risco, como um dos fatores para o discurso da utilização massiva do direito penal nesse modelo de sociedade, entendendo-se que a incidência do direito penal no comportamento humano (inibição) importaria na contenção dos riscos. A partir de então, o direito penal passa a incidir na prevenção do risco, de modo a evitar que uma determinada atividade cause um determinado mal a sociedade. Dessa forma, o direito penal na sociedade de risco pauta sua atuação no sentido de proteger o bem jurídico, mas, contudo, antes mesmo de sua afetação, o que torna marcante a diferenciação dos elementos caracterizadores do direito penal, em especial no que tange o desvalor do resultado e o desvalor da ação.

A partir de então, o direito penal afasta-se do conceito de concretude e aproxima-se de elementos da abstração – mera possibilidade/probabilidade da ocorrência de alguma violação de um determinado bem jurídico. Conforme já exarado, o desenvolvimento tecnológico desenfreado enseja a possibilidade de criação de produtos e de técnicas capazes de causar destruição em massa (energia nuclear, a título de exemplificação). A partir de então, o Estado, enquanto responsável pela gestão do risco, passou a adotar medidas (legislativas) que importassem na (de) limitação da criação do risco, de maneira a controlar a segurança da

sociedade.

Em virtude dessa desconfiança social, os seus membros clamam pelo aumento do controle formal das atividades dos indivíduos, fazendo com que o Direito receba, diuturnamente, novas atribuições. Nesse diapasão, o descrédito social volta-se para a (in)eficácia de alguns ramos do Direito (civil, administrativo, a título exemplificativo), importando, mais uma vez, em propostas de intervenção penal.

Por seu turno, a sociedade que conclama pela expansão do direito penal, não postula a ruptura do sistema produtivo, nem tão pouco defende a alteração da estruturação econômica, ocasionando, dessa forma, um paradoxo sem precedentes. Ou seja, a sociedade satisfaz-se com os modelos produtivos, econômicos e tecnológicos impostos, contudo, postula a supressão do elemento nelvrágico de tais modelos: o risco. Por sua vez, resta evidente que a norma penal não apresenta condições para suprimir os riscos oriundos da atual sociedade, eis que o direito penal não é seu produtor. O direito penal, tão somente, pode ser utilizado como um instrumento de contenção do risco, mas não de supressão do mesmo.

Entende-se, assim, que no referido modelo de Estado, que preceitua a inviolabilidade do direito à liberdade e, em especial no Brasil, que tem por objetivo primário a proteção da dignidade humana, a restrição dos referidos direitos/garantias só se legitima quando estritamente necessária for a sanção penal como resposta a um fato/desvio.

Por seu turno, o legislador penal da sociedade de risco vale-se da criação de tipos penais de perigo abstrato, como forma de enfrentamento/controlado de riscos inéditos. A partir dessa espécie de tipo penal, tem-se o deslocamento do injusto do resultado para o injusto da ação.

Nesse diapasão tem-se que o direito penal, enquanto instrumento de controle social, é atingido por toda esta complexidade de fatores que caracterizam a sociedade do risco, o que se pode comprovar por meio do cuidado exigido para fins de configuração ou não dos crimes culposos, da figura do garantidor nos crimes comissivos por omissão. Da mesma forma, a atuação legislativa encontra dificuldades em centrar sua atuação de modo a criminalizar “o risco inaceitável” e, por outro lado, permitir o livre desenvolvimento da sociedade a partir da conceituação do risco permitido (aceitável).

É no campo dos crimes de perigo que se assenta de maneira explícita os casos de antecipação da punibilidade, de maneira que também se apresenta a insuficiência da exclusiva missão do direito penal enquanto ramo protetor de bens jurídicos. A punibilidade apresenta-se

assim antecipada independentemente da lesão de bens, pois os crimes de perigo protegem, tão somente, condições de existência e não o bem jurídico. Dessa maneira, ao tutelar o tráfego viário e, por conseguinte ao criminalizar a conduta de dirigir embriagado, por exemplo, está-se a proteger por via indireta a vida e a integridade física dos usuários da via pública.

A opção legislativa quanto a criminalização de condutas de perigo está pautada na política criminal que sustentam o modelo intervencionista estatal em matéria penal, o que enseja, por consequência o alargamento do campo de proteção dos bens jurídicos. Tal opção legislativa acaba por determinar uma expansão do direito penal e a restrição de direitos fundamentais constitucionalmente previstos, entre os quais a liberdade e a dignidade da pessoa humana, entendida esta como fundamento da República Federativa do Brasil.

A tutela do perigo em matéria criminal resta contextualizada na atual sociedade de risco na qual estamos inseridos, sendo que, por certo, este modelo de sociedade acaba por interferir na política criminal a ser adotada por determinado Estado.

Por seu turno, há que se considerar que qualquer política criminal resta galgada no aspecto teleológico de redução ou quiçá no desaparecimento da criminalidade. Contudo, assevera-se eu a finalidade a ser atingida por uma determinada política criminal tem o dever de pressupor a realidade que cerca a criminalidade, devendo considerar que existem outras instâncias que devem agir para controlar a criminalidade. Neste diapasão, tem-se que quando a expansão do direito penal (criminalização do perigo) há o aumento, na verdade, do campo da punibilidade, o que não necessariamente corresponde à prevenção.

Tem-se, portanto, que a criminalização do perigo tem o condão de reforçar a corrente da prevenção. De fato, quando há a criminalização de uma determinada conduta (crime de resultado ou crime de perigo) acaba-se prevenindo a própria criminalidade, mas, contudo, nos exatos termos de sua proibição.

Dessa forma, condutas que expõem em perigo ou lesam bens jurídicos são proibidas de maneira a incentivar que os membros da sociedade as abstenham de praticar. Assim, denota-se que determinadas condutas somente são objetos de prevenção quando ingressam na seara do direito penal, de maneira que são ignoradas à luz da prevenção de outros ramos do direito. Portanto, a criminalização de comportamentos que determinam hipóteses de exposição ao perigo não importam, necessariamente, em aumento da prevenção criminal, uma vez que o aumento na criminalização de condutas de expor em perigo guardam semelhante posição com a criminalização de condutas geradoras de dano. Por isso, os crimes de perigo

umentam tão somente a punibilidade o que não significa dizer aumento da prevenção. Ou seja, a antecipação da proteção de bens jurídicos não corresponde a aumento de prevenção, de maneira que a legitimidade da criminalização do perigo não encontra guarida no argumento de redução da criminalidade.

Se não bastasse isso, tem-se que o desvalor do resultado traduzido na conceituação de crime de dano assumem uma maior relevância e precisão conceitual se comparado ao desvalor anunciado nos crimes de perigo. Portanto, se um bem jurídico encontra proteção na criminalização de uma conduta tipificada em um crime de resultado não há que se sustentar o incremento da referida proteção por meio da criação de um crime de perigo, eis que este apresenta maior dificuldade de conscientização ético-jurídica. Contudo, os crimes de perigo são reconhecidos e, portanto, legitimados em virtude da possibilidade de prevenção de um possível dano ou violação a um determinado bem jurídico protegido.

A noção de perigo, conforme já exarada, perpassa pelo difícil juízo de probabilidade. A partir disso tem-se que uma situação de incerteza é pautada na possibilidade de ocorrência de vários resultados, sem que haja o conhecimento da probabilidade de ocorrência de um ou de vários resultados. Por outro lado, há uma situação de risco quando uma conduta corresponder a uma pluralidade de resultado, sendo que, contudo, há a possibilidade de estimar a probabilidade de ocorrência. Assim, o perigo exerce plena variação no campo da aleatoriedade de maneira a exigir do intérprete a percepção do perigo.

A partir da extração da probabilidade como elemento capaz de presumir o perigo de uma determinada conduta, a situação de perigo passa a ser existente na medida em que a ocorrência de um resultado desvalioso é mais provável que a sua não produção. Portanto, estar-se-á diante de uma situação de perigo concreto e juridicamente relevante quando os resultados desvaliosos previstos em lei forem passíveis de ocorrência de maneira mais significativa do que sua não produção, sendo que quando a probabilidade for igual a zero não haverá situação de perigo.

Da mesma forma, não há que se falar em perigo quando houver uma mera possibilidade de produção de resultado, sendo necessário ainda que haja uma possibilidade relevante.

Nota-se que as situações de perigo são analisadas a partir de critérios quantitativos indetermináveis da probabilidade, uma vez que o perigo não possui prerrogativa que o individualize, diferentemente do que ocorre com os crimes de dano.

Em razão disso, a noção de perigo assume relevância em direito penal quando analisada à luz da duração, de maneira a não ser considerado linearmente, mas sim reforçando a idéia de continuidade. A correlação entre tempo e perigo resta ainda pautada na afirmativa de que somente pode ser considerado perigo o que estiver presente.

A conceituação dos crimes de perigo abstrato perpassa pela evolução do próprio direito penal. A começar, no direito penal clássico, não havia agregação de valores a elementos que não estivessem no próprio ordenamento jurídico, de maneira a garantir maior eficiência na aplicação do direito. Dessa maneira, o pensamento clássico somente permitia a atuação penal mediante a comprovação de que uma determinada conduta, contrária ao ordenamento jurídico, tivera provocado um resultado danoso, ou seja, não se punia a mera conduta. A ação passível de punição deveria ser sucedida de um dano exterior, razão pela qual, os crimes de perigo abstrato tem pouca ou nenhuma relevância para o direito penal clássico, uma vez que este modelo de direito penal não opera com a instrumentalidade de uma intervenção a partir, tão somente, do desvalor da ação, mas sim de uma modificação do mundo exterior. Da mesma forma, a doutrina do direito penal clássico assevera que os crimes de perigo concreto e de perigo abstrato diferenciam-se, tão somente, em relação ao conteúdo probatório, uma vez que aqueles necessitam da demonstração da ocorrência do evento danoso, ao passo que nos últimos existe uma presunção de que o evento danoso ocorreria. Contudo, tais digressões importam em absoluta violação da presunção de inocência do acusado, eis que nestes casos, a presunção é utilizada em desfavor do acusado.

Dessa maneira, o cuidado de perigo que sustenta os crimes de perigo abstrato resta alicerçado na relação de cuidado que legitima o Estado. A problemática é que a ausência de exigência quanto a imediata presença de um bem jurídico tutelado acaba por permitir que o Estado atue sem limite. O cuidado de perigo importa em determinadas formas de desvalor, compreendendo o desvalor de dano, o desvalor de perigo e o desvalor do cuidado de perigo. Os dois primeiros desvalores constituem crimes de resultado ao passo que o desvalor do cuidado de perigo fundamenta o crime de perigo abstrato, eis que independe da presença de um bem jurídico.

Cabe salientar que aquele que pratica um crime de perigo abstrato não deve ser considerado um agente perigoso, pois, perigosa, no máximo, é sua conduta. Ademais, somente se justifica a incidência do crime de perigo abstrato quando o cuidado de perigo guardar correspondência com a proteção de um bem jurídico com dignidade penal. Dessa forma, não é suficiente que o legislador defina com exatidão as condutas proibidas, mas sim

se estas visam proteger um bem jurídico com *status* constitucional.

Dessa forma, os crimes de perigo abstrato assumem novos contornos por meio de uma leitura pós-finalista, onde o direito penal é chamado a intervir em momento anterior ao rompimento da barreira de proteção, em virtude da ampliação dos riscos criados. Alguns teóricos do pós-finalismo defendiam a legitimidade e ampliação dos crimes de perigo abstrato, o que faziam com a referência aos postulados de bem jurídico, compreendendo nesta conceituação os valores de uma determinada sociedade, razão pela qual a tutela do direito penal deveria ser para além da proteção de uma lesão concreta, mas também compreender a inibição de condutas que impeçam a operacionalização – concretização – dos valores da sociedade. Contudo, há que se referir que sob esta perspectiva os crimes de perigo abstrato não são classificados como formais – mera violação da norma, uma vez que deverá haver a violação de um bem jurídico específico para que haja a intervenção penal (razão pela qual atribui-se um conteúdo material a conduta).

Neste diapasão, deve-se ter presente que a concretização de direitos e garantias fundamentais não dependem da intervenção punitiva estatal, eis que aquela pode/deve ser alcançada por meio de políticas públicas que tenham por escopo a redução das desigualdades sócio-político-econômicas.

A sociedade de risco fundamenta ainda o crime de perigo a partir da noção de tempo de maneira que há a necessidade de um agir prévio em matéria punitiva, pois se a intervenção penal ocorrer após o desvio, o bem jurídico, aceitando-se elementos de probabilidade, poderá sofrer um dano. Da mesma forma, a que se considerar ainda, que na sociedade de risco há a institucionalização da incerteza o que é traduzida e relacionada com os ideais de um Estado compromissado a garantir a segurança de seus membros. Por fim, o crime de perigo, e aqui, em especial o crime de perigo abstrato resta fundado na sociedade de risco, na diferença tênue entre o que seja considerado lícito do que seja considerado ilícito.

Por outro lado, alguns autores classificaram os crimes de perigo abstrato como sendo crimes formais, ou, de mera conduta. Dessa forma, a contrariedade ao texto legal é suficiente para a intervenção penal, eis que se prescinde de qualquer elemento de antijuridicidade para a referida intervenção.

Assim, tem-se que a embriaguez na direção veicular somente poderá ser passível de punição na esfera penal a partir do momento em que a condução do veículo sob o efeito de álcool seja capaz de, concretamente, expor a perigo os demais usuários do sistema viário,

razão pela qual sustenta-se que a existência ou não do crime descrito no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (redação da Lei 11.705/08) guarda estreita relação com o caso concreto, não sendo admissível que esta conduta seja punida na esfera penal quando o referido perigo concreto inexistir.

Por seu turno, cada vez mais se nutre o reconhecimento de que o direito – sua função de orientação social e de comportamento individual – é indispensável. Contudo, também se assevera que não cabe tão somente ao direito penal o papel de contenção, ou seja, outros ramos do direito devem ser utilizados na busca da regulamentação social, entre eles o direito civil e o direito administrativo.

Nesse ponto, não se pode olvidar que o direito penal não pode ter sua incidência voltada para a proteção de riscos globais como um todo ou em si mesmos. A sua utilização deve importar, tão somente, no oferecimento de condições de possibilidade para que sejam mantidos os níveis de riscos em patamares suportáveis, razão pela qual a proteção exarada pelo direito penal tem natureza fragmentária e subsidiária.

O que se denota, é a frustrada tentativa de solução da problemática social – coletividade – por meio da punição penal – individual – na errônea concepção que a criminalização desenfreada de condutas e de que o aumento de penas importará na redução da criminalidade, quando as causas dessa, sabidamente, não são solucionadas pelo viés sócio-político.

Assim, faz necessário (re) pensar a conceituação e abrangência do bem jurídico, de forma que este corresponda aos ditames e limitações constitucionais, como forma de concretização dos direitos sociais, bem como de ser assegurada a liberdade individual.

Dessa forma, o direito penal somente deve subsistir, quando os demais ramos do direito se revelarem incapazes de tutelar a bens de relevância para a própria existência do homem e da sociedade.

Portanto, a intervenção penal só se justifica, uma vez esgotadas e ineficazes, outras formas de sanção, pois o Direito Penal eis que é este o instrumento de regulação social, particularmente por atingir, pela aplicação de penas o direito à liberdade. Dito de outra forma, impede ao direito penal mínimo reduzir – minimizar – a reação violenta exercida em relação ao delito. Daí sua instrumentalidade como impeditivo da vingança.

Por se tratar da mais grave sanção estatal, o direito penal (legitimado pela aplicação de pena) somente deve subsistir quando apresentar-se insuficiente a garantia de proteção da

sociedade por meio de outros ramos sancionatórios.

Muito embora o princípio da intervenção mínima não reste explícito na Constituição Federal, nem tão pouco no Código Penal, deve, ainda assim, ser observado pela sua conexão/compatibilidade lógicas com um Estado Democrático de Direito, qual seja, galgado na liberdade do indivíduo. De todo o exposto, em que pese os movimentos repressistas, aliados a expansão do direito penal na atual sociedade de risco e a desenfreada produção legislativa criminalizadora, traduzida no crescimento da tutela penal por meio dos crimes de perigo, constata-se que a subsidiariedade do direito penal deve ser preceito basilar daquele modelo estatal, pois é ínsito deste a garantia das liberdades individuais.

Assim, para que a fragmentariedade do direito penal seja assegurada, faz-se necessária a utilização do princípio da subsidiariedade como instrumento hermenêutico-constitucional de minimalização daquele, de forma que seja máximo, tão somente, o Estado Social, o qual delineou um nova concepção de democracia, ultrapassando-se o mero formalismo democrático para atingir a *democracia material*. Para tanto, é imprescindível alguns ramos do ordenamento jurídico contribuam para a referida concretização material democrática. Todavia, pela sua gravidade, o direito penal deve ser o ramo do ordenamento jurídico que menos deve ser utilizado para a concretização de um Estado Social, pois suas sanções implicam na redução das liberdades, eis que a exacerbação do direito penal como função estatal de controle implicará no impedimento das funções sociais e na ampliação das funções de dominação, em evidente ruína dos pilares de um Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, ainda que os legisladores insistam na produção de leis penais, ampliando desmedidamente os bens jurídicos tutelados, não raras vezes ínfimos, a subsidiariedade deve ser interpretada e compreendida, em seu sentido lato e estrito, como sendo um princípio orientador e limitador do poder Estatal em matéria punitiva, devendo subsistir a legitimação do direito penal quando outros meios de controle social restarem inexitosos/inficazes.

Em razão disso, deve-se atentar para uma produção legislativa que não contemple os crimes de perigo, em especial, os crimes de perigo abstrato, que acabam por operar em uma lógica completamente distinta do que se opera em matéria de intervenção penal em um Estado Democrático de Direito, uma vez que sua incidência ocorre de maneira prospectiva, ou seja, há a intervenção do direito penal sem a ocorrência de dano algum. Toda a lógica operacional dos crimes de perigo é fundada, tão somente, em uma norma jurídica que guarda correspondência com ditames da legalidade formal, uma vez que, sequer há a modificação do mundo exterior para a incidência da norma. No entanto, em que pese ser abstrata (imaginária)

a possibilidade de violação de um determinado bem jurídico, não raras vezes, a liberdade do sujeito é cerceada, sendo que, contudo, as consequências suportadas a partir de então pelo mesmo não são abstratas.

O que se faz quando é admitida a punição de um determinado sujeito face à incidência de uma norma penal incriminadora de perigo é o estabelecimento de um juízo de proporcionalidade o qual, invariavelmente, opta pelo cerceamento da liberdade de alguém em detrimento a uma norma que possui vigência, mas não possui validade – conceito material de norma de Ferrajoli.

Por toda a construção teórica acerca do intervencionismo mínimo que deve ser observado em um Estado Democrático de Direito torna-se insustentável admitir que a mera violação de uma norma – sem reflexo material algum – será passível de punição pelo direito penal.

Nesse diapasão, a título exemplificativo, há que se ressaltar que o crime disposto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (redação da Lei nº 11.705/08) somente teve o condão de endossar o expansionismo penal, de maneira que a criminalização da conduta ora em comento importou, tão somente, em uma medida tranqüilizadora para a sociedade, com eficácia de grau mínimo ou nenhum. Ao criminalizar a conduta de dirigir sob o efeito de álcool o que buscou o legislador – completamente alheio ao conteúdo material que deve pautar uma norma jurídico-penal – foi a mudança de comportamento dos membros da sociedade, por meio da coação operacionalizada pelo aparelho repressor do Estado. O legislador, completamente envolvido por discursos repressistas somente foi um reproduzidor dos processos criminalizadores que se fundam em critérios quantitativos, na famigerada postura de quanto mais direito penal, melhor. A exemplo de outras posturas político-criminais com validade questionável, após um período de vigência da referida lei, os altos índices de vítimas de acidentes de trânsito passaram a permear, novamente, os meios midiáticos, em evidente demonstração do insucesso legislativo.

A seara do direito administrativo encontra-se pautada, dentre outras, na presunção de veracidade de seus atos e, portanto, dos praticados por seus agentes. Por esta razão, consoante disciplinado no Código de Trânsito Brasileiro, para fins de sanção administrativa correspondente a conduta de dirigir embriagado basta que tal estado esteja auferido pelo etilômetro ou por qualquer outro meio contido no art. 277 do referido código.

Por seu turno, o que se denota é que a eficiência da referida criminalização restou

obstaculizada, também, pelos institutos de direito penal e de processo penal, uma vez que, em relação ao primeiro, por força da retroatividade da lei mais benigna em matéria penal houve uma *abolitio criminis* para os sujeitos que estavam respondendo a processos criminais pelo até então vigente artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro que disciplinava a matéria, uma vez que o referido artigo não exigia grau algum de embriaguez. Contudo, a alteração legislativa passou a exigir para a configuração do crime (tipicidade) concentração igual ou superior de seis decigramas de álcool por litro de sangue. Por outro lado, o preceito secundário da norma que disciplina um apenamento de detenção de três meses a três anos impõe o oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo por parte do órgão acusador, ensejando, em especial àqueles que não se dedicam ao estudo do direito (processual) penal a intitulada “sensação de impunidade”.

Depreende-se pela análise dos institutos invocados que a midiática campanha de tolerância zero quanto a alcoolemia somente existe na esfera administrativa, além disso, constata-se que o art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro não menciona o perigo em seu tipo incriminador, razão pela qual estar-se diante de um crime de perigo abstrato, que exige prova da conduta mas não de eventual perigo causado – aspectos de probabilidade em virtude do pré conhecimento das estatísticas sobre acidentes de trânsito envolvendo o uso de bebidas alcoólicas.

Portanto, a existência da referida prática delituosa em nosso ordenamento jurídico permite, por um lado, que o sujeito seja alvo de espetáculos midiáticos quando de uma abordagem policial, oportunidade em que resta rotulado como um criminoso, sendo que, sob o prisma jurídico, pouca ou nenhuma consequência existirá, restando completamente vazio (se é que existente) o sentido da norma.

Em razão disso, sustenta-se que a política criminal deve estar articulada, de maneira a robustecer outros ramos do direito, em especial, o direito administrativo, como forma de evitar a exacerbação do direito penal, eis que a maior incidência deste não corresponde a redução de taxas de violência, seja qual for. O incremento legislativo (penal) pautado no aspecto quantitativo torna-se inócuo se utilizado de maneira isolada, o que resta bem explicitado, no objeto do presente trabalho, qual seja, na análise dos crimes de perigo, em especial, o de perigo abstrato.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

AMARAL, Claudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco.** São Paulo: IBCCRIM, 2007.

ARISTÓTELES. **A política.** Tradução: CHAVES, Nestor Silveira. São Paulo: EDIPRO, 1995.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio de subsidiariedade: conceito e evolução.** Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BARATTA, Alessandro. **La política criminal y el Derecho Penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales.** In Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro.** 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade.** Trad. GAMA, Mauro e GAMA, Claudia M. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

_____. **Medo Líquido.** Trad. MEDEIROS, Carlos Alberto. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Trad. Carlos Campana. São Paulo: J. Bushatsky, 1978.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Manual de direito penal.** vol. 1, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 10ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução de risco.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. **Código Penal, Código de Processo Penal, Constituição Federal.** 5 ed. São Paulo:

Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da república federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Decreto nº 6.488/08, de 19 de junho de 2008, regulamenta os artigos 276 e 306 da lei 9.503, de 23 de setembro de 1997 - código de trânsito brasileiro, disciplinando a margem de tolerância de álcool no sangue e a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeitos de crime de trânsito. **Diário Oficial da União**, Brasília, 20 jun. 2008. Disponível em: < <http://www6.senado.gov.br/legislacao/DetalhaDocumento.action?id=257325> > Acesso em 08 out. 2008.

BUERGO, Blanca Mendoza. *Limites Dogmáticos y Políticos-Criminales de los delitos de peligro abstracto*. Editorial Comares: Granada, 2001.

CALLEGARI, André Luís e MOTTA, Cristina Reindolff da. **Estado e política criminal**: a expansão do direito penal como forma simbólica de controle social. *In*: CALLEGARI, André Luís. **Política criminal, estado e democracia**: homenagem aos 40 anos do curso de direito e aos 10 anos do curso de pós-graduação em direito da Unisinos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

_____; LOPES, Fábio Mota. **A imprestabilidade do bafômetro como prova no processo penal**. São Paulo: Boletim IBCCRIM, ano 16, n. 191, p.8, out. 2008.

CARVALHO, Salo de. **A ferida narcísica do direito penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea)**. *In*: GAIER., Ruth M. Chittó. **A qualidade do tempo**: para além das aparências históricas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. **Limites constitucionais do direito penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

D'AVILA, Fabio Roberto. **O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico**. Elementos para a legitimação do direito penal secundário. *In*: D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo

Vinicius Sporleder de. **Direito Penal secundário**: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

DESCARTES, Rene. **Discurso do método**. São Paulo: Martin Claret, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O papel do direito penal na proteção das gerações futuras**. SILVA, Luciano Nascimento (Coord). Estudos jurídicos de Coimbra. Curitiba: Juruá, 2007.

FARIA, Antonio Celso. **A Lei 11.705, de 19/06/2008 e o crime de embriaguez ao volante**. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 05 out. 2009.

FARIA COSTA, José Francisco de. **O Perigo em direito penal**. Portugal: Coimbra Editora, 2000.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoria del garantismo penal. Madrid:Trotta, 2001.

_____. **Democracia y garantismo**. Madrid: Trotta, 2008.

_____. **Garantismo: una discusión sobre derecho y democracia**. Madrid: Trotta, 2006.

_____. El derecho penal mínimo. **Revista Poder y Control**, n. 0, Barcelona, 1986.

_____. **Crisis del sistema político y jurisdicción**. in Pena y Estado. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 1995.

FOCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987.

FREIRE, Antonio Manuel Peña. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

GIACOMOLLI, Nereu José. O princípio da legalidade como limite do ius puniendi e proteção dos direitos fundamentais. **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre, n. 26, pg 153-177,

2006.

HASSEMER, Winfried. **A preservação do ambiente através do direito penal.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 6, n. 22, p. 27, abr./jun. 1998.

_____. **Direito Penal Libertário.** Trad. Regina Greve e coord. Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HOBBS, Thomas. **Leviatã:** ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. São Paulo: Ícone, 2000.

HOUAYEK, Raphael de Sá e Silva; GOMES, Lauro Thaddeu. **Novatio Legis in melius:** uma análise da nova lei de trânsito sob o prisma da retroatividade. Disponível em: www.ibccrim.org.br. Acesso em: 18 dez 2009.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal.** vol. VII, 4 ed. ver. e atual. por Heleno Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito.** São Paulo: Martin Claret, 2000.

JAKOBS, Günther. **Problemas capitales del derecho penal moderno;** el sistema de imputación jurídicopenal. Buenos Aires: Hammurabi, 1998.

_____. **Derecho Penal:** Parte General. Madrid: Marcia Pons Editora, 2003.

_____; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas.** Org. e trad. André Luis Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão pura.** 5.ed. Trad. de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. **Discursos sediciosos: crime, direito, sociedade/**Instituto Carioca de Criminologia. Ano I, n.1. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Trad. José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

KREBS, Pedro. **A (in) constitucionalidade do §3º do art. 277 do CTB: uma leitura a partir da jurisprudência do TEDH.** In.: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. **Reformas do Código de Processo Penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo.** Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2003.

LOPES, Fabio Motta. **A embriaguez ao volante e as mudanças na esfera criminal.** In.: CALLEGARI, André Luís; WEDY, Miguel Tedesco. **Reformas do Código de Processo Penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal** (fundamentos da instrumentalidade constitucional). 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2006.

LUIZI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais.** 2.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

LUNA, Everaldo da Cunha. **Capítulos de direito penal: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 1985.

MARCAO, Renato. **Crimes de trânsito:** (anotações e interpretação jurisprudencial da parte criminal da lei nº 9.503/97). São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. **Crimes de perigo abstrato.** Disponível em [www. ibccrim.org.br](http://www.ibccrim.org.br). Acesso em: 18 dez 2009.

OSORIO, Fabio Medina. **Direito administrativo sancionador.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

OST, François. **O Tempo do Direito.** São Paulo: Editora EDUSC, 2005.

PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal.** Trad. De Gerson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989.

PARK, Robert Ezra. **A cidade: sugestões para a investigação do comportamento humano. O fenômeno humano.** Tradução de Sérgio Magalhães Santeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. **O crime de embriaguez ao volante e o “bafômetro”**: algumas observações. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n.189, ago. 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3 ed. Rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

REALE JUNIOR, Miguel. Instituições de Direito Penal – Parte Geral. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

REGHELIN, Elisangela Melo. **O “novo e multifacetado” artigo 306 o Código de Trânsito Brasileiro e os crimes de perigo**. In.: CALLEGARI, Amdré Luís; WEDY, Miguel Tedesco. **Reformas do Código de Processo Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70028030526. Apelante: Nelson Luiz Morales Dutra. Apelado: Ministério Público. Relator: Marcel Esquivel Hoppe. Porto Alegre, 11 de março de 2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/exibe_documento.php?ano=2009&codigo=238757> Acesso em: 19 ago. 2009.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Crime nº 70030536551. Apelante: Robson da Silva Torrel. Apelado: Ministério Público. Relator: Marcel Esquivel Hoppe. Porto Alegre, 29 de julho de 2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/exibe_documento.php?ano=2009&codigo=1168486> Acesso em: 19 ago. 2009.

_____. Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 70028484806. Impetrante: Liane Ritter Liberali. Paciente: Valdomiro Bokzo. Coator: Juiz da vara única de delitos de trânsito do Foro Central da Comarca de Porto Alegre. Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa. Porto Alegre, 14 de maio de 2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/exibe_documento.php?ano=2009&codigo=712870> Acesso em: 19 ago. 2009.

ROCHA, Álvaro Filipe Oxley da. **Direito, Estado e Justiça**: conceitos e debates em filosofia política. In COPETTI, André et all. **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica**: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006

ROMERO, Diego. **Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato**. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. Teresina, v. 7. 2006.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Org.: CALLEGARI, André Luis e GIACOMOLLI, Nereu José. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Derecho penal parte geral tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas, 2006.

_____. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Trad. Luis Greco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trád. ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva de julgamentos criminais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SERRANO, José Luis. **Validez y vigencia: la aportación garantista a la teoría de la norma jurídica**. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

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

STEINER, Sylvia Helene de Figueiredo. **A convenção americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. Constituição. Bem jurídico e controle social: a criminalização da pobreza ou de como “la ley es como la serpiente; solo pica a los descalzos”. **Revista de Estudos Criminais**. Porto Alegre, n. 31, pg. 70-71, 2008.

_____. e MORAES, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____ e FELDENS, Luciano. **Crime e constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

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

TORRES, Silvia Faber. **O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Trad. TELLES, André. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Et al.* **Direito penal brasileiro – I**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

_____. **Em busca das penas perdidas**. Trad. PEDROSA, Vânia Romano e CONCEIÇÃO, Amir Lopez da. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. Sistemas Penales y Derechos em America Latina. In: **Instituto interamericano de Derechos Humanos**: Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1984.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)