

DIEGO ALAN SCHÖFER ALBRECHT

**CRIMES DE PERIGO CONCRETO: CRITÉRIOS DE ACERTAMENTO E
FUNDAMENTOS MATERIAIS**

Dissertação para fins de cumprimento de requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências Criminais pelo Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Orientador: Professor Doutor Fabio Roberto D’Avila

Porto Alegre (RS)

2011

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A341c

Albrecht, Diego Alan Schöfer

Crimes de perigo concreto: critérios de acerto e fundamentos materiais. / Diego Alan Schöfer Albrecht. – Porto Alegre, 2011.

148 f.

Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Faculdade de Direito - PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila

1. Direito Penal. 2. Crimes de Perigo Concreto. 3. Ofensividade. 4. Fundamentação Onto-Antropológica. 5. Ofensa de Cuidado-de-Perigo. I. Título. II. D'Avila, Fabio Roberto

CDD 341.59

Ficha elaborada pela bibliotecária Anamaria Ferreira CRB 10/1494

RESUMO

Vinculada à linha de pesquisa sistemas jurídico-penais contemporâneos, do programa de pós-graduação em ciências criminais – Mestrado – da PUC/RS, o presente trabalho tem por objeto os crimes de perigo concreto. Reconhecendo que o progresso tecnológico e a incessante busca pela segurança contribuem para a proliferação dos crimes de perigo, a investigação em questão, assumindo uma compreensão onto-antropológica do direito penal e admitindo a ofensividade como requisito comum a todas as espécies delitivas, busca estabelecer os elementos que permitem chegar a uma noção de perigo materialmente válida, na perspectiva do direito penal. Visa-se, ademais, a definir os traços caracterizadores e os critérios de acerto dos crimes de perigo concreto e da sua respectiva forma de ofensa, a ofensa de concreto pôr-em-perigo.

Palavras-chave: Crimes de perigo concreto. Ofensa de concreto pôr-em-perigo. Critérios de acerto. Ofensividade. Direito penal de base onto-antropológica.

RESUMEN

Vinculada a la línea de pesquisa sistemas jurídico-penales contemporáneos, del programa de pos grado en ciencias criminales – Maestría – de PUC/RS, la presente investigación tiene por objeto los crímenes de peligro concreto. Reconociendo que el progreso tecnológico y la incesante búsqueda por la seguridad contribuyen para la proliferación de los crímenes de peligro, la investigación en cuestión, asumiendo una comprensión onto-antropológica del derecho penal y admitiendo la ofensividad como requisito común a todas las especies delictivas, procura establecer los elementos que permitan llegar a una noción de peligro materialmente válida, en la perspectiva del derecho penal. Se visa, además, a definir los rasgos caracterizadores y los criterios de accertamiento de los crímenes de peligro concreto y de su perspectiva forma de ofensa, la ofensa de concreto poner-en-peligro.

Palabras-llave: Crímenes de peligro concreto. Ofensa de concreto poner-en-peligro. Criterios de accertamiento. Ofensividad. Derecho penal de base onto-antropológica.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----|
| INTRODUÇÃO | 12 |
| 1 O FUNDAMENTO ONTO-ANTROPOLÓGICO DO DIREITO PENAL. ILÍCITO-TÍPICO DE BASE MATERIAL E POSSÍVEIS FORMA DE OFENSA. EM ESPECIAL, A CATEGORIA PERIGO/VIOLAÇÃO E O SEU PROCESSO DE CONSOLIDAÇÃO COMO FIGURA OFENSIVA | 14 |
| 1.1 Reflexões sobre a relação onto-antropológica de cuidado de perigo e sua ressonância no ilícito penal: os distintos níveis de ofensividade | 14 |
| 1.2 A incriminação do perigo no curso da história | 24 |
| 1.3 O conceito de perigo na perspectiva do direito civil. Uma breve análise a partir de um dos defeitos do negócio jurídico: o <i>estado de perigo</i> | 27 |
| 2 O PERIGO NO DIREITO PENAL: TEORIAS EXPLICATIVAS, CONCEITO E FUNDAMENTOS MATERIAIS | 33 |
| 2.1 O conceito de perigo na perspectiva penal | 33 |
| 2.1.1 Teorias subjetiva e objetiva | 35 |
| 2.1.2 Definição normativa: o perigo como categoria jurídico-penal autônoma e o real-construído como dimensão de análise | 42 |
| 2.1.3 A determinação do perigo penalmente relevante | 63 |
| 2.1.3.1 Os critérios para a aferição da relevância penal da probabilidade de dano | 64 |
| 2.1.3.2 O âmbito de proteção do tipo: a interpretação teleológica dos tipos penais como critério limitador das situações perigosas penalmente relevantes | 82 |
| 3 OS CRIMES DE PERIGO CONCRETO. A OFENSA DE CONCRETO PÔR-EM-PERIGO E OS RESPECTIVOS CRITÉRIOS DE ACERTAMENTO | 97 |
| 3.1 A ofensa de concreto pôr-em-perigo e os respectivos traços caracterizadores | 98 |
| 3.2 O juízo de perigo: os critérios de acertamento dos crimes de perigo concreto | 107 |
| 3.2.1 As perspectivas espirituais e os momentos do juízo de perigo nos crimes de perigo concreto: a necessidade de um juízo bidimensional | 109 |
| 3.2.1.1 O juízo <i>ex ante</i> | 112 |
| 3.2.1.2 O juízo <i>ex post</i> : o resultado de perigo concreto e as respectivas tentativas teóricas de explicação | 114 |
| 3.2.2 As bases do juízo | 123 |

| | |
|---|-----|
| <i>3.2.2.1 A base ontológica: os dados fáticos a serem considerados no juízo de perigo</i> | 123 |
| <i>3.2.2.2 A base nomológica: as leis científicas a serem consideradas no juízo de perigo</i> | 130 |
| CONCLUSÃO | 136 |
| REFERÊNCIAS | 141 |

INTRODUÇÃO

Sobretudo a partir do final da década de sessenta do século passado, o mundo tem testemunhado um processo ou fenômeno de consolidação e expansão dos chamados crimes de perigo. Independentemente da espécie delitiva considerada – concreto, abstrato ou abstrato-concreto –, o fato é que, inegavelmente, esse gênero de crime tem angariado um espaço cada vez mais significativo em termos dogmáticos. Todavia, a quase totalidade das elaborações teóricas dedica-se à análise dos crimes de perigo abstrato, o que é perfeitamente compreensível, visto que se trata da espécie situada na zona de maior tensão em termos de ofensividade e, por conseguinte, a que apresenta maiores problemas no que tange à sua legitimidade.

Na contramão da aludida tendência, a presente investigação visa a esmiuçar os crimes de perigo concreto. Assumindo desde logo uma compreensão de base onto-antropológica do direito penal, que vislumbra no desvalor de resultado, entendido como a necessária ofensa a interesses objetivos, o ponto crucial do ilícito-típico, o estudo que segue pretende, em síntese, a partir de uma análise sistematizada de temas importantes, estabelecer os traços caracterizadores dos crimes de perigo concreto e da sua respectiva ofensa, bem como os respectivos critérios de acerto, de modo a distingui-los materialmente em face dos delitos de perigo abstrato.

Para tanto, o trabalho a que ora damos início encontra-se assim estruturado. No primeiro capítulo, exporemos, de forma sumária, a nossa teoria de base, precisamente a concepção onto-antropológica de Faria Costa, que nos permitirá obter um adequado fundamento material para o direito penal. A partir dela, constataremos a (re)valorização do desvalor de resultado e o seu consequente alçamento à condição de pedra angular do ilícito-típico. Em seguida, faremos uma digressão acerca do processo de consolidação histórica do perigo como

categoria dogmático-penal autônoma. Por fim, analisaremos o conceito de perigo à luz de um instituto do direito civil, precisamente o *estado de perigo*.

No segundo capítulo, analisaremos o conceito de perigo exclusivamente na perspectiva do direito penal. Em um momento inicial, veremos os contornos e as imperfeições das teorias surgidas no intuito de explicá-lo, especialmente a subjetiva e a objetiva. Na sequência, veremos os traços fundamentais da noção normativa de perigo, a única que hoje pode ser aceita no âmbito do direito penal. Por fim, exporemos os elementos por meio dos quais é possível aferir a relevância penal de um perigo, nomeadamente a técnica de tipificação, a importância do bem jurídico, a magnitude da ofensa e o âmbito de proteção do tipo.

No terceiro e último capítulo chegaremos ao ponto mais importante do trabalho. Nele esmiuçaremos os crimes de perigo concreto e a sua respectiva ofensa. Uma vez visto que esta espécie delitiva corresponde a uma específica técnica de tipificação, consistente na inclusão do perigo como elemento típico, tentaremos entender qual é a verdadeira repercussão desta técnica, o que inapelavelmente nos remeterá à destrição da ofensa que lhes é própria, a ofensa de concreto pôr-em-perigo. Em seguida, discutiremos as perspectivas espirituais e os momentos do juízo de perigo nessa espécie delitiva, que se destaca pela exigência de uma dupla dimensão de análise. Ao final, estabeleceremos as bases ontológica e nomológica a serem consideradas no juízo de perigo.

CONCLUSÃO

Com base nas ideias apresentadas ao longo do estudo, respeitada a ordem sequencial dos temas analisados, cremos ser possível apresentar as seguintes ponderações:

Capítulo 1

Primeira: a ciência penal pode ser pensada, compreendida e estruturada a partir de duas realidades fundamentais: a pena e o ilícito. A primeira opção remete a uma leitura funcionalista do direito penal, ao vislumbrá-lo como mero instrumento para a satisfação de determinados fins. A segunda opção, da qual se origina a fundamentação onto-antropológica do direito penal formulada por Faria Costa e por nós endossada, eleva o desvalor de resultado, consistente, em termos dogmáticos, na ofensa a interesses objetivos, à condição de pedra angular do ilícito-típico. O ilícito-típico deixa, desse modo, de se contentar apenas com os requisitos formais da tipicidade, e passa a constituir uma categoria materialmente informada pela noção de ofensividade.

Segunda: o direito penal encontra o seu fundamento na primeira relação comunicacional de raiz onto-antropológica, na relação de cuidado-de-perigo, a qual é caracterizada por uma matriz ontológica, por um ontologismo social de raiz heideggeriana. Uma tal compreensão do direito penal visa a transportar ou expandir a noção de cuidado para o âmbito das relações sociais, de modo a propiciar a formação de uma teia de cuidados recíprocos. É na ruptura dessa teia de relações de cuidado, objetivada por meio de valores convertidos em bens jurídico-penais, que o ilícito penal encontra o seu fundamento.

Terceira: a consequência fundamental de tal compreensão do direito penal é a de que a categoria do ilícito precede, necessariamente, à do tipo, dando ensejo à criação do chamado

ilícito-típico, porquanto o tipo penal mais não é do que um instrumento de concretização do ilícito penal.

Quarta: a partir disso, é possível estruturar a ofensividade em distintos níveis, distinção que decorre não em razão da maior ou menor importância, mas das diferentes formas de afetação negativa do bem jurídico. Os níveis de ofensividade são o dano/violação e o perigo/violação, este último subdividido em ofensa de concreto pôr-em-perigo e ofensa de cuidado-de-perigo.

Quinta: os crimes de perigo têm se proliferado com o passar dos anos. No entanto, a consolidação do perigo como categoria jurídico-penal autônoma submeteu-se a um longo processo histórico.

Sexta: para o reconhecimento do estado de perigo previsto pelo Código Civil brasileiro, por vezes é necessário um perigo dotado de consistência objetiva, por vezes é suficiente um mero perigo subjetivo, de acordo com a natureza da contraprestação à obrigação excessivamente onerosa assumida.

Capítulo 2

Primeira: a importância do perigo transcende o âmbito dos crimes de perigo, visto que se trata de noção importante para outros segmentos e temas do direito penal, a exemplo da causalidade adequada, da imputação objetiva, das discriminantes, do risco permitido e da teoria da tentativa etc.

Segunda: as teorias *subjetiva* – que, ligada a uma compreensão excessivamente causal-naturalista do mundo, entende o perigo como uma projeção equivocada dos fatos –, e *objetiva* – que compreende o perigo como um *ens reale*, como uma propriedade ínsita a determinadas condutas –, que visam a explicar o perigo, encontram-se hoje superadas, sobretudo por confundirem o conceito do perigo, enquanto situação, e o perigo como juízo.

Terceira: o limite ou sentido normativo que se antepõe aos anseios da política criminal, cujo objetivo é conter a criminalidade, pode ser vislumbrado na noção de ofensividade, informadora do ilícito penal, o que nos obriga a reconhecer que a categoria da ilicitude precede à da tipicidade. A ofensividade corresponde, nesse contexto, à transposição, para o

nível dogmático, da relação de cuidado-de-perigo sobre a qual repousa o fundamento do direito penal.

Quarta: em termos normativos, o perigo pode ser compreendido como um estágio do decurso causal em relação ao qual é legítimo prever a possibilidade de ocorrência de um resultado desvalioso. Logo, não haverá perigo se o resultado for certo ou, ao contrário, impossível. O perigo não deve ser compreendido como um mero prolongamento do dano, mas, antes, constitui uma forma de ofensa legítima e dotada de desvalor próprio.

Quinta: para que possamos falar em perigo penalmente relevante, é necessário que haja, pelo menos, uma ofensa de cuidado-de-perigo, consubstanciada na ideia de *possibilidade não-insignificante de dano ao bem jurídico*, conclusão a que chegamos após aderir a proposta de D'Avila para o acertamento da ofensa própria dos crimes de perigo abstrato, precisamente a categoria limite.

Sexta: para a aferição do perigo penalmente relevante, temos de analisar, em primeiro lugar, a técnica de tipificação utilizada, a qual é responsável por estabelecer o grau de transitividade mínimo exigido. Em seguida, devemos avaliar a importância do bem jurídico e a magnitude da ofensa, critérios que são reunidos em um instituto jurídico, precisamente o *risco permitido*, que pode servir de parâmetro para a averiguação do perigo penalmente relevante. Por fim, tendo em vista que o direito penal não visa a combater todos os perigos existentes, temos de analisar a situação concreta à luz do âmbito de proteção do específico tipo penal, de forma a conferir-lhe uma interpretação teleológica e, conseqüentemente, restritiva.

Capítulo 3

Primeira: os crimes de perigo concreto distinguem-se dos de perigo abstrato em razão de uma diferente técnica de tipificação, consistente na expressa previsão típica do perigo. Mais do que uma simples distinção formal, a inclusão do perigo como elemento típico impõe que, no caso concreto, o julgador verifique a efetiva ocorrência de um resultado de perigo para um concreto bem jurídico.

Segunda: a ofensa própria dos crimes de perigo concreto, a ofensa de concreto pôr-em-perigo, cujos dois elementos fundamentais são a entrada do bem jurídico no raio de eficácia da

conduta perigosa e o atingimento de sua tranquilidade existencial, caracteriza-se pelo quase-impacto físico entre a fonte de perigo e o bem jurídico tutelado ou a sua expressão fenomênica. Daí por que o perigo concreto, vislumbrado como uma *crise aguda* do bem jurídico, ser compreendido como um valor da realidade ou como uma realidade social, dada a sua perceptibilidade.

Terceira: o accertamento dos crimes de perigo concreto e da sua respectiva ofensa pressupõe a realização de um juízo duplo, de uma análise bipartida da causalidade potencial. Em primeiro lugar, deve-se constatar, por meio de um prognóstico emitido *ex ante*, a existência de uma alta probabilidade de dano ao bem jurídico, à qual estará submetido o juízo *ex post* seguinte. Em seguida, a *Erschütterung* do bem jurídico, o resultado de perigo concreto deve ser avaliado por meio de um juízo *ex post*, cuja finalidade é verificar a entrada do bem jurídico no raio de eficácia da conduta e o atingimento de sua tranquilidade existencial, e que pressupõe o completo domínio do desenvolvimento causal.

Quarta: não obstante forneçam critérios aparentemente claros e possam servir de parâmetro para a afirmação de um perigo concreto, as diversas teorias explicativas surgidas com este desiderato não podem ser adotadas cegamente. A função do juízo *ex post* é verificar o contato do bem jurídico com a fonte de perigo e o abalo de sua tranquilidade existencial, o que não depende, necessariamente, da natureza das circunstâncias que impediram o resultado lesivo, elemento no qual ditas teorias baseiam suas ideias.

Quinta: em relação às circunstâncias fáticas a serem consideradas no juízo de perigo, temos que a base ontológica deve ser fruto de uma síntese entre o *juízo ex ante de base ontológica total*, que determina a utilização de todos os dados fáticos existentes ao momento da conduta típica, independentemente do momento de seu conhecimento, e o *juízo ex post de base ontológica total*, que impõe a utilização de todos os conhecimentos disponíveis por ocasião do juízo, independentemente do momento de seu surgimento ou atuação.

Sexta: em relação à base nomológica, temos que o juízo de perigo pressupõe a utilização de leis universais e, principalmente, de leis estatístico-probabilísticas. Nesse aspecto, adotamos o emprego do método *ex post*, que impõe a utilização de todas as leis disponíveis ao momento do juízo, com uma pequena matização. Quando se tratar de leis referentes a fenômenos regidos pelo princípio determinístico, elas devem ser utilizadas em qualquer caso, vez que

existentes desde sempre. Ao contrário, quando se tratar de leis relacionadas a fenômenos regidos pelo princípio indeterminístico – fenômenos sociais e psicológicos –, elas devem ser utilizadas apenas se vigentes ao momento do fato típico, vez que submetidas à criatividade humana.

