

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS APLICADOS
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PENAL
E DIREITO PROCESSUAL PENAL

JOSÉ MAURÍCIO CARNEIRO

OS TIPOS PENAIS DE PERIGO ABSTRATO E SUAS IMPLICAÇÕES
CONSTITUCIONAIS

ESCOLA SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO
BIBLIOTECA

Fortaleza - Ceará
2010

JOSÉ MAURÍCIO CARNEIRO

**OS TIPOS PENAIS DE PERIGO ABSTRATO E SUAS IMPLICAÇÕES
CONSTITUCIONAIS**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal da Universidade Estadual do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de especialista em Direito Penal e Processual Penal.

Orientadora: Prof^ª Ms. Maria Magnólia
Barbosa da Silva.

**Fortaleza - Ceará
2010**

341.5
C289t (S 939)
ex. 1 (T 1185)

ESCOLA SUPERIOR DO
MINISTÉRIO PÚBLICO
BIBLIOTECA

C289t Carneiro, José Maurício.

Os Tipos Penais de Perigo Abstrato e Suas
implicações Constitucionais. / José Maurício Carneiro.
– Fortaleza, 2010.

61 p.

Orientador: Prof. Maria Magnólia Barbosa da Silva
Monografia (Especialização em Direito Penal e
Direito Processual Penal) – Universidade Federal do
Ceará.

1. Sociedade de Risco 2. Tipos penais 3. Perigo
abstrato 4. Legitimidade Constitucional. I. Título.

CDD: 341.5

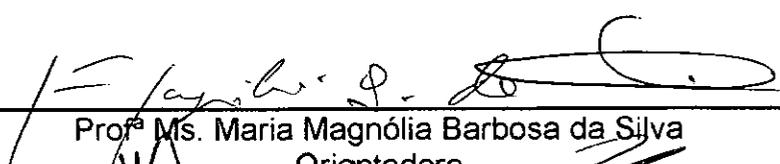
JOSÉ MAURÍCIO CARNEIRO

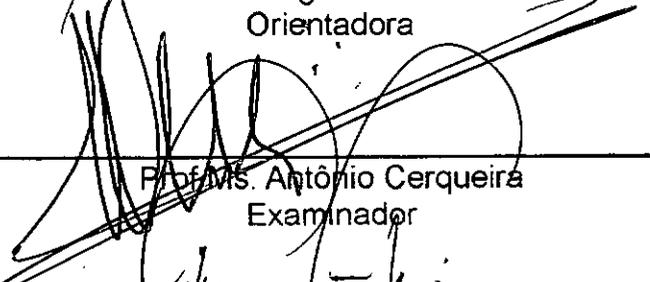
**OS TIPOS PENAIS DE PERIGO ABSTRATO E SUAS IMPLICAÇÕES
CONSTITUCIONAIS**

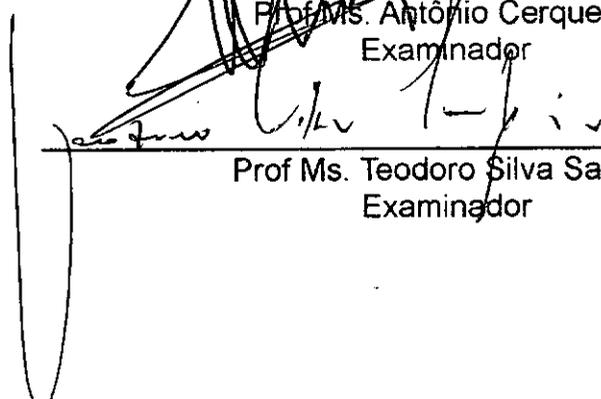
Monografia submetida à Coordenação do
Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e
Processual Penal da Universidade Estadual
do Ceará, como requisito parcial para a
obtenção do grau de especialista em Direito
Penal e Processual Penal.

Aprovada em 16 / 07 / 2010

BANCA EXAMINADORA


Prof^a Ms. Maria Magnólia Barbosa da Silva
Orientadora


Prof^a Ms. Antônio Cerqueira
Examinador


Prof Ms. Teodoro Silva Santos
Examinador

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho aos meus pais Raimundo Carneiro da Silva e Maria Assunção da Silva (in memoriam).

AGRADECIMENTO

Agradecimentos à Angélica, esposa devotada, e aos meus filhos Yago, Yan e Ycaro, pela compreensão demonstrada em abdicar das muitas horas utilizadas para a confecção do presente trabalho e que poderiam ter sido dedicadas ao lazer em suas companhias.

Agradecimento especial a todos os abnegados mestres que compuseram o corpo docente do Curso, pela gama considerável de conhecimentos que foram capazes de transmitir e que nos permitiu incorporar ao nosso patrimônio intelectual.

Agradecimentos também a todos que compõem a administração da Escola Superior do Ministério Público, pela fineza com que nos trataram a todos e pelo esmero demonstrado durante todo o Curso, para tornar possível o seu êxito.

RESUMO

A questão da legitimidade constitucional dos tipos penais de perigo abstrato sempre foi alvo de embates doutrinários de correntes que defendem, desde a sua total compatibilidade com a dogmática penal, até aquelas que simplesmente a renegam integralmente e foi exatamente com a intenção de contribuir, ainda que dentro dos limites restritos do presente trabalho, com alguns posicionamentos acerca da matéria. Intitulou-se de “Os tipos penais de perigo abstrato e suas implicações constitucionais”, título que bem delinea o âmbito de abrangência da pesquisa realizada, iniciando-se por uma abordagem acerca de como se dá o processo de criminalização de condutas, pelo viés das necessidades decorrentes da sociedade de risco que predomina hoje no mundo globalizado, levando o Direito Penal a ampliar o seu raio de atuação para enfrentar os novos contextos de riscos, decorrentes das modernas tecnologias de produção. Realizou-se, ainda que de forma superficial, uma incursão pelos princípios constitucionais que norteiam e servem de limites à atuação do Direito Penal para, finalmente, abordar-se a temática central deste trabalho que é o exame da legitimidade da utilização dos tipos penais de perigo abstrato frente àqueles princípios.

Palavras-Chave: Sociedade de risco - Tipos penais – Perigo abstrato – Legitimidade constitucional.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 O PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS	11
3 O DANO E O PERIGO NA CONFORMAÇÃO TÍPICA PENAL	15
4 O DE CRIME DE PERIGO ABSTRATO E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO	18
5 CONSIDERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE NO PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS	25
6 LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS DA ATUAÇÃO DO DIREITO PENAL.....	28
6.1 Princípio da reserva legal.....	30
6.2 Princípio da anterioridade	32
6.3 Princípio da taxatividade	34
6.4 Princípio da ofensividade	35
6.5 Princípio da insignificância.....	37
6.6 Princípio da intervenção mínima	41
6.7 Princípio da culpabilidade.....	43
7 A LEGITIMAÇÃO DOS TIPOS PENAIS DE PERIGO ABSTRATO FRENTE ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PENAIS	48
8 CONCLUSÃO	57
BIBLIOGRAFIA	60

1 INTRODUÇÃO

A sociedade globalizada, na visão crítica de Souza Santos é entendida como:

Um processo complexo que atravessa as mais diversas áreas da vida social, da globalização dos sistemas produtivos e financeiros à revolução nas tecnologias e práticas de informação e de comunicação, a erosão do Estado nacional e redescoberta da sociedade civil ao aumento exponencial das desigualdades sociais, das grandes movimentações transfronteiriças de pessoas como emigrantes, turistas ou refugiados, ao protagonismo das empresas multinacionais e das instituições financeiras multilaterais, das novas práticas culturais e identitárias aos estilos do consumo globalizado. (SANTOS, S., 2002, p. 11)

Assim, esse novo tipo de sociedade, na medida em que introduziu novos paradigmas de comportamento, trouxe também consigo a necessidade de uma profunda reformulação do modelo de atuação dos mecanismos de controle social formal, para fazer face à gama de riscos advindos do surgimento de novas tecnologias e do incremento dos meios de produção, para atender às necessidades cada vez mais imediatas da sociedade de consumo capitalista.

Tais circunstâncias trouxeram embutidas o alargamento das faixas de risco, até então delimitadas pelo pleno domínio do conhecimento dos processos de produção, mas que em curto espaço de tempo da ocorrência dessas transformações radicais, experimentaram profundas alterações que tornaram impossível a atualização desse conhecer e, com isto, criou uma ambiência propícia ao surgimento de riscos cada vez maiores de que tais processos viessem a causar danos de potencialidades desconhecidas a considerável e indeterminado número de pessoas.

Passou-se, então a conviver, no cotidiano, com a necessidade de gerenciamento desses riscos, sendo nesse contexto que o Direito Penal foi chamado a atuar, na sua condição de instrumento regulador dos conflitos sociais e a fórmula encontrada para atingir essa finalidade foi a construção de tipos penais de perigo abstrato, sem dúvida, a fórmula mais eficaz para tornar possível, com certa dose de eficiência, o gerenciamento desse novo contexto social de riscos, por via de uma

maior facilitação de punição de condutas previamente rotuladas de perigosas, e isto por razões várias, dentre as quais se sobressaem a desnecessidade de comprovação do dano, eis que encontra-se esse ínsito na conduta, que passa a ser o foco de toda carga de ilicitude e a desnecessidade de se demonstrar o nexo de causalidade.

A desdúvida, esta nova postura adotada pelo Direito Penal significou uma ruptura com a sua dogmática tradicional, fundada sobre as bases da culpabilidade e da ofensividade, com reflexos diretos na matriz constitucional das garantias individuais e, por óbvio, não se pode pretender aceitar como legítimo um Direito Penal que arremesse as suas lanças contra ou para além das suas balizas constitucionais. Por outro lado, não se nos é possível deixar de reconhecer que determinadas lesões a bem jurídicos de elevado valor social, tais como o meio ambiente, sistema financeiro, energia nuclear, biotecnologia, saúde pública por exemplo, são passíveis mesmo de provocar consequências danosas de proporções desconhecidas, de tal sorte que a atuação repressiva se apresenta como inócua, restando a prevenção como único meio eficaz de garantia da paz social. Como conciliar a necessidade desta ação preventiva através da utilização dos tipos de perigo abstrato frente aos dogmas do Direito Penal clássico e sem violar certas limitações constitucionais à intervenção penal do Estado?

Necessário se estabelecer um espaço de conformidade dentro do qual possa se consolidar um estado de equilíbrio onde se torne possível a conciliação e coabitação entre as bases tradicionais da dogmática penal e as novas funções que lhes foram reservadas no contexto da sociedade de risco em que ora estamos mergulhados.

O objetivo do presente estudo é exatamente a busca pela delimitação deste novo espaço de atuação do Direito Penal de risco frente às garantias constitucionais penais, mais especificamente em relação ao princípio da ofensividade, indiscutivelmente um potente instrumento limitador da atuação legiferante do legislador penal.

Diante da realidade social vivenciada, pode se legitimar esse Direito Penal que lançou mão da criminalização pura de condutas apenas diante da consideração *juri et de juri* de seu potencial de lesividade? Até onde vai essa permissão constitucional para tornar essa atuação legítima?

Foi diante desse contexto que se procurou descobrir os espaços necessários de harmonização entre a utilização do Direito Penal para fazer face às exigências da sociedade moderna, por via do recurso à utilização dos tipos de perigo abstrato, e a principiologia constitucional-penal, que procura impor balizas bem definidas à utilização daquele ramo do ordenamento jurídico, em nome de um princípio maior que serve de fundamento ao Estado democrático de direito, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana.

A abordagem desta temática demandará uma incursão pelo exame de algumas questões que levam a sociedade a reivindicar espaços cada vez maiores de atuação do Direito penal, trazendo riscos sensíveis de desvirtuamento de sua função social, a ponto de gerar uma crise mesmo de identidade. Bianchini (2002, p.17), chama a atenção para esta problemática, creditando em parte à própria sociedade que, acossada pelo aumento da criminalidade, pressiona pela ampliação e recrudescimento da intervenção penal, tornando este fator uma determinante da produção legislativa penal, com toda sorte de incongruências que pode gerar.

Iniciou-se este trabalho, pois, com a temática do processo de criminalização de condutas, realçando-se os influxos sociais que o dinamizam, passando-se pela abordagem dos princípios constitucionais-penais que funcionam como parâmetros limitadores da atuação do Direito Penal e, finalmente, indo-se para o cerne do presente trabalho, qual seja, o exame da utilização dos tipos penais de perigo abstrato em confronto com aqueles princípios, com o fito de tornar a atuação desse ramo do ordenamento jurídico, naquelas situações, legítimo.

2 O PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS

A partir do momento em que se entendeu pela conveniência de se abolir todas as formas de autodefesa, entregando-a ao ente abstrato, politicamente concebido para reger a convivência dos indivíduos no grupo social - o Estado - a ele se entregou a tarefa de definir quais condutas humanas, fatos ou atos, deveriam receber a tutela do Direito Penal, segundo um critério axiológico de valores vigente em determinada época e adotado por uma determinada organização social.

Assim, o artigo 22, I, da Constituição Federal estabelece competir privativamente à União, legislar, dentre outras matérias, sobre Direito Penal e Direito Processual Penal. Tendo em mira que os órgãos com atuação legiferante da União são a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, compete a esses, pois, a árdua e complexa função de criminalizar condutas através da construção de tipos penais ou modelos de ações para cujas práticas se estabelecem sanções por atentarem mais severamente contra valores eleitos pela Constituição como sendo relevantes para a sobrevivência do grupo social. Dessa tarefa também participa o Poder Executivo, através do Presidente da República que se utiliza do instituto da sanção.

A esse processo, rotula-se de criminalização primária, ou seja, o ato emanado do poder político por via do qual se confere especial proteção a determinados bens jurídicos em função de sua importância social, mediante a sua inserção no sistema penal, com o fim de torná-los imunes a ataques que contra eles possam ser desferidos por terceiros, em contrapartida à criminalização secundária que irá se manifestar num momento posterior, quando concretamente os órgãos do sistema de controle social irão atuar na escolha daquele sobre quem irá recair.

O tipo penal, como resultante final desse processo, compõe-se, assim, de um preceito primário, que é a descrição da conduta humana atentatória ao bem jurídico escolhido para ser aquinhado com a especial proteção do Direito Penal, e de um preceito secundário, que é a sanção cominada para a violação da norma que lhe serviu de substrato. Na verdade, como bem esclarece Toledo (2001, p. 17), não é todo bem jurídico que deve ser objeto da proteção desse ramo do ordenamento

jurídico, senão “certos bens jurídicos e, ainda assim, contra determinadas formas de agressão; não todos os bens jurídicos contra todos os possíveis modos de agressão”. O legislador penal, ao elaborar um tipo penal, deverá considerar apenas os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado trará ao grupo social, excluindo todas as demais, ainda que portadoras de algum prejuízo, mas cuja tutela poderá ser efetivada através de outros ramos do ordenamento jurídico.

Zaffaroni (2006, p.42) define tipo penal como “um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes”.

Representa uma garantia para o cidadão, já que, na mesma medida em que ele surge no mundo jurídico, implicitamente ele traz a certeza de que qualquer ação humana que não venha a se conformar com as suas elementares constitutivas encontra-se fora e a salvo da força punitiva do sistema formal de controle social. Por isso mesmo deve ele ser dotado de precisão em seus significados, ou seja, deve ser formulado em termos objetivos, concisos e com elevado grau de coerência, de sorte a evitar que a sua aplicação demande complicados processos interpretativos.

Discorrendo acerca da matéria, Toledo, (2001, p.17) preleciona:

A noção de tipo, como um dos elementos estruturais do conceito de crime – não o crime na sua totalidade – se deve a Beling (Die Lehre Von Verbrechen, 1906) que a concebeu, inicialmente, como pura descrição objetiva, algo desprovida de valoração. Dessa concepção inicial evoluiu-se, através dos anos, para uma concepção material que vê no tipo uma dupla ordem de valoração. A primeira consiste no juízo de desvalor ético-social que está na origem da própria elaboração do tipo. A segunda está na carga valorativa contida no tipo, que permite a este último desempenhar importante função seletiva sobre as mais variadas formas de comportamento humano, com isso estabelecendo a grande linha divisória entre o que é permitido e o que não o é, na esfera do Direito Penal. O legislador seleciona os tipos, transformando-os, com a edição das leis penais, em tipos legais de crime; estes últimos selecionam as condutas humanas transformando-as em fatos típicos penais e em fatos atípicos penais.

A eleição dos bens jurídicos ou valores para efeito de se tornarem objeto da proteção penal é tarefa de política criminal que se sujeita inexoravelmente à dinâmica social e seus influxos, a tornarem flexíveis os conceitos de crime e de reação penal, dependentes, pois, da evolução social que cada sociedade venha a experimentar. Veja-se que o adultério e a sedução eram tipificados como crime pelo Código Penal e, recentemente, tais condutas foram descriminalizadas; a feitiçaria também já foi criminalizada e deixou de sê-lo. Por outro lado, a moderna sociedade pós-industrial reclama a criminalização de outras condutas no campo da informática, bioética, genética, etc. A dimensão acerca do que possa vir a representar uma agressão ou perigo de agressão a determinado bem jurídico concebido como portador de relevância social, para efeito de receber a proteção da lei penal, encontra-se umbilicalmente atrelada aos níveis e estágios de desenvolvimento social de uma sociedade, segundo a lógica de seus valores.

Essas manifestações emanadas do poder político são sempre precedidas de tensões dialéticas que se travam em nível de bastidores, através de movimentos político-criminais, a influenciar o legislador penal na formulação dos tipos penais. Gomes, (2007, p.255) reconhece os seguintes: criminalização-descriminalização, penalização-despenalização, prisão cautelar-desprisão cautelar, institucionalização-desinstitucionalização e diversificação.

Os movimentos de criminalização e descriminalização consistem basicamente em reconhecer e deixar de reconhecer, respectivamente, determinada conduta como susceptível ou não de ser reprimida pela instância formal de controle social.

A penalização e despenalização têm o seu foco de atenção sobre o castigo que é imposto ao violador da norma penal, privilegiando, no primeiro caso, a pena de prisão, como instrumento de controle da conduta penalmente desviada. Já o movimento de despenalização, ao revés, procura minimizar o valor conferido à utilização daquela, sem, contudo, afetar de qualquer modo a ilicitude do fato, quer através da sua substituição por outras medidas penais ou processuais, quer através do estabelecimento de restrições à sua aplicação ou execução, ou, finalmente, através da sua diminuição pura e simples.

Nos processos de prisionização e desprisionização cautelara luta dos movimentos de política criminal se trava no campo da necessidade e desnecessidade, respectivamente, da utilização da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nos movimentos de institucionalização e desinstitucionalização tem-se, de um lado, no caso dos primeiros, a atribuição de resolução de um conflito a uma instituição formal da sociedade e, no segundo, a atribuição dessa tarefa à própria sociedade, afastando-se a ingerência do Estado.

Finalmente, o movimento político-criminal da diversificação defende a tese segundo a qual deverá se abdicar das instâncias formais de controle social, entregando a resolução dos conflitos penais às próprias partes envolvidas ou a algum outro órgão especial de constituição *ad hoc*, sendo o seu mais ardoroso defensor Nils Christie.

O resultado dessa tensão dialética vai terminar por refletir, no processo de criminalização de condutas, a vontade política dos grupos dominantes no centro do poder político e sua ideologia vigente na época, de sorte a transpor para o ordenamento jurídico-penal o padrão ideológico dominante e seus traços mais marcantes.

4 O CRIME DE PERIGO ABSTRATO E O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Muitos autores já deram a sua conceituação de crime de perigo abstrato, sempre pondo em relevo esse aspecto que o torna específico, qual seja, o fato de que o perigo vem insculpido na própria conduta, tornando, por assim dizer, desnecessário aferir-se concretamente o perigo de dano ou mesmo o próprio dano.

Jesus (1986, p.188), acerca do perigo abstrato define-o como sendo “o considerado pela lei em face de determinado comportamento positivo ou negativo. É a lei que o presume *júris et de jure*. Não precisa ser provado. Resulta da ação ou omissão”.

Mirabete (1996, p.130) acentua:

Às vezes a lei exige o perigo concreto, que deve ser comprovado (arts. 130, 134 etc.); outras vezes refere-se ao perigo abstrato, presumido pela norma que se contenta com a prática do fato e pressupõe ser ele perigoso (arts. 135, 253 etc.).

Para Roxin (apud ROMERO, 2006, p.4), delitos de perigo abstrato são “aqueles em que se castiga a conduta tipicamente perigosa como tal, sem que no caso concreto tenha de ocorrer um resultado de exposição a perigo”.

Greco Filho (2009, p. 149), comentando o art. 33 da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), menciona que para a existência do delito não há necessidade de ocorrência de dano. “O próprio perigo é presumido em caráter absoluto, bastando para a configuração do crime que a conduta seja subsumida num dos verbos previstos”.

Segundo Botini (2007, p.114), em interessante monografia sobre o assunto - Crimes de Perigo Abstrato e o Princípio da Precaução na Sociedade de Risco - com apoio em Demosthenes Madureira de Pinho, menciona que a

nomenclatura aceita pela doutrina brasileira constante da locução “crimes de perigo abstrato” não é a mais apropriada, eis que o termo ‘perigo’ não poderia representar bem uma realidade concreta de perigo, de um lado e, do outro, uma potencialidade abstrata de perigo. Assim, para o autor citado, somente se poderia falar em crimes de perigo em se tratando de tipos penais de perigo concreto, enquanto, nas situações em que o tipo trazer embutido, por si só, o perigo na conduta incriminada, se deveria falar em risco, ou seja, “aquele atributo da pessoa humana que pode ou não causar um perigo”.

A doutrina acerca do assunto ainda criou outra modalidade de crimes de perigo abstrato em função da constatação de que, em determinadas condutas, não se exigia que se tivesse efetivamente uma situação concreta de perigo e, por conseguinte, não poderia ser enquadrada na categoria dos crimes de perigo concreto, mas, por outro lado, também não se contentava com a mera efetivação da conduta, exigindo um *plus* intermediário entre o perigo abstrato e o perigo concreto, ou seja, a criação de um ambiente de potencialidade lesiva em abstrato ao bem jurídico tutelado sem, no entanto, condicionar a sua consumação a uma situação de efetiva ameaça. Seriam exemplos deles as condutas tipificadas nos arts. 306 e 308 do Código de Trânsito Brasileiro e art. 58 da Lei nº 9.605/98 – lei dos crimes ambientais). Em todos eles há em comum a exigência de um dano potencial intermediário entre a mera conduta e a colocação de um bem sob ameaça objetiva. A marca registrada desses delitos seria, pois, a criação de um ambiente de periculosidade da conduta.

De qualquer sorte, o que caracteriza o crime de perigo abstrato é o fato de que toda a carga punitiva irá recair exatamente na conduta do agente, esta já tida por causadora de situação de perigo para o bem juridicamente protegido sem que seja necessário qualquer esforço no sentido de se verificar a existência da subjetividade delitiva em relação a um resultado danoso para o bem jurídico.

A utilização desses modelos típicos é uma decorrência do surgimento da sociedade de risco advinda com o desenvolvimento de novas tecnologias vinculadas aos mais diversos ramos da atividade humana, sobretudo aquelas que direcionam-se à produção de bens de elevado poder de destruição, para fazer face ao atendimento

das necessidades cada vez mais crescentes e urgentes da sociedade capitalista. Por sua vez, essas novas tecnologias, em função da rapidez com se desenvolvem e são utilizadas pelos meios de produção, impedem o conhecimento das consequências de sua utilização ou dos bens através delas produzidos, levando à necessidade de se adotar mecanismos para minimizar os riscos daí decorrentes. É aí que entra em cena a figura do gerente de riscos que terá a tarefa de buscar os meios através dos quais irá tornar possível a atuação dos meios de produção com o maior grau de segurança para a coletividade.

O gerenciamento de riscos passou então a ocupar lugar comum na sociedade de riscos atual diante da impossibilidade de a ciência fornecer elementos seguros ou para conhecer os riscos da utilização de determinada tecnologia ou para afastá-los. Quando há um conhecimento científico disponível a delimitar o âmbito de atuação dos riscos ou a afastá-los, desnecessária é a atuação do gerente de riscos, ingressando os mecanismos de controle formal apenas com regulações destinadas à sua prevenção. Contudo, na grande maioria dos casos, a ciência ainda não foi capaz de fornecer adequadas respostas para novos contextos de risco, tais como a utilização da energia nuclear, biogenética, fabricação de remédios, etc. e, nesse caso, o princípio da precaução irá legitimar o gerente de riscos a tomar decisões estratégicas para a sua contenção.

Nominado princípio, no dizer de Botini (2007, p. 66), representou a alternativa viável a fornecer o necessário substrato para a administração dos riscos *"e ocupar os espaços de regulamentação institucional de atividades"*. Surgiu no cenário internacional pela primeira vez no Ato de Poluição do Ar de 1974 e veio a se consolidar na Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, expresso nos seguintes termos:

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental. (BOTINI, 2007, p. 66)

Concebido originariamente para atuar no gerenciamento de riscos ambientais, o princípio da precaução vem cada vez mais sendo utilizado em outras áreas da atividade humana, tais como saúde pública, relações de consumo, por via de documentos internacionais. Diz o mencionado autor que no Brasil, vários diplomas normativos contemplam a adoção de tal princípio, podendo ser citados a Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005, art. 1º), além de diplomas internacionais que foram aqui ratificados, tais como a Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Convenção sobre a Diversidade Biológica e o Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro sobre Mudança no Clima. A jurisprudência, por sua vez, já vem incorporando em suas manifestações, o princípio da precaução, por exemplo, quando determina a realização de estudo de impacto ambiental para a prática de atividades potencialmente poluidoras do meio ambiente. (BOTINI, 2007, p.68-69).

As medidas de precaução, em função de sua própria destinação, não poderão ser adotadas de forma aleatória diante do surgimento de uma atividade potencialmente poluidora. É aqui que entram em cena os princípios da razoabilidade e proporcionalidade a conferir um norte a servir de parâmetro ao gestor de risco. A maior ou menor abrangência das medidas (restritivas ou proibitivas) a serem adotadas deverá ser uma opção cuidadosa, embasada em meticulosa avaliação prévia com vistas à detecção mais ou menos aproximada do nível de risco. Há necessidade de se inferir do exercício da atividade ou da utilização de um determinado produto, um mínimo de potencial de risco que autorize a se concluir pela existência de periculosidade e o maior ou menor âmbito de abrangência das medidas restritivas será dado pela conclusão do gestor de riscos, considerando-se a proporcionalidade e a relação custo/benefício entre o risco avaliado e as medidas de precaução adotadas.

Tal proceder, na maioria das vezes, traz sérias dificuldades em função mesmo da essência da aplicação do princípio da precaução, que pressupõe o desconhecimento do potencial de risco da prática de determinada atividade, o que não acontece no âmbito do princípio da prevenção, onde o conhecimento científico ou os dados estatísticos foram capazes de fornecer bases seguras para as medidas de controle eficiente da situação de risco. Esta ambiência de incerteza propicia a

entrada em cena dos atores econômicos interessados, estabelecendo-se um conflito político de interesses entre o gestor de risco, de um lado, a buscar, com as medidas inflingidas, o maior grau de segurança no uso da atividade produtiva arriscada de sorte a minimizar os níveis de risco, e, portanto a pretender a maior amplitude delas e, do outro lado, as classes produtoras interessadas em que tais medidas sejam as mais limitadas possíveis, de sorte a facilitar o seu exercício com o menor grau possível de restrição. Com isto, a decisão acerca do nível de tolerância da margem de risco, na maioria das vezes, irá refletir a preferência por um dos discursos antagônicos verbalizados neste cenário conflitivo. É o dilema do gestor de riscos no exercício de seu papel.

Afinal, qual a relação existente entre os tipos de perigo abstrato e o princípio da precaução?

Diante deste dilema e frente à percepção de um elevado nível de risco, muito além dos limites do que é possível para a sociedade tolerar, essas medidas restritivas poderão atingir o seu nível de maior agressividade quando entender que somente o Direito Penal poderá fornecer instrumentos de contenção eficientes para eliminar o risco ou restringi-lo a níveis de tolerância aceitáveis. Tal opção do gestor de riscos, mais do que nunca, estará a exigir todo o seu tirocínio disponível, pois quando a opção escolhida se der na direção do Direito Penal, deverá ser antecedida da certeza prévia de que os demais ramos do ordenamento jurídico não são suficientes para livrar a sociedade de potenciais riscos que pretende debelar e que os gravames decorrentes da aplicação deste ramo do ordenamento jurídico guardam limites de proporcionalidade com o nível de risco calculado. Não se pode esquecer que o Direito Penal não deve ser utilizado como *prima ratio* e sim como *última ratio*, somente estando legitimado a intervir quando nenhum dos demais ramos do ordenamento jurídico se mostrar capaz de dar as respostas socialmente adequadas.

No campo de vigência e atuação do princípio da precaução, a tônica predominante é a incerteza, em função do desconhecimento do potencial verdadeiro de lesividade de determinada tecnologia ou do manuseio ou consumo de determinado produto, mas sabe-se que, em relação a alguns deles, se vier de fato a ocorrerem danos à sociedade, esses serão de magnitude tamanha que a atuação do

Direito Penal concebido segundo a ideologia filosófica do iluminismo não é capaz de recompô-lo, tornando-se imperativo que se busque mecanismos de controle mais rigorosos cuja garantia de observação com vista a conferi-los o máximo de eficiência e efetividade, será dada pela atuação do Direito Penal e através dos tipos penais de perigo abstrato, pois aqui despreza-se o resultado danoso decorrente da conduta do agente para concentrar-se toda a carga de ilicitude nela própria - conduta - abstraindo-se eventual ocorrência de resultado naturalístico. São atividades tais em que o único resultado favorável no sentido de evitar danos de elevada magnitude somente pode ser conseguido com normas de prevenção e estas, por sua vez, somente fornecerão os resultados desejados através da fórmula dos tipos de perigo abstrato.

Muitas razões justificam essa opção do legislador penal, afora aquela de que já nos referimos no tópico anterior. Em relação à prática de atividades potencialmente lesivas e manuseio ou utilização de produtos com reconhecido potencial de riscos de lesão, o desconhecimento dos riscos subjacentes tornam os cursos causais de difícil, quiçá impossível, conhecimento e comprovação, gerando reflexos diretos no campo da responsabilidade penal. Os novos métodos de produção impostos pela sociedade de massa deram origem a novas e complexas estruturas de produção que diluem os atores do processo produtivo, criando obstáculos quase intransponíveis para a perfeita individualização de eventuais responsáveis, no caso de ocorrência de dano, e sem esta individualização, impossível se torna a responsabilização penal. Mais uma vez, tem o gerente de riscos, leia-se, legislador penal, um bom motivo para se utilizar dos tipos de perigo abstrato para atuar na linha de prevenção.

A defesa de bens jurídicos coletivos também é outro fator de disseminação de tipos de perigo abstrato, em função da dificuldade de atuação eficiente do Direito Penal clássico. A tutela de bens jurídicos como meio ambiente, sistema financeiro, ordem tributária e saúde pública não poderá se dar através da produção de resultados por conta da abstração dos interesses protegidos, levando o legislador penal a atuar na proibição da conduta tendente à produção do dano.

Na questão do que chamamos de atos perigosos por acumulação, entendidos esses como sendo aqueles atos que isoladamente são potencialmente inofensivos para o bem jurídico tutelado, mas que, por via de sua repetição, podem produzir efeitos catastróficos, também não se poderá dispor de uma proteção eficiente se não lançarmos mão do artifício da incriminação através dos tipos de perigo abstrato. Pode-se citar o exemplo da proteção à fauna. Um só ato isolado de um caçador de retirar da natureza um animal de determinada espécie, evidentemente, não causará maiores danos ao meio ambiente, entretanto, a repetição de tal ato por um número indeterminado de pessoas poderá vir a dizimar aquela espécie, com consequências naturais imprevisíveis. O mesmo se diga em relação à questão do trânsito, onde o tráfego de uns poucos veículos pode não oferecer riscos intoleráveis, entretanto, um elevado número de usuários de veículos em uma área restrita eleva o risco ao patrimônio e à vida a níveis intoleráveis e a forma mais eficiente de administrar esses riscos é também a utilização dos delitos construídos através de tipos penais de perigo abstrato.

A partir da constatação desta realidade é possível se compreender as razões da expansão do Direito Penal na sociedade de risco atual, através da utilização deste expediente de incriminação de condutas.

5 CONSIDERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OFENSIVIDADE NO PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS

Segundo o que nos informa a conceituação analítica de crime, é este o fato típico, antijurídico e culpável, donde se poder concluir com segurança que a tipicidade é um dos elementos do delito. Para a seleção dos bens jurídicos que devem merecer a proteção penal, o legislador se utiliza do critério consistente na padronização de modelos de conduta humana que se chama de tipos. No dizer de Toledo (2001, p. 126):

Não é pura criação mental, mas sim descrição esquemática de indivíduos, coisas, objetos ou fenômenos. Apesar disso, não deixa de ser abstração e também uma idéia-força que agrupa e retém entes particulares, que apresentam certas características uniformes, deles recebendo mas igualmente transmitindo-lhes significado.

Assim, para que se possa afirmar que determinada conduta é delituosa, se haverá de proceder a um juízo de tipicidade que, segundo a doutrina formalista clássica, envolve a conduta, o resultado, o nexos de causalidade e a adequação típica, ou subsunção formal do fato à norma. Se for impossível ao aplicador da norma conformar o fato dentro da moldura traçada pelo legislador, jamais se poderá falar em fato delituoso. Entretanto, modernamente, já não mais se aceita que esse processo se limite à tipicidade meramente formal. Há necessidade de se ir mais além, através de um processo de valoração dos fatos, no sentido de se verificar se ele deu causa à lesão de algum bem jurídico ou se, pelos menos, o expôs a perigo de lesão. Desta forma, o juízo de tipicidade primitivamente realizado apenas através do seu aspecto formal subsuntivo do fato à letra da lei, agora se estenderá até outros limites, quais sejam, os limites da tipicidade material. Uma conduta já não poderá ser considerada crime apenas pelo fato de poder ser conformada com as elementares mencionadas na letra da lei penal. Há necessidade de que, a par desta subsunção meramente formal, se agregue um juízo valorativo acerca da ofensa ou perigo de ofensa ao bem jurídico objeto da tutela penal.

É, em essência, o princípio da lesividade ou ofensividade.

Os reflexos de sua incidência não se restringem apenas ao aplicador da lei, mas igualmente ao legislador penal que, na sua atividade legiferante, restará impedido de criar tipos penais que não contemplem a necessidade de lesão efetiva ou, no mínimo, um concreto perigo de lesão a determinado bem jurídico.

Segundo Batista (1996, p. 94), o princípio da ofensividade possui quatro funções primordiais: proibição de incriminação de uma atitude interna, proibição de incriminação de conduta que não exceda ao âmbito do próprio agente, proibição de incriminação de simples estados ou condições existenciais e proibição de incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

O Direito Penal não pode se prestar a punir uma pessoa pelo fato de haver pensado algo, ainda que direcionado a propósitos socialmente reprováveis, senão quando haja a exteriorização deste pensamento, com resultado lesivo ou perigoso para bens jurídicos de terceiros. Do mesmo modo, não se pode cogitar acerca da sua utilização para sancionar condutas cujas consequências não transcendam à esfera individual do seu autor. Também não se pode incumbir o Direito Penal da tarefa de modelador de caráter ou de personalidade. Embora não se nos seja possível pensar em um ordenamento jurídico-penal cujos valores se ponham em rota de colisão com princípios ético-morais, da mesma forma não se pode pretender que a intervenção penal, com a rudeza de seu arsenal repressor, seja utilizado para ingressar em áreas especialíssimas da pessoa. Toledo (2001, p. 13) cita o teólogo Grundel, para quem:

Nem tudo que é imoral tem logo que ser castigado. Só quando a vida comunitária for afetada de maneira grave ou quando os direitos das pessoas forem desprezados é que o Direito Penal tem de cuidar da proteção correspondente. (TOLEDO *apud* GRUNDEL, 2001, p. 13)

Finalmente, o princípio da ofensividade repele veementemente a aplicação do Direito Penal para impedir a prática de comportamentos que, embora desviados ou repudiados moralmente, reflitam, na verdade, uma escolha existencial

de vida, sem que impliquem em lesão ou ameaça de lesão a terceiros. Nesta vertente, com razão Costa (2007, p. 129-130) quando afirma:

Não se poderá reconhecer validade a uma norma penal que proíba uma conduta, se esta retrata uma escolha básica-existencial, que não possua repercussão lesiva a terceiros e que seja inferior ao interesse da proteção da liberdade individual da pessoa ou que não seja estritamente necessária à proteção do bem jurídico de outrem.

Assim, o exercício do poder sancionador estatal por via do Direito Penal haverá de incidir levando em consideração o fato praticado e seu respectivo resultado e não a pessoa, por conta de suas escolhas pessoais de modelo de vida. É de se repudiar aquilo que chamamos de Direito Penal do autor ou Direito Penal do inimigo de que nos fala Jakobs, ou seja, aquele Direito Penal concebido para atuar sobre pessoas ou conjunto de pessoas que não ofereçam garantias de que adequem os seus comportamentos em conformidade com a ordem normativa estabelecida em determinada sociedade. Para o penalista alemão, as bases do Direito Penal do inimigo repousam na idéia de que o conceito de pessoa leva em consideração o papel que o indivíduo representa na sociedade, entendido, pois, como a conduta de se portar e se pautar segundo os ditames das normas. Assim, aqueles indivíduos ou grupo de indivíduos que não alinham os seus comportamentos com o padrão normativo construído não poderiam ser considerados pessoas. Se não são considerados como pessoas, devem receber o tratamento de inimigos por representarem um perigo para a sociedade. É sobre eles que incidirá as restrições de comportamento impostas pelo sistema formal de controle, leia-se Direito Penal.

O princípio da ofensividade repudia, pois, essa idéia de intervencionismo penal que rotula o indivíduo sob o signo de duas classes, a saber: pessoas e inimigos. O Estado de Direito não pode conviver com dois direitos, um para os inimigos e o outro para as pessoas como tais consideradas, sob pena de se violar frontalmente os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

6 LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS DA ATUAÇÃO DO DIREITO PENAL

A questão da determinação dos limites de atuação do Direito Penal está intrinsecamente ligada às funções que devem ser exercidas por este ramo do ordenamento jurídico. Afastada a possibilidade de se o admitir como instrumento modelador de caráter, papel reservado à ética, tem-se que a sua principal tarefa é, na verdade, a proteção de bens jurídicos, tarefa igualmente entregue a todos os demais ramos do ordenamento jurídico, entretanto, ao Direito Penal se reservará uma atuação limitada sob duas vertentes básicas: a primeira delas é o seu caráter de subsidiariedade, ou seja, somente será chamado a atuar quando os demais ramos do ordenamento jurídico se mostrarem inaptos a conferir uma tutela eficiente; num segundo viés, limita-se a sua atuação à defesa de bens jurídicos dotados de certa relevância, em função da sua importância para o convívio social, exurgindo daí o seu caráter de fragmentariedade.

Pode se afirmar com segurança que a função imediata do Direito Penal é, pois, a tutela de bens jurídicos relevantes concebidos como produto da dinâmica social e, por isto mesmo, dotados de reconhecido caráter de mutabilidade e transitoriedade mais ou menos acentuado, conforme os ditames da evolução experimentada por determinada sociedade. Como lógico consectário, caberá ao legislador penal a delicada tarefa de selecionar estes bens, não segundo a sua vontade, o que poderia se revelar como ação de elevada dose de risco, mas segundo determinados parâmetros que lhes serão fornecidos pela Constituição. Exercerá ela um duplo papel. De um lado, fornecerá ao legislador os valores consagrados que irão estabelecer as balizas que deverão ser cuidadosamente observadas nessa tarefa de seleção de bens jurídicos. De outro lado, veda a que o legislador crie proibições ou determine comportamentos que possam entrar em rota de colisão com direitos e garantias individuais nela assegurados.

A Constituição Federal, portanto, oferecerá explicitamente ao legislador um farto manancial de valores a serem considerados, por exemplo, quando no inciso XLI do art. 5º, afirma que *"a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos*

e liberdades fundamentais"; quando, no inciso XLII do art. 5º autoriza o legislador ordinário a criminalizar o racismo, inclusive estabelecendo se tratar de crime inafiançável e imprescritível a ser punido com pena de reclusão; quando no inciso XLIII do mesmo artigo, autoriza o legislador a considerar como crimes inafiançáveis e suscetíveis de anistia ou graça a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e aqueles que foram definidos como crimes hediondos, o mesmo ocorrendo em relação à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (inciso XLIV do art. 5º).

Conclui Costa (2007), com fundamento em estudo de autoria da Professora Doutora Janáina Paschoal que a Constituição, neste contexto, funciona apenas como limite ao Direito Penal e não como fundamento, ante a natureza fragmentária deste, concedendo ao legislador infraconstitucional parâmetros de incriminação. Assim, não se poderia considerar como inconstitucional eventual omissão legislativa em incriminar, por exemplo, o racismo, ou a ação do legislador em revogar a lei de tortura ou dos crimes hediondos. É que a tarefa de seleção de bens jurídicos é de exclusiva atribuição do legislador penal infraconstitucional, que o fará à luz do exame dos valores de sua época, frente ao confronto com a realidade do contexto social vigente e verificando a melhor forma de protegê-lo.

A par de não criminalizar diretamente condutas, a Constituição tem interferência direta no Direito Penal, quer através da criação de normas penais, quer como instrumento a conferir validade a estas, inclusive, espraiando os seus efeitos diretamente sobre a ordem jurídica infraconstitucional. A admissão, por exemplo, de ação penal privada nos crimes de ação pública quando não for esta intentada dentro do prazo legal, independe, para a sua plena aplicação, de lei infraconstitucional a disciplinar o seu exercício. Essa interferência poderá ocorrer de forma direta, quando fornece ela comandos imperativos limitadores do poder punitivo estatal ou servindo de fonte deste mesmo poder, e, de forma indireta, ao conceder ao legislador penal o necessário substrato para a legitimação das normas infraconstitucionais. Se não é tarefa afeta ao Direito Constitucional constituir tipos penais incriminadores, certamente o é o exame do seu alcance e objeto, para efeito de aferir-lhe a legitimidade.

A Constituição, sob este viés, estabelece uma série de princípios limitadores da atuação do Direito Penal e que, constituem, por assim dizer, as vigas mestras sobre as quais se assentam as normas penais e que sobre elas se discorrerá, ainda que de forma sucinta, considerando-se as finalidades do presente trabalho.

Pode se mencionar, a título de princípios limitadores do Direito Penal, os seguintes: 1. princípio da reserva legal (art. 5º, XXXIX); 2. princípio da anterioridade; 3. princípio da taxatividade; 4. princípio da ofensividade ou lesividade; 5. princípio da insignificância; 6. princípio da intervenção mínima, 7. princípio da culpabilidade.

6.1 Princípio da Reserva Legal

O princípio da reserva legal representa uma das mais importantes garantias individuais contra o arbítrio do poder estatal e o seu conceito guarda estreitas relações com o conceito de Estado Democrático de Direito, vez que este foi concebido como instrumento com a específica destinação de limitar o poder absoluto do soberano, submetendo todos os cidadãos ao império da lei.

Muito embora seja mencionado que as suas origens remontam à Magna Carta Inglesa, de 1215, na verdade, os seus contornos hoje predominantes foram dados pela Revolução Francesa, através da Declaração dos Direitos do Homem.

Por ele, os tentáculos do Direito Penal somente poderão alcançar os cidadãos se e somente se a conduta proibida através do preceito incriminador for objeto de descrição em texto de lei, entendida esta em seu sentido estrito, ou seja, formal e material. Exige-se, portanto, todo um procedimento formal através do Poder Legislativo, com a participação das duas Casas Legislativas - Câmara dos Deputados e Senado Federal - começando pela iniciativa e encerrando-se com a publicação. Entretanto, ao lado do aspecto meramente formal de produção da norma penal, quer seja incriminadora ou não, haverá igualmente de ser observado o aspecto material, ou seja, a conformação do conteúdo da norma com os primados

constitucionais concernentes aos direitos e garantias individuais. Não basta somente que seja obedecido o aspecto puramente formal para a validade da norma penal. O seu conteúdo não poderá conflitar com aqueles primados, sob pena de ser tida como norma inconstitucional, passível de ser extirpada do mundo jurídico pela via própria - declaração de sua inconstitucionalidade - quer pela forma incidental ou pelo controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal.

O princípio da reserva legal abomina a produção de normas penais através das medidas provisórias e fortes são as razões para tanto. Nestas, a iniciativa de propositura é do Presidente da República, quando, em matéria penal, o poder de legislar pertence ao Legislativo, não sendo difícil se concluir pela existência de uma invasão de competência pelo Poder Executivo. As matérias que são objeto de medidas provisórias são aquelas consideradas pela Constituição como necessárias e urgentes e entram em vigor logo após a sua publicação, não se podendo admitir que a criação de normas penais possa ser considerada como matéria urgente, até porque necessita de ampla discussão, preferencialmente permitindo a participação de segmentos sociais interessados e com amplas possibilidades de contribuir nesta complexa tarefa de escolha de bens jurídicos para serem protegidos pelo Direito Penal.

Finalmente, o argumento de maior relevância para não se permitir a criação de normas penais através de medidas provisórias reside no fato de que estas poderão não ser transformadas em lei, bastando que não sejam aprovadas pelo Poder Legislativo. Neste caso, se torna bastante preocupante os efeitos já produzidos por ela, principalmente no que diz respeito ao *status libertatis* do cidadão. Imagine-se a decretação de uma prisão preventiva, por exemplo, com base em norma constante de medida provisória que, posteriormente deixou de existir. Como ficaria a situação de quem passou por este constrangimento? Admitir que a reparação civil seria suficiente para recompor este vexame é uma solução bastante simplória considerado o valor do bem liberdade.

A doutrina sempre se opôs a este tipo de procedimento e, finalmente, a Emenda Constitucional nº 32, em seu art. 62, § 1º, letra *b*, veio definitivamente proibir a utilização de tal instrumento para a criação de normas penais.

6.2 Princípio da anterioridade

Viu-se, no tópico anterior, que uma das principais garantias constitucionais conferidas ao cidadão, reside no princípio da reserva legal para a criação de tipos penais, significando dizer que a seleção de bens jurídicos para efeito de ser unido com a proteção do Direito Penal, haverá de se dar através de lei, entendida esta como emanção do Poder Legislativo, dentro de uma ritualística específica e com a participação do Poder Executivo através da sanção ou da sua promulgação pelo próprio parlamento. Essa reserva de lei abrange a lei ordinária e a lei complementar.

Não obstante, o legislador constituinte não se contentou apenas com a fixação da reserva de lei para a produção de normas penais. Instituiu, paralelamente a essa, outra garantia para efeito de se conferir-lhe legitimidade, qual seja, o princípio da anterioridade. Não basta que a criação de normas penais somente possa ocorrer através de lei. É necessário que seja ela anterior à prática do fato tido como a ela ofensivo, ou seja, ela somente irá atuar em relação aos fatos ocorridos posteriormente à sua vigência.

O princípio da anterioridade tem abrangência sobre as penas e as medidas de segurança, embora, em relação a estas últimas, sob a égide da legislação penal anterior, parcela da doutrina se inclinasse a admitir que a sua disciplina pudesse ser dada pela lei vigente ao tempo da execução, isto devido ao seu caráter diferenciado de meio profilático para curar pessoas doentes que viessem a praticar fatos penalmente relevantes.

Aqueles que defendiam este ponto de vista, o faziam com fundamento no art. 75 do Código Penal de 1940, que dizia que "as medidas de segurança regem-se pela lei vigente ao tempo da sentença, prevalecendo, entretanto, se diversa, a lei vigente ao tempo da execução". A própria exposição de motivo do Código Penal, de autoria do Ministro Francisco Campos mencionava expressamente que "é assegurado o princípio da legalidade das medidas de segurança; mas, por isso mesmo que a medida de segurança não se confunde com a pena, não é necessário que esteja prevista em lei anterior ao fato".

Seguindo-se esta lógica, era de se entender que as medidas de segurança estavam sujeitas ao princípio da legalidade, mas não ao princípio da anterioridade, já que se abria a possibilidade de se aplicar, em relação a elas, a lei vigente á época da execução, acaso fosse diferente da lei vigente ao tempo da prática do fato delituoso.

Contudo, se há de admitir, e ainda com maior razão na vigência da atual legislação penal, que se tratam elas de verdadeira sanção penal aplicável aos inimputáveis maiores de dezoito anos que vierem e cometer delitos, ou aos semi-imputáveis que necessitem de tratamento profilático, encontrando-se, pois, dentro da esfera do poder punitivo do Estado, não se vislumbrando nenhuma convincente razão para não ficarem submetidas ao princípio da anterioridade da lei.

Explicitamente o princípio da anterioridade da lei penal menciona que não pode ela ser aplicada a fatos anteriores à sua vigência, entretanto, o próprio texto constitucional cuida de afastar esta vedação quando a sua disciplina se apresentar como sendo mais benigna para o acusado. É o que objetivamente se encontra mencionado no art. 5º, XL da Constituição Federal: "*A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*". Nesse contexto, se pode retirar do princípio da anterioridade da lei penal dois desdobramentos, a saber: a lei penal não retroagirá para prejudicar o réu e a lei penal retroagirá para beneficiá-lo. Com base nesse enfoque que representa autêntica garantia constitucional de natureza penal, se pode estabelecer algumas proposições. A lei penal que, de qualquer forma, exacerbe a carga sancionatória do Estado sobre o agente autor do fato, somente alcançará os fatos praticados durante a sua vigência. A lei penal que mitiga essa carga sancionatória retroagirá, inclusive ultrapassando os limites da coisa julgada material, que também é erigida á condição de garantia individual de status constitucional. Da mesma maneira, retroagirá para alcançar fatos praticados antes de seu período de vigência, a lei penal que descriminalizar uma conduta (*abolitio criminis*) que anteriormente era considerada como crime.

6.3 Princípio da Taxatividade

O tipo penal, considerado como a descrição de uma conduta lesiva ou potencialmente lesiva a relevantes interesses sociais, representa uma garantia, de um lado, para o Estado, na medida em que o autoriza a usar o seu sistema de controle formal diante da prática de fato nele subsumido, e, do outro, para o cidadão, que somente será apanhado por este sistema se o seu ato violar especificamente a norma penal incriminadora.

Essa garantia não funcionaria em toda a sua inteireza se a descrição da conduta típica não devesse se dar de forma clara e precisa, de sorte a se afastar o discricionarismo estatal. Assim, o tipo penal haverá de ser preciso, tanto em sua descrição como nas suas consequências, não se podendo admitir a formulação de tipos penais dotados de elevado grau de indeterminação, pois isto terminaria por violentar o princípio da legalidade, na medida em que iria permitir que o Juiz se substituísse ao legislador, ferindo de morte o sistema de freios e contrapesos baseado na divisão das funções estatais.

O princípio da taxatividade não se dirige somente ao legislador impondo a necessidade de utilização de apurada técnica de elaboração legislativa, mas igualmente e com a mesma força, ao aplicador da lei penal, através do dever de declarar a sua inconstitucionalidade por violar garantia individual, além do que, traz ínsita a impossibilidade prática de sua aplicação.

Prado (2006, p. 133) sintetiza a função do princípio da taxatividade:

Procura-se evitar o *arbitrium judicis* através da certeza da lei, com a proibição da utilização excessiva e incorreta de elementos normativos, de casuísmos, cláusulas gerais e de conceitos indeterminados ou vagos. O princípio da taxatividade significa que o legislador deve redigir a disposição legal de modo legal de modo suficientemente *determinado* para uma mais perfeita descrição do fato típico (*lex certa*). Tem ele, assim, uma função garantista, pois o vínculo do juiz a uma lei taxativa o bastante constitui autolimitação do poder punitivo-judiciário e uma garantia de igualdade.

Válida, pois, a lição de Toledo (1994, p.29): “A exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos incriminadores genéricos, vazios”.

6.4 Princípio da Ofensividade

O princípio da ofensividade representa uma das mais importantes diretrizes encaminhadas tanto ao legislador como ao intérprete da norma penal no sentido de reconduzir o âmbito de atuação do Direito Penal aos seus legítimos espaços de conformidade, segundo as bases ideológicas do Estado democrático de direito e a ambos esses sujeitos estatais esta tarefa considerará preponderantemente a concepção que se tem acerca do que seja o bem jurídico como abstração merecedora de proteção através da ameaça de sanção penal. É que, na medida em que o Direito Penal somente estará legitimado a entrar em cena quando essa atuação tiver por escopo a proteção de bens jurídicos, é imperioso ao legislador penal reconhecer, no momento da confecção da norma jurídica-penal qual bem jurídico deverá ser objeto de proteção através da ameaça de intervenção penal. Se esse juízo de valor não for coerentemente aferido, tanto a sociedade como o próprio Direito Penal encontram-se passíveis de sofrer sérios revezes. A primeira, em função dos males próprios e característicos da intervenção penal que, se não for suficiente e convenientemente dosada, trará prejuízos sociais irreparáveis porque atua diretamente sobre um dos bens jurídicos mais caros do ser humano, que é a liberdade. Por outro lado, um Direito Penal hipertrofiado torna-se deslegitimado socialmente, banalizando-se e terminando por conspirar contra a sua própria eficácia e existência.

É ele uma emanção do pensamento iluminista que rompeu o elo até então existente entre direito e moral, sedimentando a idéia segundo a qual nem todo comportamento que fosse considerado contrário á moral deveria ser sancionado pelo direito. Com a separação ocorrida entre religião e Estado estabeleceu-se limites nítidos entre a fé e o direito de sorte a criar toda uma ambiência propícia ao reconhecimento dos novos princípios surgidos com esse novo pensar, que colocava

em tudo e para tudo o homem como o centro de todas as atenções e para o qual todos os valores deveriam convergir (GRECO, 2009, pag. 77).

O princípio da lesividade funciona como instrumento legitimador da aplicação da pena criminal. Se o fato, apesar de tipificado como crime pela lei penal, se apresenta aos olhos do aplicador da norma penal como carente de lesão ou de perigo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado, torna-se desnecessária a atuação da reprimenda do Estado, posto que o Direito Penal somente deverá ocupar-se de punir aquelas condutas que a ele causem dano ou perigo de dano. Sob este viés, a expressão latina "*nullum crimen sine injuria*" se apresenta como um compromisso assumido pelo Estado democrático de direito em somente criminalizar condutas que de fato afetem bens jurídicos relevantes para a manutenção do estado de harmonia social.

Não obstante o reconhecimento da existência destas balizas limitadoras da atuação do legislador, se este vier a criminalizar condutas que não ostentem lesão ou perigo de lesão a algum bem jurídico relevante, o princípio da ofensividade irá fornecer ao intérprete da norma penal o necessário suporte teórico para, ante um processo interpretativo, afastar a aplicabilidade da sanção penal, reconduzindo a atividade repressiva do Estado aos quadrantes daquele princípio. É a solução apresentada por Dolcini e Marinucci (2002, p. 55).

O exemplo clássico acerca da aplicação interpretativa-jurisdicional do princípio da ofensividade reside na discussão doutrinária acerca da aplicação do art. 16 da Lei nº 6.368/76 que incriminava a conduta do uso de droga por parte de quem dela era usuário. É que, se se considerar que o bem jurídico a ser tutelado pelos diversos tipos penais da então vigente lei de drogas é a saúde pública, tal incriminação ofende o princípio da ofensividade, eis que se o usuário a tem apenas para o seu próprio uso, a lesão que venha a causar se dirige apenas à sua própria saúde e não à saúde pública.

A Lei nº 11.343/2006 tratou de corrigir tal equívoco do legislador penal de então, mas o fez apenas parcialmente, posto que manteve o tipo penal relativo ao

uso de substância entorpecente, apenas despenalizando a conduta, o que, no dizer de Greco, (2009, p. 854) significou apenas

Uma medida descarceirizadora, haja vista que o novo tipo penal não prevê qualquer pena que importe em privação de liberdade do usuário, sendo, inclusive, proibida sua prisão em flagrante, conforme se deduz da redação constante do § 2º do art. 48 da lei Antidrogas.

Não se deve confundir princípio da ofensividade com princípio da insignificância. É que neste, de fato existe a conduta causadora da lesão e a própria lesão ao bem jurídico penalmente tutelado, entretanto, pela sua desprezível magnitude, deixa de ser uma conduta materialmente típica, tornando-se um fato penalmente irrelevante, conforme se verá no tópico seguinte (COELHO, 2003, p. 122).

6.5 Princípio da Insignificância

O princípio da insignificância representa a base dogmática que se nos permite, dentro do exame do aspecto da tipicidade material, excluir do âmbito de incidência do Direito Penal aquelas condutas que, embora estejam abrangidas pela tipicidade formal, mas que não causem lesão significativa ou não exponham a perigo considerável o bem jurídico penalmente tutelado, tornando assim desnecessária a sua atuação, deixando esta ao atendimento de sua função mais legítima, que é a proteção de bens jurídicos penalmente relevantes. Ele se apresenta como decorrência da concretização dos princípios da ofensividade e da intervenção mínima, que será examinado a seguir.

A sua aplicação somente se dá à luz do exame, em cada caso em concreto, da relação entre o fato praticado e o bem jurídico penalmente tutelado, resultando daí que se trata de uma vertente interpretativa posta à disposição do julgador para conformar a norma penal aos valores socialmente definidos no texto constitucional. É, no dizer de Costa (2007, p.137), "uma aferição de adequação do fato à norma, buscando identificar os elementos que lhe dão origem e suporte

axiológico, como fator integrante de um sistema jurídico que extrapola do frio texto legislativo”.

Se o exame acerca da tipicidade não pode se cingir unicamente ao seu aspecto formal, devendo se estender ao aspecto material, é compreensível e até mesmo impositivo que se afaste do âmbito de incidência do violento arsenal do Direito Penal aquelas condutas que somente causem ínfimo prejuízo para o bem jurídico ou que exponham este a perigo também de forma insignificante, daí se dizer que o reconhecimento do princípio da insignificância tem reflexos diretos sobre a tipicidade material.

Os contornos bem nítidos do princípio da insignificância são bem colocados pelos mestres Edilson Mongenot Bonfim e Fernando Capez:

Na verdade, o princípio da bagatela ou da insignificância não tem previsão legal no direito brasileiro, sendo considerado, contudo princípio auxiliar de determinação da tipicidade, sob a ótica da objetividade jurídica. Funda-se no brocardo *minimis non curat praetor* e na conveniência da política criminal. Se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico quando a lesão, de tão insignificante, torna-se imperceptível, não será possível proceder a seu enquadramento típico, por absoluta falta de correspondência entre o fato narrado na lei e o comportamento iníquo realizado. É que nos tipos somente estão descritos os comportamentos capazes de ofender o interesse tutelado pela norma. Por esta razão, os danos de nenhuma monta devem ser considerados atípicos. A tipicidade penal está a reclamar ofensa de certa gravidade, exercida sobre os bens jurídicos, pois nem sempre ofensa mínima a um bem ou interesse juridicamente protegido é capaz de se incluir no requerimento reclamado pela tipicidade penal, o qual exige ofensa de alguma magnitude a esse mesmo bem jurídico (In Direito Penal, Parte Geral; Editora Saraiva, São Paulo: 2004, pag. 121/122

A construção da doutrina concernente à teoria do delito, considerado este como sendo um fato típico, ilícito e culpável, foi arquitetada de tal forma que o exame da ilicitude somente deverá se dar se ultrapassada a questão da tipicidade, assim como o exame da culpabilidade somente poderá ser levado a cabo se já afirmadas as duas primeiras questões – tipicidade e ilicitude. Por esta razão é que se diz que o fato insignificante, embora se subsuma formalmente no conteúdo

descritivo do tipo penal, ainda assim não pode ser considerado como crime, por não ser típico.

O princípio da insignificância funciona assim como um critério interpretativo restritivo que permite que nas condutas formalmente típicas não se reconheça a sua tipicidade material em função da irrelevância da lesão e, por via de consequência, se excluindo a respectiva responsabilidade penal (GOMES, 2009, p.50).

Não há uma uniformidade em se determinar exatamente a origem do princípio da insignificância. Em interessante monografia intitulada Direito Penal do Equilíbrio, Greco (*apud* AKEL FILHO, 2009, p.85) cita afirmação de Diomar Akel Filho dando conta de que o princípio da insignificância já vigia no velho Direito Romano, onde o pretor não estava autorizado a cuidar de causas ou delitos bagatelares, segundo aquela máxima constante do brocardo "*minima non curat praetor*". Sustenta ainda o renomado mestre que ele surgiu na Europa como um problema de ordem geral ali vivenciado logo após a primeira guerra mundial, quando a sociedade passou a deparar com uma crescente onda de ataques de pequena monta ao patrimônio, decorrência direta da devastação do pós-guerra. Contudo, credita-se ao jurista alemão a autoria do aperfeiçoamento de suas bases dogmáticas, aceitas hoje por vários ordenamentos jurídicos penais mundo afora, inclusive aqui no Brasil, tendo sido aplicado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, pela primeira vez, no ano de 1988, através da relatoria do Ministro Celso de Mello, num caso de lesão corporal levíssima provocada em acidente de trânsito, tendo Sua Excelência firmado as bases para o reconhecimento do princípio em enfoque: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada (RTJ 189/187 e ss).

A primeira decisão da jurisprudência brasileira acerca da aplicação do princípio da insignificância veio do Colendo Supremo Tribunal Federal, no ano de 1988, referindo-se a um caso de lesão corporal levíssima decorrente de acidente de trânsito. Entretanto, o acórdão daquela Corte e que pode ser considerado

paradigmático acerca do tema em questão foi prolatado no HC 84.412 de São Paulo e tem a seguinte ementa (In site do STF):

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGITIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL – CONSEQUENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MAERIAL – DELITO DE FURTO – CONDENAÇÃO IMPOSTA A JOVEM DESEMPREGADO, COM APENAS 19 ANOS DE IDADE – “RES FURTIVA” NO VALOR DE R\$ 25,00 (EQUIVALENTE A 9,61% DO SALÁRIO MÍNIMO ATUALMENTE EM VIGOR) – DOCTRINA – CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO STF – PEDIDO DEFERIDO.

O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTEIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL.

- O princípio da insignificância – que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínimo do Estado em material penal – tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina.

Tal postulado – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento deque o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público.

O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: “DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR”.

- O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade.

O Direito Penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado, cujo desvalor – por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes – não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social.

O que, em última análise, se pode dizer de tal princípio é que se trata de um princípio interpretativo auxiliar que pode ser aplicado a grande número de tipos penais, sempre objetivando afastar da incidência deles, aquelas condutas causadoras de danos de ínfima magnitude. Por ser um princípio interpretativo, não consta da legislação penal comum. O Código Penal Militar, no entanto, o explicitou em pelo menos um de seus dispositivos. O art. 209, § 6º prevê a possibilidade de o

juiz, no caso de lesões corporais levíssimas, considerar a infração como apenas de caráter disciplinar, de sorte a afastar a incidência da sanção de natureza penal. Por fim, cabe mencionar que somente ao Juiz compete examinar, frente ao caso concreto, se está diante de um caso relacionado à insignificância penal e, portanto, de impunidade, ou se diante de um caso de relevância penal a merecer a devida reprimenda.

6.6 Princípio da Intervenção Mínima

Não obstante os males decorrentes da utilização do Direito Penal como instrumento de controle social, em função da brutalidade de sua intervenção – atinge diretamente a liberdade da pessoa humana – a sua missão transcendental de assegurar a convivência humana, por certo não o tirará de cena em futuro próximo, a menos que se pudesse antever um outro sistema de controle em cuja base vicejasse de forma mais efetiva, o marco das garantias que este ramo do ordenamento jurídico traz ínsito em sua formulação teórica.

As tensões resultantes do confronto dos dois principais movimentos acerca da utilização do Direito Penal – movimento abolicionista, a apregoar pura e simplesmente a abolição do Direito Penal para garantir a ordem social e, do outro, o movimento de lei e ordem, que prega a existência de um Direito Penal máximo, considerando-o como a solução para todos os graves problemas sociais – fez brotar outro movimento, encampado pelo mundo acadêmico e por penalistas garantistas que pregam a atuação de um Direito Penal racional e limitado, cercado de garantias limitadoras de sua atuação, que o façam incidir cada vez menos sobre a vida das pessoas, circunscrevendo-se ela dentro daquele espaço mínimo necessário para tornar efetiva a proteção a bens jurídicos previamente selecionados como essenciais para a manutenção de uma harmônica convivência social. Ter-se-ia, por assim dizer, a ideologia do Direito Penal mínimo, em cujo cerne iremos encontrar o princípio da intervenção mínima que aponta em duas direções. A primeira delas, para o legislador penal, orientando-o na seleção dos bens jurídicos escolhidos para receber a proteção penal e onde o raciocínio a ser empregado é aquele que privilegia os bens de maior magnitude em termos de importância para a subsistência

da coesão do grupo social, conferindo a esse ramo do ordenamento jurídico um nítido caráter de subsidiariedade, ou seja, mesmo considerada a importância do bem jurídico para o convívio social, não se utilizará o Direito Penal se algum outro ramo do ordenamento jurídico possuir mecanismos de controle aptos a protegê-lo eficazmente. Na segunda direção, o princípio da intervenção mínima autoriza igualmente a que o intérprete ou o aplicador da norma penal realize um juízo de valor acerca da necessidade de sua criação, reconhecendo-lhe a inconstitucionalidade sempre que concluir que houve afronta ao princípio da intervenção mínima.

Tal princípio não vem consagrado de forma explícita no texto constitucional, entretanto poderá ser vinculado ao sub-princípio da necessidade, componente do princípio da proporcionalidade, assegurando assim a sua legitimidade constitucional no mesmo patamar de igualdade daquele princípio. O teor do sub-princípio da necessidade, por sinal, guarda intrínseca semelhança com o princípio da intervenção mínima, na medida em que se caracteriza pela idéia de que:

o meio a ser empregado deve ser o menos gravoso, dentre os disponíveis para a realização ou fomento do fim pretendido. Sendo certo que o exame da proporcionalidade objetiva limitar a atuação estatal em prol da tutela de direitos do cidadão, é relevante salientar que a necessidade implica a adoção da medida que menos limite o direito fundamental em questão (ARAÚJO, 2009, p. 358)

Assim, a opção pela utilização do Direito Penal para efeito de proteger algum bem jurídico considerado valioso, somente poderá se dar após se verificar a existência de indiscutível necessidade, palpável diante da inexistência ou insuficiência de mecanismos outros de controle social postos à disposição pelos demais ramos do ordenamento jurídico. Segundo Silva (2003, p. 117).

A intervenção penal em um Estado Democrático de Direito somente poderá ser subsidiária, ou posto, doutra maneira, de intervenção mínima, na medida em que se utilize o Direito Penal nos estritos limites da necessidade, quando outros meios de controle social não forem aptos a proteger os bens jurídicos valorados como essenciais (Silva, 2003 pag. 117).

6.7 Princípio da culpabilidade

O princípio da culpabilidade representa um dos maiores avanços da ciência penal na medida em que conseguiu transpor os limites da responsabilidade objetiva, pela qual a punição decorria pura e simplesmente do reconhecimento da existência de um liame psicológico a unir o psiquismo ao resultado danoso, para, num posterior estágio de evolução cultural, compreender que a utilidade da aplicação da pena como instrumento de intimidação e prevenção do crime só terá algum sentido se se vinculá-la à noção de inevitabilidade do fato. Não faria, pois, nenhum sentido, pretender punir alguém que praticou um crime em decorrência de coação irresistível, quer por não ter havido a participação de seu elemento volitivo, quer pelo fato de que as finalidades de intimidação e prevenção que justificam a inflição da pena criminal jamais seriam atingidas nesta circunstância.

A partir deste momento evolutivo, pois, passou-se a introduzir na idéia do crime alguns elementos do psiquismo humano – previsibilidade e voluntariedade – para efeito de justificar a aplicação da pena e sobre eles se construiu os conceitos de dolo e de culpa, o primeiro, para exprimir a conduta querida, prevista e alcançada e a segunda para indicar a ação carecedora de vontade mas previsível e não prevista.

A noção de culpabilidade através dos tempos nos é repassada por três teorias principais, a saber: teoria psicológica, teoria psicológico-normativa e teoria normativa pura.

O entendimento da primeira daquelas três formulações teóricas é no sentido de que a culpabilidade reside no psiquismo do agente, sendo suficiente e necessário a justificar a aplicação da pena, a representação psicológica do fato e a vontade direcionada à sua prática, sem a necessidade de qualquer formulação valorativa acerca do proibido. Esta questão é enfaticamente colocada pelo Prof. Francisco de Assis Toledo:

Dentro de tal construção, o dolo e a culpa em sentido estrito não só eram as duas espécies de culpabilidade como também a totalidade da culpabilidade, pois não se enxergava nesta última outro elemento além dos dois primeiros.

Admitia-se, porém, como pressuposto da culpa jurídico-penal a imputabilidade, entendida como capacidade de ser culpável (In Princípios Básicos de Direito Penal. Editora Saraiva, 5ª Edição, São Paulo: 1994, pag. 220).

Apesar de ter significado enorme avanço da ciência penal para a época, mormente, conforme afirmado, por haver rompido com as barreiras ideológicas sobre as quais estava fincada a idéia de responsabilidade objetiva, não demorou muito para se perceber que tal concepção apresentava falhas insanáveis em sua construção, eis que por ela, o executor material de um crime seria punido ainda mesmo que o houvesse praticado sob coação moral irresistível. , ou o autor de um acidente de veículo causado por excesso de velocidade, trafegando em uma rua deserta, que atropela um pedestre que surge de repente em seu caminho, mesmo sem existir vínculo psicológico algum neste caso entre ele e o fato (culpa inconsciente).

Verificada, pois, a sua imprestabilidade, uma nova concepção teórica surgiu com Frank em 1907 e, posteriormente, aperfeiçoada por Mezger, dele recebendo os seus contornos definitivos: a teoria psicológico-normativa.

Por ela, a culpabilidade não se esgota apenas no elo psicológico entre a vontade do agente e o fato. Exigia-se neste permeio que se pusesse um juízo valorativo acerca da contradição entre o fato e o direito, ou seja, exigia-se que o agente tivesse uma potencial representação da desconformidade de sua ação com as regras de convivência social aceitas e que tivesse condição de agir, nas circunstâncias, em consonância com aquelas regras. Em suma, poderia o agente agir conforme o direito nas circunstâncias e não o fez por sua própria escolha. Aqui, o dolo e a culpa, que na teoria psicológica se constituíam em espécies de culpabilidade, agora são elementos integrantes desta, ao lado da imputabilidade.

Para esta corrente, é de se concluir que a culpabilidade é um juízo de valor que se faz de determinada situação fática, sendo que os seus elementos psicológicos – dolo e culpa – encontram-se no agente, enquanto o respectivo elemento normativo está no Juiz, que é, em suma, a autoridade que irá realizar aquele juízo de valor acerca da reprovabilidade da conduta.

A teoria psicológico-normativa representou sem dúvida um grande avanço da ciência penal, entretanto, o próprio Mezger descobriu posteriormente algumas dificuldades para aplicá-la em determinadas situações por ele estudadas, como, por exemplo, no caso de delinqüentes egressos de favelas ou de outros submundos e que, por conta disto, não tinham adquirido ao longo de suas vidas nenhum referencial ético que lhe permitisse entender o desacerto de suas condutas. Para estes tipos criminógenos, exatamente por não haver neles nenhum senso de reprovação de suas condutas, não poderia ser reconhecida a existência de dolo e, em não existindo dolo, impedia o reconhecimento da culpabilidade, impossibilitando, por conseqüência, a aplicação da pena, tão necessária para a sociedade, ao menos como medida de prevenção social, diante do aumento exagerado da criminalidade.

É aí que entra a contribuição do jusfilósofo e professor da Universidade de Gottingen, Hanz Welzel, que construiu a teoria finalista da culpabilidade ou teoria normativa pura. Partiu o mestre da constatação de que toda conduta humana encontra-se direcionada a um fim determinado, sendo esse finalismo elemento indissociável da ação e que, de fato, representa o dolo. Portanto, tal elemento psicológico não poderia jamais se encontrar ligado à culpabilidade e sim à própria conduta.

Partindo desta premissa, o que ele fez foi proceder a uma reorganização dos elementos da culpabilidade constantes da teoria psicológico-normativa, extirpando o dolo e a culpa da culpabilidade e transpondo-os para as lindes da tipicidade, ou seja, da conduta propriamente dita e, de fato, não precisa de muito esforço de raciocínio para se compreender o acerto deste posicionamento. Vejamos o exemplo de uma pessoa que é vítima de um golpe de faca desferido em sua barriga e, em seguida o médico, durante o procedimento cirúrgico, faz outra incisão no mesmo local para efetuar os procedimentos de limpeza. Na primeira situação o autor da ação é passível de ser apenado, o que não ocorre na segunda situação, não obstante, em ambas, tenha ocorrido o mesmo fato: uma lesão provocada na barriga da vítima. O que vai diferenciar ambas as situações é exatamente o elemento psicológico que as motivou: no primeiro caso, a intenção era de lesionar e, no segundo caso, a intenção de curar.

Mas a questão, na concepção do criador da teoria finalista da ação, não se cingia apenas ao deslocamento puro e simples do dolo e da culpa da culpabilidade para a tipicidade. Dever-se-ia igualmente extrair do dolo o "conhecimento da ilicitude" e transportá-la para a culpabilidade, procedendo-se a uma redefinição de seus contornos. O que, para a teoria psicológico-normativa era a consciência atual da ilicitude, como um dos elementos do dolo, passaria a ser um "potencial conhecimento da ilicitude", agora como elemento integrante da culpabilidade e, com toda esta rearrumação estaria resolvido o problema detectado pelo próprio Mezger no que diz respeito à aplicação da teoria psicológico-normativa àqueles delinquentes desprovidos dos mínimos referenciais ético-sociais e, por isso mesmo, incapazes de terem consciência da ilicitude de suas condutas criminosas.

Assim, a culpabilidade para os defensores da teoria finalista representa um juízo de valor acerca reprovabilidade da conduta do seu autor, sendo que tal juízo encontra-se na cabeça de quem irá o agente, pela prática do fato.

Esta brevíssima síntese acerca do princípio da culpabilidade se fazia necessária para se poder afirmar acerca da inexistência de incompatibilidade entre ele e os tipos penais de perigo abstrato, ou seja, a presunção de perigo não implica necessariamente na presunção de culpabilidade.

Silva (2003, p.137), nos oferece um exemplo que bem ilustra a questão. O art. 12 da extinta Lei nº 6.368/76 representava um clássico exemplo de tipo penal de perigo presumido e, no entanto, previa em seu art. 19 uma causa de exculpante, decorrente da inimputabilidade do agente, o que demonstra claramente que presunção de perigo não é a mesma coisa que presunção de culpabilidade.

O agente que vier a cometer um delito cujo núcleo do injusto seja materialmente presumido poderá ter ou não reconhecida a sua culpabilidade, havendo necessidade de o aplicador da norma penal percorrer todo o iter: análise da tipicidade, quando se examinará se a conduta é dolosa ou culposa, verificação da ilicitude e exame da culpabilidade e, somente em sendo positivas todas estas avaliações é que se terá reconhecida, em toda a sua plenitude a prática de um crime.

O princípio da culpabilidade, como bem afirma o Prof. Rogério Greco, não é um princípio expressamente contemplado no texto constitucional, entretanto encontra-se implícito no conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, estando dotado de três sentidos fundamentais, segundo o renomado mestre: como elemento integrante do conceito analítico de crime; como princípio medidor de pena e como princípio que obsta a responsabilidade penal objetiva.

7 A LEGITIMAÇÃO DOS TIPOS PENAIS DE PERIGO ABSTRATO FRENTE ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PENAIS

As incertezas decorrentes da falta de conhecimento sobre as consequências da utilização das novas técnicas de produção de bens na atual sociedade de consumo terminam por dar vazão a uma sensação geral de insegurança coletiva, que culmina com a busca de medidas capazes de acalmar a sociedade que, cada vez mais, busca mecanismos que possam neutralizar os riscos delas decorrentes e, não raras vezes, o Direito Penal é chamado a atuar nesta seara.

Esta atuação se dará através da produção de tipos cujo núcleo do injusto penal centra-se em condutas tendentes a garantir o cumprimento das regras de precaução, ou seja, aquelas normas limitadoras de determinadas atividades sobre as quais o gestor de risco, à falta de conhecimento acerca das consequências de seu desenvolvimento, quer porque a ciência ainda não conseguiu responder a esta questão, quer porque as estatísticas ainda não apresentaram dados confiáveis, termina por suspeitar acerca de sua periculosidade, concluindo assim por admitir a possibilidade de virem a causar danos consideráveis a bens jurídicos penalmente tutelados e, sob esta ótica, a melhor maneira de por a salvo estes bens é através da emissão de normas de precaução.

Muito já se debateu acerca da validade do uso do Direito Penal, através de tipos de perigo abstrato, para garantir o cumprimento destas regras e o desafio das teorias formuladas neste sentido é exatamente a compatibilização com as exigências garantistas para efeito de imposição da sanção penal dentro do Estado democrático de direito, cuja base fundante é a dignidade da pessoa humana. Dependendo assim da concepção do Direito Penal e da metodologia sistemática de cada autor e da escola penal a que se vincule, se terá desde a total falta de aceitação da utilização deste ramo do ordenamento jurídico para conferir reforço e operacionalidade às regras de precaução, até a aceitação da necessidade de sua utilização, através da construção de tipos penais de perigo abstrato, de fato, a única possível para o que se pretende, dentre todas as existentes.

Assim, para doutrinadores como Kindhauser, Castañon e Bidasolo,(2007, p.257) os tipos penais de perigo abstrato não podem ser considerados como apenas uma ameaça antecipada de danos e justificam esta posição ao fundamento de que a realização das condutas por eles tipificadas abala a segurança da disponibilidade do bem jurídico, que deve ser valorada com maior efetividade quando se trata de exposição a grandes perigos, devendo, nesta hipótese, proibir as ações sobre as quais pairam as suspeitas de perigo, até que a ciência venha a demonstrar a sua inofensividade. Esta teoria, como visto, aceita a utilização do Direito Penal sancionador para reforçar o cumprimento das regras de precaução.

Tal também se torna possível para os adeptos do pensamento formalista, à frente Schroeder, que consideram os tipos de perigo abstrato como crimes de mera conduta, onde o núcleo do injusto reside exclusivamente na desobediência à regra explicitada no tipo, já que, no entendimento desta corrente de pensamento, a materialidade do injusto reside no fato de que o legislador, ao criminalizar a conduta, o fez por levar em consideração o seu conhecimento acerca da potencialidade lesiva da conduta incriminada, ou seja, aptidão para causar danos.

Estas duas correntes de pensamento, portanto, não enfrentariam maiores dificuldades em aceitar a utilização dos tipos de perigo abstrato para proteção de regras de precaução, isto porque as suas bases sistemáticas não exigem características outras além daquelas contempladas na própria moldura típica.

As dificuldades para a busca da legitimidade da aplicação do Direito Penal ao âmbito da precaução começam a surgir quando se a examina frente às novas teorias que exigem atributos materiais no exame da tipicidade do crimes de perigo abstrato, um vez que, para elas, o reconhecimento da tipicidade estaria a pressupor a existência, pelo menos, de uma potencialidade lesiva na conduta penalmente tipificada, ainda que não verificada em concreto.

Romeo Casabona, Buergo e Reche (2007, p.263-265), embora com construções dogmáticas específicas acerca da legitimidade dos tipos de perigo abstrato ao âmbito da precaução, admitem em comum a existência do atributo da

periculosidade nas hipóteses de precaução, através da presunção da existência do risco, sempre que se esteja diante de indícios claros.

De fato, somente se tornará legítima a utilização do Direito Penal, em primeiro lugar, para a tutela de bens jurídicos consagrados expressa ou implicitamente pela Constituição, tidos como relevantes para o convívio social e para os quais os demais ramos do ordenamento jurídico se revelarem incapazes de protegê-los; em segundo lugar, quando forem lesados ou apresentarem riscos concretos ou presumidos de lesão, devendo, neste último caso, a presunção vir respaldada em regras de experiência auferidas ao longo da convivência social, de sorte a não circunscrever o injusto penal nela contido apenas na pura desobediência à norma penal, desvinculando-a do referencial do bem jurídico.

Faz-se imperioso neste contexto, uma solução dogmática que possa legitimar a aplicação do Direito Penal sancionador às condutas tipificadas sob a égide do perigo presumido.

A evolução social experimentada pela sociedade contemporânea é uma realidade palpável aos nossos olhos, como é igualmente a consciência da substancial elevação dos níveis de riscos decorrentes das diversas atividades desenvolvidas sob os auspícios das modernas tecnologias, cuja rapidez com que surgem e se expandem, impossibilitam mesmo a ciência de aferir as suas reais potencialidades lesivas, a conspurcar contra a paz e a tranqüilidade sociais e o Direito Penal não poderá permanecer alheio a esta nova realidade, devendo estar disponível e dogmaticamente adequado para atuar nos limites das reais necessidades decorrentes desta nova conjuntura sócio-econômica.

Bens jurídicos de alta relevância para o convívio social existem, como são exemplos o meio ambiente, a saúde pública, a ordem econômica, a fé pública, que somente poderão ser eficazmente defendidos se o forem através do recurso à criminalização através dos tipos penais de perigo abstrato. É que, em relação a eles, os cursos causais se apresentam como de difícil identificação e até se perdem no contexto das ações desenvolvidas, dificultando a punição dos seus autores, sem se falar ainda que a ocorrência do dano, nestas situações, provoca prejuízo de tal

magnitude que a proteção somente se torna eficiente se conferir primazia às normas de prevenção. Imagine-se se a proteção penal contra acidentes nucleares ou contra desastres ambientais somente viesse a se efetivar diante da ocorrência da lesão efetiva.

De fato, essa metodologia de aplicação do Direito Penal de perigo rompe com a dogmática penal clássica que confere primazia ao desvalor do resultado, exatamente seguindo as idéias iluministas sempre direcionadas ao estabelecimento de maiores âmbitos de restrições de utilização do Direito Penal, como instrumento de controle social formal, resultando daí a dificuldade da recepção dos tipos penais de perigo abstrato cuja estrutura não se compatibilizaria com as suas bases dogmáticas.

A solução para que se possa diluir as tensões que afloram do confronto entre a dogmática penal clássica e a utilização dos tipos de perigo abstrato perpassa, em primeiro lugar, pela exame da questão sob a ótica do bem jurídico e, em segundo lugar, por uma atuação interpretativa do aplicador da lei penal.

Ter-se-á, como paradigma inafastável, que se estabelecer aprioristicamente que a escolha do bem jurídico relevante que irá merecer a tutela penal deverá, pois, dela defluir, senão diretamente do elenco de bens jurídicos explicitados, mas pelo menos de forma implícita, afinal de contas seria inconcebível que se viesse a admitir, num Estado Democrático de Direito, um sistema jurídico-penal que se contrapusesse às suas bases fundantes, por exemplo, que violasse o princípio da dignidade da pessoa humana. Veja-se que a Constituição elegeu considerável gama de direitos e garantias que entendeu, dentro de um contexto sociológico e temporal vigentes, como imprescindíveis para a manutenção daquele princípio e deles defluem outros tantos que vão formar toda uma base principiológica que servirá de norte ao legislador penal, ora impondo-lhe a obrigação de criminalização de determinadas condutas, ora impedindo-o de assim proceder, mas, em qualquer caso, objetivando manter incólume a qualquer agressão ou possibilidade de agressão àqueles bens jurídicos. Assim, se, por um lado, é necessário que se criminalize aquelas condutas que atentam, por exemplo, contra os direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI da CF) ou que alimentem o

racismo (art. 5º, XLII da CF), por outro lado, não se poderá criminalizar condutas que atentam contra a liberdade de associação ou liberdade de crença religiosa ou, enfim, qualquer outra conduta que signifique a emanção de um direito ou garantia assegurada, de forma explícita ou implícita pelo texto constitucional.

A fé pública é um bem jurídico penalmente protegido em todos os ordenamentos jurídicos do mundo civilizado e, apesar de não ser contemplado no texto constitucional, nem por isto se haverá de contestar a legitimidade da proteção penal a ela conferida. É que, no cenário da dinâmica social, é ela de suma importância para a garantia do bem-estar coletivo, estando assim em perfeita sintonia com os objetivos de concretização dos valores constitucionais, legitimando assim a devida proteção penal. A Constituição, como visto, traz um rol de bens jurídicos relevantes, mas que não pode ser considerado como taxativo, assumindo antes uma função sistemática e de orientação, eis que outros bens jurídicos nela não contemplados explicitamente poderão ser extraídos mediante uma análise teleológica de seu conteúdo. Releve-se, contudo que, nem todo bem jurídico explicitado no texto constitucional deve merecer a tutela penal, senão aqueles para os quais a proteção conferida pelos demais ramos do ordenamento jurídico se exteriorize de forma deficiente, necessitando assim do reforço do ordenamento jurídico-penal, já se considerando que esse tipo de tutela assume caráter de subsidiariedade.

Exponentes da doutrina jurídico-penal já chegaram a se posicionar positivamente em favor da utilização dos tipos penais de perigo abstrato para a proteção de bens jurídicos específicos. Assim, na doutrina alienígena, temos as posições de Bettioli, (*apud* SILVA, 2003, p.98), que afirmava que “dentro de certos limites a criação de crimes de perigo presumido pode ser oportuna para atingir particular finalidade de política criminal”. Schunemann (*apud* SILVA, 2003, p. 98), que considerava que a Escola de Frankfurt estava adotando uma postura reacionária ao pleitear a recondução do Direito Penal aos delitos de resultado, isto porque em relação a determinadas condutas lesivas a interesses de alta relevância social, os cursos causais se volatilizam na sociedade de massa, impedindo a responsabilização penal, tornando deficiente ou impossível a proteção penal e o Direito Penal deve manter a sua funcionalidade em benefício da sobrevivência da

sociedade . Dias (apud BOTINI, 2007, p.100), autor lusitano que, por ocasião do XIII Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em 1984, na cidade do Cairo, afirmou que "tipos delitivos de perigo abstrato é meio válido na luta contra a delinqüência econômica e empresarial, sempre e quando a conduta proibida pelo legislador venha precisamente especificada, e a proibição se refira diretamente a bens jurídicos claramente determinados". Entre nós, temos Reale Júnior(1983, p.214), que os defendeu para a tipificação de condutas preventivas de poluição; Ferreira (apud BOTINI, 2007, p. 99), para quem os tipos de perigo abstrato para prevenir ofensas ao meio ambiente se justificam em função da natureza de tais ofensas; Prado (apud BOTINI, 2007, p. 76) que via neles um excelente meio de obviar os inconvenientes das dificuldades de definição da relação de causalidade que tanto gerava absolvições infundadas.

Pelo viés do processo de hermenêutica, ante o caso concreto e verificando que a norma penal em cuja moldura se subsume a conduta incriminada se trata de norma voltada a conferir reforço ao cumprimento de regra de precaução, deverá o aplicador da norma penal examinar se de fato ela traz em si perigo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado. Da conclusão positiva ou negativa dependerá igualmente o juízo positivo ou negativo de tipicidade penal a legitimar a atuação do Direito Penal, considerando-se a sua função precípua de instrumento de defesa de bens jurídicos relevantes, frente ao princípio vetor do Estado democrático de direito, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana. É que, conforme afirmado, nos casos de normas penais destinadas a dar reforço ao cumprimento de regras de precaução, o perigo não é conhecido, nem através do conhecimento ontológico nem através do conhecimento nomológico. Nem a ciência e nem a estatística demonstraram a existência de risco para a integridade do bem jurídico protegido, sendo apenas uma abstração do legislador e a aplicação do Direito Penal nesta seara carece de legitimidade porque afronta, dentre outros, o princípio da ofensividade, segundo o qual, conforme afirmado, é vedada a utilização do Direito Penal para coibir condutas que não causem danos ou, pelo menos perigo de dano ao bem jurídico penalmente tutelado.

Já quando se cuida de proteção de regras de prevenção, onde ou a ciência ou a estatística já demonstrou a existência de risco no caso de

desobediência àquelas regras, entendemos que a utilização do Direito Penal através da construção de tipos de perigo abstrato, não padece do vício da ilegitimidade, obviamente que precedidas de alguns cuidados específicos, a saber: o bem jurídico a ser protegido deverá ter respaldo constitucional, senão explícito, ao menos implícito, que possa ser extraído do sistema de valores defendido pela Constituição ou não entre em choque com ele; a estruturação do tipo através da descrição da conduta requererá, por certo, uma técnica refinada, de sorte a não violar o princípio da taxatividade, não se podendo, nem de longe, pensar em tipos penais abertos, vagos ou imprecisos, sendo a clareza e objetividade a tônica de sua construção; além disso, se faz mister a observância de todos os princípios limitadores do Direito Penal já examinados: princípio da ofensividade, princípio da intervenção mínima, princípio da proporcionalidade, princípio da insignificância, além de outros não menos importantes.

Queremos crer que em face do atual estágio de desenvolvimento social em que as novas tecnologias surgem com rapidez inimaginável, não se pode prescindir deste eficaz meio de criminalização de condutas, e argumentar em sentido contrário ao fundamento de que os tipos penais de perigo abstrato se revelam incompatíveis com a dogmática do Direito Penal clássico que centraliza o núcleo do injusto no resultado, significa no mínimo retirar desse importante ramo do ordenamento jurídico o seu atributo de funcionalidade, no sentido de que ele já não mais estaria a atender a uma de suas funções primordiais qual seja aquela de preservar a operacionalidade do modelo social do qual se projetou e para cuja manutenção se propôs a preservar. Neste viés, a precisa lição de Bottini (2007, p.173).

O modelo de organização do poder político no Brasil é o Estado Democrático de Direito: logo, os institutos do Direito Penal pátrio devem ser funcionais para manter a reproduzir suas premissas e seus princípios. Os vetores deste modelo de Estado, expressos na Constituição Federal indicam o exercício do poder fundado na soberania popular, orientado ao respeito à pluralidade e à dignidade humana: logo, o sistema penal deve estar pautado por estas premissas em todas as suas manifestações, para mostrar-se funcional.

Com isto, não se está a defender a desregrada ampliação do âmbito de atuação do Direito Penal por pura comodidade legislativa ou para atender a demandas sociais de ocasião onde o clamor público faz o legislador virar as costas para as consequências de sua indevida utilização, terminando por violar garantias constitucionais conseguidas a duras penas. Exige-se, pois, um juízo valorativo prévio que envolva a apreciação crítica acerca da presença de alguns elementos de fundamental importância, de sorte a conferir a devida e necessária compatibilidade com as bases fundantes do Estado democrático de direito. Terá, pois, o legislador, neste exercício crítico, que atentar para o fato de que a conduta incriminada deverá trazer em si um certo grau de periculosidade, segundo as regras da experiência, não se podendo admitir a criação de um tipo de perigo abstrato apenas com o propósito de garantir a validade fática de uma regra de precaução. Para além disto, se está a afirmar a absoluta impossibilidade de uma cega aplicação do Direito Penal voltado para o ambiente da precaução, como se os tipos penais de perigo abstrato a ele vinculados, fossem equiparados a delitos de mera conduta. A solução possível nesses casos estará nas mãos do aplicador da norma penal, a quem, neste processo, se reservará papel de fundamental importância, na medida em que terá que conferir valor aos termos da norma, em consonância com a dinâmica social, voltado para a busca do reconhecimento de um conteúdo material de ilicitude. Após toda essa operação interpretativa, em não descobrindo nela esse elemento material buscado – o risco efetivo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado - a outra conclusão não poderá chegar senão afastar a incidência da tipicidade penal.

Discorrendo sobre essa temática, Silveira (2006, p.158) conclui, com muita propriedade que:

O uso do perigo abstrato, em situações supra-individuais, até pode se justificar, pois, conforme o bem jurídico que se esteja a proteger, não se poderia esperar, ou mesmo aceitar sua lesão. Daí a antecipação penal justificada. A técnica legislativa, portanto, aceita tal condição. Entretanto, para se adequar o tipo penal aos princípios orientadores do próprio Direito, é premente um repensar de como orientar a aplicação do perigo abstrato. Com o novo arcabouço doutrinário e uma sua evidente relativização, parece, de fato, que muitas das suas críticas acabam por ruir. As noções principiológicas, de todo modo, mostram-se essenciais para a justeza do Direito Penal de Perigo.

Assim, estabelecendo-se parâmetros e fixando-se premissas na análise do tipo penal de perigo abstrato frente ao bem jurídico penalmente tutelado, certamente se exorcizará o fantasma do perigo de retrocesso em relação às conquistas já garantidas e que representaram significativo avanço social para a ciência penal.

8 CONCLUSÃO

De tudo quanto aqui se encontra exposto, algumas conclusões poderão ser extraídas e a primeira delas é aquela segundo a qual a legitimidade da utilização do Direito Penal frente ao ordenamento jurídico-constitucional terá como pressuposto fundamental a noção de bem jurídico, concebido como valor erigido á condição de essencialidade para a manutenção da coesão do grupo social em determinada época e, por isso mesmo, protegido por conduto do instrumento de proteção mais radical posto à disposição desta mesma sociedade, que é o Direito Penal e se constitui em ponto de partida para legitimidade de qualquer incriminação.

A sociedade de risco contemporânea cada vez mais se vê frente a incertezas decorrentes da rapidez com que surgem novas tecnologias, criadas para o incremento dos processos de produção de bens, fazendo emergirem suspeitas de perigo de danos sociais relevantes, demandando assim a atuação do gestor de riscos através da adoção de medidas tendentes a neutralizar estas situações de perigo e, não raras vezes, o Direito Penal é chamado a atuar nesta seara, com o fim de conferir um reforço adicional ao cumprimento das regras de precaução e a forma com que atua é através da construção de tipos penais de perigo abstrato.

As regras de precaução destinam-se a evitar, através de medidas prévias, danos sociais relevantes naquelas situações em que o saber ontológico ou nomológico desconhece os riscos da realização de determinada conduta ou da utilização de determinadas tecnologias e a única garantia que se mostra eficaz para se prevenir a ocorrência de danos é a criação daquelas regras. Ao contrário, as regras de prevenção pressupõem um conhecimento prévio fornecido pela ciência ou pela estatística acerca da potencialidade danosa de alguma atividade humana.

A utilização do Direito Penal, através do recurso aos tipos penais de perigo abstrato nos âmbitos de precaução não encontra espaços de conformidade com as novas teorias penais que somente entendem como legítima a atuação daquele ramo do ordenamento jurídico para sancionar condutas que

reconhecidamente causem danos ao bem jurídico penalmente tutelado ou o exponham a perigo de lesão.

Fora do âmbito da precaução, não se nos parece razoável simplesmente optar-se por taxar de ilegítimo o recurso do legislador penal aos tipos penais de perigo abstrato, e as injunções advindas com o surgimento das novas tecnologias para satisfazer aos anseios da sociedade de consumo a criar novos ambientes de risco, não pode prescindir deste importante instrumento de controle social, bastando que o aplicador da norma a compatibilize com o conteúdo daqueles princípios constitucionais já examinados, sempre tendo-se em mente a diretriz segundo a qual a conduta incriminada deverá trazer em si potencial de lesividade já conhecido segundo a experiência haurida de situações já vivenciadas pelo gestor de risco e desde que a integridade do bem jurídico não possa ser garantida através de tipos de perigo concreto em função da magnitude da lesão, no caso de se optar por aguardar o resultado, tornando imperioso que confira ênfase especial à prevenção.

Como a norma penal em si não faz referências acerca do conhecimento científico ou nomológico dos riscos que uma determinada conduta poderá trazer para a convivência social, apenas carimbando-a com sua nota de desvalor para efeito de imposição de uma sanção, frise-se, de graves consequências para o cidadão, caberá ao intérprete da lei penal a criação de uma matriz interpretativa por via do exame da materialidade típica da conduta, fundada na conclusão de existência de periculosidade, de sorte a que, em não encontrando indícios positivos, outra solução não lhe caberá senão afastar a tipicidade da conduta para efeito de reconhecer a não incidência, no caso, do ordenamento jurídico-penal.

Os tipos penais de perigo abstrato não ofendem ao princípio da intervenção mínima desde que a sua utilização somente se dê como último recurso a se lançar mão para efeito de se conferir proteção a um bem jurídico constitucionalmente relevante.

Também não vão de encontro ao princípio da culpabilidade porque esta pressupõe um juízo de reprovação da conduta, de sorte que o fato de a norma penal estabelecer uma presunção de perigo sobre ela, não significa dizer que disto decorra

inexoravelmente a necessidade de aplicação da pena. O que aqui se presume é a periculosidade da conduta e que não se confunde com presunção de culpabilidade. Esta, sim, deverá ser aferida em momento posterior, segundo o juízo positivo ou negativo de reprovação da conduta exteriorizada que se vier a fazer.

De outra banda, com a sua utilização não se estará a violar o princípio da ofensividade na medida em que se puder identificar numa determinada conduta, pelo menos, a sua aptidão, segundo as regras da experiência ou do conhecimento ontológico ou nomológico, para por em perigo a integridade de algum bem jurídico penalmente tutelado.

Finalmente, o princípio da proporcionalidade restará respeitado sempre e quando a utilização da incriminação de conduta por via do recurso aos tipos penais de perigo abstrato vier respaldado pelo bom senso e experiência, através da realização de um juízo de valor sobre a razoabilidade na operacionalização do binômio incriminação e tutela de bens jurídicos, numa relação entre meio utilizado e fim buscado.

BIBLIOGRAFIA

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro**. 3ª Edição; Editora Revan, Rio de Janeiro: 1996.

BIANCHINE, Alice. **Pressupostos materiais mínimas da tutela penal**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002.

BOTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na Sociedade de Risco**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem Jurídico Penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. **Limites Constitucionais do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**. v.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. v.1. Editora Impetus, 11ª Edição, Niterói: 2009.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Comentários ao Código Penal**. 2 ed. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1986.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 11 ed. Vol. 1. São Paulo: Atlas, 1996.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 54.

ROMERO, Diego. **Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato**. In: *Âmbito Jurídico*, RioGrande, n. 31, jul. 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3217>. Acesso em 16/06/2010>. Acesso em: 12 abr. 2010.

SANTOS, Admaldo Cesário dos. **Direito Penal do Inimigo e Culpa Jurídico-Penal**. Porto Alegre: Núbia Fabris Editora, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.

SILVA, Ângelo Roberto da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. (Capítulo 3, p. 16 – p. 54)

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Manual de Direito Penal brasileiro - parte geral**. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.