

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO II**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS

VLADIA MARIA DE MOURA SOARES

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Sérgio Henriques Zandona Freitas; Vladia Maria de Moura Soares – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-604-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

É com muita satisfação que apresentamos o Grupo de Trabalho (GT) denominado “DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II” do XXVII Encontro Nacional do CONPEDI Salvador/BA promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidade Federal da Bahia (UFBA), com enfoque na temática “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural”. O evento foi realizado entre os dias 13 e 15 de junho de 2018 na Faculdade de Direito, no Campus da Graça.

Trata-se de publicação que reúne artigos de temas diversos atinentes ao Direito Penal, Criminologia e o Processo Penal apresentados e discutidos pelos autores e coordenadores no âmbito do Grupo de Trabalho e Linha de pesquisa. Compõe-se de artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, que colocam em evidência para debate da comunidade científica assuntos jurídicos relevantes.

Assim, a coletânea reúne gama de artigos que apontam questões relativas ao paralelo entre o funcionamento das audiências de custódia nos Estados de Mato Grosso e Rio Grande do Sul; o Populismo penal e alteração do paradigma jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal como reflexos do enfraquecimento da força normativa da Constituição; os fundamentos da punibilidade da tentativa impossível em Portugal: um estudo comparado entre o direito português e brasileiro; o princípio da razoável duração do processo e os reflexos do novo Código de Processo Civil no processo penal; o foro privilegiado e seu impacto na jurisdição do Supremo Tribunal Federal; o Habeas Corpus nº 143.641/SP e a humanização do cárcere feminino no Brasil: limites e possibilidades; a mentalidade inquisitória e mitigação de garantias no processamento criminal pelo STF no contexto dos 30 anos da constituição brasileira; o emprego de arma de fogo como causa geral de aumento de pena; o cárcere como investimento: o que se planeja quando não se está planejando; o marco legal da primeira infância e as prisões cautelares no Supremo Tribunal Federal; os crimes de perigo abstrato e contingência: limitação à seguridade como parâmetro de distinção entre risco e perigo; sobre o Habeas Corpus nº 129262: é possível compatibilizar a expansão do direito penal com as garantias processuais penais? Por uma leitura agnóstica; a conduta omissiva sob o enfoque das teorias da ação: ausência de critérios dogmáticos para a imputação por omissão; a

Constituição, presunção de inocência e segurança jurídica; e o estudo empírico da relação entre o (des)conhecimento das estatísticas do cárcere e a demanda pelo recrudescimento do sistema penal.

Em linhas gerais, os textos reunidos traduzem discursos interdisciplinares maduros e profícuos. Percebe-se uma preocupação salutar dos autores em combinar o exame dos principais contornos teóricos dos institutos, aliando a visão atual da jurisprudência com a prática jurídica dos estudiosos do Direito. A publicação apresentada ao público possibilita acurada reflexão sobre tópicos avançados e desafiadores do Direito Contemporâneo. Os textos são ainda enriquecidos com investigações legais e doutrinárias da experiência jurídica estrangeira a possibilitar um intercâmbio essencial à busca de soluções para as imperfeições do sistema jurídico penal e processual penal brasileiro.

O fomento das discussões a partir da apresentação de cada um dos trabalhos ora editados, permite o contínuo debruçar dos pesquisadores do Direito visando ainda o incentivo aos demais membros da comunidade acadêmica a submissão de trabalhos aos vindouros encontros e congressos do CONPEDI.

Sem dúvida, esta publicação fornece instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito compreendam as múltiplas dimensões que o mundo contemporâneo assume na busca da conjugação da promoção dos interesses individuais e coletivos para a consolidação de uma sociedade dinâmica e multifacetada.

Na oportunidade, os Organizadores prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Convida-se a uma leitura prazerosa dos artigos apresentados de forma dinâmica e comprometida com a formação de pensamento crítico, a possibilitar a construção de um Direito voltado à concretização de preceitos insculpidos pela Constituição da República.

Salvador, junho de 2018.

Professora Dra. Vladia Maria de Moura Soares

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso

Professor Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Escola Superior Dom Helder Câmara

Professor Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas

Universidade FUMEC e Instituto Mineiro de Direito Processual

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

CRIMES DE PERIGO ABSTRATO E CONTINGÊNCIA: LIMITAÇÃO À SEGURIDADE COMO PARÂMETRO DE DISTINÇÃO ENTRE RISCO E PERIGO

CRIMES OF ABSTRACT DANGER AND CONTINGENCY: LIMITATION TO SECURITY AS A PARAMETER OF DISTINCTION BETWEEN RISK AND DANGER

Natália Silveira Sarmiento ¹
Gilberto Sarmiento Marques de Lima ²

Resumo

O presente estudo investiga os crimes de perigo a partir da análise do expansionismo do direito penal, bem como a sua consequente antecipação de tutela. Especificamente, investiga os crimes de perigo abstrato na sociedade de risco, procedendo-se à crítica à tipificação de condutas que não ofendam bens jurídicos. Ainda, possui como objetivos específicos: a) Investigar o contexto do Pós-Segunda Guerra, mormente a indústria do medo na influência da antecipação da tutela penal como demanda social; b) Investigar o risco e o perigo no direito penal.

Palavras-chave: Bem jurídico, Perigo abstrato, Sociedade de risco, Risco, Perigo

Abstract/Resumen/Résumé

The current study investigates the crimes of danger through the analysis of the expansionism of criminal law, as well as its consequent anticipated injunction. Specifically, it investigates the crimes of abstract danger in the risk society, proceeding to the critic of the typification of conducts that do not offend juridical assets. It also has the following specific objectives: a) To investigate the post-World War II context, especially the fear industry as it influences the anticipation of criminal protection as a social demand; B) Investigate the risk and danger in criminal law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal object of protection, Abstract danger, Risk society, Risk, Danger

¹ Mestra em História das Ideias Penais e Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Damas da Instrução Cristã. Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Advogada.

² Mestrado em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã. Advogado Sócio no Escritório Gilberto Sarmiento Marques Sociedade de Advogados.

INTRODUÇÃO

O presente estudo investiga os crimes de perigo a partir da análise do expansionismo do direito penal (o que gerou o denominado Panpenalismo penal), bem como a sua consequente antecipação de tutela. Especificamente, investiga os crimes de perigo abstrato na sociedade de risco, a fim de criticar a tipificação de condutas que não ofendem bens jurídicos.

Referida análise justifica-se pelo fato de a antecipação da tutela penal de forma ilimitada acabar por tratar como sinônimos dois institutos distintos em sua essência, quais sejam, o risco e o perigo. Além disso, tal antecipação, na maioria dos casos, é fundamentada por uma busca à seguridade, o que reflete outro grande problema: utilizar como parâmetro na distinção conceitual do risco um termo frágil em sua essência, o que é bastante refutado por Niklas Luhmann em seus estudos sobre a sociologia do risco.

A problematização levantada pelo presente estudo concretiza-se na seguinte indagação: a mera probabilidade de perigo, baseada em um juízo *ex ante* (PÉREZ, 2013, p. 04) quanto à periculosidade da ação, isto é, o mero perigo de perigo concreto, sem que resulte em ofensa alguma ao bem jurídico, justifica, legitimamente, a violenta intervenção do direito penal?

A razão de ser de referida problematização explica-se pela urgência em criticar o excesso do expansionismo penal, que representa, em não raras situações, um direito penal simbólico, na medida em que busca na legislação penal uma solução fácil e rápida (ao menos aparentemente) aos problemas sociais. Ocorre que o mencionado posicionamento acaba por deslocar para o plano simbólico o que deveria ser solucionado no plano instrumental, isto é, da proteção efetiva.

Nesse contexto, o presente estudo possui como objetivo geral investigar os crimes de perigo abstrato na sociedade de risco. Além disso, preocupa-se, como objetivos específicos, em investigar: a) o contexto do Pós-Segunda Guerra Mundial, mormente a indústria do medo na influência da antecipação da tutela penal como demanda social; b) o risco e o perigo relevantes ao direito penal.

Para tanto, será utilizado o método hipotético-dedutivo, o qual, a partir de uma hipótese, por dedução, irá dirigir-se à sua comprovação. Referido caminho consistirá em uma análise da postura do ordenamento penal atual e do posicionamento preponderante dos tribunais brasileiros superiores.

1 PÓS-GUERRA, GLOBALIZAÇÃO E INDÚSTRIA DO MEDO: A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PENAL COMO DEMANDA SOCIAL

No século XX, o mundo ocidental passou por inúmeras transformações em diversas áreas, das quais destacam-se três: A) a tensão pós guerra (principalmente, pós Segunda Guerra Mundial, devido à Guerra Fria); B) O grande desenvolvimento tecnológico; C) estudos da Sociologia acerca da conceituação do risco. Essas novidades estavam todas relacionadas umas às outras, pois, com a Guerra Fria, e o grande desenvolvimento tecnológico do período (com a construção em massa de armas e maquinários de grande porte), instaurou-se um constante medo de eclosão de uma guerra nuclear, o que levou a uma maior sensibilidade à existência do risco e do perigo.

O perigo tratado de forma objetiva, isto é, em termos de ilícito-típico, sofre um longo interregno, retornando o seu estudo apenas no pós 2ª guerra mundial. Somente em 1969, no X Congresso Internacional de Direito Penal, os crimes de perigo ganharam espaço na dogmática penal. Na oportunidade, Horst Schröder, durante a discussão no Colóquio Preparatório, queixou-se de que ao longo de cinquenta anos ninguém tenha estudado na Alemanha sobre os crimes de perigo abstrato (COSTA, 1992, p. 584).

Acerca da maior sensibilidade à existência dos riscos, Pierpaolo Cruz Bottini (informação verbal)¹ afirma que a sociedade contemporânea não é caracterizada por um maior risco existente, mas sim pela ampliação da sensação do mesmo; e que, seja pelas incertezas científicas sobre as técnicas e produtos que nos são ofertados diariamente, seja pela intensa cobertura feita pela mídia sobre acidentes e catástrofes, há uma sensação de insegurança maior, há um sentimento de proximidade do risco, o que abre espaço para um discurso de antecipação da tutela penal: a política de proibir comportamentos perigosos, mesmo que não causem resultado algum, como consequência desse clamor por maior segurança.

Além dessa relevância ao medo, com as novas investigações da Sociologia, chegou-se a uma conclusão que provocou uma revolução paradigmática na teorização do risco: descobriu-se ser algo inatingível, imprevisível e que necessariamente existiria, isto é, passou a ser concebido como uma grandeza imensurável (o que não era conhecido anteriormente) (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2016, p. 45).

¹ Afirmação fornecida por Pierpaolo Cruz Bottini em entrevista. [04 de janeiro, 2011]. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/crime-de-perigo-abstrato/6433>. Acesso em 10 de junho de 2016.

1.1 O pôr-em-perigo do Direito penal mediante o Direito penal do pôr-em-perigo: o fim da proteção de bens jurídicos?

Nesse contexto de pós-guerra, visando a superar a crise provocada pelas disputas bélicas em diversos países, o Estado passou a intervir mais intensamente, o que provocou uma expansão na atuação do direito penal: bens jurídicos que outrora não eram interpretados como relevantes à tutela penal passaram a receber a sua atenção. Ainda, houve a expansão de tipos penais cujo sujeito passivo não seria a pessoa individualizada, mas sim toda a sociedade, isto é, a coletividade, em uma tentativa estatal de restaurar o equilíbrio social maculado com as destruições bélicas.

A partir da expansão da sociedade de risco, houve uma quebra na linearidade funcional do direito penal, na medida em que se passou a buscar não apenas a tutela dos bens jurídicos mas também o controle dos riscos, em uma clara interferência prevencionista. Ou seja, passou-se a inibir certas ações antes mesmo da ofensa direta ao bem jurídico (função tradicional do direito penal): o desvalor do resultado deu lugar ao desvalor da ação.

Claus Roxin (1997, t. I, p. 60) entende que referida ampliação do direito penal não está livre de críticas e reparações, haja vista a tipificação de condutas cada vez mais ampla no campo prévio, com bens jurídicos cada vez mais abstratos. O que explica um pôr-em-perigo do Direito penal mediante o Direito penal do pôr-em-perigo.

Acerca dessa antecipação da tutela penal, Roxin (2009, p. 28) pondera:

O problema inerente a estas normas é que o comportamento culpado está ainda bastante distante da verdadeira lesão de bens jurídicos. Do conceito de proteção de bens jurídicos se infere, então, somente que, tratando-se de uma antecipação considerável da punibilidade, necessita-se fundamentar, especialmente porque isto é necessário para a proteção efetiva do bem jurídico.

1.2 A subsidiariedade penal

Outra crítica acerca da expansão da tutela penal diz respeito à questão da obrigatoriedade (ou não) de o legislador sancionar uma conduta que lese um bem jurídico. A dúvida paira sobre quando proteger um bem jurídico através do direito penal e quando protegê-lo através do direito não penal, tendo prioridade a proteção extrapenal eficaz. A importância de referido questionamento reside no fato de que de nada adiantam uma teoria do delito bem desenvolvida e um processo penal garantista se é punido um comportamento que a rigor não deveria ser punível.

Ressalta-se, então, o princípio da subsidiariedade, segundo o qual caberá ao direito penal a solução de um conflito apenas quando falhar todos os meios civis, isto é, ele deverá ser a última entre todas as medidas protetivas existentes. Dessa subsidiariedade do direito penal, conclui-se, então, que: a) a pena figura como a *ultima ratio* da política social; b) sobre a natureza fragmentária do direito penal, cuja tutela recai apenas em uma parte dos bens jurídicos, e ainda assim apenas quando estes forem ofendidos.

Outrossim, vale lançar mão de um olhar preocupado e crítico quanto à referida expansão do direito penal, na medida em que, ao invés da busca pela mínima intervenção de ferramenta deveras agressiva (o direito penal), parece haver um movimento contrário de necessidade da criminalização cada vez maior (criação de novos tipos penais, endurecimento das penas e, ainda, interpretação de existência de risco em ações onde, por si só, não mereceriam tal atenção da tutela penal).

Nesse sentido, Hassemer (1997, p. 34) afirma que, diante da insegurança decorrente da sociedade de risco, o direito penal altera, frequentemente, a sua dogmática (direito penal simbólico), distanciando-se da sua função inicial para, sob um argumento falho, buscar a seguridade.

2 CRIMES DE PERIGO: A TUTELA PENAL ANTERIOR À LESÃO DO BEM JURÍDICO

O Panpenalismo que surgiu no século XX recai, sobretudo, no âmbito do Direito penal econômico e do meio ambiente. Referida incidência abre espaço, cada vez mais, a novos bens jurídicos coletivos, cuja proteção deve se dar não só contra lesões externamente perceptíveis, mas (e cada vez mais!) contra qualquer ação com mera tendência à lesão (MARTÍN, 2005. p. 9), ou seja, o que entendem por algo muito provável de se aproximar de uma lesão concreta.

Parcela da doutrina enxerga esse expansionismo como resultado da perversidade governamental, na medida em que busca na legislação penal uma solução fácil aos problemas sociais, deslocando para o plano simbólico o que deveria ser solucionado no plano instrumental, isto é, da proteção efetiva. Assim é que, em muitos tipos penais modernos, a exemplo da gestão temerária - prevista no parágrafo único do artigo 4º da Lei 7.492/1986 -, o legislador recorreu ao Direito penal com o objetivo de produzir na sociedade o efeito meramente aparente de que, com a criminalização de determinadas condutas, haja a solução eficaz: o fim pedagógico – educativo de a população enxergar aquilo como algo contra a

norma geral, além de perceber uma tomada de posição e atitude do Estado ante aquela conduta condenável. Ou seja, são tipos penais criados mais para publicidade (standard) do que para finalidades e soluções efetivas.

Nesse sentido, ganha força um Direito Penal Político, assim denominado por representar uma tentativa de demonstração de uma atuação estatal efetiva. Destaca-se, também, um Direito Penal Emergencial, voltado à exigência social geral pela forma mais estereotipada do direito penal, qual seja, a punição. Ora, é inegável a nocividade de referido meio de atuação, uma vez que a necessidade de atender aos anseios sociais de urgência faz com que surjam leis absurdamente imperfeitas, que têm o condão de gerar manifesta impunidade (HIRECHE; OLIVEIRA, 2013, p. 272).

Em 2001, Silva Sánchez (informação verbal)² realizou um prognóstico sobre o futuro do direito penal: menos garantista e com uma maior flexibilização das regras de imputação e das garantias político criminais. Hoje, o que se percebe é o seu acerto, na medida em que resta evidenciada, de fato, uma expansão do Direito Penal e uma expansão do uso da pena de prisão em praticamente todo o mundo.

2.1 O risco e o perigo no Direito Penal

Com a globalização e o seu inerente avanço tecnológico, houve uma maior percepção social dos riscos, o que disseminou uma sensação de insegurança, influenciando na opinião pública: são as chamadas “inseguranças manufaturadas” (MACHADO, 2005. p. 61).

Instaurada, formalmente, a Sociedade do risco, novas exigências começaram a surgir, como, por exemplo, as relacionadas a explicações, pela ciência jurídica, sobre os novos temas da sociedade pós-moderna. É nesse contexto que o direito tradicional começa a mostrar-se frágil em conter a nova criminalidade do risco: rapidamente, começa a surgir uma nova demanda de modelos jurídicos, haja vista que o modelo do Direito Penal Liberal Ilustrado não consegue mais satisfazer a sociedade do risco.

Nesse sentido, o Direito Penal antecipa cada vez mais a punição de comportamentos que antes seriam considerados preparatórios ou absolutamente inofensivos, e inicia um processo de proliferação de bens jurídicos, o que, para Roxin (2004, p. 337), demonstra-se como de uma abstração pouco palpável. A partir dessa nova demanda geral, o Estado

² Afirmação fornecida por Jesús-María Silva Sánchez em entrevista. [04 de setembro, 2012]. Disponível em: <http://institutoavantebrasil.com.br/tertuliascriminologicas-a-expansao-dodireito-penal-prof-%C2%BA-jesus-maria-silva-sanchez-bloco-12/>. Acesso em 10 de janeiro de 2017.

responde com um Direito Penal cada vez mais punitivo, preventivo e generalizado, o que pode ser verificado, por exemplo, na crescente abundância de tipos penais de perigo, com ênfase nos de perigo abstrato, contrapondo-se, claramente, ao Direito Penal Liberal Ilustrado, cujos paradigmas eram os tipos penais de dano.

Nesse sentido, Hassemer (2001, p. 54) afirma que:

O instrumento do moderno Direito Penal, o qual serve claramente a uma ampliação de sua capacidade, é a forma delitiva dos crimes de perigo abstrato. Uma breve análise do Código Penal já nos adverte que o crime de perigo abstrato é a forma delitiva da modernidade. Os crimes de perigo concreto ou os crimes de dano parecem estar ultrapassados.

Outrossim, Urs Kindhäuser (1996, p. 11) enfatiza que o Direito Penal contemporâneo busca retirar o delito de lesão do centro de sua tipologia conceitual, deslocando para este lugar o delito de perigo abstrato.

Essa nova realidade provocou uma mutação no Direito Penal, que passou a considerar como resultados penalmente puníveis o que anteriormente eram consideradas meras situações de risco. Esta alteração surgiu, inicialmente, com a clara finalidade de tranquilizar a sociedade, na medida em que fossem diminuídos os sentimentos de insegurança e recuperados o controle e a paz social.

Pierpaolo Bottini (2011, p. 88) entende que o Direito Penal passou a enfatizar a prevenção, antecipando a sua tutela para momento anterior à ofensa efetiva do bem jurídico:

O desvalor do resultado é substituído pelo desvalor da ação, o prejuízo concreto é substituído pela probabilidade de afetação de bens e interesses. Os tipos penais deixam de abrigar a lesão em sua redação e direcionam seus elementos ao perigo, ao risco. Esta formação possibilitou o desenvolvimento das estruturas que abrigam, hoje, o direito penal de riscos, voltado para a inibição de ações arriscadas, independente de suas consequências concretas.

Fala-se, então, de um Direito Penal hipertrofiado, na medida em que, com a relevância que passou a ser dada a resultados prováveis ou possíveis, segundo um juízo hipotético, ampliou-se bastante o rol de condutas penalmente puníveis. O problema reside no alargamento desenfreado dos tipos preventivos, pois representam gritante contradição aos princípios do Direito Penal Liberal, que pune pelo resultado efetivamente lesivo ao bem jurídico tutelado.

2.2 A evolução da ideia do perigo na dogmática penal

A noção de perigo é, há muito tempo, bastante conhecida. Assim é que, por exemplo, Aristóteles (2005, p. 174, trad. do grego de Manuel Rodrigues Júnior), em sua Retórica, trazia

a conceituação de perigo, que representava a proximidade do que é temível, sendo vinculado ao medo exatamente por este expressar a situação aflitiva que abate a pessoa quando da percepção de referida aproximação.

No Direito Romano, interpretava-se o perigo conforme um mal iminente (perceptível pela reta razão), contra o qual poderia um cidadão defender-se estando isento de responsabilidade. Nesse sentido, o afastamento do perigo surgia como uma causa de exclusão de ilicitude, isto é, uma reação autorizada pela razão natural (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2016, p. 46).

Importante destacar que, em ambas as épocas, a normatização do perigo não incidia nos elementos do crime, e sim nas circunstâncias. Ou seja, era uma interpretação extrínseca à forma (ao tipo), sendo analisado casuisticamente: o Digesto traz como exemplo de legítima defesa o caso de alguém matar um escravo de terceiro que iria roubar-lhe; nesse caso, o proprietário do escravo não teria direito à indenização, pois aquele (quem matou o escravo) agiu em face de um perigo que surgia. Até a Idade Média, toda a absorção do conceito de perigo pelo Direito Penal é realizada de forma casuística, para excluir alguém da própria responsabilidade.

A sistematização do perigo no Direito só ocorreu com a cientificação do próprio Direito Penal, o que se deu apenas quando da formulação do princípio da legalidade por [Paul Johann Anselm von Feuerbach](#), no início do século XIX. No entanto, a responsabilidade imediata de referida sistematização deveu-se a Karl Binding, considerado o primeiro autor que sistematiza o conceito de perigo dentro de uma teoria do crime.

Binding analisa o perigo à luz do conceito de bem jurídico, na medida em que entende ser este ofendido por lesão ou por perigo. Assim, distinguiu os crimes de lesão dos crimes de perigo: a) Crimes de dano, quando há a produção efetiva de um dano; b) Crimes de perigo, quando há uma situação de perigo de dano.

Mais especificamente, importante destacar o relevante papel, na sistematização dos crimes de perigo, de Adolf Merkel, que não falava em bem jurídico, mas sim em interesse juridicamente protegido. Merkel já fazia uma distinção entre crimes de perigo concreto e crimes de perigo geral da vida (que seriam os crimes de perigo abstrato). Para ele, nestes, a ação por si só já é perigosa, não sendo necessário, pois, provar uma concreta colocação em risco do bem jurídico; naqueles, é preciso provar empiricamente o dano.

Após essa sistematização do perigo relevante ao Direito Penal, restou cientificada a sua incriminação, isto é, tornou legal a incriminação para antes da lesão ao bem jurídico, passando os tipos penais serem classificados, quanto à proximidade da lesão efetiva, em: a)

Tipos de dano; b) Tipos de perigo, que subdividem-se em: i. De perigo concreto; ii. De perigo abstrato.

O dano representa a lesão efetiva de um bem jurídico. Sendo assim, nos tipos de dano, também denominados tipos de lesão, para que haja um fato consumado, o objeto da ação deverá ser efetivamente lesionado (ROXIN, 1997, t. I, p. 336).

Os tipos de perigo concreto são aqueles em que o perigo não é presumido, devendo ser comprovado que houve exposição a uma situação de risco em face da conduta do sujeito. Essa exigência de comprovação decorre do fato de, nesses tipos penais, o perigo integrar o tipo, como elemento normativo. Segundo Mir Puig (2005, p. 233), a lei requer a criação de uma efetiva situação de perigo, que estaria concretizada quando o resultado da ação guardasse grande proximidade a uma lesão concreta.

Uma grande crítica de Roxin aos delitos de perigo concreto reside na configuração e comprovação de referido resultado de perigo concreto, isto é, o liame entre uma situação normal e a mínima colocação em perigo (perigo este expresso previamente no tipo) é bastante tênue. E isso porque não há como calcular, objetivamente falando, uma probabilidade de configuração ou não de perigo; isso ficaria a cargo, pura e subjetivamente, da experiência do juiz, ou seja, não haveria nenhum critério objetivo em tal constatação.

Pois bem, se há dúvidas e críticas em relação aos tipos de perigo concreto, nos quais o perigo está previa e expressamente disposto, com muito mais ênfase haverá questionamentos acerca dos tipos de perigo abstrato, nos quais sequer está expresso, especificamente, o perigo.

2.3 Tipos de perigo abstrato: a intervenção do Estado na tipificação do medo

A expressão “delito de perigo abstrato” origina-se do alemão “abstrakte Gefährdungsdelikte” que, segundo Mendoza Buergo (2001, p. 33), guarda uma contradição em si mesma. Ocorre que a tradução literal seria colocação em perigo abstrato, e, logicamente, se há uma colocação em perigo, esta não poderia se dar de forma abstrata e sim concreta. Nesse sentido, Gonzalo Mourullo (1977, p. 280) afirma que os delitos de perigo abstrato podem ser denominados de perigo presumido, pois perigo é sempre concreto. No entanto, pelo uso, essa nomenclatura já está consolidada na doutrina internacional e nacional.

Os delitos de perigo abstrato são aqueles em que o perigo é inerente à ação, sendo o perigo presumido, isto é, sem que haja a necessidade de comprová-lo. Trata-se de uma presunção absoluta, não admitindo prova em contrário, haja vista bastar à acusação provar que

o agente praticou a conduta descrita no tipo para que se presuma ter havido a situação de perigo.

Em referidos tipos, não há a previsão de qualquer resultado naturalístico, descrevendo apenas o comportamento penalmente relevante, já que a causa justificativa de sua punição supõe um perigo inerente à ação (PRADO, 2011, p. 137).

Assim, enquanto nos crimes de perigo concreto o pôr em perigo precisa ser comprovado no caso concreto, nos crimes de perigo abstrato não é necessária essa comprovação, haja vista já haver o entendimento de que a ação por si mesma já representa um perigo em abstrato, um perigo ao perigo concreto.

Carlos Martínez (2013, p. 04) destaca que, para avaliar o risco nos delitos de perigo abstrato, far-se-á um julgamento *ex ante* a respeito da periculosidade da ação, isto é, antes do evento, através de um juízo hipotético do legislador. Por outro lado, nos crimes de perigo concreto, haverá uma análise *ex post* para julgar o resultado de perigo, isto é, após a conduta do agente. De acordo com Juarez Cirino (2005, p. 40), nos delitos de perigo abstrato, a presunção de perigo é, por si só, suficiente para a sua penalização, independente da produção real de perigo para o bem jurídico tutelado.

Parte considerável da doutrina, a exemplo de Ferrajoli, defende a inconstitucionalidade dos delitos de perigo abstrato, entendendo que deveria haver uma reestruturação destes tipos penais como delitos de lesão ou, no máximo, delitos de perigo concreto. Acerca de referida reestruturação, Leonardo Siqueira (2016, p. 55) entende ser desnecessária, no panorama atual, a subdivisão em crimes de perigo abstrato e crimes de perigo concreto, pois apenas as ações consideradas arriscadas são dignas de pena, ou seja, as ações meramente prováveis de serem perigosas não deveriam ser relevantes ao Direito Penal.

Pierpaolo Botinni (informação verbal)³ entende que caberá ao intérprete o exame de periculosidade, pois, do contrário, estar-se-ia diante de condenações por comportamentos inócuos, o que ensejaria um direito penal autoritário, que se preocupa apenas em proteger a validade das normas, ao invés de buscar a punição do crime de perigo abstrato pelo risco causado.

Em relação a esse entendimento, há que se concordar com a sua crítica, isto é, a punição de crimes sem que reste comprovada a materialidade do “perigo” poderia ensejar um direito penal autoritário. Contudo, cabe criticar a sua solução proposta, qual seja, a de aceitar

³ Afirmação fornecida por Pierpaolo Cruz Bottini em entrevista. [29 de maio de 2012]. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigoabstrato-nao-sao-mera-onduta>. Acesso em 26 de janeiro de 2017.

os delitos de perigo abstrato apenas quando o intérprete constatar a periculosidade da conduta, Ora, o que é essa materialidade da periculosidade pretendida por ele que não um perigo concreto? Se uma conduta é comprovadamente tida como guardiã de certa periculosidade, ela já traz em seu bojo o perigo mínimo exigido para tornar-se relevante ao Direito Penal, ou seja, já se insere na conceituação dos delitos de perigo concreto, sendo desnecessária a classificação outra de delitos de perigo abstrato.

E como isso interfere na prática? Na decisão, após análise do julgador, de afastar a tipicidade em situações em que não reste comprovada a materialidade da periculosidade. Atualmente, não há posição pacificada dos tribunais pátrios quanto a essa questão, mas em alguns julgados percebe-se a busca pela referida materialidade, isto é, a busca pela comprovada periculosidade da conduta, indicando uma possível mudança de postura.

É o que fica demonstrado, por exemplo, no julgamento do HC 194.468/12, no qual o STJ absolveu o réu acusado de porte ilegal de munição sob o fundamento de que o mero porte municionário sem a arma não tem potencialidade para violar o bem jurídico tutelado - a segurança e a integridade dos demais membros da sociedade. O relator caracterizou o crime como de perigo abstrato e constatou a falta de materialidade por ausência de periculosidade para o bem jurídico (informação verbal)⁴, o que demonstrou uma clara mudança de postura na jurisprudência brasileira.

3 O RISCO E O PERIGO RELEVANTE AO DIREITO PENAL

Muito se discute sobre os crimes de perigo, principalmente sobre os crimes de perigo abstrato, alvo, inclusive, de críticas acerca de sua constitucionalidade. Percebe-se que o fundamento preponderante de referidas críticas é a confusão que se faz entre os conceitos de perigo e de risco, sendo a inserção do perigo no Direito Penal ainda realizada de forma pouco preocupada, metodologicamente falando. E isso é muito compreensível, haja vista haver doutrina bastante conhecida que se utiliza dessa confusão como, por exemplo, a de Ulrich Beck, que já foi adotada por diversos ordenamentos, inclusive o ordenamento penal brasileiro.

Assim, ao escolher a distinção risco x seguridade, Beck (1996, p. 206) trata indistintamente os conceitos de risco e perigo, considerando-os sinônimos, o que será enfaticamente combatido por Luhmann). Pela relevância de ambos na sociologia do risco,

4 Afirmação fornecida por Pierpaolo Cruz Bottini em entrevista. [29 de maio de 2012]. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigoabstrato-nao-sao-mera-onduta>. Acesso em 26 de janeiro de 2017.

importante destacar as principais divergências entre eles, com especial enfoque e tomada de posição à sociologia do risco luhmanniana.

3.1 Contingência e dupla contingência: limitação à seguridade como parâmetro de distinção

Niklas Luhmann (2005, p. 185, trad. Javier Torres Naffarete) utiliza-se bastante do conceito da contingência, que, para ele, é um estado de possibilidade natural presente no sistema, segundo o qual algo é ou ocorre de uma certa forma, muito embora poderia ter sido ou ocorrido de uma outra forma, isto é, “(...) apesar de que pudesse ser possível de outra maneira”. Segundo Darío Rodríguez, em prefácio intitulado “Invitación a la sociología de Niklas Luhmann” (2005, p. 30, trad. Javier Torres Naffarete), contingência é, ao mesmo tempo, liberdade e obrigação de escolha, na medida em que uma não seleção já é, por si mesma, uma eleição.

Uma das grandes críticas de Luhmann à teoria do risco de Ulrich Beck guarda relação com a distinção, realizada por este, entre risco e seguridade. Conforme enfaticamente defendido por Luhmann, devido à contingência, não existe referida seguridade, mas tão apenas o desejo por mais segurança por parte da população.

Ou seja, Beck, ao tratar como certa e possível referida seguridade, confunde objetivo com o objeto propriamente dito. Exatamente nessa confusão é que residirá a maior das críticas de Luhmann, que construirá o seu conceito de risco (ruptura no paradigma clássico) a partir da distinção entre risco e perigo.

Para Luhmann, estudar o risco não é simplesmente descrever o mundo a partir de uma observação sobre o positivo e o negativo, por exemplo, mas sim reconstruir um fenômeno de contingência múltipla, isto é, a possibilidade de diferentes perspectivas a diferentes observadores, o que acarreta a possibilidade ou não de ocorrência de possíveis danos no futuro, ponto em que representa bem o que ele destaca sobre a não possibilidade do parâmetro seguridade, pois não é possível afirmar com certeza que há seguridade (ou insegurança!): Nada não poderia ser de outra forma!

Em outras palavras, a crítica de Luhmann ao uso da distinção risco/seguridade parte da crítica ao próprio uso da seguridade como parâmetro. Em verdade, a seguridade indica apenas o desejo pela segurança, o que não implica a sua verdadeira existência, haja vista ser impossível a inexistência de riscos (negar o risco já seria por si próprio um risco). Nesse sentido, explica Luhmann (2005, p. 30, trad. Javier Torres Naffarete):

Sabemos que as expectativas normais e as normativas são muito próximas, no sentido de que alterações isoladas não destroem as expectativas que não podem ficar totalmente seguras: em regiões conhecidas pelo bom clima no verão, uma chuva não obriga a que se tenha que alterar essa imagem. Ou seja, existem formas não normativas que rejeitam a possibilidade da aprendizagem.

Simple concordâncias em decisões são apenas questões de concordância, e não uma questão de conhecimento. Luhmann chama a atenção para o que, aqui, denomina-se ingenuidade no risco, que ocorre quando as possibilidades de negar o risco (acreditando-se na seguridade como parâmetro) aumentam em função da crença na impossibilidade de um dano futuro. Ocorre que, conforme o seu entendimento, a própria negação de um risco já constitui um risco em si mesmo, o que ensejaria novas distinções.

A incognoscibilidade do futuro, pois, faz cair por terra a seguridade como parâmetro influenciador de qualquer instituto penal, ou seja, a contingência conduz a uma visão não escatológica do futuro, sem previsibilidade ou seguridade alguma. Nesse sentido, critica-se a tutela penal dos bens jurídicos baseada na busca, preventiva, pela segurança.

Diante do novo leque paradigmático, a teoria luhmanniana ganha espaço: os crimes de perigo devem preocupar-se tão apenas com o risco provocado, e não com a tutela pela seguridade ou pelo perigo. E não poderia ser diferente: a distinção risco/perigo fundamenta a tutela dos bens nos crimes de perigo, ao mesmo tempo em que protege a função precípua do direito penal, qual seja, a proteção de bens jurídicos.

Para Luhmann, bastante influenciado pelo pensamento kantiano, a realidade é incognoscível, ou seja, não é possível a conhecer de forma absoluta (nem em relação a tudo, nem em relação ao todo), o que é explicado pela existência de pontos cegos, existentes em toda observação. Assim, a partir de divergências do observador de primeira ordem (o que não necessariamente implica erros ou acertos, podendo ser formas diferentes de interpretação), exige-se mais informação, o que ocorrerá a partir de novas distinções, que, ressalte-se, também conterão pontos cegos, pois é inevitável a existência destes (contingência da observação).

3.2 Risco e perigo: de Ulrich Beck a Niklas Luhmann

Ainda não há um consenso acerca da origem da palavra risco. Essa ausência explica-se pelo fato de a mesma, inicialmente, ser utilizada em raras situações e de forma variada, sendo os contextos mais importantes de seu uso as grandes navegações e os contextos comerciais. Some-se a isso o fato de a palavra risco não ser encontrada nas fontes romanas

que se referem ao direito penal, sendo a sua origem mais provável do vocábulo *resecum*, que em latim vulgar significa “o que corta”, em alusão aos barcos que cortam o mar, indicando os perigos ocultos no mar durante as grandes navegações (BRANDÃO; SIQUEIRA, 2016, p. 45).

Assim, na época das grandes navegações já existia a consciência do risco atrelada a disposições legais correspondentes, que, inicialmente, influenciavam-se profundamente por questões religiosas, com o respeito às divindades. Entretanto, juridicamente tratando, principalmente em relação à divisão de funções dos prestadores de capital e os navegadores, já havia a figura das seguradoras (os seguros marítimos representam um esboço de controle de risco planejado, com a previsão de responsabilização pelos danos), que posteriormente, na Idade Média, iria influenciar bastante o direito comercial marítimo. Sabe-se que, na Antiguidade não cristã, há a ausência de uma consciência plenamente desenvolvida das decisões, o que persistirá até o início da Modernidade, quando só então se começará a falar propriamente em risco.

Nesse sentido, vale a pena destacar que a linguagem já abarcava palavras para identificar o perigo, o azar, o medo, a aventura, mas não para identificar a problemática que surge em torno do que entendemos hoje por risco. Antigamente, tratavam-se vários conceitos com o mesmo sentido; atualmente, distinções já foram realizadas, mas dois conceitos ainda são bastante confundidos: risco e perigo, como, por exemplo, na teoria do sociólogo alemão Ulrich Beck (“La sociedad del riesgo global”).

O desenvolvimento tecnológico trouxe avanços em várias áreas, mas ao mesmo tempo trouxe incertezas, na medida em que passa também a manufacturar cada vez mais riscos (a bomba nuclear, por exemplo), além da maior percepção de riscos. Na atualidade, a avaliação do risco e a disposição em aceitá-lo não é apenas um problema psíquico, mas também, e principalmente, um problema social.

Nesse contexto, há uma melhor compreensão acerca do alcance do problema, com grande interferência dos problemas tecnológicos e ecológicos da sociedade moderna. Tanta incerteza acerca dos caminhos dos riscos levou a uma constatação: o risco não pode ser calculado, a fim de que se pudesse evitá-lo, como se acreditou em épocas anteriores.

Luhmann entende que a variedade de disciplinas e especialidades que tratam do risco provoca consequências negativas, na medida em que não há um conceito de risco que satisfaça todas as exigências da ciência, já que será levado em consideração o contexto teórico próprio de cada ramo tratado. Por esse motivo, ele põe em destaque a necessidade de saber

situar-se tanto em relação às especialidades particulares como em relação à cooperação interdisciplinar.

Buscar um conceito de risco, para Luhmann, é como se a pessoa estivesse submersa em um espesso nevoeiro, onde a vista não alcança além do próprio bastão (ou, como se exemplifica repetidamente, a vista não se alcança além do capô do carro em que se encontra o observador), contudo é de extrema importância o seu estudo, na medida em que o seu conceito de risco auxilia na compreensão do processo de imputação como um todo.

3.3 A (necessária!) distinção entre o risco e o perigo

Diante do panorama mundial que originou o Panpenalismo do século XX, surge uma nova teorização acerca do conceito de risco e da chamada sociedade de risco, cujo precursor (não como inventor do risco, haja vista ser uma ideia que existia desde sempre, conforme visto anteriormente) foi o sociólogo alemão Ulrich Beck. Apesar de bastante criticada, devido a algumas incongruências genéricas, a sua teoria do risco merece destaque por romper alguns paradigmas: defende o risco como algo incognoscível, isto é, que não pode ser previamente conhecido através de cálculos probabilísticos. Luhmann não critica essa parte da teoria de Beck, mas sim a que se refere aos conceitos de risco e perigo, bem como a que defende a distinção entre risco e seguridade.

Beck diz que não se deve prever os riscos, mas sim conhecê-los, tal como a espada de Dâmocles, situação em que é conhecida a existência do risco de sua queda, mas não há a intenção de prevê-la ou calcular tal risco. Ele afirma que a sociedade é dominada pelos riscos e, exatamente por isso, as ações humanas já são influenciadas por eles, no sentido de, a despeito de tantas incertezas, as pessoas continuam pautando as suas ações baseadas em uma ideia de segurança e certeza.

Beck parte da distinção entre risco e catástrofe: a) o risco é a antecipação da catástrofe, sendo nada mais que uma projeção da mesma, não existindo concretamente; b) a catástrofe é a concretização do risco, que, então, deixa de existir. Para Beck, os novos riscos não estariam sendo tratados de forma correta, pois não é mais possível tratar os riscos da modernidade segundo uma relação de causa e efeito, porque a causalidade mostra-se insuficiente.

Nesse sentido, para Beck, o risco passa a existir concretamente no momento em que ele ocorre, mas a partir de então já seria chamado de catástrofe. Em outras palavras, o risco não existe por si só, passando a existir apenas quando se materializa, isto é, quando sai da virtualidade; mas quando isso ocorre, o risco deixa de existir, dando lugar à catástrofe.

Para Luhmann, o conceito de risco é fundamental para o processo de imputação como um todo. Assim, conceitua o risco como o possível (“possível” exatamente por causa da contingência, isto é, não há nenhuma certeza de que esses danos venham, de fato, a se concretizar) dano que depende da ação do próprio agente, isto é, consequência da decisão do agente. Por outro lado, o perigo é o possível dano que depende da ação de terceiro, não podendo ser controlado pelo agente, isto é, trata-se de consequência externa, a partir do entorno.

A título exemplificativo, pode-se citar o ato de fumar, que representa um risco para o fumante e um perigo para terceiro (fumante passivo), bem como a ação de dirigir em alta velocidade (acima da permitida), o que representa um risco para o condutor, e um perigo para terceiros. Por essa conceituação, Luhmann destaca o fato de os riscos produzirem perigo, mas não se confundirem, em momento algum, com aquele.

3.4 O risco a partir do segundo observador: da mera causalidade à imputação penal

O observador de segunda ordem, ao analisar a afirmação de que os riscos geram perigo, percebe que essa avaliação é contingente, porque poderia ser de forma diferente. Nesse sentido, o observador de segunda ordem irá observar o observador observando, o que irá lhe permitir perceber os pontos cegos do primeiro observador (denominados por Luhmann de esquema de distinção adotada pelo observador), verificando, então, que nem todas as ações arriscadas geram perigo. Essa teoria, pois, desparadoxiza o paradoxo.

Uma distinção sempre possuirá pontos cegos, na medida em que, no momento da observação, não serão levadas em consideração as distinções do observador. Citando um exemplo do cotidiano, basta pensar no retrovisor de um carro e os seus inevitáveis pontos cegos. Nesse sentido, pode-se afirmar que não existe instância alguma de conhecimento privilegiado, ou seja, seja pessoa, seja ciência ou quaisquer conhecimentos, nada poderá ter conhecimento completo da realidade. E mesmo o observador de segunda ordem, isto é, aquele que observa um primeiro observador, possui seus próprios pontos cegos.

Assim, segundo a tradição racionalista do risco, o problema deverá ser encarado levando-se em consideração o fato de que não se pode ver o que não pode ser visto, devendo-se, exatamente por isso, deslocar essa teoria para o plano da observação de segunda ordem, isto é, um observador observando outro observador observando. Fazendo jus ao seu perfil, utiliza-se dessa própria complexidade para reduzir a complexidade: a ideia do segundo observador, que irá enxergar os pontos cegos do primeiro, podendo ver o que este não podia ver.

Cumprе ressaltar que Luhmann conceitua tão somente primeiro e segundo observadores, sendo este último compreendido de forma genérica. Em outras palavras, não há um observador de terceira ordem, pois o observador de segundo ordem atuará sempre como qualquer observador que não o primeiro: aquele que enxerga os esquemas de distinção (pontos cegos) do observador de primeira ordem, mas não enxerga os seus próprios esquemas de distinção.

É exatamente esse o ponto nevrálgico da teoria luhmanniana à presente pesquisa: ora, ações consideradas arriscadas não são, necessariamente, perigosas. A noção de perigo, conforme o sentido (distintivo do risco) dado por Luhmann, só poderá ser autorizada a partir do critério da ofensividade concreta (de dano ou de perigo concreto), e não meramente por um critério de perigo de perigo concreto (o perigo abstrato).

A conservação de referidos limites (a distinção) é a conservação do próprio sistema, o que é muito importante na abordagem luhmanniana do presente estudo: uma vez que a caracterização só é possível a partir da diferenciação, o conhecimento do risco se dará a partir de distinções, as quais terão posição de destaque (tanto para defini-las, como para criticar algumas distinções e confusões conceituais cotidianamente utilizadas). Referida defesa pela distinção apresenta-se, talvez, como uma das mais importantes contribuições luhmannianas, pois tal fundamentação irá embasar a tutela penal dos crimes de perigo.

As duas grandes contribuições de Luhmann à teoria do risco foram exatamente as questões da contingência e do futuro como incerteza. Não há como falar de risco sem falar da contingência, na medida em que os possíveis danos são evitáveis, isto é, a partir de uma observação de segunda ordem poder-se-ia verificar o ponto cego do primeiro observador que definiu a conduta como arriscada.

Luhmann afirma que a relação existente entre a função do Direito (a estabilização das expectativas normativas) e o futuro explica a necessidade de simbolização: as normas jurídicas constituem um conjunto de expectativas simbolicamente generalizadas, isto é, as normas fixam o limite já provado da utilização arbitrária dos signos. Como se depreende da experiência, a partir das simbolizações a sociedade produz estabilidades e sensibilidades específicas.

Entretanto, não se pode garantir que sobrevenha necessariamente essa realidade prevista: poderá surgir uma realidade distinta cujos efeitos podem ser maiores que as circunstâncias que os provocaram, em um perfeito reflexo contingente do funcionamento sistemático. O fato é que a norma não assegura um comportamento conforme a norma, mas protege quem possui essa expectativa.

Luhmann entende que a função do Direito não é solucionar conflitos - uma vez que uma pessoa que não teve a sua expectativa priorizada vai entender que não houve solução do conflito) -, mas sim decidir conflitos, estabilizando as expectativas normativas. O Direito decide apenas os conflitos que ele próprio pode construir, deixando de lado (ou seja, são apenas ruídos ao sistema jurídico) inúmeros outros casos conflituosos.

Com a expansão do Direito penal, e o conseqüente aumento dos tipos de perigo, surge a urgência em distinguir o risco do perigo, bem como as condutas arriscadas das condutas não arriscadas. Há casos em que se tipifica uma conduta considerada permitida, como é o caso, por exemplo, do crime de gestão temerária (previsto no artigo 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86). Ocorre que, em um negócio, o risco é inerente ao seu normal funcionamento; indo além, pode-se afirmar que o risco é, inclusive, necessário, haja vista que, no mundo empresarial, quanto maior o risco, maior o lucro. Mas qual o limite entre um risco tolerável e um risco proibido? Quais as condutas arriscadas e quais as condutas não arriscadas? Referidos questionamentos demonstram o quão importante e urgente é tratar do risco e do perigo conforme a distinção correta que lhe é cabível.

O risco deverá ser analisado a partir do processo de atribuição (imputação), e não da relação de causa e efeito (causalidade). Para Luhmann, o conceito de risco deve ser diretamente influenciado pelo conceito de atribuição; não uma questão de atribuição certa ou equivocada, mas sim uma questão de imputação.

Referido processo de atribuição é, exatamente, um dos pontos chaves do presente estudo, sobretudo pela gravidade das conseqüências que o seu mau uso pode provocar (ou que já foi provocado!). Na criminalidade moderna, há uma tendência muito grande em criar processos de atribuição a partir do perigo (das conseqüências nos terceiros afetados), e não a partir da decisão do agente. A atribuição deverá ser direcionada à decisão do agente que agiu de forma arriscada, isto é, observar sobre a ótica do risco, e não do perigo. Só a partir do risco é que se deve realizar processos de atribuição. É dizer, o Direito penal não pode criminalizar a partir do perigo!

Após grande evolução quanto ao seu conceito e uso, a atribuição, a partir do pós segunda guerra mundial, é tratada como contingente, buscando os fatores correlacionados com as maneiras de atribuição. Luhmann destaca que o fato de a distinção entre risco e perigo depender de atribuições não significa que esse limite se dará de forma arbitrária pelo observador, o que ele exemplifica, dentre outros casos trazidos em destaque, com os danos relacionados à ecologia, isto é, uma modificação do equilíbrio ecológico ou catástrofes, que, por óbvio, não são possíveis conseqüências de decisões individuais.

Luhmann chama a atenção, também, para as decisões remotamente atribuíveis, isto é, aquelas decisões que, indiretamente, provocaram danos (muitas vezes identificados em longo prazo); neste caso, tais decisões só poderiam porventura ser consideradas arriscadas caso fossem suscetíveis a um processo de atribuição, isto é, caso houvesse alguma fundamentação anteriormente prevista que tornasse possível a quem tomou a decisão saber que aquilo era, de fato, arriscado. Ainda, somente se pode falar em atribuição a decisões quando for possível a eleição entre alternativas.

CONCLUSÃO

A investigação acerca das consequências da antecipação da tutela penal na sociedade de risco, o que provocou grandes mudanças paradigmáticas, abre espaço à reflexão sobre o comportamento atual do bem jurídico na dogmática penal. A atuação excessiva do Estado passou a representar, em verdade, uma solução simbólica aos verdadeiros problemas: ao invés de solucionar, o Estado buscou, incessantemente, mostrar que estava buscando soluções.

A consequência lógica do Panpenalismo do século XX é uma sociedade marcada por tipos penais que buscam tutelar o perigo abstrato, isto é, o perigo de um perigo concreto. Ocorre que, imperioso enfatizar, a antecipação irrestrita da tutela penal não se demonstra capaz de fundamentar uma tipicidade à luz de um Estado Democrático de Direito, sem ofender os princípios da legalidade, da lesividade e da intervenção mínima do Direito Penal.

O desejo à seguridade, pela população, não deve confundir-se com a consequência lógica da intervenção do Direito Penal, isto é, não é correto proceder com as seguintes correlações: não intervenção penal – perigo; intervenção penal – seguridade, pois a seguridade não se apresenta como um parâmetro confiável de observação, exatamente pela existência do que Luhmann (1992, p. 48, Tradução Silvia Pappe, Brunhilde Erker, Javier Torres Nafarrate e Luis Felipe Seghura) conceituou como “contingência”: nada é necessário, mas também não é impossível. Ora, se tudo poderia ter sido de uma outra forma, como se ter certeza se uma conduta é, realmente, arriscada? Outrossim, o futuro só pode ser pensado a partir da probabilidade, o que implica a regra da incerteza, ou seja, da impossibilidade de alguém determinar o futuro com plena certeza.

A antecipação da tutela penal de forma ilimitada demonstra-se equivocada, também, por tratar como sinônimos dois institutos distintos em sua essência, quais sejam, o risco e o perigo. É exatamente esse o ponto nevrálgico da teoria luhmanniana à presente pesquisa: ações consideradas arriscadas não são, necessariamente, perigosas. A noção de perigo, conforme o sentido (distintivo do risco) dado por Luhmann, só poderá ser autorizada a partir

do critério da ofensividade concreta (de dano ou de perigo concreto), e não meramente por um critério de perigo de perigo concreto (o perigo abstrato).

Por fim, importante destacar que a defesa pelo processo de atribuição é, exatamente, um dos pontos chaves da presente pesquisa, sobretudo pela gravidade das consequências que o seu mau uso pode provocar (ou que já foi provocado!). Na criminalidade moderna, há uma tendência muito grande em criar processos de atribuição a partir do perigo (das consequências nos terceiros afetados), e não a partir da decisão do agente, ou seja, enxergando a partir do risco. A atribuição deverá ser direcionada à decisão do agente que agiu de forma arriscada, isto é, observar sobre a ótica do risco, e não do perigo. Em outras palavras, somente a partir do risco é que se deve realizar processos de atribuição; o Direito penal não pode criminalizar a partir do perigo.

REFERÊNCIAS

Aristóteles. **Retórica**. Trad. do grego de Manuel Rodrigues Júnior *et alli*. Lisboa: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2005.

BECK, Ulrich. **Las consecuencias perversas de la modernidad**. Modernidad, contingencia y riesgo. Barcelona: Anthropos, 1996.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BRANDÃO, Cláudio; SIQUEIRA, Leonardo. Revista de Estudos Criminais, v.15, n.61, abr./jun. **Tipicidade e Perigo**: Para a Compreensão da Recepção Penal da dicotomia do Risco e do Perigo. São Paulo: ITEC/SÍNTESE, 2016.

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

MARTÍN, Luis Gracia. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.

HASSEMER, Winfried. **Características e Crises do moderno Direito Penal**. In: Revista de Estudos Criminais - !TEC, Ano 02, nº 08, Porto Alegre: Editora Nota Dez, 2001.

HASSEMER, Winfried. **Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Pena y Estado**. Barcelona, 1997, Editorial Bosch.

HIRECHE, G. F. E.; OLIVEIRA, G. D F. Notas críticas acerca da tipicidade nos delitos penais econômicos: o viés concreto de análise sobre delito de gestão temerária, previsto no art. 4º, parágrafo único, da lei n. 7.492/96. In: _____; SCARPA, A. O. (Org.). **Temas de**

direito penal e processual penal: estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto. Salvador: JusPodivín, 2013.

KINDHÄUSER, Urs. **Derecho Penal de la culpabilidad y conducta peligrosa.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad.** México: Herder, 2005.

LUHMANN, NIKLAS. **Sociologia del riesgo.** Guadalajara: Universidad de Guadalajara, 1992.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e Direito Penal:** uma avaliação de novas tendências político criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MENDOZA BUERGO, Blanca. **Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto.** Granada: Editorial Comares, 2001.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal:** parte general. 7 ed. Buenos Aires: Euros Editores; Montevideo: B de F, 2005.

MOURULLO, Gonzalo Rodriguez. **Derecho penal:** parte general. Madrid: Civitas, 1977.

PÉREZ, Carlos Martínez Buján. **Revista Libertades.** Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais | nº 13 - maio/agosto de 2013. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal.** Org. e Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2 Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

ROXIN, Claus. **Derecho penal.** Parte general. Tomo I. Fundamentos: la estructura de la Teoría del Delito. (D.- M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remezal, trad. y notas). Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. **El legislador no lo puede todo.** Iter Criminis. Revista de derecho y ciencias penales, México, n. 12, p. 321-347, oct./mar. 2004.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível.** 4 ed. rev. e atual. Curitiba: ICPC Lumen Juris, 2005.