

Revista 10B

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

PUCRS
Biblioteca Central

20/10/06

Nº

344954

Ano VII — nº 39 — Ago-Set 2006

REPOSTIÇÃO AUTORIZADA DE JURISPRUDÊNCIA

Superior Tribunal de Justiça — Nº 50/2001
Tribunal Regional Federal da 1ª Região — Nº 18/2001

DIRETOR

Elton José Donato

EDITORA-CHEFE

Maria Líliana C. V. Polido

EDITORES

Alice Maria Borghi Marcondes Sampaio
Herica Eduarda Geromel Vasques
Simone Costa Saletti Oliveira

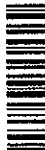
CONSELHO EDITORIAL

Fernando da Costa Tourinho Filho, Geraldo Batista de Siqueira
Jader Marques, José Henrique Pierangeli, Luiz Flávio Gomes,
Luiz Vicente Cernicchiaro, René Ariel Dotti, Roberto Batista Pinto

COLABORADORES DESTA EDIÇÃO

Ana Sofia Schmidt de Oliveira, Bernardo Del Rosal Blasco, César Gustavo Moraes Ramos,
Diego Romero, Gina Copola, Jader Marques, Leonardo Barreto Moreira Alves,
Luiz Carlos dos Santos Gonçalves, Luiz Flávio Gomes, Renato Marcão,
Rodrigo A. F. Tanamati, Ronaldo Batista Pinto

PUCRS/BCE



0.843 453-1

PRESERVE SUA FONTE
DE CONHECIMENTO



© IOB THOMSON

Uma publicação da IOB Thomson.

Publicação bimestral de doutrina, jurisprudência, legislação e outros assuntos de Direito Penal e Processual Penal. Todos os direitos reservados. Proibida a reprodução parcial ou total, sem consentimento expresso dos editores.

As opiniões emitidas nos artigos assinados são de total responsabilidade de seus autores.

Os acórdãos selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias obtidas nas secretarias dos respectivos tribunais.

A solicitação de cópias de acórdãos na íntegra, cujas ementas estejam aqui transcritas, e de textos legais pode ser feita pelos telefones (51) 2101-5272 e 2101-5270 e pelo e-mail: pesquisa@iob.com.br (serviço gratuito até o limite de 50 páginas mensais).

Distribuída em todo o território nacional.

Tiragem: 5.000 exemplares

Produção Editorial: Marij Sijender Monson

Diagramação: IOB Thomson

Artigos para possível publicação poderão ser enviados para o endereço rdp@iob.com.br.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

REVISTA IOB DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Nota: Continuação de REVISTA SÍNTESE DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Porto Alegre : Síntese, v. 1, n. 1, abr./mai., 2000

Publicação periódica
Bimestral

v. 7, n. 39, ago./set. 2006

ISSN 1809-7804

1. Direito penal – periódicos – Brasil
2. Direito processual penal

CODU: 343.21811 (05)

CDD: 343

(Biblioteca responsável: Helena Maria Maciel CRB 10/951)

IOB Thomson

- IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.

R. Antônio Nagib Ibrahim, 350 – Água Branca
05036-060 – São Paulo – SP
Caixa Postal 60036 – 05033-970

Telefones para Contatos

Cobrança: São Paulo e grande São Paulo (11) 2188.7900
Demais Localidades 0800.787900

SAC e Suporte Técnico: São Paulo e grande São Paulo (11) 2188.7900
Demais Localidades 0800.7247900

Renovação: Grande São Paulo (11) 2188.7900
Demais Localidades 0800.787900

www.sintese.com

O Código de Processo Penal considera o interrogatório como um meio de prova, e a doutrina atribui-lhe também a natureza de meio de defesa (autodefesa).

É um ato judicial presidido pelo juiz, em que o acusado é indagado sobre os fatos imputados contra ele advindos de uma queixa ou denúncia, dando-lhe ciência ao mesmo tempo em que lhe oferece oportunidade de defesa.

O interrogatório é, portanto, um ato público, personalíssimo, que possui judicialidade e oralidade.

Os momentos para realização do interrogatório estão previstos no Código de Processo Penal, quais sejam: no inquérito policial, no auto de prisão em flagrante; logo após o recebimento da denúncia ou queixa e antes da defesa prévia; no plenário do júri e no Tribunal, em processos originais ou no curso da apelação.

Com o advento da Lei nº 10.792/2003, o interrogatório sofreu importantes alterações quanto aos critérios de sua aplicação.

Colacionamos para esta edição como *Assunto Especial* uma análise acerca do Interrogatório *On-Line*, com a inclusão de doutrinas dos ilustres juristas Ronaldo Batista Pinto e Ana Sofia Schmidt de Oliveira. Com o intuito de proporcionar maiores esclarecimentos acerca deste tópico, selecionamos, também, um acórdão na íntegra e um ementário que enfoca o assunto comentado.

Nesta edição, além da seleção de doutrinas de renomados juristas como Luiz Flávio Gomes, entre outros, você encontrará a seção denominada “Práticas Processuais”, cujo intuito é o de esclarecer ao leitor as providências processuais que devem ser adotadas do tema selecionado. Para esta edição, escolhemos o assunto “Recebimento da Denúncia”.

E, ainda, a seção denominada “Direito em foco” aborda o assunto *Condução coercitiva determinada por Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI)*, por meio dos artigos escritos pelos autores Renato Marcão e Rodrigo Tanamati.

Você ainda terá a oportunidade de ler, na seção intitulada “Estudos Jurídicos”, a 3ª parte dos comentários elaborados pela advogada Gina Copola acerca da “Lei dos Crimes Ambientais”. Como você vem acompanhando, essa lei está sendo comentada artigo por artigo em sete partes consecutivas.

Desejamos a você uma ótima leitura!

Liliana Vieira Polido

Gerente Editorial de Produtos Jurídicos

Assunto Especial**INTERROGATÓRIO ON-LINE****DOCTRINA**

1. Interrogatório On-Line ou Virtual – Constitucionalidade do Ato e Vantagens em sua Aplicação
Ronaldo Batista Pinto 7
2. Resolução nº 5/2002: Interrogatório On-Line [Parecer]
Ana Sofia Schmidt de Oliveira 19

JURISPRUDÊNCIA

1. Acórdão na Íntegra – STJ 24
2. Ementário 33

Parte Geral**DOCTRINAS**

1. Lei nº 11.313/2006 – Novas Alterações nos Juizados Criminais
Luiz Flávio Gomes 36
2. Reflexões sobre os Crimes de Perigo Abstrato
Diego Romero 43
3. Inquérito e Prisão Cautelar nos Crimes contra a Ordem Tributária
Luiz Carlos dos Santos Gonçalves 63
4. Brevíssimas Considerações sobre a Possibilidade de Cumulação da Remissão Pré-Processual com Medida Socioeducativa
Leonardo Barreto Moreira Alves 79
5. Dependente-Traficante de Drogas Ilícitas: Análise Crítica de Entendimentos Jurisprudenciais e de Laudos Periciais
Salo de Carvalho, Rafael Braude Canterji, Lilian Christine Reolon e César Gustavo Moraes Ramos 92

DOCTRINA ESTRANGEIRA

1. Criminalidad Organizada y Nuevas Tecnologías: Algunas Consideraciones Fenomenológicas y Político-Criminales
Bernardo del Rosal Blasco 106

JURISPRUDÊNCIA

1. Supremo Tribunal Federal	114
2. Superior Tribunal de Justiça	118
3. Tribunal Regional Federal da 1ª Região	126
4. Tribunal Regional Federal da 2ª Região	136
5. Tribunal Regional Federal da 3ª Região	141
6. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios	147
7. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte	150
8. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul	153
9. Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe	156

EMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

1. Penal e Processual Penal	160
-----------------------------------	-----

ESTUDOS JURÍDICOS

1. A Lei dos Crimes Ambientais, Comentada Artigo por Artigo (3ª Parte – Dos Crimes contra a Fauna) Giina Copola	190
---	-----

DIREITO EM FOCO

1. Condução Coercitiva Determinada por Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) Renato Marcão e Rodrigo A. F. Tanamati	199
---	-----

PRÁTICA PROCESSUAL

1. Recebimento da Denúncia – Inépcia Formal Jader Marques	202
--	-----

Bibliografia Complementar	206
--	-----

Índice Alfabético e Remissivo	207
--	-----

Normas Editoriais para Envio de Artigos	213
--	-----

Reflexões sobre os Crimes de Perigo Abstrato

DIEGO ROMERO

Advogado, Especialista em Direito Penal Empresarial PUC/RS, Mestrando em Ciências Criminais PUC/RS.

“O futuro não espera para chegar, o futuro não é uma distância que se aproxima; o futuro é uma emergência que se anuncia e que nos propõe sua consideração inteira, completa, do ponto de vista da resposta, da responsabilidade que temos não só para nós mesmos, mas para com o outro, com todos os outros, em todos os tempos.”

(SOUZA, Ricardo Timm de. *Ética como fundamento*)

SUMÁRIO: Reflexões iniciais; 1 Considerações sobre a sociedade contemporânea; 2 Considerações sobre os crimes de lesão e crimes de perigo; 2.1 Distinção entre crimes de dano e crimes de perigo; 2.1.1 Subsidiariedade dos crimes de perigo em relação aos crimes de dano; 3 Características dos crimes de perigo concreto; 4 Apontamentos sobre os crimes de perigo abstrato; Reflexões finais; Referências bibliográficas.

REFLEXÕES INICIAIS

Hodiernamente, é incontestável que a sociedade mundial ou a aldeia global – sincronizando o termo com nosso tempo – tem passado por inúmeras e profundas transformações.

O sociólogo português Boaventura de Souza Santos¹, sobre o nosso tempo, escreveu que estamos vivendo “num tempo atônito que ao debruçar-se sobre si próprio descobre que os seus pés são um cruzamento de sombras. Sombras que vêm do passado que ora pensamos já não sermos, ora pensamos não termos ainda deixado de ser, sombras que vêm do futuro que ora pensamos já sermos, ora pensamos nunca virmos a ser”.

Estamos submersos numa época aturdida, de transição, na qual a ambigüidade e a complexidade provocam o descompasso dos que vivem e interagem na sociedade planetária. Numa época em que “os grandes discursos e as narrativas norteadoras que deram fundamentação às formas de saber, ao

1 SANTOS, Boaventura de Souza. *Um discurso sobre as ciências*. 13. ed. Porto: Afrontamentos, 2002. p. 7

a impossibilidade de reduzir suas probabilidades ou possibilidades, mesmo sabendo de onde elas vêm, quais são os problemas a enfrentar e quem são os perpetradores.

Assim, a concepção de risco na seara jurídica passou a ser de suma importância devido à influência direta que alguns operadores do Direito sofreram de uma série de argumentos alarmistas que favoreceram a proliferação de movimentos dedicados a uma ampliação do Direito Penal com o nítido escopo de tentar barrar a denominada criminalidade moderna.

Nesta senda, a ciência jurídica é convocada a dar respostas sobre os novos temas da sociedade pós-moderna: danos imprevisíveis e não subsumíveis às coordenadas do tempo e espaço, exigências da globalização e da integração supranacional, reforçadas pela quebra de barreiras jurídicas na circulação de pessoas e bens e efetiva punição dos infratores (pessoas/agentes/grupos).

Da análise destes pontos, vê-se que o direito tradicional-liberal-antropocêntrico (paradigma das sociedades democráticas industriais do fim do século XX) não pode fazer frente a esta nova ordem, pois o fenômeno global está a modificar a realidade local de forma instantânea.

De tudo isso se conclui que existe uma nova demanda de modelos de operar na ciência jurídica. O catálogo conceitual clássico desta ciência não consegue mais responder aos anseios desta sociedade de risco, devendo, pois, o Direito sofrer um processo de adaptação e mutação para se enquadrar nesta nova realidade.

Contudo, a resposta do Estado tem sido a da concepção de um Direito Penal cada vez mais punitivo, preventivo e hipertrofiado. Um desses efeitos traduz-se na abundante utilização de tipos penais de perigo abstrato, em contraposição aos de lesão e perigo concreto, paradigmas do Direito Penal Clássico.

Essa técnica legislativa e político-criminal das últimas décadas, mormente das duas últimas, quando a sociedade global tomou consciência dos riscos e ameaças que caracterizam o processo de evolução da tecnologia, suscita não só conflitos com princípios fundamentais da ciência penal, senão também sérios e graves problemas de legitimação do *ius puniendi*, de sua fundamentação e de seus limites, já que a criminalização com uso do modelo dos tipos de perigos abstratos trata-se de flagrante antecipação da punição criminal.

Hassemer², com muita propriedade, relata que o instrumento do Direito Penal da sociedade contemporânea, o qual serve claramente a uma ampliação

modo de organização da vida, à regulação dos procedimentos comportamentais, às práticas uniformes de representação social e às configurações centralizadas da estrutura de poder passaram por questionamentos radicais, por processo de descentralização, por múltiplas redefinições e por realidades emergenciais”, como afirma Antônio Carlos Wolkmer³.

Nessa perspectiva, vivemos, então, num tempo de transição entre uma sociedade industrial e uma sociedade digital, entre uma sociedade nacional e uma sociedade global, entre a lógica-formal cartesiana e a cultura dos espaços virtuais, plurais e fragmentados.

Estamos envoltos em uma *sociedade de risco*⁴, na qual o homem e o planeta vivem cercados pelo perigo decorrente do exacerbado avanço tecnológico desprovido da consciência da finitude dos recursos naturais. Riscos oriundos da crença de uma tecnologia perfeita capaz de resolver todos os problemas do homem e do lugar onde ele habita. Riscos vindos do pensamento forjado na crença representada pela esperança na capacidade humana, pois, carregamos conosco o dogma: o que é errado hoje será corrigido amanhã ou depois pela nossa capacidade criativa e inventiva.

O certo é que vivemos numa sociedade em que a percepção e a reflexão do risco aumentaram, e a consequência óbvia desta constatação é a tentativa desenfreada de redução destes riscos que, por sua vez, debruça sua confiança no conhecimento técnico.

Ocorre que a percepção e a reflexão do risco aumentaram no mesmo grau em que a confiança na ciência diminuiu. Fato que trouxe medo ao corpo social, haja vista a dificuldade, a complexidade e a impossibilidade de se lidar com determinadas ocorrências.

Esse sentimento de insegurança real, emergente da própria sociedade do risco, é potencializado pelos meios de comunicação, tendo em vista ser esta sociedade a da informação.

É notório que “entre rupturas e continuidades, entre novos riscos e velhas seguranças, entre mal-estares conhecidos e mal-estares desconhecidos, entre emergências e inércias”, a sociedade queixa-se da falta de mecanismos de travagem, sistemas de direção, de previsão, de um ponto de ancoragem, a fim de se libertar das ameaças conhecidas de catástrofes, já que se percebe

2 WOLKMER, Antônio Carlos. *LIBE. José Rubens Morato (Orgs.). Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. VII

3 O termo “sociedade de risco” foi cunhado pelo sociólogo alemão Ulrich Beck na obra *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt: Suhrkamp, 1986. Há tradução para o espanhol feita por Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S/A, 1998.

4 SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *A globalização e as ciências sociais*. São Paulo: Cortez, 2002. p. 11.

humanas, trouxe consigo uma aceleração, nem sempre positiva, “causando ao homem a sensação de que hoje viva em um só ano, o que o homem do século XIX teria de viver em cem”, conforme a lição de Paulo Silva Fernandes⁷. Os avanços da humanidade acabaram por criar novos riscos, e, dada sua gravidade, estes assumem proporções capazes de colocar em xeque a vida no nosso planeta.

São características desta sociedade pós-industrial em que estamos inseridos: globalização, integração supranacional, predomínio do poder econômico sobre o político, imprevisibilidade, risco ou aparecimento de novos riscos, insegurança, identificação da maioria social com a vítima, descrédito nas instâncias de proteção, reforço da criminalidade organizada e o consequente surgimento de um direito penal hipertrofiado e essencialmente preventivo.

Sobre a globalização, importante frisar que este movimento constituiu-se em um fenômeno cujas dimensões ultrapassam as fronteiras econômicas chegando às esferas social, política, jurídica, cultural e religiosa que se interconectam de maneira complexa. Desta forma, qualquer explicação simplista, que busque reduzir o fenômeno em algo estagnado numa área apenas, tende a não traduzir a realidade.

Sobre o caráter econômico da globalização, Otávio Ianni⁸ assinala que a globalização expressa um novo ciclo de expansão do capitalismo, como modo de produção e processo civilizatório de alcance mundial. Uma realidade ainda desconhecida, ou pouco compreendida, que desafia as práticas e os ideais, as situações consolidadas e interpretações sedimentadas.

Boaventura de Souza Santos⁹, por sua vez, relata que a globalização é 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, da 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”.

Tópico muito importante a ser focalizado nesta enumeração é a substituição do Estado – dono do poder político – pelas empresas – detentoras do poder econômico, sendo estas as protagonistas do mercado. Nota-se que

7 FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal*. Coimbra, Almedina, 2001. p. 32.

8 IANNI, Otávio. *A era do globalismo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001. p. 11.

9 SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *A globalização...* cit., p. 11.

de sua capacidade, é a forma delitiva dos crimes de perigo abstrato. Este crime é a forma delitiva da modernidade para o legislador. Os crimes de perigo concreto ou os crimes de dano parecem estar ultrapassados.

Vislumbra-se, então, que tentando dar uma resposta radical aos novos riscos e desafios criados pela sociedade contemporânea, o Direito Criminal é chamado “em primeira mão”, e levado a trabalhar cada vez mais com os crimes de perigo abstrato, que abrangem no muito das vezes situações prévias ao crime (punem o pré-delito). No entanto, este alargamento do uso de tipos preventivos constitui-se em notória contradição aos princípios do Direito Penal Liberal, que primam sempre pela punição do resultado efetivamente lesivo ao bem jurídico tutelado.

O presente estudo buscará examinar a utilização dos crimes de perigo abstrato como forma encontrada pelo legislador para tentar barrar a criminalidade oriunda da sociedade posta na atualidade. Assim, analisar-se-á a forma pela qual a sociedade contemporânea vem se caracterizando, as justificativas utilizadas pelo legislador para criminalizar condutas de perigo. Após, ver-se-á as diferenças entre os crimes de perigo e os crimes de dano, os conceitos de crimes de perigo concreto e abstrato e a fundamentação da existência e abundância deste último nas legislações penais da sociedade contemporânea, bem como as violações que o mesmo acarreta no Direito Penal Clássico, tendo em vista a existência de notória antecipação da tutela penal.

1 CONSIDERAÇÕES SOBRE A SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

“As coisas andam rápido! Tudo está integrado e funcionando em tempo real!”⁶

Fundamental, haja vista a rápida expansão e mutação da realidade social em que vivemos, traçar breves linhas sobre a nova sociedade que se impõe perante a humanidade nos dias de hoje, para, ao final, demonstrar a transformação que a mesma incute no direito penal.

Verifica-se, sem sombra de dúvidas, que o extraordinário desenvolvimento da sociedade da era industrial, não obstante ter sido responsável pelo incremento da qualidade de vida e pela satisfação de inúmeras necessidades

6 A empresa de tecnologia IBM possui uma campanha de marketing, veiculada na mídia televisiva, na qual demonstra como as pessoas, mirramente os empresários, que desconhecem a tecnologia da atualidade, principalmente as interações proporcionadas pela computação, ficam para trás no jogo do mercado global. A frase posta em evidência é dita por um empresário, caricaturado no comercial com terno xadrez, óculos com lentes grossas, gel gorduroso no cabelo e gravata em total desarmonia com o traje vestido, quando percebe que não consegue acompanhar a velocidade da transmissão de informação e perde clientes e negócios em virtude disso. Chocado com isto, com oca um consultor, caricaturado como um mago, que lhe apresenta como solução dos seus problemas uma máquina do tempo, um objeto de metal com luzes coloridas piscantes, que nunca fora testado. A propaganda acaba com o empresário perplexo e com o slogan da empresa que diz ter soluções para um mundo *on demand*.

mundo'. Na atual velocidade, o mundo está chegando a um ponto de instantaneidade nos nossos deslocamentos".

Atualmente, vive-se num mundo no qual grande parte dos acontecimentos dá-se quase ou de forma instantânea. Um bom exemplo é a transmissão da informação pelos meios computadorizados. Neste ponto, se destaca não só a velocidade da transmissão, como também a quantidade e a simultaneidade da transmissão.

Outro ponto a ressaltar é a "instantaneidade nos nossos deslocamentos"¹³. Hoje, por intermédio da Internet, as pessoas podem relacionar-se com outras que estão do outro lado do mundo fazendo clicks com o mouse. Enviam-se fotos, fala-se com imagem simultânea e em tempo real, e até mesmo transferem-se vultuosas somas em dinheiro de um lado do mundo para o outro com um simples movimento no teclado do computador. Podemos estar, *virtualmente*, em vários lugares ao mesmo tempo, desenvolvendo várias atividades simultaneamente, o que para o modelo de conhecimento da modernidade, baseado no paradigma galileico-newtoniano, era impossível.

Veja-se que se desfaz "num simples click" o modelo da modernidade de previsibilidade e de determinação, dando lugar a uma sociedade de diferença e de imprevisão. Neste ponto, Baumann¹⁴ ressalta que "o mundo pós-moderno está se preparando para a vida sob uma condição de incerteza que é permanente e irredutível". Desta forma, vê-se que é difícil – ou impossível – legislar para prevenir ou conter riscos.

Sobre os "riscos" cumpre salientar que estes são provocados por decisões humanas, que põe em perigo a própria sobrevivência do homem. Ressalte-se o fato de que não há mais fronteiras para a ação humana, pois os riscos são globais, podendo ser produzidos em qualquer local do globo e se prolongarem no tempo. Ademais, os riscos são locais e globais ao mesmo tempo, transcendem as gerações e as noções de espaço e tempo, visto o fosso temporal entre a prática de uma ação e sua consequência, *vide*, neste sentido, o acidente nuclear de Chernobyl que até hoje continua provocando danos à humanidade.

Na sua obra, *La sociedad del riesgo global*, Ulrich Beck apresenta conceitos como "risco", "perigo" e "sociedade de risco", doutrinando, ao final, que risco e perigo acabam sendo sinônimos. Beck¹⁵ afirma que "*Riesgo es el enfoque moderno de la previsión y control de las consecuencias futuras de la acción humana, las diversas consecuencias no deseadas de la*

13 GAUER, Ruth M. Chitró. Op. cit., p. 94.

14 BAUMANN, Zigmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro. Jorge Zahar, 1997, p. 32.

15 BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Barcelona. Ediciones Paidós Ibérica S/A, 1998, p. 5.

há décadas as decisões tomadas em algumas organizações internacionais refletem-se extrafronteiras, dada a capacidade destas decisões afetarem o planeta.

A surpreendente amplitude e profundidade destas interações transnacionais, atravessadas por movimentos simultâneos de integração e fragmentação, levaram à interação de alguns fatores, como, por exemplo, a eliminação das fronteiras nacionais com a criação de Comunidades de Países combinada com o aumento da diversidade local dentro do território destes próprios países, como pode ser visto, mais claramente, na atualidade, no velho continente.

Conforme posto por Stuart Hall¹⁰, o processo de mudança constante, rápido e permanente, causado pela globalização, bem como o impacto deste fenômeno diante da identidade do indivíduo, acentuou o contraste das sociedades "modernas", nas quais as práticas sociais são reexaminadas (refletidas) e reformadas à luz de informações recebidas sobre estas próprias práticas, o que altera continuamente seu caráter, em relação às sociedades "tradicionais", as quais, baseadas na tradição e na valorização de símbolos que perpetuam a experiência de gerações, tentaram paralisar o tempo ao inserirem qualquer atividade ou experiência particular numa linha de práticas do passado.

As sociedades contemporâneas "são caracterizadas pela diferença; são atravessadas por diferentes divisões e antagonismos sociais que produzem uma variedade de diferentes 'posições de sujeito' – isto é, identidades – para os indivíduos"¹¹.

Não existe centro, ou princípio organizador único, na contemporaneidade. A sociedade não se apresenta como um todo unificado, e nem por isso deixa de existir, já que seus diferentes elementos e identidades, em certas circunstâncias, articulam-se entre si, deteriorando identidades estáveis do passado e abrindo a possibilidade da produção de novas identidades, novos sujeitos. A pós-modernidade é vista como um processo de rupturas e fragmentações sem fim, de descontinuidades, de deslocamento, não de substituição.

A questão da velocidade na sociedade atual é outro ponto a ser relatado, pois aumenta a dificuldade de previsão dos acontecimentos e, por conseguinte, torna impossível a controlabilidade dos mesmos.

Sobre esta questão, Ruth Gauer¹² destaca, na sociedade atual, "a onipresença do fator 'velocidade', a qual constitui, para Paul Virilio, 'a alavanca do

10 HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 1997.

Vê: principalmente os dois primeiros capítulos, p. 7-50.

11 HALL, Stuart. Op. cit., p. 18.

12 GAUER, Ruth M. Chitró. *Conhecimento e aceleração (rito, verdade e tempo)*. Separata da Revista de História das Ideias. Coimbra: Faculdade de Letras, v. 23, p. 94, 2002.

modernización radicalizada. Es un intento (institucionalizado) de colonizar el futuro, un mapa cognitivo”.

Paulo de Souza Mendes¹⁶ define o risco como uma avaliação moderna do conteúdo informacional, consistente na expressão de algum grau de incerteza sobre a ocorrência de certos efeitos secundários, geralmente indesejáveis, associados ao desempenho de determinada atividade ou ato, normalmente dirigido para a obtenção de um fim útil qualquer.

Os conceitos de risco e sua evolução são apresentados por David Goldblatt¹⁷ e se dividem em três etapas, a saber: *na primeira fase*, a da sociedade liberal do século XIX, o risco assume a forma de acidente, isto é, de um acontecimento exterior e imprevisto, de um acaso, e é simultaneamente individual, repentino e irremediável. Nesta época, os perigos eram perceptíveis mediante os sentidos, e o direito penal não podia dar conta dos riscos; *na segunda fase*, surge a emergência da noção de *prevenção e segurança*, entendendo-se como tal a atitude coletiva, racional que se destina a reduzir a probabilidade de ocorrência e a gravidade de um risco, que, por óbvio, era, na esteira da modernidade, objetivo e mensurável. A utopia da ciência perfeita e da técnica infalível de uma sociedade capaz de resolver racionalmente seus problemas faz o risco ser controlado pela estatística, pelo cálculo de probabilidades e o torna socialmente suportável pela divisão das responsabilidades pelos danos; *na terceira fase* da história do risco, ou na atualidade, o risco é encarado como algo invisível, imensurável, catastrófico, irreversível, pouco ou nada previsível, que destrói as nossas esperanças de prevenção e de domínio, sendo um efeito perverso ou secundário das próprias decisões humanas. A sociedade da atualidade, “do risco” é, pois, uma sociedade que se põe por seus próprios atos em perigo.

Nota-se, pois, uma auto-reflexão, ou seja, a consciência do risco torna-se caráter fundamental e diferenciador da sociedade contemporânea. Nesse sentido, Paulo Silva Fernandes aduziu que: “A modernidade torna-se, assim, reflexiva o que vale por dizer que, a par da constatação da presença ubiqüitária de novos riscos – anteriormente ausentes –, causados pela expansão cega da sociedade industrial, e como elemento subjectivo dessa percepção, surge a reflexão sobre os próprios fundamentos desse desenvolvimento desmesurado [...]”¹⁸.

Percebe-se, nestas linhas, que grande parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém de decisões que outras pessoas adotam, as quais

16 MENDES, Paulo de Souza. *Visão e pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000. p. 47-48.

17 GOLDBLATT, David. *Téoria social e ambiente*. Trad. Ana-Maria Antúñez. Lisboa: Instituto Piaget, 1986.

Notadamente o quinto capítulo, p. 227-259.

18 FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001. p. 56.

surtirão apenas no futuro e que são derivadas de aplicações técnicas de desenvolvimentos industriais. A partir daí, ocorre uma mobilização para que o Direito abarque tais situações em suas disposições com a finalidade de proteger os cidadãos destas ameaças que não são visíveis e que ultrapassem fronteiras ou demarcações físicas e se prolongam no tempo de forma imensurável.

Os sujeitos do Iluminismo, plenos de consciência, racionais, objetivos, que esperaram tudo que fora prometido durante anos pelos modelos do Estado Liberal e Social, passaram a perceber que perderam o controle e, por conseguinte, identificaram-se como vítimas de algo que não conseguiram enxergar e explicar racional e objetivamente, requisitando, haja vista o medo generalizado, a ação urgente de algo que proporcionasse uma ancoragem drástica na sociedade. No caso, o Direito Penal.

Na sociedade caracterizada acima, inicia-se a formação de um direito penal hipertrofiado, preventcionista e expansivo, sendo que este caráter de expansão explica-se pela acolhida de novos bens jurídicos (tais como meio ambiente, saúde pública, mercado de capitais, tributos, relações de consumo), pelo adiantamento das barreiras entre o comportamento impune e o punível e pela redução das exigências para a reprovabilidade da ação humana, o que se expressa na mudança de paradigma que vai da lesão do bem jurídico para a perigosidade da ação em si mesma, já que, muitas vezes, o núcleo do dano causado talvez não possa ser atribuído a alguém, todavia, acaba-se adotando a postura de considerar tais casos como resultantes de falta de cuidado, havendo um incremento na tipificação dos crimes de perigo, crimes comissivos por omissão, não-distinção entre autoria e participação, inversão da carga de prova, além da substituição do modelo clássico de justiça pela justiça negociada (ver o casos dos juizados especiais criminais e da delação premiada na lei de tóxicos).

Veja-se, então, que para responder a esta sociedade insegura, o Direito Penal é adaptado à ótica da sociedade do risco, recebendo uma função de “eminente instrumento de prevenção”.

Assim, o Direito Penal oriundo da sociedade do risco pretende a minimização do risco e a produção de segurança. Trata-se da idéia de prevenção, de proteção dos bens jurídicos por meio de uma orientação pelo risco. Ou seja, nada mais do que a reedição, com outro enfoque, do projeto falido que fora construído pela modernidade nos últimos três séculos.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CRIMES DE LESÃO E CRIMES DE PERIGO

Feitas algumas considerações sobre a sociedade contemporânea, far-se-á, neste tópico, uma distinção entre os crimes de perigo e os crimes de

2.1.1 Subsidiariedade dos crimes de perigo em relação aos crimes de dano

Sinala-se que o os crimes de perigo são subsidiários em relação aos crimes de dano, pois como muito bem pontua Walter Coelho²¹ “diante da relevância do bem jurídico tutelado, estende o Direito Penal a sua proteção desde a remota e potencial situação perigosa (contravenção), passando pelo perigo iminente ou próximo (crime de perigo), até a efetiva lesão do interesse a ser resguardado”.

Com esta medida pretende a lei penal realmente proteger o bem ou interesse jurídico que entende relevante para determinado grupo social, circunscrevendo todo seu âmbito com a proteção do Estado, prescrevendo crimes de perigo somente nos casos em que o bem jurídico necessita eminentemente de proteção. Esta questão da subsidiariedade fica clara quando enfocamos os crimes contra a vida, nos quais temos proteções desde o âmbito do mínimo perigo, conforme o art. 10 da Lei nº 9.437/1997 (atirar com arma de fogo para o alto), passando para o art. 132 (expor a vida a perigo), depois para o art. 129 (lesão corporal) e culminando na lesão máxima prevista no art. 121 (homicídio), todos do Código Penal.

3 CARACTERÍSTICAS DOS CRIMES DE PERIGO CONCRETO

Indispensável, antes de se abordar os crimes de perigo abstrato, referir sobre os crimes de perigo concreto.

Inicia-se frisando que o fundamento da punição dos crimes de perigo concreto encontra-se no fato de “o legislador querer, sem dúvida, proteger um determinado bem jurídico e pode fazê-lo porque considera que o pôr em perigo é elemento bastante para justificar uma pena criminal”, como acentua José Francisco de Faria Costa²².

Nesse diapasão, os delitos de perigo concreto são aqueles que requerem, para sua verificação, a produção de um resultado, individualmente verificável no caso fático, de real perigo de dano ao objeto protegido pela norma.

Tais delitos são de resultado como os delitos de lesão, mas sua verificação importa em critérios de imputação divergentes, pois em vez de apresentarem um resultado lesivo de dano, apresentam um resultado de criação de perigo de resultado de dano, de assunção do risco de lesão não permitido pela norma.

21 COELHO, Walter. *Tecnica geral do crime*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, v. I, 2001. p. 102.

22 COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 1992. p. 623.

dano, ressaltando-se, após, a subsidiariedade dos crimes de perigo em relação aos crimes de dano.

2.1 DISTINÇÃO ENTRE CRIMES DE DANO E CRIMES DE PERIGO

Sobre a distinção entre os crimes de dano e os crimes de perigo, Eduardo Correia¹⁹ informa que, “considerados os interesses significativos para o direito criminal e os objectos que o encaram, pode a lei exigir sua lesão efectiva, v.g., a morte de outrem, ou colocar esses interesses em simples perigo, ou criar-se uma situação tal que seja possível a sua lesão”.

Blanca Mendoza Buergo²⁰, referindo-se à distinção entre delitos de perigo e delitos de dano, a seu turno, leciona que “habitualmente, la caracterización de una infracción penal como delito de lesión se realiza atendiendo a la formulación del tipo, siendo fundamental a estos efectos no solo la descripción de la conducta típica, esto es, la forma o modalidad del ataque sino, más bien, las características que reviste la consecuencia del mismo; es decir, si el tipo reclama la incidencia de tal conducta, en su caso, sobre un objeto típico y, con ello, la producción de un efecto en el mismo que supone la destrucción o afectación del bien jurídico y, em definitiva, la lesión de este o si, por el contrario, la realización de la conducta implica simplemente la amenaza de producción de tal efecto lesivo. El elemento distintivo básico es, por tanto, el grado de afección del bien jurídico tutelado”.

O tipo penal pode, então, estatuir que o crime se perfaz com a efetiva lesão ao bem jurídico, que vem a ser ofendido pela eliminação ou diminuição em face da ação humana.

Já em outras figuras penais a descrição típica não exige a provocação de um dano, mas a colocação do bem jurídico em perigo de lesão. Crime de perigo é, pois, aquele que, sem destruir ou diminuir o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal, representa uma ponderável ameaça ou turbação à existência ou segurança de ditos valores tutelados, uma vez existir relevante probabilidade de dano a estes interesses.

Então, conforme o tipo descreva um dano ao bem jurídico tutelado, objeto da proteção penal, ou um perigo para integridade deste objeto, os tipos distinguem-se em tipos de lesão e tipos de perigo. Tais tipos, por sua vez, em tipos de perigo abstrato e tipos de perigo concreto, que mais adiante serão delineados.

19 CORREIA, Eduardo. *Lições de direito penal*. Coimbra: Coimbra, v. I p. 287-288.

20 BUERGO, Blanca Mendoza. *Limites dogmáticos y políticos-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001. p. 10.

Delito de perigo abstrato é, nas palavras de Claus Roxin²⁶, “aqueles em que se castiga a conduta tipicamente perigosa como tal, sem que no caso concreto tenha ocorrido um resultado de exposição a perigo”.

A técnica dos delitos de perigo abstrato constitui-se numa das características mais visíveis do desenvolvimento atual das legislações penais, acentuando-se seu uso nos campos mais problemáticos da regulação positiva, nos quais se sente a necessidade de política de segurança mais aguda, como, por exemplo, no direito penal econômico e do meio ambiente, até mesmo para facilitar e diminuir os problemas processuais – dificuldades na produção de provas, na verificação dos sujeitos ativos – nas averiguações destes delitos.

Neste sentido, cumpre citar a penalista espanhola Blanca Mendoza Buergo²⁷, que acentua “el problema de la cada vez mayor ampliación del Derecho penal al campo de la punición de meras acciones definidas como peligrosas con carácter general es especialmente intenso cuando, además, ello se instrumenta para la protección de intereses cada vez menos delimitados, de carácter supraindividual, difícilmente reconducibles a un interés identificables con claridad”.

Esta tendência tem justificativa na característica preventiva que o Direito Penal Contemporâneo tem demonstrado, orientado na diminuição do risco, e não mais na antiga idéia de punição, de vingança institucionalizada pela lesão do objeto protegido pela lei, do Direito Penal Clássico.

Urs Kindhäuser²⁸ enfatiza que não há como negar que o Direito Penal da sociedade contemporânea busca retirar o delito de lesão, no qual o bem jurídico tutelado sofre um dano substancial, do centro de sua tipologia conceitual, deslocando para este lugar o delito de exposição do bem jurídico tutelado a perigo abstrato. Informa, ainda, que o delito é de perigo abstrato porque o tipo penal não descreve uma necessidade de real exposição do bem jurídico a qualquer perigo, mas sim encerra o tipo legal a descrição de uma conduta perigosa em si mesma.

Característica que chama a atenção nestes delitos é que o castigo punitivo recai na própria conduta do agente sem sequer eventual lesão ao bem jurídico protegido, ou, menos ainda, cogitar-se, sequer, de dolo respectivo a causação de resultado danoso em determinado objeto tutelado pelo Direito.

26 Op. cit., p. 407.

27 BUERGO, Blanca Mendoza. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001, p. 4.

28 KINDHÄUSER, Urs. *Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Trad. Claudia López Díaz. Colección de Estudios, Universidad Externado de Colombia, n. 9, p. 11, 1996.

Günther Jakobs²³ refere que nos crimes de perigo concreto existe algo mais que a execução de uma ação em determinada situação subjetiva, existe a verificação de que esta ação ocasiona objetivamente uma determinada situação de perigo para um objeto também determinado e visado pela ação. Explana, ainda, que nos delitos de perigo concreto, o agente da ação possui juízo – conhecimento – do perigo que está produzindo, possui, por consequência, dolo de perigo e as vezes até dolo eventual de lesão. Como exemplo, cite-se o crime de transmissão de moléstia sexual grave (art. 130 do CP).

Nesse diapasão, tem-se que nos crimes de perigo concreto, a realização do tipo pressupõe efetiva produção de perigo para o objeto da ação, de modo que a ausência de lesão para o objeto da tutela penal pareça meramente obra do acaso. Juárez Cirino dos Santos²⁴ aduz que “segundo a moderna teoria normativa do resultado de Schönemann, o perigo concreto se caracterizaria pela ausência casual do resultado, e a casualidade representa circunstância em cuja ocorrência não se pode confiar”.

Claus Roxin²⁵, por sua vez, acentua que nos delitos de perigo concreto “la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente em peligro em el caso individual”.

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

4 APONTAMENTOS SOBRE OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

A questão da antecipação da tutela penal, especialmente sua realização por meio dos delitos de perigo, e nos últimos anos mais focalizada nos delitos de perigo abstrato, tem se constituído em muitos meios, sejam acadêmicos, político-administrativos, técnico-legislativos, na tônica do debate político criminal da sociedade contemporânea.

23 JAKOBS, Günther. *Derecho penal*, parte general, 2. ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1997, p. 206-207.

24 SANTOS, Juárez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 40.

25 ROXIN, Claus. *Derecho penal*, parte general, 2. ed. Madrid: Civitas, t. I, 1987, p. 336.

Novamente cumpre trazer à baila a lição de Blanca Mendoza Buergo²⁹ *“los delitos de peligro abstracto castigan la puesta en práctica de una conducta reputada generalmente peligrosa, sin necesidad de que haga efectivo un peligro para el bien jurídico protegido. En ellos se determina la peligrosidad de la conducta típica a través de una generalización legal basada en la consideración de que determinados comportamientos son típicamente o generalmente para el objeto típico y, em definitiva, para el bien jurídico. Así, al considerar que la peligrosidad de la acción típica no es elemento del tipo sino simplemente razón o motivo de la existencia del precepto, se concluye que no solo no es necesario probar si se há producido o no en el caso concreto una puesta em peligro, sino ni siquiera confirmar tal peligrosidad general de la conducta en el caso individual, ya que el peligro viene deducido a través de parâmetros de peligrosidad preestablecidos de modo general por el legislador”*.

Vislumbra-se que os crimes de perigo abstrato não buscam responder a determinado dano ou prejuízo social realizado pela conduta, senão evitá-la, barrá-la, prevenindo e protegendo o bem jurídico de lesão antes mesmo de sua exposição a perigo real, concreto, efetivo de dano. Ao fazer uso dessa modalidade delitiva, quer o Direito Penal da atualidade proporcionar, ou melhor, dar a sensação de segurança ao corpo social.

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

Gunther Jakobs³⁰, partindo deste entendimento, leciona que as condutas punidas por meio dos delitos de perigo abstrato são aquelas que perturbam não apenas a ordem pública, mas lesionam um direito à segurança, esta entendida no sentido antes referido, no sentido normativo.

Sobre esta argumentação, prossegue Jakobs³¹ doutrinando que “o legislador costuma concretizar centralmente os postulados normativos, e o faz de tal modo que ele mesmo descreve – também sem mencionar de modo algum o resultado desejado da ação – a configuração dos comportamentos

29 BUERGO, Blanca Mendoza. *límites dogmáticos y político-criminales*. cit. p. 19-20.

30 JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 27.

31 JAKOBS, Günther. *Ciência do direito e ciência do direito penal*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 33-34.

contrários à norma e com isso, o que se vai produzir descentralizadamente fica reduzido à simples de em que caso se dá tal configuração de comportamento. Assim, a lei proíbe coisas muito diferentes, desde o falso testemunho até a condução de veículo sob a influência de bebidas alcoólicas, e o faz também quando o indivíduo não vê resultado perigoso de seu comportamento, e quiçá, tampouco poderia vê-lo: nesses crimes de perigo abstrato, o tipo de comportamento se define como não permitido por si mesmo, é dizer, centralizadamente, sem atender a especialidades não centrais”.

Nesse diapasão, o legislador oportunizou ao julgador a atribuição de procurar potencialidades danosas, bem como se deu a competência para criar bases normativas destinadas a punir antecipadamente condutas. Nasceram daí normas com previsões genéricas, que concederam ao juiz um amplo espectro decisório, sem previsão específica do campo de atuação do agente, ou do desvalor de sua atuação³².

Nota-se, pois, que o legislador facilita os caminhos da punição criminal, pois se renuncia a prova de um dano e a prova da causalidade entre a conduta e o resultado, já que este é presumido, na busca de uma efetiva repressão ao crime.

Todas as críticas, feitas pela doutrina alemã, aos crimes de perigo abstrato foram sistematizadas por Juarez Cirino dos Santos³³, cumprindo, por sua excelência mencionar: “Jakobs fala da ilegitimidade da incriminação em áreas adjacentes à lesão do bem jurídico; Graul rejeita a presunção de perigo dos crimes de perigo abstrato; Schröder propôs admitir a prova da ausência de perigo; Cramer pretendeu redefinir o perigo abstrato como probabilidade de perigo concreto. Por outro lado, destacando a finalidade de proteção de bens jurídicos atribuída aos tipos de perigo abstrato, aparentemente indissociáveis de políticas comprometidas com o controle ecológico, o controle das atividades econômicas e, de modo geral, a garantia do futuro da Humanidade no planeta, Horn e Brehm propõe fundar a punibilidade do perigo abstrato na contrariedade ao dever, como um perigo de resultado (e não como resultado de perigo) e Frisch pretende compreender os delitos de perigo abstrato como delitos de aptidão (Eignungsdelikte), fundado na aptidão concreta *ex ante* da conduta para produzir a consequência lesiva”.

Vê-se, pois, que os crimes de perigo abstrato têm sua danosidade presumida, independentemente da produção de lesão ou de perigo real ao interesse tutelado pela norma penal.

32 Ver, neste sentido, a doutrina de OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de Crimes de perigo abstrato. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br>.

33 SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, p. 41.

Ocorre que ao fazer isto o legislador opera uma inversão da carga probatória no processo penal, pois abdicando do dano e do nexo de causalidade a situação delitiva fica muito mais fácil de ser provada. No caso concreto não é necessário provar qualquer situação concreta, apenas a pura violação da norma jurídica, o que, com certeza, proporciona ao acusado poucas possibilidades de defesa.

Com efeito, os tipos de perigo são fontes de inesgotáveis debates, acarretando sérios problemas na interpretação e aplicação da lei, uma vez que realizam verdadeira virada conceitual no Direito Penal Clássico, propondo criminalizar condutas por elas mesmas, presumindo a existência de um fato perigoso.

Sinale-se, todavia, que a conduta do homem é fenômeno ocorrente no plano da experiência, não podendo ser jamais presumida ou imaginada, mas sim verificada.

Claramente, desse emprego dos tipos penais de perigo abstrato, resulta afronta ao enunciado de Direito Penal clássico *nullum crimen sine injuria*, e, por conseguinte, inobservância ao princípio constitucional da ofensividade, pois não há crime sem resultado.

Para Faria Costa³⁴, tendo em vista o princípio da ofensividade, só existe possibilidade de se criminalizar situações concretas de exposição objetiva a perigo. Relata o doutrinador que “de fora fica, em verdadeiro rigor, todo o reino de legitimidade da punição de condutas cujo traço essencial não está no facto de o perigo se ter concretamente desencadeado, mas sim e diferentemente em o perigo ser considerado como mera motivação pra o legislador punir tal conduta. Ao sancionar-se penalmente um comportamento dentro destes parâmetros de valoração somos confrontados com a inexistência de uma qualquer ofensividade relativamente a um concreto bem jurídico”.

Nilo Batista³⁵ refere que esse princípio transporta para o terreno penal a questão geral da alteridade do Direito: ao contrário da moral – não se olvidando da relevância jurídica que possam ter atitudes interiores, associadas, como motivo ou fim de agir, a um sucesso externo.

Nesse sentido, Lênio Luiz Streck³⁶ lembra que somente a lesão concreta ou a efetiva possibilidade de lesão imediata a algum bem jurídico é que pode gerar uma intromissão penal do Estado, pois, caso contrário, estará o Estado estabelecendo responsabilidade objetiva no direito penal, punindo condutas

34 COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*, p. 624.

35 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 91

36 STRECK, Lênio Luis. O “crime de porte de arma” à luz da principiológica constitucional e do controle de constitucionalidade: três soluções à luz da hermenêutica. *Revista de Estudos Criminais do IPEC*, n. 1, a. 1, p. 54, 2001.

por si mesmas, violando os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da secularização, conquistas do Estado Democrático de Direito.

Este pequeno arrazoado sobre o princípio da lesividade demonstra o “perigo” que representa a construção de tipos penais de perigo abstrato, por meio dos quais é punida a ação humana por mera vontade do legislador, sem a necessária comprovação de que algum bem jurídico relevante tenha sofrido ao menos o perigo concreto de lesão.

Além disso, em razão de sua abstração, tais tipos penais de perigo abstrato muitas vezes também contrariam o princípio constitucional de taxatividade. Nessa senda, Miguel Reale Júnior³⁷ enumera como exemplo o crime de gestão temerária, previsto no art. 4º da Lei nº 8.492/1986, no qual, por comodismo, o legislador esculpiu verdadeira cláusula geral de imputação, dando amplo espectro de atuação ao acusador e ao julgador, ao mesmo tempo em que restringiu a defesa do ofensor, ao usar a indefinida expressão “gerir fraudulentamente”.

Por outro lado, nas linhas do magistério de Urs Kindhäuser³⁸, violam, também, os delitos de perigo abstrato, o princípio da presunção da inocência, visto que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória, não se podendo presumir a culpabilidade de alguém sem a necessária comprovação por meio do devido processo legal, no qual o cidadão acusado possa fazer a contraprova da imputação, bem como, ainda, violam o princípio da igualdade, pelo simples fato de o cidadão ter menos acesso à busca de meios absolutórios para a conduta abstratamente considerada criminosa.

Por derradeiro, frise-se que a excessiva tipificação dos crimes de perigo abstrato, em flagrante contradição aos princípios que são vigas-mestras do ordenamento constitucional e penal brasileiro, representa essa exacerbada preocupação preventcionista do direito criminal da sociedade contemporânea, que a par de uma transformação social, processada a velocidade da comunicação global instantânea, de um progresso tecnológico inimaginável e imprevisível, quer antecipar a punição de condutas, com o fim de prevenir perturbações e garantir segurança, usando, para isso, o recurso do simbolismo da lei penal e da intimidação dos cidadãos com o estigma da punição criminal.

REFLEXÕES FINAIS

É inegável que o avanço da técnica e o conseqüente aumento de sofisticação da vida na sociedade contemporânea, principalmente das

37 REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2002. p. 279.

38 KINDHÄUSER, Urs. *Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*, p. 79-81.

Esse Direito orienta-se, dentre outras coisas, pelo abundante uso de delitos de perigo abstrato como forma de estabelecer que o crime decorra de uma previsão conceitual, ligada à ideologia da segurança e aos interesses de um Estado poderoso de lei e ordem. A técnica de tipificação mais compatível com esses anseios de antecipação máxima da proteção penal seria a criminalização antecipada do perigo, a fim de se evitar que o planeta corra riscos ou catástrofes anunciadas.

Todavia, essa ampla utilização da técnica dos delitos de perigo abstrato, não só dificulta enormemente o direito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, ao mesmo tempo em que simplifica a atividade da *persecutio criminis*, produz uma relativização do conceito de bem jurídico, pois a multiplicidade, a contingência, a inconsistência e a facilidade na criação de bens jurídicos equivalentes na realidade a uma desvalorização de bem jurídico merecedor de tutela penal e, por conseguinte, da persecução criminal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- BAUMANN, Zigmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- _____. *Globalização as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S/A, 1998.
- _____. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores S/A, 2002.
- BUERGO, Blanca Mendoza. *Limites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001.
- COELHO, Walter. *Teoria geral do crime*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, v. I, 1991.
- CORREIA, Eduardo. *Direito penal econômico: sumário das lições proferidas ao curso de Ciências Jurídicas da Faculdade de Coimbra*. Coimbra, 1977.
- _____. *Lições de direito penal*. Coimbra: Coimbra, v. I.
- COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 1992.
- FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal*. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.
- GAUER, Ruth M. Chittó. *Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo)*. *Separata da Revista de História das Idéias*. Coimbra: Faculdade de Letras, v. 23, 2002.
- GOLDBLATT, David. *Teoria social e ambiente*. Trad. Ana Maria André. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

atividades econômicas, das relações de consumo, das relações humanas, do acesso à informação, da intervenção do Estado na vida das pessoas, do incremento e da percepção do risco, ocasionou uma mutação da ciência jurídica criminal pelo fato de se passar a considerar como resultado penalmente punível o que anteriormente era considerado mera situação de risco. Esta virada conceitual tem a clara finalidade de produzir um impacto tranquilizador sobre a opinião pública, acalmando os sentimentos incontroláveis de insegurança.

Nota-se que, paulatinamente, na ânsia de aumentar a segurança social, quebrando a sistemática clássica do Direito Penal, passou-se a compreender que até mesmo resultados mais remotamente prováveis ou até apenas possíveis, segundo um juízo hipotético, deveriam ser considerados como puníveis, desde que pudessem causar potencialmente esse perigo. Cada vez mais se acentua uma ideologia punitiva, ampliando o campo das condutas penalmente condenáveis, mesmo sem estarem ligadas a um resultado danoso, ou sem apresentarem uma direta, ou perceptível, situação de dano próximo.

Põe-se em relevo, então, um dos traços mais evidentes do Direito Penal hipertrofiado, que consiste precisamente na criminalização adiantada ou antecipada de algumas condutas frente ao que tradicionalmente foi considerado seu núcleo básico: a lesão.

Jakobs³⁹ refere que o que "a elevação dos crimes de perigo abstrato à mera infração contra a ordem pública (como mera perturbação, ou, ao menos, principalmente perturbação da ordem) a delito criminal (como ataque contra a identidade social) se fez contando com boas razões para isso, ou, ao contrário, se fez de modo intervencionista". Prossegue referindo que o que se busca na tipificação de delitos de perigo abstrato "é a de manutenção da vigência da norma"⁴⁰.

Essa destacada tendência político-criminal da sociedade contemporânea, sociedade esta consciente dos riscos e ameaças que caracterizam o processo de globalização, suscita não só conflitos com princípios fundamentais da ciência penal e do direito constitucional, senão também sérios e graves problemas de legitimação, fundamentação e dos limites da pretensão punitiva estatal, que, agora, procura desesperadamente manter a vigência da sua legislação, e não punir lesões.

Tal polémica de manutenção da norma, relacionada com a antecipação da punição, vem hoje centrada no que se chama Direito Penal do Risco, no qual há um abandono dos critérios do Direito Penal Clássico.

39 JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*, p. 25-26.

40 Op. cit., p. 27.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: DP&A, 1997.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. *Revista de Estudos Criminais I TEC*, Porto Alegre: Nota Dez, n. 8, ano 2, 2001.

IANNI, Otávio. *A era do globalismo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal: parte General*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas S/A, 1997.

_____. *Ciência do direito e ciência do direito penal*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

_____. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

KINDHÄUSER, Urs. *Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa*. Trad. Claudia López Díaz. *Colección de Estudios*, Universidad Externado de Colombia, n. 9, 1996.

MENDES, Paulo de Souza. *Vale a pena o direito penal do ambiente?* Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2000.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Costa Moreira de. *Crimes de perigo abstrato*. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>. Acesso em: 27/jun. 2003.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2002.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. 2. ed. Madrid: Civitas, t. I, 1997.

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

_____. *Um discurso sobre as ciências*. 13. ed. Porto: Afrontamentos, 2002.

SANTOS, Juares Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

SILVA-SANCHÉZ, Jesus Maria. *A expansão do direito penal*. São Paulo: RT, 2002.

STRECK, Lênio Luis. O "crime de porte de arma" à luz da principiologia constitucional e do controle de constitucionalidade: três soluções à luz da hermenêutica. *Revista de Estudos Criminais do ITEC*, n. 1, a. 1, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. *Os novos direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

Inquérito e Prisão Cautelar nos Crimes contra a Ordem Tributária

LUIZ CARLOS DOS SANTOS GONÇALVES

Procurador Regional da República. Mestre e Doutor em Direito Constitucional.

SUMÁRIO: 1 A Constituição Federal e as sanções penais; 2 A investigação criminal; 3 Prisão processual; 3.1 A exigência de prova da materialidade delitiva e de indícios de autoria; 4 Os crimes contra a ordem tributária; 5 A representação fiscal para a promoção da ação penal; 6 Mas e se o contribuinte provar ao Fisco que não havia tributo a pagar ou que já o pagou corretamente?; 7 Possui efeito vinculante a decisão do STF no HC 81.611/DF?; 8 A prisão processual nos crimes materiais contra a ordem tributária; 8.1 O concurso, real ou aparente, de normas; 8.2 Os crimes formais contra a ordem tributária; 8.3 A liberdade provisória nos crimes contra a ordem tributária; 9 A instauração de inquérito policial antes do lançamento definitivo do tributo; Conclusões.

1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AS SANÇÕES PENAIS

A Constituição Federal de 1988 traz um extenso catálogo de proteção de direitos fundamentais, muitos deles relacionados ao poder punitivo do Estado. A liberdade de ir e vir, direito fundamental de primeira dimensão, viu-se particularmente enaltecida, pois diversos princípios e regras constitucionais a protegem. Cabe exemplificar com a consagração da presunção de inocência¹, do devido processo legal² e da excepcionalidade da prisão antes da sentença³.

Isto não implica que nossa Carta Política não considere legítimo que o Estado investigue, processe e puna quem tiver praticado infrações penais. Ao contrário, em muitas situações a Constituição obriga o legislador a criminalizar comportamentos⁴. Ela indica quais são as penas permitidas e as proibidas, fixa a atribuição privativa do Ministério Público para promoção da ação penal pública, regras sobre a competência criminal dos juízes e tribunais e as disciplinas às atribuições da polícia judiciária, civil ou federal.

1 "Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória." (art. 5º, LVII)

2 "Ninguém será privado de liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal." (art. 5º, LIV)

3 "Ninguém será levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança" (art. 5º, LXVI) e "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei." (inciso LXI).

4 Como faz com o racismo, o tráfico de drogas, o terrorismo, os crimes hediondos, art. 5º, incisos XLII e XLIII. Nesses mandados de criminalização, a Constituição chega, inclusive, a proibir benefícios como a fiança, a graça ou a anistia.