

Crimes de perigo abstrato à luz do princípio da ofensividade

Thiago Oliveira Pires¹

Rafhaella Cardoso Langoni²

Resumo: O objetivo deste trabalho trata dos crimes de perigo abstrato frente ao princípio da ofensividade. Nova tipificação penal usada frequentemente pelo legislador para condizer com os novos contextos sociais, advindo do risco. O artigo visa apresentar a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato no direito penal e as controvérsias doutrinárias à luz do princípio da ofensividade.

Palavras-Chave: Sociedade de risco; Crimes de Perigo Abstrato; Princípio da Ofensividade.

Sumário: 1. Introdução; 2. A Expansão do Direito Penal na Sociedade de Risco; 2.2.1 O Direito Penal Clássico e a Globalização; 3. O Direito Penal e a Sociedade de Risco; 3.1 A Sociedade Moderna: Sociedade de Riscos; 3.2 O Direito Penal: mecanismo de gerenciamento de riscos; 3.3 Dos tipos de perigo; 3.3.1 Distinção entre risco e perigo; 3.3.2 Crimes de Perigo; 3.3.3 Crimes de Perigo Concreto; 3.3.4 Crimes de Perigo Abstrato; 4. Análise dos Crimes de Perigo Abstrato frente ao Princípio da Ofensividade; 4.1 O Bem Jurídico Tutelado; 4.1.2 O Princípio da Ofensividade; 4.2 Dos crimes de perigo abstrato frente ao princípio da ofensividade; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Perante o grande interesse social sobre o tema, fica evidenciado a sua importância para se colocar em pauta uma discussão sobre o assunto. Devido ao atual modelo social imposto pelo capitalismo e suas mudanças econômicas, políticas e culturais fez com que a sociedade mudasse o seu comportamento. A sociedade passa a ser caracterizada como uma sociedade de riscos decorrente do desenvolvimento de novas tecnologias, manejo de energia nuclear e a vasta produção industrial. Crescimento que traz iminente risco à sociedade.

O Estado influenciado pela transformação societária criou uma nova concepção de direito, como novos mecanismos de intervenção estatal voltada aos novos contextos sociais advindo do risco.

¹ Discente do 9º período do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. E-mail: azpirez@hotmail.com.

² Professora do curso de Direito do Centro Universitário do Triângulo – UNITRI. Mestre em Direito Público pela UFU. E-mail: rc114214@hotmail.com.

Surgem a partir dessa visão de risco no direito penal, os tipos de perigo abstrato, que tem um novo método de tipificação de conduta não advindas dos bens jurídicos tradicionais do direito. O direito penal garantidor da proteção dos bens jurídicos propôs punir condutas que descreve apenas um comportamento não exigindo a lesão de um bem jurídico.

São técnicas de tipificação de condutas utilizada pelo legislador para atribuir crime aos novos contextos sociais, trazidos pelo surgimento do risco. Trata-se, portanto, de uma nova fase normativa no direito penal.

A definição por esta temática justifica-se, principalmente, pelo aumento de tipos penais, baseados em legislações oriundas da Teoria do Risco, isto é, na previsão constituída no perigo social abstrato. O estudo tem por finalidade analisar, à luz da Constituição e leis infraconstitucionais, bem como, a viabilidade de uma tutela específica do direito penal no tocante aos crimes de perigo abstrato. Abordando de forma minuciosa a aplicação dos tipos penais de perigo abstrato, ante os preceitos constitucionais e o modelo clássico de direito penal.

O percurso é dividido em três tópicos. De início serão analisados o direito penal e a globalização, bem como suas funções e prerrogativas, depois será estudado o direito penal em decorrência da nova sociedade, sociedade de risco.

O segundo tópico tem por objetivo analisar a atuação do direito penal na proteção dos novos interesses da sociedade especificamente a tutela penal na proteção dos crimes de perigo abstrato. Será tratado o distinto conceito entre crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato.

Por fim, o terceiro tópico analisará os crimes de perigo abstratos frente ao princípio da ofensividade, as divergências doutrinárias, bem como a constitucionalidade dos crimes de perigo abstratos.

O artigo tem como método de pesquisa teórica as doutrinas de Direito Penal e Constitucional, com o intuito de analisar os diferentes posicionamentos doutrinários e os respectivos exemplos e argumentos ofertados. E no que tange à pesquisa documental, Jurisprudências e leis penais e processuais penais, com ênfase nos conceitos e controvérsias doutrinárias a respeito do tema.

2.2. A expansão do direito penal na sociedade de risco

2.1 O direito penal clássico e a globalização

O direito penal clássico ou iluminista possui orientação positivista, ou seja, são baseados apenas no ordenamento jurídico positivo, para o direito penal clássico as ações tipicamente relevantes são estritamente descritivas pelo código penal, desprovidas de qualquer referência a costumes ou valores (KELSEN, 2009).

A metodologia clássica iluminista reflete a preocupação do legislador em delimitar o exercício do *ius puniendi*, vinculando à atuação dos magistrados à estrita legalidade, garantindo o real exercício do direito. Essa limitação penal gera somente um injusto de resultado restringindo a atuação repressiva do Estado por meio das normas penais.

Ao delimitar o injusto apenas na ocorrência do resultado, a fórmula clássica do direito penal evita a atuação dos normativos sob o desvalor das condutas e atividades dos indivíduos. A repressão estatal só cabe nas ações de resultado de lesão ou perigo concreto ao bem jurídico (BOTTINI, 2011).

O direito penal clássico em sua estrutura taxativamente positivista, ao não aceitar conceitos, valores e culturas sociais para a interpretação e aplicação das normas penais, afasta de seus normativos a realidade perdendo assim, sua capacidade de controlar as relações sociais.

Não pode o direito penal tutelar somente os bens jurídicos tradicionais, o mesmo deve criar mecanismos para a tutela de novos bens jurídicos acompanhados do desenvolvimento social em que está inserido.

Portanto, o Estado não consegue proteger os bens jurídicos somente pelas normas tradicionais, as mesmas perante a globalização são inócuas. Tatiana Viggiani Bicudo nesses termos nos demonstra:

Já não consegue regular a sociedade e a economia exclusivamente por meio de seus instrumentos jurídicos tradicionais, perdendo progressivamente o controle da coerência sistêmica de suas leis ao substituir suas normas abstratas, genéricas e impessoais por normas particularizantes, específicas e voltadas a determinados fins (BICUDO, 1998, p. 98).

O Estado perante a globalização mudou sua área de atuação refletindo diretamente no âmbito da sociedade. A globalização diz respeito a diversos fenômenos, como econômicos, políticos, sociais e culturais.

A tecnologia avançada, a produção industrial em larga escala, formas de alcance com o mundo por meio da internet, convívio mútuo com diversas tribos, etnias ou religiões são aspectos trazidos pela globalização. Tais fórmulas fazem com que o mundo seja visto sob um novo patamar, onde as distâncias não existem e as facilidades são enormes.

A globalização trouxe consequências para o direito, o direito não pode ser positivista ou como unidade. A globalização tenta mudar segmentos societários e sua organização, impondo a necessidade de aprimoramento das normas penais e a proteção aos novos bens jurídicos.

O direito penal para Silva Sánchez (2002, p. 75), no tocante a globalização será um direito unificado e com menores garantias, visto que os normativos penais serão flexibilizados e as políticas criminais e processuais serão relativizadas.

O direito penal da globalização, para Sánchez, será um direito já crescentemente unificado, mas também menos garantista, no qual as regras de imputação serão flexibilizadas e as garantias materiais e processuais, serão relativizadas, destaca o autor:

“O Direito Penal da globalização não fará mais do que acentuar a tendência que já se percebe nas legislações nacionais, de modo especial nas últimas leis em matéria de luta contra a criminalidade

econômica, a criminalidade organizada e a corrupção” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 27).

O autor nos demonstra que o direito penal influenciado pela globalização está sendo necessariamente prático, e que o mesmo deve ter métodos mais eficazes para combater a criminalidade. A criminalidade deve ser tratada de forma punitiva, assim o autor nos elucida:

Do ponto de vista material, a criminalidade da globalização é criminalidade de sujeitos poderosos, caracterizada pela magnitude de seus efeitos, normalmente econômicos, mas também políticos e sociais. Sua capacidade de desestabilização geral dos mercados, assim como de corrupção de funcionários e governantes, são traços da mesma forma notáveis que exigem uma abordagem mais eficaz da criminalidade (SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, 2002, p. 77).

Assim, o direito penal como instituto de controle social e protetor dos bens jurídicos, acompanha a relação social em que está inserido. Verificando a existências de novas técnicas e tipificações penais advindas da globalização, que traz para sociedade riscos oriundos de sua formação.

3. O Direito Penal e a Sociedade de Risco

3.1 A Sociedade Moderna: Sociedade de Risco

O atual modelo social organiza suas relações industriais e econômicas sobre o elemento risco. Com o crescimento do capitalismo intensificaram as produções em massa, e consigo trazem a criação de novos perigos para sociedade, com grande afetação a interesses fundamentais no âmbito social. O surgimento do risco como método recorrente na sociedade de consumo e como elemento útil a manutenção do sistema produtivo, diz respeito ao atual sistema social como uma sociedade risco.

O risco para Paolo BOTTINI (2011, p. 24) é essencial para manter o sistema de produção e o desenvolvimento industrial e ao mesmo tempo figura como risco assustador, que deve ser reduzido e controlado.

O sociólogo e escritor Ulrich Beck em sua obra “Sociedade do Risco” faz um parâmetro de diversos momentos históricos da humanidade e em todos eles já existia o risco. Variando entre épocas e momentos históricos, mudando somente a intensidade do mesmo. O autor distingue a sociedade industrial em duas formas de desenvolvimento: a modernização simples e a modernização reflexiva.

A primeira ocorreu durante o período industrial, é caracterizada por uma sociedade com estruturas coletivas, produção em larga escala e de rápida

industrialização, por meio do desenvolvimento econômico organizado pela livre concorrência mercadológica.

A modernização reflexiva posterior à modernidade simples, diz respeito ao “reflexo” social que a sociedade enfrentou sob prisma do crescimento econômico, político e cultural oriundo das transformações econômicas. Porém, o crescimento desenfreado trouxe desvantagens para a sociedade, os riscos se tornaram mais amplos, deixando de ser pessoal ou individual, para o risco coletivo afetando diretamente a coletividade. A sociedade começou a perceber os riscos oriundos de tais avanços, antes não percebidos. Beck afirma que:

A reflexividade da modernidade produz não somente uma crise cultural de orientação, como alegam os comunitaristas, mas uma crise institucional fundamental e mais extensivamente profunda na sociedade industrial tardia. Todas as instituições fundamentais (como os partidos políticos e os sindicatos, mas também os princípios causais da responsabilidade na ciência e no direito, as fronteiras nacionais, a ética da responsabilidade individual, a ordem da família nuclear, e assim por diante) perdem suas bases e sua legitimação histórica. Por isso, a reflexividade da modernidade é equivalente ao prognóstico dos conflitos de valor de difícil resolução sobre os fundamentos do futuro.

Cabe salientar que o risco sempre foi presente na sociedade, mas os riscos surgidos na sociedade pós-industriais são riscos totalmente distintos dos existentes anteriormente. Tais riscos aparentavam ser normais e logo se tornaram ameaças de grande porte. Como base a modernidade reflexiva de Beck, Marta Rodriguez de Assis Machado nos demonstra que a sociedade reflexiva:

Em contraste com os riscos conhecidos da era industrial, os novos riscos não são delimitáveis nem no tempo nem no espaço, não podem ser tratados segundo as regras estabelecidas da causalidade e da culpa e, além disso, docilmente, podem ser compensados ou indenizados quer porque suas consequências não podem ser delimitadas, quer porque o desastre atinge dimensões tão grandes que nenhuma companhia de seguros seria capaz de arcar com o custo indenizatório. (MACHADO, 2005, p. 31).

Portanto, os riscos se tornam globais e de difícil reparação afetando diretamente a sociedade. A ausência de referente territorial ou temporal será responsável pela indisponibilidade dos nexos de causalidade e subsequente trará objeções para a constatação dos riscos envolvidos.

As principais medidas, como o espaço e o tempo, não possuem a devida eficiência para descrever a causalidade no tocante a utilização de novas técnicas inovadoras que podem trazer futuros riscos a sociedade. A escassez de mecanismos para a análise de riscos traz a dificuldade de imputar a responsabilidade ao agente pelo perigo ou dano.

A dimensão dos riscos teve seu ápice a partir do início da década de 80, quando a sociedade sofreu com grandes tragédias, visto o mal uso de novas tecnologias como, por exemplo, a morte de milhares de pessoas decorrente da explosão da usina nuclear em Chernobyl (Ucrânia, 1986). Com novos manejos tecnológicos o Estado utiliza instrumentos para estudar, monitorar e medir tais tecnologias, para que se possa compreender seu funcionamento e suas implicações. Porém, as técnicas desenvolvidas pelo modelo de produção na sociedade de risco, são inéditas e inovadoras que muitas vezes deixam de ser compreendidos pelos atuais e tradicionais mecanismos de análise.

Diante do exposto a sociedade vive em estado de pânico, pautada pela incapacidade do Estado em gerir os riscos decorrentes da ampliação industrial. Nestes termos Silva Sánchez elucida:

Tudo evidencia que, inegavelmente, estamos destinados a viver em uma sociedade de enorme complexidade, na qual a interação individual pelas necessidades de cooperação e de divisão funcional alcançou níveis até agora desconhecidos. Sem embargo, a profunda correlação das esferas de organização individual incrementa a possibilidade de que alguns desses contatos sociais redundem na produção de consequências lesivas. (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 29).

Portando, para conter a vulnerabilidade social decorrente do risco, a sociedade anseia uma adaptação do direito, principalmente do direito penal, pois seus instrumentos tradicionais estão ultrapassados e se figuram insuficientes em face desse novo contexto social pautados pelo risco.

3.2 O direito penal: mecanismo de gerenciamento de riscos

Os valores éticos foram se esvaindo na sociedade de risco, a globalização trouxe um novo modelo de vida. A comunicação ampla, a comunicação virtual fez com que a sociedade perdesse o convívio e seus parâmetros culturais. Assim, a sociedade não se caracteriza a nenhuma cultura, perdendo o respeito às normas tradicionais. A falta de valores éticos e culturais faz com que o direito receba novas atribuições. O direito passa a interferir diretamente nas pesquisas científicas nas relações de produção, no sistema de trânsito a ingerência do gestor de risco se torna mais ampla, visto o descontrole social existente na sociedade de risco.

Perante a crescente ameaça advinda da sociedade de risco, o direito penal criou novos métodos para evitar os riscos surgidos com a globalização, para assim, criar um sentimento de segurança mais efetivo para os cidadãos. O do direito penal deixa de ser exclusivamente protetor do indivíduo, passando a se preocupar também com a tutela de interesses coletivos.

As novas características dos riscos, contemporâneos facilitam a propagação do discurso pela extensão do direito penal. Em

primeiro lugar, o risco é um fenômeno de procedência humana [...] Este antropocentrismo do risco sugere que ele pode ser limitado pela inibição de comportamentos humanos, suggestionados por normas de conduta e destinatários das disposições jurídicas. Assim, a contenção de atividades arriscadas pode ser levada a cabo pelo direito, que se destaca, portanto, como importante instrumento de gerenciamento do desenvolvimento de atividades perigosas. (BOTTINI, 2011, p. 88).

Assim o direito penal passa a direcionar seus normativos à prevenção, responsabilizando mesmo antes de atingir o bem jurídico protegido, punindo a partir de comportamentos potencialmente perigosos. Neste contexto, as normas penais deixam sua materialidade funcional para reprimir a produção do perigo ou ameaça independentemente de resultados concretos.

Diante desta insegurança social, o gestor de riscos utiliza o método coercitivo, punindo severamente o descumprimento dos limites de segurança impostos pelo Estado e garantidos pelo direito penal.

A sociedade anseia por uma maior atuação do direito penal, visto que os outros meios de contenção do risco se mostram inúteis. Portanto, expansão do direito penal é reflexo da sociedade de risco e seus efeitos prejudiciais para a sociedade. Assim, as normas penais estão cada vez mais amplas, com ênfase na proteção a bens jurídicos coletivos, como ao meio ambiente, a saúde pública entre outros. O clamor social pela expansão do direito penal não diz respeito somente à ruptura do modelo atual de produção, mas sim, o gerenciamento dos riscos decorrentes da produção.

É nítida a dificuldade do direito penal em atuar como gerenciador de riscos, pois a ele é imputado o objetivo de conter atividades perigosas, mas não podendo atuar rigorosamente, sob pena que acabar com a estrutura econômica vigente. O risco não deve ser excluído em sua totalidade pelo direito penal, que vem sendo utilizado como manobra política para atender os clamores sociais Bottini (2011, p. 93).

O direito penal do risco demonstra alterações legislativas e dogmáticas, com abrangência em todos os meios de sua atuação. Neste contexto, a legitimidade do direito penal exige a reflexão sobre a real necessidade e seu cabimento, respeitando os limites definidos pela lei, garantindo assim proteção à dignidade humana.

A primeira esfera do direito afetada pelo surgimento do risco é a produção legislativa. A legislação penal ampliou sua forma de atuação, direcionando seus normativos a contextos cada vez mais genéricos, como o sistema econômico e ambiental. Este posicionamento legislativo é oriundo da sociedade de risco, perante seu alto potencial lesivo e a falta dos nexos causais faz com que o legislador penal atue além do indivíduo exposto, mas também para aquele que em risco o colocou.

O direito penal perante o desenvolvimento de novos riscos exige do legislador a criação dos tipos penais de perigo abstrato para tutelar os bens jurídicos indispensáveis à sociedade. O legislador age dessa forma, pois os tipos de perigo abstrato são técnicas de antecipação da incidência da norma, o direito penal propôs punir condutas que descrevem apenas um comportamento não exigindo a lesão de um bem jurídico, sendo delitos de mera atividade.

A dogmática a metodologia penal também sofre mudanças advindas do risco, esse fenômeno fica evidente no tocante a causalidade, visto que o direito penal tradicional direciona a relação de uma conduta ao resultado. Porém, com a dificuldade da ciência para constatar os cursos naturais da ação faz com que a causalidade seja vista de outra forma, a imputação de um resultado a uma conduta.

Esta metodologia não é unânime na doutrina, as propostas da Escola de Frankfurt são opostas as mudanças legislativas e dogmáticas, pois o direito penal de ser restrito e sua incidência devem ser exclusivos aos bens jurídicos indispensáveis a vida. Para Winfried Hassemer (1991, p. 34), o direito penal atual, está procurando minimizar o medo decorrente da sociedade de riscos, logo, afasta sua tradicional função de apenas assegurar uma escala de valores indispensáveis à vida social.

Em discordância com o pensamento de Hassemer a sociedade contemporânea admite a utilização do direito penal como instrumento de controle para enfrentar os novos riscos, sendo assim, propõe a reformulação dos princípios e da dogmática penal clássica. Portanto, defende uma nova legislação penal, que previna antecipadamente situações de perigo, garantindo assim a segurança social. Nesse sentido, Silva Sánchez (2002, p.72) aponta as transformações na dogmática e na prática penal, decorrentes do surgimento de novos riscos, como a criação de tipos penais de perigo abstrato para a redução dos novos riscos.

Destarte que o direito penal deve-se buscar um equilíbrio para evitar que a nossa sociedade se veja desprotegida em frente às ameaças surgidas pela globalização e a intervenção penal seja baseada nas garantias e princípios basilares do direito.

3.3 Dos tipos de perigo

3.3.1 Distinção entre risco e perigo

A sociedade moderna assume a existência de riscos criados por sua própria relação de consumo. A concepção de risco moderno considera que a ação humana pode gerar ameaças para a sociedade como catástrofe e eventos que causam devastação.

Risco e perigo são institutos distintos entre si, o primeiro antecede o segundo. O risco é a percepção humana que demonstra algum perigo futuro, seja pela omissão ou pela continuidade da ação, ou seja, o risco é a aptidão do ser humano em frente às situações de perigo. Bottini (2011, p. 30) demonstra “que não há risco sem potência de perigo, sem iminência de perigo”.

O perigo por sua vez, e visto em dois momentos, o primeiro é caracterizado como perigo subjetivo, que para Niklas Luhmann (1992, p. 37) são causas externas, não podendo ser medido e fogem do controle humano. Entretanto, com o passar dos tempos à ciência criou mecanismos, como a teoria da física quântica que demonstra que os fatores naturais não seguem uma lógica estável, colocando assim, uma objeção ao caráter subjetivo do perigo, segundo esta teoria o perigo deixa do campo subjetivo e passa ostentar uma realidade objetiva. O perigo se apresenta com característica natural e real, portanto, pode ser medido ou quantificado.

A característica objetiva do perigo permite caracterizar o risco como situação que antecede o perigo, como saber do perigo futuro e tomar medidas para evita-lo. Assim, Antony Giddens elucida:

O perigo existe em circunstâncias de risco e é na verdade relevante para a definição do que é risco – os riscos que envolvem atravessar o Atlântico num pequeno bote, por exemplo, são consideravelmente maiores do que se a viagem for feita num grande transatlântico devido à variação contida no elemento de perigo. (GIDDENS, 1991, p. 40).

Cabe salientar que, na doutrina penal, risco e perigo são utilizados em grande parte como sinônimos, para facilitar o entendimento do senso comum. O que não implica estudo aprofundado sobre o tema, para melhor definir e caracterizar as controvérsias sobre o tema. A terminologia entre ambos facilita a compreensão da sociedade de riscos, pois, o risco e o perigo sempre estiveram presentes no contexto social.

3.3.2 Crimes de perigo

São normativos penais em que a descrição do fato típico não dá ensejo ao resultado danoso, o legislador puni somente o perigo exposto ao bem jurídico, por entender que a exposição ao perigo do objeto tutelado é elemento para punir condutas. Crimes de perigo são aqueles que representam a probabilidade de ameaça ou de perigo à segurança dos valores protegidos pelo direito penal.

Para Renato de Mello Jorge Silveira (2003, p. 91) existem duas teorias a subjetiva e a objetiva,

A primeira é baseada em um conceito positivista-naturalístico, que entende que o perigo existe na mente do sujeito que tem uma imagem subjetiva, não real, do mundo, baseando-se através da experiência na possibilidade ou na probabilidade de ocorrência de produção de um resultado lesivo.

Já a teoria objetiva,

Parte do pressuposto que determinadas condutas têm a propriedade de ser, genericamente, perigosas. O caráter perigoso, assim, não seria fruto de uma abstração, mas sim, de que, atendendo-se a múltiplas circunstâncias concorrentes, verificada seria a probabilidade de lesão.

Diante do exposto para a teoria subjetiva é analisada a partir de uma perspectiva *ex ante*, pois já se verifica a existência do perigo, enquanto, na teoria objetiva, prevalece à perspectiva *ex post*, deve-se levar em consideração a realidade em que o delito ocorreu para concluir pela existência ou não do perigo.

Os tipos de perigo são divididos em tipos de perigo abstrato e tipos de perigo concreto que mais adiante serão estudados.

3.3.3 Crimes de perigo concreto

Os crimes de perigo concreto caracterizam-se pela necessidade de comprovação real da existência da criação da situação de perigo ao bem jurídico protegido, ou seja, a ação deve estar na iminência de causar uma lesão ao objeto protegido pela norma. Nesse sentido D'Ávila (2011, p. 9) menciona; “os crimes de perigo concreto particularizam-se por exigir a comprovação in concreto de que o bem jurídico tutelado tenha estado em perigo, o que decorre da específica menção ao termo perigo”.

Portanto, os delitos de perigo concreto são aqueles que requerem a produção de um resultado de real perigo de dano aos bens jurídicos. O agente da ação por meio de sua conduta arriscada gera um resultado danoso ao objeto tutelado. Ou seja, o fundamento para a punição dos crimes de perigo concreto encontra-se na proteção dos bens jurídicos, segundo José Francisco de Faria Costa (1992, p.623); “o legislador querer, sem dúvida proteger um determinado bem jurídico e pode fazê-lo porque considera que o por em perigo é elemento bastante para justificar uma pena criminal”.

Assim, o perigo é real e não presumido, onde a execução da conduta gera o resultado lesivo. Tal ação criminosa se assemelha com os delitos de lesão, visto ser um delito de resultado, mas sua imputação é distinta, pois ao invés de apresentar um resultado de dano os crimes concretos apresentam um resultado de criação de perigo com resultado danoso proibido pela norma.

Para Günther Jakobs (1997, p. 206), os crimes de perigo concreto possuem características além da execução em determinadas situações subjetivas, o autor observa que esta ação gera objetivamente uma situação de perigo para o bem tutelado, e que tais delitos o agente causador da ação possui o conhecimento do perigo que está produzindo ou que vai causar. Portanto, não cabe analogias a respeito da objetividade dos delitos concretos, pois o mesmo carece de efetiva produção de perigo para o objeto da ação.

Dessa forma Claus Roxin (1997, p. 336), os delitos de perigo abstrato na ótica de são aqueles que não precisam do resultado para nortear o tipo penal, castiga-se, portanto, a mera conduta perigosa ou a ação em si³. Contudo, para que se caracterizar os crimes de perigo concreto é necessário a existência de três situações. Primeiramente, a existência do objeto tutelado exposto a perigo de dano; em segundo lugar; a ação deve criar perigo real ao bem jurídico; e em terceiro lugar, sob a ótica do bem jurídico, tal ação deve apresentar-se provável a causação de uma lesão que não pode ser evitada por meio algum.

³ “la realización del tipo presupone que el objeto de la acción se haya encontrado realmente em peligro em El caso individual”. (ROXIN, 1997)

A título de exemplificativo os crimes de perigo concreto estão presentes na Lei 9.605/1998 em seu artigo 54: “causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora”. Presente também no artigo 250 do Código Penal; “Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem [...]”.

Observamos que, a situação concreta de dano ou a possibilidade do mesmo se faz presente na redação do tipo, acarretando perigo aos bens jurídicos tutelados pelo direito penal.

3.3.4 Crimes de perigo abstrato

A configuração da sociedade atual como sociedade de riscos traz para o âmbito jurídico a obrigação de proteger os bens jurídicos de forma distinta do modelo tradicional. O temor da sociedade frente aos riscos oriundos da sociedade contemporânea fez com que o direito penal mudasse seus métodos de prevenção. Diante da vasta produção e seus produtos com grande potencial lesivo, a dificuldade de estabelecer nexos causais, a complexidade para a imputação ao agente, contribuiu para direito penal antecipar a tutela visto, a exposição direta dos riscos aos bens jurídicos tutelados.

Surge assim, os crimes de perigo abstrato, ou de mera conduta perigosa. Diante da insegurança social faz com que o legislador não espere o resultado do injusto para se caracterizar crime. O legislador parte de uma determinada conduta e a considera, por si só, como lesiva ou potencialmente perigosa ao bem jurídico, optando pela norma de prevenção.

Bottini (2011, p. 113), nessa ordem também nos ensina:

O tipo de perigo abstrato é a técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado externo. Trata-se de prescrição normativa cuja completude se restringe à ação, ao comportamento descrito no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato, ao contrário do que ocorre com os delitos de lesão ou de perigo.

O tipo de lesão e de perigo concreto deve estar expresso o injusto no tipo penal, mas com a crescente atmosfera decorrente dos riscos, não se pode esperar o resultado para coibir condutas. Assim os tipos penais de perigo abstrato tomam força no atual cenário social. Os crimes de perigo abstrato vêm sendo frequentemente utilizado pelo legislador penal para tipificar condutas não advindas dos bens jurídicos tradicionais do direito, são condutas voltadas aos novos contextos sociais, trazidos pelo surgimento do risco.

Para se configurar o crime não é preciso à comprovação de perigo real, visto que o mesmo é presumido pela norma, sendo portando, o perigo se encontra na motivação ou a uma exposição. Sendo assim, o perigo não é elemento do tipo penal, pois o mesmo é

presumido, cabe o legislador valorar a periculosidade da ação frente ao bem jurídico, mesmo que tal ação não se concretize.

Assim, para Mendoza Buergo (2001, p. 19-20), os crimes de perigo abstrato punem somente uma conduta perigosa, sem a necessidade de produzir real perigo ao bem jurídico tutelado. O parâmetro de periculosidade é estabelecido pelo legislador, que analisara a conduta e tipificara o delito⁴.

O posicionamento da referida autora nos demonstra que o direito penal influenciado pela sociedade de risco, criou caráter preventivo com escopo na diminuição dos riscos garantindo assim a ordem social.

A definição jurídica para os tipos penais abstratos não terá o real perigo ou a concretização do dano, a punição se impõe ainda que a conduta praticada pelo agente não seja apta a causar nenhum dano ou perigo concreto de dano ao bem jurídico-penal, ou seja, puni o comportamento de ações distintas do previsto na lei. Sendo assim, o legislador atribui aos julgadores a competência de criar normativos para punir antecipadamente condutas, são normas genéricas não previstas na lei. Com esse amplo poder decisório fez nascer as críticas doutrinárias sobre os crimes de perigo abstrato.

Pode-se concluir que os crimes de perigo abstrato são um importante instrumento de prevenção dos riscos oriundos da criminalidade moderna.

4. Análise dos crimes de perigo abstrato frente ao princípio da ofensividade

4.1 O bem jurídico tutelado

Cabe salientar o conceito de bem jurídico para melhor entendimento sobre o princípio da ofensividade. O conceito de bem jurídico-penal fundamenta-se em critérios valorativos e relativos.

São valorativos porque o legislador deve valorar o bem a ser tutelados e relativos, pois a sociedade está em constante mutação e cabe ao direito penal acompanhar as mudanças advindas da sociedade, crescendo assim os bens jurídicos a serem tutelados.

Assim, o bem jurídico é tratado na ordem dogmática interpretativa que diz respeito aos bens jurídicos são definidos pela lei. No sentido político criminal, os bens jurídicos seriam prévios ao direito penal, visto serem, bens essenciais para vida garantindo assim na ordem penal, a proteção efetiva dos bens jurídicos tutelados.

Neste sentido Greco (2004, p. 93), caracteriza o bem jurídico na ordem dogmática como interesse garantido por determinada norma. Já o sentido político criminal o autor demonstra como: “dado necessário para realização pessoal e para a subsistência de um sistema social”.

⁴ “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. [...] viene deducido a través de parámetros de peligrosidad preestablecidos de modo general por el legislador”. (BUERGO, 2000)

Portanto, observamos que o direito penal tutela diversos bens jurídicos, os mais comuns, podemos citar a vida nos crimes de homicídio, o patrimônio nos crimes de roubo entre outros.

Neste contexto analisa Gianpaolo Poggio Smanio (2002, p. 131), que acertadamente enuncia a noção de bem jurídico-penal “como aquela espécie de bem jurídico cuja importância fosse considerada vital para a manutenção da sociedade e que é objeto da proteção das leis penais”.

O jurista Claus Roxin (2006, p. 17-18), descreve o bem jurídico sob os parâmetros do Estado Democrático de Direito:

Em um estado democrático de direito, modelo teórico de Estado que eu tomo por base, as normas jurídico-penais devem perseguir somente o objetivo de assegurar aos cidadãos uma coexistência pacífica e livre, sob a garantia de todos os direitos humanos. Por isso, o Estado deve garantir, com os instrumentos jurídico-penais, não somente condições individuais necessárias para uma coexistência semelhante (isto é, proteção da vida e do corpo, da liberdade de atuação voluntária, a propriedade, etc.), mas também as instituições estatais adequadas para este fim (uma administração de justiça eficiente, um sistema monetário e de impostos saudáveis, uma administração livre de corrupção, etc.) sempre e quando isto não se possa alcançar de forma melhor. Todos esses objetos legítimos de proteção de normas que subjazem a estas condições eu as denomino bens jurídicos.

Observa-se que a intervenção jurídico-penal deve resultar de uma função social do direito penal, que de garantias mínimas de existência pacífica e segura a sociedade. O autor nos demonstra que a finalidade do direito penal em proteger os bens jurídicos tutelados é garantir a ordem e a segurança da sociedade.

Os bens jurídicos são, portanto, bens indispensáveis à vida, ao bem-estar social e tais bens são limitadores para atuação penal. O direito penal só é legítimo agindo em proteção aos objetos por ele tutelado, limitando assim a intervenção estatal.

4.1.2 O princípio da ofensividade

A doutrina caracteriza o princípio em análise como: “Princípio da lesividade” e “Princípio do fato e da exclusiva proteção ao bem jurídico” cabe salientar que tais nomenclaturas são referentes ao princípio da ofensividade.

O princípio da ofensividade não tem previsão expressa no Ordenamento Jurídico vigente, porém Luiz Flavio Gomes destaca que o princípio pode ser extraído em concordância com o artigo 98, inciso I da Constituição Federal de 1998, diz respeito aos Juizados Especiais Criminais para os crimes de menor potencial ofensivo. Assim o autor prevê a clara e manifesta presença da ofensividade na ação delitiva.

Observamos com o referido princípio que o crime não é somente o que o legislador afirma, pois se uma conduta não expor diretamente o bem jurídico ao perigo, não há ação criminosa. Portanto, a ação deve oferecer perigo real e efetivo aos bens jurídicos, pois a falta desses não acarreta crime.

Diante do exposto, pode-se afirmar que a atuação do direito penal está fundamentada na proteção de bens jurídicos e estabelece que só será punido a conduta que afetar expressamente o bem jurídico ora tutelado, o resultado jurídico da conduta passa a ser elemento do fato típico, sendo assim, irrelevantes as ações de mera conduta.

Assim sustenta Fabio D'Ávila (2005, p. 73): “a existência da necessária ofensa como regra constitucional e, por sua vez, a obediência aos caracteres normativos das regras, entre eles a lógica relacional antinômica que estabelece, a partir da validade do preceito, a sua obrigatória aplicação”.

O direito penal tradicional exige para a configuração da intervenção estatal, a existência de uma lesão sofrida pelo bem jurídico, ou seja, sua atuação será legítima somente quando o bem jurídico sofrer alguma ofensa. Assim, Luiz Flavio Gomes (2002, p. 14), decorre: “unicamente o fato ofensivo – lesivo ou concretamente perigoso – a um bem jurídico importante pode ser objeto de criminalização e de sanção penal”.

Esse princípio possui dupla função, segundo Gomes (2002, p. 28). A primeira é de acordo com “político-criminal”, onde o legislador no momento da criminalização da conduta crie tipos penais, que ensejam a alguma ação ofensiva, como lesão ou perigo de lesão. Assim não é permitido que ações que não expõe o bem jurídico a perigo ou dano sejam criminalizadas. A segunda função é interpretativa, pois a incidência da ação deve ser analisada pelo magistrado, dentro dos parâmetros estabelecidos pelos tipos penais.

Seguindo a mesma ordem conceitual, Fernando Capez (2004 p. 26) nos demonstra que o princípio da ofensividade em termos precisos ao conceito de bem jurídico é o instrumento penal garantidor da norma jurídica e limitador dos abusos do Poder Público. Assim o autor nos elucida que o Estado deve agir somente na proteção efetiva dos bens jurídicos tutelados.

Como Paulo de Souza Queiroz (1998, p. 110), nos demonstra:

À decisão de criminalizar-se um certo comportamento, haverá de preexistir uma efetiva transgressão de um interesse, de terceiro, particular, difuso ou coletivo, juridicamente tutelado, devendo, no entanto, ser esse interesse definido, concretamente identificado ou identificável (...). Sem essas condições ou pré-condições, qualquer intervenção penal, a par de ser inútil, é de todo arbitrária”

No mesmo sentido Zaffaroni e Batista (2003, p. 16); o direito penal não pode legitimar sua intervenção punitiva sem medições estabelecidas pela lei, onde a ação delitiva da ação deve causar afetação total ou parcial aos bens jurídicos tutelados. Assim, a norma fica limitada ao exercício da intervenção penal, garantindo melhor aplicação da lei evitando arbitrariedades.

Por força desse princípio não poderia existir qualquer crime sem ofensa ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*). O princípio em síntese possui cunho personalista

advindo do iluminismo, centrado nas normas penais e limitador da função dos magistrados a estrita legalidade. Neste sentido, Lênio Luiz Streck (2001, p. 54) nos demonstra que a lesão concreta ao bem jurídico é que pode gerar a interferência do Estado, pois caso contrário, o Estado estará intervindo de forma errônea no âmbito social. Violando assim, os princípios da proporcionalidade e da dignidade humanos garantidos pelo Estado Democrático.

A doutrina em concordância com o Estado Democrático de Direito traça os preceitos constitucionais do princípio da ofensividade. As normas penais de acordo com Roberto D'Ávila (2005, p. 65-66), tem como objeto, a proteção dos bens jurídicos a fim de organizar e garantir harmonia na sociedade, como base no princípio do Estado de Direito. Tal princípio é garantidor, pois diz respeito que tipos penais devem representar ofensa ao objeto tutelado, que se mantem carente de tutela estatal.

Nesse contexto Luiz Flavio Gomes (2002, p.89) instrui:

Em um Estado Constitucional que se define, com efeito, como democrático e de Direito, e que tem nos direitos fundamentais seu eixo principal, não resta dúvida que só resulta legitimada a tarefa de criminalização primária se recair sobre condutas ou ataques concretamente ofensivos a um bem jurídico, e mesmo assim não todos os ataques, se não unicamente os mais graves.

Analisados os preceitos doutrinários observamos que a atuação estatal é limitada, pelo princípio da ofensividade, no tocante a tipificação de condutas e quanto à criminalização praticada pelo Estado. Desta forma, o princípio da ofensividade é de suma importância para a estruturação do Estado, garantindo o devido agir do mesmo nos parâmetros da Lei. Assim, não havendo legítima ação danosa ou perigo ao bem jurídico, não deveria haver conduta incriminadora.

4.2 Dos crimes de perigo abstrato frente ao princípio da ofensividade

Os crimes de perigo abstrato como norma jurídica penal, restringe somente a ação não importando o resultado de dano ou perigo efetivo ao bem jurídico. Tal crime contrasta com o enunciado do Direito Penal clássico *nullum crimen sine injuria* afetando assim, o princípio constitucional da ofensividade. Visto ser o princípio que delimita a criminalização e atuação dos magistrados, onde a ação reside com efetivo dano ou exposição ao perigo do bem jurídico tutelado.

Neste sentido, a doutrina diverge sobre a constitucionalidade dos tipos de perigo abstrato.

Para Walter Coelho (1991, p. 102), o direito penal tem como objetivo desde que mínima situação perigosa como nos fatos de contravenção, passando pelos crimes de perigo podendo ser os mesmos iminentes ou próximos, até a efetiva lesão do bem jurídico. Assim para o autor, não há distinção se o perigo ocorreu ou deixou de ocorrer, pois a norma penal age tanto na prevenção como na repressão.

O direito penal preventivo requer novas formas de penalização, sob a égide do perigo, para que se torne uma prevenção efetiva, não esperando o dano concreto para posterior ação penal, ou seja, para a proteção dos bens jurídicos advindo da sociedade moderna ou sociedade do risco o direito penal preventivo é o meio mais ágil para se combater o injusto de forma antecipada.

Assim a criação dos crimes de perigo abstrato no conceito de Ângelo Roberto Ilha da Silva (2003, p. 87-88), diz respeito que o bem jurídico tutelado por tal tipo penal não pode ser oposto dos definidos por Lei. Ou seja, os bens tutelados pelos crimes de perigo abstrato devem ser coerentes com os princípios estabelecidos pela Constituição. O doutrinador dita que a natureza dos bens coletivos, tais como de ordem econômica e ambiental sem esperar o resultado final, que pode acarretar danos irreparáveis, portanto a antecipação da tutela penal se torna legítima.

Nesse diapasão conceitua Fernando Capez (2004 p. 26-27):

Entendemos que subsiste a possibilidade de tipificação dos crimes de perigo abstrato em nosso ordenamento legal, como legítima estratégia de defesa do bem jurídico contra agressões em seu estágio ainda embrionário, reprimindo a conduta, antes que ela venha a produzir um perigo concreto ou um dano efetivo. Trata de cautela reveladora de zelo do Estado em proteger adequadamente certos interesses. Eventuais excessos podem, no entanto, ser corrigido pela aplicação do princípio da proporcionalidade.

Assim o autor nos mostra que o direito penal deve acompanhar o contexto social em que está inserido, pois a sociedade vive em intensa transformação não pode o direito penal ficar ultrapassado frente a nova sociedade. Trata-se, portanto, da preocupação estatal em garantir segurança e proteção à sociedade.

Em concordância Pierpaolo Bottini (2011, p. 174-175) analisa sob a ótica sistêmica, visto que o direito penal deve formular seus normativos de acordo com as necessidades da sociedade para assim proteger efetivamente os bens jurídicos tutelados.

Apenas sobre a construção sistemática o direito penal não ficara ultrapassado, seus normativos refletiram na gestão de riscos advindos da sociedade contemporânea.

O direito penal e seus institutos para seu devido funcionamento devem ser analisados em concordância com o modelo de organização social ao qual tutela. Sendo assim, o direito penal tem o objetivo de preservar o devido funcionamento da sociedade.

Nesta concepção funcionalista Bottini (2011, p. 173):

Os institutos que compõem o sistema penal, como a ação, a relação de causalidade, os critérios de imputação, o conteúdo do dolo, da antijuridicidade, da culpabilidade e outros não estabelecidos aprioristicamente, como conceitos fechados e absolutos, aplicáveis aos fatos concretos por meio de uma mera operação logico-racional formal, mas não construídos e interpretados de acordo com sua finalidade de manter a

estabilidade da organização social sobre a qual se projetam.

Portanto, seguindo o pensamento do referido autor o direito penal não simplesmente positivista, onde as condutas devem ser tipificadas somente na lei. Pelo contrário, nos mostra que o sistema penal é aberto e funcional, seus normativos devem ser interpretados de acordo com o contexto social existente.

Porém, as normas penais preventivas não são unânimes na doutrina, principalmente se a prevenção preterir garantias fundamentais previstas na Constituição. Fato notório observado na verificação da constitucionalidade dos tipos de perigo abstrato frente ao princípio da ofensividade.

Nesta ordem Alice Bianchini (2002, p. 65), não há razão para o crescimento exacerbado das normas preventivas e da proteção antecipada ao bem jurídico, tal fato é visto nos tipos de perigo abstrato onde o bem jurídico se torna amplo. Deixando assim de exercer sua função de legitimação e limitação do direito penal. Transformando de direito penal protetor dos bens jurídicos em o direito penal do perigo.

Não significa proteger efetivamente os bens jurídicos antes da ação em si, pois não havendo lesão ou o dano não há o que se proteger. Assim o direito penal da prevenção é inócuo, pois age quando não é preciso sua intervenção.

Portanto, existem condutas que o direito penal não deve se ocupar, por que o mesmo é protetor dos bens jurídicos e somente a exposição efetiva do mesmo caberá à intervenção do direito. Abstrai-se, portanto que o direito penal não deveria se ocupar com os tipos de perigo abstrato, nas lições de Jorge de Figueiredo Dias (2002, p. 33), o direito penal não deve tipificar condutas que, não em face de dano ou perigo concreto, pois ao contrário não estará protegendo bem jurídico algum, agindo dentro de áreas que não é de sua competência, discordando assim, os tipos de perigo abstrato.

O princípio da ofensividade que prevê expressamente o dano ou o perigo real na ação delitiva é dito, como limitador dos normativos penais, pois o direito penal deve agir somente na exposição efetiva de perigo aos bens jurídicos, não criminalizando meras condutas que não acarretam lesão ou perigo ao objeto tutelado. Agindo assim somente em concordância com o princípio da ofensividade, pois o direito penal não tem o dever de agir em condutas meramente subjetivas.

Assim destaca Guilherme de Souza Nucci (2007 p. 74):

O Estado deve respeitar a esfera íntima do cidadão. Se o fizer, haveria respeito à intervenção mínima e, como consequência, ao princípio da ofensividade. Em outras palavras, não é de todo bem jurídico protegido que merece proteção do Direito penal. Há outros ramos do direito para isso. Portanto, devemos encontrar situações ofensivas a determinados bens, mas inofensivas em matéria penal.

Sobre a constitucionalidade aqui analisada em concordância com os princípios constitucionais, nos mostra que somente com a lesão concreta ou efetivo perigo de lesão

ao bem jurídico permite a intervenção do Estado, não podendo assim o Estado punir condutas em abstrato.

A lei não pode presumir fatos ou o perigo como algo específico da conduta, pois assim deixa o magistrado desobrigado de provar a ação concreta. Fato este que contradiz com o princípio da presunção de inocência. Cabe salientar que seja o princípio da ofensividade ora aqui estudado, seja pelo princípio da presunção de inocência, ambos os princípios decorrem do princípio da dignidade humana que diz respeito ao princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

Os crimes de perigo abstrato são baseados em mera presunção, tipificados somente na conduta do agente, há uma violação não só aos princípios da ofensividade e da presunção de inocência, mas fundamentalmente o princípio da dignidade humana.

Os tipos de Perigo Abstrato são fontes de debates doutrinários, acarretando sérios problemas na interpretação e aplicação da lei, pois com seu método é contrário aos princípios tradicionais do direito penal.

O posicionamento da jurisprudência por sua vez, garante a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, usados frequentemente pelo legislador para tipificar condutas oriundas da sociedade moderna, sociedade de riscos. São decisões voltadas ao entendimento que se o crime é classificado como de perigo abstrato, não é necessária a comprovação de efetiva lesão aos bens jurídicos tutelados, pois a criminalização está na conduta não no resultado.

Desta forma é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, demonstrando que os crimes de perigo abstrato são a forma imediata de proteção ao bem jurídico.

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART.14 DA LEI 10.826/03. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. TIPICIDADE DA CONDUTA.

RECURSO IMPROVIDO. 1. A segurança coletiva é o objeto jurídico imediato dos tipos penais compreendidos entre os artigos 13 ao 18 da Lei 10.826/03, com quais visa o legislador, mediatamente, proteger a vida, integridade física, a saúde, o patrimônio entre outros bens jurídicos fundamentais. 2. Consoante o firme entendimento do Supremo Tribunal de Justiça, tais crimes são de perigo abstrato, do que se conclui ser presumida a ofensividade da conduta ao bem jurídico tutelado. 3. As condutas do art. 14, da Lei 10.826/03 (porte de arma de fogo de uso permitido) não estão acobertadas pela hipótese de "atipicidade momentânea", razão pela qual o prazo do art.30 da Lei 10.826/03, com redação dada pela Lei11.706/08, a elas não se refere. 4. Recurso improvido (RHC 21423/SP).

Em mesmo sentido o Supremo Tribunal Federal nos garante a constitucionalidade dos crimes de perigo Abstrato:

PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PORTE DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 14 DA LEI 10.826/03. TIPICIDADE RECONHECIDA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. RECURSO DESPROVIDO. I. A objetividade jurídica da norma penal transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da liberdade individual e do corpo social como um todo, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança coletiva que a Lei propicia. II. Mostra-se irrelevante, no caso, cogitar-se da eficácia da arma para configuração do tipo penal em comento, isto é, se ela está ou não municada ou se a munição está ou não ao alcance das mãos, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para cuja caracterização o resultado concreto da ação. III. Recurso desprovido (RHC 90197/DF).

Contudo, o tema proposto é de suma importância tratando da constitucionalidade da aplicação dos crimes de perigo abstrato. Porém as divergências sobre o tema fica a cargo da doutrina, visto que os tipos de perigo abstrato são usados nas decisões dos Tribunais de suma competência jurídica e sua constitucionalidade não é discutida e sim aplicada. De acordo com o contexto social proveniente dos riscos, as normas penais tomam novos contornos político- normativo, protegendo antecipadamente os bens jurídicos tutelados.

5. Conclusão

O avanço da técnica e conseqüentemente o aumento da modernidade no atual modelo social, principalmente das atividades produtivas, nas relações econômicas, nas relações de consumo, o acesso à informação, ocasionou a intervenção do Estado na vida das pessoas pelo alto teor do risco presente na sociedade contemporânea. Assim, a ciência jurídica criminal teve novos contornos normativos e dogmáticos.

Devido esta transformação, o direito penal se tornou preventivo com a tutela antecipada em determinados tipos penais. Com o objetivo de tranquilizar a opinião pública e o sentimento de insegurança da sociedade. Desde modo, há uma ruptura como direito penal clássico, visto ser o mesmo um direito positivo, com princípios e normas expressas na lei delimitando ao máximo a atuação jurídico-penal, pois o direito penal dever ser utilizado somente em última instância.

Com expansão do direito penal decorrente da sociedade de risco, passou-se a tipificar condutas não advindas dos bens jurídicos tradicionais, o direito penal propôs punir condutas que descrevem apenas uma conduta sem exigir a lesão ou perigo de lesão ao objeto tutelado. Essa nova tipificação é elucidada como crimes de perigo abstrato, que são delitos de mera conduta ou de mera atividade.

O legislador pautado pela probabilidade do risco começou a criminalizar condutas sem o preciso resultado final, pois a demora na intervenção penal pode acarretar prejuízos irreparáveis à ordem pública.

O direito penal assim tornou-se o mecanismo de gerenciamento de riscos. Porém, sua atuação não é ampla contra a exclusão dos riscos, o direito penal deve conter os riscos antes mesmo de serem produzidos, mas sua exclusão total seria prejudicial à ordem econômica e política. A sociedade atual é em sua totalidade uma sociedade de risco, as atividades industriais, a produção em larga escala, o manejo de novas tecnologias é baseado sobre o risco a exclusão efetiva do risco acarretaria grande perda ao Estado, afetando diretamente na economia e na ordem social.

A modernização do direito penal trouxe várias divergências doutrinárias, principalmente, no tocante aos crimes de perigo abstrato e sua aplicação. A doutrina clássica demonstrar ser totalmente inconstitucionais os tipos penais de perigo abstrato, pois o mesmo não requer a produção final a ação, puni apenas condutas, violando assim o princípio da ofensividade.

Assim, a prevenção do Estado por meios dos crimes de perigo abstrato é um direito que se opõe ao princípio da ofensividade, que prevê expressamente a lesão ou real perigo de lesão ao bem jurídico tutelado, não pode o direito penal agir subjetivamente na conduta sem que a mesma gere perigo ao objeto tutelado. A lesão ou efetivo perigo de lesão delimita a ação do legislador somente ao caso concreto, garantindo assim um direito penal coeso e sem arbitrariedades.

Destarte que os crimes de perigo abstrato são de suma importância para o atual cenário social, pois os riscos globais são refletidos diretamente na sociedade gerando assim insegurança e o medo. Desta forma, direito penal como protetor dos bens jurídicos deve acompanhar o contexto social no qual está inserido e para garantir a efetiva proteção ao objeto tutelado se faz necessário a utilização dos crimes de perigo abstrato. A sociedade não suporta espera do resultado final de lesão ou dano para somente depois o Estado intervir, a sociedade anseia por mudanças sociais e jurídicas, assim os crimes de perigo abstrato trazem para a sociedade o sentimento de justiça e segurança.

6. Referências bibliográficas

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BICUDO, Tatiana Viggiani. A globalização e as transformações no direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 6, n. 23, jul./set. 1998, p. 98.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes perigo abstrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus 21423/SP. Recurso Ordinário em Habeas Corpus 2007/0130597-4**. Relator(a): Ministro Arnaldo Esteves Lima. Órgão Julgador: Quinta Turma. Data do Julgamento: 18/06/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus 90197/DF**. Relator (a): Ministro Ricardo Lewandowski. Órgão julgador: Primeira Turma. Data do Julgamento: 09/06/2009.

BUERGO, Blanca Mendoza. **Limites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto**. Granada: Comares, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2004.

- COELHO, Walter. **Teoria geral do crime**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- COSTA, Jose Francisco de Faria. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Editora, 1992.
- D'AVILA, Fabio Roberto e DARCIE, Stephan Doering. Algumas reflexões sobre os crimes de perigo concreto. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 18, n. 218, p. 08-09, jan. 2011.
- _____. **Ofensividade e crimes omissivos próprios**. Coimbra: Coimbra, 2005.
- GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Unesp, 1991.
- GOMES, Luiz Flávio. **Princípio da ofensividade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GORDILLO, Agustín. **Princípios gerais de direito público**. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- GRECO, Luís. Principio da Ofensividade e Crimes de Perigo Abstrato. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 12, jul./ago. 2004.
- GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 4.ed. Niterói: Impetus, 2009.
- HASSEMER, Winfried. **Derecho penal simbolico y protección de bienes jurídicos: pena y Estado**. Barcelona: Fasc, 1991.
- JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general**. 2.ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Guadalajara: Walter de Gruyter Co, 1992.
- _____. **Sociologia do Direito**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal: parte geral: parte especial**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- _____. **Do caráter subsidiário do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Tradução de André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. **Derecho penal: parte general**. 2.ed. Madrid: Civitas, 1997. t.1.
- SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal supra-individual: interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. A tutela penal constitucional. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 10, n. 39, jul./set, 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 TEC**, São Paulo, ano 1, n. 01, p. 52/63, 2001.

ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N.; ALAGIA, A. et al. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.