

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL – PUCRS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS
MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

LÍVIA LIMAS SANTOS

OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO NO ÂMBITO DA LEGISLAÇÃO PENAL
BRASILEIRA

PORTO ALEGRE

2014

LÍVIA LIMAS SANTOS

OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO NO ÂMBITO DA LEGISLAÇÃO PENAL
BRASILEIRA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito obrigatório para a obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Roberto D'Ávila

Porto Alegre
2014

Catálogo na Fonte (CIP)

S237r Santos, Lívia Limas
Os crimes de perigo abstrato no âmbito da legislação penal brasileira / Lívia Limas Santos. – Porto Alegre, 2014. 109 f.

Diss. (Mestrado) – Faculdade Direito, Pós-Graduação em Ciências Criminais, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Roberto D'Ávila.

1. Direito Penal. 2. Antecipação da Tutela Penal. 3. Garantias Fundamentais. 4. Crimes de Perigo Abstrato. 5. Bens Jurídicos, Teoria. 6. Sociedade do Risco. I. D'Ávila, Fábio Roberto. II. Título.

CDD 341.5901

Bibliotecária Responsável

Ginamara de Oliveira Lima

CRB 10/1204

Teu dever é lutar pelo direito, mas o dia em que
encontrares em conflito o direito e a justiça, luta
pela justiça.
(Eduardo J. Couture)

AGRADECIMENTOS

Por estarem comigo nesse e outros momentos, agradeço imensamente à minha família por todo amor e apoio; aos amigos – que souberam agüentar a minha ausência em momentos importantes e suportar a minha presença quando a tensão pela elaboração e conclusão deste trabalho e ao longo do mestrado eram quase inimagináveis; aos colegas de estágio nos órgãos públicos nos quais trabalhei (Justiça Federal e Ministério Público Federal de Canoas) por dividirem comigo seus conhecimentos; à UNISINOS; à PUCRS; a todos os professores que fizeram parte desta jornada pelo conhecimento e pela paciência e, especialmente, ao meu orientador – Fábio Roberto D'Ávila – verdadeiro mestre -, obrigada pela liberdade que me concedeste na elaboração desta dissertação, pelo carinho e respeito de hoje e sempre.

A todos estes, meu carinho, meu respeito e minha gratidão, por fazerem parte da minha vida, hoje e sempre.

RESUMO

O direito penal moderno, no limiar da sociedade de risco, busca cada vez mais o equilíbrio entre a proteção de bens jurídicos e sua função garantidora da sociedade, bem como o respeito entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão. Não há sociedade sem crime e não há sociedade justa e pacífica sem as devidas sanções para estes crimes para que consigamos viver em paz e harmonia. Dessa feita, o direito penal é legítimo para intervir na esfera da tutela dos bens jurídicos dos cidadãos, através da sua função pacificadora, quando o mal causado por ele é menor que o mal que o agente causa à sociedade. A emergência para a proteção de certos bens jurídicos nos quais o dano causado é insustentável para a vítima e para a sociedade como um todo, requer uma proteção especial do direito penal, uma proteção antecipada, para que esse dano não se concretize e o bem jurídico permaneça num raio de segurança. Através da figura dos delitos de perigo abstrato, é possível a proteção dos bens jurídico-penais mais importantes – a vida, a integridade física, o patrimônio, a paz social-, antes da sua realização pelo cometimento do delito. Frente a essa realidade fática é que neste trabalho trataremos dos crimes de perigo abstrato, desenvolvendo seus elementos principiológicos e teóricos, estrutura elementar e sua aplicação na legislação penal brasileira.

Palavras-chave: Crimes de perigo abstrato. Direito penal. Antecipação da tutela penal. Expansão do direito penal. Sociedade do risco. Teoria dos bens jurídicos. Princípios e garantias fundamentais.

ABSTRACT

Modern criminal law, on the threshold of risk society, seeks more and more for a balance between protection of legal assets, the protective function of society it has as well as the respect between citizen's fundamental rights and guarantees. There is no society without crime and no just and pacific society without the necessary sanctions for these crimes so that living in peace and harmony is possible. Thus, criminal law is legitimate to intervene on the grounds of citizens' legal assets guardianship, through its peaceful function, when the harm caused by it is smaller than the agent's harm to society. The emergency for certain legal assets protection, in which the harm caused is unbearable to the victim and to society as a whole, requires a special protection provided by criminal law, such as an anticipated one, so this harm does not come to be and the legal assets remains on a realm of security. By using the image of crimes of abstract danger, the protection of the most important legal assets— life, physical integrity, heritage, social peace -, before its annulment through the act of crime, becomes possible. Faced with this juridical reality, crimes of abstract danger will be discussed and analysed, by developing its theoretical and related to principles elements, elementary structure and its application in Brazilian criminal legislation.

Key-words: Crimes of abstract danger. Criminal law. Anticipation of criminal guardianship. Criminal law expansion. Risk society. Theory of legal assets. Fundamental principles and guarantees.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	1
2 ESCORÇO PRINCIPOLÓGICO E TEORIAS ATINENTES À MATÉRIA.....	4
2.1 Escorço principiológico acerca dos delitos de perigo abstrato.....	4
2.1.1 Princípio da proporcionalidade.....	5
2.1.2 Princípio da ofensividade.....	9
2.1.3 Princípio da <i>ultima ratio</i> ou intervenção mínima.....	11
2.2 Teorias correlacionadas ao tema.....	14
2.2.1 Teoria dos bens jurídicos e sua função no direito penal moderno.....	15
2.2.2 Teoria do risco e expansão do direito penal.....	24
2.2.3 Teoria onto-antropológica e a ofensa ao cuidado-de-perigo.....	31
2.3 Considerações parciais - crimes de perigo abstrato e sua relação com os princípios e teorias traçados.....	35
3 ESTRUTURA DOGMÁTICA E CONCEITUAL DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO.....	39
3.1 Do injusto penal nos crimes de perigo abstrato.....	40
3.2 Dos crimes de perigo abstrato como crimes de desvalor de ação ou de resultado.....	49
3.3 Da antecipação da tutela penal nos crimes de perigo abstrato.....	54
3.4 Ações em massa e crimes de perigo abstrato.....	64
3.5 Considerações parciais – crimes de perigo abstrato e teoria do delito.....	68
4 CASUÍSTICA – DOS DELITOS DE PERIGO ABSTRATO NA LEGISLAÇÃO PENAL ESPECIAL.....	70
4.1 Lei nº 12.760/12 – “Lei Seca”.....	70
4.2 Lei nº 10.826/03 – “Estatuto do Desarmamento”.....	82
4.3 Lei nº 11.343/06 – “Lei de Drogas”.....	95
4.4 Considerações parciais – Crimes de perigo abstrato na legislação penal especial brasileira.....	102
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	105
6 REFERÊNCIAS.....	107

1 INTRODUÇÃO

"Vivemos pela primeira vez na história à escala humana, a possibilidade de o homem se destruir, e se destruir enquanto espécie."¹ – a frase de José Francisco de Faria Costa possui uma dramaticidade que leva juristas em todas as partes do mundo a se questionar sobre o futuro do direito enquanto ciência responsável pela organização social da vida em comunidade e, especialmente, o direito penal - tutelador das normas que protegem os bens jurídicos mais essenciais a todos os seres humanos. Dessa forma, os diversos temas abarcados nessa assertiva - o perigo, os riscos inerentes a sociedade moderna e a consequente obrigatoriedade da intervenção do direito penal, se tornaram ideias que resultaram na presente dissertação.

A fragilidade de nosso bem jurídico mais estimado - a vida-, que em questão de segundos pode ser nadificada das formas mais atroztes, é suficiente para que cuidemos de nós mesmos, dos outros e da sociedade em que vivemos.

A junção dessa responsabilidade de cuidado, não só da vida, mas de todos os bens jurídicos a nós estimados e o perigo que nos cerca no mundo globalizado faz com que a ciência do direito penal, a forma mais radical de intervenção do mundo jurídico, traga algumas respostas ou auxilie na busca destas para que o peso que carregamos com esta responsabilidade não seja um fardo pesado demais para nossos ombros.

O fenômeno do risco inerente à evolução da sociedade ultramodernizada e tecnológica dos dias de hoje, com a crescente globalização e remodelação constante de limites axiológicos do direito como um todo, têm reflexo também no direito penal. Sabido é que o direito acompanha as mudanças da sociedade com certa morosidade, sendo que a adequação para certos casos concretos, por vezes se faz mais por decisões jurisprudenciais do que pela legislação em si.

É com vista dessa realidade que pretendemos, nesta empreitada, questionar os objetivos do direito penal atual e seus elementos no que diz respeito aos crimes de perigo abstrato, tema central de reflexão desta dissertação, tendo em vista a dimensão e importância do tema na doutrina penal brasileira atual.

Para focarmos na temática principal da matéria, é necessário, primeiramente, a abordagem de alguns pontos inerentes à questão do direito penal atual. Dentre

¹COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Editora Coimbra. 2000. p. 357.

estes, o direito penal como meio legítimo de tutela para proteção de determinados bens jurídicos, a sociedade de risco e a proteção destes mesmos bens no mundo globalizado, os perigos intrínsecos ao desenvolvimento tecnológico e os novos paradigmas que estamos vivendo dentro do direito penal. Em meio a todos estes, nosso propósito é encontrar a fundamentação para justificar os tipos penais de crimes de perigo abstrato e sua legitimidade.

Assim, esta pesquisa passará no seu primeiro capítulo, pelas linhas dos princípios basilares do direito penal – da proporcionalidade, da ofensividade e da intervenção mínima -, bem como pelas teorias atinentes à matéria e que se revelam de suma importância para o entendimento do tema, dentre elas a teoria do bem jurídico, a sociedade de risco e a expansão do direito penal e a matriz ontológica que trata o direito penal como uma complexa rede de relações interpessoais guiadas pelo cuidado-de-perigo e pelo princípio da confiança.

Na esteira da análise de profundos e densos temas como os acima mencionados, nos embrenharemos no segundo capítulo no estudo das mais complexas questões envolvendo os crimes de perigo abstrato, tais como a conduta que os legitima, o injusto penal e o desvalor da conduta e do resultado nestes delitos, a tutela antecipada diferenciada, que é inerente a estes tipos penais e ainda os crimes das ações em massa, sendo a sua base teórica desenvolvida neste segundo capítulo e a prática desenvolvida no terceiro capítulo, onde, por consequência, levaremos a cabo o exame da legislação pátria (“lei seca”, “estatuto do desarmamento” e “lei de drogas”) e seus principais pontos para julgarmos a comunhão da teoria com a prática dos delitos de perigo abstrato e sua aplicação no direito penal brasileiro.

O controle da criminalidade contemporânea passa, inexoravelmente, pela “luta contra as condutas que desencadeiam ou potencializam as situações de pôr-em-perigo”², que desafiam o dever de cuidado e quebram o princípio da confiança e as relações entre os cidadãos de uma mesma sociedade. Não queremos, com isso, afirmar que o direito penal é a solução para todos os males. Em absoluto. Porém, não raro somente ele é que, através da aplicação da pena, consegue restabelecer o equilíbrio quebrado com a violação da relação de cuidado-de-perigo do “eu” para

²COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Editora Coimbra. 2000. p. 23.

com o “outro”, tornando o direito mais justo e capaz de exercer a sua primeira função pacificadora.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da pesquisa e elaboração desta dissertação, chegamos a algumas premissas que aqui destacamos.

A sociedade de risco na qual vivemos atualmente é uma sociedade globalizada e evolutiva que não irá regredir em termos científicos, somente aumentar sua produção em todas as áreas de desenvolvimento. E esse desenvolvimento acarreta em riscos. Negar estes riscos não leva à superação dos mesmos, pelo contrário, quanto antes deixarmos claro que tipos de riscos enfrentamos diariamente, mais fácil será lidar com eles. Como mencionado por Ulrich Beck, o alívio, a esperança, em meio a tanta insegurança vem na forma de “progresso”. O progresso é, segundo o autor, “uma transformação legítima da sociedade sem legitimação político-democrática. A fé no progresso substitui o escrutínio”.³⁴¹

É nesse sentido que a ciência do direito (especialmente o direito penal), deve acompanhar as mudanças, as evoluções e os progressos do mundo globalizado, através de uma legislação que procure acompanhar o mundo real, o mundo dos fatos, para através dos riscos, resguardar os bens jurídicos mais importantes aos cidadãos.

Destacamos que este trabalho não pretendeu esgotar toda a matéria acerca de tão polêmico e debatido assunto, tendo em vista que todas as circunstâncias que norteiam os delitos de perigo abstrato são, como pontuado por Blanca Mendoza Buergo, como “una especie de mundo aparte en lo que se refiere a la aplicación de las reglas generales de la estructura y comprobación de los elementos del delito.”³⁴² Todavia, ao final de cada capítulo, lançamos sinteticamente algumas conclusões sobre cada um dos temas abordados, as quais aqui referimos.

Contudo, dos estudos acerca dos crimes de perigo abstrato e algumas de suas nuances, pontuamos que os delitos de perigo abstrato constituem ‘uma exceção ao que se reputa regra geral’³⁴³, no sentido de que a maioria dos tipos penais expostos no código penal brasileiro são crimes de perigo concreto. Exceção esta que, ao que se entende como regra ao direito penal moderno³⁴⁴, pode ser a

³⁴¹BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Rumo a uma outra modernidade. São Paulo:Editora 34. 2010. p. 314.

³⁴²BUERGO, Blanca Mendoza. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Editorial Comares. 2001. p. 442.

³⁴³BUERGO, Blanca Mendoza. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Editorial Comares. 2001. p. 443.

“tábua de salvação” para a tutela de bens jurídicos preciosos para a convivência harmoniosa da sociedade que enfrenta riscos nunca antes imaginados e se depara com crimes de massa que tomam proporções alarmantes (como os em comento no capítulo 4), que desafiam as normas propostas atualmente.

Os delitos de perigo abstrato não são por si só, ou melhor, não carregam consigo, uma presunção absoluta de perigo para o bem jurídico. Eles indicam de uma perspectiva *ex ante* da conduta do autor, que há grandes chances da ocorrência do dano no caso concreto. A criação dos tipos de perigo abstrato são formas legítimas que o legislador encontrou de ampliar a tutela dos bens jurídicos, através do direito penal para que este exerça a devida e efetiva proteção direta àqueles, frente aos ataques de grande intensidade sofridos por estes bens no cenário atual da sociedade de risco, para que seja dada a devida proteção a estes nas fases imediatamente anteriores à lesão propriamente dita e para que, com esta proteção, o dano efetivo não venha a ocorrer.

Frente aos incontáveis riscos expostos à vida, ao patrimônio, à incolumidade pessoal e pública, à saúde e a outros bens que determinam a forma como vivemos e como nos organizamos em sociedade, é imprescindível que o direito penal resguarde estes bens de forma a exercer a sua função pacificadora e de manutenção da vida social, em um papel preventivo, sempre resguardando, contudo, as limitações inerentes aos princípios constitucionais da intervenção mínima, da ofensividade e da proporcionalidade.

O direito penal deve seguir as mudanças do mundo globalizado através de uma legislação que procure acompanhar o mundo real para que sejam resguardados os bens jurídicos mais importantes a todos os cidadãos.

Os crimes de perigo abstrato são meios legítimos para a solução dos delitos em massa e inúmeros outros conflitos além dos explicitados no capítulo 4 dessa dissertação frente a evolução da sociedade moderna.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros. 2008.

BEM, Leonardo Schmitt. *Direito penal de trânsito*. São Paulo: Editora Saraiva. 2ª edição. 2013.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34. 2010.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

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

CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil*. São Paulo: Editora Saraiva. 2013.

CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria geral do delito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. Trad. Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. 1988.

COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Contributo para sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Editora Coimbra. 1992.

_____. *Noções fundamentais de direito penal*. Coimbra: Editora Coimbra. 2012.

D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 2009.

_____. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Contributo á compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora. 2005.

DESTEFENNI, Marcos. *O injusto penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor. 2004.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo 1. Coimbra: Coimbra Editora. 2007.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal*. A constituição penal. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa. *Crimes Ambientais e Bem Jurídico-Penal*. 2ª Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado. 2013.

GOMES, Luiz Flávio; BEM, Leonardo Schmitt. *Nova lei seca*. Comentários à lei nº 12.760 de 20-12-2012. São Paulo: Editora Saraiva. 2013.

GRAU, Eros. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros. 2002.

GRECO, Luís. *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato*. uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo. nº. 49. 2004.

_____; TÓRTIMA, Fernanda (coords.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011.

_____. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus. 2006.

HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: AMP/Escola superior do Ministério Público. 1993.

JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. 6ª Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado. Org. e Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2012.

_____. *Fundamentos do direito penal*. 2ª Ed. Porto Alegre: Editora Revista dos Tribunais. Tradução André Luís Callegari. 2012.

JESUS, Damásio E. *Direito Penal do desarmamento*. São Paulo: Editora Saraiva. 2007.

LALANDE, André. *Vocabulário Técnico e Crítico da Filosofia*. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

MARCÃO, Renato. *Estatuto do desarmamento*. São Paulo: Editora Saraiva. 2012.

MARCÃO, Renato. *Tóxicos*. São Paulo: Editora Saraiva. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

PAZ, Maria Isabel Sánchez García. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Salamanca: Universidad de Valladolid. 1999.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 12ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

_____. *Bem Jurídico Penal e Constituição*. 5ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011.

PUIG, Santiago Mir. *Direito penal*. Fundamentos e teoria do delito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2007.

RAPOSO, Guilherme Guedes. *Teoria do bem jurídico e estrutura do delito*. Porto Alegre: Editora Núria Fabris. 2011.

ROXIN, Claus. *A proteção dos bens jurídicos como função do direito penal*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Org. e Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 2013.

_____. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Rio de Janeiro: Editora Renovar. 2002.

SÁNCHEZ. Jesús-María Silva. *A expansão do direito penal*. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade*. O direito penal e os direitos fundamentais: entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris. Ano XXXII. Nº 98. Junho/05.

SARLET. Ingo Wolfgang. *Leituras complementares de direito constitucional – Controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional*. Bahia. Editora Podvim. 2008.

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

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e constituição da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Disponível em <http://leniostreck.com.br/>.

_____. *A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Disponível em <http://leniostreck.com.br/>.

TAVARES, Juarez. *Teoría del injusto penal*. Buenos Aires: Julio César Faira Editor. 2010.

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

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa: doutrina e jurisprudência*. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2000.