

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA – UFU
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO - CMDIP

TÚLIO ARANTES BOZOLA
tulio.bozola@uol.com.br

OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO:
critérios para sua legitimação no âmbito da sociedade de riscos

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

Uberlândia/MG
2014

TÚLIO ARANTES BOZOLA

**OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO:
critérios para sua legitimação no âmbito da sociedade de riscos**

Dissertação apresentada como requisito para a obtenção do Título de Mestre no Programa de Mestrado em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, sob a orientação do Prof. Dr. Fábio Guedes de Paula Machado.

**Uberlândia/MG
2014**

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

B793c Bozola, Túlio Arantes, 1979-
2014 Os crimes de perigo abstrato no direito penal contemporâneo :
 critérios para sua legitimação no âmbito da sociedade de riscos / Túlio
 Arantes Bozola. - 2014.
 176 f.

 Orientador: Fábio Guedes de Paula Machado.
 Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
 Programa de Pós-Graduação em Direito.
 Inclui bibliografia.

 1. Direito - Teses. 2. Direito penal - Teses. 3. Crime de perigo
 abstrato - Teses. I. Machado, Fábio Guedes de Paula. II. Universidade
 Federal de Uberlândia, Programa de Pós-Graduação em Direito. III.
 Título.

CDU: 340

TERMO DE APROVAÇÃO

OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO: critérios para sua legitimação no âmbito da sociedade de riscos

TÚLIO ARANTES BOZOLA

Orientador: Prof. Dr. Fábio Guedes de Paula Machado
Universidade Federal de Uberlândia

Prof. Dr. Paulo César Busato
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão
Universidade Federal de Pernambuco

Uberlândia, 21 de fevereiro de 2014.

Aos meus pais, por todos os valores
transmitidos.
À amada Priscila, minha essência, por existir...

*“Corro perigo
Como toda pessoa que vive
E a única coisa que me espera
É exatamente o inesperado”*
CLARICE LISPECTOR

AGRADECIMENTOS

Ao meu Professor Orientador, Dr. Fábio Guedes de Paula Machado, que me acolheu com sua brilhante orientação e, mais que um Mestre solícito e atencioso, foi também um amigo e conselheiro. Caro Professor, sempre serei imensamente grato.

Aos demais professores e funcionários do Curso de Mestrado em Direito Público da UFU, em especial ao Prof. Dr. Fernando Rodrigues Martins, Coordenador do Programa, e a Isabel Koboldt, sempre prestativa aos mestrandos, agradeço-lhes a cordial atenção dispensada e manifesto-lhes o meu sincero apreço pela importante contribuição que desempenharam no meu crescimento acadêmico.

Aos meus pais e irmãos, pelo apoio incondicional, e à minha esposa Priscila, pelo companheirismo e amor e também por compreender minha ausência nesse período de crescimento intelectual e acadêmico.

RESUMO

A sociedade contemporânea, denominada de *sociedade de riscos*, marcada por vários impactos como a globalização, o multiculturalismo e a diversidade, caracteriza-se por inúmeras mudanças de paradigma nos campos do conhecimento humano. Nesse contexto, o Direito Penal, como meio de controle social, passa a encontrar dificuldades para dar respostas eficientes aos conflitos hodiernos. Ao tempo em que suas linhas basilares foram traçadas, o Direito Penal não conhecia o risco como ele hoje se apresenta. A transposição da prevenção dos novos riscos ao sistema penal gerou um colapso para o âmbito de funcionamento das estruturas e instituições, as quais foram moldadas a partir da ideia de um Direito Penal clássico, de cunho individualista e pautado no modelo liberal burguês de construção do sistema jurídico. Em consequência, discute-se atualmente o efetivo papel do Direito Penal, convidando ao questionamento de seus fundamentos e à validade de seus limites formais e materiais. Na sociedade contemporânea, o surgimento de novos riscos e o incremento dos já existentes gerou a proliferação legislativa dos crimes de perigo abstrato, que se transformaram no modelo de tipificação preferido do legislador para levar a cabo uma política criminal de antecipação da tutela penal. Este fenômeno trouxe à dogmática jurídico-penal dificuldades das mais diversas, pois a legitimidade de tais crimes é objeto de interminável controvérsia, tanto na doutrina estrangeira como na nacional. Nessa conjuntura, surgiu a necessidade de se investigar a problemática do presente trabalho: buscar os fundamentos para que o delito de perigo abstrato seja legítimo no âmbito da sociedade de riscos e em um Estado Democrático de Direito, em prol de um direito penal funcionalizado e eficaz, pautado pela proteção dos bens jurídicos necessários à garantia da dignidade da pessoa humana. Servem para a elaboração deste estudo, precipuamente, a pesquisa teórica ou bibliográfica, através do levantamento das principais obras (livros, artigos, teses, dissertações e periódicos) tanto de autores nacionais quanto estrangeiros.

Palavras-chave: sociedade de riscos; dogmática; perigo abstrato; legitimidade.

RIASSUNTO

La società contemporanea, chiamata società del rischio, segnata da numerosi impatti quali la globalizzazione, il multiculturalismo e la diversità, caratterizzati da numerosi cambiamenti di paradigma nel campo della conoscenza umana. In questo contesto, il Diritto Penale, come strumento di controllo sociale, deve avere difficoltà a dare risposte efficaci alle conflitti attuali. Con il tempo le loro linee basilari sono state elaborate, il Diritto Penale non conosceva il rischio così com'è oggi. La trasposizione di prevenire nuovi rischi per il sistema di giustizia penale ha portato a un crollo al campo di funzionamento delle strutture e delle istituzioni, che sono stati modellati da l'idea di un Diritto Penale classico della natura individualistica e guidato il modello liberale della costruzione del sistema borghese legale. Di conseguenza, si discute il ruolo attualmente effettivo del Diritto Penale, chiedendo la messa in discussione dei suoi fondamenti e la validità dei loro confini formali e materiali. Nella società contemporanea, l'emergere di nuovi rischi e di valorizzazione del legislativo esistente ha generato la proliferazione di reati di pericolo astratto, che è diventato il modello preferito del legislatore per perseguire una politica criminale di anticipo di rilievo penale. Questo fenomeno ha portato difficoltà alla dogmatiche penali del più diverse, dal momento che la legittimità di tali reati è oggetto di infinite polemiche, sia nella dottrina e nel paese straniero. A questo punto, la necessità di indagare il tema di questo lavoro: cercare motivi per il reato di pericolo astratto è legittimo all'interno della società del rischio e di uno Stato Democratico di Diritto, a favore di un Diritto Penale funzionalizzato ed efficace, guidato dalla tutela degli interessi giuridici necessari per garantire la dignità della persona umana. Servire per la preparazione di questo studio, per lo più quelli, la ricerca teorica o bibliografica, attraverso un sondaggio di grandi opere (libri, articoli, tesi, tesi di laurea e riviste) entrambi autori nazionali e stranieri.

Parole chiave: società del rischio; dogmatica; pericolo astratto; legittimità.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. ORIGEM, PROLIFERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO METODOLÓGICO DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO	13
1.1 Breve construção histórica dos crimes de perigo abstrato	13
1.2 A sociedade de riscos como verdadeira fonte material dos crimes de perigo abstrato	16
1.2.1 Sobre o sentido e a importância das fontes materiais no âmbito da Teoria Geral do Direito: uma premissa necessária	18
1.2.2 A caracterização da sociedade de riscos	26
1.2.3 Da repercussão da sociedade de riscos sobre o ordenamento jurídico-penal: a proliferação dos crimes de perigo abstrato	33
1.3 O desenvolvimento metodológico-doutrinário dos crimes de perigo abstrato	42
1.3.1 Crimes de perigo abstrato no sistema causal clássico	44
1.3.2 Crimes de perigo abstrato no sistema neoclássico (neokantista)	48
1.3.3 Crimes de perigo abstrato no sistema finalista	53
1.3.4 Crimes de perigo abstrato no sistema funcionalista	60
2. CRIMES DE PERIGO: ESPÉCIES TRADICIONAIS E NOVAS CONCEPÇÕES	67
2.1 Crimes de dano e crimes de perigo	68
2.2 Teorias acerca da noção de perigo	71
2.3 As tradicionais espécies de crimes de perigo	75
2.3.1 Crimes de perigo concreto	76
2.3.2 Crimes de perigo abstrato	78
2.4 Novas concepções acerca dos crimes de perigo abstrato	80
2.4.1 Crimes de perigo abstrato-concreto	81
2.4.2 Crimes de resultado de perigo e crimes de mera conduta perigosa	82
2.5 Espécies de crimes de perigo abstrato	84
2.5.1 Delitos preparatórios (ou de preparação)	85
2.5.2 Delitos cumulativos (ou de cumulação)	88
2.5.3 Delitos de ação concretamente perigosa (ou de perigosidade concreta)	90
3. OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO SOB A ÓTICA POLÍTICO-CRIMINAL: TESES DE NEGAÇÃO, DE ACEITAÇÃO E INTERMEDIÁRIAS	93
3.1 Teses críticas ou de negação	95
3.1.1 Winfried Hassemer	95
3.1.2 Wolfgang Naucke	98

3.1.3 Outras manifestações: Lüderssen, Albrecht, Prittwitz e Herzog	100
3.2 Teses afirmativas ou de aceitação	103
3.2.1 Urs Kindhäuser	103
3.2.2 Günther Stratenwerth	105
3.2.3 Klaus Tiedemann	107
3.2.4 Dietrich Kratzsch	109
3.2.5 Lothar Kuhlen	111
3.3 As posições intermediárias	112
3.3.1 Claus Roxin	112
3.3.2 Günther Jakobs	115
3.3.3 Bernd Schünemann	118
3.3.4 Roland Hefendehl	121
3.4 Análise crítica	123
4. CRITÉRIOS DOGMÁTICOS PARA A LEGITIMAÇÃO DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO	132
4.1 A busca da legitimidade dos crimes de perigo abstrato a partir da teoria do bem jurídico	132
4.1.1 Bem jurídico: síntese da evolução dogmática	133
4.1.2 Os bens jurídicos transindividuais enquanto objeto de tutela penal: pontos polêmicos	143
4.1.3 Princípio da ofensividade e os crimes de perigo abstrato	154
4.2 O princípio da precaução como critério justificador dos crimes de perigo abstrato	159
CONCLUSÃO	162
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	164

INTRODUÇÃO

As ciências, sejam elas de qualquer espécie, estão sujeitas a mutações e aperfeiçoamentos no seu prolongamento existencial. Por conseguinte, o mesmo ocorre com o Direito Penal: seara de grande surgimento de ideias, nos últimos anos é que se percebe no Direito Penal um profícuo florescimento de teorias buscando a solução dos mais diversos dilemas.

Há muito tem se afirmado que o Direito Penal encontra-se em crise de legitimação. Desde a época do período da Ilustração, os grandes pioneiros do pensamento penal clássico criticam a legitimidade do *ius puniendi* estatal, na forma de se prescrever condutas e de sancionar penas.

Em que pese tal crise não ser um fenômeno novo na história do Direito Penal, ela se intensificou notadamente após a segunda metade do século XX, com a consolidação da denominada *sociedade de riscos*, as relações sociais, econômicas e jurídicas, que passaram a tomar dimensões mais complexas. Ao tempo em que suas linhas basilares foram traçadas, o Direito Penal não conhecia o risco como ele hodiernamente se apresenta. Os grandes perigos sempre foram vivenciados pelas comunidades, porém não como elementos que se refratassem em nível jurídico-penal.

A transposição da prevenção dos novos riscos ao sistema penal trouxe um conflito para o âmbito de funcionamento das estruturas e instituições, que foram moldadas a partir da ideia de Direito Penal clássico, de cunho individualista e pautado no modelo liberal burguês de construção do sistema jurídico. As novas formas de criminalidade que surgiram após a *modernização reflexiva* não receberam respostas eficazes, eis que a sociedade sofreu profundas transformações, pois o modelo de enfrentamento dos dilemas criminais não acompanhou de forma satisfatória a velocidade destas.

Os novos riscos diferenciam-se dos riscos comuns, conhecidos por ocasião da industrialização e mecanização das atividades. Tratam-se agora de riscos nucleares, biogenéticos, químicos e ecológicos de proporções globais, gerados pela mão do homem, pelo descontrole da técnica. Riscos que se concretizam em problemas de poluição do solo, da água

e da atmosfera, da contaminação por radioatividade, da camada de ozônio, das intervenções sobre o material genético humano e da manipulação genética dos alimentos, mas também da instabilidade dos mercados, dos danos produzidos pela informática, entre outros tantos.

A esta nova sociedade é convocado o Direito Penal, que, baseado nos princípios liberais do Iluminismo e de cunho marcadamente antropocêntrico, não consegue esconder um forte sentimento de anacronismo, impotência e até mesmo de perplexidade. Um chamamento que, por isso, discute o seu efetivo papel e, ao mesmo tempo, convida ao redimensionamento de sua tarefa, ao questionamento de seus fundamentos e à validade de seus limites formais e materiais. Por isso, é possível se verificar hoje um tempo de crise do Direito Penal moderno.

Nesse contexto, a discussão acerca dos crimes de perigo abstrato ganha relevância ímpar. Quando sua quantidade era ínfima ao ordenamento jurídico, não foi despendida a adequada atenção aos seus aspectos constitutivos peculiares. Com a proliferação legislativa de tais delitos, discussões acerca de sua legitimidade e compatibilidade com postulados constitucionais penais se afluíram na dogmática penal.

Os crimes de perigo abstrato transformaram-se, nas últimas décadas, no modelo de tipificação preferido do legislador para levar a cabo uma política criminal de antecipação da tutela penal. Estes delitos aparecem com profusão nos setores do Direito Penal supraindividual: delitos socioeconômicos, contra o meio ambiente, tráfico de entorpecentes, crimes automobilísticos, manejo de substâncias perigosas, energia nuclear, etc. Sua legitimidade em um Direito Penal de cunho liberal e garantista, entretanto, é objeto de uma interminável controvérsia, tanto na doutrina nacional como na estrangeira.

Parte da dogmática penal defende a utilização de tipos de perigo abstrato para essa esfera de proteção. Com ela, além de se criar anteparo criminal prévio à ocorrência de dano, acaba por se facilitarem imputações. Para aqueles que aceitam a necessidade desse novo Direito Penal, a questão primordial que se coloca é saber quais os critérios dogmáticos a serem impostos em tal política criminal protetiva.

O estudo de tais crimes carece de uma metodologia própria, que compreenda a análise prévia das relações sociais subjacentes, presentes no momento histórico em que seus postulados são desenvolvidos e aplicados. A abordagem de qualquer instituto jurídico deve ter

em mente que cada elemento dogmático compõe um sistema complexo, e se relaciona com as esferas da comunicação humana.

Foi diante deste contexto peculiar que surgiu a necessidade de se investigar a problemática do presente trabalho: buscar fundamentos dogmáticos para que o delito de perigo abstrato seja legítimo em um Estado Democrático de Direito, em prol de um Direito Penal funcionalizado e eficaz, pautado pela proteção de bens jurídicos necessários à garantia da dignidade da pessoa humana. A seleção dos crimes de perigo abstrato como objeto de estudo ordena sua apreciação dentro do sistema jurídico que o acolhe e do arcabouço social que se consolida por este mesmo sistema.

Para o enfrentamento da problemática exposta, o presente estudo foi dividido em quatro partes, visando possibilitar a compreensão do tema.

No primeiro capítulo, pretende-se traçar uma breve construção histórica dos crimes de perigo abstrato, desde a antiga Roma até os dias atuais. Em seguida, trabalha-se com a proliferação de tais delitos no contexto da sociedade de riscos. Para tanto, considera-se a sociedade de riscos como verdadeira fonte material dos crimes de perigo abstrato, sendo necessário abordar a polêmica do conceito de fonte material no âmbito da Teoria Geral do Direito. Ao final do capítulo, analisa-se o desenvolvimento metodológico de tais crimes, desde o Direito Penal clássico até o funcionalismo penal.

No segundo ponto do trabalho, são analisadas as espécies de crimes de perigo abstrato. Nesse sentido, primeiramente aborda-se a clássica divisão dos crimes em crimes de dano e crimes de perigo para, a seguir, expor a tradicional classificação dos crimes de perigo em perigo concreto e perigo abstrato. Também são analisadas outras concepções dogmáticas acerca dos crimes de perigo, como os crimes de perigo abstrato-concreto, os crimes de resultado de perigo e os crimes de mera conduta perigosa. Ao final, os crimes de perigo abstrato são divididos em três espécies: delitos preparatórios (ou de preparação); delitos de cumulação (ou delitos cumulativos) e delitos de perigosidade concreta (ou de ação concretamente perigosa).

O terceiro apartado do estudo explana os posicionamentos da dogmática penal contemporânea acerca da legitimidade dos crimes de perigo abstrato. Tais posicionamentos são divididos em três grandes grupos: (i) teses afirmativas ou de aceitação de tais delitos; (ii)

teses críticas ou de negação; (iii) teses intermediárias. São expostos os argumentos de cada grupo sobre a legitimidade do modelo de tipificação abstrata, com ênfase na abordagem da doutrina alemã, por ser a precursora e por ter sido a base de outras doutrinas do mundo ocidental, como a espanhola, a italiana, a argentina e a brasileira.

No quarto capítulo, último desta proposta, objetiva-se elucidar, embora em meio a críticas por parte da doutrina nacional e estrangeira, quais seriam os critérios dogmáticos para a legitimação dos crimes de perigo abstrato, de forma condizente com as premissas e limites do Estado de Democrático de Direito nas sociedades pós-modernas. Optou-se por analisar tais crimes frente à teoria do bem jurídico e aos princípios da ofensividade e da precaução.

O estudo é atual, sobretudo porque o Direito Penal, como mecanismo de controle social, deve se adaptar à dinâmica da sociedade e produzir reações que sejam capazes de atender à política social dos tempos atuais e ao mesmo de respeitar os ditames dos princípios constitucionais penais. Se o Direito Penal deve ser chamado a preservar bens valiosos e essenciais de certas condutas que a eles sejam ofensivas, deve-se examinar de qual maneira e em que medida elas se apresentam, assumindo os crimes de perigo abstrato uma importância ímpar nesse contexto. A busca de critérios para a legitimação desses delitos é o escopo final do trabalho que ora se introduz.

Quanto à metodologia, servem para a elaboração deste estudo, precipuamente, a pesquisa teórica, através do levantamento das principais obras (livros, artigos, teses, dissertações e periódicos) tanto de autores nacionais quanto estrangeiros, o método dedutivo e a análise textual e interpretativa da bibliografia selecionada.

1. ORIGEM, PROLIFERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO METODOLÓGICO DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Os crimes de perigo abstrato representam uma técnica utilizada pelo legislador para criminalizar certas condutas, independentemente da produção de um resultado externo. Nessa técnica de tipificação, a completude se restringe à ação, ao comportamento descrito no tipo penal, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato, ao contrário dos delitos de lesão ou de perigo concreto¹. Por isso, tais crimes são normalmente definidos de maneira negativa, como uma forma de regulação penal na qual não se inclui entre os elementos típicos uma lesão ou um perigo concreto².

No que tange antecedentes históricos, é possível analisar os crimes de perigo sob duas perspectivas distintas, quais sejam: (i) uma primeira a marcar a existência de tais delitos assim constatados pela mera técnica de tipificação, ainda que sem a devida denominação; (ii) uma segunda que considere a construção metodológico-doutrinária³, a qual será analisada mais adiante.

1.1 Breve construção histórica dos crimes de perigo abstrato

A técnica de tipificação do perigo abstrato não constitui uma novidade da dogmática penal contemporânea. No campo prático, os crimes de perigo abstrato são tratados desde tempos remotos, sendo possível mencionar exemplos já na antiga Roma, que incriminava o fato de colocar-se um vasilhame sobre o peitoril da janela, ainda que não ocorresse lesão aos transeuntes⁴, e outros casos como o crime de *falsum*, a traição e a

¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 113.

² KISS, Alejandro. *El delito de peligro abstracto*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011, p. 35. Também, MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Manuale di diritto penale: parte generale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2009, p. 195.

³ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 50.

⁴ PINHO, Demosthenes Madureira de. *O valor do perigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1939, p. VIII e ss.

covardia, nos quais não havia a exigência de dano para a consumação do delito⁵. Isto certifica que o Direito da antiguidade não desconsiderou a incriminação do perigo abstrato, mesmo como mera fórmula de tipificação e não de forma doutrinária.

Ainda em termos históricos, Alejandro Kiss destaca a *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, texto reconhecido como a primeira codificação de leis penais germânicas, que no art. 125 condenava a morrer na fogueira aquele que cometesse intencionalmente um incêndio. Segundo o autor, esse delito reunia traços evidentes dos crimes de perigo abstrato e despertava, já naquela época, discussões similares às que ocorrem nos dias de hoje sobre essa polêmica técnica de tipificação, com relevo para o debate ocorrido em 1670 entre dois grandes estudiosos deste ordenamento legal, o glosador Carpzov e Blumblacher⁶.

Carpzov assinalava que o incêndio deveria sempre ser castigado com pena de morte na fogueira, sem importar a magnitude do perigo causado, não havendo relevância se o incêndio ocorresse dentro ou fora da cidade ou em regiões habitadas ou não habitadas. Blumblacher, por sua vez, propunha uma interpretação limitadora da norma do art. 125: se o incêndio ocorresse em pequenas proporções e fora da cidade, o autor deveria ser condenado a uma mais leve, como o confisco de todos os seus bens⁷.

Outro registro histórico, mas agora em termos doutrinários, sobre o delito de incêndio como crime de perigo abstrato é trazido por Friedrich-Christian Schroeder. O autor assevera que Theodor Goltdammer, em obra datada de 1852 sobre os códigos penais dos Estados Prussianos, foi talvez o primeiro estudioso⁸ a considerar que no delito de incêndio o perigo devia ser considerado *em forma abstracta*, sem a necessidade de um perigo concreto, sendo, nesse sentido, a primeira aparição em sede doutrinária do termo *perigo abstracto*, antes mesmo de Karl Binding. Contudo, Schroeder adverte: mesmo tendo sido escritos numerosos

⁵ GIORDANI, Mário Curtis. *Direito penal romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 127-128.

⁶ *El delito de peligro abstracto*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011, p. 31.

⁷ KISS, Alejandro. *El delito de peligro abstracto*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011, p. 31-32. Vale ressaltar que Kiss busca explicar tal posicionamento de Blumblacher, asseverando que, como antigamente a maioria das habitações era feita de madeira e não existiam métodos eficientes de combate ao fogo, somente um incêndio cometido dentro de uma cidade mereceria um castigo tão grave como a pena de morte na fogueira.

⁸ Quanto a este pioneirismo, o tema não é pacífico. Renato de Mello Jorge Silveira, por exemplo, cita que a obra de Stübel, em 1826, foi a primeira a considerar que a própria ação perigosa já se mostrava como verdadeira lesão a direitos (*Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 92). No mesmo sentido, entendendo que Stübel foi o responsável pela primeira investigação sistemática sobre o tema dos crimes de perigo abstrato: MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001, p. 91.

trabalhos acerca dos crimes de perigo abstrato, a verdade é que nenhum se dedicou a aprofundar a história destes delitos⁹.

Em verdade, até a Primeira Revolução Industrial, o perigo não era concebido como um centro de imputação de responsabilidade jurídico-penal, pois os grandes perigos decorriam das guerras, das doenças e das calamidades resultantes da fúria dos elementos naturais, ou seja, fatores que a sociedade internamente não podia controlar. Nesse período, o pensamento, notadamente o pensamento jurídico-penal, navegava dirigido primacialmente pela estrela que o princípio da causalidade representava¹⁰. Existiam punições remotas por ações que hoje poderiam ser apreciadas como perigosas, como as punições por atos de feitiçaria e heresia, nas quais não se verificava um dano em termos materiais, mas nem por isso, face à consciência ético-jurídica da comunidade, se desconsiderava uma violação danosa do valor em causa¹¹.

Com a ocorrência da Primeira Revolução Industrial a partir do século XVIII, houve maior consolidação, mas ainda tímida, da punição do perigo, tendo como porta de entrada os delitos negligentes¹². Tal fato se deu em razão de a máquina ser um elemento gerador de perigos. Por conseguinte, era forçoso obstar que esses mesmos perigos se cristalizassem em danos, mormente pessoais (vida ou integridade física). Dessa forma, a necessidade interventora (reguladora) do Direito para criar normas de segurança (técnica)¹³.

Todavia, o grande avanço das figuras de perigo somente ocorreu a partir da segunda metade do século XX¹⁴. O desenvolvimento desses crimes na Alemanha¹⁵, por

⁹ SCHROEDER, Friedrich-Christian. Nuevas tendencias en los delitos de peligro abstracto. In *Revista de Derecho Penal 2007-2: delitos de peligro*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007, p. 119.

¹⁰ COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em Direito Penal*: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 328-329.

¹¹ COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em Direito Penal*: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 333.

¹² CABRAL, Juliana. *Os tipos de perigo e a pós-modernidade*: uma contextualização histórica da proliferação dos tipos de perigo no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 60.

¹³ COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em Direito Penal*: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 343-344.

¹⁴ Rui Carlos Pereira manifestou-se sobre a excessiva proliferação dos crimes de perigo, que atingiram uma importância sem precedentes depois da Segunda Guerra Mundial. O autor cita que, em 1967, Lackner afirmou que eles se tinham estendido como uma “mancha de óleo” e se haviam convertido em “filhos prediletos do legislador”. Na sua visão, essa importância crescente pode ser explicada pela complexidade atingida nos domínios dos transportes e da produção e comercialização de bens (*O dolo de perigo*: contribuição para a dogmática da imputação subjectiva nos crimes de perigo concreto. Lisboa: Lex, 1995, p. 22-23).

¹⁵ Importante ressaltar o desenvolvimento do Direito Penal de Perigo na Alemanha nazista, com a reelaboração, pelo nacional-socialismo, do programa de Direito Penal liberal até então desenvolvido (SÁNCHEZ GARCÍA

exemplo, é considerado tão manifesto que muitos autores denunciam que atualmente o ordenamento penal alemão possui um maior número de delitos de perigo em relação aos tradicionais delitos de lesão, o que também se repete em outros países do mundo ocidental. Em primeiro lugar, essa tendência se manifestou através dos crimes de perigo concreto, logo após a Segunda Guerra Mundial, para depois ser rapidamente substituída pela proliferação expressiva dos crimes de perigo abstrato¹⁶.

Tal momento histórico pós Segunda Guerra Mundial coincide com a denominada *sociedade de riscos*. Esse período experimentou a expansão do Direito Penal, caracterizada pela utilização dos crimes de perigo abstrato como técnica de construção legislativa empregada para o enfrentamento dos novos contextos de risco¹⁷.

Como se verá a seguir, a sociedade de riscos tornou-se verdadeira fonte material do Direito Penal contemporâneo ao exercer aguda influência sobre o ordenamento jurídico, resultando na intensa proliferação legislativa dos crimes de perigo abstrato. Para se compreender tal fenômeno, é necessária a análise da polêmica em torno do conceito de fonte material no âmbito da Teoria Geral do Direito para, em seguida, demonstrar as razões pelas quais a sociedade de riscos gerou a propagação dos crimes de perigo abstrato como técnica de construção legislativa.

1.2 A sociedade de riscos como verdadeira fonte material dos crimes de perigo abstrato

A sociedade contemporânea, denominada de *sociedade de riscos*, nova ordem que vem se instalando a partir de 1900 e, de maneira mais acentuada, de 1980 para cá, é marcada por vários impactos, como a globalização, o multiculturalismo e a diversidade, caracterizando-se por inúmeras mudanças de paradigma em diversos campos do conhecimento humano.

DE PAZ, Maria Isabel. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999, p. 30-31).

¹⁶ KISS, Alejandro. *El delito de peligro abstracto*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011, p. 34-35. No mesmo sentido: MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001, p. 1-2.

¹⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 119.

Nesse cenário, junto a outras instituições tradicionais no contexto da época contemporânea, como, por exemplo, a família, a igreja, o trabalho, etc., o Direito Penal é posto em discussão: seara de grande surgimento de ideias, nos últimos anos é que se percebe no Direito Penal um profícuo florescimento de teorias buscando a solução dos mais diversos dilemas. Insegurança quanto às normas que possam valer e ansiedade em relação a como proceder e o que decidir instalam-se nas pessoas e compõem um cenário onde os embates do cotidiano se desenrolam.

Certamente ao Direito Penal dirigem-se críticas e questionamentos mais agudos do que os apontados às demais instituições, muito em decorrência da sensação de falta de segurança e da busca por garantias. Os alicerces que o sustentavam na época moderna estão abalados em virtude de profundas rachaduras. Ciência, tecnologia e conhecimento, valores importantes na organização da sociedade moderna, continuam a ter significado hoje. Porém, suas concepções, seus procedimentos e suas articulações se modificaram, rearranjando o cenário.

A esta nova sociedade é convocado o Direito Penal, que, abalizado nos princípios liberais do Iluminismo e de cunho marcadamente antropocêntrico, não consegue esconder um profundo sentimento de anacronismo, impotência e até mesmo de perplexidade. Um chamamento que, por isso, questiona o seu efetivo papel, se há algum, nesta nova conjuntura mundial. E, ao mesmo tempo, convida ao redimensionamento de sua tarefa, ao questionamento de seus fundamentos e, com efeito, também à validade de seus limites formais e materiais. Por isso, vive-se hoje um período de crise do Direito Penal moderno¹⁸.

Ao tempo em que suas linhas basilares foram traçadas, o Direito Penal não conhecia o risco como ele hoje se apresenta. Os grandes perigos sempre foram vivenciados pelas comunidades, porém não como elementos que se refratassem em nível jurídico-penal.

Os novos riscos diferenciam-se dos riscos comuns, conhecidos por ocasião da industrialização e mecanização das atividades. Tratam-se agora de riscos nucleares, biogenéticos, químicos e ecológicos de proporções globais, gerados pela mão do homem, pelo descontrole da técnica. Riscos que se concretizam em problemas de poluição do solo, da água e da atmosfera, da contaminação por radioatividade, da camada de ozônio, das intervenções

¹⁸ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 30.

sobre o material genético humano e da manipulação genética dos alimentos, mas também da instabilidade dos mercados, dos danos produzidos pela informática, entre outros tantos¹⁹.

Globalização e sociedade de risco são conceitos que se imbricam, uma vez que seus aspectos estruturais e suas respectivas dinâmicas se prolongam um no outro. Suas características materializam-se em especificidades conforme a área social em que atuam. No caso do Direito Penal, há particularidades que devem ser enfatizadas, pois este apresenta a coercibilidade no aspecto mais extremo do ordenamento jurídico.

Partindo da premissa de que as fontes materiais do Direito são o conjunto de valores e circunstâncias sociais que, constituindo o antecedente natural, contribuem para a formação do conteúdo das normas jurídicas, faz-se necessário analisar a influência da sociedade de riscos na produção do Direito Penal, principalmente na proliferação legislativa dos crimes de perigo abstrato.

Nesse sentido, primeiramente serão traçadas as polêmicas em torno do sentido e da importância das fontes materiais do Direito. Tal abordagem é feita em razão de ser fundamental se compreender o que é verdadeiramente uma fonte material do Direito, problema que terá reflexo no deslinde deste trabalho. Posteriormente, será exposto um esboço histórico sobre a sociedade de riscos e suas características para, em seguida, abordar as influências que esta exerceu e ainda exerce na produção do Direito Penal.

1.2.1 Sobre o sentido e a importância das fontes materiais no âmbito da Teoria Geral do Direito: uma premissa necessária

Ao se debruçar sobre qualquer objeto de estudo, a pergunta pela fonte é uma das primeiras a ocorrer àquele que almeja compreender com maior profundidade o tema estudado. No âmbito da Ciência do Direito, um dos pontos centrais diz respeito às suas fontes, eis que a compreensão do que seja fonte do Direito influi na própria concepção do que seja Direito.

¹⁹ D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 32.

Sabe-se que o termo *fonte* é empregado para designar a nascente, de onde brota, de onde surge, de onde emana algo. Nesse sentido, a expressão *fontes do Direito*, metaforicamente, designa a origem do Direito.

Todavia, vale mencionar que a utilização da expressão *fontes do Direito* padece de críticas por parte de alguns autores. Na doutrina brasileira, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, por exemplo, afirma que a expressão é uma metáfora carregada de ambiguidades, posto que por *fonte* quer-se significar simultaneamente e, às vezes confusamente, a origem histórica, sociológica, psicológica, mas também a gênese analítica, os processos de elaboração e de dedução de regras obrigatórias, ou, ainda, a natureza filosófica do Direito, seu fundamento e sua justificação. Na visão do autor, a expressão *Direito* também é vaga e imprecisa, pois ora se refere às normas (direito objetivo), ora às situações (direito subjetivo) e até à própria ciência jurídica e sua produção teórica²⁰.

A mesma crítica é feita por Luiz Otávio de Oliveira Amaral²¹, que considera o termo *fonte* de plasticidade muito vasta, e por essa razão ambígua, e na Espanha por Alberto Montoro Ballesteros²², que combate o caráter figurado e metafórico da expressão, por levar a uma pluralidade de sentidos que, por vezes, guardam entre si uma significação equívoca. Na mesma linha, Hans Kelsen, para quem o problema das fontes confunde-se com a validade das normas jurídicas, assevera que a pluralidade de significações do termo “fonte do Direito” fá-lo aparecer como juridicamente imprestável, sendo aconselhável empregar em seu lugar uma expressão que inequivocamente designe o fenômeno jurídico que se tem em vista²³.

Lidar com o tema das *fontes do Direito* não é trabalho dos mais simples. A doutrina tem uma forte tendência em considerar como fontes a lei, o costume, a jurisprudência e a doutrina, mas nem sempre os estudos são realizados com a profundidade e a percuciência necessárias.

Norberto Bobbio, por exemplo, afirma que o problema das fontes do Direito é um dos motes fundamentais da doutrina juspositivista, examinando as origens do positivismo jurídico particularmente do ponto de vista da primazia que, na formação do Estado moderno, a lei conquistou sobre as outras fontes do Direito. O autor traduz, em termos técnico-jurídicos,

²⁰ *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 192.

²¹ *Teoria Geral do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 136.

²² *Las fuentes del derecho*. Murcia: Secretariado de Publicaciones Universidad de Murcia, 1993, p. 7.

²³ *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 259.

o significado da expressão, considerando *fontes do Direito* aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas. Conclui o autor que a importância do problema das fontes do Direito está no fato de que dele depende o estabelecimento da pertinência das normas, ou seja, o problema das fontes do Direito diz respeito à validade das normas jurídicas²⁴.

Tradicionalmente, as fontes do Direito são divididas em *fontes materiais* e *fontes formais*. Ressalte-se que tal divisão é apenas uma opção ideológica daqueles que a adotam. As fontes formais se encontram no plano do dever-ser (jurídico) e são tomadas como modelos estipulados pela ordem jurídica para introduzir normas no sistema. As fontes materiais se encontram no plano do ser (acontecimentos sociais) e são estudadas como fatos da realidade social que influem na produção de novas proposições prescritivas²⁵.

Em outras palavras, as fontes materiais imprimem a fisionomia pela qual se manifestará o Direito, determinando o conteúdo das normas que irão regular a conduta dos indivíduos. A fonte formal, como a própria expressão está a dizer, formaliza esses fatores materiais, emprestando-lhes a *forma* de normas jurídicas.

A dogmática jurídica supervalorizou as fontes formais, ao contrário dos juristas de formação sociológica ou empirista, que deram prevalência às fontes materiais. Por essa razão, a escola egológica argentina procurou solucionar o problema, demonstrando que tanto as chamadas fontes materiais quanto as formais são invocadas no caso concreto, e que ambas possuem força impositiva. Preconizam os egologistas a supressão da distinção, preferindo falar em fonte formal-material²⁶. No mesmo sentido, Riccardo Guastini defende uma noção mista ou eclética de fontes do Direito, devendo o jurista, para identificá-las, utilizar ora um critério formal, ora um critério material²⁷.

Alberto Montoro Ballesteros, destacando a importância do tema, subdivide as fontes materiais em dois grandes grupos: (i) fatores de significação ideal, consistentes em ideias de caráter político, moral, religioso, econômico, etc, que constituem autênticas diretrizes para a ação política e social, informando de modo eficaz o conteúdo do Direito; (ii)

²⁴ *O Positivismo Jurídico*: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995, p. 161.

²⁵ CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito*: constructivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2010, p. 658.

²⁶ COELHO, Luiz Fernando. Fonte formal. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 38. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 41.

²⁷ *Le fonti del diritto*: fondamenti teorici. Milano: Giuffrè, 2010, p. 49.

fatores de significação real (fática), que tratam de fenômenos e acontecimentos bastante heterogêneos – políticos (revoluções, guerras, terrorismo, eleições), sociais (movimentos demográficos, migratórios, criminalidade), geográficos (alterações climáticas e ecológicas), etc – que influem, de modo mais ou menos imediato, na determinação do conteúdo das normas jurídicas²⁸.

Entretanto, a importância dada às fontes materiais do Direito não é algo pacífico na doutrina. Alguns autores entendem que, para o estudo das fontes, não interessa aquilo que se passa fora do sistema jurídico. Nesse sentido, Aurora Tomazini de Carvalho aduz que as origens sociais, históricas, psicológicas, políticas, econômicas, ou antropológicas do Direito não devem ser buscadas, mas sim a origem jurídica, isto é, o modo disciplinado pelo próprio sistema para a sua produção. Na sua visão, esta é a “fonte do Direito” que interessa para a Dogmática Jurídica, pois as demais são próprias de outras Ciências²⁹. Conclui a autora que os fatores sociais que determinam o conteúdo das normas e nelas se espelham apenas motivam a vontade do legislador, mas em si não criam o Direito. É preciso um *ato de enunciação*, este sim, motivado por fatores sociais, para criar normas jurídicas³⁰.

Na mesma linha de pensamento, Dimitri Dimoulis assevera que o estudo das fontes materiais é objeto da sociologia do Direito e, em parte, da teoria do Estado e da ciência política, devendo o operador jurídico que deseje identificar e interpretar o Direito em vigor não se preocupar, na sua prática cotidiana, com a pesquisa das fontes materiais. Completa afirmando que são objeto de interesse da dogmática jurídica os dispositivos juridicamente válidos, independentemente das situações e dos interesses que deram o impulso para a sua criação, sendo esses dispositivos criados pelas autoridades que possuem competência para tanto e devem seguir o procedimento previsto³¹.

Paulo de Barros Carvalho comunga do mesmo entendimento. Ao diferenciar as fontes formais das fontes materiais, o autor afirma que as primeiras são estudadas como fórmulas que a ordem jurídica estipula para introduzir regras no sistema, enquanto as últimas se ocupam dos fatos da realidade social que, descritos hipoteticamente nos supostos normativos, têm o condão de produzir novas proposições prescritivas para integrar o Direito

²⁸ *Las fuentes del derecho*. Murcia: Secretariado de Publicaciones Universidad de Murcia, 1993, p. 9-10.

²⁹ *Curso de Teoria Geral do Direito: constructivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 652.

³⁰ *Curso de Teoria Geral do Direito: constructivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2010, p. 658.

³¹ *Manual de introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 164.

posto. Na sua visão, estas sim, se tomadas como *atos de enunciação*, são fontes de normas, enriquecem o conjunto, modificando-o de alguma maneira³².

Na doutrina espanhola, María José Falcón y Tella afirma que a fonte material é todo poder ou força social com poder normativo criador próprio, com *potestas normandi*, com poder de criar normas. A autora certifica que a fonte material da lei é o Estado, como organização política, e a fonte material do costume é o povo, como elemento demográfico do Estado³³.

Contudo, os conceitos acima expostos não são os que melhor se coadunam com o propósito deste trabalho. Como se verá adiante, a sociedade de riscos influenciou intensamente a produção legislativa das últimas décadas, de forma que o sentido e a importância das fontes materiais do Direito que aqui serão adotados são aqueles que consideram os fatores sociais e os valores que a sociedade atribui a esses fatores em determinadas épocas. Seguindo os ensinamentos de Norberto Bobbio, hodiernamente as ciências jurídicas sentem a necessidade de estabelecer novos e mais estreitos contatos com as ciências sociais, devendo o jurista sair de seu soberbo isolamento, visto que o Direito não ocupa mais aquele posto privilegiado que lhe fora atribuído por uma longa tradição no sistema global da sociedade³⁴.

Nesta senda, considera-se que as fontes materiais do Direito são as fontes jurídicas por excelência, constituindo a própria conduta humana subjetiva, em contraposição à conduta humana objetivada, que é a norma jurídica estatal. Adotando esse posicionamento, Maria Helena Diniz leciona que tais fatores decorrem das convicções, das ideologias, e das necessidades de cada povo em certa época, atuando como fontes de produção do Direito positivo, pois condicionam o aparecimento e as transformações das normas jurídicas. As fontes materiais não são, na visão da autora, o Direito positivo, mas tão somente o conjunto de valores e de circunstâncias sociais que, constituindo o antecedente natural do Direito, contribuem para a formação do conteúdo das normas jurídicas, que, por isso, têm sempre a

³² *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 52.

³³ *Lições de teoria geral do direito*. Trad. Cláudia de Miranda Avena e Ernani de Paula Contipelli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 94.

³⁴ *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 33.

configuração determinada por esses fatores, os quais também encerram potencialmente as soluções que devem ser adotadas na aplicação das normas jurídicas³⁵.

Antônio Carlos Wolkmer, denominando as fontes materiais de *fontes primárias*, afirma, no mesmo sentido, que é inegável a constatação de que “fonte”, no âmbito do Direito, traduz os diferentes modos de sua atuação e as múltiplas expressões de seu conteúdo histórico na realidade social. Daí que a fonte primária do Direito não está na imposição da vontade de uma autoridade dirigente, nem de um poder legiferante ou de uma criação iluminada de magistrados onipotentes, mas, essencialmente, na dinâmica interativa e espontânea da própria sociedade humana. Assim, a fonte jurídica por excelência encontra-se interligada às relações sociais e às necessidades fundamentais desejadas, inerentes ao modo de produção da vida material, subjetiva e cultural³⁶.

O autor conclui que as transformações da vida social constituem a formação primária de um “jurídico” que não se fecha exclusivamente em proposições genéricas e em regras estáticas e fixas formuladas para o controle e a solução dos conflitos, mas se manifesta como resultado do interesse e das necessidades de agrupamentos associativos e comunitários, assumindo um caráter espontâneo, dinâmico, flexível e circunstancial³⁷.

O Direito não é um produto arbitrário da vontade do legislador, mas uma criação que se lastreia no querer social. É a sociedade, como centro de relações de vida, como sede de acontecimentos que envolvem o homem, quem fornece ao legislador os elementos necessários à formação dos estatutos jurídicos. Como causa produtora do Direito, as fontes materiais são constituídas pelos fatos sociais, pelos problemas que emergem na sociedade e que são condicionados pelos chamados *fatores do Direito*, como a Moral, a Economia, a Geografia, entre outros³⁸.

Na mesma esteira, assegura José de Oliveira Ascensão que a ordem social tem os seus tempos e formas de evolução, de modo que é possível afirmar que a verdadeira fonte do Direito é sempre e só a ordem social; afinal, só desta deriva a juridicidade de qualquer regra (a lei só traz realmente uma norma se se integrar na ordem social). O autor lusitano não rejeita

³⁵ *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 287.

³⁶ *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001, p. 151-152.

³⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001, p. 152.

³⁸ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 138.

o sentido comum de fonte do Direito centrado em elementos singulares – como a lei, o costume e a sentença vinculativa – mas exige que tais elementos se integrem no conjunto, pois o seu sentido só se revela através da conexão dialética em que se encontram com a circunstância histórica e a ordem social total³⁹.

Percebe-se, dessa forma, que o conceito de fontes materiais não pode ficar alheio aos fatores sociais, sob pena de resumir o objeto da ciência do Direito às manifestações formais do Estado e excluir a apreciação das manifestações pluralistas. Afinal, o sistema jurídico é um sistema de segunda ordem, isto é, sua existência está em função do sistema maior: o social⁴⁰.

Todas as normas jurídicas, sejam elas formuladas pela via legislativa, sejam-no pela consuetudinária ou pela jurisprudencial, surgem em resposta a determinadas necessidades sociais, cuja regulamentação se imponha, do ponto de vista da própria sociedade, ou de suas forças dirigentes. O Direito não tem vida independente, eis que está enredado pelo jogo de todos os interesses que se entrecrocaram no âmbito da sociedade global⁴¹. A ordem jurídica há de refletir os compromissos políticos, as contradições econômicas, os contrastes e as harmonias sociais, as convicções morais e religiosas, pois o Direito espelha a sociedade em que se insere⁴².

O problema das fontes do Direito numa sociedade determinada e historicamente concreta não está mais na priorização de regras técnico-formais, mas sim na dialética de uma práxis do cotidiano e na materialização normativa comprometida com a dignidade de um novo sujeito social. Os centros geradores de Direito não se reduzem às instituições e aos órgãos representativos do monopólio do Estado, pois o Direito, por estar inserido nas práticas sociais e ser fruto destas, emerge de diversos centros de produção normativa.

Tal compreensão permite aferir que a vida cotidiana nas sociedades capitalistas atuais, marcada pela produção e circulação de bens e serviços, determina profundas mudanças de valores e de ordenação social, favorecendo a criação de novos padrões normativos e novos

³⁹ *Introdução à ciência do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 241-242.

⁴⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 27.

⁴¹ NORONHA, Fernando. *Direito e sistemas sociais: a jurisprudência e a criação do direito para além da lei*. Florianópolis: UFSC, 1988, p. 68.

⁴² NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 117.

conceitos jurídicos⁴³. Forte característica dos tempos pós-modernos é a hipercomplexidade, que no mundo jurídico se revela na multiplicidade de fontes do Direito⁴⁴.

A teoria do Direito Penal que busca aprofundar seus fundamentos, no sentido de acompanhar o desenvolvimento social, sofre a influência da Sociologia. O Direito Penal tem como objeto de análise e aplicação o contexto social, especialmente na denominada sociedade de risco, que mantém, para o seu desenvolvimento, o fundamento do pluralismo ideológico⁴⁵.

O sistema aberto se impõe à ciência penal contemporânea, no sentido de não tornar-se obstáculo ao desenvolvimento social e jurídico, mas que o favoreça e se adapte a ele. A adoção do sistema aberto é a forma de adaptação às alterações das circunstâncias, estruturando-se sob a base de categorias normativas e valorativas⁴⁶.

Os trechos da realidade que se consubstanciam em tipos penais – como matar alguém, subtrair coisa alheia, falsificar documento – não são criados pelo legislador. Eles possuem significado material e social próprios. Os atos normativos de criação não são alheios às circunstâncias, o que revela inviável compreender o Direito Penal sem conhecer o modelo social correspondente⁴⁷.

Estabelecida a premissa necessária para o sentido e a importância das fontes materiais do Direito, a seguir será exposto um esboço histórico sobre a sociedade de riscos e suas características para, posteriormente, abordar as influências que esta exerceu e ainda exerce na produção do Direito Penal, resultando na proliferação legislativa dos crimes de perigo abstrato.

Busca-se demonstrar, em consequência, de que forma a sociedade de riscos atua e ainda tem atuado como verdadeira fonte material do Direito Penal. Afinal, para a

⁴³ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001, p. 153-155.

⁴⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 94, p. 4, ano 1999.

⁴⁵ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 27.

⁴⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático em Derecho Penal. In: *El sistema moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. Trad. Jesús-Maria Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991, p. 36.

⁴⁷ MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo em derecho penal. In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 07-18, 2005. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2013.

compreensão do Direito Penal contemporâneo, deve o mesmo ser analisado à luz do atual contexto social.

1.2.2 A caracterização da sociedade de riscos

Algumas teorias⁴⁸ buscam estabelecer o alcance das transformações sociais ocorridas na sociedade contemporânea. Em razão do pluralismo vivenciado por essa sociedade, não se trata de empreitada simples. Em meio às várias teorias, talvez a que apresente maior evidência é a do sociólogo Ulrich Beck. Partindo da distinção entre as formas de modernização – tradicional e reflexiva – experimentadas pela humanidade, o autor buscou estabelecer a base para a construção do conceito de *sociedade de risco*.

Na visão de Ulrich Beck, a modernização tradicional concebe um momento de desenvolvimento marcado pela exploração direta de recursos naturais, permitindo um desenvolvimento pautado em elementos dotados de alguma controlabilidade⁴⁹.

Esse primeiro momento se caracteriza pela superioridade do modelo de industrialização que se estabelece a partir da estruturação dos Estados nacionais, como elementos fomentadores do desenvolvimento industrial dentro dos seus limites territoriais. Ocorre a dissolução da sociedade agrária e a edificação de uma sociedade marcada pelo Iluminismo racionalista do século XIX, que enxerga no desenvolvimento científico-tecnológico um caminho para a solução de todas as mazelas da convivência humana. Em suma, essa configuração de modernização demonstra a reestruturação das formas sociais tradicionais pelas formas sociais industriais.

O segundo momento de modernização concebe uma radicalização dos fundamentos da primeira modernidade, na medida em que se percebe o esgotamento da ideia

⁴⁸ Não houve preocupação em detalhar todas as teorias acerca da sociedade de riscos, por não ser esta o ponto central do trabalho.

⁴⁹ *Sociedade de risco: rumo a outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 13; 24 -25. Raffaele de Giorgi denomina a sociedade de riscos como uma *segunda modernidade*, que tem seu início no momento em que falham os sistemas de normas sociais que haviam prometido segurança (*Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 196).

de controlabilidade e segurança, que são a essência desta. Essa forma de modernização foi denominada por Beck de “modernização reflexiva” ou “modernização pós-industrial”⁵⁰.

O processo de diferenciação entre as citadas formas de modernização está relacionado à lógica da repartição das riquezas e dos riscos produzidos pelo desenvolvimento tecnológico, pois a modernização reflexiva eleva o nível alcançado pelas forças produtivas de forma categoricamente impar, tolerando o nascimento de novos padrões coletivos de vida, progresso e, principalmente, de riscos.

A modernização reflexiva ultrapassa as fronteiras estatais e rompe com os padrões da modernização simples. Dessa forma, a estabilidade nacional, o controle sobre os mecanismos tecnológicos e a própria racionalidade do desenvolvimento são conceitos que passam a ter a necessidade se adaptar aos contornos dessa nova forma de ordenação social⁵¹.

O conceito de modernização implantado por Ulrich Beck ganha a adesão de Scott Lash e Anthony Giddens, que passam a sustentar que os mundos de certezas vivenciados pelos homens com o desenvolvimento industrial tradicional se dissolvem e os novos tempos conferem novos desafios⁵².

A modernização reflexiva questiona a rigidez e a impossibilidade de superação dos conceitos de sociedade industrial, promovendo um processo de autotransformação da modernidade industrial: a passagem de uma época industrial para uma época do risco, realizada de forma anônima e imperceptível⁵³. Nesse sentido, a modernização reflexiva assenta no centro do debate questões relacionadas à gestão tecnológica e à política de gerenciamento dos riscos gerados pelas novas formas de interação econômica e social. O risco se torna questão central da sociedade pós-industrial e o seu controle passa a ser uma opção política por parte daqueles que detêm o poder⁵⁴.

⁵⁰ *Sociedade de risco: rumo a outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 13; 24.

⁵¹ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 24-27.

⁵² GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora UNESP, 1997, p. 11.

⁵³ AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 78.

⁵⁴ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Reflexos da pós-modernidade no direito penal. In: *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. vol. 16, p. 60. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-jun. 2012.

Marta Rodriguez de Assis Machado avalia que a modernização reflexiva dissolve os contornos da sociedade industrial clássica, a partir da premissa da radicalização do processo de modernização, que se deu com a integração econômica mundializante e o desenvolvimento do saber tecnológico científico sem precedentes na história⁵⁵.

A compreensão dessa nova forma de modernização se perpetra em três sentidos. Em primeiro lugar, ela se torna um problema em si mesma, isto é, os perigos globais advindos do desenvolvimento tecnológico colocam novos contornos na esfera pública mundial, a partir de uma crescente interdependência entre os Estados, o que põe em crise o conceito de soberania. Em segundo lugar, o processo de aproximação dos Estados acaba por cunhar uma percepção global de que a criação de riscos gera a necessidade de criação de mecanismos internacionais de cooperação. Em terceiro, como resultado do que foi dito, as fronteiras políticas começam a ser eliminadas e as alianças globais passam a determinar as ações a serem tomadas por subgrupos politicamente organizados.

Tal modernização originou como consequência a existência de efeitos colaterais de dimensão global em virtude do processo de modernização reflexiva e o reconhecimento social de que tais riscos passaram a ser culturalmente percebidos e transpostos à agenda política global.

Isso gradativamente provocou uma alteração radical nos padrões coletivos de vida, no progresso, na controlabilidade e na exploração da natureza típicos da modernidade tradicional. A sociedade, caracterizada a partir de um modelo de desenvolvimento pautado na exploração direta de recursos naturais, que permitia certa controlabilidade, se transformou para um modelo que implode a ideia de controlabilidade e segurança.

Em consequência, o desenvolvimento tecnológico passa a ter uma nova conotação a partir da introdução do risco como elemento do desenvolvimento. Esse novo dimensionamento advém da existência de situações de perigo que surgem a partir do manejo de avançadas tecnologias derivadas da indústria, da biologia, da genética, da energia nuclear, da informática, da comunicação, etc.

⁵⁵ *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 19-20.

De acordo com Renato de Mello Jorge Silveira, a sociedade global contemporânea apresenta-se como algo incomparavelmente complexo, marcada pela quebra de um estado de bem-estar social. Nela percebem-se inter-relações sociais nunca antes vistas, sendo que um de seus marcos característicos é a sensação social de insegurança⁵⁶. A grande diferença dos riscos até então existentes e os riscos advindos da *sociedade de riscos* é que no passado esses riscos eram pessoais; na sociedade contemporânea, os riscos são globais.

Jesús-Maria Silva Sánchez afirma que, além da “sociedade do risco” tecnológico, tem-se a sociedade de “objetiva” insegurança, onde a coletividade não abre mão do desenvolvimento técnico, da comercialização de novos produtos ou da utilização de novas substâncias cujos possíveis efeitos nocivos são desconhecidos, mas a incorporação desses fatores à vida privada tem gerado incertezas sociais⁵⁷.

No mesmo sentido, Raffaele De Giorgi afirma que na sociedade contemporânea reforçam-se simultaneamente segurança e insegurança, determinação e indeterminação, estabilidade e instabilidade. O paradoxo do risco provoca o desmoronamento das bases de organização da sociedade, de forma que as novas dimensões do risco desequilibram a ordem social e econômica, colocando em questão a própria funcionalidade dos institutos e afetando todas as esferas de relacionamento público e privado⁵⁸.

Assim, aquilo que no passado foi considerado como perigoso, por ser facilmente percebido pelos sentidos, na sociedade contemporânea foi substituído pelo risco advindo de relações sociais de enorme complexidade, na qual a interação entre os indivíduos avançou em níveis desconhecidos. Tal processo determina uma impessoalização das situações vivenciadas, onde os perigos dão lugar aos riscos na sociedade contemporânea.

Tal crise refere-se ao que Marta Rodriguez de Assis Machado denomina de “época em que o lado negro do progresso domina o debate social”, onde a possibilidade de devastação em massa e a destruição da natureza tornam-se temas centrais do debate político em detrimento do processo de industrialização. A produção social da riqueza veio acompanhada, sistematicamente, pela produção social dos riscos, e tais riscos emergiram na

⁵⁶ *Direito penal supraindividual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 31.

⁵⁷ *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 37.

⁵⁸ O risco na sociedade contemporânea. Trad. Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrwolski. *Revista Sequência*. Florianópolis: UFSC, n. 28, jun. 1994, p. 47-48.

condição de efeitos colaterais de produtos ou processos industriais no desenrolar da modernização, que foi por muito tempo *cega e surda* a seus próprios efeitos⁵⁹.

Niklas Luhmann, analisando esse fenômeno, diferencia os riscos dos perigos. O termo *risco* está vinculado a uma decisão racional, ligada a consequências que podem ou não ser conhecidas pela sociedade. No perigo, por sua vez, o dano hipotético é acarretado por uma causa exterior sobre a qual não se tenha controle, nem sequer para evitá-lo⁶⁰.

A partir da distinção de Luhmann, Anthony Giddens aborda a existência de uma diferença entre os riscos criados na sociedade contemporânea: existem riscos controláveis e riscos incontroláveis. Os segundos são advindos dos primeiros, na medida em que o processo industrial criou mecanismos para dominar a natureza e controlar os riscos e perigos, o que acabou gerando novos riscos, que escapam do controle das instituições sociais⁶¹.

A inclusão dos riscos pela sociedade contemporânea à atividade de produção leva a intensificação dos âmbitos de periculosidade, repercutindo nas formas de organização social e interferindo na produção de discursos econômicos, sociais e políticos. Como se viu, o risco deixa de ser um dado periférico da organização social para se transformar em um conceito relacionado à própria atividade humana. O que era externo passa a ser também interno, integrando o núcleo de desenvolvimento da sociedade. O risco torna-se um referencial político⁶².

Todos esses fenômenos provocaram a institucionalização da insegurança, pois a globalização e a expansão dos riscos afetam a todos, não se podendo afirmar mais que os riscos sejam pertencentes unicamente a determinados grupos sociais ou a certas classes. Nesse processo todos são expostos a tudo, diluindo-se a distinção entre agressores e vítimas, o que leva à diluição da capacidade do sistema jurídico de individualizar as responsabilidades. Há assim um “efeito bumerangue”, na medida em que os riscos afetam também os que os

⁵⁹ *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 35-36.

⁶⁰ El concepto de riesgo. In: BERIAIN, Josetxo (Org.). *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Anthropos, 1996, p.123 e ss.

⁶¹ Modernidad y autoidentidad. In: BERIAIN, Josetxo (Org.). *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Anthropos, 1996, p. 37. Segundo o autor, os perigos podem ser entendidos como riscos se forem conhecidos, se sua ocorrência puder ser prevista e sua probabilidade calculada.

⁶² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 37 e 38.

produzem e os que dele se beneficiam. Enfim, os riscos não se limitam a classes sociais, fronteiras, níveis de desenvolvimento, etc.⁶³.

Em contexto semelhante, Zygmunt Bauman trabalha com ideia de que a globalização é totalmente *negativa*, isto é, não restringida, suplementada ou compensada por uma contrapartida “positiva”. Diz o autor que o espectro da vulnerabilidade paira sobre o planeta “negativamente globalizado”, estando todos em perigo e sendo todos perigosos uns para os outros⁶⁴.

A sociedade de riscos é obra do desenvolvimento do modelo econômico que surge na Revolução Industrial, a partir da organização da produção de bens por meio de um sistema de livre concorrência mercadológica. A lógica desse sistema exige dos agentes produtores a busca incessante por novas tecnologias que permitam uma produção e distribuição em larga escala, de forma a atingir um número maior de consumidores em custos mais baixos, através da agregação de técnicas inovadoras⁶⁵.

Esse processo de inovação acaba criando uma dinâmica peculiar, onde a velocidade e intensidade do progresso da ciência não são acompanhadas pela análise dos efeitos decorrentes da utilização das novas tecnologias. É dessa forma que o risco se coloca como fator indispensável ao desenvolvimento econômico de livre mercado, e passa a ocupar um papel nuclear no modelo de organização social⁶⁶.

Há o nascimento de uma nova classe de riscos que se coloca como um novo e poderoso fator de indeterminação do futuro, pois a sua característica está no fato de terem emergido na qualidade dos efeitos secundários não previstos e não delimitados pelos processos de modernização. Assim, a sociedade de riscos, que se constrói a partir da falência do cálculo de seguro e da incerteza que ronda toda e qualquer tentativa de projeção,

⁶³ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a outra modernidade*. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 27.

⁶⁴ *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 126-128.

⁶⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 35.

⁶⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 35-36.

acrescenta sua marca no que até então poderia ser entendido como uma das grandes conquistas hauridas junto à modernidade: a racionalidade⁶⁷.

Torna-se cada vez mais arriscado prever tendências futuras a partir de eventos passados. É cada dia mais difícil fazer cálculos exatos, uma vez que os prognósticos seguros são inimagináveis. A maioria das variáveis das equações é desconhecida, e nenhuma estimativa de suas possíveis tendências pode ser considerada plena e verdadeiramente confiável⁶⁸.

Ulrich Beck, Anthony Giddens e Scott Lash afirmam que a reflexividade da modernidade lança não apenas uma crise cultural de orientação, mas uma crise institucional fundamental. Todas as instituições fundamentais, como os partidos políticos, os sindicatos, os princípios causais da responsabilidade na ciência e no Direito, as fronteiras nacionais, a ética da responsabilidade individual, a ordem da família nuclear, perdem suas bases e sua legitimação histórica⁶⁹.

Em consequência, a reflexividade da modernidade resulta em uma mudança radical nos padrões coletivos de vida, no progresso, na controlabilidade e na exploração da natureza, típicos da modernidade tradicional. A mudança nos padrões coletivos de vida se dá em virtude da transnacionalização dos perigos⁷⁰.

Assim, não importa que os perigos representados pelos novos riscos venham a se concretizar ou não, bastando a mera possibilidade de sua ocorrência para que se gere uma nova realidade social, para que um novo valor seja agregado ao grupo social como algo digno de proteção, ou seja, para que a sensação de segurança se transforme em sensação de insegurança⁷¹.

O que se vislumbra é a volatilização no tempo e no espaço dos riscos vivenciados pela sociedade, ou seja, as consequências de um ato ou fato ocorridas hoje poderão ser

⁶⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 103.

⁶⁸ BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009, p. 8.

⁶⁹ *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora UNESP, 1997, p. 211-212.

⁷⁰ AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 62.

⁷¹ SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 108.

sentidos depois de décadas ou gerações. Gera perplexidade a possibilidade de muitos dos riscos gerados pelo desenvolvimento tecnológico causarem danos sistemáticos e irreversíveis e, ao mesmo tempo, permaneçam invisíveis por um longo período.

Disso resulta que os riscos de procedência humana nessa nova forma de ordenação social não podem ser analisados através de mecanismos lineares. Eles são construídos a partir do desenvolvimento tecnológico que propiciou um salto evolutivo, mas do qual a sociedade se tornou dependente.

Percebe-se, dessa forma, um processo de indeterminação das causas e consequências dos novos riscos, que fogem à aplicação das regras securitárias do cálculo, da estatística e da monetarização. Nesse sentido, os novos riscos não podem ser tratados segundo as regras estabelecidas da causalidade e da culpa e dificilmente podem ser compensados ou indenizados, pois suas dimensões e consequências não podem ser delimitadas⁷².

A hiperatividade do conceito de risco, que passa a ser um componente operativo na investigação da sociedade complexa, deixa entreaberta uma questão: como o Direito Penal deve agir para a contenção, minimização ou a redução dos riscos? De que forma a sociedade de riscos, com as suas características, influenciou no ordenamento jurídico-penal? A seguir, passa-se à análise dessas questões.

1.2.3 Da repercussão da sociedade de riscos sobre o ordenamento jurídico-penal: a proliferação dos crimes de perigo abstrato

A partir da falência do discurso ligado à segurança e à previsibilidade, nasce a ideia de gestão de riscos, como mecanismo capaz de promover a manutenção dos vínculos institucionais que se diluíram diante das incertezas que rondam as relações sociais. Nesse contexto, o nascimento de uma sociedade de riscos globalizada gera uma obsessão de controle do incontrolável em todos os níveis, da vida cotidiana ao Direito.

⁷² MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 41.

O risco se faz presente em todas as atividades humanas e em todos os lugares. O seu gerenciamento depende do tipo de ameaça ou perigo. Para que se possa fazer uma administração eficiente dos vários riscos, é preciso criar mecanismos de gerenciamento de riscos.

A partir dos estudos sobre as probabilidades, a sociedade passa a dispor de mecanismos científicos para embasar as discussões sobre a definição do risco. O gerenciamento das atividades potencialmente perigosas tornou-se mais importante e mais complexo com o surgimento das novas tecnologias que consolidaram a sociedade de riscos como modelo estrutural da sociedade contemporânea.

O risco e a existência de uma abundância informativa são fatores capazes de disseminar o medo entre os cidadãos e fazer com que eles clamem por proteção. Nesse sentido, Paulo Silva Fernandes aponta que o “discurso do risco” começa onde a crença da segurança termina⁷³.

Como forma de mitigar a insegurança, se exige que o gestor de riscos crie limites para a execução de determinadas atividades. Ele analisa a necessidade de se criar instrumentos para a mensuração dos riscos inerentes às atividades, que visam regular as tomadas de decisões sobre as condutas mais adequadas diante de situações de risco criadas.

Pierpaolo Cruz Bottini afirma que a gestão de riscos é uma atividade generalizada na sociedade atual, levada a cabo por diversos personagens, seja na esfera pública, seja na esfera privada. Isso se dá porque o risco passa a ser um componente operativo no interior de uma sociedade complexa, levando ao questionamento sobre a capacidade da ciência de enfrentá-lo e sobre a forma com que o gerente de riscos irá avaliá-lo para tomar decisões de acordo com essa avaliação⁷⁴. Nesse contexto, os riscos passam a ser assunto das instâncias políticas, administrativas, econômicas, jurídicas, etc.

Em tempos de insegurança e incerteza, a sociedade se volta para o ramo do Direito capaz de impor as penalidades mais graves, o Direito Penal, dele exigindo o que os outros ramos não obtiveram êxito: uma solução para a *hipercomplexização* da sociedade de riscos.

⁷³ Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001, p. 59.

⁷⁴ Crimes de perigo abstrato. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 53.

Assim, o Direito Penal, como o mais rígido instrumento de controle social, sofre a influência do processo de transformação social pelo qual a sociedade contemporânea vive e passa a ser visto como instrumento de gerenciamento de risco⁷⁵. Seus operadores e aplicadores se convertem em gestores de riscos em diversas situações. Negar espaço ao Direito Penal para a contenção dos novos riscos significa tomar parte em uma ciência que absolutamente nada tem a dizer na proteção das gerações futuras⁷⁶.

Outros ramos do Direito passaram a ter certo descrédito. O Direito Civil, visivelmente, não possui instrumentos amoldados para inibir a criação de riscos, conseguindo apenas reparar os danos causados pela concretização do perigo. Mesmo a reparação do dano se torna enfraquecida, em razão do desenvolvimento do instituto do seguro, que socializa o dano causado pelo parcelamento antecipado do risco, ou seja, previne o prejuízo e não a ação responsável pelo risco⁷⁷.

O Direito Administrativo, por sua vez, também não atende às expectativas de inibição de riscos. A ausência de uma estrutura adequada do Estado para identificar condutas ilícitas, por meio de uma ação fiscal ou policial preventiva, e a baixa capacidade de intimidação, decorrente das sanções estabelecidas, em geral pecuniárias, que não parecem ter envergadura suficiente para inibir atividades proibidas, mostram a sua ineficiência⁷⁸. Some-se a isso a incontável burocratização e, sobretudo, a corrupção, o que gera um crescente

⁷⁵ Vale ressaltar que a utilização do Direito Penal no gerenciamento de riscos não escapa de críticas. Para os críticos, esse processo representa a maximização do Direito Penal, que acaba por se desviar da sua missão institucional ao se apoderar de amplos setores da vida social. Por todos, Winfried Hassemer afirma que a utilização do Direito Penal não é mais marcada pela adequação ou pela justiça de suas proposições, mas pela tendência crescente de não se aplicar o Direito Penal como *ultima ratio*, mas sim como *sola* ou *prima ratio* para a solução dos problemas da sociedade. Dessa forma, o Direito Penal, segundo ele, se transforma em um instrumento de solução de conflitos sociais que não mais se diferencia dos outros instrumentos de solução de conflito (*Direito Penal Libertário*. Trad. Regina Greve e Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 196). Os posicionamentos que analisam a tarefa que o Direito Penal deve cumprir no âmbito da sociedade de riscos serão objeto de estudo no Capítulo 3 deste trabalho.

⁷⁶ D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 34.

⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 77-78.

⁷⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 91.

descrédito em relação aos instrumentos de proteção específicos desse setor (sejam preventivos, sejam punitivos)⁷⁹.

A demanda popular pelo Direito Penal apresenta, hodiernamente, uma razoável concordância e agrupa setores conservadores e progressistas em torno do apoio à repressão penal dos riscos. A sociedade de riscos demanda um Estado de segurança que alargue os âmbitos de contenção de atividades para responder a uma situação de emergência estrutural, derivada da própria organização produtiva.

Este clamor social sensibiliza o discurso político e leva à juridicização da opinião pública, de forma que o público deixa de ser um simples destinatário da norma jurídica para se tornar, ao mesmo tempo, um elemento indutor da expansão deste sistema, interferindo na produção legislativa e orientando a construção de um novo Direito Penal⁸⁰ (o que se coaduna com o conceito pluralista de fontes materiais do Direito visto anteriormente).

Acerca desse quadro, manifesta-se Paulo César Busato no sentido de que o Direito Penal está em grande evidência, isto porque as instâncias de poder entregam a este ramo do Direito uma tarefa que não lhe pertence: a de resgate da segurança social. O problema, segundo o autor, não é jurídico, mas social, e tal problema ocorre pela confusão entre necessidade de intervenção com necessidade de intervenção penal⁸¹.

Sem dúvida, a consolidação da sociedade de riscos trouxe como consequência uma mudança de rota para o Direito Penal, que passou a ter a preocupação de solucionar os problemas advindos da modernização reflexiva por meio da funcionalização dos seus institutos, numa tentativa de conter os riscos que se perpassam na sociedade.

Pierpaolo Cruz Bottini chama a atenção para a dificuldade com que se depara a doutrina ao buscar critérios estáveis e objetivos para fixar determinados conceitos no momento em que se concebe o Direito Penal como uma atividade de gestão de riscos. Segundo o autor, a gestão de riscos, por ser uma atividade essencialmente política, exige

⁷⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 79.

⁸⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 92.

⁸¹ *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 43-45.

considerações pragmáticas e dinâmicas, o que se reflete na frequente alteração legislativa no campo do Direito Penal relacionado com os novos riscos⁸².

Nessa conjuntura, o Direito Penal passa a se ocupar de mecanismos que permitam trabalhar os reflexos do risco, por meio de construções que serão incorporadas ao sistema jurídico pela atividade legislativa. A instituição de uma legislação preventiva de danos é a maior consequência disso, constituindo a sociedade de riscos como verdadeira fonte material do Direito Penal.

A sociedade de riscos, uma vez consolidada, impacta a construção e a compreensão de um novo Direito Penal. Este modelo de organização paradoxal, que carece do risco para o desenvolvimento das relações econômicas e, simultaneamente, refuta esse mesmo risco e busca mecanismos de inibição de sua produção, interfere na elaboração do discurso penal.

A consequência é que a norma penal é chamada a cumprir o papel de instrumento de controle de riscos e, por essa razão, sofre o paradoxo que incide sobre os demais mecanismos de contenção de atividades inovadoras. A dúvida sobre a medida e o grau da pena, sobre quais comportamentos arriscados realmente interessam ao Direito Penal, os conflitos políticos subjacentes à atividade de gestão de riscos far-se-ão presentes em todas as etapas, da construção à aplicação dos tipos, da atividade legislativa ao labor interpretativo⁸³.

Denominado por Renato de Mello Jorge Silveira de “Direito Penal de Risco”, trata-se de um Direito Penal adequado às necessidades da atual sociedade pós-industrial, tanto se transformando como instrumento eficaz de condução de comportamentos, como meio de defesa a novos riscos presentes hodiernamente. Pretende-se ele, assim, configurar uma ideia de segurança frente às inseguranças sociais⁸⁴.

No mesmo sentido, Luis Gracia Martín destaca a sensação geral de insegurança própria da sociedade contemporânea, o que leva a uma forte demanda de segurança por parte

⁸² *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 55.

⁸³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 87-88.

⁸⁴ *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 99.

do Estado, para que este responda a tal exigência com o recurso ao Direito Penal, mediante a criminalização de comportamentos que se desenvolvem nas novas esferas de risco⁸⁵.

Este novo perfil do Direito Penal implica em alterações na produção legislativa, com consequências em todos os campos de sua aplicação. A legislação penal, influenciada pela sociedade de riscos, amplia os campos de proteção a bens jurídicos de titularidade coletiva ou transindividual, direcionando sua incidência a contextos cada vez mais genéricos, como o meio ambiente, o sistema econômico e o equilíbrio das finanças públicas.

Como resultado, o Direito Penal passa a orientar seus institutos à prevenção, à inibição de atividades, no momento antecedente à causação de um mal, antes da afetação do bem jurídico protegido. O desvalor do resultado é substituído pelo desvalor da ação e o prejuízo concreto é substituído pela probabilidade de afetação de bens e interesses. Os tipos penais, que antes privilegiavam a lesão em sua redação, direcionam seus elementos ao perigo, ao risco. Esta formatação possibilitou o desenvolvimento das estruturas que abrigam, hoje, o Direito Penal de riscos, voltado para a inibição de ações arriscadas⁸⁶.

Em abordagem a esta problemática, Klaus Günther chama a atenção para o fato de a concentração no desvalor da ação se ter intensificado de modo significativo, tendo em vista os riscos das modernas sociedades industriais, onde a própria liberdade de ação torna-se um perigo em si mesma. Em campos de ação densamente entrelaçados, como é o caso dos domínios da sociedade de riscos, o próprio uso da liberdade em si é perigoso; então, o próprio uso desta deve ser rodeado de especiais exigências de cuidado, dada a gravidade das consequências⁸⁷.

Nesse contexto, Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde afirmam que as principais consequências das transformações apresentadas pelo Direito Penal são: o risco de um acentuado déficit operacional; o perigo de que o Direito Penal cumpra uma função simbólica e o alto custo para os direitos e garantias fundamentais⁸⁸.

⁸⁵ *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 49.

⁸⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 88.

⁸⁷ De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber: un cambio de paradigma en el derecho penal? In: *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 503.

⁸⁸ *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 32-37.

A essas novas questões correspondem um igualmente inusitado quadro de dificuldades dogmático-penais, pondo em causa conceitos fundamentais e suscitando um modelo alternativo aos paradigmáticos crimes de dano⁸⁹. A instituição de crimes de perigo abstrato, crimes culposos, a definição do âmbito de incidência do risco permitido, o estabelecimento dos critérios de imputação pautados na criação ou incremento de riscos não permitidos no âmbito de incidência da norma jurídica são exemplos de institutos criados para enfrentar a nova realidade vivenciada pela dogmática penal. Tais institutos aparecem com profusão nos setores do Direito Penal supraindividual, como os delitos socioeconômicos, contra o meio ambiente, tráfico de entorpecentes, crimes automobilísticos, manejo de substâncias perigosas, energia nuclear, etc.

Com a percepção dos riscos tecnológicos da sociedade pós-industrial, até mesmo a adequação e a eficiência dos tipos de perigo concreto para a tutela dos bens jurídicos coletivos passaram a ser questionadas. Diante disso, surge, ao nível da política criminal e do discurso legitimador da determinação punitiva, a proposta de utilização dos crimes de perigo abstrato como elemento-chave do modelo de incriminação dos novos âmbitos de atividade da sociedade de risco⁹⁰.

O controle, a prevenção e a gestão de riscos gerais são vistos como tarefas que devem ser assumidas pelo Estado e este as assume efetivamente de modo relevante, e para a realização de tais objetivos o legislador recorre ao tipo penal de perigo abstrato como instrumento técnico adequado por excelência⁹¹.

A criminalização de condutas por meio desta técnica visa a antecipação da incidência da norma, para afetar condutas antes da verificação de qualquer resultado lesivo. Sua relação com os riscos da atualidade é evidente: afinal, o deslocamento do injusto do resultado para a conduta reflete uma preocupação do gestor de riscos (no caso, o legislador

⁸⁹ D'ÁVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 32.

⁹⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal*: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 132.

⁹¹ GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 48.

penal) com a prevenção e com a necessidade de evitar o perigo, como forma de garantir, de mais eficazmente, a proteção aos bens eleitos como indispensáveis à vida em comum⁹².

Os tipos penais de perigo abstrato passam a ser o instrumento empregado largamente pelo legislador penal para o enfrentamento dos riscos inéditos⁹³, sendo considerados como o verdadeiro “coração pulsante”⁹⁴ do Direito Penal da pós-modernidade, orientados na direção do futuro e da prevenção dos riscos.

Em dado estatístico relativo ao Brasil, Juliana Cabral destaca que a principal marca da pós-modernidade na vivência legislativa criminal é precisamente o incremento percentual da normatização dos tipos de perigo. Segundo pesquisa realizada pela autora, entre 1942 e 1957 chegou-se ao patamar de 11,47% de delitos de perigo (e 6,56% de delitos híbridos), ao passo que entre 1985 e 2000 os delitos de perigo assumiram o patamar de 38,7% (e 7,52% de delitos híbridos). Isso demonstra que o desvalor criminal passa a recair preferencialmente sobre uma ação potencialmente lesiva (tipos de perigo concreto) ou ainda potencialmente perigosa (tipos de perigo abstrato) para o bem juridicamente protegido, em detrimento de uma preferência anterior de fazer pesar a censura jurídica sobre um resultado lesivo, certamente de concretude superior e inadequada à pós-modernidade volátil⁹⁵.

Pierpaolo Cruz Bottini, considerando os crimes de perigo abstrato como o núcleo central do Direito Penal do risco, destaca algumas razões para a sua proliferação: o alto potencial lesivo de algumas atividades e produtos decorrentes de inovações científicas, que podem desencadear graves e irreversíveis lesões a bens jurídicos fundamentais; dificuldade de elucidação ou de previsão de nexos causais derivados da aplicação das novas tecnologias; a proteção cada vez mais acentuada de bens jurídicos coletivos, o que reduz o espaço dos delitos de resultado; a existência de atos perigosos por acumulação, os quais, uma vez isolados, não representam ameaça para bens jurídicos, mas sua reiteração acaba por

⁹² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 96.

⁹³ Nesse sentido, Jacobo López Barja de Quiroga afirma que a linha atual e de futuro são os crimes de perigo abstrato, enquanto que os crimes de lesão decrescem (El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos. *Poder Judicial*. Madrid, n. 48, 1997, p. 300).

⁹⁴ Expressão cunhada por Francesco D'Alessandro (*Pericolo astratto e limiti-soglia*: le promesse non mantenute del diritto penale. Milano: Giuffrè Editore, 2012, p. 146).

⁹⁵ *Os tipos de perigo e a pós-modernidade*: uma contextualização histórica da proliferação dos tipos de perigo no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 143.

consolidar um ambiente de riscos efetivos, não permitindo a proteção por meio dos crimes de resultado⁹⁶.

Mirentxu Corcoy Bidasolo observa ainda outros fatores como os responsáveis pela vasta propagação dos crimes de perigo abstrato são: a busca do *estado de bem estar*, que visa simultaneamente à proteção dos bens jurídicos e da confiança dos cidadãos no funcionamento do sistema; a concepção utilitarista do Direito Penal, em que prevalece a ideia de que é mais eficaz prevenir resultados lesivos que reprimir sua causação, pelo fato de se revelar menos maléfica aos direitos fundamentais, tanto aos autores (em virtude da menor gravidade da sanção penal) quanto das virtuais vítimas (que são protegidas sem se verem lesionadas); assim como o surgimento dos inéditos riscos advindos da sociedade tecnológica e do complexo sistema socioeconômico atual, que impõem ao legislador a busca de novos e mais eficazes mecanismos de proteção⁹⁷.

Além disso, com a tipificação do perigo abstrato, não se quer evitar somente a produção do resultado lesivo, mas também se intenta antecipar a prevenção para garantir melhor a segurança e a própria sensação de segurança⁹⁸. Nas condições da sociedade de riscos, a segurança não é meramente um reflexo da atividade policial. Ela se transforma em um *direito* que pode ser exigido do Estado, ficando este autorizado a agir institucionalmente sobre tudo aquilo que afeta esse direito à segurança⁹⁹.

Diante do exposto, é possível entender a razão da massificação dos crimes de perigo abstrato no Direito Penal contemporâneo. Os novos âmbitos do risco, com suas características inéditas, guiam a atividade legislativa ao emprego desta técnica de tipificação, resultando na sua presença significativa nos diplomas legais hodiernos. Os crimes de perigo

⁹⁶ *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 119-127.

⁹⁷ *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 23-24.

⁹⁸ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 79.

⁹⁹ AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p. 188. Segundo o autor, o direito à segurança, conforme entendido em um sentido normativo, confirma a tese de que a missão do Direito Penal também é manter a identidade da sociedade, que, no caso, afirma a sua expectativa normativa de preservação das condições de segurança. Vale ressaltar aqui o posicionamento de Urs Kindhäuser, que reformula a teoria dos crimes de perigo abstrato de modo a compatibilizar essa figura com a ideia de proteção de bens jurídicos. O autor alemão atribui aos delitos de perigo abstrato um objeto de proteção próprio, qual seja, o bem jurídico segurança. (Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal. Trad. Nuria Pastor Muñoz. *Revista Electrónica del Instituto Latinoamericano de estudios en ciencias penales y criminología*, 004-01 (2009). Disponível em: www.ilecip.org. Acesso em 04 de abril de 2013). Tal posicionamento será melhor detalhado no Capítulo 3 deste trabalho.

abstrato representam os sinais mais claros da expansão do Direito Penal, na intenção de fazer frente aos temores inerentes ao desenvolvimento científico e econômico da atualidade.

A permuta gradual dos crimes de dano ou de perigo concreto por tipos de perigo abstrato não foi desconsiderada pela dogmática, nem pela crítica jurídica, que deve compreender suas implicações. A importância conquistada por esta técnica legislativa exige uma análise histórica do desenvolvimento de seu conceito, de seus contornos e de sua construção metodológico-doutrinária, por intermédio das escolas penais mais relevantes, o que será analisado a seguir.

1.3 O desenvolvimento metodológico-doutrinário dos crimes de perigo abstrato

Todas as ciências, sejam elas de qualquer espécie, estão sujeitas a mutações e aperfeiçoamentos no seu prolongamento existencial. Assim se faz, por conseguinte, com o Direito Penal, que é expandido e conseqüentemente sofre alterações nas compreensões dogmáticas ao longo do tempo, seja pelo surgimento de novos aspectos cognitivos, seja por dar ensejo ao conflito de teses doutrinárias clássicas, até então intangíveis, frente às teorias criadas e aperfeiçoadas *a posteriori*.

Desde o Iluminismo, o pensamento penal trabalhou em construir um sistema racional e coerente que permitisse uma aplicação segura e lógica das normas, de acordo com determinados critérios. O início do estudo da ciência penal deve partir da compreensão da sua base metodológica, com o estabelecimento do seu conteúdo e de seus limites.

Nesse ponto, insta advertir que a renúncia ao pensamento metodológico acarreta um retorno ao pensamento tópico, ao casuísmo e à solução ocasional, geradores que são em muitas vezes da arbitrariedade, irracionalidade, imprevisão e insegurança jurídica¹⁰⁰.

¹⁰⁰ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. O desenvolvimento metodológico do direito penal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v. 7, n. 79, jun. 1999, p. 3.

Nesse sentido, as diversas escolas penais arquitetaram propostas metodológicas para a elaboração de um sistema penal adequado à realidade histórica, política e social de sua época.

Os sistemas propostos partem de diferentes premissas sobre o conceito de injusto, sobre os elementos necessários à ação penalmente relevante, sobre a finalidade das penas e assim por diante, e estas premissas guiarão a criação e a aplicação dos institutos localizados em outras camadas da estrutura sistêmica.

Tal ocorre com os crimes de perigo abstrato. Seu conteúdo, sua forma de incidência e sua abrangência estão intimamente ligados ao sistema dogmático no qual estão implantados, e sofrerão influência das premissas originárias sobre as quais se assenta esta estrutura de pensamento.

A discussão acerca dos crimes de perigo abstrato ganhou relevância em virtude das modificações contextuais do Direito Penal e da sociedade, não tendo sido despendida a adequada atenção aos seus aspectos constitutivos peculiares quando sua quantidade era ínfima no ordenamento jurídico. Conforme visto anteriormente, tal espécie de delito se transformou, nas últimas décadas, no modelo de tipificação preferido do legislador para levar a cabo uma política criminal de antecipação da tutela penal, isto é, de criminalização no âmbito prévio.

A defesa de uma teoria dos crimes de perigo abstrato deve estar fundamentada na construção de um sistema metodológico aplicável a toda a dogmática penal que refletirá, em última análise, a opção por uma forma de reação do gestor de riscos diante da organização social contemporânea¹⁰¹.

Dessa forma, a definição dos contornos e dos elementos constitutivos destes delitos é obra do desenvolvimento metodológico do pensamento penal, e sua compreensão exige uma apreciação das ideias construídas historicamente sobre o tema¹⁰².

¹⁰¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 173.

¹⁰² Não houve preocupação em detalhar com profundidade todos os sistemas jurídico-penais, por não serem estes o ponto central do trabalho. Buscou-se apenas fazer uma relação entre tais sistemas e o desenvolvimento dos crimes de perigo abstrato.

1.3.1 Crimes de perigo abstrato no sistema causal clássico

O movimento positivista científico do final do Século XIX, auge do progresso científico, caracteriza-se pelo ideal de rejeitar toda impostação metafísica do mundo da ciência (negativismo) e de restringi-la, de modo rigoroso, aos fatos e às suas leis, empiricamente considerados. Em oposição às correntes metafísicas (v.g., idealismo alemão, romantismo, jusnaturalismo), a ciência deixa de ser contemplativa ou especulativa, reduzindo-se à pesquisa das causas eficientes como sucessões regulares de causas e efeitos (fatos), a partir das quais se extraem as leis. Os fins escapam ao seu domínio, só pertencem ao mundo espiritual¹⁰³.

É nessa conjuntura de ideias e de transformações que brota o movimento denominado *cientismo*, ou seja, uma atitude mental que via na ciência a possibilidade de solucionar todos os problemas do indivíduo e da sociedade. Destacam-se alguns aspectos característicos dessa corrente de pensamento: as ciências por excelência são as ciências da natureza (v.g., física, química, biologia, matemática, etc), pelas quais poderiam ser obtidos resultados verdadeiros (certeza racional) e universalmente válidos; o progresso científico era o lema da época¹⁰⁴.

A única atividade científica era aquela fundada na experiência apreendida através do método causal-explicativo, baseado na observação, na experimentação e na formulação das leis. Tal método é indispensável nas ciências, devendo ser estendido a todos os domínios. Só há um modo de pensar, o positivo, que tem validade universal. Trata-se, assim, de uma atitude mental que preconiza um método de observação e de análise do Direito, com o intuito de privilegiar o desenvolvimento da pesquisa e da explicação, tendo na ciência seu ideal de objetividade.

Em seguida, o positivismo científico se converte em positivismo jurídico, de cunho *normativista* e formal, em uma adaptação metodológica fiel às ciências naturais. Assinale-se, portanto, que o positivismo jurídico deita suas raízes em disciplinas estranhas ao

¹⁰³ PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 88.

¹⁰⁴ PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 88.

Direito¹⁰⁵.

Sob a influência do positivismo, foi construído o sistema causalista, também chamado sistema clássico do delito, para o qual ciência é somente aquilo que se pode apreender através dos sentidos, o mensurável. Valores são emoções, meramente subjetivos, inexistindo conhecimento científico de valores. Daí a preferência por *conceitos avalorados*, emprestados às ciências naturais, à psicologia, à física, à sociologia¹⁰⁶.

Em apertada síntese, o sistema clássico do delito, que teve como expoentes mais expressivos Franz von Liszt, Karl Binding e Ernst von Beling, apresenta a seguinte feição: o tipo compreende os elementos objetivos e descritivos (a tipicidade é descrição tão somente objetivista da conduta); a antijuridicidade, o que houver de objetivo e normativo; e a culpabilidade, o subjetivo e descritivo. Mais detalhadamente, o tipo é a descrição objetiva de uma modificação no mundo exterior (resultado naturalístico). A antijuridicidade é definida formalmente, como contrariedade da ação típica a uma norma do Direito, que se fundamenta simplesmente na ausência de causas de justificação. E a culpabilidade é psicologicamente conceituada como a relação psíquica entre o agente o fato, ou seja, relação psicológica, subjetiva, entre o agente e o resultado, limitando-se a comprovar a existência de um vínculo subjetivo entre estes¹⁰⁷.

¹⁰⁵ PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 89. Santiago Mir Puig destaca que Binding representou na Alemanha uma primeira versão do positivismo jurídico, que preferiu a cientificidade, excluindo os juízos de valor e limitando seu objeto ao Direito positivo. Mir Puig qualifica o positivismo de Binding como “normativismo”, no sentido de ter limitado seu objeto de estudo às normas jurídico-positivas, excluindo-as de toda consideração filosófica ou da realidade não jurídica. Trata-se de um sentido completamente diferente ao que atualmente se atribui à terminologia “normativismo” (*Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires; Montevideo: B de F, 2003, p. 188 e ss.).

¹⁰⁶ GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, out./dez. 2000, p. 122. No mesmo sentido, Norberto Bobbio afirma que a ideologia das ciências visa a reduzir as ciências da cultura ao modelo das ciências naturais. Segundo o jurista italiano, a ciência tem como característica fundamental a sua avaloratividade, isto é, na distinção entre *juízos de fato* e *juízos de valor* e na rigorosa exclusão destes últimos do campo científico: a ciência consiste somente em juízos de fato, neutros em valor, representando conhecimento da realidade para informar uma constatação (*O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995, p. 135).

¹⁰⁷ GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, out./dez. 2000, p. 123. O autor faz a ressalva de que este método naturalista de construção de conceitos já foi objeto de muitas críticas, com as quais até está familiarizado o estudante brasileiro. Além de ser incapaz de resolver inúmeros problemas sem cair em contradições, aponta o autor as duas críticas, na sua visão, mais fundamentais: em primeiro lugar, o direito, como sistema de valores, nada tem a fazer com categorias avaloradas; o segundo defeito é o caráter classificatório e formalista do sistema, que imagina que todos os problemas estão de antemão resolvidos pela lei, bastando a subsunção desvalorada e automática para dar-lhes o tratamento mais justo e político-criminalmente correto. No mesmo sentido, sobre a crítica ao caráter classificatório e formalista do sistema: MACHADO, Fábio Guedes de Paula; MOURA, Bruno; MIRANDA,

Ao pensamento clássico do Direito Penal outorga-se o grande privilégio de iniciar um estudo que, verdadeiramente, eleva este ramo jurídico ao campo da cientificidade própria de seu tempo (racionalismo). Ainda que os conceitos de dogmática jurídica e dogmática jurídico-penal estivessem de maneira significativa distanciados dos padrões atuais, pela primeira vez, ao que se deduz sobretudo das obras de doutrinadores do sistema continental, o saber jurídico ganhou uma função essencial: a limitação do poder de punir elaborada por meio de um enfoque racional¹⁰⁸.

Neste sistema, a busca de limitação do Direito Penal levou à edificação de um injusto de resultado, a um direcionamento da norma ao desvalor dos efeitos externos das ações, em detrimento do aspecto intencional ou subjetivo do comportamento. Efetivamente, esta construção é mais restritiva à atuação repressiva penal do que um direito criminal baseado apenas no desvalor da conduta, pois o exercício do *ius puniendi* está preso à verificação de um dano, ou de um perigo efetivo.

Em consequência, a preferência do Direito Penal clássico pelo desvalor do resultado trouxe problemas para a conceituação ou para a aceitação dos crimes de perigo abstrato. Tanto é que a dificuldade da doutrina clássica em compatibilizar os delitos de perigo abstrato com a supremacia do desvalor do resultado é manifesta nas obras de Binding e Rabl, que não aceitam tais delitos diante da ausência, no sistema clássico, de instrumentos dogmáticos adequados¹⁰⁹.

Karl Binding classifica as normas penais em três espécies¹¹⁰: (i) proibições de lesão; (ii) proibições de perigo; e (iii) simples proibições. As primeiras exigiriam dano efetivo de um bem jurídico, não gerando problemas sistemáticos para o sistema penal clássico fundado no desvalor do resultado. As proibições de perigo seriam normas que vedam atos criadores de um perigo concreto ou que são idôneos para a produção de uma lesão. Nestas, Binding entende que a colocação em perigo de um bem jurídico é equivalente à sua lesão: a colocação em perigo é sempre a perturbação da existência segura do bem jurídico, sendo a

Wesley. A (re)normativização do Direito penal frente aos direitos difusos. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 70, jan./fev. 2008, p. 73.

¹⁰⁸ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da Pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 56.

¹⁰⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 132.

¹¹⁰ *Die Normen und ihre Übertretung*. Tomo I. 4. ed. Leipzig, 1922 (reimpr. 1965) apud TORÍO LÓPEZ, Ángel. Los delitos del peligro hipotético: contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid, v. 34, 2/3, mai./dez. 1981, p. 828-829.

ação básica perigosa o núcleo do injusto¹¹¹. Nesse sentido, as proibições de perigo concebidas por Binding seriam atualmente próximas dos delitos de perigo concreto¹¹².

Quanto às normas denominadas de simples proibições, são elas próximos da definição formal atual dos delitos de perigo abstrato, caracterizados como atos ilícitos em si, sem nenhuma referência a um resultado concreto ou à periculosidade da conduta para permitir a incidência da norma penal. O injusto decorreria da mera prática da conduta, e seria constatado pela subsunção formal entre descrição normativa e ação. Binding critica a presença das simples proibições na legislação penal e propõe a sua exclusão, por entender que uma norma penal dirigida à conduta, sem referência a uma modificação exterior do mundo, não é legítima, porque conduz a sanção penal ao mero descumprimento de regras postas¹¹³. Ele afirma que tais infrações não estão conectadas ao conceito de perigo, o qual, na sua visão, sempre requer a presença de um ato perigoso¹¹⁴.

Ernest Beling também não deixou de fazer a análise dogmática dos crimes de perigo abstrato. Na sua visão, tais delitos carecem de toda existência justificada, não passando de tipos sem lesão ou sem perigo, pois neles o juiz não necessita comprovar uma exposição a perigo, e inclusive a evidente comprovação da carência de periculosidade da ação não excluirá a aplicação da lei penal¹¹⁵.

Ainda no sistema clássico do delito, Stübel, no ano de 1826, naquela que é considerada a primeira investigação sistemática sobre o tema, buscou a adequação entre os crimes de perigo abstrato e o pensamento penal clássico, mediante a consideração destes como delitos de lesão.

¹¹¹ *Die Normen und ihre Übertretung*. Tomo I. 4. ed. Leipzig, 1922, p. 372 apud MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001, p. 97.

¹¹² TORÍO LÓPEZ, Ángel. Los delitos del peligro hipotético: contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid, v. 34, 2/3, mai./dez. 1981, p. 830. No mesmo sentido: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 131.

¹¹³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 131. No mesmo sentido: TORÍO LÓPEZ, Ángel. Los delitos del peligro hipotético: contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid, v. 34, 2/3, mai./dez. 1981, p. 830; BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal: parte geral*. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 208.

¹¹⁴ TORÍO LÓPEZ, Ángel. Los delitos del peligro hipotético: contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid, v. 34, 2/3, mai./dez. 1981, p. 831. O autor afirma que as lições de Binding possuem notável riqueza, mas nem sempre recebem a devida atenção da doutrina jurídico-penal

¹¹⁵ *Die Lehre vom Verbrechen*. Tübingen: Mohr, 1906, p. 217 apud BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal: parte geral*. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 208-209. Também: BELING, Ernst von. *A ação punível e a pena*. Trad. Maria Carbajal. São Paulo: Rideel, 2007, p. 35.

Segundo Stübel, os crimes de perigo abstrato não visam proteger um bem jurídico de forma antecipada, mas se dirigem à sua integridade diante de uma perturbação específica. O autor sustenta que condutas proibidas por estes tipos penais, quando praticadas, abalam o âmbito de segurança da disponibilidade dos bens jurídicos e isso significa uma lesão à ordem social estabelecida¹¹⁶.

Se os postulados metodológicos do sistema penal clássico não contribuíram para o pleno desenvolvimento dos crimes de perigo abstrato, tal não ocorreu com o sistema seguinte, o neoclássico ou neokantista, caracterizado por sua referência a valores. O fechamento cognitivo e a rigidez operativa característicos do sistema penal clássico passaram a ser alvos de questionamento pelo pensamento neokantista, o qual buscou realizar o sistema criminal em nome de considerações de cunho normativo.

Esta premissa estabeleceu um modelo sensivelmente diverso em termos sistemáticos. Em consequência, o neokantismo, como continuidade positivista, muito alterou na forma de o sistema penal lidar com a realidade que o circunda.

1.3.2 Crimes de perigo abstrato no sistema neoclássico (neokantista)

O Direito Penal clássico, ao não aceitar a normatização de conceitos e a incorporação de valores culturais e sociais para a interpretação e aplicação de seus preceitos, tem como consequência seu afastamento da realidade e por isso perde a capacidade de exercer sua missão de controle social.

¹¹⁶ Nesse sentido: MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001, p. 91; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 133-134. Aponta ainda Bottini que, no Brasil, Demosthenes Madureira de Pinho fez proposta semelhante, considerando o perigo abstrato como um estado de risco ao qual é exposto o bem jurídico, o que já importaria em um abalo social e em uma ofensa ao interesse tutelado.

Conforme destaca Santiago Mir Puig, foram as exigências específicas da dogmática penal que decidiram o giro do positivismo a um método no qual a valoração e a perspectiva material foram recepcionadas¹¹⁷.

Nessa conjuntura, surgiu o sistema neoclássico, como proposta de superação ao paradigma positivista no âmbito do Direito por meio de uma perspectiva normativa. A ciência jurídica foi progressivamente se distanciando do direito positivo, a partir da percepção de que não se lhe podia atribuir simplesmente uma análise sistêmica através de um método indutivo de construção jurídica. Inicia-se uma escalada que vem a retomar o relativismo do pensamento de Kant, denominada *neokantismo*.

O neokantismo é uma corrente filosófica iniciada na Alemanha a partir de 1860, e representou, pois, a superação, e não necessariamente a negação, do positivismo¹¹⁸. Em verdade, não passou de uma forma de positivismo jurídico aberto à filosofia dos valores. Assim, caracterizou-se por referir a valores as categorias da teoria geral do delito, mostrando a influência manifesta da filosofia neokantiana, que nesta época teve seu máximo esplendor e reflexo entre os penalistas alemães, e pelo afã de substituir o formalismo positivista por um positivismo teleológico¹¹⁹. Dois são os principais movimentos filosóficos dessa época: o historicismo e o neokantismo¹²⁰.

O historicismo buscou diferenciar as ciências entre naturais e espirituais, com base em seu objeto, enquanto que o neokantismo procurou demonstrar a necessidade de distingui-las através de seu método e deu lugar a duas tendências: a Escola de Marburgo, representada por Cohen e Stammler, e a Escola de Baden ou Subocidental Alemã, representada principalmente por Rickert, Lask, Mayer e Radbruch, de grande repercussão no campo jusfilosófico e jurídico-penal¹²¹.

Para a Escola de Baden, de matiz cultural, o peculiar da ciência do Direito é sua referência a valores que têm certos fins (aspecto teleológico). O Direito é uma realidade

¹¹⁷ *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires; Montevideo: B de F, 2003, p. 207.

¹¹⁸ Nesse sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 58-60.

¹¹⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires; Montevideo: Editorial B de F, p. 262.

¹²⁰ PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 90.

¹²¹ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires; Montevideo: B de F, 2003, p. 212-213. No mesmo sentido: PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 90.

cultural (como um fator real da cultura), isto é, referida a valores. Só pode ser definido como o conjunto de dados da experiência que têm o sentido de pretenderem realizar a *ideia de direito*. O Direito pode ser injusto e o conteúdo não deixa de ser Direito, na medida em que seu sentido vem a ser precisamente este: o de realizar o justo¹²².

Enquanto as ciências naturais se limitam a explicar fatos, submetendo-os à categoria da causalidade, as ciências da cultura querem compreendê-los – são ciências compreensivas, e não só explicativas – o que implica em referi-los a finalidades e a valores. Conforme ensina Enrique Guimbernau Ordeig, para o neokantismo a ciência do Direito é uma ciência cultural ou do espírito, portanto a atitude metodológica deve ser uma atitude referida ao valor¹²³.

Substitui-se, dessa forma, a dogmática formalista-classificatória do naturalismo por um sistema teleológico, referido a valores. Ao invés de distribuir as elementares de acordo com critérios formais pelos diferentes pressupostos do delito, buscou-se a fundamentação material das diferentes categorias sistemáticas, para que se pudesse, em seguida, proceder à construção teleológica dos conceitos, de modo a permitir que eles atendessem à sua finalidade do modo mais perfeito possível¹²⁴.

Assim, a partir da percepção de que os valores são elementos impescindíveis para a compreensão do Direito, os elementos do delito, ainda que vinculados à estrutura causal, despregam-se da realidade legal. A lei perde o seu caráter de dogma absoluto, alterando fortemente as bases do pensamento do positivismo lógico-formal. Com a manutenção das elementares estruturais do conceito de delito, suas configurações passam a admitir uma interpretação de acordo com os fins, conforme os valores últimos que, naquela

¹²² PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 92. Por isso, o Direito é conceituado por Radbruch como a realidade que possui o sentido de estar ao serviço do valor jurídico, da ideia de Direito que, por sua vez, não é senão a ideia de justiça. Por conseguinte, acaba ele sendo definido como a realidade que tem o sentido de se achar a serviço da ideia de justiça (RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 91). Vale advertir que, depois da Segunda Guerra Mundial, Radbruch passou a afirmar que a injustiça extrema de uma norma individual retira a validade da mesma e esta deixa de ser considerada Direito, ou seja, o Direito injusto que atinja determinado patamar de injustiça extrema deixa de ter validade. Nesse sentido: RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado, 1979, p. 91, p. 415-418.

¹²³ *Conceito e método da ciência do direito penal*. Trad. José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 38.

¹²⁴ GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, out./dez. 2000, p. 124-125. Destacando a perspectiva teleológica do neokantismo, o que provocou uma ruptura metodológica na teoria do crime: BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 225-226.

sociedade, devem outorgar sentido aos postulados dogmáticos¹²⁵.

No neokantismo o bem jurídico passa a ter uma função teleológica, representando a baliza de interpretação do tipo penal. Isso resultou numa abertura dogmática para a aplicação supralegal do Direito Penal. Esta apresenta total coerência com a interpretação teleológica, que tem por substância o referido bem jurídico. Em razão do método recomendado pelo neokantismo, a investigação sobre um objeto valioso permite a superação da subsunção lógica defendida pelo positivismo, dando ensejo à abertura hermenêutica para a persecução de fins¹²⁶.

Destaca Cláudio Brandão que a grande contribuição do neokantismo não foi exatamente associar o conceito de bem jurídico ao conceito de valor, pois tal associação já estava presente desde as construções de Binding e von Liszt. A verdadeira contribuição foi exatamente pesquisar o papel que o conceito de valor tem para tornar clara a substância do conceito de bem jurídico. O método do neokantismo foi fundamental para esclarecer essa contribuição, pois, reagindo à epistemologia do positivismo, propôs uma separação metodológica a qual estabelecia que a investigação dos objetos vinculados às ciências da natureza não poderia ter o mesmo tratamento gnosiológico que a investigação dos objetos vinculados às ciências culturais. Enquanto para as ciências da natureza se explicará o objeto, para as ciências da cultura se compreenderá o objeto¹²⁷.

Sinteticamente, no sistema neokantista o tipo penal é compreendido materialmente, deixando de ser a mera descrição de uma modificação no mundo exterior, para tornar-se descrição de uma ação socialmente lesiva, portanto, antijurídica; isto é, o tipo objetivo e avalorado tornou-se tipo de injusto, em que também existem elementos subjetivos e normativos. A antijuridicidade deixa de ser formal, simples contrariedade à norma, para tornar-se material, exigindo-se assim lesividade social¹²⁸. A culpabilidade torna-se culpabilidade psicológico-normativa (juízo de reprovação pela prática do ilícito típico), e não

¹²⁵ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da Pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 70.

¹²⁶ Nesse sentido: BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 141.

¹²⁷ *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 137-138.

¹²⁸ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires; Montevideo: B de F, 2003, p. 208-209.

mais puramente psicológica, com o florescimento de discussões em torno do conceito de exigibilidade¹²⁹.

Nesse sentido, sob a ótica neokantista, para avaliar a tipicidade de uma conduta, não basta a verificação formal de sua adequação à descrição legal típica, sendo necessário observar seu significado social e sua materialidade diante dos valores vigentes. Como o tipo penal se legitima diante de uma norma de cultura, a ação ilícita deve ir além de contrariar o texto legal, exigindo-se ainda a colisão com os valores presentes na sociedade¹³⁰.

À luz desses postulados, Edmund Mezger ressalta a relevância do perigo para o Direito Penal, caracterizando-o como a probabilidade cognitiva da produção de um acontecimento danoso. Para o autor, existem atos que, ainda que não causem um dano, se revestem de importância jurídica porque, diante das regras gerais da experiência e das concepções da vida prática, são geralmente idôneos para a produção de um resultado. Mezger aduz que a constatação do perigo agrega um elemento de experiência, com base na realidade empírica, e um elemento normativo, que leva em consideração os valores vigentes no momento da prática do ato e a realidade envolvida. Isso afasta um juízo causal predeterminado, possibilitando uma análise sobre um acontecimento provável¹³¹.

Para Mezger, tanto os crimes de perigo abstrato como os crimes de perigo concreto estão atrelados ao conceito normativo de perigo. Enquanto nestes é necessária a comprovação da ocorrência do perigo, pois o perigo pertence ao tipo legal, nos primeiros a periculosidade potencial da conduta é presumida pelo legislador, e por isso não aparece no tipo legal¹³².

Logo, no neokantismo o conceito de perigo abstrato se distancia das concepções do Direito Penal clássico. Nestas, o mero comportamento descrito no tipo ensejaria uma pena, pois não há espaço para interpretações diante da realidade fática que contrariem o texto literal da lei. Por outro lado, a visão neokantista, com a normatização do tipo penal, abre possibilidades de adaptação de seu sentido semântico, de averiguação de seu conteúdo

¹²⁹ GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, out./dez. 2000, p. 125. No mesmo sentido: BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 227.

¹³⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 135.

¹³¹ *Tratado de derecho penal*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, t. 1, p. 232; 253.

¹³² *Tratado de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958, p. 127.

material, e permite afastar o injusto do perigo abstrato nos casos em que o perigo genérico não se verifique¹³³.

Nesse sentido, a introdução do elemento axiológico no sistema do delito permitiu à dogmática jurídico-penal um avanço sobre as teorias anteriores, formalistas e empíricas, diante da possibilidade de buscar-se na estrutura das leis as soluções requeridas pela ciências do Direito Penal¹³⁴.

Ao agregar elementos empíricos e normativos na construção do perigo abstrato, o neokantismo abriu caminho para uma interpretação mais flexível destes delitos, permitindo o manejo político-criminal da aplicação dos tipos em direção às finalidades estabelecidas por uma sociedade plural e democrática. A conceituação neokantista do delito de perigo abstrato servirá de base para muitos autores contemporâneos fixarem os parâmetros para um conceito material destes tipos penais¹³⁵.

1.3.3 Crimes de perigo abstrato no sistema finalista

O finalismo surge no contexto da Segunda Guerra Mundial, tendo como precursor o alemão Hans Welzel, em um ambiente de positivismo jurídico, pregando a busca de princípios e valores que devem ser independentes da vontade estatal e que se tem de fazer-

¹³³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 136.

¹³⁴ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 148.

¹³⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 136-137. Quantos aos méritos do neokantismo, é válido mencionar a ressalva feita por Luis Greco: o neokantismo pagou um preço alto para livrar-se da falácia naturalista, que foi isolar-se da realidade num *normativismo extremo*. O neokantiano parte do pressuposto que o mundo da realidade e o mundo dos valores formam compartimentos incomunicáveis, não havendo a menor relação entre eles (*dualismo metodológico*). Logo, acaba se esquecendo que o direito está em constantes relações com a realidade, e que a realidade também influi sobre o direito, e que direito e realidade se interpenetram e confundem. Os objetos de regulamentação possuem certas estruturas interiores a que o direito, sem dúvida, deve procurar respeitar; e muitos dados fornecidos pela observação empírica devem conseguir introduzir-se em algum lugar na sistemática do delito (Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, out./dez. 2000, p. 129). Outra crítica é ofertada por Alamiro Velludo Salvador Netto, afirmando que no sistema neokantista a falta de critérios objetivos para a configuração do valor, o qual era produto da interpretação subjetiva de sua importância histórica, não permitia a imposição de limites ao sistema, abrindo o caminho para uma jurisprudência de interesses excessiva, redundando na falta de previsibilidade da decisão jurídica (*Finalidades da Pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 72).

lhes oposição, ganhando força no pós-guerra, justamente pela necessidade de estabelecer limites ao poder estatal que impedissem a repetição dos excessos do III Reich. Representou, assim, um verdadeiro rompimento com o Direito Penal nazista e uma reação ao irracionalismo totalitário da Escola de Kiel, criticando ainda o subjetivismo metodológico e o relativismo axiológico do neokantismo¹³⁶.

O finalismo vem revalorizar o caráter ético-social do Direito Penal, rompendo em definitivo com a concepção nazista, a qual pregava ser o Direito Penal, através da pena, o meio de purificar biologicamente o povo¹³⁷.

Historicamente, a concepção finalista mostra-se com o propósito de cumprir a tarefa não realizada pelo neokantismo de superar o positivismo. Em termos metodológicos, essa nova orientação refuta o positivismo formalista (lógico-abstrato) e o realismo axiológico das épocas precedentes, substituindo-os por uma consideração ontológica (e valorativa) dos problemas. Mas, convém advertir nesse ponto, que essa doutrina não é pura e unicamente ontológica, visto que não deixa de considerar, ainda que de forma mais tímida, o aspecto axiológico, normativo. Veja-se, por exemplo, a introdução da teoria da adequação social no Direito Penal, por Welzel, criador do finalismo¹³⁸.

Aliás, é certo que o seu elemento basilar e fundamento maior está assentado exatamente em um valor, ou seja: o critério valorativo fundamental do respeito à dignidade humana, como um princípio de justiça imanente ao Direito e de validade *a priori*, imponderável e intangível; este, e não a finalidade nem o dolo inserido no tipo, constitui o elemento essencial e o fundamento último do finalismo¹³⁹.

Dessa concepção do homem como pessoa, capaz de agir, como ser livre e responsável, exsurge a necessária vinculação do Direito ao conceito finalista de ação: as normas só podem mandar ou proibir uma conduta *final*¹⁴⁰. A ação penalmente relevante não será mais aquela que contraria a lei (Direito Penal clássico) nem aquela que contraria os

¹³⁶ MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires; Montevideo: B de F, 2003, p. 224.

¹³⁷ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 24.

¹³⁸ PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 94-95.

¹³⁹ PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 95.

¹⁴⁰ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Régis Prado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 31-32.

valores culturais (neokantismo), mas aquela que carrega consigo uma finalidade, projetada anteriormente pelo intelecto, dirigida a um acontecer causal. Esta direção final de uma ação se daria em duas etapas: a primeira, interna, pertencente à esfera do pensamento, que agregaria a antecipação da finalidade e a seleção de meios de ação para a consecução do fim; a segunda, externa, dar-se-ia pela prática dos atos no mundo real¹⁴¹.

Quando se diz que a ação humana tem em sua estrutura a vontade dirigida a um fim, diz-se que o dolo reside na ação, o que demonstra a diferença determinante entre a teoria finalista e a teoria causalista. Nesta, não se analisa o conteúdo da vontade que está presente na ação, portanto não se reconhece que o dolo está na ação, e sim na culpabilidade. Naquela, reconhece-se que a vontade dirigida a um fim rege a causalidade, logo, o conteúdo da vontade, ou seja, o dolo, é integrante da ação¹⁴².

O finalismo, ao abandonar a teoria dos valores do neokantismo, constrói as suas categorias jurídico-penais com base nas estruturas lógico-reais ou lógico-objetivas¹⁴³, que são constantes antropológicas que não podem ser modificadas, porque existem antes do Direito, e devem ser observadas necessariamente pelo legislador¹⁴⁴. Estas estruturas são compreendidas pelo observador e explicadas de modo lógico.

Apesar de ter se afastado da teoria dos valores, o finalismo, conforme dito anteriormente, exige juízos de valor em diversas categorias jurídico-penais. Mas estes valores têm de ser extraídos das estruturas lógico-objetivas, não podendo ser fruto do subjetivismo exacerbado característico do neokantismo. Tais estruturas pertencem ao mundo do ser – mundo ôntico – e sua dimensão significativa condiciona a valoração jurídica que sobre elas possa recair, pois qualquer juízo que lhes seja desrespeitoso resulta em erro¹⁴⁵.

A primeira dessas estruturas é a natureza finalista do agir humano¹⁴⁶. O homem só age finalisticamente; logo, se o Direito quer proibir ações, só pode proibir ações finalistas.

¹⁴¹ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Régis Prado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 32-34.

¹⁴² BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 26.

¹⁴³ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires; Montevideo: Editorial B de F, p. 263.

¹⁴⁴ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 151.

¹⁴⁵ WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Régis Prado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 10-13.

¹⁴⁶ Ressaltando que Welzel estruturava toda a teoria do delito sobre o conceito ontológico de ação: BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 229.

Daí decorre, entre outras coisas, que o dolo deva pertencer ao tipo: o dolo é o nome que recebe a finalidade, é a valoração jurídica que se faz sobre esta estrutura lógico-real, assim que ela se dirija à realização de um tipo. Todas as categorias do delito são referidas a conceitos pré-jurídicos, obtidas por mera dedução, confiando-se na lógica intrínseca do objeto que se vai regular¹⁴⁷.

Dizia Welzel que a ação não é um processo causal, mas um processo de sentido onde a tipicidade não se esgota na causalidade, e sim na atividade humana, razão pela qual dolo e culpa não podem permanecer na culpabilidade¹⁴⁸. O dolo e a culpa são elementos volitivos anteriores à conduta exterior, passando a integrar o tipo penal e a constituir o pressuposto ontológico da ação penalmente relevante.

A culpabilidade, por sua vez, torna-se juízo de reprovação calcado sobre a segunda estrutura lógico-real: o livre arbítrio, o poder agir de outra maneira. O homem, porque capaz de comportar-se de acordo com o Direito, é responsável quando não age desta forma¹⁴⁹. Assim, a culpabilidade torna-se puramente normativa, porque o objeto da reprovação – o desvalor da ação – agora se situa no injusto, sendo ela composta por três elementos a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa¹⁵⁰. Afirmar Welzel que a culpabilidade é a reprovabilidade da resolução da vontade ou culpabilidade da vontade, ou seja, culpabilidade é a reprovabilidade da configuração de vontade, pois é através desta que o autor pode dirigir sua conduta conforme a norma¹⁵¹.

Todavia, o finalismo não escapou de críticas¹⁵². Ainda que se opusesse frontalmente às dogmáticas positivista e neokantista, o finalismo não as combateu nesse campo. Com a teoria final da ação, a discussão sobre o alcance das normas incriminadoras retrocede ao plano ontológico, circunstância esta que mais se aproxima daquilo proposto pelo

¹⁴⁷ GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, out./dez. 2000, p. 128.

¹⁴⁸ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 72.

¹⁴⁹ GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, out./dez. 2000, p. 129.

¹⁵⁰ Cf. WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Régis Prado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 108-115.

¹⁵¹ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 75.

¹⁵² Francisco Muñoz Conde cita a dificuldade de se adequar o conceito final de ação aos crimes culposos e omissivos. Nesse sentido: *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires; Montevideo: Editorial B de F, p. 262.

positivismo¹⁵³.

Sem dúvida, foi sadio o apelo do finalismo para as estruturas lógico-reais. Porém, se o neokantismo pôde ser criticado por seu excessivo normativismo, o finalismo, que de início tentou superá-lo, negando a separação entre ser e dever ser (o dualismo metodológico), depois voltou a ela, colocando a tônica no ser. No esforço de polemizar com o neokantismo, acabou o finalismo voltando à *falácia naturalista*, pensando que o conhecimento da estrutura pré-jurídica já resolvia por si só o problema jurídico. E não é só na falácia naturalista que se aproxima o finalismo do sistema clássico, como também no *dedutivismo formalista e classificatório*. A materialização das categorias do delito, mérito imorredouro do neokantismo, foi por vezes esquecida. O tipo penal tornou-se formal, mera matéria de proibição; assim também a antijuridicidade parece voltar a ser inexistência de excludentes de ilicitude. Também a importância excessiva conferida ao posicionamento sistemático de determinados elementos – se o dolo está no tipo ou na culpabilidade – demonstra a tendência classificatória¹⁵⁴.

O ponto positivo é que a metodologia do finalismo torna-se importante para a compreensão dos fins do Direito Penal e da pena, bem como do sistema fechado que lhe é derivado. O desenvolvimento de uma teoria geral da ação ou do comportamento humano influencia no entendimento das limitações do Direito Penal e do papel que ele pode exercer dentro das comunidades. A partir da percepção da intencionalidade como elemento central do atuar humana, através da antecipação das metas e da eleição dos meios, o desvalor conferido pelo Direito Penal não poderá mais residir apenas no resultado. Porém, isso não quer dizer que o Direito Penal não se interessa pelo resultado. Mais importante que as consequências são as condutas, sempre inspiradas pela negação de valores sociais e regidas pela intencionalidade que as comanda. Esta formulação é capaz de justificar de modo mais convincente, dentre outras, a punição da tentativa, situação em que, não obstante a inocorrência do resultado, o desvalor da ação é capaz de promover a responsabilidade penal¹⁵⁵.

¹⁵³ MIR PUIG, Santiago. Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 56, set./out. 2005, p. 175.

¹⁵⁴ GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, out./dez. 2000, p. 129-130. Destacando o esgotamento do finalismo na sua capacidade de gerar propostas para a evolução da teoria do delito: BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 232-236.

¹⁵⁵ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da Pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 75-76.

Com a proposta finalista, o Direito Penal deixa de ser um instrumento voltado para a retribuição – *ex post* – se transformando em um sistema voltado para a prevenção, para a inibição de ações, a partir de uma perspectiva *ex ante*. Partindo dessa premissa, Welzel aponta que o conceito de perigo será ontológico, determinado por uma situação fática em que a produção de determinadas consequências não é desejável, mas é provável. Todavia, o Direito Penal não visa controlar a produção de qualquer perigo, mas somente aquelas situações arriscadas criadas por um comportamento humano final. Nesse sentido, o perigo penalmente relevante deve reunir um aspecto objetivo e um aspecto subjetivo, decorrente da intenção do agente de ameaçar bens e interesses relevantes¹⁵⁶.

No que tange aos crimes de perigo concreto, é possível perceber que a metodologia welzeniana apresenta perfeita adequação. Os tipos penais que contêm o perigo concreto admitem a verificação dos elementos objetivos e subjetivos inerentes à tipicidade. Os primeiros decorrem da observação do momento em que o bem jurídico ingressou no raio de ação da situação perigosa e, diante dela, de uma avaliação sobre a probabilidade empírica da produção de resultados, de forma que o contexto factual permite a dedução da presença objetiva de um perigo. Sob o aspecto subjetivo, a ratificação da tipicidade envolverá o dolo de perigo, que consiste em uma vontade de criar aquele estado de coisas, em que o bem é ameaçado¹⁵⁷.

Por outro lado, nos crimes de perigo abstrato, a aplicação dos postulados finalistas revela-se problemática, com manifesta falha metodológica. Isto porque o aspecto objetivo do perigo abstrato não reside em qualquer situação de perigo, por limitar-se à mera prática da conduta ou simples vontade de agir contrariamente ao texto legal, pelo que basta a conformação formal – objetiva – da conduta ao tipo penal.

Conforme destacado anteriormente, o núcleo do injusto finalista consiste na finalidade, ou seja, na intencionalidade finalística do agente, de forma que esta finalidade, núcleo da ação, deve forçosamente se referir a algo externo a ela mesma, a algo objetivo situado no mundo real. Porém, nos delitos de perigo abstrato não se vislumbra qualquer intencionalidade, pelo fato de o aspecto objetivo da conduta reduzir-se tão somente à simples

¹⁵⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 138.

¹⁵⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 138.

realização do tipo penal, pelo que o desvalor da ação é absorvido pela subsunção formal do comportamento ao tipo penal.

Welzel buscou justificar a existência dos delitos de perigo abstrato pela constância com que tais ações derivam em casos de perigo concreto ou dano. Logo, o elemento objetivo da tipicidade dos crimes de perigo abstrato não seria uma situação objetiva e real de ameaça, mas a mera prática da conduta que, geralmente, resulta em efeitos não desejados. O aspecto objetivo do perigo abstrato é meramente formal e o injusto não tem nenhuma relação com a realidade dos fatos, bastando a adequação da conduta à descrição legal para a incidência da norma, o que demonstra a proposta do autor para um Direito Penal preventivo¹⁵⁸.

Todavia, tal formulação omite-se em relação aos elementos subjetivos do tipo, o que não se coaduna com um dos pilares da dogmática finalista, qual seja, a fundamentação do injusto no elemento subjetivo da conduta.

Dessa forma, nos crimes de perigo abstrato o desvalor da ação ficaria reduzido a uma subsunção formal, ou seja, o aspecto subjetivo da conduta estaria reduzido à mera intenção de realizar o tipo formal, sem nenhuma intencionalidade de produção de uma situação de perigo, ou de negligenciar o cuidado requerido nos âmbitos das relações de risco¹⁵⁹.

Outro expoente da dogmática finalista, Arthur Kaufmann, postulava a incompatibilidade dos crimes de perigo abstrato com o princípio da culpabilidade. A argumentação com a qual Kaufmann sustenta tal ponto de vista parte da comprovação da falta de relevância do perigo para decidir sobre a tipicidade do comportamento¹⁶⁰.

¹⁵⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 139.

¹⁵⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 139. Observa Bottini que Hans-Joachim Hirsch, considerado o maior expoente do finalismo na atualidade, buscou compatibilizar os delitos de perigo abstrato com o sistema finalista. Hirsch propôs a inclusão da periculosidade *ex ante* da conduta no conceito de perigo abstrato, elemento objetivo ao qual deve se referir o dolo do agente.

¹⁶⁰ *Schuld und Strafe*. Köln: Heymann, 1966, p. 283 e ss. apud BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal: parte geral*. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 209.

1.3.4 Crimes de perigo abstrato no sistema funcionalista

No âmbito sociológico, o funcionalismo consubstancia-se na perspectiva utilizada para analisar a sociedade e seus componentes característicos enfocando sua mútua integração e interconexão, com o objetivo de reduzir a complexidade intrínseca a todo e qualquer sistema social.

O funcionalismo avalia o caminho que o processo social e os arranjos institucionais colaboram para a efetiva conservação da estabilidade da sociedade, contribuindo para sua reprodução. A ideia primordial do sistema funcionalista é explicar os mais variados aspectos da sociedade com base nas funções realizadas pelas instituições que nela operam e por seus mais variados segmentos.

As teorias funcionalistas do delito baseiam-se ora no funcionalismo estrutural de Parsons, ora no funcionalismo sistêmico de Luhmann.

Nesse sentido, por funcionalismo surge a ideia de função, ou seja, se faz referência tanto ao papel que desempenha um determinado elemento em respeito da estrutura global, quanto ao que cumpre no sentido dessa adaptação ao meio exterior. Transportando isso para o Direito Penal, verifica-se o papel que ele desempenha num contexto social, para então saber como deverá funcionar¹⁶¹.

Os partidários desse modo de conceber o Direito, e não apenas o Direito Penal, concordam que o sistema não deve vincular-se a dados ontológicos e sim orientar-se aos fins que deve cumprir no sistema sócio-político em que funciona. Seu ponto de partida consiste na função que as normas devem nele exercer, desde as premissas da teoria do delito às consequências jurídicas do crime¹⁶².

Dessa forma, o Direito Penal deve ter um ponto de partida teleológico e orientar-se para a realização de valores. Isso não significa fuga cega rumo a esta direção, o que

¹⁶¹ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Funcionalismo Penal (Zweckrationalismus). In: *Mens Juris*. Uberlândia: Uniminas, v.1, 2004, p. 97.

¹⁶² MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Funcionalismo Penal (Zweckrationalismus). In: *Mens Juris*. Uberlândia: Uniminas, v.1, 2004, p. 98.

implicaria isolamento da realidade e retorno ao pensamento proposto pelo sistema neokantista¹⁶³.

Os defensores deste movimento estão de acordo em que a construção do sistema jurídico-penal não deve vincular-se a dados ontológicos (ação, causalidade, estruturas lógico-reais, entre outros), mas sim orientar-se exclusivamente pelos fins do Direito Penal. São retomados, portanto, todos os avanços imorredouros do neokantismo, como a construção teleológica de conceitos, a materialização das categorias do delito, acrescentando-se, porém, uma ordem a esses pontos de vista valorativos: eles são dados pela missão constitucional do Direito Penal, que é proteger bens jurídicos através da prevenção geral ou especial. Os conceitos são submetidos à funcionalização, isto é, exige-se deles que sejam capazes de desempenhar um papel acertado no sistema, alcançando consequências justas e adequadas¹⁶⁴.

Com base nesses postulados fundamentais, desenvolveram-se correntes funcionalistas bastante delimitadas e, em certos aspectos, diametralmente opostas, com o intuito de dar novas luzes à teoria do delito. Na atualidade, as linhas funcionalistas de maior relevo são o funcionalismo racional-teleológico de Claus Roxin e o funcionalismo sistêmico, desenvolvido por Günther Jakobs¹⁶⁵.

Na vertente funcionalista desenvolvida por Roxin, a culpabilidade deixa de ser substrato do conceito de crime para se tornar o limite da pena. O conceito de delito, no entanto, continua tripartido. A culpabilidade é substituída pela “responsabilidade”, composta de imputabilidade, potencial consciência da ilicitude, exigibilidade de conduta diversa e adicionada pela necessidade da pena (prevenção geral positiva e prevenção especial positiva). A conduta, por sua vez, é definida como comportamento humano orientado pelo princípio da intervenção mínima, causador de relevante e intolerável lesão ao bem jurídico tutelado, permanecendo dolo e culpa no fato típico¹⁶⁶.

¹⁶³ ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. Luis Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 252-256.

¹⁶⁴ GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, out./dez. 2000, p. 132.

¹⁶⁵ Cumpre ressaltar que, sob o rótulo de funcionalismo, se enquadram inúmeras concepções dogmáticas. Não existe um funcionalismo penal, mas vários. No âmbito deste trabalho não serão desenvolvidas todas as propostas funcionalistas, preferindo-se apenas a abordagem sobre a forma como este sistema contribuiu para o desenvolvimento metodológico dos crimes de perigo abstrato.

¹⁶⁶ PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 99.

Na visão de Roxin, o conceito final de ação baseado em uma ótica ontológica era inadequado às necessidades do Direito Penal e ao caráter normativo dos elementos do conceito de crime. Nesse sentido, o normativismo de Roxin se contrapõe ao ontologismo de Welzel. A dogmática deixa de ser vinculada a exigências ontológicas, e passa a ser baseada em decisões político-criminais. Critica-se a velha posição de Franz von Liszt, segundo a qual se devia conceder prevalência à ciência normativa do Direito Penal – Dogmática Penal – sobre os interesses de política criminal, uma vez que à dogmática competiria a tarefa de assegurar as liberdades individuais diante dos interesses político-criminais de persecução penal. No funcionalismo, o Direito Penal deixa de ser a “a barreira intransponível da política criminal”¹⁶⁷.

No funcionalismo roxiniano, é melhor uma decisão justa para cada caso concreto do que uma decisão tecnicamente perfeita. Não basta que haja a subsunção da conduta à letra da lei, mas é necessário que haja uma efetiva lesão ou perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido e que esta conduta caracterize um risco proibido.

Tal sistema apresenta-se como uma síntese entre pensamento dedutivo (valorações político-criminais) e indutivo (composição de grupos de casos), o que é algo profundamente fecundo, porque se esforça por atender, a uma só vez, as exigências de segurança e de justiça, ambas inerentes à ideia de Direito. Mas também não cai Roxin no normativismo extremo, pois que permanece sempre atento à resistência da coisa sem, contudo, render culto às estruturas lógico-reais, como faz o finalismo ortodoxo, garantindo a abertura e o dinamismo do sistema¹⁶⁸.

O Direito Penal e a Política Criminal se completam, e dessa unidade cooperativa resulta a opção política fundamental do Estado para o trato da criminalidade. Claus Roxin afirma que a unidade sistemática entre Política Criminal e Direito Penal é somente o cumprimento de uma tarefa colocada a todas as esferas da ordem jurídica. O cumprimento dessa tarefa – a introdução da política criminal no campo jurídico penal – não acarreta a

¹⁶⁷ D’AVILA, Fabio Roberto. *Meias reflexões sobre o estado atual do direito penal brasileiro*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 179, p.19, out. 2007. No mesmo sentido: GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, out./dez. 2000, p. 134.

¹⁶⁸ GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, out./dez. 2000, p. 138-139.

desistência ou relativização do pensamento sistemático. Ao contrário, um sistema teleológico passa, necessariamente, pela unificação sistemática da Política Criminal e do Direito Penal¹⁶⁹.

Claus Roxin aponta que a missão do Direito Penal de proteger bens jurídicos desempenhou um papel muito importante no processo de transformação das últimas décadas. Para ele, a única restrição imposta ao legislador no reconhecimento de bens jurídicos passíveis de tutela penal está na ordem constitucional, ou seja, um bem jurídico vinculado político-criminalmente só pode derivar daqueles estabelecidos na ordem constitucional vigente e derivados do conceito de Estado Democrático de Direito¹⁷⁰. Na sua visão, é necessário associar a fundamentação das categorias do delito a um fundamento material de ofensa ao bem jurídico¹⁷¹.

Define o autor os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos¹⁷².

Roxin considera como ponto principal do injusto penal a criação de riscos não permitidos, e não a causação de um resultado¹⁷³. Por essa teoria, justifica-se a proteção a bens jurídicos por meios de crimes de perigo abstrato, pois a lesão ao bem jurídico é evitada pela antecipação da punibilidade, ao passo que, caso se espere pela ocorrência do resultado, não haveria razão para a intervenção penal, em certos casos.

A proteção antecipada de bens jurídicos é tratada pelo autor como função do Direito Penal, tendo como exemplos a condução de veículos em estado de embriaguez e o estelionato de seguros, previstos no Código Penal alemão, nos art. 316 e 265, respectivamente, que são típicos crimes de perigo abstrato. Defende Roxin que a antecipação

¹⁶⁹ *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 82-83.

¹⁷⁰ *Derecho penal*. Parte general – tomo I. Fundamentos, La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997, p. 52-55.

¹⁷¹ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 241.

¹⁷² ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 18-19.

¹⁷³ *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 41.

da punibilidade só se justifica se for feita de forma fundamentada, não descartando a proteção aos bens jurídicos por meio dos crimes de perigo abstrato¹⁷⁴.

Define Roxin que os delitos de perigo abstrato são aqueles em que se castiga uma conduta tipicamente perigosa como tal, sem que no caso concreto se tenha que haver produzido um resultado de colocação em perigo. Portanto, a evitação de lesões ou de perigos concretos constitui o “motivo do legislador”, ou seja, nesta categoria de crimes o perigo não é elemento constitutivo do tipo, senão um mero motivo do legislador¹⁷⁵.

Por outro lado, a teoria funcionalista sistêmica, cujo grande precursor é Günther Jakobs, constitui-se em uma concepção normativista distinta da de Roxin para a teoria do delito, na qual a conduta é a provocação de um resultado evitável, violadora do sistema, frustrando a expectativa normativa¹⁷⁶.

Baseado no modelo filosófico normativista, Jakobs funcionaliza não só os conceitos, dentro do sistema jurídico-penal, como também este, dentro de uma teoria funcionalista-sistêmica da sociedade, baseada nos estudos sociológicos de Niklas Luhmann. Segundo este sociólogo, as possibilidades do agir humano são inúmeras. O homem não está só, mas interage, e ao tomar consciência da presença dos outros, surge um “elemento de perturbação”: não se sabe ao certo o que esperar do outro. O conceito de *expectativa* desempenha um valor central na teoria de Luhmann: são as expectativas e as expectativas de expectativas que orientam o agir e o interagir dos homens em sociedade, reduzindo a complexidade, tornando a vida mais previsível e menos insegura¹⁷⁷.

Justamente para assegurar estas expectativas, mesmo a despeito de não serem elas sempre satisfeitas, que surgem os sistemas sociais. Eles fornecem aos homens modelos de conduta, indicando-lhes que expectativas podem ter em face dos outros. Nesse sentido, o Direito também é um sistema social, composto de normas que, quando violadas, geram

¹⁷⁴ *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 28.

¹⁷⁵ *Derecho penal*. Parte general – tomo I. *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 407. Em capítulo posterior, as posições do autor sobre os crimes de perigo abstrato, por serem contemporâneas, serão analisadas de forma mais detalhada.

¹⁷⁶ PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 101.

¹⁷⁷ GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, out./dez. 2000, p. 139. Vale ressaltar que alguns autores afirmam que Jakobs vem aderindo cada vez mais à teoria hegeliana.

decepções, as quais por sua vez tornam patente a necessidade de reafirmação das expectativas. No Direito Penal, isto ocorre através da pena, que é definida por Jakobs como demonstração da vigência da norma às custas de um sujeito competente¹⁷⁸.

Assim, o delito, na concepção de Jakobs, identifica-se pela quebra de expectativa normativa, sendo convencionado por atos comunicativos, os quais atentariam contra a segurança da sociedade. Logo, o delito passa a ter uma conotação diversa do que foi construído pelo finalismo (pensamento ontológico), transportando-se conceitualmente como a falta de fidelidade para com o Direito, colocando em risco a validade da norma e, por conseguinte, a confiança que transmite ao cidadão (confiança social). A pena passaria a ter a função de reafirmar o sistema normativo violado¹⁷⁹.

O grande diferencial da teoria de Günther Jakobs vem a ser que o Direito Penal não se legitima pelo critério teórico material de bem jurídico, e sim pela estabilidade das expectativas essenciais frente a possíveis defraudações (infração penal como ato de significado). O bem jurídico penal, ou seja, o objeto de tutela do Direito Penal, é a própria lei penal. A função da pena, nesse diapasão, se limita à confirmação da validade da norma penal infringida¹⁸⁰. Assim, o objetivo central do Direito Penal seria a busca de estabilização da norma, que é o seu elemento estrutural próprio¹⁸¹.

A inevitabilidade compõe o conceito jurídico-penal de ação concebido por Jakobs. Não basta que o agente tenha agido em desconformidade com seu papel social, tendo assim confrontado a máxima reitora expressa pela norma vigente. A ação só se torna jurídico-penalmente relevante se, dotado de consciência da sua conduta e das consequências, o indivíduo transgride a norma jurídica, podendo ter agido de outro modo¹⁸².

Jakobs propõe uma concepção de culpabilidade baseada na imputação do autor como um ato de defraudar as expectativas da norma penal. A culpabilidade está intimamente próxima dos valores estruturais da sociedade. Daí a crítica à concepção do livre arbítrio, visto

¹⁷⁸ GRECO, Luis. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, out./dez. 2000, p. 139-140.

¹⁷⁹ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 147-148.

¹⁸⁰ *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 70-72.

¹⁸¹ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 244.

¹⁸² PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 268-269.

que este conceito carece de quaisquer dimensões sociais. Seu fim se orienta nas perspectivas de reparos no âmbito da responsabilidade, como finalidade de restabelecer a confiança da norma perturbada pela conduta delitiva¹⁸³.

Quanto aos crimes de perigo abstrato¹⁸⁴, Jakobs leciona que as condutas punidas por meio desses delitos são aquelas que perturbam não apenas a ordem pública, mas lesionam um direito à segurança, esta entendida no sentido normativo¹⁸⁵.

Segundo o autor, o legislador costuma concretizar centralmente os postulados normativos, e o faz de tal modo que ele mesmo descreve a configuração dos comportamentos contrários à norma e, com isso, o que se vai produzir descentralizadamente fica reduzido à simples verificação de em que caso se dá tal configuração de comportamento. Assim, a lei proíbe coisas muito diferentes, desde o falso testemunho até a condução de veículo sob a influência de bebidas alcoólicas, e o faz também quando o indivíduo não vê o resultado perigoso de seu comportamento e, quiçá, tampouco poderia vê-lo. Nesses crimes de perigo abstrato, o tipo de comportamento se define como não permitido por si mesmo, isto é, centralizadamente, sem atender a especialidades não centrais¹⁸⁶.

Nas últimas décadas, o desenvolvimento metodológico-doutrinário dos crimes de perigo abstrato foi bastante profícuo, tendo como resultado o surgimento de múltiplos estudos acerca das diversas espécies destes crimes. Tais concepções, tanto as tradicionais como as inovadoras, serão analisadas no capítulo seguinte.

¹⁸³ *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 30-33.

¹⁸⁴ Em capítulo posterior, as posições do autor sobre os crimes de perigo abstrato, por serem contemporâneas, serão analisadas de forma mais detalhada.

¹⁸⁵ *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 27.

¹⁸⁶ JAKOBS, Günther. *Ciência do direito e Ciência do direito penal*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 33-34.

2. CRIMES DE PERIGO: ESPÉCIES TRADICIONAIS E NOVAS CONCEPÇÕES

O desenvolvimento da dogmática jurídico-penal proporcionou a ampliação do estudo relativo aos crimes de perigo, em especial o estudo dos crimes de perigo abstrato. Antes de se enfrentar os crimes de perigo abstrato, é imprescindível fazer a distinção entre crimes de dano, crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato, pois a delimitação conceitual dos institutos é primordial para o entendimento dos problemas que rondam o objeto deste trabalho.

Tradicionalmente, entende-se que o Direito Penal tem por missão principal a proteção de bens jurídicos¹⁸⁷, através da cominação, aplicação e execução da pena. Nesse sentido, expressiva é a percepção de como o Direito Penal deverá defender os bens jurídicos protegidos. Após a escolha destes, decorrida uma seleção por parte do legislador, o qual virá a tipificar as condutas penalmente reprováveis, dever-se-á constatar de que maneira se pretende realizar tal proteção.

Visando a proteção de bens jurídicos, na construção do tipo penal poderão ou não ser vislumbrados danos efetivos¹⁸⁸. Em consequência, basicamente a doutrina divide os delitos quanto à sua danosidade ou perigosidade, resultando na classificação dos crimes em crimes de dano e crimes de perigo¹⁸⁹.

Primeiramente, serão abordados os crimes de dano, ainda que de forma não exaustiva, para em seguida dirigir-se o estudo aos crimes de perigo, em especial o abstrato.

¹⁸⁷ Vale advertir que atualmente parte da doutrina tem contestado esse raciocínio, a exemplo de Jakobs, que afirma que o Direito Penal não atende a essa finalidade de proteção de bens jurídicos, pois, quando é aplicado, o bem jurídico que teria de ser por ele protegido já foi efetivamente atacado. Para Jakobs, o que está em jogo não é a proteção de bens jurídicos, mas sim a garantia de vigência da norma, ou seja, o agente que praticou uma infração penal deverá ser punido para que se afirme que a norma penal por ele infringida está em vigor. Cf. JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 3-13.

¹⁸⁸ A Exposição de Motivos do Código Penal brasileiro prescreve: “(...) o projeto acolhe o conceito de que não há crime sem resultado. Não existe crime sem que ocorra, pelo menos, um perigo de dano, e sendo o perigo um ‘trecho da realidade’ (um estado de fato que contém as condições de superveniência de um efeito lesivo), não pode deixar de ser considerado, objetivamente, como resultado, pouco importando que, em tal caso, o resultado coincida ou se confunda, cronologicamente, com a ação ou omissão (...)”

¹⁸⁹ A distinção entre crimes de dano e de perigo tem por fundamentador Binding, ainda que Stübel, em obra datada de 1826, já houvesse formulado estudos separados de ambas as modalidades criminosas. Nesse sentido: ESCRIVA GREGORI, Jose Maria. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1976, p. 37.

2.1 Crimes de dano e crimes de perigo

A reprovação de uma conduta que cause dano é a mais manifesta forma de reação do Direito. Dano possui um conceito normativo e significa a valoração de um evento imputável a um indivíduo em relação às exigências de uma dada norma, a qual vem a considerar que o interesse protegido seja afetado de forma penalmente relevante. Nesse sentido, dano e lesão são conceitos sinônimos, de forma que os delitos podem ser denominados de dano ou de lesão¹⁹⁰.

Desse modo, crimes de dano ou lesão são aqueles nos quais o legislador exige que a conduta incriminada cause um efetivo prejuízo - modificação desfavorável - do bem jurídico, decorrente de um juízo de desvalor sobre o fato típico.

Adverte-se que equiparar os conceitos de resultado e lesão implica na confusão entre restrição ou destruição natural de um objeto físico - que pode ou não representar um bem da vida -, com a violação do direito, que é sua qualificação jurídica. O resultado, por realizar-se no mundo físico, relaciona-se com a descrição típica da conduta delituosa¹⁹¹.

Isso pode ser constatado a partir das classificações dos tipos incriminadores dispostos na parte especial dos códigos penais, visto que quando se fala em crimes de dano ou de perigo é sempre com vista ao bem jurídico protegido, ao passo que os crimes materiais (também chamados de crimes de resultado) recebem essa designação por relacionarem-se com o resultado naturalístico previsto no tipo penal¹⁹².

Logo, não é correto identificar os crimes materiais com os crimes de dano, pois os crimes materiais referem-se à existência de resultado naturalístico em relação ao objeto sobre

¹⁹⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 107. No mesmo sentido: MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, vol. 2. Campinas: Bookseller, 1997, p. 85. Para Fábio Roberto D'ávila, o dano consiste na perda efetiva de valor sofrida pelo objeto do bem jurídico da norma (*Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 91).

¹⁹¹ MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, vol. 2. Campinas: Bookseller, 1997, p. 87.

¹⁹² Nesse sentido: TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 143.

o qual recai a ação delituosa, enquanto os delitos de dano e de perigo referem-se ao bem ou interesse jurídico tutelado¹⁹³.

Eugênio Raul Zaffaroni, ao fazer advertência acerca da distinção dos conceitos, afirma que não se deve confundir o conceito de resultado material com o de afetação ao bem jurídico. Enquanto que o resultado material é um fenômeno natural, a afetação do bem jurídico é um produto de valoração jurídica¹⁹⁴.

É válido ainda ressaltar que não se deve confundir crime de perigo com crime formal ou com crime de mera conduta, eis que o crime pode ser, a um só tempo, material e de perigo, como ocorre no crime de falsificação de moeda. O ato de falsificar moeda implica materialidade. No entanto, para o bem jurídico “fé pública” configura-se uma situação de perigo. Com efeito, quanto à afetação do bem jurídico é que o crime poderá ser de dano ou de perigo¹⁹⁵.

É inegável que, nos dias de hoje, a ideia protetora do Direito é regida pela proteção aos danos causados ao bem jurídico. Em casos de não constatação de um evento, isto é, de toda e qualquer modificação no mundo exterior, em regra não há de se considerar o crime. Tal situação somente poderá se dar onde crimes sem evento são punidos e quando a presunção desse evento já atentar contra o bem a ser protegido¹⁹⁶.

Parte expressiva da doutrina afirma que a distinção entre crimes de perigo e crimes de dano reside no tipo penal. Este deve descrever a conduta proibida (forma de ataque), e o efeito desta conduta (resultado) que, por sua vez, já pressupõe a afetação do bem jurídico, seja como lesão ou ameaça. Portanto, o elemento distintivo básico entre essas espécies de delito seria o grau de afetação ou a intensidade de ataque ao bem jurídico¹⁹⁷.

¹⁹³ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 56.

¹⁹⁴ *Tratado de derecho penal – parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1981, vol. III, p. 257-258.

¹⁹⁵ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 57.

¹⁹⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 109.

¹⁹⁷ Cf. CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Tecnos, 2001; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: B de F, 2004. Entretanto, como sustenta a Mirentxu Corcoy Bidasolo, dependendo da concepção de bem jurídico adotada, um delito de perigo pode ser considerado delito de lesão, e vice-versa. Segundo a autora, os delitos de perigo protegem bens jurídicos próprios, constituindo uma forma específica de proteção de alguns bens jurídicos, sendo, portanto, delitos de lesão de uma categoria específica de bens jurídicos. Nesse ponto se instala uma problemática convergência entre as concepções acerca

Afirma-se que nos delitos de lesão a consumação ocorre com a destruição ou o menoscabo valorativo do bem jurídico, que devem estar previstos no tipo penal. Por outro lado, nos delitos de perigo não há uma lesão efetiva de um bem jurídico determinado, e sim apenas uma probabilidade de que o comportamento típico a produza. O tipo penal singulariza uma determinada situação de perigo ou de risco que é suficiente para a sua consumação¹⁹⁸.

No Brasil, a doutrina acompanha esse entendimento. Cezar Roberto Bitencourt, a título de ilustração, assevera que o delito de dano é aquele para cuja consumação é necessária a superveniência de lesão efetiva ao bem jurídico; o delito de perigo é aquele que se consuma com a simples criação do perigo para o bem jurídico protegido, sem produzir um dano efetivo¹⁹⁹.

Em visão diversa, Enrique Bacigalupo assevera que o ponto de referência para distinguir os crimes de lesão dos crimes de perigo não é o bem jurídico, e sim o objeto material da ação ou do delito. Para o autor, os delitos de lesão são integrados pela conduta, pela imputação objetiva e pelo resultado. Este último representa uma lesão ao objeto da ação, que não se confunde com o objeto de proteção da norma penal. Já os delitos de perigo não requerem que a ação cause uma lesão sobre um objeto, sendo suficiente que o objeto juridicamente protegido tenha sido posto em perigo de sofrer a lesão que se quer evitar²⁰⁰.

Pelo exposto, percebe-se que nos delitos de perigo há uma antecipação da tutela penal ou criminalização no âmbito prévio (*Vorfeld*, na literatura alemã)²⁰¹, isto é, protege-se o bem jurídico em momento anterior à lesão. O Direito Penal cada vez mais se orienta para a contenção de riscos sociais dentro da sociedade de riscos. Nesse contexto, os delitos de perigo abstrato são instrumentos fundamentais para a realização deste interesse político-criminal.

do bem jurídico e a teoria dos delitos de perigo abstrato, o que será analisado em capítulo futuro (*El delito imprudente: criterios de imputación del resultado*. 2. ed. Montevideo: B de F, 2005, p. 40-44).

¹⁹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan José; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*, vol. II. Madrid: Editorial Trotta, 1999, p. 42. No mesmo sentido: BARBERO SANTOS, Mariano. Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid, v. 26, n. 3, set./dez. 1973, p. 487-500.

¹⁹⁹ *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 254. No mesmo sentido: PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 240; BRUNO, Aníbal. *Direito penal – Parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, t. 2, p. 222.

²⁰⁰ *Direito penal: parte geral*. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 206. No mesmo sentido: ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general – tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Civitas, 1997, p. 335-336.

²⁰¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999, p. 12.

Nessa seara, surge a denominação de “Direito Penal da sociedade de risco”, com a criação de bens jurídicos universais²⁰².

2.2 Teorias acerca da noção de perigo

O conceito de perigo possui inúmeras aplicações no Direito Penal. Está presente em todos os pontos da teoria do delito, nas discussões acerca da medida de pena, na imposição de uma prisão preventiva ou qualquer outra medida antecipada de coerção, nas reflexões do legislador acerca da maneira de levar a cabo seu programa penal preventivo, etc²⁰³.

Apesar do uso generalizado, o conceito de perigo é um dos mais confusos e ambíguos da dogmática jurídica²⁰⁴, padecendo de quase todas as enfermidades que pode possuir um pressuposto de pena²⁰⁵.

Antes de examinar as teorias em torno da noção de perigo, é apropriado elucidar se o perigo está relacionado a um conceito ontológico ou a um conceito normativo.

Na Itália, Giuseppe Bettiol afirma ser o perigo um conceito normativo, por tratar-se de dano potencial e não efetivo, visto que a realização de um evento é baseada em prognósticos²⁰⁶. Na doutrina portuguesa, José Francisco de Faria Costa também entende se tratar de um conceito normativo, porém adverte que o perigo não deixa de ter origens na dimensão onto-antropológica que a relação de cuidado-de-perigo consolida²⁰⁷. Também em

²⁰² SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Maria Isabel. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999, p. 36. No mesmo sentido, entendendo que o delito de perigo abstrato adianta a punibilidade a zonas prévias à lesão: KISS, Alejandro. *El delito de peligro abstracto*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011, p. 40.

²⁰³ KISS, Alejandro. *El delito de peligro abstracto*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011, p. 59.

²⁰⁴ FRISCH, Wolfgang. *Prognoseentscheidungen im Strafrecht*. Heidelberg, 1983, p. 7 apud KISS, Alejandro. *El delito de peligro abstracto*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011, p. 59.

²⁰⁵ MAYER, Max Ernst. *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*. 2. ed. Heidelberg, 1923, p. 193 apud KISS, Alejandro. *El delito de peligro abstracto*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011, p. 59.

²⁰⁶ *Diritto penale – Parte generale*. 12. ed. Padova: Cedam, 1986, p. 348-349.

²⁰⁷ *O perigo em Direito Penal*: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, 563-564.

Portugal, Rui Carlos Pereira assevera que o perigo possui uma essência ontológica, a par de uma nomológica, referida ao conhecimento das leis de causalidade²⁰⁸.

O Direito extrai da realidade as situações de perigo e as traz para o mundo jurídico, por serem relevantes. Nesse sentido, almeja-se assinalar que o Direito, por basear-se na realidade, não idealiza situações de perigo, mas seleciona-as mediante determinados critérios abalizados na experiência. Logo, abstraindo as considerações metajurídicas, será perigoso para o mundo jurídico o que a lei assim considerar, resultando daí o caráter normativo do perigo, sem se recusar seu aspecto ontológico²⁰⁹.

Isto posto, três são as teorias explicativas a serem abordadas quanto à noção de perigo: (i) subjetiva; (ii) objetiva; (iii) intermediária.

A teoria subjetiva, considerada a precursora, tem em Janka, Von Buri e Finger seus principais formuladores. Ela se abaliza em um conceito positivista-naturalístico, afirmando que o perigoso 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. Assim sendo, mediante um juízo subjetivo *ex ante*, poder-se-ia enxergar a existência de um perigo²¹⁰.

Nesse sentido, o perigo nada mais é do que uma representação mental, não presente no plano concreto. Não tem ele, enquanto obra da mente, existência real, sendo apenas a expectativa subjetiva de um evento que não se deseja²¹¹. Em outras palavras, o perigo é decorrente de uma falha de conhecimento, uma hipótese e não uma possibilidade, uma representação mental oriunda do temor e da ignorância do homem, uma sensação que, sendo um mero fruto da imaginação, não existe concretamente²¹².

²⁰⁸ *O dolo de perigo*: contribuição para a dogmática da imputação subjectiva nos crimes de perigo concreto. Lisboa: Lex, 1995, p. 35.

²⁰⁹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 52. Adverte Renato de Mello Jorge Silveira que o conceito normativo do perigo nega a existência deste em um sentido puramente objetivo, devendo, assim, ser interessante uma valoração quanto ao mesmo (*Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 113).

²¹⁰ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 32 e ss.

²¹¹ ESCRIVA GREGORI, Jose Maria. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1976, p. 48 e ss.

²¹² SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Editora

A segunda teoria, denominada objetiva, tem como adeptos Hälschner, Merkel, Von Kries, Binding, Von Liszt, na Alemanha, e Florian, Jannitti di Guyanga, Maggiore, Carnelutti, Ranieri, na Itália, e, no Brasil, Demosthenes Madureira de Pinho²¹³. A teoria objetiva contesta a primeira, considerando que o perigo não é mero ente da imaginação decorrente da ignorância humana, e sim um ente real e objetivo.

De tal modo, pela teoria objetiva o perigo constitui um trecho da realidade, considerando que determinadas condutas têm a propriedade de ser, genericamente, perigosas. Existindo, já goza ele de autonomia satisfatória para uma apreciação penal²¹⁴.

A terceira teoria está na posição intermediária, defendida por Oppenheim, conciliando das duas concepções anteriores. Para esta teoria, o perigo é a um só tempo objetivo e subjetivo: o perigo é algo objetivo, ou seja, existe como realidade, e precisamente por isso é perceptível, revelando-se aí o aspecto subjetivo²¹⁵.

Segundo a posição intermediária, uma atividade não é, por si só, considerada perigosa. Somente assim deve ser entendida quando a abstração intelectual considerar provável (ou possível, conforme a colocação) o resultado danoso, com base em uma realidade fática que o demonstre. Assim, defende-se que não seria possível a vinculação unicamente a uma teoria objetiva ou subjetiva²¹⁶.

Prosseguindo no debate, a doutrina buscou alastrar os contornos da questão da configuração do perigo investigando se seria necessária somente a possibilidade de dano ou se haveria necessidade da presença de uma probabilidade. Esta se situa em um nível mais intenso em confrontação com a possibilidade, configurando uma situação de real potencialidade para a ocorrência do evento, excluindo a eventualidade. A probabilidade abrange o provável,

Revista dos Tribunais, 2003, p. 53. Contemporaneamente, Marcelo Sancinetti adota expressamente uma posição subjetivista. O penalista argentino afirma ser decisivo que, *ex ante*, o autor tenha representado a possibilidade certa de perigo; se posteriormente este vai ocorrer ou não, é pura causalidade. Ressalte-se, entretanto, que a concepção de Sancinetti não é fruto de uma teoria do delito apegada a conceitos ontológicos. Antes, se insere num contexto extremamente normativista, mas de caráter subjetivo (Tipos de peligro en las figuras penales. *Revista peruana de ciencias penales*. Lima, 7/8, n. 12, 2002, p. 462).

²¹³ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 53.

²¹⁴ ESCRIBA GREGORI, Jose Maria. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1976, p. 51.

²¹⁵ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 53-54.

²¹⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 113.

enquanto a mera possibilidade admite também o improvável²¹⁷.

Vale aqui uma ressalva: reivindicar que a probabilidade de dano seja um elemento necessário do perigo não implica aceitar a probabilidade matemática ou estatística, ou seja, não se faz mister que a soma das circunstâncias favoráveis à realização do efeito seja superior à soma das desfavoráveis. Assim, o fato provável não precisa reunir mais de 50% de fatores propícios, bastando encerrar uma relevante potencialidade de realização²¹⁸.

A corrente que sustenta ser necessária a probabilidade é majoritária, tendo como defensores Bettiol, Biamonti, Cernelutti, Maggiore, Petrocelli, Pannain, Grispigni, Ranieri, Santoro, Vannini, Nelson Hungria e Aníbal Bruno. A corrente minoritária contenta-se com a mera possibilidade, sendo que entre seus representantes estão Rocco, Delitala, Florian e Von Hippel²¹⁹.

Acompanhando a corrente majoritária, afirma Alejandro Kiss a existência de duas características as quais se apresentam sem exceções quando se fala de perigo e que já durante o século XIX foram destacadas pela doutrina: (i) o perigo é a probabilidade de que se produza um acontecimento; (ii) tal acontecimento deve possuir um caráter desvantajoso, prejudicial²²⁰.

Na mesma linha, Francesco D'Alessandro expõe que a relação entre o perigo e o evento lesivo futuro é uma relação de probabilidade, que se diferencia daquela de causalidade simplesmente em virtude do ponto de vista estabelecido, que no caso do juízo de perigo se resolve em uma verificação não em sentido de diagnóstico, mas sim em sentido de prognóstico²²¹.

Os debates doutrinários chegaram a um ponto tal que alguns asseveram que a investigação quanto aos crimes de perigo ainda se encontra em estado incipiente²²². O desenvolvimento por que passaram seus conceitos é acentuado. O grande leque aberto diante

²¹⁷ BAIGÚN, David. *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*. Buenos Aires: B de F, 2007, p. 8-13.

²¹⁸ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Nexo causal*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 59.

²¹⁹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 54.

²²⁰ *El delito de peligro abstracto*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011, p. 61.

²²¹ *Pericolo astratto e limiti-soglia: le promesse non mantenute del diritto penale*. Milano: Giuffrè Editore, 2012, p. 31.

²²² HIRSCH, Hans-Joachim. Peligro y peligrosidad. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, v. 59, n. 1, fev.-abr. 1996, p. 509-510. Tal se explica pela circunstância de que, em seus primórdios, o Direito Penal pouco ou nada se interessava pelo fenômeno do perigo, porquanto o dano era considerado a *pedra angular* do correspondente sistema. Nesse sentido, vide: COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em Direito Penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 321-322.

do operador do Direito leva a pensamentos variados. Necessária se mostra uma visão coerente do que vem a se pretender como filosofia do Direito Penal. Conforme seja a tendência pretendida, diversa será a concepção de perigo a ser tomada. Não sem razão, as modernas teorias acerca da imputação reputam os crimes de perigo como sendo um dos temas de maior relevo da atual dogmática penal²²³.

A problemática assombrou os penalistas dos últimos cem anos, a ponto de serem cunhadas inúmeras formulações no intuito de se desvendar o manto de mistério que recobre o perigo. A sua importância, galgada na sociedade pós-industrial, mostra-se emblemática, sendo necessária a investigação sobre a multiplicidade de conceitos²²⁴.

2.3 As tradicionais espécies de crimes de perigo

Os crimes de perigo são objeto de estudo da teoria do delito desde as últimas décadas do século XIX, delineados inicialmente por Binding²²⁵ que, ao falar do conceito de perigo, observou a existência de conceitos jurídicos que, apesar de imprescindíveis, revelam-se acentuadamente *perigosos*, pelo fato de sua incorreta compreensão acarretar interpretações equivocadas e soluções descompassadas com escopos do Direito Penal²²⁶.

De modo geral, os crimes de perigo são, por sua parte, distintos em duas categorias: crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato. Colocam-se os primeiros em respeito a uma situação em que o perigo é parte integrante do tipo, devendo este ser verificado caso a caso. Já os segundos correspondem aos momentos em que tal não se percebe, sendo, portanto, situação perigosa hipotética presumida.

Há autores que superam a clássica divisão bipartida dos crimes de perigo abstrato

²²³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 114. Quanto ao objeto deste trabalho, afirma ainda o autor que o conceito penal de perigo abstrato funda-se na assertiva de que a existência de um perigo a determinados bens jurídicos já é, em certos casos, justificativa suficiente para uma intervenção estatal. Na sua visão, este ponto se caracteriza como um dos maiores impasses atuais do Direito.

²²⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 114-115.

²²⁵ Quanto à polêmica acerca do pioneirismo do estudo dos crimes de perigo, vide nota n. 8.

²²⁶ HIRSCH, Hans-Joachim. Peligro y peligrosidad. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, v. 59, n. 1, fev.-abr. 1996, p. 509.

ao lado dos crimes de perigo concreto, admitindo uma terceira espécie: o crime de perigo abstrato-concreto. A partir do final da década de sessenta é que se passou a falar em tais delitos, os quais configurariam uma categoria intermediária entre os crimes de perigo abstrato e os crimes de perigo concreto²²⁷.

Nos crimes de perigo abstrato-concreto não se exige a produção de nenhuma ameaça concreta ao bem jurídico tutelado. Portanto, ele não pode ser tido como crime de perigo concreto. Nesses crimes, a tipificação também não se contenta com a mera realização da tipicidade, não se enquadrando como crime de perigo abstrato.

A seguir, passa-se à análise de cada uma dessas espécies de crimes de perigo. A delimitação conceitual de tais institutos é indispensável para o entendimento dos problemas que rondam os crimes de perigo abstrato.

2.3.1 Crimes de perigo concreto

O crime de perigo concreto é aquele segundo o qual, para o aperfeiçoamento do tipo penal, exige-se a verificação efetiva do perigo, devendo este ser constatado caso a caso. No delito em tela, consoante a quase totalidade da doutrina, o perigo é indicado no modelo legal, constituindo elemento do tipo penal²²⁸.

Claus Roxin afirma que os delitos de perigo concreto requerem que, no caso concreto, seja produzido um perigo real para o objeto protegido pelo tipo penal, isto é, demandam a criação de um efetivo perigo de resultado, ou um risco de lesão adequado e não permitido. Para o mestre alemão, o perigo deve ser comprovado segundo um juízo *ex ante* e, caso se verifique a ausência do perigo de resultado, o fato não seria imputado ainda que se

²²⁷ O desenvolvimento dos crimes de perigo abstrato-concreto é atribuído ao alemão Horst Schröder, que fez tal proposta no X Congresso Internacional de Direito Penal, ocorrido entre 29 de setembro e 5 de outubro de 1969, em Roma. Vide: D'ALESSANDRO, Francesco. *Pericolo astratto e limiti-soglia: le promesse non mantenute del diritto penale*. Milano: Giuffrè Editore, 2012, p. 155-156.

²²⁸ Ver BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale – Parte generale*. 12. ed. Padova: Cedam, 1986, p. 351.

produzisse uma efetiva colocação em perigo²²⁹.

Juarez Cirino dos Santos assevera que nos delitos de perigo concreto a realização do tipo pressupõe uma efetiva produção do perigo para o objeto da ação e, citando Schünemann, enfatiza que o perigo concreto se caracteriza pela ausência causal do resultado, e a causalidade representa circunstância em cuja ocorrência não se pode confiar²³⁰.

A categorização dos crimes de perigo concreto pode ter por base distintas teorias. Desde os conceitos da teoria subjetiva, pela qual se tem que o perigo deve ser entendido como um produto cerebrino, até as teorias objetivas, onde se enxerga não ser o perigo um produto da apreciação humana, mas sim uma entidade verdadeiramente objetiva, chega-se à construção do entendimento de que o perigo, objetivamente constatado, é, sim, o resultado ou efeito provocado por uma ação²³¹.

Os delitos de perigo concreto não protagonizam fortes discussões penais como os delitos de perigo abstrato. As doutrinas alemã, espanhola e brasileira são concordes no tocante aos principais aspectos do tema.

Definido que nesses crimes o perigo compõe o tipo, ou seja, é indicado em sua descrição, uma das únicas indagações que ocorre é se a palavra *perigo* pode ser substituída por outra técnica de reclamar-se o perigo, ou se, ainda, poderá haver tal espécie de delito em que o perigo não seja elemento expresso do tipo. Vale aqui exemplificar: no crime de incêndio, previsto no art. 250 do CP²³², a referência ao perigo está posta na própria descrição do tipo, não havendo dúvidas quanto à indicação do perigo pelo legislador²³³.

Entretanto, o legislador prevê crimes de perigo concreto sem mencionar expressamente tal locução, e o interprete terá de fazer uma exegese mais cuidadosa. Tal ocorre com o crime de gestão temerária, previsto no parágrafo único do art. 4.º da Lei 7.492, de 16.06.1986, descrito de forma lacônica: “se a gestão é temerária”.

²²⁹ *Derecho penal. Parte general – tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 404.

²³⁰ *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008, p. 112.

²³¹ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid: Montano, 1993, p. 52 e ss.

²³² O citado dispositivo assim preceitua: “Art. 250. Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem: Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa”.

²³³ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 68.

Este tipo penal trata-se, sem dúvida, de crime de perigo concreto, jamais podendo ser considerado como sendo de perigo abstrato. O temor, vocábulo do qual deriva a adjetivação “temerária”, revela a exigência do perigo de forma concreta, vislumbrando-o sob o aspecto subjetivo. De modo que o perigo está contido no tipo do delito em questão, demonstrando que se trata de crime de perigo concreto. O perigo, repita-se, está presente no tipo, como reclama a doutrina para a configuração de crime de perigo concreto, e não se pode afirmar o contrário exclusivamente pelo fato de o vocábulo perigo não estar expresso, mas implícito na adjetivação “temerária”. O perigo não é só motivação, mas elemento do tipo²³⁴.

Em resumo, os crimes de perigo concreto caracterizam-se pela exigência de constatar-se o perigo caso a caso e têm em regra o perigo apontado no tipo penal. Em determinados casos, ainda que o perigo não esteja indicado no tipo de forma expressa e este seja impreciso, aberto, não poderá configurar crime de perigo abstrato. É dizer: ausente a taxatividade, dever-se-á, para adequar-se às exigências constitucionais, e para que a legitimidade não reste ferida, considerar a infração penal como sendo de perigo concreto²³⁵.

2.3.2 Crimes de perigo abstrato

Os crimes de perigo abstrato (também chamados de crimes de perigo presumido) são aqueles cujo perigo é ínsito na conduta e presumido, segundo a doutrina majoritária, *juris et de jure*. Como se viu, os crimes de perigo concreto pressupõem a afirmação do perigo no caso concreto *a posteriori*, enquanto os de perigo abstrato já o têm definido *a priori*²³⁶.

Esse perigo que deverá ser próprio da conduta, inerente a ela, deve, no momento da construção legal, ser calcado na experiência, no real. Miguel Reale Júnior assinala que na construção do modelo típico dos crimes de perigo abstrato o legislador, adstrito à realidade e à experiência, torna puníveis condutas que, necessariamente, atendida a natureza das coisas,

²³⁴ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 69.

²³⁵ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 71.

²³⁶ COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em Direito Penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 620-621.

trazem ínsito um perigo ao bem objeto de tutela²³⁷.

Na doutrina italiana, em posicionamento minoritário, Ferrando Mantovani distingue os crimes de perigo abstrato dos crimes de perigo presumido. Para o penalista, nos primeiros o perigo é ínsito na conduta de acordo com a experiência, e o juiz apenas deve averiguar a adequação da conduta ao tipo. Nestes (de perigo presumido), o perigo não é ínsito na conduta, mas a lei presume *juris et de jure*, não admitindo prova em contrário²³⁸.

O autor afirma ainda que nos crimes de perigo abstrato não é possível controlar as condições que podem levar ao evento lesivo, enquanto nos crimes de perigo presumido há condições de controlá-las, e apresenta como exemplo o crime de passagem com semáforo vermelho, que subsistia ainda que a estrada de um cruzamento estivesse totalmente deserta²³⁹.

A idealização e a conceituação quanto à definição de perigo abstrato são de ordem distinta da verificada nos casos de perigo concreto, pois não é ele constatável materialmente como lesão ou perigo a um dado bem jurídico. Na realidade, observa-se que é pacífica a ausência de perigo no tipo, visto que, no perigo abstrato, não se menciona o perigo entre os elementos²⁴⁰.

Atualmente, a distinção entre perigo concreto e abstrato não se mostra mais de forma tão simples e clara. Flutuam os critérios de perigo frente às categorias. A rigor, é de se perceber que a produção deste é, antes de tudo, construção do legislador. Nota-se, entre eles, a ausência de resultado material de lesão ao bem jurídico. É, pois, evidente o conceito residual que transparece nos crimes de perigo abstrato. Sendo fruto de uma hipótese, ele somente existirá na mente do legislador, pouco restando, assim, ao juízo do magistrado²⁴¹.

Nesse ponto se coloca a crítica. O crime de perigo abstrato tem características em particulares campos. Mais do que tudo, é substancial a verificação de que, ao contrário do que se observa nos casos concretos, é de se ver que aqui o perigo posto ao bem jurídico não aparece explicitamente no tipo penal. Ele irá se mostrar na consideração feita pelo legislador,

²³⁷ *Problemas Penais Concretos*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p. 66.

²³⁸ *Diritto penale - Parte generale*. 6. ed., Padova: Cedam, 2009, p. 225.

²³⁹ MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale - Parte generale*. 6. ed., Padova: Cedam, 2009, p. 225.

²⁴⁰ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid: Montano, 1993, p. 41.

²⁴¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 118.

o qual acaba por justificar, mediante lei, dada incriminação²⁴².

De fato, a característica que tradicionalmente define os crimes de perigo abstrato reside, como se viu, na ausência de perigo no tipo. Este não menciona o perigo entre seus elementos, mas se limita a definir uma ação perigosa, pois entende que o surgimento do perigo se deduz da realização de uma ação com características²⁴³.

Nos crimes de perigo abstrato parece que há uma transação da decisão do perigo do juiz ao legislador. A presunção *juris et de jure* do perigo obriga o aplicador da lei a não considerar o caso fático, aplicando a lei *in genere*. É interessante, nesse sentido, a constatação de que, com a prova de um perigo atentatório a um bem jurídico, poderá ocorrer um verdadeiro desvirtuamento do crime de perigo abstrato, já que esta prova o converterá em um crime de perigo concreto (formalmente provado e comprovado)²⁴⁴.

A discussão acerca da legitimidade dos delitos de perigo abstrato será analisada em capítulo posterior.

2.4 Novas concepções acerca dos crimes de perigo abstrato

Buscando dar fundamentação à ideia intangível de perigo, justificando mesmo sua colocação frente ao Direito Penal, diversos autores têm se esmerado na busca de uma construção doutrinária mais próxima e palpável do que viria a ser tipificado como perigo, ainda que de forma abstrata. Toda uma série de elaborações, levadas a cabo já desde os finais dos anos 60 do século passado, tem feito com que o estudo dos crimes de perigo se revele como uma das grandes temáticas do Direito Penal contemporâneo²⁴⁵.

Nos fins dos anos 60, durante o X Congresso da Associação Internacional de

²⁴² MATA Y MARTIN, Ricardo. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada: Comares, 1997, p. 88.

²⁴³ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid: Montano, 1993, p. 133 e ss.

²⁴⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 119.

²⁴⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 120.

Direito Penal, em 1969, novo rumo ganhou a dogmática do perigo abstrato. Por meio dos representantes da Alemanha e da Itália - Schröder e Gallo -, desenvolveu-se reforma intelectual quanto ao juízo de perigo²⁴⁶. Isso resultou no surgimento dos crimes de perigo abstrato-concreto, crimes de resultado de perigo e crimes de mera conduta perigosa, que serão vistos a seguir.

2.4.1 Crimes de perigo abstrato-concreto

Horst Schröder, representante alemão no X Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, em 1969, desenvolvendo o pensamento anterior de Cramer, o qual chegava a afirmar que o perigo abstrato nada mais era do que uma forma tentada do perigo concreto²⁴⁷, entende que, por vezes, se justifica a aplicação dos crimes de perigo abstrato e procura outras saídas explicativas.

Buscou ele nova formulação, percebendo que os delitos de perigo abstrato se caracterizam, legalmente, pela presença de indícios de perigosidade, conforme a visão do legislador, enquanto que os delitos de perigo concreto são detentores de uma perigosidade no tipo, registrado, caso a caso, pelo juiz. Entende, pois, que nem sempre se pode firmar posição em um ou em outro caso²⁴⁸.

Schröder, assim, propõe uma subclassificação da figura de perigo, distinguindo delitos em que a concordância formal entre ação e descrição legislativa conduz à afirmação de que a sua tipicidade há de ser verificada judicialmente, a fim de que se comprove a idoneidade desta ação para a produção de um perigo ao bem jurídico protegido. A isso se chamaria de perigo abstrato-concreto, uma categoria intermédia entre o perigo concreto e o abstrato²⁴⁹.

²⁴⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 120.

²⁴⁷ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 214.

²⁴⁸ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid: Montano, 1993, p. 188 e ss.

²⁴⁹ Cf. GIUSINO, Manfredi Parodi. *I reati do pericolo tra dogmatica e politica criminale*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 245 e ss.

Combinando elementos das duas categorias, a ideia de Schröder foi considerada interessante, pois relativiza substancialmente a separação radical dos delitos de perigo concreto e abstrato, criando mesmo uma terceira espécie híbrida dos dois primeiros. Todavia, vem ela denunciar a confusão entre abstração e presunção, reclamando a necessidade de prova contra a perigosidade da conduta no caso concreto, a fim de não se incorrer na situação de incriminação por mera desobediência²⁵⁰.

2.4.2 Crimes de resultado de perigo e crimes de mera conduta perigosa

O outro protagonista da reformulação doutrinária dos anos 70 foi o Marcello Gallo. Entendendo que a posição do perigo no marco do tipo do injusto não desempenha o papel de seu elemento constitutivo, pois não assume um único modelo (por vezes, serve para caracterizar uma ação, por outras a situação de perigo aparece a uma relação de causa e efeito), propõe definição diversa²⁵¹.

Considera ele que, dentro dos delitos que tradicionalmente se tinham como de perigo concreto, deveriam se distinguir aqueles casos em que o delito é de mera conduta e aqueles em que é de resultado. Assim, ainda que os primeiros casos, normalmente, se qualifiquem como de perigo concreto enquanto que os segundos exigem uma determinação abstrata, imprescindível seria uma subdivisão em “perigo concreto-concreto” e em “perigo concreto-abstrato”²⁵².

Em suma, o problema gravita não na inclusão do elemento *perigo* do tipo objetivo, mas sim na maneira de se efetuar o juízo sobre a concorrência ou não do perigo no fato da vida real que se pretende proteger pela lei penal²⁵³.

Posteriormente, Wilhelm Gallas delineou os primeiros passos de uma moderna

²⁵⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 122.

²⁵¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 122.

²⁵² GALLO, Marcello. *I reati di pericolo* apud GIUSINO, Manfredi Parodi. *I reati do pericolo tra dogmatica e politica criminale*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 258.

²⁵³ GALLO, Marcello. *I reati di pericolo* apud GIUSINO, Manfredi Parodi. *I reati do pericolo tra dogmatica e politica criminale*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 259.

classificação. Adverte o autor que nos delitos de perigo abstrato há um desvalor da ação constituído por um comportamento perigoso ao bem jurídico protegido, de forma que, também aqui, o juiz deve averiguar, caso a caso, se tal perigo subsiste. A perigosidade genérica não haverá de ser, simplesmente, motivo para que o legislador venha a penalizar um comportamento determinado. Ao revés, serve ao magistrado como parâmetro para a subsunção do fato concreto no tipo, de forma a aproximar conceitualmente os perigos concreto e abstrato²⁵⁴.

A partir de Gallas, estabelece-se importante divisão do perigo, qual seja, a separação de situações em que são vislumbrados delitos de mera atividade perigosa, onde se esgota o crime no desvalor da ação, e os delitos de resultado perigoso, com uma configuração dualista do injusto, com vistas a um anterior desvalor concreto de um resultado²⁵⁵.

Os crimes de perigo concreto passam a ser entendidos como crimes de resultado de perigo. Neles não hão de ser tidas as críticas quanto à necessidade da presença do princípio da lesividade, dado que são presentes um desvalor da ação e um desvalor real do resultado, este caracterizado pela colocação em perigo do bem jurídico protegido. Diversas são, hodiernamente, as teorias que procuram explicar o fundamento atual dos crimes agora entendidos como de resultado de perigo²⁵⁶.

Na realidade, nos últimos anos, há de se perceber uma multiplicidade de critérios classificatórios quanto ao perigo, mencionando-se um perigo normal e um perigo penalmente relevante, perigo iminente, próximo, passado, presente, atual, futuro, remoto e eventual, perigo comum e particular, delitos de perigo abstrato, concreto, abstrato-concreto, efetivo, geral e presumido, perigo explícito etc. Não obstante, a nomenclatura tradicional, consistente em perigo concreto e perigo abstrato, pode, ainda, como é da preferência de boa parte da doutrina, ser mantida²⁵⁷.

²⁵⁴ Vide GIUSINO, Manfredi Parodi. *I reati do pericolo tra dogmatica e politica criminale*. Milano: Giuffrè, 1990, p. 249 e ss.

²⁵⁵ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid: Montano, 1993, p. 200 e ss.

²⁵⁶ Cf. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 247 e ss.

²⁵⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 125.

2.5 Espécies de crimes de perigo abstrato

Conforme exposto anteriormente, os crimes de perigo abstrato constituem uma forma de antecipação da tutela penal que se diferencia dos delitos de perigo concreto pela inexigência, para fins de caracterização do crime, de uma real situação de perigo de lesão para o bem jurídico-penal.

A categoria dos crimes de perigo abstrato engloba, portanto, toda e qualquer forma de proteção antecipada que não imponha a ocorrência de um efetivo perigo de dano ao interesse tutelado. Trata-se, na realidade, de uma categoria que aglutina todos os crimes que não podem ser qualificados como delitos de lesão ou de perigo concreto, abarcando um conjunto heterogêneo de tipos penais que descrevem condutas com potencial de riscos diferentes e que possuem requisitos próprios.

Existem basicamente três tipos de antecipação de tutela que estão englobadas no âmbito dos crimes de perigo abstrato: (i) os delitos preparatórios (ou de preparação); (ii) os delitos de cumulação (ou delitos cumulativos); (iii) os crimes de perigosidade concreta (ou de ação concretamente perigosa)²⁵⁸.

A seguir, serão definidas cada uma dessas formas de antecipação e abordados seus principais aspectos.

²⁵⁸ Nesse sentido: HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La Teoría del Bien Jurídico -¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 285-308. Além desta, existem outras classificações que buscam agrupar os delitos de perigo abstrato em categorias para sua melhor análise. Claus Roxin, por exemplo, subdivide os crimes de perigo abstrato em 4 grupos: os clássicos delitos de perigo abstrato, as ações de massa, os crimes com bem jurídico intermédio espiritualizado e os chamados delitos de aptidão abstrata ou de perigo abstrato-concreto (*Derecho penal*. Parte general – tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 407-411). No entanto, em razão dos limites do presente estudo, não serão abordadas todas as classificações doutrinárias formuladas sobre o tema.

2.5.1 Delitos preparatórios (ou de preparação)

Os delitos preparatórios (ou delitos de preparação) são aqueles que penalizam determinados comportamentos que, apesar de serem incapazes de produzir, por si mesmos, danos a bens jurídicos, poderão contribuir para a posterior prática de lesões por parte da própria pessoa que atuou em primeiro lugar ou por parte de terceiros²⁵⁹.

De uma forma geral, os atos meramente preparatórios integram apenas a etapa inicial (externa) do *iter criminis* de um crime e sua prática isolada - ou seja, desacompanhada do início da execução do delito propriamente dito -, por não gerar qualquer dano ou perigo concreto ao bem jurídico tutelado, é, em regra, irrelevante para o Direito Penal.

Há, contudo, situações específicas em que o legislador penal, com o fim de proteger de maneira mais efetiva um determinado interesse, opta por antecipar sua tutela a um momento prévio ao da lesão ou do perigo real, criminalizando de forma autônoma a prática de um ato de preparação.

Em nossa legislação há diversos exemplos de crimes preparatórios, muitos dos quais amplamente aceitos pela doutrina, tais como os delitos de incitação ao crime (art. 286, do Código Penal), de quadrilha (art. 288, do Código Penal), de petrechos para a falsificação moedas (art. 291, do Código Penal), relacionados a armas de fogo (artigos 14, 16, 17 e 18, todos da Lei 10.826/03), além de outros.

Nestas hipóteses, por se tratar de uma tipificação autônoma e não de uma mera punição pela participação em crime alheio, como ocorre no caso do concurso de agentes, a imposição da sanção penal ao autor do ato prévio se desvincula de eventuais delitos futuros dele decorrentes, podendo incidir independentemente da ocorrência ulterior de qualquer crime. Ou seja, após a edição da norma penal que incrimine um ato de preparação, a análise da configuração do delito passa a depender exclusivamente das circunstâncias fáticas

²⁵⁹ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La Teoría del Bien Jurídico -¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?.* Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 290-291.

presentes no momento da ação preparatória, não tendo qualquer importância para sua caracterização a verificação da efetiva ocorrência de algum outro crime posterior²⁶⁰.

A grande questão que envolve essa forma de antecipação da tutela penal está relacionada com os critérios que deverão ser observados pelo legislador penal para que o autor de um ato prévio possa responder de forma mais ampla por algumas consequências decorrentes de sua ação, ainda que tais consequências sejam incertas e dependam de outros comportamentos para que possam ocorrer.

Evidentemente, ao legislador não é permitido, a pretexto de outorgar maior proteção a algum bem jurídico, por mais relevante que ele seja, penalizar de forma autônoma todo e qualquer ato preparatório que, de alguma maneira, contribua causalmente para a prática de um crime futuro, não sendo suficiente para legitimar essa forma de tipificação antecipada a simples vinculação da conduta prévia a uma possível lesão futura a um bem jurídico²⁶¹.

Na realidade, para que se possa defender antecipadamente um determinado bem frente a potenciais condutas criminosas futuras mediante a proibição penal de um ato de preparação, é preciso avaliar quais interesses estarão em jogo com a prática desse ato, ou seja, analisar quais são os interesses que, em geral, a ação visa a alcançar - se legítimos ou não -, verificar se ela produz benefícios que podem ser compartilhados pelos demais integrantes da sociedade e se estes benefícios estão integrados na dinâmica da vida contemporânea, e, por fim confrontar os interesses buscados e benefícios produzidos com a maior vulnerabilidade que a realização da ação representará ao bem jurídico em questão²⁶².

Assim, com base nessas diretrizes, é possível afastar, de plano, a possibilidade de criminalização autônoma daqueles comportamentos que, em regra, são seguidos de outros atos legítimos que produzem resultados benéficos para a sociedade, ainda que eles representem, de alguma forma, um aumento na probabilidade de dano a um bem jurídico relevante. Isto porque em uma sociedade em que a produção de riscos tornou-se parte da

²⁶⁰ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La Teoría del Bien Jurídico -¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 293.

²⁶¹ RAPOSO, Guilherme Guedes. *Teoria do bem jurídico e estrutura do delito: uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2011, p. 182-183.

²⁶² HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La Teoría del Bien Jurídico -¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 294.

dinâmica das relações sociais e da produção da maior parte da riqueza mundial, a imposição de pena aos autores de condutas que favoreçam a realização de outras ações lícitas, sob o argumento de que elas produziriam riscos para bens fundamentais, praticamente inviabilizaria a vida em sociedade²⁶³.

E esta conclusão sequer pode ser alterada pela possibilidade remota de que a ação precedente possa favorecer o cometimento de algum ato delituoso ulterior. Seria absurdo, por exemplo, admitir a criminalização autônoma da venda de um automóvel ou de um celular pelo simples fato de que estes bens poderiam ser utilizados posteriormente para o cometimento de crimes. Conforme salientam von Hirsch e Wohlers, a penalização destes atos seria expressão de uma “sociedade da desconfiança”, limitadora da liberdade de ação de uma forma inadequada e incompatível com a Lei Fundamental²⁶⁴.

Na verdade, a tipificação de atos preparatórios potencialmente perigosos somente será considerada válida quando não houver qualquer interesse legítimo a ser alcançado com sua realização, ou seja, apenas nos casos em que as ações precedentes só puderem se vincular a condutas ulteriores ilegais.

Nesse passo, é possível estabelecer quatro situações em que será admissível a proibição, sob a ameaça de uma pena, de comportamentos prévios que sejam potencialmente perigosos a bens com dignidade penal²⁶⁵: (i) criminalização de ações dirigidas direta e imediatamente a determinar ou a incentivar que terceiros pratiquem delitos; (ii) comportamentos associativos prévios que se destinam *exclusivamente* a agrupar pessoas em torno do cometimento de um número indeterminado de crimes futuros, pois aqui a ação praticada, além de criar condições fáticas mais favoráveis para a realização ulterior de delitos, não visa a alcançar qualquer interesse legítimo, sendo incapaz de produzir qualquer resultado benéfico para os demais integrantes da sociedade; (iii) penalizações de comportamentos que transmitem um *know-how* delitivo, ou seja, ações que tenham como único propósito repassar a terceiros conhecimentos específicos sobre a criação de determinadas fontes de perigo que

²⁶³ RAPOSO, Guilherme Guedes. *Teoria do bem jurídico e estrutura do delito*: uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2011, p. 183.

²⁶⁴ Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La Teoría del Bien Jurídico -¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 295.

²⁶⁵ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La Teoría del Bien Jurídico -¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 296-298.

somente poderão ser utilizadas para a prática de crimes graves; (iv) proibições penais de atos de fabricação e de colocação em circulação de determinados produtos perigosos.

2.5.2 Delitos cumulativos (ou de cumulação)

A categoria dos delitos de cumulação é inicialmente sugerida por Lothar Kuhlen, para fornecer uma hipótese de intervenção penal nos casos de pequenas infrações ao meio ambiente que, individualmente, são insignificantes, já que não representam lesividade suficiente para permitir a punição do autor, mas que, somadas, representam um dano considerável às condições de preservação ambiental²⁶⁶.

Nos delitos cumulativos (ou de acumulação), o legislador criminaliza comportamentos que são individualmente incapazes de causar uma lesão significativa ao interesse juridicamente protegido, mas que uma vez repetidos de forma generalizada podem, a partir de uma avaliação realista, provocar danos de consequências incalculáveis²⁶⁷.

Os delitos cumulativos diferenciam-se dos crimes preparatórios pois nestes últimos o resultado lesivo futuro que se pretende evitar é causado basicamente por uma conduta posterior relativamente autônoma em relação à ação inicialmente praticada, enquanto no caso da acumulação o dano se origina de um somatório de ações realizadas em uma mesma direção, ações estas que, em regra, possuem importância similar em termos de contribuição causal para a ocorrência do dano²⁶⁸.

²⁶⁶ KUHLEN, Lothar. *Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung*, n. 133, 1985, p. 389-408 apud COSTA, Lauren Loranda Silva. *Os crimes de acumulação no direito penal ambiental*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 35-38. Kuhlen desenvolve sua teoria a partir de um caso concreto, segundo o qual pequenas propriedades suinocultoras ao longo de um rio lançavam dejetos em quantidade ligeiramente acima do permitido pelas regras administrativas. Constatou-se, contudo, que apesar da pouca representatividade dos poluentes lançados ao rio por cada uma das propriedades (insuficiente, portanto, para a caracterização do tipo penal de poluição das águas), a soma dos poluentes despejados por todas as propriedades representava uma deterioração grave da qualidade da água.

²⁶⁷ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La Teoría del Bien Jurídico -¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 299.

²⁶⁸ RAPOSO, Guilherme Guedes. *Teoria do bem jurídico e estrutura do delito: uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2011, p. 187.

A técnica da proibição de condutas baseada na ideia de acumulação destina-se a tutelar essencialmente determinados bens coletivos - como, por exemplo, o meio ambiente, a fé pública na autenticidade das moedas e o cumprimento das tarefas públicas indispensáveis à coexistência pacífica entre os indivíduos - que, em geral, dada sua magnitude, não podem ser afetados significativamente por um único comportamento humano, mas apenas por um conjunto de atos que, somados, serão materialmente capazes de afetá-los de maneira relevante. O seu fundamento normativo principal está no dever geral de cooperação que todos os integrantes de uma sociedade (pelo simples fato de conviverem em comunidade) devem ter em relação à manutenção de certos interesses sociais relevantes²⁶⁹.

Assim, diante de determinados interesses de indiscutível relevância social que, em razão de sua magnitude, só possam ser afetados significativamente pela repetição de certos comportamentos, o Estado, com base no dever geral de cooperação e com o objetivo de outorgar-lhes uma proteção mais efetiva, pode, legitimamente, proibir a prática de tais condutas a fim de evitar a indesejada acumulação de ações. Trata-se de uma forma válida de regulação da vida em sociedade, que se insere no âmbito da missão constitucionalmente atribuída aos Estados modernos e que é perfeitamente compatível com os valores consagrados na Carta Maior²⁷⁰.

Todavia, várias objeções são formuladas contra os delitos de cumulação, especialmente aquelas relacionadas com a sua incompatibilidade com os princípios da lesividade, da culpabilidade (individual) e da proporcionalidade²⁷¹. Cite-se ainda o art. 4º do Código Penal Brasileiro²⁷², que obsta a adoção de tais crimes no ordenamento jurídico-penal brasileiro²⁷³.

²⁶⁹ Nesse sentido: HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La Teoría del Bien Jurídico -¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 300.

²⁷⁰ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La Teoría del Bien Jurídico -¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 300.

²⁷¹ Cf. PINTO, Tatiana Vargas. *Delitos de peligro abstracto y resultado: determinación de la incertidumbre penalmente relevante*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2007, p. 93.

²⁷² Art. 4º, CP: “Considera-se praticado o crime no momento da ação ou da omissão, ainda que outro seja o momento do resultado”.

²⁷³ MACHADO, Fábio Guedes de Paula; GIÁCOMO, Roberta Catarina. *Breves reflexões sobre a administrativização do direito penal, delitos por acumulação e antecipação da tutela penal na proteção do bem jurídico ecológico*. Disponível na internet: www.diritto.it. Acesso em 20.07.2013.

2.5.3 Delitos de ação concretamente perigosa (ou de perigosidade concreta)

O delito de ação concretamente perigosa (também chamado de delito de perigosidade concreta) é aquele em que a conduta penalizada pelo legislador é por si só potencialmente perigosa para o bem jurídico-penal, ou seja, a ação tipificada é apta a causar um dano ou uma situação de perigo real ao bem jurídico independentemente da superveniência de qualquer outra ação humana²⁷⁴, não sendo, contudo, exigível para sua caracterização a efetiva ocorrência de lesão ou de perigo concreto ao interesse tutelado²⁷⁵.

Contudo, o grande problema que envolve este tipo de criminalização é que a sociedade atual, conforme visto no capítulo anterior, é marcada justamente pela produção constante de riscos graves pelo homem, riscos estes que, em sua maioria, já foram incorporados ao cotidiano das pessoas e se tomaram essenciais ao estilo de vida moderno. Por exemplo, atividades como a exploração da energia nuclear e o uso do transporte aéreo, além de inúmeras outras que poderiam ser aqui mencionadas, apesar de serem em si mesmas potencialmente perigosas a bens jurídicos essenciais, não poderão, apenas por este motivo, ser legitimamente proibidas pelo Estado, especialmente diante da importância que adquiriram no atual contexto social²⁷⁶.

Nesse diapasão, torna-se essencial identificar com base em que critérios o legislador penal poderá proibir, sob a ameaça de uma pena, a prática de condutas em si potencialmente perigosas sem que isto represente uma interferência ilegítima na liberdade individual e uma forma de regulação social incompatível com as necessidades da vida contemporânea. Três requisitos cumulativos podem ser exigidos do legislador por ocasião da criminalização de ações de perigosidade concreta²⁷⁷.

²⁷⁴ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La Teoría del Bien Jurídico -¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 289-290.

²⁷⁵ Por isso ele não é considerado um crime de lesão ou de perigo concreto.

²⁷⁶ RAPOSO, Guilherme Guedes. *Teoria do bem jurídico e estrutura do delito*: uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2011, p. 193-194.

²⁷⁷ RAPOSO, Guilherme Guedes. *Teoria do bem jurídico e estrutura do delito*: uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2011, p. 193-194.

Primeiramente, que a conduta crie um risco de dano relevante ao bem jurídico tutelado. Este risco deve ser aferido pelo legislador a partir de dados empíricos e de eventuais conhecimentos técnicos existentes e terá que ser necessariamente superior ao que ordinariamente é tolerado pelos cidadãos em uma determinada atividade, gerando uma situação de tal forma perigosa que os benefícios por ela produzidos se tornem secundários diante da forte probabilidade da lesão a certos interesses. O tráfego viário, por exemplo, apesar de representar inegavelmente um risco relevante para a vida, a saúde e o patrimônio das pessoas em geral, é admitido pelo legislador porque assim exigem os interesses do bem comum. Entretanto, quando não são observadas determinadas regras de cuidado editadas com o objetivo de minimizar os riscos criados aos bens jurídicos, o perigo de lesão pode aumentar de tal maneira que as pessoas deixem de aceitá-lo como válido²⁷⁸.

Em segundo lugar, para que seja considerada legítima a criminalização, é preciso também que a vedação do comportamento de perigosidade concreta esteja diretamente relacionada à proteção de bens jurídicos de relevância fundamental para o indivíduo e para a sociedade, tais como o meio ambiente, a vida ou o patrimônio das pessoas, não sendo possível que ela se destine apenas a facilitar o cumprimento de uma função administrativa do Estado. É perfeitamente legítima, por exemplo, a penalização de ações que violem regras de cuidado destinadas a minimizar riscos graves produzidos a bens jurídicos essenciais, tal como a que impede alguém de dirigir embriagado, já que nestas situações é inequívoca a vinculação entre a proibição existente e a maior proteção que se busca outorgar aos bens jurídicos potencialmente atingidos pela conduta vedada²⁷⁹.

Por fim, a tipificação desse tipo de comportamento deve pressupor que os riscos por ele criados a bens essenciais não possam ser mantidos sob o controle do agente de forma suficientemente segura e nem possam ser devidamente compensados por terceiros. É fundamental que o agente, com sua conduta, crie uma situação incontrolável de forma que a

²⁷⁸ Sobre critérios para a definição do que seja risco proibido para fins de imputação objetiva do resultado, vide: ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general – tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 365 e ss.

²⁷⁹ RAPOSO, Guilherme Guedes. *Teoria do bem jurídico e estrutura do delito: uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2011, p. 195.

ocorrência ou não de uma lesão grave a um bem fundamental escape integralmente de seu domínio²⁸⁰.

Viu-se, assim, que é essencial delimitar os parâmetros pelos quais o legislador penal deverá se basear para proibir, sob a ameaça de uma pena, a prática de condutas em si potencialmente perigosas. Nesse sentido, nos próximos capítulos serão expostos os critérios político-criminais e dogmáticos que podem dar fundamentação à legitimidade dos crimes de perigo abstrato.

²⁸⁰ HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La Teoría del Bien Jurídico -¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 306. No mesmo sentido: PINTO, Tatiana Vargas. *Delitos de peligro abstracto y resultado: determinación de la incertidumbre penalmente relevante*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2007, p. 393.

3. OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO SOB A ÓTICA POLÍTICO-CRIMINAL: TESES DE NEGAÇÃO, DE ACEITAÇÃO E INTERMEDIÁRIAS

Como visto no primeiro capítulo, em todas as épocas houve crimes de perigo abstrato. Todavia, apenas nas últimas décadas estes se propagaram legislativamente e passaram a ter uma aguda discussão por parte da doutrina. Assim, os novos perigos do mundo contemporâneo são cada vez mais objeto de normas penais: drogas, terrorismo, tráfico internacional de armas e pessoas, transplante de órgãos e tecnologia genética, comportamentos socialmente lesivos praticados pelas classes mais elevadas (como a criminalidade de *colarinho branco* e a criminalidade do Estado).

As novas criminalizações derivam não apenas da expansão do âmbito de objetos protegidos, mas também de uma antecipação da proibição penal por meio dos crimes de perigo abstrato, isto é, de tipos que declaram punível um comportamento sem exigir lesão real ou perigo concreto a um bem jurídico. Nesse sentido, discute-se também a efetividade do Direito Penal como instrumento de controle de comportamentos, assim como a sua legitimidade²⁸¹.

Os problemas do crime de perigo abstrato são bastante aparentes, pois neles se proíbe e se pune um comportamento sem que qualquer bem jurídico seja lesionado ou mesmo exposto a real perigo. Coloca-se, assim, a pergunta quanto a como harmonizar esses tipos penais com a função do Direito Penal de proteger bens jurídicos (conforme será visto posteriormente) e também a indagação quanto à legitimidade de tais incriminações.

Afinal, declara-se punível muito mais do que se puniria no caso de um delito de lesão ou de perigo concreto: a prova da causalidade e do resultado torna-se dispensável. Em princípio, basta a mera prática da conduta descrita para que se incorra na sanção²⁸².

O estudo dos crimes de perigo abstrato pode ser realizado tanto a partir de uma ótica dogmática quanto político-criminal. Desde o fundamental estudo de Claus Roxin²⁸³,

²⁸¹ Nesse sentido: MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 42.

²⁸² Nesse sentido: GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 3-4. Também: D'ALESSANDRO, Francesco. *Pericolo astratto e limiti-soglia: le promesse non mantenute del diritto penale*. Milano: Giuffrè Editore, 2012, p. 244-245.

²⁸³ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

sabe-se que é impossível distinguir com clareza essas duas perspectivas, pois a Política Criminal atravessa todos os conceitos da Dogmática Penal.

Diferentemente do proposto por Liszt no final do século XIX, o Direito Penal já não é mais a barreira infranqueável da Política Criminal. Pelo contrário: em âmbito científico, é comum a defesa do Direito Penal não só orientado político-criminalmente, mas até mesmo cunhado pela Política Criminal²⁸⁴.

O objeto deste capítulo diz respeito apenas ao aspecto político-criminal, sendo reservadas para o quarto capítulo as construções dogmáticas explicativas dos crimes de perigo abstrato.

Ressalte-se que o recente desenvolvimento legislativo dos crimes de perigo abstrato, como uma das consequências da expansão do Direito Penal, pode, como qualquer outro fenômeno, ser valorado de três maneiras: ou ele é aceito, ou ele é recusado, ou ele é aceito numa parte e recusado noutra²⁸⁵.

Adiante, serão vistos tais posicionamentos. Optou-se pela análise somente dos autores alemães, pois, acerca da temática que aqui se desenvolve, os mesmos serviram de base para as outras doutrinas, como a italiana, a espanhola, a brasileira, a argentina, etc.

²⁸⁴ Nesse sentido: D'ÁVILA, Fábio Roberto. Liberdade e segurança em Direito Penal. O problema da expansão da intervenção penal. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. 10, n. 41, p. 93-94, abr./jun. 2011. Também defendendo que as barreiras entre o Direito Penal e a Política Criminal se dissolvam, devendo haver entre eles uma progressiva aproximação: BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução do direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 10-11.

²⁸⁵ Nesse sentido: GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 4-5. No mesmo sentido: MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 61. Jesús-Maria Silva Sánchez, ao analisar as manifestações de expansão do Direito Penal bem como as alterações na estrutura dos mecanismos de imputação penal, prefere dividir os autores em três grandes grupos: (i) minimalistas, que negam qualquer possibilidade de expansão do Direito Penal; (ii) expansionistas normativos ou prescritivos, que defendem a ampliação do objeto e da intensidade do Direito Penal para fazer frente às novas realidades da criminalidade; (iii) expansionistas descritivos ou prospectivos, que conferem ao Direito Penal um expansionismo inevitável, como uma realidade incontestável em contínua progressão, favorecido pela situação crítica das sociedades contemporâneas (*Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 73-74).

3.1 Teses críticas ou de negação

O contemporâneo enriquecimento legislativo dos crimes de perigo abstrato tem sido criticado especialmente por professores da Universidade de Frankfurt. As múltiplas opiniões exibem, porém, aparentes divergências, sendo necessário acautelar-se quanto à impressão de uniformidade. Esta se encontra presente apenas quanto à atitude de recusa em relação aos novos desenvolvimentos no Direito Penal. Todo o mais, principalmente os pontos de partida de cada autor, difere consideravelmente²⁸⁶.

Em síntese, tais autores são contrários à expansão dos preceitos penais aos novos âmbitos da sociedade de riscos, por considerar que tal expansão não corresponde com a tarefa própria do Direito Penal. Na visão desses penalistas, até mesmo uma adaptação do Direito Penal à sociedade de riscos faria com que este perdesse sua identidade e sua justificação²⁸⁷.

A seguir, analisar-se-ão as teses de negação dos crimes de perigo abstrato formuladas por Winfried Hassemer e Wolfgang Naucke, dois dos principais professores da Universidade de Frankfurt, e também de outros penalistas desta mesma Universidade.

3.1.1 Winfried Hassemer

Para Winfried Hassemer, o Direito Penal representa uma instância formal de controle social. É a *formalização* sua marca característica, o que o distingue de outras instâncias de controle social, como a família, a escola ou o ambiente de trabalho²⁸⁸.

²⁸⁶ Dessa forma, critica-se a denominação “Escola de Frankfurt”, pois uma atitude de recusa não parece ser o suficiente para caracterizar uma “escola”, uma vez que esta pressupõe, em geral, um acordo a respeito de questões fundamentais, o qual parece inexistir. Nesse sentido: GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 15. Ainda: OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: IBCCRIM, 2013, p. 24-27.

²⁸⁷ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 61.

²⁸⁸ *Direito penal libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 212-215.

Na sua visão, a finalidade precípua do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, conceituados estes como interesses humanos carecedores de proteção penal. Tais interesses são referidos apenas a indivíduos, de forma que somente bens jurídicos individuais são de pronto legitimáveis. Os bens jurídicos supraindividuais, por sua vez, devem demonstrar que são capazes de ser reconduzidos a seres humanos individuais (chamada teoria pessoal, ou monista-pessoal, do bem jurídico)²⁸⁹.

Completa Hassemer assegurando que o Direito Penal deve proteger com ênfase os elementos pessoais, pois sua tarefa não é a segurança geral ou a diminuição de danos sociais, mas sim a imputação de um crime a uma pessoa e, com isso, a individualização de um problema que sempre é também social. Insiste o autor em afirmar que um conceito pessoal de bem jurídico não nega a possibilidade de bens jurídicos da coletividade ou do Estado, mas que ele funcionaliza esses bens a partir da pessoa humana: somente é possível aceitá-los caso eles sirvam a interesses dos seres humanos²⁹⁰.

A respeito dos bens jurídicos coletivos, aduz Winfried Hassemer que deve o legislador agir de modo especialmente moderado, pois eles são demasiadamente abertos para considerações de caráter ideológico e tendem a esvaziar o princípio da *ultima ratio*. O autor assevera que quem reconhece generosamente bens jurídicos universais corre o risco de aceitar o Direito Penal não como *ultima*, mas sim como *prima* ou até mesmo *sola ratio* da proteção de bens jurídicos²⁹¹.

Hassemer parte de um modelo ideal do Direito Penal de um Estado de Direito (denominado por ele de Direito Penal "clássico"), que se caracterizaria por proteger bens jurídicos (no sentido da teoria pessoal), por meio de crimes de lesão ou de perigo concreto, estritamente formalizado e reduzido a seu núcleo de todo indispensável²⁹².

²⁸⁹ HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. Trad. Fernanda Lara Tórtima. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 20-22.

²⁹⁰ Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. Trad. Fernanda Lara Tórtima. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 20-22.

²⁹¹ Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. Trad. Fernanda Lara Tórtima. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 23-24.

²⁹² Nesse sentido: GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 16.

O Direito Penal que ele batiza de “moderno” é fortemente recriminado²⁹³, por distanciar-se cada vez mais do modelo ideal. Três são os principais aspectos criticados. Primeiramente, a constante criação de novos bens jurídicos coletivos vagos, sem referência individual: pelo fato de possuírem caráter indeterminado, tais bens jurídicos se mostram notadamente inidôneos a serem protegidos pelo Direito Penal. Em segundo lugar, a correlacionada incriminação de meros perigos abstratos, “a forma delitiva da modernidade”, o que facilita de modo extraordinário a tarefa do juiz, em razão da renúncia à prova de um dano. Em terceiro lugar, recrimina o autor os “déficits de execução” do Direito Penal moderno: por causa de seu caráter formalizado, não consegue o Direito Penal enfrentar suas novas tarefas, surgindo enormes cifras negras nos principais setores do moderno Direito Penal (em particular as drogas, o meio ambiente e a economia)²⁹⁴.

Para cobrir as lacunas deixadas no Direito Penal por tais déficits de execução, tendo em vista a dificuldade de se estabelecer regras precisas de imputação pessoal e investigação processual, o Direito Penal moderno lança mão, segundo o autor, das duas principais ferramentas de prevenção geral: os crimes de perigo abstrato e o Direito Penal exclusivamente simbólico²⁹⁵.

Complementa o autor no sentido de que o objeto de proteção dos tipos penais de perigo abstrato, os bens jurídicos coletivos, são muito gerais e extremamente amplos, não devendo o Direito Penal aderi-los ao seu campo de atuação. Ao contrário, sofrerá as críticas de um Direito Penal de caráter simbólico, que visa na antecipação de tutela, por meio de tipos abstratos, uma pacificação que não deve ser realizada por ele²⁹⁶.

Hassemer sugere duas saídas como solução para os problemas mencionados: primeiramente, a volta ao ideal do Direito Penal do Estado de Direito (Direito Penal “clássico”), o que levaria a extensas descriminalizações em alguns novos setores, como o de

²⁹³ Em contraposição ao pensamento de Hassemer, importante destacar a visão de Luis Gracia Martín, para que o Direito Penal moderno é um Direito Penal totalmente em conformidade com as exigências do Estado de Direito (*Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 110).

²⁹⁴ HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, ano III, n. 18, fev./mar. 2003, p. 149-154.

²⁹⁵ HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Trad. Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Safe, 2008, p. 228. No mesmo sentido: D’ALESSANDRO, Francesco. *Pericolo astratto e limiti-soglia: le promesse non mantenute del diritto penale*. Milano: Giuffrè Editore, 2012, p. 245.

²⁹⁶ HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Trad. Elena Larrauri. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Org.). *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 23-36.

tóxicos; e, em segundo lugar, a criação de um chamado *Direito de Intervenção*, um novo ramo do Direito, a ser situado entre o Direito Penal e o Direito Administrativo, entre o Direito Civil e o Direito Público²⁹⁷.

Esse novo ramo teria menos garantias processuais, porém, seria equipado com sanções menos severas aos indivíduos. Assim, este ordenamento paralelo carregaria consigo penas não privativas de liberdade, o que compensaria sua flexibilidade no que diz respeito à descrição dos ilícitos, à condução dos processos e à aplicação das sanções cabíveis.

O Direito de Intervenção teria por finalidade controlar e inibir os riscos originários das novas tecnologias, nele se situando a maior parte dos bens jurídicos coletivos e dos crimes de perigo abstrato²⁹⁸. Dessa forma, na visão do autor, um modelo de intervenção assim configurado seria, pragmaticamente, mais adequado para fazer frente aos problemas específicos das sociedades pós-industriais²⁹⁹.

3.1.2 Wolfgang Naucke

Enquanto Hassemer parte de uma teoria sociológica do controle, Wolfgang Naucke analisa o Direito Penal a partir de uma particular interpretação da filosofia jurídica de Kant. O que interessa a Naucke é encontrar as feições fundamentais de um Direito Penal racional, que não dependam do arbítrio de qualquer legislador, nem de quaisquer considerações de cunho político, mas que sejam imanentes ao próprio conceito de lei penal³⁰⁰.

A ideia central do pensamento do autor é arquitetar a legalidade penal nos termos estritos e rígidos de um imperativo categórico. A legalidade penal é determinada somente pela

²⁹⁷ Características e crises do moderno direito penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, ano III, n. 18, fev./mar. 2003, p. 156.

²⁹⁸ HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, ano III, n. 18, fev./mar. 2003, p. 156.

²⁹⁹ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 35.

³⁰⁰ O alcance do direito penal retributivo em Kant. Trad. Fernanda Lara Tórtima. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 77-100. No mesmo sentido: GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 18.

razão, e de modo algum pela política. A política e seu pensamento utilitarista apresentam a eterna tendência de restringir cada vez mais a liberdade dos cidadãos em nome do controle do crime.

Pelo contrário, deve-se insistir numa legalidade penal livre de qualquer conteúdo político, a única visão capaz de garantir a liberdade dos cidadãos. Isso significa que a pena deve ser entendida em sentido absoluto, retributivo, sem correlação alguma com qualquer finalidade³⁰¹.

Naucke defende, de forma contrária a Hassemer, que não deve o Direito Penal ser influenciado por quaisquer considerações político-criminais, e sim opor-se à Política Criminal, em nome da razão, abreviando o âmbito do punível e chegando àquilo que ele denomina de "direito de restrição ao combate ao crime"³⁰².

Em visão semelhante a Hassemer, Naucke defende o retorno ao Direito Penal “clássico”, porém com um conteúdo ainda mais restrito. De seu conceito de pena estritamente retributivo deriva um conceito de crime bastante limitado: são criminosos apenas aqueles fatos que sejam graves o suficiente para legitimar uma pena retributiva. Esses fatos criminosos absolutos não são fixados pelo legislador, mas reconhecidos enquanto tais³⁰³.

A partir da teoria de Feuerbach do delito como lesão a direito subjetivo, Naucke considera crime somente a lesão dolosa da liberdade ou dignidade da pessoa. Agressões à propriedade só serão crimes se praticadas de maneira especialmente grave e se provocarem danos consideráveis. Bens jurídicos coletivos só devem ser reconhecidos no setor dos delitos de proteção do Estado. Até mesmo os delitos culposos e os delitos omissivos não encontram lugar no modelo de Direito Penal legítimo de Naucke³⁰⁴.

Quanto aos crimes de perigo abstrato, assevera o autor que não há como aceitá-

³⁰¹ NAUCKE, Wolfgang. La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de um positivismo relativista y politizado. Trad. Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez. In: ROMEO CASABONA, Carlos María (Org.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 545-549.

³⁰² Nesse sentido: GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 19.

³⁰³ O alcance do direito penal retributivo em Kant. Trad. Fernanda Lara Tórtima. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 95-98.

³⁰⁴ Prevención general y derechos fundamentales de la persona. In: NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004, p. 24-44.

los no reduzido ambiente dos verdadeiros fatos criminosos, devendo os mesmos ser objeto de um direito de intervenção. A utilização da legalidade penal nesse setor significa abusar dela, o que gera uma invasão ilegítima de concepções policiais no vulnerável Direito Penal do Estado de Direito³⁰⁵.

3.1.3 Outras manifestações: Lüderssen, Albrecht, Prittwitz e Herzog

Além dos dois professores citados, ainda vale destacar as lições de Klaus Lüderssen, Peter-Alexis Albrecht, Cornelius Prittwitz e Felix Herzog, todos também da Universidade de Frankfurt.

Para Lüderssen, o Direito Penal “clássico” é uma quimera, pois sempre foi um *direito penal classista*. Na sua visão, a melhor maneira de eliminar essa injustiça não é fazer com que o Direito Penal alcance também ações de ricos e poderosos, mas sim abolir as penas como um todo. Um Direito Penal conforme ao Estado de Direito é algo inconcebível, pois toda punição é irracional e contrária ao Estado de Direito. Os únicos interesses merecedores de proteção penal são os da vítima e do autor, onde os primeiros devem realizar-se pela ideia da reparação do dano e os últimos pela de ressocialização³⁰⁶.

Segundo o autor, fora desses dois conceitos não há qualquer lugar para outros fins da pena, como a prevenção geral ou a retribuição. Como nem a reparação do dano nem a ressocialização são penas, e como ambas podem ser melhor alcançadas sem penas, não há mais legitimação alguma para a atividade punitiva. Assim, o Direito Penal deveria ser substituído por um direito de intervenção não punitivo³⁰⁷.

³⁰⁵ NAUCKE, Wolfgang. *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, 1985, p. 38 apud GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 20.

³⁰⁶ *Übernahme der Aufgaben des Strafrechts durch andere Rechtsgebiete*, p. 410-416 apud GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 20.

³⁰⁷ LÜDERSEN, Klaus. *Übernahme der Aufgaben des Strafrechts durch andere Rechtsgebiete*, p. 410-416 apud GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 21.

Por sua vez, Albrecht analisa o Direito Penal a partir de uma perspectiva sociológico-criminológica, criticando severamente o Direito Penal “moderno”. Afirmar que este é em grande parte simbólico, e não instrumental, porque ele mal é capaz de controlar o comportamento dos cidadãos, e encontra-se nas mãos da política populista, como instrumento de campanha eleitoral. Por isso, as garantias do Estado de Direito são progressivamente demolidas, de forma que Albrecht diagnostica fortes erosões no Direito Penal do Estado de Direito. Dessa forma, o autor defende que o Direito Penal abandone imediatamente suas pretensões de solucionar os modernos problemas sociais e que ele seja restrito a um *direito penal nuclear* bastante reduzido³⁰⁸.

Quanto aos crimes de perigo abstrato, para Albrecht os mesmos estão longe de assegurar um efetivo incremento do nível de segurança social e terminam por desnaturar o Estado de Direito em um Estado de Polícia, pois exigem do Direito Penal uma tarefa somente preventiva e não mais, como na tradição clássica, repressivo-limitativa³⁰⁹.

Prittwitz, em perspectiva crítica sobre a função do Direito Penal na sociedade globalizada de risco e sobre as encruzilhadas deste perante a modernização acelerada e a demanda crescente de segurança objetiva, faz uma delimitação sobre os riscos nos quais atualmente se pede a intervenção penal. Sobre dita delimitação, afirma a inutilidade do Direito Penal para enfrentar os riscos referidos, colocando-o como o pior candidato para solucionar os problemas da sociedade de riscos³¹⁰.

Sobre essa análise, o autor assegura que o Direito Penal perdeu seu caráter e sua função original, pois, ao aceitar a tarefa de combater os problemas da sociedade de riscos, prejudica severamente os esforços necessários para lutar contra os perigos que verdadeiramente ameaçam o futuro.

³⁰⁸ *Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos e Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 579-596.

³⁰⁹ *Das Strafrecht auf dem Weg von liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat*, 1988, p. 184 e ss. apud D’ALESSANDRO, Francesco. *Pericolo astratto e limiti-soglia: le promesse non mantenute del diritto penale*. Milano: Giuffrè Editore, 2012, p. 245-246. No mesmo sentido, entendendo que a substituição dos princípios do Estado de Direito por um Estado de Polícia transformaria de modo radical a democracia ocidental e privaria os direitos individuais de uma tutela sem a qual não é possível qualquer forma de democracia, apresentando sérios problemas de efetividade e legitimidade: STELLA, Federico. *Giustizia e modernità: la protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2003, p. 533.

³¹⁰ A função do direito penal na sociedade globalizada do risco – defesa de um papel necessariamente modesto. Trad. Erika Camargo Vegners. In: AMBOS, Kai; BÖHM, Maria Laura (Coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 53-61.

Assevera Prittwitz que o Direito Penal deve ser orientado ao passado, buscando a responsabilidade objetiva e subjetiva por atividades ilegítimas e danosas, com um programa normativo orientado ao indivíduo. Assim, deve o Direito Penal reagir ao comportamento individual desviado, e não aos problemas da sociedade de risco, que são causas sistêmicas³¹¹.

Segundo Prittwitz, a respeito da atuação do Direito Penal do perigo na sociedade de riscos, o balanço que se pode traçar é fortemente negativo: na degradação do meio ambiente, no tráfico de armas ou drogas ou no terrorismo, em nenhum desses novos campos de intervenção o Direito Penal do risco pode evidenciar sucessos visíveis. Como se não bastasse, a aplicação deste Direito Penal produz consequências indesejáveis, pois dá vida a um Direito *simbólico* que gera uma falsa segurança e dá a impressão de ter tudo sob controle³¹².

Seguindo a mesma linha de pensamento, Herzog alega que a atuação do Direito Penal para resolver os problemas da sociedade de riscos não traz paz social alguma. Ademais, borra as fronteiras entre o Direito Penal e o Direito de Polícia, tendendo ao totalitarismo, e afeta a autointegração social³¹³. Afirma o autor a forte dificuldade em integrar os delitos de perigo abstrato com a estrutura de um Direito Penal liberal calcado no resultado, estabelecido sobre a lesão do bem jurídico e orientado às consequências jurídicas³¹⁴. Analisando os estudos mais importantes conduzidos pela doutrina alemã acerca destes crimes, desde aquele elaborado por Stübel em 1826, conclui Herzog que nenhum deles registra uma resposta suficiente ao problema da essência criminosa do perigo abstrato³¹⁵.

³¹¹ A função do direito penal na sociedade globalizada do risco – defesa de um papel necessariamente modesto. Trad. Erika Camargo Vegners. In: AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (Coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 61-66. No mesmo sentido: PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*. Frankfurt am Main, 1993, p. 152 apud D’ALESSANDRO, Francesco. *Pericolo astratto e limiti-soglia: le promesse non mantenute del diritto penale*. Milano: Giuffrè Editore, 2012, p. 247.

³¹² PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*. Frankfurt am Main, 1993, p. 247 apud D’ALESSANDRO, Francesco. *Pericolo astratto e limiti-soglia: le promesse non mantenute del diritto penale*. Milano: Giuffrè Editore, 2012, p. 248-249.

³¹³ Algunos riesgos del derecho penal del riesgo. Trad. Enrique Anarte Borralló. *Revista Penal*. Valencia, n. 4, jul. 1999, p. 57.

³¹⁴ Límites al control penal de los riesgos sociales: una perspectiva crítica ante el derecho penal em peligro. Trad. Elena Larrauri Pijoan e Fernando Pérez Alvarez. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid, v. 46, n. 1, jan./abr. 1993, p. 321-326.

³¹⁵ *Gesellschaftliche Unsicherheit und Strafrechtliche Daseinsvorsorge*. Heidelberg, 1991, p. 45 e ss. apud D’ALESSANDRO, Francesco. *Pericolo astratto e limiti-soglia: le promesse non mantenute del diritto penale*. Milano: Giuffrè Editore, 2012, p. 253.

3.2 Teses afirmativas ou de aceitação

Este grupo de teses postula a flexibilização dos instrumentos dogmáticos e das regras e princípios de atribuição de responsabilidade já assentados, com a intenção de poder controlar mais eficazmente os novos riscos através do Direito Penal, propondo, dessa forma, a adaptação deste aos novos tempos³¹⁶.

Em suma, os autores pertencentes a este grupo asseveram que o Direito Penal deve angariar condições para atuar na proteção dos bens jurídicos supraindividuais e no controle dos novos fenômenos do risco, entendendo ser o mesmo a condição de estabilidade da sociedade de riscos.

Nesse sentido, estes autores defendem a plena legitimidade da utilização dos delitos de perigo abstrato em todos os terrenos e consideram que, em um Direito Penal apropriado para responder às tarefas do futuro, resulta necessária a penalização de meras infrações contra normas gerais de comportamento³¹⁷.

A seguir, tais teses serão expostas.

3.2.1 Urs Kindhäuser

Urs Kindhäuser busca reconstruir a teoria dos crimes de perigo abstrato de forma a compatibilizá-los com a ideia da proteção de bens jurídicos. Na sua visão, o conceito de perigo, habitualmente, está relacionado com a probabilidade de lesão a um jurídico³¹⁸. Nesse sentido, propõe o autor um novo caminho, consistente em atribuir aos delitos de perigo abstrato um objeto de proteção próprio: o bem jurídico *segurança*.

³¹⁶ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 61.

³¹⁷ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 83.

³¹⁸ Los delitos de peligro. In: KINDHÄUSER, Urs; POLAINO-ORTS, Miguel. *Normativismo en derecho penal: estudios de dogmática jurídico-penal*. Resistencia, ConTexto Libros, 2011, p. 237.

O autor concebe o Direito Penal *da segurança* como uma das condições de estabilidade da sociedade de riscos, considerando legítima a elevação da segurança a instâncias propriamente penais e não meramente administrativas. Isto porque, no seu entender, é o Direito Penal a expressão do estado ou situação de uma sociedade, devendo ele, em uma sociedade caracterizada pelo risco, ser orientado a procurar por segurança³¹⁹.

Contra os críticos da Universidade de Frankfurt, Kindhäuser assevera: se o Direito Penal é o instrumento mais drástico de controle e ainda assim não consegue buscar a solução para os problemas da sociedade de riscos, o que ou quem pode então garantir a segurança frente a um comportamento não desejado?³²⁰

Kindhäuser afirma que a segurança tem papel importante tanto na história da filosofia política quanto na teoria dos direitos fundamentais, inexistindo, assim, qualquer razão que impeça seu reconhecimento também como bem jurídico-penal, sendo ela definida como a justificada ausência de preocupação ao dispor de outros bens quaisquer. Uma vez que os bens jurídicos são definidos como aquelas características de pessoas, coisas ou instituições que servem ao livre desenvolvimento do indivíduo³²¹, a ausência de preocupação torna-se constitutiva para o bem jurídico, de modo que a lesão da segurança passa a ser compreendida como um dano *sui generis*.

Partindo desta análise, para Kindhäuser as antecipações de tutela penal ganham um aspecto diverso: o perigo concreto e o perigo abstrato não se referem mais a estágios prévios à lesão de um mesmo bem, mas sim a um objeto autônomo. O perigo abstrato é o dano à segurança; o perigo concreto, o dano a uma certa disposição do bem pelo titular; e a lesão é a destruição de um objeto cuja disposição possibilita o livre desenvolvimento do indivíduo³²².

Ressalte-se que Kindhäuser faz uma importante afirmação: ele não busca colocar a segurança como um *super* bem jurídico nem transformar os delitos de perigo em delitos de

³¹⁹ KINDHÄUSER, Urs. *Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft*. Universitas, 1992, p. 229-234 apud MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 129.

³²⁰ *Gefahren des Strafrechts in der Risikogesellschaft*. Universitas, 1992, p. 229 apud MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 37.

³²¹ Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos. Trad. Beatriz Corrêa Camargo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 20, n. 95, mar./abr. 2012, p. 92.

³²² Los delitos de peligro. In: KINDHÄUSER, Urs; POLAINO-ORTS, Miguel. *Normativismo en derecho penal: estudios de dogmática jurídico-penal*. Resistencia, ConTexto Libros, 2011, p. 252. No mesmo sentido: GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 9.

lesão. Na sua concepção, a segurança é somente um critério para o valor que tem a utilização racional de um bem jurídico. Portanto, não se amplia o alcance dos bens jurídicos, mas somente se ampliam as possibilidades de dano aos mesmos³²³.

3.2.2 Günther Stratenwerth

Günther Stratenwerth analisa os grandes perigos das modernas sociedades industriais, os quais têm o potencial de eliminar por completo a vida no planeta, e indaga de que modo a ciência do Direito Penal pode contribuir para a conservação do mundo. No seu entender, as tradicionais figuras dogmáticas foram elaboradas levando em consideração danos individuais; em relação aos modernos problemas sociais, mostram-se elas claramente obsoletas³²⁴.

Segundo o autor, os novos riscos das sociedades contemporâneas (químicos, nucleares, genéticos etc.) devem ser combatidos juridicamente com uma maior intervenção, não significando que não sobre um espaço, ainda que residual, para que o Direito Penal cumpra suas funções específicas, mesmo que se defenda a intervenção preferencial de outros ramos do Direito.

Naquilo que Stratenwerth denomina de “novos delitos referidos ao futuro”, são afetados as gerações futuras ou o meio ambiente, de modo que todas as questões, da definição do resultado até a teoria do concurso de pessoas, do dolo até a culpabilidade, apresentam caráter diverso daqueles relacionados aos delitos tradicionais.

Para suportar corretamente os delitos referidos ao futuro, é mister criar um correspondente *direito penal referido ao futuro*, que seria um caminho intermediário entre a

³²³ Los delitos de peligro. In: KINDHÄUSER, Urs; POLAINO-ORTS, Miguel. *Normativismo en derecho penal: estudios de dogmática jurídico-penal*. Resistencia, ConTexto Libros, 2011, p. 252-253. No mesmo sentido: KINDHÄUSER, Urs. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal. Trad. Nuria Pastor Muñoz. *Revista Electrónica del Instituto Latinoamericano de Estudios en Ciencias Penales y Criminología*. Rev. 004-01, 2009. Disponível na internet: www.ilecip.org. Acesso em: 08.11.13.

³²⁴ *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*. Basel, 1993, p. 6 apud GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 10.

dissolução funcionalista de todos os princípios e a miopia individualista-liberal que defende o retorno a um suposto Direito Penal “clássico”³²⁵.

Nesse sentido, afirma o autor a necessidade de se abandonar a cosmovisão antropocêntrica - comum desde a época da modernidade iluminista - que vê no homem o senhor da criação e reduz a racionalidade humana à mera dimensão instrumental³²⁶.

Stratenwerth pondera que a restrição conceitual do bem jurídico às eventuais condições de existência e de desenvolvimento humano, enquanto ser social, ignora o fato de que cada grupamento humano conhece e necessita de diversas normas de condutas culturalmente desenhadas, normas estas que não tratam de bens com uma solidez consistente.

Assim, a seu ver, é insustentável o dogma da ilegitimidade das normas penais que não protegem bens jurídicos determinados, visto que estes podem ter um caráter indeterminado, tal como o meio ambiente³²⁷. Em consequência, não somente as gerações futuras, mas também a natureza em si mesma deve ser reconhecida como merecedora de proteção penal com independência da postulação de qualquer bem jurídico.

Para o autor, o problema fundamental da ideia de bens jurídicos é que ela permanece presa à visão antropocêntrica de mundo, que reduz tudo a meros objetos de interesses humanos. De modo algum pode-se aceitar a ideia da proteção de bens jurídicos como limite às incriminações do legislador, e isso porque ela é de todo inadequada para abranger essas novas dimensões do injusto. Ao oposto de bens jurídicos, deve-se falar da existência de uma determinada ordem da vida, que parece merecedora de proteção não por corresponder aos interesses de quaisquer indivíduos, mas sim a concepções comuns de o que seja uma vida boa. Por isso, devem ser reconhecidos delitos sem afetação de bem jurídico,

³²⁵ STRATENWERTH, Günther. *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts*. ZStW 105 (1993), p. 683 e ss. apud GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 10.

³²⁶ STRATENWERTH, GÜNTHER. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La Teoría del Bien Jurídico -¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 366-371. No mesmo sentido: STRATENWERTH, Günther. *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts*. ZStW 105 (1993), p. 689 e ss. apud GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 10.

³²⁷ STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal - Parte General I. El Hecho Punible*. Trad. Manuel Cancio Meliá; Marcelo A. Sancinetti. Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2005, p. 56.

violações de normas comuns de comportamento, naqueles setores em que a consciência da danosidade de tais condutas esteja amplamente difundida entre a população³²⁸.

Quanto aos crimes de perigo abstrato, Stratenwerth prefere deixar que eles sejam absorvidos pela categoria das violações a normas de comportamento, uma vez que esta é mais ampla, por não pressupor qualquer referência a bem jurídico. Resta, todavia, um problema sobre como se deve agir quando a sociedade não está segura a respeito da danosidade de uma determinada violação à norma de comportamento. O Direito Penal deve esperar ou, pelo contrário, deve contribuir para o desenvolvimento de uma tal consciência por meio de sua eficácia de prevenção geral positiva? O autor responde à pergunta afirmando que, se houver uma chance, ainda que mínima, de que o Direito Penal contribua para a vida no planeta, é urgente não a deixar escapar³²⁹.

3.2.3 Klaus Tiedemann

Na visão de Klaus Tiedemann, o Direito Penal não pode mais desconhecer a considerável lesividade social da criminalidade não convencional. Incumbe ao Estado Moderno, que é também Estado Social, amplas tarefas interventivas e deveres de proteção, alguns até de caráter ético-social. Entre essas tarefas estão, por exemplo, a garantia do funcionamento da ordem econômica ou do meio ambiente como o conjunto de pressupostos naturais da vida das pessoas. Tais bens não são, de modo algum, de natureza exclusivamente individual, como pareceria a uma posição de caráter ideológico, mas eles têm natureza em grande parte autônoma, não sendo passíveis de recondução a pessoas individuais. Trata-se de bens jurídicos coletivos, de *valores comunitários autônomos*, que devem ser reconhecidos como merecedores também da tutela penal³³⁰.

³²⁸ STRATENWERTH, Günther. *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts*. ZStW 105 (1993), p. 692-693 apud GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 11.

³²⁹ *Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts*. ZStW 105 (1993), p. 694-695 apud GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 11-12.

³³⁰ *Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht*. Tübingen, 1969, p. 106 e ss. apud GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 5. No

Dessa forma, o legislador está legitimado a utilizar o Direito Penal, e não somente o Direito Administrativo ou o Direito Civil, para a proteção desses novos bens jurídicos coletivos. Em primeiro lugar, cabe ao Direito Penal uma "função de pioneirismo": o mesmo pode e deve contribuir para a sedimentação de novos valores na sociedade³³¹. Em segundo lugar, torna-se necessária a revisão do dogma do princípio da subsidiariedade ou *ultima ratio*: em razão da densa rede de controle e sanções administrativas, nem sempre se pode dizer que a pena será a intervenção estatal mais gravosa³³².

Segundo o autor, se o legislador decidiu proteger novos bens, deve esta decisão ser respeitada, por lhe assistir uma extensa discricionariedade ou prerrogativa de avaliação no que se refere à escolha do meio mais idôneo, não se podendo de modo algum afirmar que ele tenha ultrapassado os limites do que é constitucionalmente permitido³³³.

Para que o Direito Penal contribua de forma eficiente no sentido de cumprir os deveres do Estado Social, torna-se necessário que os novos tipos sejam *praticáveis*. Recomenda Tiedemann que haja uma renúncia, até onde seja possível, à exigência da causalidade, e que se considere já a mera prática da ação suficiente para punir; ou que se criem tipos de prova facilitada, punindo já a culpa grave nos casos onde seria difícil provar o dolo³³⁴.

De forma clara, Tiedemann defende a utilização do modelo de delito de perigo abstrato para a proteção dos bens jurídicos denominados "intermédios", como aqueles de âmbito econômico. Tal modelo delitivo apresenta, a seu ver, maior utilidade e eficácia

mesmo sentido: TIEDEMANN, Klaus. El concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal Económico y de Delito Económico. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 10, n. 1, 1983, p. 61.

³³¹ TIEDEMANN, Klaus. *Die Neuordnung des Umweltstrafrechts*. Berlin/New York, 1980, p. 18 apud GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 5.

³³² TIEDEMANN, Klaus. *Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht*. Tübingen, 1969, p. 145 apud GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 5-6. Segundo o autor, a proteção penal constitui uma ingerência menos grave e mais permissiva frente à do Direito Administrativo, pois este submete a controle toda a atividade empresarial, ao passo que aquela somente alcança as condutas indesejáveis. Nesse sentido: TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito: introducción al derecho penal económico y de la empresa*. Trad. A. Mantilla Villegas. Barcelona: Ariel, 1985, p. 33 e ss.

³³³ TIEDEMANN, Klaus. *Verfassungsrecht und Strafrecht*. Heidelberg, 1991, p. 31 e 51 apud GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 6.

³³⁴ *Wirtschaftskriminalität als Problem der Gesetzgebung*. Karlsruhe, 1972, p. 17 apud GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 6.

preventiva para a tutela de bens jurídicos supraindividuais a partir da antecipação da punibilidade³³⁵.

Nesse sentido, propõe indubitavelmente a funcionalização da proteção penal, considerando que o funcionamento dos sistemas econômicos somente pode ser conquistado mediante a manutenção de determinadas garantias que, em última instância, assegurem uma confiança abstrata, a qual constituiria o conteúdo e a condição de tal funcionamento³³⁶.

3.2.4 Dietrich Kratzsch

Talvez o paradigma por excelência de um Direito Penal da segurança e da consolidação e defesa da atual tendência expansiva do mesmo é o sistema proposto por Kratzsch. O autor concebe o Direito Penal como meio para a ótima redução de perturbações, no qual não se deixe nenhuma possibilidade para o azar³³⁷.

Kratzsch busca extrair da teoria dos sistemas cibernéticos consequências para o conceito de injusto. O ponto de partida do seu estudo é o fim do Direito Penal, a proteção de bens jurídicos, que a seu ver deve ser alcançado da forma mais perfeita e completa possível. Para alcançar tal finalidade, não basta concentrar-se no comportamento do autor e retirar deste possibilidades de ação. Para Kratzsch, esta perspectiva calcada exclusivamente no comportamento do autor ignora muitos outros fatores relevantes, e esse é o principal defeito das tradicionais teorias do injusto. Pelo contrário, deve-se partir do pressuposto de que o Direito Penal se vale de uma série de técnicas de regulamentação, as quais visam a atingir a meta da proteção de bens jurídicos por meio de uma cuidadosa distribuição de deveres e competências. Ou seja, não apenas o autor (como na teoria tradicional), mas também a vítima, o juiz e o legislador devem prestar contribuições para realizar o fim proposto pelo

³³⁵ *Tatbestandfunktionen im Nebenstrafrecht*. Tübingen, 1969, p. 167 apud MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 151-152.

³³⁶ TIEDEMANN, Klaus. Delitos contra el orden económico. In: *La reforma penal: cuatro cuestiones fundamentales*. Madrid: Instituto Alemán, 1982, p. 173. No mesmo sentido: TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito: introducción al derecho penal económico y de la empresa*. Trad. A. Mantilla Villegas. Barcelona: Ariel, 1985, p. 34.

³³⁷ *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*. Berlin, 1985, p. 234 apud MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 130.

sistema. É necessário, também na teoria jurídico-penal do injusto, introduzir esse método de persecução de fins com base na divisão do trabalho³³⁸.

Busca-se, assim, conseguir uma ótima proteção dos bens jurídicos, o que se obtém, em parte, por meio de delitos de perigo abstrato. Estes combatem o perigo que ameaça o bem jurídico, não como perigo individual, senão como elemento tipificado de uma “perturbação global” que pode conduzir a um perigo em intervalos não determináveis. Assim, é possível um controle individual a partir de uma ordem geral, e antecipando de tal maneira as medidas de evitação do perigo se consegue o domínio do azar através de uma “reação dinâmica”³³⁹.

A ampla tipificação de delitos de perigo abstrato cumpre, na proposta de Kratzsch, um papel central para conseguir uma regulação total ou global, que permita uma efetiva proteção dos bens jurídicos sem lacunas, apesar da enorme quantidade de combinações imagináveis de cada caso concreto³⁴⁰.

Se no delito doloso de lesão a meta de proteger bens jurídicos é transferida principalmente ao âmbito de responsabilidade do autor, que é competente para que os cursos causais por ele criados e dominados não provoquem quaisquer lesões, nos crimes de perigo abstrato a divisão de trabalho é completamente diversa. Nestes, libera-se o autor de grande parte da tarefa de dominar os cursos causais por ele livremente criados. Ele não precisa mais, por exemplo, avaliar se a ação que se propõe a praticar gera uma possibilidade de lesão, pois essa avaliação é transferida ao legislador, o qual, por meio da criação de um tipo de perigo abstrato, proíbe genericamente a prática da ação³⁴¹.

Por meio de tais considerações chega Kratzsch a uma quase que ilimitada legitimação dos crimes de perigo abstrato, pois o que faz é atribuir-lhes uma função de

³³⁸ *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*. Berlin, 1985, p. 100 e ss. apud GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 7-8.

³³⁹ KRATZSCH, Dietrich. *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*. Berlin, 1985, p. 298 apud MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 131. Também: KRATZSCH, Dietrich. *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*. Berlin, 1985, p. 381 apud D’ALESSANDRO, Francesco. *Pericolo astratto e limiti-soglia: le promesse non mantenute del diritto penale*. Milano: Giuffrè Editore, 2012, p. 234.

³⁴⁰ *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*. Berlin, 1985, p. 320 apud MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 131.

³⁴¹ KRATZSCH, Dietrich. *Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht*. Berlin, 1985, p. 248 e 285 apud GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 8.

aumentar a liberdade dos cidadãos³⁴². Um sistema como o de Kratzsch representa indubitavelmente o ponto de vista mais avançado, e por muitos aspectos o mais extremo, daquela corrente de pensamento que propugna por uma expansão do modelo de perigo abstrato³⁴³.

3.2.5 Lothar Kuhlen

Kuhlen estabeleceu seus posicionamentos sobretudo em resposta às críticas formuladas pelos professores da Universidade de Frankfurt. Na sua visão, inexiste qualquer razão para supor que penalistas formulam juízos de valor melhores ou mais corretos que o legislador ou o cidadão comum. Numa democracia, o legislador pode e deve seguir a opinião do povo, e a objeção do populismo é em grande parte manifestação da arrogância daquele que se julga mais capaz do que todo o restante da população. Assim, não há nada de errado em insistir na efetividade e acreditar na legitimidade de normas penais³⁴⁴.

O autor afirma que, ao invés de recusar os recentes desenvolvimentos, devem os juristas esforçar-se no sentido da "busca de uma nova dogmática", que tenha capacidade de prestar uma contribuição para resolver os modernos problemas sociais. Afinal, o Direito está não apenas autorizado, como também obrigado a lidar adequadamente com os novos problemas. Em consequência, a utilização dos crimes de perigo para tal finalidade é, portanto, legítima e eficiente³⁴⁵.

Ainda, Kuhlen propôs uma nova estrutura do delito, que vai além da tradicional distinção entre crimes de lesão e crimes de perigo: os denominados *delitos de cumulação*,

³⁴² Nesse sentido: GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 8.

³⁴³ Nesse sentido: D'ALESSANDRO, Francesco. *Pericolo astratto e limiti-soglia: le promesse non mantenute del diritto penale*. Milano: Giuffrè Editore, 2012, p. 237, que aponta ser a proposta de Kratzsch acompanhada, de certa forma, por outros estudiosos como Hoyer e Otto.

³⁴⁴ *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, p. 66 apud GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 12.

³⁴⁵ KUHLEN, Lothar. *Umweltstrafrecht - Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik*, in: ZStW 105 (1993), p. 697 e ss. apud GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 13.

(conforme foi mencionado no capítulo anterior). Nestes, ocorre a proibição de condutas em si de todo inofensivas, mas que podem provocar resultados lesivos se cumuladas.

A seu ver, tal estrutura delitiva também deve ser reconhecida como legítima, por dois motivos: primeiramente, porque quem pratica uma tal ação está atribuindo a si mesmo um direito que não admite para os demais; em segundo lugar, porque apenas dessa maneira é possível tutelar de modo eficiente alguns bens jurídicos coletivos³⁴⁶.

A argumentação de Kuhlen recorre em geral ao direito positivo, e poderia ser mesmo chamada de positivista, pois, aparentemente, ele não está disposto a dispensar os seguros e plausíveis parâmetros determinados pelo procedimento democrático em favor de turvas propostas de uma qualquer concepção estranha à lei³⁴⁷.

3.3 As posições intermediárias

Entre aqueles que acolhem e aqueles que rejeitam a utilização dos delitos de perigo abstrato, existe um terceiro grupo de autores, que se esforça no sentido de desenvolver uma solução intermediária para a problemática envolvendo tais delitos. Tal grupo reconhece, de um lado, a geral legitimidade das modernas tendências do Direito Penal e da tipificação abstrata, mas, de outro, renuncia a algumas de suas feições mais peculiares. A seguir, tais posicionamentos serão vistos.

3.3.1 Claus Roxin

Claus Roxin até hoje defende o conceito de bem jurídico contra os seus muitos

³⁴⁶ KUHLEN, Lothar. *Der Handlungserfolg der strafbaren Gewässerunreinigung*, in: GA 1986, p. 389 e ss. apud COSTA, Lauren Loranda Silva. *Os crimes de acumulação no direito penal ambiental*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011, p. 35-38.

³⁴⁷ Nesse sentido: GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 14.

críticos e vê na proteção subsidiária de bens jurídicos o fim do Direito Penal³⁴⁸. Para ele, os bens jurídicos são circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos³⁴⁹. Dessa forma, reconhece ele já de antemão bens jurídicos coletivos³⁵⁰.

O autor afirma que não se pode renunciar totalmente à intervenção do Direito Penal nos modernos problemas da sociedade de riscos. Todavia, ao realizar esta tarefa, o Direito Penal deve preservar a referência ao bem jurídico e os princípios de imputação próprios do Estado de Direito³⁵¹.

Complementa asseverando que, como o futuro está colocado em perigo mais por coletividades que por pessoas individualmente consideradas, é necessário desenvolver nesse campo novas formas de imputação. Porém, os “tipos penais referidos ao futuro” podem realizar somente uma pequena participação, sendo possível haver uma certa relativização, mas não um abandono, da ideia de bem jurídico³⁵².

Roxin alega a necessidade de o Direito Penal moderno superar os limites do princípio personalista da proteção de bens jurídicos, por dois motivos: primeiramente, assegurar a possibilidade de vida das gerações futuras, conservando o meio ambiente. Em segundo lugar, expandir o princípio da proteção de bens jurídicos para a conservação dos animais e plantas, pois só o ser humano pode conservar a diversidade da natureza³⁵³.

No seu entender, essas duas ampliações (base vital de gerações futuras e

³⁴⁸ Tal posicionamento é afirmado pelo autor em diversas obras e artigos científicos e reforçado recentemente em: ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. Trad. Manuel Cancio Meliá. Revista *Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC 15-01 (2013). Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc>. Acesso em 20.11.2013.

³⁴⁹ *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 18-19.

³⁵⁰ Sobre o recente debate em torno do jurídico. Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 184-185.

³⁵¹ ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general – tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 61.

³⁵² ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general – tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 62.

³⁵³ Sobre o recente debate em torno do jurídico. Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 205-208.

diversidade da natureza) não abandonam o princípio do bem jurídico como um todo, pois ambos os casos gozam de proteção constitucional, não podendo o Direito Penal ignorar as mudanças da situação do mundo, mas sim integrá-las em suas ideias. Todavia, tal proteção deve se dar como *ultima ratio*³⁵⁴.

Roxin conceitua os delitos de perigo abstrato como aqueles em que se castiga uma conduta reconhecida como tipicamente perigosa, sem que no caso concreto tenha que ocorrer a produção de um resultado de colocação em perigo (ou seja, a realização de um resultado de perigo independe da constatação da periculosidade no caso concreto). Portanto, a evitação de lesões e perigos concretos é somente o “motivo do legislador”, sem que sua concorrência seja requisito do tipo³⁵⁵.

Nos crimes de perigo abstrato, Roxin afirma que neles chega-se ao limite da capacidade de rendimento do princípio da proteção de bens jurídicos.

Na sua visão, a ideia de bem jurídico não impede que o legislador proteja bens em estágios de mero perigo, desde que a referência ao bem jurídico já seja suficientemente reconhecível, sendo ainda necessário o desenvolvimento de critérios autônomos de limitação à punibilidade para as diversas estruturas dos delitos de perigo abstrato. Isso não relativiza a fecundidade da teoria do bem jurídico, mas demonstra a sua necessidade de complementação por considerações referidas à estrutura do delito³⁵⁶.

A figura do delito de cumulação, proposta por Lothar Kuhlen, é decididamente recusada por Claus Roxin, principalmente porque, na sua visão, ela leva à punição do autor por ações de terceiros³⁵⁷.

³⁵⁴ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do jurídico. Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 208-209.

³⁵⁵ *Derecho penal*. Parte general – tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 407.

³⁵⁶ ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do jurídico. Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 199-200.

³⁵⁷ Nova versão do § 2 para a 4ª ed. de Strafrecht, Allgemeiner Teil, p. 82 apud GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 38.

3.3.2 Günther Jakobs

A concepção de Günther Jakobs sobre o Direito Penal é que este não se legitima pelo critério teórico material de bem jurídico, e sim pela estabilidade das expectativas essenciais frente a possíveis defraudações (infração penal como ato de significado). O bem jurídico penal, ou seja, o objeto de tutela do Direito Penal, é a própria lei penal. A função da pena, nesse diapasão, se limita à confirmação da validade da norma penal infringida³⁵⁸.

Nesse sentido, o Direito Penal serve não à proteção global de bens elevados a bens jurídicos, mas à proteção de bens contra determinadas agressões, e só enquanto objeto dessa proteção é que os bens se tornam visíveis às lentes do Direito, isto é, se tornam bens jurídicos.

Disso resulta que o Direito não é um muro de proteção que é erigido em volta dos bens, e sim a estrutura da relação entre pessoas. Assim, o Direito Penal como proteção de bens jurídicos significa, no máximo, que uma pessoa, materializada em seus bens, é protegida das agressões de outra pessoa³⁵⁹.

Buscou Günther Jakobs fixar limites materiais a criminalizações no estágio prévio à lesão a bem jurídico com base no par conceitual *direito penal do cidadão e direito penal do inimigo*³⁶⁰. É verdade que suas posteriores manifestações, profundamente ambíguas, podem ser lidas não mais como uma diferenciada crítica, e sim como verdadeira justificação de modernas tendências³⁶¹.

³⁵⁸ *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 70-72.

³⁵⁹ JAKOBS, Günther. O que é protegido pelo Direito Penal: bens jurídicos ou a vigência da norma? Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 161.

³⁶⁰ Cf. JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. Para Jakobs, o Direito Penal pode ser caracterizado pela imagem do agente de que ele parte. O Direito Penal pode definir o agente como *cidadão*, isto é, como alguém que dispõe de uma esfera interna e privada livre do Direito Penal, na qual o Direito só pode adentrar se o comportamento do autor representar já externamente uma perturbação; ou parte o Direito Penal da imagem do autor como um *inimigo*, isto é, como fonte de perigo para bens jurídicos a serem protegidos, caso em que o autor não disporá de qualquer esfera privada, podendo ser responsabilizado mesmo por seus mais íntimos pensamentos. O *direito penal do inimigo* otimiza proteção de bens jurídicos enquanto o *direito penal do cidadão* otimiza esferas de liberdade.

³⁶¹ Nesse sentido: GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 24-25.

Segundo o autor, para a administração estatal de uma sociedade mais ou menos complexa nunca bastou o estabelecimento de normas contra a lesão de bens jurídicos. Sempre existiu a necessidade, ademais, de que determinadas modalidades de comportamentos, consideradas por alguns cidadãos como inócuas, fossem fixadas de modo centralizado como perigosas, sancionando a infração dessas normas.

Todavia, a orientação dos delitos de perigo abstrato estava no Direito Penal de ordem pública num título sobre “delitos políticos”, mas não no Direito Penal *criminal*. Para ele, portanto, o que se discute é se a elevação dos crimes de perigo abstrato a mera infração contra a ordem pública (como mera perturbação, ou ao menos principalmente perturbação da ordem) a delito criminal (como ataque contra a identidade social) se fez contando com boas razões para isso, ou, ao contrário, se fez de modo intervencionista. Jakobs identifica três razões que em seu conjunto justificam tal evolução³⁶².

Primeiramente, não só os bens jurídicos clássicos são bens escassos, mas de acordo com o entendimento atual o são também suas condições de utilização. A segurança do tráfego, a meio ambiente intacto e situações similares não são estados naturais, mas são os resultantes de certas decisões sociais, e isso significa que quem quiser orientar-se deverá observar a vigência das normas que configuraram essas decisões. Portanto, nos delitos de perigo abstrato se trata da manutenção da vigência da norma³⁶³.

Em segundo lugar, atualmente já não se admite, ao menos num Estado de prestações, que a segurança seja vista como um mero reflexo da atividade policial, mas se converte num *direito*, cujo asseguramento pode ser exigido do Estado. A essa elevação de função da segurança corresponde uma elevação de funções dos pressupostos que lhe afetam negativamente. A partir disso, os crimes de perigo abstrato não apenas perturbam a ordem pública, mas lesionam um direito à segurança, esta entendida em sentido normativo³⁶⁴.

Em terceiro lugar, a fronteira entre o comportamento permitido ou inclusive desejado e o comportamento contrário à norma já não é, em amplos setores da sociedade, uma fronteira crescida no tempo, que se corresponde com uma moral vivida, mas simplesmente se

³⁶² JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*: teoria de um direito penal funcional. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 25-26.

³⁶³ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*: teoria de um direito penal funcional. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 26.

³⁶⁴ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa*: teoria de um direito penal funcional. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 27-28.

fixa mais ou menos arbitrariamente. Isso ocorre nos âmbitos da economia, do tráfego, do meio ambiente, etc³⁶⁵.

Entretanto, o autor ressalta que, com o exposto, não pretende legitimar qualquer delito de perigo abstrato. Criminalizações antecipadas só serão legítimas na medida em que respeitarem os limites da esfera privada dos cidadãos.

Jakobs tenta, assim, concretizar suas ideias por meio de uma tipologia dos crimes de perigo abstrato. Primeiramente, menciona ele o caso do comportamento que já é em si mesmo externamente perturbante (incêndio, por exemplo); depois o comportamento que pertença a uma classe definida como perturbante (embriaguez na direção de veículo automotor, por exemplo). Como nesses casos há uma perturbação objetiva, externa, pode-se legitimar a criminalização antecipada, pois a conduta perigosa foi completamente realizada³⁶⁶.

Todavia, nos casos de criminalização de atos preparatórios, Jakobs exige cautela, pois nesse caso se criminaliza uma conduta que não seria perigosa em absoluto ou somente o seria numa medida muito limitada sem um comportamento sucessivo e, por sua vez, de caráter delitivo. Dessa forma, seria legítimável a proibição em apenas dois casos: primeiramente, quando se trate de ações de que todos dependem, e diante das quais todos devem poder confiar em que os demais seguirão certas regras (direito penal de alimentos, por exemplo); e, em segundo lugar, nas hipóteses de trato com objetos que representem "protótipos de ferramentas do crime", o qual só pode ser tolerado se quem lidar com tais objetos mantiver a fonte de perigo que eles representam sob controle, por meio do atendimento de certas regras (armas, por exemplo). Os tipos penais que não se enquadram em nenhum dos mencionados grupos de casos seriam ilegítimos³⁶⁷.

Jakobs analisa ainda se é possível a legitimação de criminalizações postulando uma lesão a bens jurídicos "antecipados ou adjacentes", ou seja, a um bem jurídico coletivo. O autor refere-se, notadamente, aos crimes de proteção à paz pública. No seu entender, nesses crimes torna-se necessária criminalização, eis que a ação proibida ataca condições de vigência de outras normas, chamadas normas principais. A expectativa normativa do cidadão no

³⁶⁵ JAKOBS, Günther. *Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional*. Trad. Maurício Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003, p. 28.

³⁶⁶ *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 126-127.

³⁶⁷ *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 127-129.

sentido de que existe uma proibição de matar necessita de uma garantia cognitiva, a ser dada pela inexistência de delitos de ameaça individual e coletiva. Porém, o abalo às normas principais deve ser público, isto é, representar uma perturbação externa, de modo que, quase sempre, se está diante de atos preparatórios³⁶⁸.

3.3.3 Bernd Schünemann

Schünemann busca combinar as ideias iluministas com concepções pós-modernas. Seu ponto de partida é a ideia do contrato social, exigindo, contudo, que se considerem não apenas os seres humanos atuais, mas também as gerações futuras, partes nesse contrato, de forma que a sobrevivência da humanidade enquanto espécie e a preservação do meio ambiente se tornam os dois valores supremos. Nesse diapasão, o autor critica o individualismo referido apenas aos indivíduos hoje existentes e que se interessa apenas pela satisfação de irreais necessidades consumistas, recusando fortemente a teoria pessoal do bem jurídico. No seu entender, o modelo puro, clássico, de Direito Penal, nunca existiu como o descrevem os autores da Universidade de Frankfurt, pois teria havido sempre bens jurídicos coletivos³⁶⁹.

A teoria do bem jurídico é defendida contra seus críticos e contra sua desvalorização pelo Tribunal Constitucional alemão. Essa teoria, segundo o autor, se ancora na concepção básica do contrato social, que está pressuposto em toda e qualquer Constituição, e também nas bases liberais da Lei Fundamental alemã, de modo que limitações à liberdade não referidas a bem jurídico não passam de terrorismo estatal³⁷⁰.

Schünemann reconhece a legitimidade dos bens jurídicos coletivos, não aceitando que nestes o princípio da proteção de bens jurídicos perca sua função garantista, eis que o

³⁶⁸ *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 132-136. No mesmo sentido: JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. Trad. Enrique Peñaranda Ramos. In: JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997, p. 315-317.

³⁶⁹ Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Trad. Manuel Cancio Meliá. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 49, Fasc/Mes 1, 1996, p. 190-193.

³⁷⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 53, mar./abr. 2005, p. 14-16.

princípio desempenha também um importantíssimo papel, qual seja, o de instrumento de desconstrução de falsos bens jurídicos³⁷¹.

A partir da análise da importância que adquirem os bens jurídicos coletivos num cenário mundial de avançado desenvolvimento da tecnologia, Schünemann postula a modernização do Direito Penal para acolher as complexas demandas da sociedade contemporânea³⁷².

O autor formula uma regra prática, segundo a qual só se deve postular um bem jurídico coletivo quando não for possível conceber o respectivo delito como um crime de perigo abstrato para a proteção de um concreto bem jurídico individual. Se houver dúvida, deve-se admitir apenas o bem jurídico individual. Como os falsos bens jurídicos são excluídos, muitos tipos penais tornam-se de legitimidade questionável, e apenas então se abre o caminho para uma adequada compreensão da estrutura do delito e para uma possível crítica³⁷³.

No pensamento Schünemann, o princípio da *ultima ratio* é relativizado, em concepção semelhante a Klaus Tiedemann, sob o fundamento de que nem sempre a pena se mostra como a mais grave restrição de liberdade. O autor sugere mais uma estratégia de complementação do que de substituição do Direito Penal por outros instrumentos de controle social³⁷⁴.

No âmbito da modernização do Direito Penal, Schünemann propõe uma mudança de paradigma de um Direito Penal da classe baixa a um Direito Penal da classe alta. Criticando os professores da Universidade de Frankfurt, que defendem somente a proteção de

³⁷¹ O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 53, mar./abr. 2005, p. 23-26. No mesmo sentido: SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 48.

³⁷² Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Trad. Manuel Cancio Meliá. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 49, Fasc/Mes 1, 1996, p. 201.

³⁷³ SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 53, mar./abr. 2005, p. 29-32. No mesmo sentido: SCHÜNEMANN, Bernd. La estructura de los delitos de peligro (los delitos de peligro abstracto y abstracto-concreto como modelo del derecho penal económico moderno). In: SCHÜNEMANN, Bernd et al. *Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos*. Lima: Ara, 2008, p. 13-17.

³⁷⁴ O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 53, mar./abr. 2005, p. 21-23.

bens jurídicos individuais (como a vida e a propriedade) e os delitos clássicos de resultado, Schünemann considera que o Direito Penal moderno tem que se dirigir também às classes altas, o que, segundo ele, não se pode lograr com tais delitos e bens jurídicos³⁷⁵.

Assim, quanto aos crimes de perigo abstrato, Schünemann afirma que os mesmos constituem uma “rua sem saída”, dada a relevância deles para a modernização legislativa do Direito Penal³⁷⁶. A seu ver, os mesmos ainda são importantes para a tutela dos novos bens jurídicos em razão da natureza das coisas postas na sociedade contemporânea. Com o surgimento de uma sociedade de riscos “as cadeias causais se perdem no anonimato da sociedade das massas” e qualquer forma de limitar a evolução do Direito Penal à tutela das novas situações significa desconsiderar as novas condições impostas pela sociedade contemporânea³⁷⁷.

Desse modo, a crítica dos professores da Universidade de Frankfurt à concepção do crime de perigo abstrato nada mais faz do que levar à insensata exigência de que a necessária proteção de bens jurídicos seja efetivada com institutos jurídicos arcaicos³⁷⁸.

De qualquer modo, o autor considera errônea a perspectiva de uma liberação total de tais delitos, de forma que ele propõe um procedimento de controle em quatro etapas: primeiramente, deve-se selecionar uma conduta especialmente visível e controlável como “ponto de dispersão coletivo” de perigos incontrolláveis para bens jurídicos. Em seguida, torna-se necessário perguntar se não existem interesses de liberdade a exigir que se permita a prática dessa ação. Em terceiro lugar, analisa-se se as exigências do princípio da determinação estão preenchidas. E em último lugar, avalia-se se a incriminação resiste ao controle pelo

³⁷⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. ¿un cambio de paradigma como exigencia moral? In: GARCÍA FALCONÍ, Ramiro et al. *Derecho Penal Económico*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 54 e ss. Também defendendo que o Direito Penal moderno tenha por objeto a criminalização de condutas das classes poderosas: GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 132-135.

³⁷⁶ Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Trad. Manuel Cancio Meliá. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 49, Fasc/Mes 1, 1996, p. 202.

³⁷⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. La estructura de los delitos de peligro (los delitos de peligro abstracto y abstracto-concreto como modelo del derecho penal económico moderno). In: SCHÜNEMANN, Bernd et al. *Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos*. Lima: Ara, 2008, p.13-15.

³⁷⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 53, mar./abr. 2005, p. 31.

princípio da proporcionalidade³⁷⁹.

3.3.4 Roland Hefendehl

Hefendehl também rechaça a ideia do fim da teoria do bem jurídico³⁸⁰ e defende uma concepção dualista deste, segundo a qual existiriam bens jurídicos individuais e coletivos, sem que qualquer um desses grupos possa ser deduzido do outro³⁸¹.

Nesse sentido, os bens coletivos caracterizam-se pela elementar da não distributividade, pois é fática ou juridicamente impossível dividi-lo em partes e adscriver cada uma delas a indivíduos diversos. Por exemplo, um bem individual, como a vida, pertence a cada um dos seres humanos; por outro lado, um bem coletivo, como a pureza do ar, pertence a todos, sem que seja possível dizer que parte do ar assiste a cada indivíduo³⁸².

O autor afirma que há uma estreita relação entre bens jurídicos coletivos e individuais, mas não concorda com teoria monista-pessoal, concebendo a ideia de um Direito Penal socialmente integrado.

No seu entender, se o Direito Penal lida com um comportamento socialmente danoso, deve-se buscar a construção de uma teoria social do bem jurídico, que se concentre não apenas nos bens jurídicos pessoais, mas estende a perspectiva também para as chances de participação que cabem à sociedade e a seus membros³⁸³.

Hefendehl propõe um sistema para a apreciação da legitimidade dos tipos penais.

³⁷⁹ SCHÜNNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Trad. Manuel Cancio Meliá. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 49, Fasc/Mes 1, 1996, p. 200-201.

³⁸⁰ O bem jurídico como pedra angular da norma penal. Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 57.

³⁸¹ *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, p. 73 apud GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 34.

³⁸² HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 67.

³⁸³ HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 18, n. 87, nov./dez. 2010, p. 111-114.

Em primeiro lugar, deve-se indagar qual é o bem jurídico protegido, sendo que em seguida é possível se chegar a três conclusões: ou se trata de um bem jurídico individual, ou de um bem jurídico coletivo, ou não existe qualquer bem jurídico tutelado.

Hefendehl considera possível essa terceira alternativa, de crimes não relacionados a bens jurídicos, os quais ele denomina de *delitos de comportamento*. Estes somente são legítimos, contudo, em casos absolutamente excepcionais, quando subsistir uma arraigada convicção da obrigatoriedade da norma de comportamento, tal como ocorre nos crimes de maus-tratos a animais e na bigamia³⁸⁴.

Assim como Schünemann, também Hefendehl exige bastante cautela com os bens jurídicos coletivos, eis que muitos deles não passam de bens aparentes ou falsos, arquitetados a partir da mera soma de vários bens jurídicos individuais, citando como exemplo os delitos de insolvência (ou falimentares), nos quais o que se protege não é mais do que o patrimônio dos credores³⁸⁵.

Uma das mais importantes funções da teoria do bem jurídico é desmascarar tais falsos bens jurídicos coletivos, pois somente dessa forma torna-se possível abrir o caminho para uma resposta adequada à próxima pergunta, qual seja, a da estrutura do delito. Isto porque, mesmo que se encontre um bem jurídico individual ou coletivo, ainda não está resolvida a questão da legitimidade do tipo penal. Ainda deve ser analisada a estrutura do delito escolhida pelo legislador. O decisivo é a combinação entre bem jurídico e estrutura do delito³⁸⁶.

A partir disso, Hefendehl estabelece uma minuciosa sistematização dos delitos contra bens jurídicos coletivos, asseverando que a cada grupo de bens jurídicos coletivos corresponde uma determinada estrutura do delito. A seu ver, o tipo de delito do crime de perigo abstrato não se ajusta aos bens jurídicos coletivos, pois é necessário desenvolver um

³⁸⁴ *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, p. 52-56 apud GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 35. No mesmo sentido: HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 70.

³⁸⁵ O bem jurídico como pedra angular da norma penal. Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 60-61.

³⁸⁶ HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 70 e ss.

tipo de delito próprio para cada tipo estrutural de bem coletivo. O potencial de perigo é de todo diverso em cada situação a ser analisada e só pode ser determinado com precisão uma vez que se tenha fixado o objeto do juízo de perigo³⁸⁷.

Dentre as diversas estruturas de delito, a do delito de lesão é a menos problemática, pois as proibições de lesionar são, via de regra, idôneas para proteger o bem jurídico em questão. Entretanto, se o legislador recorrer a um crime de perigo abstrato, determinados pressupostos de legitimidade mais extensos deverão ser atendidos para que a proibição possa considerar-se justificada.

Assim sendo, é forçoso localizar um equivalente material para a ausência de causalidade real nos crimes de perigo abstrato: como nestes o bem jurídico não é causalmente lesionado, surge a pergunta quanto ao que poderá legitimar a proibição. Esse equivalente material poderá ser, nos delitos ambientais e nos delitos de corrupção, a *ideia de cumulação*³⁸⁸. Em relação ao Direito Penal de alimentos, no qual protege-se uma multiplicidade de bens jurídicos individuais (isto é, a integridade física dos consumidores, e não a saúde pública), a estrutura do delito de potencial lesivo será a mais adequada. Dessa forma, não havendo a criação de um risco *ex ante* para os bens jurídicos individuais, deverá ser excluída a tipicidade dos delitos no Direito Penal de alimentos³⁸⁹.

3.4 Análise crítica

O Direito Penal contemporâneo caracteriza-se por um modelo de intervenção penal que se pauta numa proteção ampla da pessoa, através da inclusão de bens jurídicos supraindividuais e da introdução crescente dos crimes de perigo abstrato.

³⁸⁷ O bem jurídico como pedra angular da norma penal. Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 71.

³⁸⁸ HEFENDEHL, Roland. O bem jurídico como pedra angular da norma penal. Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 73-74.

³⁸⁹ HEFENDELH, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, p. 170 e ss. apud GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 36.

Conforme visto nas teses expostas anteriormente, o Direito Penal contemporâneo vem sofrendo fortes críticas de parte da doutrina, dentre as quais a de que deveria fixar seu alicerce de legitimação somente naquelas incriminações relacionadas à proteção de bens jurídicos individuais, abrindo mão da intervenção penal que ultrapasse essa visão individualista, como no caso dos bens jurídicos coletivos e dos delitos de perigo abstrato.

No âmbito deste trabalho, o primeiro argumento que pode construir contra essas críticas é o de que a intervenção penal *clássica* não teria aptidão suficiente para conservar o meio ambiente equilibrado para as gerações futuras, assim como proteger a saúde pública ou a segurança rodoviária, citando-se aqui apenas alguns exemplos de bens jurídicos coletivos.

Reconhece-se que a própria classificação dos bens jurídicos em individuais e coletivos padece de certos problemas, não constituindo conceitos de simplificada compreensão, eis que há bens jurídicos coletivos que podem ser individualizáveis, como o meio ambiente e os contingentes sociais ou estatais consumíveis, enquanto há bens jurídicos individuais que constituem verdadeiros bens institucionais, como a honra. Ainda, existem bens jurídicos que são considerados coletivos quando, na verdade, seriam indeterminados somente os seus titulares, e não o bem em si mesmo, como ocorre com a saúde pública³⁹⁰.

Entretanto, o Direito Penal contemporâneo ainda deve se basear na teoria do bem jurídico. Mesmo que uma certa indefinição do conceito de bem jurídico seja inevitável, não se pode por em risco a garantia político-criminal de seu reconhecimento³⁹¹. O instituto deve estar alinhado às novas pautas da sociedade e engajado em tutelar aqueles bens indispensáveis ao livre desenvolvimento do indivíduo, como também aqueles bens necessários a uma próspera vida em comum.

Afinal, o bem jurídico tem um papel indispensável na tipicidade, por conta do conceito de tipo de injusto, porém sua importância ultrapassa em muito este instituto, de forma que se deve considerar o bem jurídico o substrato material da tipicidade, que é um conceito fundante de um Direito Penal relacionado com o Estado Democrático de Direito. Pensar dessa forma significa romper com o totalitarismo, pois o Direito Penal sem a tutela de

³⁹⁰ Nesse sentido: SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 53, mar./abr. 2005, p. 24-26.

³⁹¹ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 370.

valor é um instrumento de arbítrio³⁹².

O bem jurídico estabelece limites à decisão do legislador em formular novas incriminações e ainda atua como critério de interpretação dos tipos penais, firmando um marco e um limite à liberdade de legislar. Dessa forma, a crítica deveria se dirigir não à própria concepção da denominada *neocriminalização* ou expansão, mas sim aos seus excessos.

Trata-se de uma evolução do Direito Penal, da qual não pode distanciar-se a própria evolução da teoria do bem jurídico, consistente no fato de que a racionalidade da concepção de bem jurídico se vincula ao atual estágio político-social de uma determinada sociedade.

Há uma estreita relação entre o bem jurídico e a ordem de valores numa sociedade, e tal relação se estabelece a partir da vinculação que há entre o bem jurídico e as condições da definição social do delito. Desse modo, a constituição do bem jurídico depende daquilo que no contexto social é visto como valioso e cujo comportamento lesivo ou perigoso teria a capacidade de gerar uma inaceitável afetação deste interesse. É a partir da valoração social de um objeto que o torna digno de proteção penal, convertendo-se um determinado interesse em bem jurídico-penal³⁹³.

Dessa forma, avançando uma determinada sociedade, é mister que avance também o Direito Penal e a própria teoria do bem jurídico, que se encontra diretamente relacionada com a configuração da sociedade³⁹⁴. Nesse sentido, defende-se a abertura do Direito Penal às transformações sociais, sendo a teoria do bem jurídico o epicentro dessa dinâmica transformativa, que evolui de forma alinhada às mudanças políticas, devendo sempre buscar, como fundamento axiológico e elemento de racionalidade, a proteção dos seres humanos³⁹⁵.

³⁹² BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 68.

³⁹³ MÜSSIG, Bernd. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. Trad. Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 9, jan. 2002, p. 181.

³⁹⁴ MÜSSIG, Bernd. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. Trad. Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 9, jan. 2002, p. 170.

³⁹⁵ Nesse sentido: AZEVEDO, André Mauro Lacerda. O bem jurídico e os crimes de perigo abstrato. In: AZEVEDO, André Mauro Lacerda; FACCINI NETO, Orlando. *O bem jurídico penal: duas visões sobre a legitimação do direito penal a partir da teoria do bem jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 19-20.

Não há, portanto, como se legitimar o Direito Penal sem relacioná-lo à sociedade a que está inserido, às suas expectativas, ao seu quadro de valores, à sua realidade. A construção da teoria do bem jurídico não deve afastar-se da praticidade das expectativas socialmente reconhecidas, emergindo daí uma construção comunicacional da teoria do bem jurídico, que se faz real e dinâmico, ao mesmo tempo em que traz racionalidade e segurança ao sistema de controle social constituído pelo Direito Penal³⁹⁶.

A modernização do Direito Penal depende da sua adequação ao modelo de sociedade que representa, de forma que ele deve alinhar-se à sociedade do seu tempo. Não se trata, todavia, de uma abdicação dos parâmetros dogmáticos e axiológicos próprios do Direito Penal. Ao contrário: pretende-se a interação entre sociedade e Direito para o centro do problema de legitimação do Direito Penal, racionalizando-se a intervenção e assegurando a proteção daqueles interesses vitais à coexistência social. Daí a importância de se considerar a sociedade de riscos como fonte material do Direito Penal, conforme visto no Capítulo 1.

A validade do Direito Penal passa, consequentemente, pela noção de bens ou valores que merecem essa especial proteção. Nesse universo de interesses a se tutelar, não há como concordar os parâmetros propostos por Hassemer através da teoria do bem jurídico, centrados apenas naqueles interesses de natureza individual (vida, patrimônio, liberdade, saúde etc.), excluindo-se os interesses supraindividuais, como o são, por exemplo, os bens ecológicos, que, pela sua imprescindibilidade à própria existência da espécie humana, deveriam se sobrepor àqueles interesses estritamente individuais.

O bem jurídico não pode ser entendido sempre com o mesmo significado, porque vários fatores interferem na sua delimitação semântica, cabendo ao intérprete a análise de cada caso, no sentido de verificar-se se há relevância para a imposição do Direito Penal. A proteção ao bem jurídico, como missão do Direito Penal, implica o reconhecimento de uma sociedade aberta, onde os valores se pautam no mundo de vida de cada um, onde os partícipes da comunicação se movem no horizonte de possibilidades irrestritas de entendimento, que permite uma auto-realização social³⁹⁷.

³⁹⁶ Nesse sentido: AZEVEDO, André Mauro Lacerda. O bem jurídico e os crimes de perigo abstrato. In: AZEVEDO, André Mauro Lacerda; FACCINI NETO, Orlando. *O bem jurídico penal: duas visões sobre a legitimação do direito penal a partir da teoria do bem jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 40.

³⁹⁷ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001, p. 126-128.

A legitimação da intervenção penal baseada apenas e tão somente nos interesses de natureza individual pode consistir numa espécie de legitimação do Direito Penal da classe dominante, onde os interesses individuais de uma minoria se sobrepõem à universalidade de interesses que, ao contrário, poderiam ser materializados a partir de uma concepção de Direito Penal que envolvesse também a proteção dos bens jurídicos coletivos. Um Direito Penal nuclear assim cunhado se transforma em algo de caráter reacionário, conforme destacado por Hefendehl. O Direito Penal deve absorver aqueles interesses que representem a universalidade dos indivíduos, se tornando de um Direito Penal *socialmente integrado*, que não se restringe a proteger, unicamente, a classe dominante e os detentores de capital, mas sim a sociedade na totalidade de seus membros³⁹⁸.

Nesse contexto, o Direito Penal, para cumprir o seu papel de realizador dos interesses humanos essenciais, precisa estar aberto às novas necessidades sociais, não podendo relacionar-se somente a uma perspectiva minimalista de tutela de bens jurídicos individuais. Surge, dessa forma, a necessidade da legitimação de um Direito Penal que se volte à proteção de interesses individuais e supraindividuais, seja quanto à lesão concreta destes bens, seja relacionado à perspectiva antecipada ou de prevenção da sua lesão.

Quanto aos crimes de perigo abstrato, para se construir uma noção que os ajuste a esta perspectiva da sociedade contemporânea, há que se levar em conta a diversidade da existência humana, que não se realiza unicamente no plano individual e numa mera relação de proximidade, mas que também é traçada no plano coletivo.

Ressalte-se que não é adequado resolver um problema do mundo real por meio de uma nova definição ou teoria, como, por exemplo, supor que o problema dos crimes de perigo abstrato será resolvido por meio da postulação do bem jurídico *segurança*. É inaceitável que tipos penais sejam salvos por meio da invenção de um novo bem jurídico coletivo. Ou seja, inventa-se uma construção qualquer, que na melhor das hipóteses nada mais faz do que ocultar as próprias valorações, e passa-se a sensação de que tudo está resolvido³⁹⁹. Não há dúvida de que não é função da ciência do Direito Penal legitimar todas as decisões do legislador por meio da invenção de novos termos.

³⁹⁸ HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 18, n. 87, nov./dez. 2010, p. 104.

³⁹⁹ Nesse sentido: GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 46-47, apontando que Tiedemann, não raro, inventa um bem jurídico coletivo para legitimar um delito de perigo abstrato.

Nesse contexto, importante a crítica de Luis Gracia Martín sobre a orientação dos tipos de perigo abstrato à proteção da *segurança* dos bens jurídicos individuais. Na sua visão, a capacidade abstrata-geral de afetar a segurança e, com isso, remotos bens jurídicos fundamentais, pode ser aferida em qualquer conduta, por mais inócua que seja no caso concreto. Dessa forma, o tipo de perigo abstrato seria um tipo carente de limites, pois nele poderia ser incluída qualquer conduta, bastando que apresente elementos de contrariedade ao vago e aberto conceito de *segurança*. Em consequência, os tipos de perigo abstrato entrariam em conflito com o princípio da legalidade, pois neles seriam reduzidos consideravelmente os pressupostos de punibilidade. Sem uma referência lesiva determinada, em tais tipos se puniria apenas e tão somente o desvio das regras ou do *standard* de funcionamento dos subsistemas sociais, a simples infração do dever e, em síntese, a mera desobediência à norma⁴⁰⁰.

O correto parece ser uma via intermediária, que se esforce no sentido de uma compreensão cuidadosa e detalhada dos problemas. Toda tentativa de solucioná-los deve buscar o ponto de equilíbrio entre os dois extremos, para chegar a resultados de um lado relevantes para a prática, e de outro não exclusivamente legitimistas, sendo evidente a dificuldade de encontrar esse ponto exato⁴⁰¹.

É necessário ainda advertir que não basta a existência de um bem jurídico legítimo a se proteger, seja individual, seja coletivo. É igualmente importante a relação existente entre o bem jurídico e a conduta descrita no tipo penal. Em consequência, torna-se imperiosa a existência de uma relação relevante entre o bem jurídico digno de proteção e a conduta descrita no tipo penal para aferir-se a legitimidade ou não de uma determinada incriminação, principalmente quando se trata de crimes de perigo abstrato.

A legitimação dos crimes de perigo abstrato sob a ótica da sociedade de riscos é necessária, porém não suficiente. Precisa-se estudar ainda a conduta descrita no tipo penal e sua relação com os princípios basilares do Direito Penal de um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, somente a Dogmática Penal poderá realizar tal tarefa, o que será enfrentado no capítulo seguinte, com ênfase na teoria do bem jurídico.

⁴⁰⁰ *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 97-99. Alejandro Kiss também critica a construção do bem jurídico *segurança*, afirmando que esta não é uma causa, mas uma consequência da proteção de bens jurídicos principais. A seu ver, tal posicionamento também é partilhado por Roxin, Frisch e Hirsch (*El delito de peligro abstracto*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011, p. 166).

⁴⁰¹ Nesse sentido: GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 49-50.

Isso porque a Dogmática Penal é uma ciência que pretender estratificar, em conceitos sistemáticos e coerentes, os fundamentos da ordem jurídica dentro de uma determinada ordem social. A relação entre a Dogmática Penal, a ordem jurídica e a ordem social não significa mera referência acadêmica, mas o campo sobre o qual se deve debruçar a teoria do Direito Penal, com vistas a equacionar suas características dentro de uma determinada sociedade. Nesse contexto, não se pode conceber uma teoria do Direito Penal dissociada das particularidades concretas da ordem social e dos contextos nos quais se verificam os conflitos. O vínculo entre o Direito Penal e a ordem social serve tanto à finalidade de elevá-lo sobre uma base material, quanto à rediscussão permanente de seus elementos, que somente se legitimam se utilizados como delimitadores da intervenção estatal, antes de constituírem características de configuração dos respectivos delitos⁴⁰².

Vale reiterar que os crimes de perigo abstrato não necessitam de uma relação aproximada entre a ação perigosa e o bem jurídico protegido, sendo desnecessário que haja um perigo concreto ao interesse que se pretende proteger.

Assim, ainda que possa ser estabelecida certa consequência àquele comportamento perigoso, esta não precisaria ser verificada em concreto. Todavia, isto não representa um afastamento absoluto em relação à importância das consequências da ação perigosa, pois se faz necessário um mínimo de potencialidade à conduta em alcançar um determinado resultado⁴⁰³.

Para resolver tal problema, parece correto considerar que os crimes de perigo abstrato não constituem uma única categoria delitiva, tampouco a simplificação de sua posição de antagonismo em relação aos crimes de perigo concreto conseguiria alcançar o seu significado preciso. Esse é um dos grandes equívocos de parcela da doutrina que defende a ilegitimidade dos delitos de perigo abstrato, pondo, assim, num mesmo tópico, categorias delitivas distintas entre si⁴⁰⁴.

Dentro dessa problemática, é importante destacar a visão de Torío Lopez, que

⁴⁰² TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 273.

⁴⁰³ AZEVEDO, André Mauro Lacerda. O bem jurídico e os crimes de perigo abstrato. In: AZEVEDO, André Mauro Lacerda; FACCINI NETO, Orlando. *O bem jurídico penal: duas visões sobre a legitimação do direito penal a partir da teoria do bem jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 49.

⁴⁰⁴ AZEVEDO, André Mauro Lacerda. O bem jurídico e os crimes de perigo abstrato. In: AZEVEDO, André Mauro Lacerda; FACCINI NETO, Orlando. *O bem jurídico penal: duas visões sobre a legitimação do direito penal a partir da teoria do bem jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 49-50.

subdivide os delitos de perigo abstrato em três categorias: violação de regras ético-sociais (ou religiosas), mera desobediência (ou injusto administrativo) e crimes de perigo hipotético⁴⁰⁵.

A partir destas três espécies de incriminações, pode-se abranger, com certa precisão, todas as modalidades dos delitos de perigo abstrato. No entanto, apesar de serem espécies de um mesmo gênero (perigo abstrato), devem merecer um tratamento penal distinto, conforme detalhado a seguir.

Os delitos de perigo abstrato que instrumentalizam mera desobediência a regras administrativas, bem como aqueles que trazem nos tipos penais valores éticos ou religiosos como dignos de proteção não se legitimariam diante de um Direito Penal democrático, que tem por fim tutelar os interesses mais relevantes do convívio social e que, por essa razão, não deve ater-se à mera desobediência ou proteção de valores éticos. Nesse ponto, tais tipos parecem violar os postulados fundamentais do Direito Penal, como a ofensividade, a culpabilidade e a necessidade⁴⁰⁶.

Contudo, o mesmo não ocorre com a terceira categoria de perigo abstrato, denominada por Torío Lopez de delitos de *perigo hipotético*. Nestes, não apenas a subsunção formal entre a ação concreta e a norma penal é exigida para a configuração do delito, sendo necessária, além disso, a identificação de uma hipótese de perigo possível na conduta, quer dizer, a possibilidade ou potencialidade da ação concreta em causar algum resultado lesivo ao bem jurídico tutelado, sendo necessário, portanto, identificar a sua idoneidade em lesar bens jurídicos, superando, assim, a mera interpretação formal do tipo de perigo⁴⁰⁷.

Além disso, é preciso o cumprimento de uma última etapa, denominada de normativa ou axiológica, em que o intérprete procederá a um juízo de valor da ação ilícita, a fim de detectar se o comportamento perigoso mostrou-se contrário ou não aos fins da norma, ou seja, se era realmente aquele tipo de conduta que se pretendia reprimir através do modelo

⁴⁰⁵ TORÍO LÓPEZ, Ángel. Los delitos del peligro hipotético: contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 34, 2/3, mai./dez. 1981, p. 827-828.

⁴⁰⁶ AZEVEDO, André Mauro Lacerda. O bem jurídico e os crimes de perigo abstrato. In: AZEVEDO, André Mauro Lacerda; FACCINI NETO, Orlando. *O bem jurídico penal: duas visões sobre a legitimação do direito penal a partir da teoria do bem jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 50.

⁴⁰⁷ Nesse sentido: MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001, p. 38-39.

de perigosidade contido na incriminação⁴⁰⁸.

No Capítulo a seguir, será feita a análise da problemática dos crimes de perigo abstrato frente à teoria do bem jurídico e sua relação com os princípios da ofensividade e da precaução.

⁴⁰⁸ AZEVEDO, André Mauro Lacerda. O bem jurídico e os crimes de perigo abstrato. In: AZEVEDO, André Mauro Lacerda; FACCINI NETO, Orlando. *O bem jurídico penal: duas visões sobre a legitimação do direito penal a partir da teoria do bem jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 51.

4. CRITÉRIOS DOGMÁTICOS PARA A LEGITIMAÇÃO DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

O incremento da utilização dos tipos penais de perigo abstrato, verificado especialmente no âmbito do Direito Penal contemporâneo, pode ser entendido em razão da difundida ideia de que tal estrutura proporcionaria uma tutela mais adequada ao bem jurídico. Como não se exige um resultado de dano ou de perigo concreto ao bem jurídico, essa modalidade típica afastaria dificuldades tanto no campo dos requisitos do tipo penal quanto na esfera probatória, permitindo uma proteção de certo modo mais eficaz⁴⁰⁹.

Entretanto, a legitimação e a delimitação do âmbito dos delitos de perigo abstrato ainda são questões em aberto na ciência penal. Hodiernamente, muitos autores têm se debruçado sobre o tema buscando fundamentar e legitimar tais crimes, mas a circunscrição da esfera legítima para o emprego desses delitos permanece sendo um desafio para o Direito Penal contemporâneo.

O uso dos tipos penais de perigo abstrato nos casos de bens jurídicos coletivos desponta-se ainda mais complexa. Assim, é relevante verificar qual o estado da discussão quanto à legitimidade dogmática destes delitos, sendo forçoso confrontá-los com a teoria do bem jurídico e com os princípios de garantia do Direito Penal em um Estado Democrático de Direito.

4.1 A busca da legitimidade dos crimes de perigo abstrato a partir da teoria do bem jurídico

A distinção entre crimes de perigo abstrato e concreto decorre, como bem advertido por Blanca Mendoza Buergo, da diferente técnica de tipificação empregada na configuração do injusto penal. Nos crimes de perigo concreto, além da identificação do

⁴⁰⁹ Na seara dos bens jurídicos coletivos tais tipos são considerados, por muitos autores, como a forma ideal de proteção penal, especialmente na esfera ambiental. Nesse sentido: COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal ecológico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996, p. 75.

desvalor da ação, por meio de um juízo de valor *ex ante*, pode-se constatar, ainda, na sua própria construção típica, um desvalor do resultado que deverá ser verificado, em concreto, para a configuração do delito. Já nos crimes de perigo abstrato, em que pese a generalização da valoração da conduta segundo um juízo *ex ante*, não se exige a constatação, *ex post*, da concreta verificação do perigo para a configuração do crime⁴¹⁰.

Portanto, os crimes de perigo abstrato não necessitam de uma relação aproximada entre a ação perigosa e o bem jurídico protegido, sendo desnecessário que haja um perigo concreto ao interesse que se pretende proteger⁴¹¹. Assim, ainda que possa ser estabelecida certa consequência àquele comportamento perigoso, esta não precisaria ser verificada em concreto. Todavia, isto não representa um afastamento absoluto em relação à importância das consequências da ação perigosa, pois se faz necessário um mínimo de potencialidade à conduta em alcançar um determinado resultado⁴¹².

Confrontar os crimes de perigo abstrato com a teoria do bem jurídico significa enfrentar pontos polêmicos do Direito Penal contemporâneo, como os bens jurídicos transindividuais, os bens jurídicos espiritualizados, os falsos bem jurídicos coletivos e ainda o princípio da ofensividade. Tais temas serão analisados a seguir.

4.1.1 Bem jurídico: síntese da evolução dogmática

O bem jurídico pode ser encarado nas perspectivas dogmática ou político-criminal⁴¹³. Pela primeira, constitui-se no mero interesse ou objeto formal de proteção legal. Assim, toda norma penal tem um bem jurídico, a exemplo da vida no delito de homicídio e do patrimônio no crime de estelionato. Por esta ótica, o conceito de bem jurídico está entregue à

⁴¹⁰ MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001, p. 18.

⁴¹¹ MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001, p. 19.

⁴¹² MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001, p. 22.

⁴¹³ GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, jul./ago 2004, p. 92-93. Alessandro Baratta, em outra visão, considera que o bem jurídico pode ser analisado sob perspectivas intra ou extrassistemáticas (Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 5, jan./mar. 1994, p. 5-6)

livre disposição do legislador, que geralmente o utiliza na elaboração da Parte Especial do Código Penal, ao enunciar o objeto a ser protegido.

Quanto à finalidade de estabelecer os limites do direito de punir do Estado, é necessário encontrar um conceito político-criminal de bem jurídico, como único capaz de oferecer os parâmetros pelos quais o Estado possa decidir sobre a punibilidade de certas condutas. Nesse ponto, Pierpaolo Cruz Bottini adverte que na sociedade de riscos a necessária referência à proteção de bens jurídicos é um importante fator de limite à expansão do Direito Penal sobre novos âmbitos⁴¹⁴.

Há quem não conceba o conceito de bem jurídico como apto para limitar o poder de punir do Estado. A mais expressiva concepção nesse sentido é a de Günther Jakobs, para quem o Direito Penal não se legitima pelo critério teórico material de bem jurídico, e sim pela estabilidade das expectativas essenciais frente a possíveis defraudações. O bem jurídico penal, ou seja, o objeto de tutela do Direito Penal, é a própria lei penal. A função da pena, nesse diapasão, se limita à confirmação da validade da norma penal infringida⁴¹⁵.

Contudo, sem ignorar os opositores do conceito de bem jurídico, este se mostra, como visto anteriormente, fundamental para preencher de sentido e conteúdo os tipos penais incriminadores, pois cumpre funções política e também exegética auxiliar à interpretação das normas jurídico-penais⁴¹⁶.

Atualmente, prevalece o entendimento de que o bem jurídico deve ser definido com base na Constituição Federal. Mas para se chegar a tal conclusão, a dogmática penal cursou alongado caminho. A conceituação do bem jurídico, em geral, elucida de modo sintético as diretrizes do pensamento dogmático quanto ao conteúdo e à estrutura do injusto

⁴¹⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 180.

⁴¹⁵ *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 70-72. Também criticando a teoria do bem jurídico e afirmando a sua substituição pelo princípio da proporcionalidade no âmbito do Tribunal Constitucional Federal Alemão: BURCHARD, Christoph. O princípio da proporcionalidade no “direito penal constitucional” ou o fim da teoria do bem jurídico tutelado na Alemanha. In: AMBOS, Kai; BÖHM (Coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 29-51.

⁴¹⁶ Nesse sentido: BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos. *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense: estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jimenez de Asua*, Madrid, n. 11, jun. 1986, p. 147-164.

penal. Nesse sentido, é possível identificar quatro vertentes conceituais: uma positivista, uma neokantista, uma ontológica e uma funcionalista⁴¹⁷.

Dessa forma, faz-se necessário estudar a evolução dogmática de tal instituto, pois o que se observa é que o desenvolvimento do bem jurídico acompanha o processo de evolução de outros institutos do Direito Penal, em especial os delitos de perigo abstrato. Vale ressaltar que o presente trabalho não tem o escopo de tratar o tema de maneira exaustiva, mas apenas tecer algumas considerações para melhor elucidar o estudo dos crimes de perigo abstrato.

O conceito de bem jurídico está associado ao período da Ilustração⁴¹⁸. A partir desse movimento, passou-se a exigir uma legitimação racional do poder, em detrimento de conceitos metafísicos oriundos de entidades divinas como legitimadoras do poder.

A anarquia conceitual do que vinha a ser considerado como delito dá lugar a um sistema penal que busca delimitar o *jus puniendi* estatal. O binômio crime-pecado é substituído pelas ideias de humanização e construção de um sistema de garantias centradas no instituto dos bens jurídicos individuais⁴¹⁹.

Segundo Luiz Regis Prado, a filosofia penal iluminista era completamente desvinculada das preocupações éticas e religiosas, na medida em que o delito encontrava fundamento no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva⁴²⁰.

A tese que traduziu o antecedente do nascedouro do conceito de bem jurídico foi desenvolvida por Anselm Von Feuerbach, em 1801, representando uma condição para o nascimento daquele conceito. Ressalte-se que tal tese apenas possibilitou a construção da teoria do bem jurídico, não que ela mesma tenha construído aquela noção⁴²¹.

Segundo Feuerbach, a função do Direito Penal se traduz na tutela de direitos externos, mais precisamente os direitos subjetivos. Estes são o conjunto dos direitos privados

⁴¹⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 181.

⁴¹⁸ CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Tecnos, 2001, p. 77 e ss.

⁴¹⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual: interesses difusos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 37.

⁴²⁰ *Bem jurídico penal e Constituição*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 28.

⁴²¹ Nesse sentido: BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 115. Brandão destaca que Feuerbach buscou, em última análise, o objeto de proteção do Direito Penal, e a crítica formulada ao objeto de proteção apontado por ele construiu a noção de bem jurídico.

ou individuais, atribuídos às pessoas que são as titulares desses direitos. Assim, a noção de direitos externos radica no centro da tutela penal⁴²².

Dessa forma, o delito seria a violação de um direito subjetivo variável, pertencente à pessoa (física ou jurídica) ou ao Estado. Para essa concepção, o fundamental não é a prática de uma conduta lesiva dirigida contra uma coisa do mundo real. O objeto de proteção, integrado por uma faculdade jurídica privada ou uma atribuição externa e individual constitutivas de direito subjetivo, representa o núcleo essencial do fato punível, sobre o qual se deve configurar o conceito jurídico de delito⁴²³.

A crítica feita ao pensamento de Feuerbach está centrada na existência de ações que não violavam direitos subjetivos, mas ainda assim eram punidas. Os crimes contra a honestidade e as infrações policiais foram objeto de questionamentos. Mesmo não lesionando direitos subjetivos, relutava o autor em defender a punição nesses casos, já que essas condutas colocavam em perigo a ordem e a seguridade social. Dessa forma, lesões a direitos subjetivos e a manutenção da ordem e seguridade poderiam ser vistas como condutas socialmente danosas⁴²⁴.

Com a conceituação de direito subjetivo posta em xeque, a polêmica sobre o conteúdo da tutela penal é protagonizada por J. M. F. Birnbaum, em 1834, em famoso estudo sobre a tutela da honra, com o qual se modificou o Direito Penal completamente. Daí origina-se o moderno conceito de bem jurídico, substituindo definitivamente o conceito de direito subjetivo⁴²⁵. Se a pretensão é considerar o delito uma lesão, este não deve estar referido a direitos, e sim a bens que pertencem aos cidadãos e que o Estado é chamado a proteger⁴²⁶.

⁴²² BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 115.

⁴²³ PRADO, Luiz Régis. *Bem jurídico penal e Constituição*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 29. No mesmo sentido: TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 183-184.

⁴²⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual: interesses difusos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 38.

⁴²⁵ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual: interesses difusos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 40. No mesmo sentido: BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 355.

⁴²⁶ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução do direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 43. No mesmo sentido: SCHIAVO, Nicolás. *El aporte marginal de la teoría del bien jurídico*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2008, p. 33-34.

Por conseguinte, a paternidade do bem jurídico é atribuída a Birnbaum, em que pese este conceito ter sofrido profundas mutações ao longo da história da dogmática penal. A ideia de *bem* surgiu como a antítese de direito subjetivo de cunho individual e particular, apontando para uma perspectiva objetiva: o *bem* se localiza no mundo exterior e, por ser um ente, tem caráter concreto e objetivo, sendo suscetível de violação. O Direito é materializado em *bens*, os quais são o *objeto do Direito*. Estes sim podem ser lesionados, porque podem ser diminuídos ou subtraídos da esfera de seus titulares. Isso contraria Feuerbach, que defendia a lesão do próprio direito (subjetivo)⁴²⁷.

Segundo Luiz Regis Prado, a teoria de Birnbaum se afasta da tese de lesão do direito em três pontos: na configuração do conceito de bem comum, na ampliação das finalidades do Estado e na renúncia de extrair a doutrina do objeto do delito dos postulados das condições de vida em sociedade, como haviam feito o iluminismo e o liberalismo originário⁴²⁸.

Com o positivismo, surgem no âmbito penal direções metodológicas diversas, destacando-se os trabalhos desenvolvidos por Karl Binding e Franz von Liszt.

Binding sustenta um conceito formal, em que o delito consistiria na lesão de um direito subjetivo do Estado. Ele identifica o bem jurídico com o sentido e o fim das normas penais, sendo, assim, uma vinculação prática da norma. O bem jurídico vem a ser a garantia das expectativas normativas principais contra a sua fraude⁴²⁹.

Portanto, Binding vincula o conceito de bem jurídico ao Estado, mas o faz a partir da norma, o que confere ao legislador a atribuição de escolher quais são os objetos de tutela da lei penal, monopolizando a criação do Direito Penal. Assim, se a norma se extrai do tipo

⁴²⁷ BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 120-121. Brandão destaca que a contribuição de Birnbaum não foi exatamente uma definição perfeita de bem jurídico com todo complexo de consequências que hoje se tem, mas possibilitou a mudança do eixo da tutela penal, que passou a ser investigada no plano objetivo, de lesão concreta em face de um objeto individualizável.

⁴²⁸ *Bem jurídico penal e Constituição*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 32.

⁴²⁹ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e Constituição*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 32-33.

penal e o tipo penal é criado pelo legislador, em última instância o bem jurídico é uma criação do legislador⁴³⁰.

Numa outra vertente de pensamento, como reação à concepção formal dada à norma jurídica, Franz von Liszt afirma que o bem jurídico se constitui como uma realidade válida em si mesma, ou seja, seu conteúdo axiológico não está condicionado a um juízo do legislador. Na sua visão, a norma não cria o bem jurídico; ela o encontra. Isso se dá porque a finalidade do Direito é proteger os interesses do homem, e tais interesses preexistem à intervenção normativa⁴³¹. Neste contexto, é permitido se extrair um dos pontos mais cruciais sobre a teoria do bem jurídico: não há que se agregar ao legislador a tarefa de sua criação. Os bens jurídicos já existem realisticamente, e, dada a sua função legislativamente restritiva, cabe ao legislador, simplesmente, selecioná-los e dotar-lhes de proteção jurídico-penal⁴³².

Com o século XX e a influência neokantiana, surgem concepções espiritualistas que desenvolvem uma concepção teleológico-metodológica de bem jurídico⁴³³. Coube a Richard Honig, em 1919, a idealização do conceito de bem jurídico como a *ratio* da norma, considerando, pois, que ela não possui existência prévia à das próprias prescrições penais, não se confundindo com os substratos da realidade em que os valores poderão assentar⁴³⁴. Para Honig, o bem jurídico era um critério de interpretação⁴³⁵.

Nessa diretriz, o bem jurídico é entendido como um valor⁴³⁶ cultural, pois a sua característica básica é referência do delito do mundo ao *valorativo*, em vez de situá-lo

⁴³⁰ BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 128-130. No mesmo sentido: SCHIAVO, Nicolás. *El aporte marginal de la teoría del bien jurídico*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2008, p. 35-36.

⁴³¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual: interesses difusos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 44. No mesmo sentido: TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 188. Destacando a visão de von Liszt, no sentido de que os interesses ultrapassam o ordenamento jurídico e se situam na própria vida: BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 356.

⁴³² Cf. LISZT, Franz von. *La idea de fin en el Derecho Penal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994, p. 55-60. No mesmo sentido: BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 132-134, que destaca a importância do conceito de bem jurídico de Von Liszt para o desenvolvimento da antijuridicidade *material*.

⁴³³ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e Constituição*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 36.

⁴³⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual: interesses difusos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 47. No mesmo sentido: TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 189.

⁴³⁵ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 356.

⁴³⁶ A afirmação de que a contribuição do neokantismo foi associar o conceito de bem jurídico ao conceito de valor é criticada por Cláudio Brandão. Na sua visão, quando Binding afirmava que o bem jurídico é construído pelo legislador, já fazia ele uma associação entre o bem jurídico e um valor social (construído pelo legislador).

diretamente no terreno do *social*. A vinculação do bem jurídico à *ratio legis* da norma jurídica acaba por transformá-lo em um simples critério interpretativo, pois a essência da noção de bem jurídico tutelado deriva dos limites da descrição legal respectiva e não reside na natureza dos bens e valores que a determinam⁴³⁷.

O Direito Penal é visto pelo neokantismo como uma ciência cultural, daí o conceito de cultura ser fundamental para o desenvolvimento da teoria do delito, trazendo um plexo de consequências para a interpretação da norma penal. O bem jurídico passa a ter uma função teleológica no neokantismo, representando a baliza de interpretação do tipo penal⁴³⁸.

No mesmo sentido, Santiago Mir Puig afirma que os neokantianos buscaram uma substância material do bem jurídico em uma realidade prévia ao Direito, mas ao invés de transportá-lo para o terreno dos interesses sociais, ele foi levado ao mundo espiritual subjetivo dos valores culturais⁴³⁹.

Nessa síntese histórico-evolutiva, houve um período de negação à teoria do delito como protetora de bens jurídicos, já que, por volta de 1930, na Alemanha, surge a Escola de Kiel. Esta vertente dogmática passou a considerar delito, no contexto do Direito Penal nazista, como sendo uma simples violação aos deveres criados pelas normas penais. O conteúdo material do injusto passou a ser a *lesão do dever*⁴⁴⁰. Num contexto em que o agente era punido não pelo que fazia, mas pelo que representava ou era, o crime não era apenas um fundamento, mas uma ocasião de pena em que o poder do Estado se dignifica, mediante a força da aplicação da pena⁴⁴¹.

Cessada a Grande Guerra e retomando-se os trabalhos de reconstrução da dogmática penal na segunda metade do século XX, Hans Welzel, numa vertente ontológica, traz novos horizontes ao desenvolvimento do conceito de delito. Para ele, partindo-se de uma teoria finalista, em que se sopesa o valor-ação (toda ação é voltada a realização de

Nesse sentido: *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 137.

⁴³⁷ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e Constituição*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 37.

⁴³⁸ BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 138-141.

⁴³⁹ *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 96.

⁴⁴⁰ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 357.

⁴⁴¹ PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e Constituição*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 39.

determinados fins), o crime é concebido como uma violação dos valores ético-sociais (valores da consciência) elementares da comunidade. Nesse ínterim, bens jurídicos, para Welzel, são bens vitais da comunidade ou dos indivíduos, que, por sua significação social, devem ser protegidos juridicamente⁴⁴². Contudo, Welzel converteu o bem jurídico em tema secundário, reservando o fundamental no assegurar dos deveres ético-sociais⁴⁴³. Ou seja, considera ele que a missão do Direito Penal é proteger os valores elementares da atitude interna de caráter ético-social e que também é função do Direito Penal a proteção dos bens jurídicos, porém somente na medida em que esta proteção está incluída na primeira⁴⁴⁴.

Contemporaneamente, algumas concepções têm ganhado força na dogmática jurídico-penal⁴⁴⁵, todas com uma preocupação central: construir um conceito de bem jurídico que possa determinar os limites do *jus puniendi* estatal.

Santiago Mir Puig, por exemplo, sustenta que os bens jurídicos são os interesses sociais que, dada a sua importância, merecem a proteção do Direito. Entretanto, a expressão *bens jurídicos* pode ser representada por um sentido político-criminal, na qual seriam tais bens aqueles que reclamam a proteção jurídico-penal, e também numa acepção dogmática, correspondendo aos objetos que, faticamente, o Direito Penal protege. Para o autor, num Estado Democrático de Direito só devem ser amparados como bens jurídicos as condições da vida em sociedade que afetem diretamente às possibilidades dos indivíduos de participarem deste contexto social (daí excluem-se os interesses não fundamentais, os valores meramente morais e os mandados formais)⁴⁴⁶.

Outra importante lição é trazida a partir de Francisco Muñoz Conde, para quem os bens jurídicos são os pressupostos de que a pessoa necessita para a sua autorrealização na vida social. Dentre esses pressupostos, se encontram em primeiro lugar a vida e a saúde. A eles se relacionam outros pressupostos materiais, que servem para conservar a vida e aliviar o

⁴⁴² WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Parte General. Trad. Bustos Ramírez e Yánes Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970, p. 15. No mesmo sentido: TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 191-192.

⁴⁴³ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 358. No mesmo sentido: SCHIAVO, Nicolás. *El aporte marginal de la teoría del bien jurídico*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2008, p. 37-38.

⁴⁴⁴ BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução do direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 29-30.

⁴⁴⁵ Várias dessas concepções contemporâneas foram abordadas no Capítulo anterior deste trabalho.

⁴⁴⁶ *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 95-97.

sofrimento, e ainda outros ideais que permitem a afirmação da personalidade e o livre desenvolvimento⁴⁴⁷.

Eugenio Raúl Zaffaroni, por sua vez, considera que os bens jurídicos tuteláveis pelo Direito Penal correspondem, na verdade, a uma relação de disponibilidade das pessoas com objetos que merecem proteção estatal por meio das normas penais, as quais tipificam as condutas que possam afetar-lhes⁴⁴⁸.

Ainda de grande destaque é a teoria funcionalista, partindo da ideia de que a construção do sistema jurídico penal não deve vincular-se a dados ontológicos, mas orientar-se de acordo com os fins do Direito Penal. Pontos de vista valorativos são retomados do neokantismo, que são agora extraídos dos princípios constitucionais de Política Criminal, como forma de garantir e promover o respeito à dignidade humana e aos direitos fundamentais.

Os diversos modelos funcionalistas são reduzidos por Juarez Tavares em três grupos: o estrutural, o funcional próprio e o funcional impróprio. Ao primeiro grupo se associam as posições que entendem ser a norma penal um instrumento de controle social, pelo qual se assegura e, ao mesmo tempo, se legitima o autocontrole do poder político. Esta legitimidade, contudo, está condicionada à manutenção de um estado de estabilidade, que pode corresponder aos fundamentos da *convivência*, ou à simples organização do sistema. Ao modelo funcional próprio correspondem as propostas de Jakobs, que partem do pressuposto de que à norma penal só interessa assegurar a expectativa de uma conduta correta. Jakobs dá uma outra conceituação aos bens jurídicos, identificando-os com a validade fática das normas, das quais se possa esperar a proteção dos bens, das funções e da paz jurídica. Por sua vez, o modelo funcional impróprio se associa à teoria de Roxin, que revitaliza o conceito de bem jurídico a partir de uma base de política criminal ancorada nos preceitos da Constituição, como restrição ao poder de punir⁴⁴⁹.

⁴⁴⁷ *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975, p. 48. No mesmo sentido: MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires; Montevideo: Editorial B de F, 2001, p. 90-91.

⁴⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 1982, v.1, p. 237 e ss.

⁴⁴⁹ Cf. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 195-197. Em concepção semelhante à de Roxin, Hans-Joachim Rudolph entende que os valores fundamentais têm referência constitucional e impõem ao legislador ordinário a vinculação à proteção de bens jurídicos prévios ao ordenamento penal, cujo conteúdo é determinado de conformidade com os citados valores. Nesse sentido: PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e Constituição*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 64.

Claus Roxin, com seu funcionalismo teleológico-racional, considera que o delito é uma ofensa desvaliosa a bens jurídicos relevantes protegidos pelas leis penais, conceituando os bens jurídicos como sendo os pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, caracterizados por uma série de situações valiosas, tais como: a vida, a integridade física, a liberdade, etc. Assim, a função do Direito Penal é de se voltar exclusivamente para a proteção de bens jurídicos, sendo estes os valores compatíveis com as demandas axiológicas constitucionais. Essa proteção, contudo, não pode ser ilimitada, tendo em vista que o Direito Penal seria uma instância máxima ou de *ultima ratio* no controle social⁴⁵⁰.

Notadamente, um dos grandes nomes acerca da “ressurreição” da teoria do bem jurídico na atualidade é Roland Hefendehl, para quem os bens jurídicos representam a pedra angular da norma penal. Inclusive, segundo seus postulados, é possível, a partir de diferentes tipos estruturais de bens jurídicos, estabelecer possibilidades de configuração e proteção de bens jurídicos não só individuais – como apregoa a teoria pessoal de Hassemer – como também coletivos, frutos de uma mudança nas expectativas sociais⁴⁵¹.

Outra opinião de destaque é a de Wolfgang Wohlers. Sua preocupação em relação à teoria do bem jurídico não é tanto quanto às modernas matérias de regulação que este conceito tem abrangido. Na verdade, o que o autor questiona são as atuais formas de regulação, principalmente no que tange aos delitos de perigo abstrato, fórmula típica constante do Direito Penal contemporâneo. Sua proposta é trazer uma legitimação à atuação do Direito Penal independente e desvinculada do dogma da teoria do bem jurídico. Na sua visão, para todo teste de legitimidade há que se considerar como ponto de partida a determinação do bem jurídico protegido por determinada norma. Assim, a teoria do bem jurídico apenas teria o condão de promover uma espécie de *filtro* nas questões de ilegitimidade abstrata da proteção de bens. Em havendo um bem jurídico legítimo, a legitimidade da norma somente dependerá da relação entre a estrutura de delito e o bem juridicamente protegido⁴⁵².

⁴⁵⁰ *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 16 e ss.

⁴⁵¹ Vide: O bem jurídico como pedra angular da norma penal. Trad. Luís Greco. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 57-75. Maiores detalhes sobre o pensamento do autor no Capítulo 3.

⁴⁵² Las jornadas desde la perspectiva de um escéptico del bien jurídico. In: HEFENDEHL, Roland (org.). *La Teoría del Bien Jurídico -¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 403-408.

Analizadas as noções preliminares indispensáveis para a compreensão da evolução dogmática do bem jurídico, torna-se crucial, agora, estabelecer algumas considerações sobre os atuais debates acerca da possibilidade ou não da tutela penal de bens jurídicos coletivos ou supraindividuais e sua relação com os crimes de perigo abstrato.

4.1.2 Os bens jurídicos transindividuais enquanto objeto de tutela penal: pontos polêmicos

Tradicionalmente, o Direito Penal, desde a Ilustração, manteve-se na salvaguarda dos chamados bens individuais, ou seja, aqueles que dizem respeito à personalidade, patrimônio, dentre outros, de pessoas visivelmente identificadas com as ofensas ou situações de periclitção dos bens jurídicos. Ou seja, preocupava-se, claramente, com a vida, a liberdade, o patrimônio, a honra das pessoas físicas especificadas.

Conforme já assinalado anteriormente, as várias mudanças sociais, econômicas e culturais, influenciadas pela inserção de novas tecnologias, trouxeram consigo também novos riscos até então desconhecidos pela Ciência Moderna.

Diante deste contexto, por todos os lados surgem novas tendências criminalizantes (crimes contra o meio ambiente, contra a ordem econômica, tributária e as relações de consumo, contra a saúde pública, etc.), com a justificativa de que se está a proteger os novos direitos ou interesses advindos das relações sociais globalizadas e de risco.

Como se tratam de bens muitas vezes relativos a inúmeros destinatários, nem sempre identificados em um dado momento ou local, sustenta-se, de um lado, a necessária *modernização* do Direito Penal para conseguir lidar com a tutela destes novos bens jurídicos (coletivos ou supraindividuais).

Jesús-María Silva Sánchez intitula este fenômeno de *expansão do Direito Penal*, indicando como distintas as causas para a existência de novos bens jurídicos penais. De um lado, o autor sugere que isso ocorre pela inovação de realidades até antes não existentes e, de

outro, por haver uma deterioração das realidades que eram, tradicionalmente, abundantes, e que, atualmente, tornam os bens mais escassos (como é o caso do meio ambiente)⁴⁵³.

Diferentemente da proposta de Hassemer⁴⁵⁴, a viabilidade da tutela penal não é descartada por Silva Sánchez diante desta nova criminalidade. Nesse sentido, propõe a construção de um Direito Penal de *segunda velocidade* para abranger bens jurídicos difusos ou coletivos (diferentemente do de *primeira velocidade*, que é voltado aos tradicionais bens jurídicos individuais)⁴⁵⁵. O autor considera que sua proposta goza de algumas vantagens em relação à de Hassemer. Assim, frente ao Direito Civil compensatório, o Direito Penal de *segunda velocidade* aportaria a dimensão sancionadora que falta a este, e frente ao Direito Administrativo sancionador, uma maior neutralidade política, com o qual tornaria mais difícil para o infrator o recurso às técnicas de neutralização⁴⁵⁶.

Para verificar se tal alteração da dogmática penal tradicional, sempre baseada em bens jurídicos individuais, é legitimamente possível, algumas noções prévias deverão ser contornadas. Primeiramente, é preciso investigar o que vem a ser um bem jurídico coletivo. Inúmeras serão as respostas e diversas as argumentações possíveis, tanto no sentido de uma teoria dualista, que admite a diferença ou autonomia dos bens jurídicos individuais e coletivos, quanto de uma teoria monista, que aceita somente a presença dos bens jurídicos individuais, sendo os bens coletivos meramente acidentais, pois partem de um interesse ou bem individual.

Dessa forma, no que diz respeito à natureza subjetiva do bem jurídico, ou seja, a sua titularidade, colocam-se, de um lado, as teorias monistas, e de outro, as dualistas.

Os partidários das teorias monistas não admitem a possibilidade de existência conjunta e autônoma de bens jurídicos coletivos e individuais. Tais teorias podem ser subdivididas em dois grupos, a depender da explicação da origem e unidade do conceito de bem jurídico: a teoria monista-estatal, cuja origem dos bens individuais está na coletividade, e

⁴⁵³ *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 33-39.

⁴⁵⁴ Conforme visto no capítulo anterior, Hassemer sustenta o Direito de Intervenção (e não o Direito Penal) como hábil para tutelar situações sem bem jurídico aparente ou de bens que não possam ser remetidos a interesses pessoais.

⁴⁵⁵ *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 188-192.

⁴⁵⁶ *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 184-185.

a teoria monista-pessoal, na qual a origem dos bens individuais se encontra nos interesses da personalidade⁴⁵⁷.

A teoria monista-estatal traz como pressupostos da existência dos bens jurídicos individuais a própria existência da coletividade e do Estado. Postula-se que só há direitos individuais se houver uma necessidade coletiva e estatal de se proteger o indivíduo frente aos demais⁴⁵⁸. Binding foi um dos primeiros autores a sustentar tal concepção, defendendo que os bens jurídicos só deveriam se sustentar a partir de uma ideia de comunidade⁴⁵⁹.

Em razão de seu caráter autoritário, esta concepção monista-estatal foi praticamente abandonada, pois foi associada a contextos penais ditatoriais, dentre os quais os autores ligados à Escola de Kiel⁴⁶⁰. Mas posteriormente esta teoria encontrou adeptos no funcionalismo penal, precipuamente entre aqueles que não concebem a noção de Direito Penal como protetor de bens jurídicos. Podem ser citadas as concepções de Amelung⁴⁶¹, que intenta substituir o conceito de bens jurídicos por proteção da *funcionalidade dos sistemas sociais*, e Jakobs, que, como já mencionado, afirma ser o fim do Direito Penal a garantia da identidade normativa.

Por sua vez, a teoria monista-pessoal considera que o fundamento e origem principal da existência dos bens jurídicos é a pessoa humana, ou seja, as necessidades vinculativamente pessoais⁴⁶². Esta concepção, certamente, consubstancia-se na própria ideia de dignidade da pessoa humana como referência do Estado de Direito. Seus principais adeptos são os professores da Universidade de Frankfurt, vistos no capítulo anterior.

Nessa teoria, os bens jurídicos coletivos são decorrentes da característica de sociabilidade do ser humano, tendo fundamento, pois, nas necessidades pessoais. Nesse sentido, Juan Bustos Ramírez afirma que os bens jurídicos coletivos só podem ser tidos como

⁴⁵⁷ Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

⁴⁵⁸ Cf. SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 85.

⁴⁵⁹ GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, jul./ago 2004, p. 103.

⁴⁶⁰ O conceito de bem jurídico para a Escola de Kiel era, nas palavras de Santana Vega, um *elemento perturbador*, dada a sua caracterização liberal e restritiva da intervenção estatal. Vide: *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 85.

⁴⁶¹ AMELUNG, Knut. *Rechtsgüterschutz*, 1972, p. 354 e ss. apud SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 87.

⁴⁶² COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

essenciais enquanto ligados às necessidades basilares dos indivíduos. Como adverte o autor, de nada adiantaria proteger a saúde individual se ao mesmo tempo se admitem condutas que contaminam de forma irresponsável o ar, água ou solo. Na sua visão, a diferença entre os bens jurídicos puramente individuais e os coletivos é que os primeiros dizem respeito a necessidades na relação *um-outro* (vida, integridade física, etc), ao passo que os segundos são *macrossociais*, pois dizem respeito às necessidades de todos e de cada um dos membros da coletividade ou de um grupo social (consumidores, trabalhadores, etc), devendo ser tutelados pelo Estado para se evitar discrepâncias sociais e econômicas⁴⁶³.

Na doutrina brasileira, Paulo César Busato opta pela teoria monista, criticando qualquer classe de dualismo no âmbito do Direito Penal, pois tal representaria uma fragmentação indesejável e abriria espaço a perigosas discriminações. Todavia, o autor adverte que as tendências monistas e dualistas foram progressivamente se radicalizando a aprofundando a tal ponto que hoje nenhuma delas corresponde à opção adotada por ele⁴⁶⁴. Nesse sentido, defende uma concepção *monista humanista*, que pode ser considerada uma derivação do monismo, na medida em que considera existir um único filtro para os bens jurídicos, mas não no mesmo sentido da teoria monista-pessoal, pois não coloca em primeiro plano unicamente o indivíduo singularmente considerado, mas também avaliado no plano coletivo, sem prevalência de um sobre o outro⁴⁶⁵.

O autor ainda adverte que algumas fórmulas típicas como o delito de perigo abstrato consistem em claros adiantamentos de barreiras de imputação que devem obedecer, necessariamente e tanto quanto possível, a uma descrição típica fechada, limitada a casos categoricamente essenciais, sob pena de quando ajustadas a bens jurídicos coletivos e institucionalizados, se chegue a verdadeiras aflições do princípio da intervenção mínima⁴⁶⁶.

Juarez Tavares, por sua vez, recusa a classificação de bens jurídicos coletivos ou estatais e individuais, afirmando, rigorosamente, a necessária característica pessoal que deve existir nos bens coletivos, pois, quando se fala em proteger um interesse meramente estatal, a capacidade crítica da teoria do bem jurídico deve primar pelo reconhecimento (ou não) de relacioná-lo a uma condição de existência ou melhora da vida da pessoa humana, sob pena de

⁴⁶³ Necesidad de la pena, función simbólica y bien jurídico medio ambiente. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Org.). *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995, p. 102-103.

⁴⁶⁴ *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 374.

⁴⁶⁵ *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 386.

⁴⁶⁶ BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 386.

enfraquecer o âmbito de legitimação das incriminações derivadas ou baseadas meramente em funções ou interesses puramente institucionais⁴⁶⁷.

Renato de Mello Jorge Silveira, de certo modo, compartilha com as preocupações funcionais de Hassemer, não se deixando seduzir pela tentadora proposta clamorosa da expansão do Direito Penal para interesses não-pessoais. Entretanto, o próprio autor ressalva que isso não quer dizer que os bens jurídicos supraindividuais não devam ser considerados, mesmo que, de certa forma, tenha que se utilizar dos crimes de perigo abstrato para sua proteção penal⁴⁶⁸.

Noutro norte, a teoria dualista difere bens jurídicos individuais de coletivos ou universais. Nesse caso, os bens são autônomos entre si, não apresentando substrato comum. Os primeiros, conforme já dito, são aqueles que servem de interesse a uma pessoa ou a um grupo de pessoas. Por sua vez os bens coletivos, dizem respeito a uma generalidade de pessoas⁴⁶⁹.

Esta teoria tem em Klaus Tiedemann um de seus maiores defensores⁴⁷⁰, e também outros autores analisados no capítulo antecedente, como Kuhlen, Hefendehl e Stratenwerth.

Conforme visto anteriormente, na visão de Tiedemann o Direito Penal deve intervir na indiscutível lesividade social das novas formas de criminalidade, denominadas por ele de não-convencionais. No seu entender, o Estado Social Democrático de Direito moderno deve ampliar suas searas de proteção para abranger bens como o meio ambiente e a ordem econômica, por exemplo, não numa condição de que são bens jurídicos individuais, mas porque revelam, em si mesmos, uma característica autônoma de valoração. Segundo ele, os bens jurídicos coletivos são valores comunitários autônomos, que devem ter reconhecida a proteção penal⁴⁷¹. O ainda autor ressalta que os novos tipos penais que relacionem a estes

⁴⁶⁷ *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 202 e ss.

⁴⁶⁸ *Direito penal supraindividual: interesses difusos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 69.

⁴⁶⁹ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 19.

⁴⁷⁰ GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, jul./ago 2004, p. 103.

⁴⁷¹ El concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal Económico y de Delito Económico. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 10, n. 1, 1983, p. 61 e ss.

bens sejam *praticáveis*, inclusive sob o preço de que o direito material abra mão da exigência da causalidade para facilitar a prova processual⁴⁷².

Outro autor que sustenta o dualismo dos bens jurídicos é Jorge de Figueiredo Dias, para quem os chamados bens jurídicos supraindividuais não dependem dos individuais para serem considerados legítimos, sendo desnecessária a recondução daqueles a estes, dado o seu caráter indiscutivelmente autônomo⁴⁷³.

Vale ainda ressaltar a visão de Dino Carlos Caro Coria, para o qual a exigência de que em todo bem jurídico universal seja identificado um individual implica em grave *déficit* de eficácia de proteção e transforma o Direito Penal em impotente e demagógico instrumento de controle, de modo que a pena deixa de cumprir funções preventivas e assume caráter meramente retributivo⁴⁷⁴.

Dentro destas teorias cabe citar também a construção de Schünemann acerca dos *bens jurídicos intermediários espiritualizados*, ou seja, aqueles bens coletivos sem referência a bens individuais, sendo que esta construção alude à estrutura ou instituições básicas de funcionamento do Estado (v.g. Administração Pública, ordem econômica e meio ambiente, numa visão não-antropocêntrica), os quais o legislador tenha preferência por utilizar tipos penais de perigo abstrato⁴⁷⁵. Esta técnica é escolhida e difere da usual dos bens jurídicos individuais (crimes de lesão), porque o autor afirma que nos bens intermediários não é possível, por meio de ações isoladas, se acabar ou danificar de uma vez o bem jurídico, por isso a técnica dos crimes de perigo⁴⁷⁶.

⁴⁷² *Wirtschaftskriminalität als Problem der Gesetzgebung*. Karlsruhe, 1972, p. 17 apud GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 6.

⁴⁷³ Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um quarto de século depois. In: DIAS, Jorge de Figueiredo et al (Orgs.). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, v. 1, p. 384.

⁴⁷⁴ Sociedades de riesgo, bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo. In: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Lima, 1999, n. 9, p. 188. O autor pugna pela autonomia e independência do conceito de bem jurídico coletivo, embora entenda desnecessário e ilegítimo recorrer aos crimes de perigo abstrato como forma de tutela penal no respectivo âmbito (vide p. 194).

⁴⁷⁵ Sobre este assunto, ver tópico referente ao autor no Capítulo 3.

⁴⁷⁶ Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. *Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeits und Gefährdungsdelikte*, JA, 1975, p. 793 e ss. apud SOTO NAVARRO, Suzana. *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*. Granada: Comares, 2003, p. 181.

Segundo Schünemann, os bens intermediários são bens coletivos imateriais, mas dependem de que se recorra a outro bem jurídico menos abstrato, bastando a mera conduta para a subsunção ao tipo penal. Só escapam à imputação os ataques mínimos, insignificantes.

Ricardo Mata y Martin também trata dos chamados bens jurídicos intermediários, que segundo ele são bens de caráter *suprapessoal*, cuja titularidade não pertence a uma pessoa determinada, ou seja, que por sua natureza não pode ser atribuído a uma pessoa titular exclusivamente, sendo considerado um terceiro gênero de bens jurídicos, entre os individuais e os coletivos⁴⁷⁷.

Dulce María Santana Vega também identifica outros tipos de bens jurídicos: os individuais, os gerais, os coletivos e os intermediários ou bens jurídicos institucionais. Na visão da autora, os bens jurídicos intermediários se encontram em posição central, entre os bens coletivos e os individuais, e são distintos destes em três principais aspectos, relativos: a) aos interesses protegidos – relacionam-se a um grupo setorizado de indivíduos; b) aos sujeitos passivos – as vítimas ficam diluídas no contexto social (ocorre uma *desindividualização*); e, c) à ação delitiva – a penalização é antecipada para evitar determinadas condutas que expõem tais bens em risco (valendo-se, então, das formas típicas de perigo concreto e abstrato)⁴⁷⁸.

O dualismo tem sido alvo de críticas no sentido de não conseguir estabelecer um metaconceito de bem jurídico. Como esta teoria defende a ausência de um substrato comum entre os bens jurídicos individuais e coletivos, ela impossibilitaria qualquer relacionamento entre eles, o que tornaria impraticável desenvolver uma teoria única e coerente sobre a função do bem jurídico⁴⁷⁹.

No entanto, pela teoria dualista considera-se que a dogmática penal deva acompanhar o desenvolvimento da teoria do bem jurídico e da perspectiva social do crime, com exclusão do individualismo, para reconhecer a importância do sistema social na caracterização do objeto de tutela⁴⁸⁰. Assim, não se trata de ignorar o interesse humano

⁴⁷⁷ *Bienes Jurídicos Intermedios y delitos de peligro*. Aproximación a los presupuestos de la técnica de peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios (tutela penal del medio ambiente, delitos económicos, seguridad del tráfico). Granada: Comares, 1997, p. 24.

⁴⁷⁸ *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 100-103.

⁴⁷⁹ Cf. SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 84 e ss.

⁴⁸⁰ Nesse sentido: CARO CORIA, Dino Carlos. Sociedades de riesgo, bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo. *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Lima, 1999, n. 9, p. 185-186.

individual na concepção do bem jurídico, mas reconhecer a evolução e a importância da manutenção do sistema social para a definição do bem jurídico⁴⁸¹.

Além disso, os bens jurídicos coletivos não são novidade no Direito Penal e exclusividade da sociedade de riscos, a exemplo dos crimes de moeda falsa, existente desde tempos remotos. Embora a sociedade de riscos certamente tenha acarretado significativo aumento no catálogo de bens dignos de tutela penal, não provocou sua desnaturação. Todavia, apesar de não serem novidade na legislação penal, tais bens não têm merecido a devida atenção da dogmática. Este abandono tem incrementado as constantes críticas feitas aos bens jurídicos coletivos, que têm sido questionados por sua vagueza e indeterminação e pela conseqüente utilização dos tipos de perigo abstrato como instrumento de tutela.

Contudo, a indeterminação de certos bens jurídicos individuais como a honra, a privacidade e a intimidade, bem como a dificuldade para a determinação do injusto em certos delitos como a injúria, demonstra que os supostos defeitos que apresentam os bens jurídicos supraindividuais também podem ser estendidos aos individuais.

Nesse sentido, José Manuel Paredes Castañón propõe que o problema da vagueza e indeterminação dos bens jurídicos supraindividuais deve ser resolvido mediante sua definição por *pautas de conduta*: quanto mais abrangente e impalpável determinada objetividade jurídica, mais precisa e detalhada deve ser a descrição da conduta típica. Tais pautas de conduta são regularidades empíricas facilmente percebidas e que não deixam margem de dúvidas acerca do caráter nocivo ou perturbador do comportamento. Assim, expressões como “estabilidade” ou “bom funcionamento do sistema” são impróprias para descreverem condutas nocivas a bens coletivos. No caso da proteção penal das relações de consumo, em vez de descrever uma conduta vaga, como “comportar-se incorretamente ou de modo inadequado diante dos consumidores”, deve-se utilizar a pauta “dar informação inadequada ao consumidor, colocando em risco sua vida ou integridade física”⁴⁸².

Dessa forma, a solução para supostos problemas dogmáticos e político-criminais dos bens jurídicos coletivos e dos crimes de perigo abstrato não é a criação de modelos de exceção (como Direito de Intervenção ou o Direito Penal de *segunda velocidade*), que entre

⁴⁸¹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 62.

⁴⁸² Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales. *Revista de Derecho Penal y Criminología*. Madrid, n. 11, jan. 2003, p. 129 e ss.

outros efeitos nocivos podem vulnerar o princípio da igualdade, nem a adoção da estrita teoria pessoal do bem jurídico, a qual torna impossível de se levar a cabo em razão da magnitude da maioria dos bens jurídicos universais, mas sim a concretização de seu conteúdo e a exclusão daqueles bens jurídicos que não mereçam proteção penal⁴⁸³.

Reitere-se que o Direito Penal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes⁴⁸⁴. Para que essa proteção seja efetiva, a conformação do Direito Penal se relaciona a um conjunto de ideias norteadoras de uma época, de forma a delimitar quais bens jurídicos serão dignos de tutela. Em termos de sociedade de riscos, o panorama político-criminal aponta para um avanço do Direito Penal na direção da tutela dos bens jurídicos supraindividuais.

Para Mirentxu Corcoy Bidasolo, as especulações de que o Direito Penal não seria eficaz diante da proteção de bens supraindividuais, de certo modo, carece de fundamento, pois a autora acredita que se houver vontade política para tanto, seria possível dotar o sistema policial e judicial dos meios necessários para se fazer frente a estas novas formas de criminalidade. Aliás, a autora faz uma ressalva importante: a teoria pessoal do bem jurídico afirma que os bens puramente supraindividuais deveriam ser protegidos pelo Direito de Intervenção, porém, as dificuldades de persecução penal seriam as mesmas, assim como a indeterminação quanto ao objeto de proteção, já que seria um direito instrumental novo que, inclusive, teria menos garantias que o Direito Penal. Com isso, ela afirma que o Direito Penal deve ser hábil sim a tutelar tais interesses, desde que eles se lastrem nos interesses fundamentais da vida social da pessoa⁴⁸⁵.

O movimento caracterizado pelo advento de bens supraindividuais no âmbito de funcionamento do Direito Penal é conhecido como *desmaterialização do bem jurídico*⁴⁸⁶. Ainda que a totalidade dessas mudanças não esteja isenta de críticas e de resistências, é necessário buscar-se um modelo teórico que possa dar conta de explicar a hodierna realidade

⁴⁸³ GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, jul./ago 2004, p. 113-114.

⁴⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2. ed. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 33.

⁴⁸⁵ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro e protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de los tipos penales clásicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 184-190.

⁴⁸⁶ MÜSSIG, Bernd. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. Trad. Manuel Cancio Meliá e Enrique Peñaranda Ramos. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 9, jan. 2002, p. 181 e ss.

jurídica e de operar nesse contexto. A teoria do bem jurídico, se partir de um rol de bens que façam referência meramente ao indivíduo, não parece lidar facilmente com essa tarefa.

Esse quadro é agravado quando se percebe que o advento de uma sociedade de riscos não apenas implicou na proteção de um espectro cada vez mais amplo de interesses, mas também levou a uma proteção penal qualitativamente diferente: não mais de bens materialmente definidos, mas sim de funções, instituições e modelos de organização⁴⁸⁷, que, apesar de se caracterizarem por sua mutabilidade e plasticidade, são por muitos tidos como essenciais à estruturação de uma sociedade na qual o convívio mais ou menos seguro com grandes riscos tornou-se uma necessidade premente⁴⁸⁸.

Sobre toda essa problemática, Luis Greco, se apoiando em autores como Wohlers, Hirsch e Hefendehl, que dividem os crimes de perigo abstrato em espécies, procurou sintetizar, em quatro etapas, a relação entre a legitimidade destas e os bens jurídicos, sejam estes individuais ou coletivos,⁴⁸⁹.

Primeiramente, é preciso perguntar se o conceito crime de perigo abstrato é um referencial suficiente para a discussão, ou se é necessário ser mais preciso. Tem-se de refletir, assim, se por trás da denominação única “crime de perigo abstrato” não se esconde uma gama de fenômenos bastante heterogêneos, fazendo necessário distinguir grupos de crimes de perigo abstrato (como aqueles tratados no Capítulo 2), para que se possa dar início a uma análise separada da legitimidade de cada qual destes grupos⁴⁹⁰.

Em segundo lugar, caso se considere necessário detalhar o conceito de perigo abstrato, ter-se-á, em seguida, de discutir quais seriam as novas estruturas. A doutrina fala atualmente numa variedade de espécies de crime de perigo abstrato (tratadas no Capítulo 2). Quais destas serão necessárias, quais dispensáveis? É este o segundo problema que se coloca⁴⁹¹.

⁴⁸⁷ MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 72-73.

⁴⁸⁸ FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal*: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001, p. 84.

⁴⁸⁹ Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, jul./ago 2004, p. 131.

⁴⁹⁰ GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, jul./ago 2004, p. 132.

⁴⁹¹ GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, jul./ago 2004, p. 132.

A terceira etapa diz respeito à possibilidade de aplicar as categorias *lesão*, *perigo concreto* e *perigo abstrato* a bens jurídicos coletivos, para caracterizar com precisão de que estrutura de delito se trata. Luis Greco menciona que de um lado há autores que declaram ser os crimes de perigo abstrato a técnica de proteção adequada aos bens jurídicos coletivos, como Hassemer. No outro extremo estão os penalistas que afirmam tratarem-se todos os delitos para a proteção de bens jurídicos supraindividuais de crimes de lesão. Um terceiro grupo, tendo Tiedemann com expoente, assevera que a distinção entre lesão e perigo perde seu sentido no caso de bens jurídicos coletivos, de modo que os delitos para a sua tutela são crimes de mera conduta. E um último grupo de autores, entre os quais se encontra Hefendehl, considera que a cada espécie de bem jurídico coletivo corresponde uma certa estrutura do delito⁴⁹².

Em quarto lugar, e aqui, na visão de Luis Greco, se situa a questão decisiva, cumpre enunciar se e sob quais condições as diferentes espécies de crime de perigo abstrato se mostram legítimas. Greco entende que os delitos de cumulação são ilegítimos, porque criminalizam bagatelas. Por outro lado, afirma ser promissora a proposta de transformar alguns crimes de perigo abstrato em crimes de potencial lesivo, restringindo o tipo à proibição daquelas condutas *ex ante* perigosas. Todavia, ele adverte que estes juízos não passam de meras suspeitas, que apenas indicam a necessidade de estudar mais a fundo o tema antes de pregar soluções⁴⁹³.

Percebe-se, assim, que a discussão em torno dos crimes de perigo abstrato enquanto técnica de tutela depende da discussão em torno do bem jurídico enquanto objeto de tutela. Na maioria das vezes, a invenção de um suposto bem jurídico coletivo nada mais é do que um recurso para transformar um crime de perigo (em relação a um bem jurídico individual) em um crime de lesão (em relação a um bem jurídico coletivo). Cite-se como exemplo os crimes de trânsito: se o bem jurídico for a segurança do tráfego viário, quem dirige embriagado *lesa* esse bem jurídico coletivo. Contudo, se o bem jurídico for a integridade física e vida daqueles que participam do trânsito, quem dirige embriagado *coloca em perigo abstratamente* os bens jurídicos individuais envolvidos. Dessa forma, a associação

⁴⁹² Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, jul./ago 2004, p. 132.

⁴⁹³ Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, jul./ago 2004, p. 133.

entre crimes de perigo abstrato e bens jurídicos coletivos deve ser feita de forma bastante cautelosa, não havendo posicionamentos pacíficos acerca do assunto.

4.1.3 Princípio da ofensividade e os crimes de perigo abstrato

O princípio da ofensividade nasceu com o movimento de secularização do Direito e tem estreita relação com a teoria do bem jurídico. Por força desse princípio, não poderia existir qualquer crime sem ofensa ao bem jurídico (*nullum crimen sine iniuria*). Ou seja, houve uma mudança de paradigma: crime e moral (ou pecado), para crime e ofensa de bem jurídico⁴⁹⁴.

Vários autores conferem ao princípio da ofensividade o *status* de eixo de todo o sistema penal, reconhecido não apenas como expressão político-ideológica do Estado, mas também como critério material de validade, normativamente recepcionado tanto em âmbito penal, como constitucional⁴⁹⁵. Nesse sentido, serve não só de guia à atividade legiferante, orientando o legislador no exato momento da formulação do tipo legal, com o escopo de vinculá-lo à construção de tipos legais dotados de um real conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes, senão também como critério de interpretação, dirigido ao juiz e ao intérprete, para obrigá-los a verificar em cada caso concreto a existência da necessária ofensividade ao bem jurídico protegido.

Aliás, em nenhum outro país o debate em torno do princípio da ofensividade é tão profícuo e profundo como na Itália⁴⁹⁶, presente, inclusive, e de forma expressa, nos movimentos de reforma legislativa⁴⁹⁷. Com apoio nos arts. 1º e 49.2 do Código Penal italiano

⁴⁹⁴ GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito penal*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009, p. 77.

⁴⁹⁵ Nesse sentido: MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2001. Ainda: MANES, Vittorio. *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*. Torino: Giappichelli, 2005. MANTOVANI, Ferrando. Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, v. 40, n. 2, abr./jun. 1997, p. 313-337.

⁴⁹⁶ VASSALI, Giuliano. Considerazioni sul principio di offensività. In: *Scritti in memoria di Ugo Pioletti*. Milano: Giuffrè, 1982, p. 615, onde podem ser colhidos os vários aspectos e a evolução doutrinária e jurisprudencial do princípio e seu profundo significado garantidor.

⁴⁹⁷ D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 37.

(que correspondem aos arts. 1º e 17 do nosso Código Penal) e nos arts. 13, 25 e 27 da Constituição italiana, o forte setor doutrinário construiu a chamada *concepção realista do delito*, segundo a qual a infração penal consiste no fato humano ofensivo a um interesse penalmente protegido⁴⁹⁸.

Para Luigi Ferrajoli, no que tange às controvérsias do reconhecimento do princípio da ofensividade no plano constitucional, seria ilógico entender que se admita privações de um bem constitucionalmente primário, como é a liberdade pessoal, se não se fizer presente o intuito de evitar ataques a bens de categoria igualmente constitucional⁴⁹⁹.

Na doutrina brasileira, Nilo Batista, mostrando a força interpretativa do princípio da ofensividade, enumera quatro funções principais: a primeira consiste em proibir a incriminação de uma atitude interna. Por essa razão, não será possível responsabilizar criminalmente alguém sem que tenha esboçado qualquer conduta que vise a atingir bem alheio, ainda que tenha havido cogitação. A segunda função está em proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, segundo a qual não se devem criminalizar meros atos preparatórios, autolesão, etc. A terceira visa a proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais, tratando-se, pois, de suprimir o direito penal do autor para dar lugar ao direito penal do fato. A quarta função tenciona proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico⁵⁰⁰.

Esta última, por ter fortíssima relação com o tipo de ilícito tratado neste estudo, é a que particularmente interessa. Pois bem, ao Direito Penal não importa quão desviada da moral ou dos padrões sociais seja determinada conduta. Esta só deverá ser erigida a fato penalmente relevante se vier a pôr em crise algum bem ou valor eleito como digno de tutela penal⁵⁰¹.

Viu-se que o legislador tem utilizado crescentemente a tutela de bens jurídicos mediante incriminação com o modelo de tipos de perigo abstrato. Defende boa parte da dogmática penal a utilização destes, pois, além de se criar anteparo criminal prévio à

⁴⁹⁸ MANTOVANI, Ferrando. Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. Milano, v. 40, n. 2, abr./jun. 1997, p. 314-315.

⁴⁹⁹ *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 380.

⁵⁰⁰ *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 91-97.

⁵⁰¹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 94.

ocorrência de dano, acaba por se facilitarem imputações. Para quem aceita a necessidade desse novo Direito Penal, questão primordial se coloca: quais os limites a serem impostos em tal política criminal protetiva e como confrontá-los com o princípio da ofensividade?

O princípio da ofensividade, em uma primeira análise, estaria em confronto com os crimes de perigo abstrato que, por definição, não exigem um dano efetivo, nem um perigo real para qualquer bem jurídico. Efetivamente, para parte da doutrina penal⁵⁰² tais delitos não são compatíveis com um Estado Democrático de Direito por faltar-lhes lesividade. Alegam que a ausência de um resultado externo e destacado do comportamento é imprescindível para a caracterização do injusto penal e, por isso, não será possível a antecipação da tutela penal a âmbitos prévios à ameaça concreta e efetiva de interesses tutelados.

O princípio da ofensividade tem por base a necessária vinculação de uma incriminação com a lesão para o bem jurídico. É verdade que, em casos de perigo abstrato, isso nem sempre é tão claro, o que leva, sempre, à indagação quanto à sua idéia vinculante. Uma gama considerável de autores pretende superar essa indagação, propondo outras formas de classificação e delimitação do perigo. Muitas vezes, tem-se considerado que, em face da determinação constitucional de proteção de certos bens, bem como das características destes, poder-se-ia ter como correta a utilização de uma incriminação de perigo⁵⁰³.

Tratando do Direito Penal Ambiental, mas com observação válida para todo o Direito Penal contemporâneo, Luiz Regis Prado informa que tem-se como preferível a conformação dos preceitos penais ambientais, mormente os tipos básicos, como infrações de perigo abstrato, que ao contrário das de perigo concreto ou de lesão, têm irrefragável influência na aplicação da matéria. Com efeito, elide-se, destarte, o problema da causalidade dos comportamentos que surge por ocasião da prova, evitando em muitos casos infundadas absolvições, lastreadas no *in dubio pro reo*, com reflexos na eficácia da lei penal⁵⁰⁴.

Doutrinadores espanhóis buscam a superação da aparente incompatibilidade entre os tipos de perigo abstrato e o princípio da ofensividade, reconhecendo nestes delitos um dano

⁵⁰² No Brasil, um dos maiores críticos da utilização da tipificação abstrata é Luiz Flávio Gomes. Segundo o autor, é necessário evitar terminantemente qualquer interpretação dos delitos como modelos de mera desobediência ou de perigo abstrato: *Princípio da Ofensividade no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 103.

⁵⁰³ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 161.

⁵⁰⁴ *Direito penal ambiental: problemas fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 75 e ss.

efetivo a bens jurídicos difusos, que transformaria sua natureza jurídica e os definiria como crimes de lesão⁵⁰⁵.

Pierpaolo Cruz Bottini aduz que esta proposta carrega consigo problemas de difícil solução porque, por ela, qualquer tipo penal estaria adequado sob o aspecto da lesividade, pois qualquer conduta proibida, sob uma certa perspectiva, lesiona um bem jurídico difuso. Com isso, esta linha de pensamento acabaria por esvaziar o princípio da ofensividade, pois a própria moral ou o sentimento religioso poderiam ser compreendidos como interesses difusos passíveis de proteção penal, o que legitimaria a criminalização de condutas que atentem contra seus preceitos. Segundo o autor, o princípio em tela somente cumpre com sua função de limitação do poder punitivo se estiver atrelado ao conceito de bem jurídico, ou seja, a um interesse, individual ou coletivo, que se refira, em última análise, à dignidade humana⁵⁰⁶.

Alguns penalistas, como Fábio Roberto D'ávila, não se surpreendem com a usual derroga de princípios fundamentais ou mesmo regras de direito penal, em prol do bom atendimento de objetivos prevencionistas. Admitir que determinado princípio é o núcleo fundamental do ilícito criminal não significará dizer, por essa exata razão, que deverá ser mantido, quando em conflito com interesses de prevenção geral. Segundo o autor, os crimes de perigo abstrato são, para muitos, incompatíveis com os princípios elementares de Direito Penal em um Estado de Direito, incompatibilidade, entretanto, que desaparece, quando se tem, do outro lado, interesses de prevenção geral por atender⁵⁰⁷.

Inclusive, é válido ressaltar que a doutrina italiana, na voz de Ferrando Mantovani, mesmo considerando o princípio da ofensividade como baricentro de uma ordem penal garantista e democrática, além de princípio recepcionado constitucionalmente, também admite o seu afastamento, para fins de política criminal⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵ Nesse sentido: CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 213 e ss. Também: PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 11, jan. 2003, p. 120 e ss.

⁵⁰⁶ *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 207.

⁵⁰⁷ *Ofensividade em direito penal*: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 31.

⁵⁰⁸ Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 40, n. 2, abr./jun. 1997, p. 323.

A análise da técnica de tipificação abstrata leva em consideração que esse instrumento deve ser visto como elemento dogmático-jurídico inserido dentro de um sistema de Direito Penal, ordenado a partir de uma estrutura total de conhecimentos estabelecida de acordo com princípios, que permite uma conexão com uma série de dogmas necessários para uma visão crítica da ciência penal, na busca de soluções para os conflitos sociais⁵⁰⁹.

Assim, a eleição do princípio da ofensividade e sua relação com os crimes de perigo abstrato como objeto de estudo exige uma análise sistemática do ordenamento jurídico-penal, o que permitirá entender que um instituto jurídico não é apenas um fenômeno isolado, mas parte de um todo.

A tipificação do perigo abstrato pode se justificar a partir de uma estratégia político-criminal elaborada pelo Estado justamente para uma maior proteção de certos bens, na medida em que se busca obstaculizar, já em seu nascedouro, um processo que resultará em danos futuros. Trata-se, na verdade, de uma decisão política de *como* proteger um bem jurídico⁵¹⁰, sendo um dos requisitos indeclináveis para a legitimidade da proibição penal de condutas prévias a sua referibilidade a um interesse social relevante e sua importância para seu resguardo. Assim, desde que observado este requisito, não se poderá atribuir ao legislador qualquer afronta ao princípio da lesividade neste campo de atuação.

Nesse sentido, os crimes de perigo abstrato, por vezes, apresentam-se como o único recurso possível para empreender-se uma séria e real tutela de certos bens jurídicos, como a ordem econômica e o meio ambiente. O princípio da ofensividade é, portanto, observado sempre que o tipo penal tiver por finalidade proteger bens jurídicos, sendo que alguns destes, por suas características, tais como o meio ambiente, a ordem econômica, a fé pública e a saúde pública, entre outros, só podem ser, em certos casos, eficazmente tutelados de forma antecipada mediante tipos de perigo abstrato, seja em razão dos resultados catastróficos que um dano efetivo traria, seja pela irreversibilidade do bem ao estado anterior ou pelo fato de não se poder mensurar o perigo imposto em certas circunstâncias.

Em suma, é possível concluir que os crimes de perigo abstrato não afrontam o princípio da ofensividade sempre que estiverem a tutelar determinados bens que requeiram

⁵⁰⁹ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 141-142.

⁵¹⁰ GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, jul./ago 2004, p. 117-119.

uma tal forma de tutela antecipada, ou seja, quando a infração penal não configure uma mera violação de dever de obediência. Para tanto, é necessária uma rigorosa técnica de tipificação, bem como uma precisa e taxativa descrição do modelo incriminador⁵¹¹.

4.2 O princípio da precaução como critério justificador dos crimes de perigo abstrato

A sociedade contemporânea, com sua dinâmica e necessidades multiplicadas, com avanços tecnológicos e influenciada pela mídia de massa e pelo consumismo, cria um característico modo de vida, voltado cada vez mais à busca por segurança e prevenção de riscos.

O desenvolvimento teórico da denominada sociedade de riscos faz emergir uma pergunta fundamental: quais seriam os mecanismos e instrumentos capazes de solucionar ou minimizar os riscos produzidos pelo processo da modernização?⁵¹²

O Direito Penal pós-revolução-industrial pode se ajustar ao modelo de Direito Penal democrático, uma vez que também pode ter, como função primordial, a proteção de bens jurídicos. A intervenção penal voltada ao risco não se fundaria na atividade em si mesmo, mas sim na sua associação a algum fator que transcenda ao seu desempenho normal, ampliando, desse modo, a sua potencialidade lesiva e tornando, assim, necessária a intervenção penal⁵¹³.

No panorama de imprecisão e incertezas da sociedade de riscos nasce o princípio da precaução. O aquecimento global, o desmatamento das florestas e as emissões desordenadas acabaram por intensificar a noção de risco e a necessidade de sua prevenção, o que ganhou ainda mais força através dos meios de comunicação⁵¹⁴. Precaução, contudo, que

⁵¹¹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 101.

⁵¹² HERZOG, Felix. Límites al control penal de los riesgos sociales: una perspectiva crítica ante el derecho penal em peligro. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 46, n. 1, jan./abr. 1993, p. 318.

⁵¹³ AZEVEDO, André Mauro Lacerda. O bem jurídico e os crimes de perigo abstrato. In: AZEVEDO, André Mauro Lacerda; FACCINI NETO, Orlando. *O bem jurídico penal: duas visões sobre a legitimação do direito penal a partir da teoria do bem jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 70.

⁵¹⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, 256-258.

não se confunde com prevenção, já que nesta exige-se uma comprovação científica do risco ou a certeza dedutível das leis causais gerais, enquanto que na precaução se está diante da incerteza dos riscos, em que não haja uma comprovação científica e cuja previsão decorre de probabilidades⁵¹⁵.

O grande problema na construção de um Direito Penal de prevenção dos riscos decorre da dificuldade em se afirmar, com certo grau de segurança, se está diante de uma necessidade relevante ao equilíbrio do convívio social, gravemente abalado com a tensão decorrente do risco ou se, na verdade, trata-se das necessidades de determinados setores sociais ou econômicos, motivados por um anseio crescente de maior proteção, que se utiliza de sua força persuasiva para direcionar a política criminal num determinado sentido⁵¹⁶.

É por meio do princípio da precaução que a intervenção penal fixará os parâmetros sistemáticos para a análise e gestão desses riscos⁵¹⁷. O primeiro destes parâmetros decorre da incerteza científica quanto aos riscos de uma certa atividade, objeto ou fenômeno. Esta incerteza, entretanto, não implica numa absoluta falta de previsão quanto aos riscos possíveis. Em verdade, há um mínimo de conhecimento acerca da potencialidade lesiva da atividade ou fenômeno⁵¹⁸.

O segundo parâmetro, por sua vez, consiste na possibilidade de eventuais danos graves ou irreparáveis, os quais, pela sua dimensão e importância, fazem surgir a necessidade da atuação estatal no sentido de minimizá-los ou, pelo menos, trazer a potencialidade lesiva a um patamar de razoável controle. Diante dessa perspectiva, é necessário que se avalie os possíveis efeitos perigosos por meio da identificação da necessidade e da intensidade da intervenção penal⁵¹⁹.

Neste ponto, é possível perceber um contato entre os princípios da precaução e da

⁵¹⁵ ROMEO CASABONA, Carlos María. *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*. Granada: Comares, 2005, p. 92. No mesmo sentido: GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2005, p. 50.

⁵¹⁶ AZEVEDO, André Mauro Lacerda. O bem jurídico e os crimes de perigo abstrato. In: AZEVEDO, André Mauro Lacerda; FACCINI NETO, Orlando. *O bem jurídico penal: duas visões sobre a legitimação do direito penal a partir da teoria do bem jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 71.

⁵¹⁷ ROMEO CASABONA, Carlos María. *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*. Granada: Comares, 2005, p. 90-91.

⁵¹⁸ ROMEO CASABONA, Carlos María. *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*. Granada: Comares, 2005, p. 94.

⁵¹⁹ ROMEO CASABONA, Carlos María. *Conducta peligrosa e imprudencia en la sociedad de riesgo*. Granada: Comares, 2005, p. 95.

proporcionalidade, eis que, para o estabelecimento dos parâmetros concretos da aplicação da precaução, torna-se imperioso verificar, acima de tudo, a necessidade e a intensidade da intervenção penal, tendo sempre como parâmetro a gravidade e irreparabilidade dos eventuais danos⁵²⁰.

Além disso, emerge outra problemática, cuja importância é fundamental ao aperfeiçoamento das bases da precaução na construção dogmática dos delitos de perigo abstrato, que é o da sua natureza jurídica, sobre a qual ainda recaem algumas dúvidas, como, por exemplo, se funcionaria a precaução como um simples princípio de orientação dos poderes públicos, sem força vinculante ou aplicabilidade imediata; ou se, contrariamente, consistiria numa norma jurídica vinculante, que deve ser empregada, sempre que necessário, pelos poderes públicos e pelo intérprete da lei penal⁵²¹.

Na perspectiva do Estado Democrático de Direito, onde a proteção penal de bens jurídicos deve se realizar dentro dos limites de um Direito Penal garantista, o princípio da precaução pode possuir a força normativa necessária, não apenas para obrigar o poder público a atuar contra os riscos, mas, sobretudo, para limitar a intervenção penal ao mínimo necessário. Todavia, aqui é imperioso ter cautela, enxergando-se no princípio da precaução também uma dimensão negativa relacionada à abstenção da atividade perigosa, cuja exigência da inocuidade da atividade acaba se tornando uma necessidade quanto à permissão de sua prática. Tal abstenção, por intervir diretamente na autonomia individual, deve considerar o necessário balanço entre os custos e benefícios, tendo como referencial para a obtenção desse equilíbrio o princípio da proporcionalidade.⁵²²

Conclui-se que existem necessidades dogmáticas que devem estar presentes na construção dos crimes de perigo abstrato, sendo o princípio da precaução apenas mais uma dessas necessidades que, somada às demais, forma um conjunto de postulados legitimadores de tais delitos.

⁵²⁰ Nesse sentido: AZEVEDO, André Mauro Lacerda. O bem jurídico e os crimes de perigo abstrato. In: AZEVEDO, André Mauro Lacerda; FACCINI NETO, Orlando. *O bem jurídico penal: duas visões sobre a legitimação do direito penal a partir da teoria do bem jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 72.

⁵²¹ Romeo Casabona defende a precaução como fonte de orientação e regra jurídica: *Conducta peligrosa e imprudência en la sociedad de riesgo*. Granada: Comares, 2005, p. 97.

⁵²² Nesse sentido: AZEVEDO, André Mauro Lacerda. O bem jurídico e os crimes de perigo abstrato. In: AZEVEDO, André Mauro Lacerda; FACCINI NETO, Orlando. *O bem jurídico penal: duas visões sobre a legitimação do direito penal a partir da teoria do bem jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 72-73.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto neste trabalho, conclui-se que a sociedade de riscos transformou o sistema jurídico-penal. Funcionando como verdadeira fonte material do Direito Penal, essa nova realidade tem como marca a construção de uma sociedade tecnológica, massificada e marcada por riscos globais, onde a imponderabilidade dos novos riscos modifica as instituições e relativiza os conceitos.

Nesse contexto, o Direito Penal é convocado para combater os novos riscos. Tal fenômeno causa uma série de inconvenientes, já que o modelo de Direito Penal liberal tem que alterar sua estrutura de incriminação para atender às novas demandas sociais. Ou seja, em vista das novas necessidades e exigências de proteção, ocorre uma mudança no dimensionamento de seus institutos, para que ele funcione como mecanismo de defesa diante das novas situações de risco.

A mutação dos padrões sociais resultou na alteração da posição que o Direito Penal ocupa dentro do sistema jurídico, saindo de um posto periférico para o centro do debate. De fato, as novas condições sociais são determinantes à tendência expansionista do Direito Penal na sociedade contemporânea.

Entretanto, essa nova função do Direito Penal colide com seus postulados básicos. A tão aclamada “administrativização” do Direito Penal, a evolução do conceito de bem jurídico em direção a uma supraindividualização e a nova dimensão dada aos crimes de perigo abstrato são demonstrações claras de que esse ramo do ordenamento jurídico busca se adaptar às novas realidades.

Dentro dessa conjuntura, a utilização dos crimes de perigo abstrato pode se mostrar adequada quando inserida em um Direito Penal funcionalmente aberto e direcionado para o atendimento das finalidades da política criminal traçada no modelo de Estado Democrático de Direito e de sociedade em vigor. A tarefa maior da doutrina será a de construir um Direito Penal que corresponda aos anseios da sociedade contemporânea, ao fazer-se instrumento de realização dos interesses vitais à coexistência harmônica dos seus membros, mas que, ao mesmo tempo, não se transforme num Direito de gestão ilimitada desses mesmos interesses.

Aqueles que atacam a legitimidade do Direito Penal contemporâneo não economizam em utilizar, dentre os seus argumentos, que a expansão do Direito Penal estaria ligada à sua "administrativização", onde a construção de tipos penais de pura ordenação administrativa seriam exemplos claros dessa expansão. De fato, há esse lado ilegítimo da expansão, onde o excesso de proteção realizado por meio do Direito Penal, através do qual, o legislador, muitas vezes impulsionado por pressões populares e da própria mídia, acaba atendendo a um reclame que não pertenceria aos interesses sociais mais relevantes.

Nesse sentido, é inegável que o Direito Penal esteja em expansão e viva um processo de "administrativização". Contudo, esta expansão não parece ser toda ilegítima, existindo um outro aspecto deste fenômeno: a atualização e harmonização do Direito Penal contemporâneo em relação às necessidades legítimas da sociedade hodierna.

Parece que o correto é concentrar os esforços não na quantidade, mas sim na qualidade da expansão do Direito Penal. A necessidade da proteção do meio ambiente, a imprescindibilidade de se minimizar os riscos do tráfego viário e a intangibilidade da tutela da ordem econômica constituem interesses que, de modo geral, formam a própria base de sustentação do atual modelo de sociedade, conferindo-lhe um patamar mínimo de garantias à existência digna.

É exatamente neste cenário que os crimes de perigo abstrato podem ser inseridos e legitimados, servindo de instrumento necessário à proteção dos interesses da sociedade contemporânea. Contudo, este modelo de incriminação não pode ser utilizado de forma massificada, devendo-se preencher todas as suas exigências dogmáticas para que uma intervenção penal possa ser considerada legítima. É possível adequar a tipificação abstrata à teoria do bem jurídico e a princípios basilares como o da ofensividade.

Torna-se necessário, dessa forma, corrigir os excessos e sanar os problemas, e não simplesmente aniquilar o modelo de tipificação de perigo abstrato. A expansão desarrazoada e ilegítima do Direito Penal deve ser evitada, porém não pode servir de justificativa para se eliminar do ordenamento jurídico-penal os delitos de perigo abstrato, em razão daquilo que representam enquanto modelo de incriminação necessário à proteção das necessidades sociais mais relevantes e à proteção de bens jurídicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia: uma fundamentação para o Direito Penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos, Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

AMARAL, Cláudio do Prado. *Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. *Teoria Geral do Direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura (Coord.). *Desenvolvimentos atuais das ciências criminais na Alemanha*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Introdução à ciência do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

AZEVEDO, André Mauro Lacerda; FACCINI NETO, Orlando. *O bem jurídico penal: duas visões sobre a legitimação do direito penal a partir da teoria do bem jurídico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 94, 1999.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal: parte geral*. Trad. André Estefam. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BAIGÚN, David. *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*. Buenos Aires: B de F, 2007.

BALLESTEROS, Alberto Montoro. *Las fuentes del derecho*. Murcia: Secretariado de Publicaciones Universidad de Murcia, 1993.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal: lineamentos de uma teoria do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 5, jan./mar. 1994, p. 5-24.

BARBERO SANTOS, Mariano. Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid, v. 26, n. 3, set./dez. 1973, p. 487-500.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos. *Poder Judicial*. Madrid, n. 48, 1997.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. *Medo líquido*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida líquida*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: rumo a outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BELING, Ernst von. *A ação punível e a pena*. Trad. Maria Carbajal. São Paulo: Rideel, 2007.

BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale – Parte generale*. 12. ed. Padova: Cedam, 1986.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito*: parte geral. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: Lições de filosofia do direito. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função*: novos estudos de teoria do direito. Trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal*: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012.

BROCCA, Alberto. Osservazioni sul rilievo del pericolo nella struttura del reato. *La scuola positiva*, Milano, v. 13, n. 4, 1971, p. 543-550.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal – Parte geral*. Tomo 2. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução do direito penal*: fundamentos para um sistema penal democrático. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BUSATO, Paulo César. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan José; HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*, vol. II. Madrid: Editorial Trotta, 1999.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Los bienes jurídicos colectivos. *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense*: estudios de derecho penal en homenaje al profesor Luis Jimenez de Asua, Madrid, n. 11, jun. 1986, p.147-164.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Org.). *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.

CABRAL, Juliana. *Os tipos de perigo e a pós-modernidade*: uma contextualização histórica da proliferação dos tipos de perigo no Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CARO CORIA, Dino Carlos. Sociedades de riesgo, bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo. *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Lima, 1999, n. 9, p. 177-219.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de Teoria Geral do Direito: constructivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2010.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CASTRO, Julio César. La sociedad de riesgo. Una fundamentación complementaria para los delitos de peligro?. *Ciencias Penales Contemporáneas: Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología*, Mendoza, v. 3, 5/6, 2003, p. 321-356.

CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. Madrid: Tecnos, 2001.

CEREZO MIR, José. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 10, jul. 2002, p. 47-72.

COELHO, Luiz Fernando. Fonte formal. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 38. São Paulo: Saraiva, 1977.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *El delito imprudente: criterios de imputación del resultado*. 2. ed. Montevideo: B de F, 2005.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal en el control de riesgos. In: GÓMEZ MARTÍN, Víctor (Coord.); MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (Dir.). *Política criminal y reforma penal*. Madrid: Edisofer, 2007, p. 33-54.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Cabe limitar la expansión del derecho penal pese a proteger nuevas modalidades delictivas?. In: AVALOS RODRÍGUEZ, Constante Carlos; QUISPE VILLANUEVA, Alejandro Emilio (Coord.). *Dogmática penal del tercer milenio: libro homenaje a los profesores Eugenio Raúl Zaffaroni y Klaus Tiedemann*. Lima: Ara, 2008, p. 149-171.

COSTA, Helena Regina Lobo da. *Proteção penal ambiental: viabilidade – efetividade – tutela por outros ramos do direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em Direito Penal: contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas*. Coimbra: Coimbra, 1992.

COSTA, Lauren Loranda Silva. *Os crimes de acumulação no direito penal ambiental*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.

COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal ecológico*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

D'ALESSANDRO, Francesco. *Pericolo astratto e limiti-soglia: le promesse non mantenute del diritto penale*. Milano: Giuffrè Editore, 2012.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

D'AVILA, Fabio Roberto. *Meias reflexões sobre o estado atual do direito penal brasileiro*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 179, out. 2007.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. O espaço do direito penal no século XXI: sobre os limites normativos da política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, n. 64, jan./fev. 2007, p. 78-98.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 17, n. 80, set./out. 2009, p. 7-34.

D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. Liberdade e segurança em Direito Penal. O problema da expansão da intervenção penal. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 10, n. 41, abr./jun. 2011, p. 91-101.

DE GIORGI, Rafaelle. O risco na sociedade contemporânea. Trad. Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrwolski. *Revista Sequência*. Florianópolis: UFSC, n. 28, jun. 1994.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. Norma primaria y bien jurídico: su incidencia en la configuración del injusto. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 6, 1996, p. 137-191.

DE LA CUESTA AGUADO, Paz Mercedes. Sociedad tecnológica y derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Navarra, n. 4, 2000, p. 133-144.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente: um quarto de século depois. In: DIAS, Jorge de Figueiredo et al (Orgs.). *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, v. 1, p. 371-392.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 16, n. 71, mar./abr. 2008, p. 70-125.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, v. 4, n. 2, abr./jun. 1994, p. 151-198.

ESCRIVA GREGORI, Jose Maria. *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*. Barcelona: Bosch, 1976.

FALCÓN Y TELLA, María José. *Lições de teoria geral do direito*. Trad. Cláudia de Miranda Avena e Ernani de Paula Contipelli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José. El actual debate alrededor de la teoría del bien jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 21, n. 100, jan./fev. 2013, p. 89-140.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “sociedade de risco” e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares, Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FIANDACA, Giovanni. La tipizzazione del pericolo. *Dei Delitti e Delle Pene: Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale*, Bologna, v. 2, n. 3, set./dez. 1984, p. 441-472.

IORE, Carlo. Il principio di offensività. *L'Indice Penale*, Padova, v. 28, n. 2, mai./ago. 1994, p. 275-288.

GIDDENS, Anthony. Modernidad y autoidentidad. In: BERIAIN, Josetxo (Org.). *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Anthropos, 1996.

GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora UNESP, 1997.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Trad. José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GIORDANI, Mário Curtis. *Direito penal romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

GIORGI, Raffaele de. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998.

GIUSINO, Manfredi Parodi. *I reati do pericolo tra dogmatica e politica criminale*. Milano: Giuffrè, 1990.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. Salvador: Juspodivm, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da Ofensividade no Direito Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2005.

GRACIA MARTÍN, Luis. A modernização do direito penal como exigência da realização do postulado do Estado de Direito (social e democrático). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 88, jan./fev. 2011, p. 95-142.

GRECO, Luís. *Introdução à dogmática funcionalista do delito*. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 8, n. 32, out./dez. 2000.

GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, jul./ago 2004, p. 89-147.

GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 82, jan./fev. 2010, p. 165-185.

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

GRECO, Rogério. *Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito penal*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto: fondamenti teorici*. Milano: Giuffrè, 2010.

GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber: un cambio de paradigma en el derecho penal? In: *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Editorial Comares, 2000.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 32-37.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Trad. Elena Larrauri. In: BUSTOS RAMÍREZ, Juan (Org.). *Pena y Estado*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.

HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde, María del Mar Díaz Pita. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis, 1999.

HASSEMER, Winfried. Características e crises do moderno direito penal. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre, ano III, n. 18, fev./mar. 2003, p. 144-157.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HASSEMER, Winfried. *Direito penal: fundamentos, estrutura, política*. Trad. Adriana Beckman Meirelles et al. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

HASSEMER, Winfried. Linhas gerais de uma teoria pessoal do bem jurídico. Trad. Fernanda Lara Tórtima. In: GRECO, Luís; TÓRTIMA, Fernanda Lara (Org.). *O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

HEFENDEHL, Roland (org.). *La Teoría del Bien Jurídico -¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

HEFENDEHL, Roland. Uma teoria social do bem jurídico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 87, nov./dez. 2010, p. 103-120.

HERZOG, Felix. Límites al control penal de los riesgos sociales: una perspectiva crítica ante el derecho penal em peligro. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 46, n. 1, jan./abr. 1993, p. 317-327.

HERZOG, Felix. Algunos riesgos del derecho penal del riesgo. *Revista Penal*, Valencia, n. 4, jul. 1999, p. 54-57.

HIRSCH, Andrew von; WOHLERS, Wolfgang. Teoría del bien jurídico y estructura del delito. Sobre los criterios de una imputación justa. In HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien Jurídico*. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 285-308.

HIRSCH, Hans-Joachim. Peligro y peligrosidad. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, v. 59, n. 1, fev.-abr. 1996, p. 509-528.

JAKOBS, Günther. *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Civitas, 1997.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

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

JAKOBS, Günther. *Fundamentos do direito penal*. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

JAKOBS, Günther. *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Trad. Manuel Cancio Meliá, Bernardo Feijóo Sánchez. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

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

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Batista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KINDHÄUSER, Urs. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del derecho penal. Trad. Nuria Pastor Muñoz. *Revista Electrónica del Instituto Latinoamericano de estudios en ciencias penales y criminología*, 004-01 (2009). Disponível em: www.ilecip.org. Acesso em 04 de abril de 2013.

KINDHÄUSER, Urs; POLAINO-ORTS, Miguel. *Normativismo en derecho penal: estudios de dogmática jurídico-penal*. Resistencia, ConTexto Libros, 2011.

KINDHÄUSER, Urs. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos. Trad. Beatriz Corrêa Camargo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 20, n. 95, mar./abr. 2012, p. 85-95.

KISS, Alejandro. *El delito de peligro abstracto*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2011.

LISZT, Franz von. *La idea de fin en el Derecho Penal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1994.

LUHMANN, Niklas. El concepto de riesgo. In: BERIAIN, Josetxo (Org.). *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Anthropos, 1996.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. O desenvolvimento metodológico do direito penal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.7, n.79, jun. 1999.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Funcionalismo Penal (Zweckrationalismus). In: *Mens Juris*. Uberlândia: Uniminas, v.1, 2004.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula; MOURA, Bruno; MIRANDA, Wesley. A (re)normativização do Direito penal frente aos direitos difusos. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 70, jan./fev. 2008.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. *Culpabilidade no direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. Reflexos da pós-modernidade no direito penal. In: *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. vol. 16. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan.-jun. 2012.

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

MANES, Vittorio. *Il principio di offensività nel diritto penale: canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*. Torino: Giappichelli, 2005.

MANES, Vittorio. El principio de ofensividad, entre codificación y previsión constitucional. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Navarra, n. 9, 2003, p. 99-113.

MANTOVANI, Ferrando. Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 40, n. 2, abr./jun. 1997, p. 313-337.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale - Parte generale*. 6. ed. Padova: Cedam, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal, vol. 2*. Campinas: Bookseller, 1997.

MATA Y MARTIN, Ricardo. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada: Comares, 1997.

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid: Montano, 1993

MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

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

MENDOZA BUERGO, Blanca. La configuración del injusto objetivo de los delitos de peligro abstracto. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 9, jan. 2002, p. 39-82.

MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955, t. 1.

MEZGER, Edmund. *Tratado de derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica Argentina, 1958.

MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires; Montevideo: B de F, 2003.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires; Montevideo: B de F, 2004.

MIR PUIG, Santiago. Límites del normativismo em derecho penal. In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 07-18, 2005. Disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-18.pdf>. Acesso em 10 de maio de 2013.

MIR PUIG, Santiago. Significado e alcance da imputação objetiva em direito penal. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 56, set./out. 2005.

MIR PUIG, Santiago. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia, José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1975.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires; Montevideo: Editorial B de F, 2001.

MÜSSIG, Bernd. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal: sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 9, jan. 2002, p. 169-208.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

NAUCKE, Wolfgang; HASSEMER, Winfried; LÜDERSEN, Klaus. *Principales problemas de la prevención general*. Trad. Gustavo Eduardo Aboso, Tea Löw. Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.

NORONHA, Fernando. *Direito e sistemas sociais: a jurisprudência e a criação do direito para além da lei*. Florianópolis: UFSC, 1988.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e administrativa*. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 11, jan. 2003, p. 95-164.

PEREIRA, Rui Carlos. *O dolo de perigo: contribuição para a dogmática da imputação subjectiva nos crimes de perigo concreto*. Lisboa: Lex, 1995.

PINHO, Demosthenes Madureira de. *O valor do perigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1939.

PINTO, Tatiana Vargas. *Delitos de peligro abstracto y resultado: determinación de la incertidumbre penalmente relevante*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2007.

POLAINO NAVARRETE, Miguel. Proteção de bens jurídicos e confirmação da vigência da norma: duas funções excludentes?. In: SAAD-DINIZ, Eduardo; POLAINO-ORTS, Miguel (Org.). *Teoria da pena, bem jurídico e imputação*. São Paulo: LiberArs, 2012, p. 109-128.

PRADO, Luiz Régis. *Direito penal ambiental: problemas fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e Constituição*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y derecho penal. In: GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. *El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en derecho penal, procesal penal y criminología*: Manuel de Rivacoba y Rivacoba homenaje. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 147-179.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Arménio Amado, 1979.

RAPOSO, Guilherme Guedes. *Teoria do bem jurídico e estrutura do delito: uma reflexão sobre a legitimidade da antecipação da tutela penal como meio de proteção de bens jurídicos na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Problemas Penais Concretos*. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

ROMEO CASABONA, Carlos María (Org.). *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2000.

ROMEO CASABONA, Carlos María. *Conducta peligrosa e imprudência en la sociedad de riesgo*. Granada: Comares, 2005.

ROXIN, Claus. *Derecho penal. Parte general – tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Trad. Luis Greco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Finalidades da Pena: conceito material de delito e sistema penal integral*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Maria Isabel. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid: Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, 1999.

SANCINETTI, Marcelo A. Tipos de peligro en las figuras penales. *Revista peruana de ciencias penales*. Lima, 7/8, n. 12, 2002, p. 457-474.

SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SCHIAVO, Nicolás. *El aporte marginal de la teoría del bien jurídico*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido Editor, 2008.

SCHROEDER, Friedrich-Christian. Nuevas tendencias en los delitos de peligro abstracto. In: *Revista de Derecho Penal 2007-2: delitos de peligro*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2007.

SCHÜNEMANN, Bernd. Introducción al razonamiento sistemático em Derecho Penal. In: *El sistema moderno de Derecho Penal: cuestiones fundamentales*. Trad. Jesús-Maria Silva Sánchez. Madrid: Tecnos, 1991.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. Trad. Manuel Cancio Meliá. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Tomo 49, Fasc/Mes 1, 1996, p. 187-218.

SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos: sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito liberal. Trad. Luís Greco. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 13, n. 53, mar./abr. 2005, p. 9-37.

SCHÜNEMANN, Bernd. La estructura de los delitos de peligro (los delitos de peligro abstracto y abstracto-concreto como modelo del derecho penal económico moderno). In: SCHÜNEMANN, Bernd et al. *Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos*. Lima: Ara, 2008, p. 11-27.

SCHÜNEMANN, Bernd. La teoría de la protección del bien jurídico como base del derecho penal en la época de la globalización. In: SCHÜNEMANN, Bernd. *Obras*. 2 v. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2009. p. 65-83.

SCHÜNEMANN, Bernd. Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta. ¿un cambio de paradigma como exigencia moral? In: GARCÍA FALCONÍ, Ramiro et al. *Derecho Penal Económico*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2012, p. 49-76.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximação ao direito penal contemporâneo*. Trad. Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

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

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supraindividual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal de perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do direito penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

STELLA, Federico. *Giustizia e modernità: la protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2003.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal - Parte General I. El Hecho Punible*. Trad. Manuel Cancio Meliá; Marcelo A. Sancinetti. Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2005.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TAVARES, Juarez. *Teoria dos crimes omissivos*. Madrid: Marcial Pons, 2012.

TERRADILLOS BASOCO, Juan M. Peligro abstracto y garantías penales. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín (Coord.). *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del professor José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona: Aranzadi, 2001, p. 787-815.

TIEDEMANN, Klaus. Delitos contra el orden econômico. In: *La reforma penal: cuatro cuestiones fundamentales*. Madrid: Instituto Alemán, 1982.

TIEDEMANN, Klaus. El concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal Económico y de Delito Económico. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 10, n. 1, 1983.

TIEDEMANN, Klaus. *Poder econômico y delito: introducción al derecho penal econômico y de la empresa*. Trad. A. Mantilla Villegas. Barcelona: Ariel, 1985.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORÍO LÓPEZ, Ángel. Los delitos del peligro hipotético: contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid, v. 34, 2/3, mai./dez. 1981, p. 825-847.

WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Parte General. Trad. Bustos Ramírez e Yánes Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1970.

WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Régis Prado. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WOHLERS, Wolfgang. Teoria do bem jurídico e estrutura do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, n. 90, maio/jun. 2011, p. 97-107.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal – parte general, vol. III*. Buenos Aires: Ediar, 1981.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de derecho penal – parte general, vol. I*. Buenos Aires: Ediar, 1982.