PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Isabel Resende Horta

OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO E O BEM JURÍDICO

Belo Horizonte
2017

Isabel Resende Horta

OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO E O BEM JURÍDICO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Penal nas Sociedades Democráticas Contemporâneas.

Orientador: Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

Área de concentração:

Belo Horizonte
2017

FICHA CATALOGRÁFICA
Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Horta, Isabel Resende
H821c Os crimes de perigo abstrato e o bem jurídico / Isabel Resende Horta. Belo Horizonte, 2017.
120 f.

Orientador: Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Direito penal - Legislação - Brasil. 2. Crime e criminosos - Aspectos sociais. 3. Legitimidade (Direito). 4. Bem jurídico - Jurisprudência. 5. Periculosidade (Direito). I. Brandão, Cláudio Roberto Cintra Bezerra. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.
SIB PUC MINAS
CDU: 343.232

Isabel Resende Horta

Dissertação apresentada ao curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Penal nas Sociedades Democráticas Contemporâneas.

_____

Prof. Dr. Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão (Orientador) – PUC- Minas

_____

Professor Doutor Guilherme Coelho Colen

_____

Professor Doutor Francisco Queiroz Cavalcanti

_____

Professor Doutor Henrique Pereira Viana (suplente)

Belo Horizonte, 16 de fevereiro de 2017.

À minha mãe Maria do Carmo
Rezende e toda minha família.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Maria do Carmo, pelo estímulo e por acreditar no valor do estudo e conhecimento e à toda minha família, pelo apoio e carinho.

Ao Desembargador Eduardo Machado, pelo aprendizado constante e pela defesa da efetividade do Poder Judiciário. À toda assessoria, equipe dedicada, pela convivência diária.

Ao meu orientador, Professor Doutor Cláudio Brandão, pelos ensinamentos, observações e paciência.

A todos os demais professores e funcionários da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais pelo auxílio na elaboração da pesquisa. Um agradecimento especial ao Professor Doutor Guilherme José Ferreira da Silva, *in memoriam*, pelas lições nunca esquecidas e por ser base pelo interesse em Direito Penal.

Por fim, aos meus amigos, sobretudo aos mestrandos e doutorandos da primeira turma da linha de pesquisa “O Direito Penal na Sociedade Contemporânea”, do programa de pós-graduação em direito da PUC Minas.

RESUMO

Esta dissertação discute a legitimidade dos crimes de perigo abstrato, e se insere nos estudos da teoria do bem jurídico. Para tanto, o trabalho faz uma análise das causas que ensejaram a opção legislativa à ampliação no ordenamento jurídico dos crimes de perigo abstrato, e ainda, como esse fator contribuiu para a expansão do direito penal. Diante de tal pressuposto, são diferenciados os crimes de dano e de perigo, ressalta-se que esse último se subdivide em duas subáreas: perigo concreto e perigo abstrato. Em seguida, é realizado um estudo sobre o conceito de perigo, e sua evolução, que é ancorado nos ensinamentos do doutrinador português José Francisco de Faria Costa. Por fim, há um recorte sobre os princípios da intervenção mínima, fragmentariedade e lesividade, ressalta-se que a teoria do bem jurídico e sua evolução, tem papel central neste estudo, já que é o que permite aferir a legitimidade dos crimes de perigo abstrato.

Palavras-chave: Direito Penal. Expansão do Direito Penal. Perigo. Princípio da Ofensividade.

ABSTRACT

The present work aims at understanding the legitimacy of crimes of abstract danger in the light of the theory of legal good. First, the causes, that gave rise to the legislative option for the extension in the legal order of crimes of abstract danger and how this factor contributed to the expansion of criminal law, are presented and discussed. Therefore, considering this presupposition, the crimes of harm and danger will be differentiated, this former one is subdivided into concrete danger and abstract danger. Furthermore, a study have been carried out on the concept of danger, and its evolution, which is supported by the research of the Portuguese jurist José Francisco de Faria Costa. Finally, there will be a clipping about the principles of minimum intervention, fragmentation and lesivity and emphasis on legal theory and its evolution, since such an institute is essential to gauge the legitimacy of crimes of abstract danger.

Key-Words: Criminal Law.Expansion of Criminal Law. Danger. Principle of offensiveness. Good Legal.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. – Artigo

PUC – Pontifícia Universidade Católica

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO **19**

2 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO **21**
2.1 A modernidade e a criminalização de condutas: os fenômenos da globalização e da integração supranacional **22**
2.2 A sociedade de risco ***27***
2.3 A expansão do Direito Penal ***30***
2.4 O Direito Penal clássico e as mudanças no Direito Penal moderno: a administrativização do Direito Penal com a criação dos crimes de perigo abstrato ***33***
2.5 Os crimes de perigo abstrato como causa da expansão do Direito Penal .. ***46***
2.5.1 Correntes que criticam a adoção dos crimes de perigo abstrato no Direito Penal moderno ***47***
2.5.2 **Correntes que defendem a adoção dos crimes de perigo abstrato no Direito Penal moderno** ***50***
2.5.3 **As correntes intermediárias** ***52***

3 OS CRIMES DE LESÃO, DE PERIGO CONCRETO E DE PERIGO ABSTRATO **57**
3.1 Diferenciação entre os tipos de lesão e os tipos de perigo ***57***
3.2 Tipos de perigo concreto e crimes de perigo abstrato ***59***

4 O PERIGO EM DIREITO PENAL NA PERSPECTIVA DE JOSÉ FRANCISCO DE FARIA COSTA **65**
4.1 O cuidado de perigo, a violação e o dano nas relações jurídico-sociais até a Primeira Revolução Industrial ***65***
4.2 O perigo nas sociedades contemporâneas ***71***
4.3 O perigo e as contravenções penais ***73***
4.4 O cuidado-de-perigo e a legitimidade dos crimes de perigo abstrato ***75***

5 OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO E O BEM JURÍDICO **85**
5.1 O bem jurídico e o cuidado-de-perigo ***85***
5.2 A evolução do conceito de bem jurídico ***88***
5.2.1 O bem jurídico para Anselm Von Feuerbach ***88***
5.2.2 Bem Jurídico para Johann Birbaum ***89***
5.2.3 O positivismo normativo e o bem jurídico na visão de Karl Binding ***90***
5.2.4 Bem Jurídico para Franz von Liszt ***91***
5.2.5 A construção do bem jurídico a partir do Neokantismo ***93***
5.2.6 O bem jurídico na sociedade contemporânea ***94***
5.3 **A tutela de bens jurídicos como função do Direito Penal** **98**

5.4 Bem Jurídico e Constituição 101
5.5 Os princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade 102
5.6 O princípio da lesividade ou da ofensividade 106
5.7 Os crimes de perigo abstrato e o bem jurídico 108

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS 117

REFERÊNCIAS 119

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho nasceu da inquietação da pesquisadora em relação à expansão do Direito Penal acarretada pelos crimes de perigo abstrato. Isso porque, diante das inúmeras críticas à tipificação abstrata, mostrou-se pertinente uma pesquisa sobre a legitimidade dos delitos de perigo abstrato no Direito Penal contemporâneo.

Nesse contexto, no segundo capítulo serão apreciadas as causas para a expansão do Direito Penal. É sabido que a sociedade contemporânea sofreu profundas alterações proporcionadas pelo aumento da técnica, globalização e integração supranacional. De fato, o fomento da tecnologia acarretou benefícios para a sociedade moderna, como maior movimentação de capital, no entanto, também trouxe novos problemas como a explosão das massas populacionais, a marginalização, a delinquência e o surgimento de novas formas delitivas. Dessa forma, o autor Ulrich Beck foi o primeiro a adotar a ideia de “sociedade de risco”, atrelado aos novos riscos proporcionados pelo desenvolvimento tecnológico e que anteriormente eram impensados.

A preocupação da comunidade com a alteração do contexto político-social da modernidade ensejou a busca pela segurança e proteção jurídica das relações, que deveriam ser garantidas pelo Estado. Todavia, como o poder público, muitas vezes, não conseguia conter a sensação de insegurança e a marginalidade por outros meios, houve a expansão do Direito Penal, termo amplamente estudado por José Maria Silva Sánchez. O referido conceito predispõe que os novos bens jurídicos relevantes para a sociedade passaram a ser tutelados pelo Direito Penal, por meio de criminalização de condutas que violassem tais bens, inclusive, com ampliação do leque de crimes de perigo abstrato, proporcionando uma antecipação da tutela penal.

O Direito Penal moderno rompeu com o Direito Penal clássico na medida em que não é orientado tão somente pela proteção dos bens jurídicos, mas também pela ideia de prevenção. No entanto, surgiram críticas acerca da arbitrariedade na tipificação das condutas e quanto à antecipação da tutela penal para mera prevenção de riscos. Ademais, a prevenção por meio da criação de meros delitos de desobediência, ou seja, dos crimes de perigo abstrato, acarretou, para alguns autores, uma perceptível administrativização do Direito Penal. Um dos autores que

criticaram tal fator foi Winfried Hassemer, expoente da Escola de Frankfurt. O autor entende que o Direito Processual Penal não acompanha o Direito Penal e a criação de crimes de perigo abstrato, acarretando um déficit de efetividade, tornando o Direito Penal meramente simbólico.

Desse modo, verifica-se que a expansão do Direito Penal e a criação dos crimes de perigo abstrato estão associados e, não obstante as críticas, há diversos expoentes como Urs Kindhäuser, Günther Strantenwerth, Klaus Tiedemann, Lothar Kuhlen e Dietrich Kratzsch que defendem a tipificação abstrato e outros que, em uma corrente intermediária, afirmam que os crimes de perigo abstrato podem ser utilizados, desde que preservados os bens jurídicos e o Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, no terceiro capítulo, para melhor compreensão do estudo, serão apreciados os conceitos de delito de dano/lesão e de perigo e, em relação a estes, será apresentada a diferença conceitual entre os crimes de perigo concreto e os de perigo abstrato.

Além do mais, no capítulo quatro, será apreciado o próprio conceito de perigo e a sua evolução na perspectiva do doutrinador Português José Francisco de Faria Costa. Como será destacado neste trabalho, para o renomado autor, o perigo sempre existiu nas sociedades, todavia, era entendido como um fator externo à comunidade, geralmente desencadeado por forças da natureza. Com a Primeira Revolução Industrial, o perigo passou a ser entendido como circunstância interna e, por tal motivo, a ideia de cuidado-de-perigo ganhou maior força. Nesse contexto, tem-se que o cuidado-de-perigo está relacionado com os bens jurídicos relevantes e com a legitimidade da tipificação abstrata.

No capítulo cinco, será realizado, ainda que brevemente, um estudo acerca da teoria do bem jurídico, inclusive a sua evolução, porque este instituto é essencial para aferir a legitimidade dos crimes de perigo abstrato. Isso porque, ainda que obedeça o princípio da legalidade, a tipificação abstrata somente terá valor quando tratar da proteção de bem jurídico de relevante dignidade penal, sob pena de acarretar a hipertrofia negativa do Direito Penal em desconformidade com o Estado Democrático de Direito.

Assim, pretende-se com o presente estudo a análise das causas da expansão do Direito Penal e concluir se a legitimidade dos crimes de perigo abstrato baseada na teoria do bem jurídico e proteção de direitos fundamentais.

2 A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL E A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO

Como é de conhecimento, cada momento histórico tende a dar importância a determinados bens jurídicos e atribuir ao Direito Penal a tutela destes. A propósito, o adultério, até o ano de 2005, era considerado delito tipificado no art. 240 do Código Penal, no rol dos crimes contra a família e o casamento. Todavia, o referido delito foi revogado pela Lei 11.106/05, não como uma forma de prestigiar o adultério, mas por entender o legislador que o casamento e a família poderiam ser tutelados pelo Direito Civil, não sendo necessária, portanto, a intervenção penal para garantir a fidelidade entre cônjuges.

Desse exemplo é possível extrair duas questões. A primeira diz respeito a tendência à criminalização ou descriminalização de condutas com base na evolução cultural da própria sociedade. Por sua vez, a segunda é o reconhecimento de que existem determinados valores que não precisam ser tutelados pelo Direito Penal podendo muito bem ser assegurados por outros ramos do Direito.

Sobre a evolução dos períodos históricos, Faria Costa (2000) entende que uma norma penal nasce quando comportamentos passados foram tidos como desvaliosos. Segundo o autor há uma grande probabilidade de que atos tidos como desvaliosos se repitam e a comunidade lhes atribuirá normatividade, modelando a sua proibição, de forma a evitá-los. Assim, Faria Costa afirma que “o sistema jurídico surge como uma utensilagem que ‘arruma’, ordena o real social, de modo que as tensões e os conflitos se mantenham em níveis que o próprio sistema auto define como razoáveis” (COSTA, 2000, p. 283-284).

Nesse contexto, conforme leciona Silveira (2016), os momentos históricos possuem predileção por certos assuntos penais, o que reflete as preocupações e anseios da própria sociedade. Assim, “explica-se a dureza em relação a assuntos como bruxaria e religião no Direito medievo, a severidade do terrível livro 5° das Ordenações Filipinas, a preocupação com o furto no século XIX, ou o roubo e demais crimes patrimoniais ao longo do século XX” (SILVEIRA, 2016, p.19).

Observa-se que as mudanças da própria sociedade e a preocupação desta com a segurança são os combustíveis para a mudança também no Direito Penal. Dessa forma, o presente estudo salientará quais foram as causas para a alteração na sociedade que acarretaram, via de consequência, a expansão do Direito Penal

mediante a criminalização de novas condutas, merecendo maior atenção os crimes de perigo abstrato.

2.1 A modernidade e a criminalização de condutas: os fenômenos da globalização e da integração supranacional

É importante registrar que descobrir as causas da alteração da sociedade, bem como da expansão do Direito Penal é imprescindível para verificar porque o Direito Penal tem se ocupado em tipificar crimes de perigo abstrato.

Os inúmeros escândalos, corrupção e crises econômicas, sobretudo no Brasil, e envolvendo as classes de alto nível social e econômico, no cenário atual e globalizado, foram causas da emergência da sensação de insegurança e da necessidade de criação de novas criminalizações, inclusive voltadas para as referidas classes. Assim, são incontestáveis as mudanças na sociedade.

E o que seria esse cenário globalizado e qual a influência no Direito Penal? A globalização pode ser entendida como um conjunto de interferências mundiais de ordem política, econômica e social, com maior evidência na sociedade contemporânea. A propósito, a globalização é um fenômeno que integrou pessoas e economias de diversos países, impulsionada pelo capitalismo e expansão dos mercados.

Silveira (2006) traz a perspectiva do autor Boaventura de Sousa Santos o qual dispõe que a globalização corresponde à amplitude das relações supraindividuais, com maior interação entre as culturas, ou seja, uma intensificação das relações em escala mundial, sendo tal fenômeno típico da modernidade. (SILVEIRA, 2006, P. 50-51)

Boaventura de Souza Santos leciona que a globalização é:

> Um processo complexo que atravessa as mais diversas áreas da vida social, da globalização dos sistemas produtivos e financeiros à revolução nas tecnologias e práticas de informação e comunicação, da erosão do Estado nacional e redescoberta da sociedade civil ao aumento exponencial das desigualdades sociais, das grandes movimentações transfronteiriças de pessoas como emigrantes, turistas ou refugiados, ao protagonismo das empresas multinacionais e das instituições financeiras multilaterais, das novas práticas culturais e identitárias aos estilos do consumo globalizado (SANTOS *apud* Silveira 2002, p. 11).

Por sua vez, Otávio Ianni assinala:

> A globalização expressa um novo ciclo de expansão do capitalismo, como modo de produção e processo civilizatório de alcance mundial. Uma realidade ainda desconhecida, ou pouco compreendida, que desafia as práticas e os ideais, as situações consolidadas e interpretações sedimentadas (IANNI, 2001, p. 11).

No que tange à delinquência o âmbito da globalização em sentido lato, é possível destacar a emergência dos delitos de terrorismo, narcotráfico, bem como o tráfico de mulheres e crianças. Não se pode perder de vista que “os novos perigos do mundo contemporâneo são cada vez mais objeto de normas penais: drogas, terrorismo, tráfico internacional de armas e pessoas” e “comportamento socialmente lesivos praticados pelas classes mais elevadas (como a criminalidade de *colarinho branco* e as criminalidades do Estado” (BOZOLA, 2015, p. 87).

Lado outro, um dos fenômenos típicos das sociedades pós-industriais é a globalização econômica, o que torna tanto o Direito Penal quanto o Processual Penal menos garantistas, na medida em que flexibilizam regras de imputação, ou seja, permitem a criação de novos tipos penais, podendo-se citar, por exemplo, a criação de Leis contra a criminalidade organizada e a corrupção, além de maiores normas visando a proteção do meio ambiente e do consumidor.

Silva Sánchez (2002) define a globalização econômica como “um fenômeno em princípio econômico, que se define pela eliminação de restrições às transações comerciais e ampliação dos mercados” (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 79). Segundo o autor, a criminalidade relacionada com a globalização se refere aos ditos sujeitos poderosos, que atuam de forma organizada, já que pode acarretar efeitos de magnitude na economia, política e sociedade.

Com efeito, a globalização também pode ser caracterizada como uma maior movimentação de capital e de mão-de-obra, o que, consequentemente, impulsionou a marginalização e a delinquência. Assim, é certo que a globalização exige uma abordagem mais eficaz da criminalidade, que foi agravada por ela própria.

Nesse contexto, vale destacar que as deficiências no mercado de trabalho contribuíram para a marginalização e delinquência, sendo os efeitos da globalização, assim, cruciais para a emergência de novos bens jurídicos e maior atuação do Direito Penal.

Faria Costa (2000) leciona que o desenvolvimento histórico acarretou a passagem do *homo faber* para o *homo oeconomicus*, ou seja, a intensificação das

trocas comerciais, a explosão das massas populacionais, o aumento de conflitos acarretados pelas guerras e material bélico foram causas utilização de recursos para proporcionar equilíbrio.

A propósito dispõe Faria Costa:

> E se é verdade que, de uma forma ou de outra, tudo aquilo que acabámos de expor já prenunciava algum desequilíbrio entre o homem e a natureza, é também indiscutível que esse mesmo desequilíbrio era submerso na torrente avassaladora que a ideia de progresso consigo arrastava. O progresso constituía o novo motor da história - confundindo-se, em muitos ideários, com ela mesma -, unia os homens independentemente de credo ou raça.
> (...)
> No entanto, o aproveitamento cada vez mais intenso dos recursos naturais, a descoberta de novos produtos químicos e sua consequente utilização industrial, fizeram com que pontualmente começassem a aparecer situações em que manifestamente se verificaram rupturas de equilíbrio já sobejamente apontado.
> (...)
> O problema que aparentemente se circunscrevia aos limites internos de cada Estado, rapidamente e em espiral evolutiva, passa do chamado território nacional de cada país para atingir a cena internacional, melhor, para se tornar uma questão mundial" (COSTA, 2000, p. 294-295).

Em relação à integração supranacional, Silva Sánchez define tal fenômeno como a ideia de "conseguir um mercado comum de vários países, com livre trânsito de pessoas, capitais, serviços e mercadorias e a conseguinte eliminação das barreiras alfandegárias internas e outros obstáculos ao livre comércio." (SÁNCHEZ, 2002, p. 79).

Ao analisar de tal conceito, depreende-se que ele possui ampla relação com a globalização e pressupõe que alguns delitos deixem de sê-los, sob pena de interferir na concretização das relações comerciais supranacionais. Ao mesmo tempo, é um dos fatores para o surgimento de novos bens jurídicos e crimes. Como exemplo, é possível destacar a descaracterização da livre circulação de pessoas como delito, pois, do contrário, o objetivo da integração supranacional de unidade econômica não seria atingido.

Observa-se, dessa forma, que a integração supranacional, a qual pode, até mesmo, ser tratada como espécie da globalização, contribui para a aparição de novas formas delitivas como a fraude alfandegária, a corrupção de funcionários das instituições de integração e, consequentemente, com a expansão do Direito Penal.

Na atualidade, diferentes culturas estão conectadas e formam, até mesmo, blocos econômicos como a União Europeia, Alca e Mercosul. A globalização influencia todo o Direito visto que relações antes inimaginadas passam a ser

protegidas. Especificamente quanto ao Direito Penal, a globalização influencia diretamente a delinquência e a criminalização/descriminalização de condutas.

Assim leciona Renato de Mello Jorge Silveira:

> "O processo de globalização e as tentativas de criminalização de condutas globais, portanto, têm uma ampla gama de matizes, não se podendo, pois, aceitar mera simplificação do problema. Nesse sentido, Silva Sánchez, quando atesta que a globalização tem duplo efeito sobre a delinquência. Primeiramente, promove uma descriminalização de certas condutas, as quais passam a ser melhor aceitas pela nova comunidade. Em segundo lugar, os fenômenos econômicos globais, além da integração econômica, dão novo molde a figuras já clássicas, bem como fazem surgir nóveis tipos, procurando ajustar os recentes contornos penais" (SILVEIRA, 2006, p. 53).

No que se refere às novas criminalizações, Faria Costa ensina que as sociedades atuais se caracterizam essencialmente pela hipercomplexidade, com a massificação dos bens de consumo, sendo o lucro o centro da estratégia econômica, de modo que, a qualidade do produto ou do bem é um meio que possibilita a venda de mais produtos. Assim, é necessária a proteção do valor da qualidade, o que implica a defesa do consumidor. Como há um déficit de normatividade em uma época em que se luta contra a "motorização da legislação", não se podendo olvidar que os meios técnico-jurídicos do Iluminismo não acompanham as mudanças da sociedade, há uma enorme necessidade de normativização jurídica de certas áreas da vida comunitária, como, por exemplo, do consumidor (COSTA, 2000, p.298-299).

A propósito leciona o autor:

> (...) o Estado introduz a regulação da qualidade como meio idóneo a suster o aumento de conflito criado pelo meramente económico. Este, o jogo tão-somente económico, gera um défice de normatividade que tem que ser preenchido. Também por aqui ressalta, de forma patente e insofismável, que mesmo as chamadas relações <<naturais>> de mercado consubstancializam a solicitação da normatividade jurídica.
> (...)
> A esse tipo de decisão contrapõe-se uma cada vez maior conscientização da necessidade de uma resposta cujos parâmetros passem pela assunção de um discurso horizontal. Daí a benéfica proliferação de associações em defesa de interesses comuns, que se perfilam, na nossa contemporaneidade, como verdadeiros e reais interventores do discurso jurídico (COSTA, 2000, p.299-300).

E José Francisco de Faria Costa ainda arremata:

> Por outras palavras e de forma sintética: quer a defesa do meio ambiente natural, quer a defesa da saúde, quer a defesa dos consumidores, quer ainda a defesa do patrimônio cultural são hoje uma realidade normativa e um problema a que o Estado tem que dar resposta. Para esta resposta - e reside

> aqui a pedra de toque-os cidadãos, enquanto tis, ou através das associações de defesa dos seus interesses, querem nela participar ativamente. (COSTA, 2000, p.300).

Como amplamente destacado por Faria Costa, não obstante a existência de novos conflitos, de desequilíbrio que necessitam da atuação do Direito, deve-se procurar estabelecer qual é o papel do Direito Penal, afinal, este ramo não deve se aplicar a toda e qualquer situação, em observância aos princípios da fragmentariedade ou subsidiariedade. Assim, é necessário verificar se o meio ambiente, os interesses do consumidor, bem como o patrimônio cultural necessitam da atenção do Direito Penal que, por óbvio, pode vir a impor pena.

Nesse contexto são as lições de Faria Costa:

> Todos sabemos que o direito penal é um campo de normatividade cuja matriz essencial está no seu carácter fragmentário já tantas vezes convocado. O direito penal só protege certos e determinados bens, o que faz com que, em uma outra linha de apreensão, ele se postule, como se sabe, sempre norteado pelo princípio do mínimo de intervenção do aparelho sancionatório do Estado, a que se tem ainda de adicionar a pergunta, não menos importante, sobre o merecimento da pena. Por outras palavras: o direito penal só protege os bens ou valores que, em uma determinada comunidade e em um também determinado momento histórico, constituem o mínimo ético que não pode ser, nem mais, nem menos, do que o núcleo duro dos valores que a comunidade assume como seus e cuja protecção permite que ela e todos os seus membros, de forma individual, encontrem pleno desenvolvimento em paz e tensão de equilíbrio instável.
> (...)
> Por isso, temos que perguntar-nos se o meio ambiente, os interesses do consumidor ou o patrimônio cultural constituem ou não bens jurídicos que mereçam a tutela do direito penal. Isto é, vistas as coisas por outro prisma: urge que nos interroguemos se tais bens jurídicos têm ou não dignidade penal (...). Mesmo que se responda afirmativamente a esta pergunta, temos ainda que indagar se há necessidade de pena ou até merecimento de pena. Em termos extraordinariamente simples dir-se-á que importa ver se não haverá outros ramos do direito que cumpram satisfatoriamente, face às exigências da política legislativa, aquela finalidade precípua de protecção. (COSTA, 2000, p.302-303).

Dessa forma, a atuação do Direito Penal de forma repressiva é justificada, seja pela gravidade da conduta (crimes supracitados relacionados com a globalização), bem como em razão dos efeitos de grande magnitude que podem acarretar no plano econômico, social e político (crime ligados à globalização econômica), sendo uma resposta à exigência da sociedade moderna.

Mencionadas duas grandes causas para a criminalização de novas condutas, a saber, a globalização e a integração supranacional, é necessário entender a

emergência do conceito de sociedade de risco e a relação de tal instituto com a intervenção penal.

2.2 A sociedade de risco

Como é de conhecimento, a partir da década de 1990, o Brasil, seguindo orientação mundial de implantação de novas criminalizações, proliferou diversas legislações, sobretudo no âmbito econômico e com repercussões empresariais. (SILVEIRA, 2006, p.33).

Neste particular, Silveira (2016) cita Klaus Tiedemann, o qual tomou para si a definição de Edwin Sutherland no sentido de que o crime de colarinho branco (*white collar crime*) passou a ser um expoente dos delitos econômicos, na medida em que trata-se de um crime cometido por uma pessoa respeitável e de elevado *status* social. A respeito, Silveira aduz que Edwin Sutherland definiu os delitos de colarinho branco como sendo “a violação da lei penal por uma pessoa de alto nível sócio-e-econômico no desenvolvimento de sua atividade profissional”. (SILVEIRA, 2016, p. 33).

Não querendo aprofundar as questões afetas ao Direito Penal Empresarial, percebe-se uma mudança de paradigma, porque, na atualidade, sob o fundamento de prevenção de riscos em uma empresa na qual há organização administrativa, poderá haver a responsabilização do superior hierárquico, ou seja, daquele que detém um bom nível sócio-econômico, o que, antigamente não era possível.

No âmbito da sociedade moderna e das relações internacionais, o Brasil também seguiu a tendência mundial e passou a responsabilizar penalmente condutas praticadas nos meios empresarial e econômico, atingindo, dessa forma, classes mais favorecidas. Assim, “a intervenção penal na atividade econômica tem se mostrado, cada vez mais, como um fator de real alteração cultural” (SILVEIRA, 2016, p. 28).

Mas é certo que a criminalização de novas condutas não se restringe à economia e às relações internacionais, visto que a intervenção penal pode ocorrer em qualquer setor, principalmente à luz do termo “sociedade de risco” com o objetivo de proporcionar segurança à sociedade.

Como explicitado por Silveira (2006) o teórico Ulrich Beck, em 1986, foi o primeiro a utilizar a ideia atual de sociedade de risco, quando da publicação da obra

Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne. Neste cerne, Silveira (2016) afirma que Ulrich Beck destacou “o problema advindo das consequências do desenvolvimento tecnológico das sociedades atuais” porque haveria “riscos inerentes à nova padronagem de vida, o que geraria riscos impensados em momentos anteriores” (SILVEIRA, 2016, p. 36). Silveira sustenta que o pensamento de Beck guarda profunda relação com a modernidade, sobretudo quando este salientou que “o crescimento exponencial das forças produtivas no processo de modernização virá a criar novos riscos, até então desconhecidos” (SILVEIRA, 2016, p.37).

Além do mais, Silveira também menciona o pensamento de Adalbert Evers e Helga Nowotny que, em 1987, sustentaram que as novas tecnologias criaram uma “real crise nas instituições tradicionais que até então regulavam os aspectos de segurança da sociedade” e que “com isso, surgiram novas ameaças, as quais devem ser combatidas” (SILVEIRA, 2016, p.36).

Sobre a sociedade de risco, Winfried Hassemer afirma:

> O lugar de destaque que a criminalidade e violência ocupam em nossas preocupações atuais remetem-se a causas ou origens que, a longo prazo, são estáveis. Elas são uma parte de nossa vida diária. Os filósofos sociais falam hoje de “sociedade de risco” para se referirem à situação caracterizada por crescentes dificuldades na vida diária em conseguir orientações estáveis de como agir. A complexidade de nossas relações sociais é antes de mais nada vivenciada como algo ameaçador, os riscos de lesões são ao mesmo tempo abrangentes, devastadores e difusos. Conseguimos preparar-nos apenas precariamente para as lesões esperadas, e não conseguimos remediar os danos inesperados. Os grandes riscos da tecnologia moderna, da qual dependemos, afiguram-se incontroláveis e produzem um clima generalizado de ameaça, de estarmos entregues à própria sorte. (HASSEMER, 2008, p.275).

Muito interessante é a conclusão de Silveira sobre o risco:

> É necessário se fazer menção ao fato de que os riscos sempre existiram. Seriam eles inerentes à vida humana, presentes, assim, nas mais variadas épocas. Os riscos, hoje, poder-se-ia afirmar, seriam muito menores do que na Idade Média, ou quando os marinheiros descobridores se lançavam aos mares e ao desconhecido. Ocorre que, a partir da industrialização e, notadamente, após a chamada pós industrialização, eles, e termos coletivos, se majoraram. Apareceram, assim, novas situações, até então desconhecidas, nas quais toda a existência e estrutura social se vêem abaladas. As crises financeiras, os escândalos econômicos e os prejuízos frutos de delitos na ordem de milhões ou bilhões de dólares norte-americanos bem destacam esse ponto. (SILVEIRA, 2016, p. 37).

Portanto, para Silveira, os riscos sempre existiram, mas foram majorados após a industrialização, diante da superveniência de situações até então inimaginadas, que alteraram o contexto social e legitimaram a antecipação penal, porque a sociedade não pode esperar a ocorrência do dano, que possa se dar, sobretudo, em razão de uma crise financeira, quando o autor enfatiza os delitos econômicos. Além disso, os “meios eletrônicos, a rede internacional de computadores, detalhes variados dos novos mercados, acabam por ampliar a gama do problema” (SILVEIRA, 2006, p.57).

Nesse contexto, observa-se que a sociedade de risco envolve o homem e o planeta, cercando-os de perigo decorrente do avanço tecnológico, o que implica no meio ambiente, visto que o ser humano, ao que parece, não possui consciência que os recursos naturais são finitos.

É certo que, antes da industrialização e da globalização, o Direito Penal tinha como função evitar agressões ou colocações concretas em perigo de bens jurídicos, em clara observância ao princípio da lesividade ou ofensividade. Mas, na modernidade, com a emergência do conceito de sociedade de risco, o Direito Penal também passou a incriminar determinadas condutas independentemente da caracterização do dano, privilegiando, portanto, os crimes de perigo abstrato, como forma de antecipação de tutela e resposta à sensação de insegurança sofrida na sociedade.

Como destacado por Silveira (2006) não raramente afirma-se que a meta pretendida por uma sociedade de risco é “um homem seguro em um mundo seguro” (SILVEIRA, 2006, p.36). Além do mais, Silveira (2016) salienta a existência de um processo de criminalização que, “com escopo de novéis tipificações – lidando, também, com novas esferas de tutela -, acaba por fortalecer novos desenhos penais, dos quais sobressaem-se tipificações abstratas, de perigo, com uso de acessoriedade administrativa” (SILVEIRA, 2016, p. 21).

Conclui-se que o termo sociedade de risco faz referência à insegurança da comunidade acarretada pela globalização, integração supranacional e desenvolvimento tecnológico, fato que modificou o Direito Penal clássico. Todavia, como será visto no momento oportuno, há enormes críticas à opção legislativa pelos crimes de perigo abstrato visto que tal medida acarreta a expansão do Direito Penal e, até mesmo, a administrativização do Direito.

2.3 A expansão do Direito Penal

A emergência de novos bens jurídicos na sociedade atual, causadas como salientado nos tópicos anteriores, pela globalização, aumento da tecnologia e integração supranacional, ensejou o aumento da necessidade de atuação do poder do Estado que, por não conseguir conter as violações aos referidos bens por meios alternativos, transferiu para o Direito Penal a responsabilidade de tutela dos valores e de punição em caso de ofensa destes interesses.

A transferência de responsabilidade para o Direito Penal, com ampliação do rol de crimes e punições é denominada “Expansão do Direito Penal” e está vinculado à “sociedade de risco”, que legitima a maior intervenção do Estado na esfera Jurídica. (SANCHEZ, 2002).

Depreende-se, dessa forma, que os riscos em potencial e a intolerância são os alicerces para a antecipação da tutela penal e proliferação dos delitos de perigo abstrato e configuram a expansão do Direito Penal. Nesse contexto, o Direito Penal torna-se mais sancionador, inclusive ao ampliar o rol de crimes de perigo abstrato, que prescindem de efetiva lesão a bem jurídico, buscando antecipar a punição.

Como é cediço, o Direito Penal é um instrumento voltado para a proteção de bens jurídicos relevantes para a sociedade, sendo certo que, a sociedade contemporânea apresenta novas realidades e, consequentemente, novos bens jurídicos que precisam ser tutelados. Assim, vale dizer que a expansão do direito penal está diretamente relacionada com a emergência desses novos bens jurídicos que demandam proteção.

Ademais, os fatores que ensejam o surgimento de novos bens jurídicos e que refletem diretamente na expansão do Direito Penal foram exaustivamente demonstrados: a globalização, tanto em sentido amplo quanto no âmbito econômico, a integração supranacional e a política-criminal como forma de conter a sensação social de insegurança.

A complexidade de determinação de bens jurídicos tornou-se ainda mais forte após a Constituição Federal de 1988, momento em que emergiu a necessidade de aplicação do Direito Penal em estrita conformidade com o Estado Democrático de Direito e com a Carta Magna.

Assim compreendido, apenas os bens jurídicos fundamentais deveriam ser objeto da legislação penal. Todavia, o problema com que se depara o Poder

Legislativo é justamente o de determinar quais os bens merecem ser selecionados para a funcionalidade do sistema penal para que a expansão do Direito Penal não se dê de forma desarrazoada.

Nas sociedades democráticas contemporâneas emergiram novos bens jurídicos, interesses e valores, relacionados principalmente com novas realidades como, por exemplo, a tecnológica. Além disso, a sociedade atual atribuiu relevância a bens jurídicos que anteriormente não eram tão protegidos, como o meio ambiente e o patrimônio histórico-cultural.

Na sociedade de risco, embora as inovações tecnológicas tragam, na maioria das vezes, bem-estar ao indivíduo, podem gerar consequências negativas e resultados lesivos, como, por exemplo, a *ciberdelinquência*, que está vinculada a crimes praticados nos meios informáticos e *internet*.

Assim, a sociedade atual é extremamente complexa, sendo que, a interação entre os indivíduos pode acarretar consequências lesivas, o que demanda a necessidade de proteção jurídica das relações. A também denominada “sociedade do medo”, que vive à espreita de novos riscos decorrentes da complexidade social, da revolução das comunicações, dos transportes, bem como das novas realidades econômicas, credita ao Estado um maior poder sancionador.

A inegável sensação social de insegurança e o medo da criminalidade se converte em uma pretensão social que supõe ser o Estado, mais precisamente o Direito Penal, o detentor da resposta para a solução destes problemas. Nesse contexto, a solução para o fim da angústia de insegurança suportada pela sociedade seria a intervenção penal, a qual geraria o sentimento de ampliação da proteção.

Conforme dito, a complexidade das sociedades interfere diretamente nas relações humanas e decorre da globalização, bem como de fenômenos como a revolução dos transportes, imigração e bolsões de marginalidade, o que propicia a sensação social de insegurança, dimensão subjetiva da “sociedade do medo”.

A sociedade complexa e temerosa procura o respaldo das relações entre os indivíduos e, dessa forma, transfere para o Estado, especialmente para o Direito Penal, a responsabilidade de oferecer respostas à insegurança, mormente a proposta criminal, para conter a angústia social.

Nesse sentido, “a segurança se converte em uma pretensão social à qual se supõe que o Estado e, em particular o Direito Penal, devem oferecer uma resposta”. (SÁNCHEZ, 2002, p. 40).

Conforme destacado, a comunidade trava uma busca praticamente obsessiva pela proteção penal, configurando-se uma sociedade com protótipos de vítimas, ou seja, indivíduos que não assumem a responsabilidade que um dano derive de uma “culpa sua” ou de azar, atribuindo sempre a responsabilidade a um terceiro, exigindo a imposição de sanções patrimoniais e/ou penais. (SÁNCHEZ, 2002, p. 46).

Tal situação também dá ensejo a outro fenômeno, a saber, a identificação social da maioria como vítima do delito, ou de sujeitos passivos, requerendo a atuação do Estado e, mais uma vez, do Direito Penal.

Com efeito, uma das finalidades da aplicação do Direito Penal com imposição de penas ao acusado da prática de algum delito seria o de sanar o sofrimento da vítima, na medida em que a instituição de penalidades auxiliaria a superação do trauma suportado pelo ofendido ao “castigar” o autor do fato.

Ocorre que a adoção desarrazoada do Direito Penal afronta o seu caráter de *ultima ratio,* considerando que, “tal expansão é em boa parte inútil, na medida em que transfere ao Direito Penal um fardo que ele não pode carregar.” (SÁNCHEZ, 2002, p. 61).

Ressalta-se que a referida expansão apresenta pontos positivos, como a criação de novos tipos penais incriminadores, punindo a violação de bens-jurídicos que, até então, não eram tutelados. Entretanto, também apresenta problemas e críticas ao aumento da codificação de crimes de perigo abstrato e maior incidência da pena privativa de liberdade, em lugar de outras formas de punição. Acarreta também a relativização das garantias jurídicas do cidadão. Tais críticas serão salientadas nos próximos capítulos.

Nesse sentido, denota-se a relação entre a expansão do Direito Penal e os crimes de perigo abstrato, ou seja, aqueles que independem do resultado lesivo para a sua consumação. O aumento de crimes nesta modalidade pode contribuir para a expansão negativa do Direito Penal.

Além disso, conforme dito, a globalização, a integração supranacional e a insegurança da sociedade contemporânea estão diretamente relacionadas com o aumento de bens jurídicos e, consequentemente, com a criação de leis penais e relativização dos princípios garantistas.

Contudo, há dificuldade de se estabelecer os critérios para a apreciação dos bens jurídico-penais, ou seja, quais devem ser escolhidos e considerados relevantes valores fundamentais pela sociedade, sob pena de acarretar aumento desnecessário

da incidência de penas privativas de liberdade.

Conforme será mostrado, há entre os doutrinadores divergências quanto à relevância dos bens jurídicos, existindo aqueles que defendem a necessidade de expansão do Direito Penal para proteção da maior parte de bens jurídicos possíveis e, de outro lado, defensores de uma menor intervenção do Direito Penal.

> O Direito Penal é um instrumento qualificado de proteção de *bens jurídicos* especialmente importantes. Fixado este ponto, parece obrigatório levar em conta a possibilidade de que sua expansão obedeça, ao menos em parte, já a aparição de novos bens jurídicos – de novos interesses ou de novas valorações de interesses preexistentes -, já ao aumento de valor experimentado por alguns dos que existiam anteriormente, que poderia legitimar sua proteção por meio do Direito Penal. As causas de provável existência de novos bens jurídicos-penais são, seguramente, distintas. Por um lado, cabe considerar a conformação ou generalização de *novas realidades* que antes não existiam – ou não com a mesma incidência -, e em cujo contexto há de viver o indivíduo, que se vê influenciado por uma alteração daquelas; assim, a mero título de exemplo, as instituições econômicas de crédito ou de inversão. Por outro lado, deve aludir-se à deteriorização de realidades tradicionalmente abundantes que em nossos dias começam a manifestar-se como 'bens escassos', aos quais se atribui agora um valor que anteriormente não lhes correspondia, ao menos de modo expresso; por exemplo, o meio ambiente. Em terceiro lugar, há que contemplar o incremento essencial de valor que experimentam, como consequência da evolução social e cultural, certas realidades que sempre estiveram aí, sem que se reparasse nas mesmas; por exemplo, o patrimônio histórico-artístico" (SÁNCHEZ, 2002, p. 27).

Portanto, os fenômenos da globalização e da integração supranacional em uma sociedade hipercomplexa são exemplos de causa para a expansão do Direito Penal e mudança do Direito Penal clássico para um moderno, fortemente criticado pela administrativização.

2.4 O Direito Penal clássico e as mudanças no Direito Penal moderno: a administrativização do Direito Penal com a criação dos crimes de perigo abstrato

À luz dos conceitos de sociedade de risco, crimes de perigo e globalização, mostra-se necessária a distinção entre o Direito Penal clássico e o Direito Penal moderno. O primeiro representou uma ruptura com o Direito Natural, que não mais serviu como parâmetro na esfera penal, e a criação de uma nova ordem jurídica na qual o Direito Penal, conforme destacado por Hassemer (2008) "recebe sua missão de atuar como meio de estabilização dos ajustes derivados do contrato social: ele é o

Direito da violação da liberdade e de suas consequências". (HASSEMER, 2008, p.247). Nessa nova ordem jurídica, o poder do Estado passa a ser limitado por princípios como o da subsidiariedade, direito à defesa e proporcionalidade, como forma de proteção às liberdade individuais. O segundo, o Direito Penal moderno, rompe com o Direito Penal clássico na medida em que não é orientado apenas pela proteção dos bens jurídicos, mas na prevenção.

Vale dizer que o perigo, com a globalização, é visto de uma forma diferente do Direito Penal clássico. Na atualidade, o Direito Penal de Risco ou Direito Penal de Perigo, também denominado Direito Penal Supraindividual, porque engloba a proteção de bens jurídicos metaindividuais, notadamente, a saúde pública, meio ambiente e economia, passa a legitimar a intervenção penal sem que haja lesividade.

Como destacado por Silveira (2016) o novo Direito Penal parece se contentar com a prevenção de questões problemáticas, com a criação de meros delitos de desobediência, que podem ser vistos como crimes de perigo abstrato, fato que acarreta uma perceptível administrativização do Direito Penal.

Para o mencionado autor, a adminsitrativização é fortemente percebida no Direito Penal Econômico, sobretudo porque, no mencionado ramo, há uma acessoriedade administrativa. A tipificação não se exaure no âmbito penal, havendo ampla utilização de normais penais em branco, ou seja, daquelas que necessitam de um complemento da descrição da conduta proibida em outras normais legais, regulamentares ou administrativas.

Além da administrativização do Direito Penal, percebe-se a antecipação da tutela penal, com a proteção de bens jurídicos em momento anterior à agressão, e que notada com a proliferação desmedida dos crimes de perigo abstrato, é um problema na modernidade. Isso porque, não é necessária a lesividade ao bem, bastando a violação a uma norma que descreve uma situação de perigo independentemente de lesão a bem jurídico.

Sustenta Silveira (2016) que o Direito Penal liberal sedimentado na ocorrência de um dano, verificado *ex post*, modificou-se com a globalização e institucionalização da insegurança, traçando o caminho de incriminalização de condutas antes da ocorrência danosa, ou seja, verificada *ex ante*.

A propósito são as lições de Renato de Mello Jorge Silveira:

> A máxima de que o Direito Penal tem como missão a proteção de bens jurídicos quanto a agressões ou colocações concretas em perigo foi sedimentada na construção do Direito Penal liberal, sendo tomada como um verdadeiro paradigma de que ele se mostra à lesividade ou ofensividade. Em outras palavras, solidificou-se a ideia de se tratar de um Direito Penal de dano (verificado *ex post*). Essa constatação, no entanto, foi bastante modificada com a globalização e a percepção da própria sociedade de risco. Consagrada uma institucionalização da insegurança, traçava-se o caminho para a criminalização de condutas, que não permitem uma perfeita visão de causa-efeito.
> Como se estava a falar e questões supraindividuais, que diriam respeito a uma generalidade indefinida de pessoas, e a bens jurídicos que podem causar impacto a todos, e mesmo a gerações futuras, consagrou-se a noção de que se mostraria fundamental a antecipação da tutela penal para antes da ocorrência danosa. De uma preocupação *ex post,* passou-se para uma preocupação *ex ante*, não raro, unicamente vinculada à posse de determinado produto. (SILVEIRA, 2016, p. 38-39).

Renato de Mello Jorge Silveira destaca que passa à prevenção de riscos em prol de uma almejada segurança que será possível por meio de uma construção de proteção penal *ex ante* e arremata:

> A torelabilidade social pareceu, assim, mudar completamente. A fundamentação da sociedade de risco de Beck, pela qual a mudança em potencial dos riscos atuais seria absolutamente diversa de outras épocas, obrigava, necessariamente, a uma mudança também do Direito Penal. A mais significativa e perceptível deu-se, justamente, pela assunção de uma construção típica unicamente baseada em crimes de perigo, notadamente abstratos. Passou-se a ter, portanto, um Direito Penal nitidamente fundado no perigo, tanto mais no perigo abstrato (SILVEIRA, 2016, p. 39).

Assim, Silveira (2016) mostra que Direito Penal rompe com a concepção clássico-liberal seguida durante todo o século XX na medida em que passa da função de repressão para a de prevenção, posto que o legislador adota o risco e o perigo como institutos de elevada importância e utiliza um amplo leque de crimes de perigo abstrato.

Ocorre que, segundo Silveira (2016), expoentes da Escola de Frankfurt, da qual faz parte Winfried Hassemer, questionam o enfoque à prevenção de riscos:

> Nota-se, no entanto, que alguns autores, em especial da chamada Escola de Frankfurt, como Hassemer, Lüdersen, Albrecht e Herzog, passam a entender que essa edificação de um Direito Penal moderno teria outra sorte de senões, em especial quando tudo parece se focar em prevenção de riscos. Sua crítica se funda na questão de ter ele foco na proteção de bens jurídicos coletivos e na prevenção e orientação de consequências. Isso implicaria o inexorável fato de uma cada vez mais antecipação da proteção penal. (SILVEIRA, 2016, p.41).

Conforme destacado por Silveira (2016), a parte geral do Código Penal não sofreu muitas alterações de modo que acaba por aplicar antigas respostas para novos problemas. Nesse particular, Hassemer (2008) salienta que as alterações advindas da modernidade compreendem uma ampliação das sanções penais com a criação de novos tipos penais, principalmente no campo do meio ambiente, drogas, tributos, comércio exterior e criminalidade organizada. Assim, segundo o autor, a área central das inovações penais é a parte especial, ou seja, os crimes em espécie, tanto no próprio Código Penal quanto na legislação extravagante.

Em relação ao Direito Processual Penal, Winfried Hassemer destaca que embora este setor também passe por reformas, certas áreas como a disciplina da prisão preventiva estão carentes de transformação. Neste estudo, não se pretende adentrar em questões relacionadas à segregação provisória, mas tal afirmação é importante para demonstrar que, assim como o Direito Penal sofre alterações, o Direito Processual Penal também é transformado, para acompanhar a mudanças do Direito Penal material.

Muito embora Hassemer se baseie na experiência vivenciada na Alemanha, não há dúvidas de que o mesmo vale para o Brasil. Conforme dito, o país seguiu as tendências mundiais e, para proteção na sociedade de risco, ampliou, em sua legislação o rol de crimes de perigo abstrato, no entanto, a parte geral do Código Penal e o Direito Processual Penal parecem não acompanhar na mesma velocidade as alterações efetuadas na parte geral e nas legislações extravagantes.

Segundo Silveira (2016), acusa-se o sistema de não funcionar ou de gerar impunidade, quando a real dificuldade é adotar uma correta dogmática que possa orientar as novas construções. Isso porque, para Silveira, não basta a mera criminalização da conduta, que não possui plena eficácia no tratamento penal e que acaba por gerar legislações omissivas.

Silveira (2016) destaca, ainda, que o próprio princípio da proteção de bens jurídicos, com a saída do conceito negativo para o positivo de criminalização, independentemente da necessidade ou não dessa proteção e que Winfried Hassemer “aponta para um inegável déficit de efetividade, dada a assunção de uma função evidentemente simbólica desse novo Direito Penal” (SILVEIRA, 2016, p.41).

A propósito, leciona Hassemer (2008) que quem associa o Direito Penal com efeitos simbólicos desperta suspeitas, porque o referido ramo, que impõe penas e inúmeros custos ao penalizado, nada tem de simbólico.

Ademais, Silveira (2016) vai além, afirmando que “parece bastante evidente que o Direito Penal Empresarial venha a ter lugar em uma zona fronteiriça com um Direito Penal repressivo e utilitarista” quando utiliza amplamente modulações típicas de direito abstrato com uma administrativização do Direito Penal (SILVEIRA, 2016, p.32).

Sem querer adentrar nos crimes em espécie no âmbito econômico, porque estes não são objeto do presente trabalho, é possível inferir das afirmações de Silveira que a determinados crimes econômicos/empresariais são aplicadas penas privativas de liberdade sem a necessidade.

Silveira (2016) sustenta que Winfried Hassemer propõe uma redução do Direito Penal ao seu núcleo mínimo, a um Direito Penal nuclear (*Kernstrafrech*), que cuidaria dos bens jurídicos individuais tradicionais e, para além desses, não seria necessária a intervenção penal. Todavia, segundo Silveira, “essa construção de Hassemer, apesar de sedutora para boa parte da doutrina brasileira, não foi levada à frente, merecendo lugar no campo das boas construções dogmáticas que não geraram efeitos práticos ideais” (SILVEIRA, 2016, p.42).

Sobre o Direito Penal nuclear Winfried Hassemer assim dispõe:

> (1) O Direito penal “clássico” tem um núcleo ideal. Integram esse núcleo as tradições do estado de Direito consubstanciadas na determinação e subsidiariedade do Direito penal, assim como o crime de dano como a forma usual de conduta delituosa.
> (2) Desse núcleo ideal o Direito penal moderno se distancia com velocidade crescente.
> (3) Esse desenvolvimento atrai para o Direito Penal problemas específicos” (HASSEMER, 2008, p.246).

Dito isso, Silveira (2016) ainda vai além e afirma que o autor Roland Hefendehl critica a ideia de um Direito Penal nuclear porque este seria contraditório, na medida em que, apesar de pretender-se a criminalização dos crimes praticados pelos ricos, a almejada pretensão nuclear refere-se à previsão de crimes normalmente praticados pelas camadas menos favorecidas da população. (SILVEIRA, 2016, p. 41-43) Todavia, segundo o autor, a visão de Roland Hefendehl não é adequada, nos seguintes termos:

> Ainda que politicamente interessante, existe um aparente equívoco na leitura de Hefendehl. Ninguém nega que o Direito Penal nuclear tem severos problemas de seletividade, mas o que está colocado em jogo por Hassemer

> é uma unidade lógica do sistema. A aparente perversão imposta aos princípios iluministas finda por viciar o Direito Penal em sua essência, podendo gerar a criação de leituras de um Direito Penal de autor, ou algo pior. É isso que se objeta. Segundo a sua concepção, o Direito Penal moderno, fundado no perigo, seria disfuncional, e contrário aos preceitos de um Direito Penal liberal. Esse é o ponto. Não se defende de modo algum a criminalidade da pobreza, devendo esta ser tratada caso a caso, pois podem existir situações merecedoras de pena e outras não" (SILVEIRA, 2016, p. 43).

Apesar de salientar que o postulado de Winfried Hassemer não gera efeito prático, Silveira (2016) reconhece, em certa medida, que o mencionado doutrinador tinha razão, porque, ao apontar para o déficit de efetividade, Hassemer anteviu sérios problemas que seriam acarretados aos aplicadores do Direito. Sobre o déficit de implementação, Hassemer (2008) afirmou que este significa que as leis não funcionam como deveriam funcionar e que, quando da aplicação destas, há consequências desiguais e injustas.

A propósito, como dito anteriormente, parecia bastar para o Direito Penal a criminalização de condutas de perigo abstrato. Todavia, os aplicadores do Direito perceberam que isso não era suficiente. Passaram a surgir críticas sobre a arbitrariedade na tipificação das condutas e quanto à antecipação da tutela para a mera prevenção de riscos. Além disso, os aplicadores notaram que a ampla utilização dos crimes de perigo abstrato somente acarretou a expansão do Direito Penal, bem como a sobrecriminalização (*overcriminalization*)[1]. Sobre este assunto, Silveira (2016) afirma que a sobreciminalização consiste no aumento da incidência típica com adoção de inúmeras previsões criminais, em especial os delitos de perigo abstrato e os crimes omissivos, todavia, estes últimos não são o objeto do presente estudo.

Assim, em relação às críticas, tem-se a preocupação com a proteção penal da sociedade de risco, ou seja, com a proteção antecipada, porque passa-se de um Direito Penal que valoriza os bens jurídicos para um Direito Penal de Perigo, com controle de eventuais consequências que possam decorrer das ações humanas.

Por oportuno, é importante ressaltar que, na modernidade, as graves transgressões penais causam temor à sociedade que está profundamente preocupada com a segurança pública e cobra do Estado o combate à violência. Hassemer (2008) ressalva que a "criminalidade organizada" e a "criminalidade de

---

[1] No sentido de Silveira, 2016. SILVEIRA.

massa” são fenômenos ameaçadores e reduzem as políticas criminais em políticas de segurança, notadamente os “desejos policiais de exacerbação e ampliação dos meios de combate ao crime. Ademais, a “criminalidade organizada” apresenta-se como “um abre-te-sésamo para desencadear a utilização do arsenal de instrumentos de intervenção da autoridade em nome da prevenção de perigos e da elucidação dos crimes” (HASSEMER, 2008, p. 264 e 266).

Além do mais, Hassemer (2008) destaca que não necessariamente acontecem agressões reais, mas a coletividade é tomada por sentimentos de ameaça de violência, temendo ser vítima da criminalidade, fatores que canalizam as “reivindicações de imediata exacerbação dos meios coercitivos” e a tolerância na relativização dos direitos fundamentais (HASSEMER, 2008, p.276).

Muito embora a sociedade acredite que a solução para os problemas da segurança pública está no Direito Penal e no fornecimento de todos os instrumentos necessários para o combate ao crime, não se pode olvidar que tal afirmação é enganosa, porque os métodos coercitivos utilizados pelas autoridades públicas, apesar de promoverem a falsa sensação de vigilância, não são efetivas no combate à criminalidade.

A respeito, Silveira (2016) ressalta que, sob o fundamento de proteção de bens supraindividuais como o meio ambiente e economia, a facilidade de persecução penal é acentuada, tornando simbolicamente mais fácil a efetividade da norma penal, tal impressão não se mostra real. Isso porque inúmeros problemas de legitimidade acabam surgindo, sendo questionadas as formulações de perigo.

Não bastasse isso, Silveira (2016) destaca que a discussão sobre o *delicta in se* em contraposição ao *delicta mala quia prohibita*, ou seja, sobre o conteúdo da lei ser moralmente neutro, parecia ter sido superada, todavia, tal questão retomou vigor “em meio ao debate sobre a validade e legitimidade do Direito Penal expandido e hipertrofiado da sociedade de risco” (SILVEIRA, 2016, p. 61).

Sobre o tema, explica Silveira (2016) que, conforme o *Black´s Law Dictionary, delicta mere prohibita* significa os delitos cuja proibição deriva exclusivamente da Lei, não sendo explicitamente morais, mas apenas taxados como crimes, enquanto os *delicta mala in se* guardam real imoralidade. Assim, o Direito Penal moderno parece ter se voltado as leis *mala quia prohibita,* as quais são muito artificiais.

Conforme afirmado por Silveira (2016), as consequências da destacada hipertrofia do Direito Penal, são a criação de tipos penais abertos e leis penais em

branco e, citando Jeremy Horder, “o aumento descomunal das previsões penais, muitas vezes deslocadas de uma racionalidade, sendo formatados, pois, crimes ilegítimos, burocráticos e, não raro, ficcionais *“.* (HORDER *apud* SILVEIRA, 2016, p. 65).

Para Hassemer (2008), o interesse da sociedade de risco na minimização da insegurança e no comando global dos processos complexos, atingem não só as políticas criminais, mas toda a teoria do Direito Penal e do bem jurídico. Isso porque, a fim de satisfazer o ideal da prevenção, o legislador trai a concepção do Direito Penal de proteção de bens jurídicos, frauda a confiança da população na tutela penal e cria políticas criminais preventivas ao invés de rechaçá-las. O Direito Penal que antes se ocupava da lesão de bens jurídicos, passa a orientar-se de maneira diferente, com ameaça de punição “associada quase exclusivamente a riscos, normalmente riscos abstratos” (HASSEMER, 2008, p.291).

Acerca da alteração da função do Direito Penal de proteção de bens jurídicos para a prevenção de certas condutas, Hassemer leciona:

> A *proteção dos bens jurídicos* transformou-se, no Direito penal moderno, de um critério negativo em um critério positivo de criminalização. Aquilo que classicamente foi formulado como um critério crítico frente ao legislador penal que pretendesse exercer sua atividade criminalizadora sem fundamentá-la na proteção de um bem jurídico específico, agora se converteu numa exortação ao legislador para criminalizar certas formas de conduta. Assim, subverte-se totalmente a função crítica do princípio da proteção de bens jurídicos.
> (...)
> O princípio da proteção dos bens jurídicos deixa de ser uma proibição condicionada de criminalizar para se converter num mandamento de criminalizar, de um critério negativo, transforma-se num critério positivo de criminalização” (HASSEMER, 2008, p. 249-250).

Hassemer ainda destaca que a ideia de prevenção foi alterada quando da mudança do Direito Penal clássico para o moderno e o autor critica a referida alteração:

> A *prevenção,* no Direito Penal clássico, limitava-se a uma posição de critério acessório de realização da justiça penal. Hoje ele se converteu no paradigma penal dominante. Ora, com esse desenvolvimento, torna-se cada vez mais difícil reconhecer e assegurar os princípios da proporcionalidade entre o delito e a pena e da igualdade de tratamento. (HASSEEMER, 2008, p.250).

Nesse passo, imprescindível destacar que Hassemer sustenta que a modernidade converteu o Direito Penal em instrumento de solução de conflitos, baseado na opinião pública, e não mais se distingue de outros instrumentos de solução de conflitos, nos seguintes termos:

> Em síntese, a "dialética da modernidade" converteu o Direito penal num instrumento de solução de conflitos, o qual, a percepção da opinião pública, não mais se distingue de outros instrumentos de solução de conflitos, quer pela sua utilidade, quer pelos perigos que encerra. A despeito de seus instrumentos perigosos, o Direito penal acaba se transformando em *soft law* uma lei brandam destinada a dirigir a sociedade. As expectativas de solução de problemas dirigidas ao Direito penal se expandem incontrolavelmente. Visto assim, o Direito Penal se tornou "novo", pelo menos nas esperanças que "suscita". (HASSEMER, 2008, p.251).

E, de fato, a concepção de Hassemer é verdadeira. O Direito Penal que antes possuía a função de proteção de bens jurídicos, interesses essenciais à sociedade e em consonância com a Constituição, agora parece preocupar-se, de forma abrangente, com a proteção de todas as relações sociais e das instituições.

Vale registrar o entendimento de Faria Costa no sentido de que o Direito Penal sempre sofreu profundas alterações em cada momento histórico, seja com a descriminalização ou a neocriminalização de condutas, sendo que, com a intensificação das relações sociais, surgiu a figura inovadora do perigo, nos seguintes termos:

> Com efeito, o direito penal sempre conheceu, através dos séculos, movimentos que oscilaram entre a descriminalização e a neocriminalização. Neste momento histórico não se passam as coisas de modo diferente. Ao lado do forte e salutar movimento de descriminalização que se começou a operar a partir da década de sessenta também, nessa época, despontou um movimento de sinal contrário que levou a que novas condutas começassem a ser criminalizadas. E criminalizadas através, o que é deveras interessante, de formulações dogmáticas, também elas inovadoras. Quais sejam: os crimes de perigo, nomeadamente os crimes de perigo comum, de perigo abstracto, de perigo concreto ou mesmo de perigo abstracto-concreto. (COSTA, 2000, p. 311-312).

Muito interessante é o disposto por Hassemer no sentido de que as condutas eleitas pelo Estado como proibidas não possuem meramente a função de reprimir e minimizar a prática delituosa. Para Hassemer, vistas com mais profundidade, as proibições estatais "encobrem culturas e morais que simbolizam estilos de vida específicos, os quais, por via das proibições penais, acabam conquistando um espaço social mais amplo" (HASSEMER, 2008, p. 211).

A sociedade pressiona o Estado na adoção do Direito Penal para solução de problemas. “Indicativo desse desenvolvimento são as atuais reivindicações de se utilizar o Direito penal como instrumento de pedagogia popular, isto é, para ‘sensibilizar’ as pessoas” (HASSEMER, 2008, P.250).

Nesse contexto, Hassemer (2008) aduz que o legislador é pressionado para atender resultados que melhorem a prevenção e, por este motivo, acaba “buscando o alívio de seu fardo” na criação dos delitos de perigo abstrato (HASSEMER, 2008, p.228).

Leciona o doutrinador:

> Os crimes de perigo abstrato parecem prometer esse alívio, e, por isso, em todos os campos da Política criminal aqui abordados, eles como que suplantaram inteiramente os clássicos crimes de resultado. Em primeiro lugar, eles encobrem a eficácia fática do Direito penal para a proteção de bens jurídicos, na medida em que rompem a necessária relação entre conduta incriminada e bem jurídico ofendido. Ilícito penal não é mais a causação de um dano, e sim uma atividade que o legislador incrimina. Se este, na escolha e descrição da atuação incriminada, conseguiu conjurar o risco para o bem jurídico penal ou errou o alvo, trata-se de uma indagação que não pode ser discutida no plano da concretização da norma, mas apenas como fator a ser considerado por ocasião da avaliação do legislador. (HASSEMER, 2008, P. 228).

E Hassemer vai além:

> Em segundo lugar, os crimes de perigo abstrato aliviam os obstáculos postos pela imputabilidade ao programa preventivo. Eles prescindem da prova do dano (e, com isto, também da prova da aptidão causal do comportamento) e, consequentemente, simplificam a imputabilidade. (HASSEMER, 2008, p. 229).

Não bastasse o legislador adotar crimes de perigo abstrato como ideal de prevenção, Hassemer aduz que a sensação de criação e aplicação de leis penais funciona como um “blefe”, porque também são uma saída do legislador para a “salvação do dilema da prevenção do Direito penal moderno” (HASSEMER, 2008, p.230). No entanto, Hassemer se posiciona contrariamente à tendência de modernização, ampliação e operacionalização do Direito Penal, ou seja, como instrumento da política de segurança pública, porque tais circunstâncias afastam o referido ramo dos seus limites clássicos. O autor acredita que o Direito Penal é um instrumento totalmente inadequado para apoiar os objetivos políticos, controlar situações problemáticas ou prover a ampla prevenção das situações perigosas. Para o doutrinador, os crimes de perigo abstrato são a modalidade mais utilizada na

modernidade e os delitos de perigo concreto e de dano parecem formas totalmente superadas. E Hassemer justifica a preferência do legislador em adotar crimes de perigo abstrato:

> É fácil compreender por que o legislador emprega esse meio. A modalidade de delito de perigo abstrato facilita extraordinariamente o emprego do Direito Penal. Quando se abdica da prova do dano, também se dispensa a prova do nexo de causalidade. Consequentemente, resta apenas a tarefa de provar a conduta, cuja periculosidade não se situa no âmbito da livre convicção do juiz, porquanto foi ela o motivo que determinou a opção do legislador pela incriminação da conduta. A tarefa do juiz fica extraordinariamente simplificada. (HASSEMER, 2008, p. 253).

A predileção dos bens jurídicos universais em detrimento dos individuais e a proliferação dos delitos de perigo abstrato são problemas que, Winfried Hassemer, alega que não podem ser subestimados. Primeiro porque, a longo prazo, a percepção do injusto penal é reduzida, já que as descrições penais atuais preferem as incriminações com vítimas indeterminadas ou até sem vitimas, não sendo necessário, ademais, o dano para a configuração do crime. Assim, o injusto penal, em muitos casos, não mais necessita da análise dos seus elementos. Em segundo lugar, porque a ampla utilização dos delitos de perigo abstrato dificulta a defesa do acusado. Por fim, porque há delitos de perigo abstrato com penas máximas abstratamente cominadas muito altas, porque não há aconselhamento especializado e “os tipos penais não são mais cuidadosamente esculpidos nem sanções penais aperfeiçoadas são pesquisadas” (HASSEMER, 2008, p.288).

Assim, o emprego do Direito Penal, na visão de Hassemer, somente é permitido quando o ilícito já se consumou e não como resposta à reivindicação de meios de coerção mais efetivos, como ocorre na atualidade. No mesmo sentido Faria Costa (2000) dispõe que, do vasto quadro de bens que a ordem jurídica encerra, nem todos são merecedores da tutela penal (FARIA COSTA, 2000, p. 273) e que “outros ramos do direito podem conseguir efeitos dissuadores muito mais significativos” (COSTA, 2000, p.313).

No entanto, para Faria Costa (2000), a norma penal, ao proibir comportamentos que nada mais são do que “exteriorizações de intersubjectividade” na relação do “eu” para com o “outro”, expressa um dos meios que a sociedade considera relevante para que a paz se restabeleça, o que retoma a função pacificadora, na superação dos conflitos inerentes à comunidade. Em razão desses

conflitos e tensões o ordenamento torna-se dinâmico. Todavia, Faria Costa sustenta que embora o Direito Penal deva postular-se sempre com uma ordem aberta de valores historicamente situados, a postura de tornar o ordenamento penal em um receptor de valorações que lhe são estranhos é metodologicamente incorreto (FARIA COSTA, 2000, P. 284).

Segundo Silveira, em um primeiro momento de constatação, considerou-se que a sociedade de risco como causa da “metamorfose do Direito Penal clássico em uma nova entidade que se preocupava notadamente com a antecipação da resposta em termos de perigo abstrato”. Mas, “a complexidade social acabou ampliando desmedidamente os riscos, sendo que estes abarcam diversas dimensões, muito para além do que se podia inicialmente imaginar” e, nesse contexto, “a preocupação passou a ser outra e a tentar buscar a guarida de controle e vigilância” (SILVEIRA, 2016, p.247). O autor menciona essa segunda alteração do Direito Penal em razão da proliferação dos delitos omissivos, que não são objeto do presente estudo que está adstrito à análise das implicações da incidência dos crimes de perigo abstrato no ordenamento jurídico. No entanto, o posicionamento do doutrinador demonstra o quanto o Direito Penal moderno foi influenciado pela complexidade das relações sociais e pela sociedade de risco, sendo a resposta estatal à insegurança dada com a criação dos crimes de perigo abstrato e antecipação da tutela penal.

Como visto, o Direito Penal que, na sua concepção clássica, somente deveria ser adotado como *ultima ratio*, na modernidade, a fim de atender aos anseios da sociedade, torna-se *prima ratio* na solução dos conflitos sociais, como instrumento garantidor da almejada segurança pública e preocupado com a produção de consequências.

Sobre a busca pela produção de consequências no campo Penal, leciona Hassemer:

> Essa tendência, por seu turno, relaciona-se com a nova função do Direito penal de atuar com o propósito de produzir consequências. A característica clássica da reação penal, de atuar equitativamente, com proporcionalidade e distanciamento dos fatos, passo a ocupar o segundo plano. Ao invés de uma resposta ao injusto, com o propósito de repará-lo mediante uma reação adequada, o Direito penal moderno prefere a prevenção de ilicitudes futuras ou até mesmo a esconjuração de grandes distúrbios futuros. Falando de uma forma emblemática, o Direito penal, a partir de agora, não quer mais ser uma resposta adequada a um injusto pretérito e sim um instrumento de controlar o futuro. As estruturas de pensamento e atuação do Direito penal abandonam um padrão normativo para assumirem qualidades empíricas”. (HASSEMER, 2008, p.255).

Silveira (2006) afirma que a mencionada perspectiva se aproxima e muito da ideia de um Direito Penal do autor, assim salientando:

> A quebra completa de um ideal democrático, antecipando-se a tutela penal aquém da agressão de um bem jurídico, em situações limítrofes, como inicialmente pretendia Jakobs, quase como em uma situação de Direito Penal de emergência, ou para a mantença do organismo social atual, como ao depois formulou, parece por demais temerário. Quando modifica seu pensamento, passa a aceitar por certa a justificação do uso atual das tipificações de perigo, situação, ao seu ver, irreversível. Assim o faz por entender que além de se buscar uma defesa, não ao bem jurídico, mas sim à vigência da norma penal, o que se está a defender é uma segurança do próprio Estado, ou seja, o evitar ocorrência de fatos que podem prejudicar a coletividade, lembrando, em muito, a situação presencial de um Direito Penal de autor" (SILVEIRA, 2006, p.45).

Não só de críticas são as lições de Hassemer. O autor também aponta soluções concretas para os problemas atinentes ao Direito Penal da modernidade propondo, em síntese, o retorno a um Direito Penal nuclear, pertencendo a este todas as lesões aos clássicos bens jurídicos individuais e as exposições graves a perigos visíveis. O doutrinador não exclui do Direito Penal a tutela dos bens jurídicos universais, no entanto, estes deverão ser definidos com a maior precisão possível.

Além do mais, Hassemer também propõe a retirada do ordenamento penal das questões relacionadas às contravenções penais, ao Direito Civil e Administrativo. Em relação à segurança pública, Hassemer assevera que os remédios para a criminalidade não são a criação de tipos penais de perigo, mas a prevenção técnica, o policiamento ostensivo, a criação de oportunidades aos jovens, bem como as inovações no campo da política de drogas (HASSEMER, 2008, p.267).

O doutrinador ainda defende que a política de segurança pública, além de estar associada a outras políticas criminais como assistência ao usuário de drogas, deve buscar a proteção dos direitos fundamentais e dos Direitos Humanos. Neste particular, as restrições aos direitos fundamentais devem ser pesadas cautelosamente e não podem ser negligenciadas como ocorre na atualidade "no calor das paixões com que as posições são defendidas" (HASSEMER, 2008, p.283). A atividade investigatória e a atuação da polícia pode sim ocorrer, mas em observância aos direitos fundamentais, sem intervenções exageradas na liberdade dos cidadãos.

Apesar de apresentar tais propostas, o autor se mostra bastante pessimista com a mudança no Direito Penal, porque este está mais preocupado com os

interesses da sociedade e não do indivíduo e com a efetividade mais do que a normatividade.

Não obstante tais críticas há autores que defendem a possibilidade de adoção dos delitos de perigo abstrato no ordenamento jurídico. A propósito, Silveira (2006) cita o autor Bernd Schünemann, o qual “percebendo certa valia em tais construções, afirma que a mudança conceitual dos clássicos delitos de resultado para os delitos de perigo deriva da própria mudança por que passo a sociedade, ainda mais se tendo em vista as particularidades da sociedade de risco” (SCHÜNEMANN *apud* SILVEIRA, 2006, p. 69).

Conclui-se que a maior intervenção penal na sociedade contemporânea foi fortemente criticada, recebendo, inclusive, a denominação de administrativização do Direito Penal. Isso porque, o Direito Penal que antes possuía tão somente a finalidade de proteção de bens jurídicos e de retribuição, passou a ter, na modernidade, a função preventiva. Todavia, a função de prevenção não é de todo uma aberração, e pode ser adotada, desde que de forma moderada, diante dos novos problemas colocados na sociedade hipercomplexa, quando houver lesão ou colocação em perigo de bem jurídico relevante para a comunidade.

2.5 Os crimes de perigo abstrato como causa da expansão do Direito Penal

Conforme visto, as inúmeras modificações na sociedade moderna acarretaram mudança também no Direito Penal, proporcionando, em razão do termo sociedade de risco, a antecipação da tutela penal para garantia da sensação de segurança.

O autor Arantes Bozola (2015) salienta que a expansão do direito penal é caracterizada pela utilização dos crimes de perigo abstrato “como técnica de construção legislativa empregada para o enfrentamento dos novos contextos de risco”, a qual exerce profunda influência no Direito Penal (ARANTES BOZOLA, 2015, p. 9).

Será demonstrado a seguir que a eleição dos crimes de perigo abstrato pelo legislador foi criticada por diversos autores, mas também defendida. Além do mais, há doutrinadores que possuem posição intermediária em relação à tipificação abstrata, sendo os referidos posicionamentos mencionados.

2.5.1 Correntes que criticam a adoção dos crimes de perigo abstrato no Direito Penal moderno

As críticas aos delitos de perigo abstrato são inúmeras, havendo negação da expansão do Direito Penal mediante a adoção de tal modalidade delituosa no âmbito da sociedade de risco, porque a mencionada expansão não estaria em consonância com a finalidade do próprio Direito Penal. Isso porque é declarada a punição de um crime tornando-se dispensável o resultado, bastando a mera prática da conduta para que ocorra sanção.

Anteriormente, foi dada maior atenção aos estudos e crítica de Winfried Hassemer aos crimes de perigo abstrato, porque, para o autor, não é tarefa do Direito Penal a segurança geral, mas a imputação de crime a uma pessoa. A propósito, "para Winfried Hassemer, o Direito Penal representa uma instância formal de controle social", sendo que "a finalidade precípua do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, conceituados estes como interesses humanos carecedores de proteção penal" (BOZOLA, 2015, p. 90).

Nesse contexto, Winfried Hassemer defende que somente os bens jurídicos individuais devem ser protegidos, sem negar a existência dos bens jurídicos supraindividuais, da coletividade ou do Estado, mas desde que estes sejam apreciados a partir da pessoa humana. Winfried Hassemer entende 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", sob pena de caracteriza-se como um Direito Penal simbólico (BOZOLA, 2015, p. 90).

Além do mais, dispõe Bozola:

> 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 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 Público.
> 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 abstrato. 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-industriais. (BOZOLA, 2015, p. 92-93).

Em relação à política criminal da modernidade, Hassemer (2008) destaca a tendência à subjetividade, desde a metade da década de 1960, na elaboração pelo legislador de normas imprecisas e genéricas no plano do Direito Penal. Hassemer ainda afirma que o Direito Penal passou a ser considerado um *"superinstrumento da política social e econômica"* (HASSEMER, 2008, p.142), ou seja, como instrumento de solução dos conflitos com a produção de consequências desejadas e influência sobre a criminalidade.

Nesse contexto, Hassemer (2008) aduz que o Direito Penal moderno busca a "defesa da ordem jurídica" por meio da teoria da prevenção geral positiva, visto que, mais do que o "adestramento" e modificação do comportamento do condenado, há uma difusão simbólica aos destinatários das normas penais.

Sobre a prevenção geral positiva Hassemer leciona:

> [...] não se trata aqui apenas de uma concretização instrumental do Direito penal e da justiça penal, mas sim, por meio deles, do atingimento de fins preventivos especiais e gerais: transmitir ao condenado o sentimento de sua própria responsabilidade, proteger os valores ético-sociais mais caros à população e fortalecer as convicções ético-sociais. Trata-se, em síntese, da afirmação do Direito e da promoção do respeito geral à lei (HASSEMER, 2008, p.217).

Além de Hassemer, observa-se que outros autores também apresentam inúmeras críticas à intervenção penal por meio da adoção dos crimes de perigo abstrato. O doutrinador Wolfgang Naucke (2015, p. 93) baseado em uma teria sociológica de controle, bem como na interpretação da filosofia jurídica, entre que o Direito Penal não pode se prender ao arbítrio do legislador ou em razões políticas, mas ao próprio conceito de lei penal. (NAUCKE, 2000, p.545-549) Desse modo, é necessário arquitetar a legalidade penal, em um limite rígido, determinado apenas pela razão e, de modo algum, pela política, porque esta "e seu pensamento utilitarista apresenta a eterna tendência de restringir cada vez mais a liberdade dos cidadãos em nome do controle do crime" (BOZOLA, 2015, p. 93). Assim, para Wolfgang Naucke (2000) o Direito Penal não pode ser influenciado por política-criminal, devendo ser calcado na criminalidade apenas de fatos que sejam suficientemente graves para legitimar uma pena retributiva. Os mencionados fatos são previamente

reconhecidos como aqueles que atentem contra a liberdade ou dignidade da pessoa. Em relação aos delitos de perigo abstrato, estes não podem ser adotados no âmbito penal, porque “a utilização da legalidade penal nesse setor significa abusar dela, o que gera uma invasão ilegítima de concepções policialescas o vulnerável Direito Penal do Estado de Direito” (BOZOLA, 2015, p. 93).

Por sua vez, os autores Klaus Lüderssen, Peter-Alexis Albreccht, Cornelius Prittwits e Felix Herzog, todos da Universidade de Frankfurt também criticam a expansão do Direito Penal com a adoção dos crimes de perigo abstrato. (BOZOLA, 2015 p.95-96). Em apertada síntese, Klaus Lüderssen entende que o Direito Penal deve ser substituído por um direito de intervenção não punitivo, não havendo que se falar em finalidade da pena como prevenção geral ou mesmo retribuição. Já Peter-Alexis Albreccht critica o Direito Penal moderno, aduzindo que este é, em grande parte, simbólico “encontrando-se nas mãos da política populista, como instrumento de campanha eleitoral”, sendo afastadas as garantias do Estado de Direito. Em relação aos crimes de perigo abstrato, estes estão longe de assegurar a segurança porque diante do afastamento das garantias do Estado de Direito com um Estado de Polícia, dão ao Direito Penal moderno uma tarefa preventiva, afastando-o do Direito Penal clássico repressivo. “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 reduzido” (BOZOLA, 2015, p. 95).

No que se refere a Cornelius Prittwits, o autor alemão aduz, em síntese, que o Direito Penal é o pior aliado para a solução dos problemas existes na sociedade de riscos e, ao atuar nesse sentido, afasta-se do Direito Penal clássico e na luta aos perigos que realmente devem ser combatidos. Sustenta, ademais, que o Direito Penal moderno é simbólico e enseja uma falsa sensação de segurança. Por fim, na mesma linha de pensamento, Felix Herzog afirma que “a atuação do Direito Penal para resolver os problemas da sociedade não traz paz social alguma. Ademais, borra as fronteiras entre o Direito Penal e o Direito de Polícia, tendendo ao totalitarismo”. Por fim, entende “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 jurídicas” (BOZOLA, 2015, p. 97).

Por fim, destaco o entendimento de dois autores brasileiros. Ilha da Silva (2003) apresenta uma crítica destacando que, no campo prático, o legislador utiliza

crescentemente a tutela de bens jurídicos mediante a incriminação com o modelo de crimes de perigo abstrato. O doutrinador sustenta, ainda, que tal tendência legislativa é preocupante e reflete a falta de técnica dos elaboradores das leis. Neste particular, Ilha da Silva (2003) não defende a abolição completa dos crimes de perigo abstrato, defendendo que há novos bens jurídicos como o meio ambiente e a ordem econômica que devem ser preservados por meio do referido modelo legal, sem que haja violação ao princípio da lesividade.

Ângelo Roberto Ilha da Silva dispõe:

> (...) ao constatar-se a necessidade de incriminar, por meio de tipos de perigo abstrato, certas condutas que, isoladamente, não sejam danosas em um nível relevante ou empiricamente perceptível, mas, que somadas, apresentem um dano relevante, não se poderia imputar ao legislador um desatendimento ao princípio da lesividade (SILVA, 2003, p.97).

Gomes (2012) frisa a problemática em relação aos crimes de perigo abstrato. Isso porque, a concepção do delito como uma conduta ofensiva, é um limite ao legislador para que antecipe a tutela penal, que, por natureza, deve ser subsidiária. Destaca, todavia, que os crimes de perigo abstrato estão sendo amplamente utilizados pelo legislador, acarretando problemas de legitimação, em violação aos princípios da ofensividade e intervenção mínima. Dessa forma, Gomes (2012), à luz do princípio da ofensividade, defende uma revisão do sistema jurídico-penal, não só das normas, mas também das orientações doutrinárias e das políticas criminais, a fim de evitar a excessiva expansão do sistema punitivo.

Apesar de tais críticas, serão demonstrados autores que defendem a adoção dos crimes de perigo abstrato no ordenamento jurídico-penal.

2.5.2 Correntes que defendem a adoção dos crimes de perigo abstrato no Direito Penal moderno

Não obstante as críticas à adoção dos crimes de perigo abstrato no Direito Penal moderno há autores que defender a possibilidade de adoção da mencionada figura delitiva, como tentativa de combates os novos riscos no Direito Penal na sociedade contemporânea que possam afetar bens jurídicos.

Dentre os autores que defendem a tipificação dos delitos de perigo abstrato é possível citar Urs Kindhäuser, Günther Strantenwerth, Klaus Tiedemann, Lothar

Kuhlen e Dietrich Kratzsch [2]. Com efeito, Urs Kindhäuser sustenta que é possível construir a ideia dos crimes de perigo abstrato com base na proteção de bens jurídicos. Isso porque, o perigo está associado à probabilidade de lesão a bem jurídico, sendo o Direito Penal da segurança a forma de proporcionar estabilidade à sociedade de risco, não devendo a referida segurança ser proporcionada apenas pelas instâncias administrativas. O autor entende que a segurança é um bem jurídico-penal, de modo que a possibilidade de lesão à segurança legitima a antecipação da tutela penal. A propósito dispõe Bozola sobre a teoria de Urs Kindhäuser:

> Partindo dessa 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, 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 indivíduo.
> 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 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 mesmos. (BOZOLA, 2015, p.99).

Em suma, Urs Kindhäuser não pretende transformar os delitos de perigo em lesão, ou elevar a segurança como um dos mais importantes bens jurídicos, mas estabelece que a segurança é um critério a se adotar para averiguar a possibilidade de dano a bem jurídico.

O doutrinador Günther Strantenwerth entende que o Direito Penal pode contribuir para conter os grandes perigos da modernidade. Destaca que o Direito Penal clássico era baseado apenas na proteção de danos individuais, sendo obsoleto em relação aos novos problemas, portanto, atuais riscos devem ser combatidos com maior intervenção. Isso não significa que o Direito Penal irá se afastar das suas funções clássicas, mas é insustentável a teoria de que as normais penais que não protegem bens jurídicos são ilegítimas. Para Günther Strantenwerth, diante da importância de bens de caráter indeterminado como o meio ambiente, “devem ser reconhecidos delitos sem afetação de bem jurídico, violações ou normas comuns de comportamento, naqueles setores em que a consciência da danosidade de tais condutas esteja amplamente difundida entre a população” (BOZOLA, 2015, p. 101).

---

[2] Bozola, Os crimes de perigo abstrato no direito penal contemporâneo, p. 98-107.

As lições de Klaus Tiedemann são no sentido de que o Direito Penal não pode desconhecer a existência de lesividade que foge da criminalidade convencional. Sustenta que a ordem econômica e o meio ambiente são bens jurídicos coletivos, de “valores comunitários autônomos”, que são dignos da tutela penal. Assim, segundo o autor, o legislador está legitimado a utilizar não só do Direito Civil e Administrativo, mas também do Direito Penal para a proteção dos bens jurídicos coletivos, em uma nítida revisão ao princípio da subsidiariedade ou *ultima ratio*. Nesse contexto, se o Legislador decidiu proteger os bens coletivos, entendendo que a utilização do Direito Penal era o meio mais idôneo, a decisão deve ser respeitada, não havendo que se falar que os limites constitucionais foram ultrapassados. O autor defende, ainda, a adoção dos crimes de perigo abstrato para a proteção de bens jurídicos, bem como a renúncia à causalidade, na medida em a mera ação que possa violar bens coletivos será suficiente para ensejar punição. Desse modo, resta demonstrada a finalidade preventiva com a antecipação da punibilidade.

Em síntese, o autor Lothar Kuhlen entende a legitimidade e eficiência dos delitos de perigo abstrato diante da capacidade do Direito Penal de solucionar os novos problemas sociais.

Por fim, o doutrinador Dietrich Kratzsch entende que o Direito Penal é um ótimo meio para reduzir perturbações, porque já que a finalidade do referido ramo é a proteção de bens jurídicos, cabe a utilização de crimes de perigo abstrato no ordenamento pelo legislador, com a proibição de ações como antecipação de medidas para evitar perigo, protegendo-se, via de consequência, os bens jurídicos.

2.5.3 As correntes intermediárias

Existindo os autores que defendem e os que negam a possibilidade de adoção dos crimes de perigo abstrato no Direito Penal moderno, ainda há doutrinadores como Claus Roxin, Günther Jakobs, Bernd Schünemann e Roland Hefendel que, em suma, reconhecem a legimidade na tipificação abstrata, mas afastam algumas de suas peculiaridades.

Primeiramente, Claus Roxin defende que a finalidade do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, reconhecendo, inclusive, a existência dos bens jurídicos coletivos. Afirma que é possível a intervenção do Direito Penal para solucionar os

problemas inerentes aos riscos na sociedade moderna, desde que sejam preservados o bem jurídico e os princípios do Estado de Direito. Afinal, não pode o "Direito Penal ignorar as mudanças da situação do mundo, mas si integrá-las em suas ideias. Todavia, a tal proteção deve se dar em *ultima ratio*" (BOZOLA, 2015, p. 109). Nesse contexto, sustenta que sendo colocado em risco o futuro da coletividade, mas do que o individual, é necessária a ampliação no estudo do perigo. Assim, a ideia de bem jurídico poderá ser relativizada, mas não abandonada. Ao conceituar os delitos de perigo abstrato, Roxin estabelece a existência de uma conduta reconhecida como tipicamente perigosa será penalizada, para evitar lesões e perigos, sem que, no caso em questão, ocorra a efetiva produção de resultado ou perigo concreto. (ROXIN, 2011, p.208-209)

Sobre os estudos de Claus Roxin, Arantes Bozola dispõe:

> 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 delito. (BOZOLA, 2015, p. 109).

Diante do exposto, Claus Roxin defende a legitimidade dos crimes de perigo abstrato, porque estes buscam a proteção de bens jurídicos em estágio de perigo, todavia, deve ser observada a referência do bem jurídico à luz do Estado de Direito.

Por sua vez, Günther Jakobs entende 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)". (BOZOLA, 2015, p. 110) Desse modo, o objeto de tutela do Direito Penal é a Lei Penal em si mesma, sendo a pena a confirmação da validade da norma infringida. Assim, o Direito Penal não se presta à proteção de bens jurídicos. Esses somente serão objeto do Direito Penal quando ameaçados por agressões. Ressalta que, á luz de uma sociedade complexa, não basta a tipificação de delitos de lesão a bens jurídicos, existindo necessidade de estabelecer que certas condutas são perigosas e devem ser sancionadas. Destaca que o perigo abstrato, anteriormente, era visto como mera infração à ordem pública, todavia, posteriormente, foi elevado à categoria

de crime de perigo abstrato. Pondera que a segurança não é mero fruto da atividade policial, mas um direito a ser assegurado e exigido do e pelo Estado. (GUNTHER, 2003, p. 25-26)

Nesse contexto, os crimes de perigo abstrato não apenas perturbam a ordem pública, mas passam a lesionar um direito de segurança. Ocorre que “criminalizações antecipadas só serão legítimas na medida em que respeitarem os limites da esfera privada dos cidadãos” (BOZOLA, 2015, p. 112).

Além do mais, Bern Schünemann defende que é possível implementar as ideias iluministas no Direito Penal moderno e, baseia-se na ideia de contrato social, sendo os seres humanos atuais e as gerações futuras partes neste contrato, para a proteção do meio ambiente e outros valores essenciais. O autor critica o individualismo e defende os bens jurídicos coletivos, sobretudo em um avançado cenário de alta tecnologia, devendo o Direito Penal se encarregar de solucionar os problemas da sociedade contemporânea. Bern Schünemann propõe, dessa forma, uma modernização do Direito Penal, direcionada também para as classes altas e não só para as baixas, diante das novas condições atinentes à sociedade contemporânea. Sustenta a necessidade de relativização do princípio da *ultima ratio*, mas ainda assim demonstra uma postura garantista ao salientar que há falsos bens jurídicos que não merecem tutela no Direito Penal. Por fim, é importante salientar a proposta de Bern Schünemann em relação aos crimes de perigo abstrato, assim sintetizada por Túlio Arantes Bozola:

> Primeiramente, deve-se selecionar uma conduta especialmente visível e controlável como “ponto de dispersão” coletivo de perigos incontroláveis 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 princípio da proporcionalidade. (BOZOLA, 2015, p. 116).

O último autor que será citado como expoente das posições intermediárias é Roland Hefendel, o qual afirma que há bens jurídicos individuais e coletivos que podem ser tutelados pelo Direito Penal. Defende, para a tipificação abstrata, o trabalho conjunto entre o bem jurídico e a estrutura do delito, caso contrário, poderá haver problemas de legitimidade na proibição. (HEFENDEL apud BOZOLA, 2015, p.90).

No que se refere a autores brasileiros, Silveira (2003) sustenta que a antecipação da tutela no Direito Penal causa preocupação, visto que a dimensão tradicional do *crimen mala in se* passa ao *crimen mere prohibita.* O autor ressalta que o injusto será dado por uma lesão ou colocação de um bem jurídico em perigo, com o desvalor da ação e do resultado, sendo que a adoção de uma criminalização em âmbito prévio ao injusto com o mero desvalor da ação configura o crime de perigo abstrato. Nesse contexto, considerando que o Direito Penal é norteado pelo princípio da intervenção mínima, é patente que a agressão deve se dar de forma significativa, merecedora de sanção.

Vale frisar que Silveira (2003) afirma que “a ideia de proteção antecipada a uma lesão é um tanto paradoxal em dias em que se prega a mínima intervenção” (SILVEIRA, 2003, p.105), todavia, a nova criminalidade das sociedades pós-industriais propiciou o avanço desse estudo.

Diante das teorias que rechaçam, que defendem e as posições intermediárias em relação aos crimes de perigo abstrato, é prudente, antes de adotar um posicionamento acerca da legitimidade de tais delitos, um estudo acerca dos crimes de lesão e de perigo, bem como do conceito de perigo na perspectiva do doutrinador português José Francisco de Faria Costa.

3 OS CRIMES DE LESÃO, DE PERIGO CONCRETO E DE PERIGO ABSTRATO

Conforme visto quando do estudo do conceito de lesividade, existem condutas que, por não acarretarem ofensa a bens jurídicos, não merecem a atenção do Direito Penal. Todavia, existem ações que causam danos ou colocam em perigo os bens jurídicos essenciais à vida em comunidade, o que legitima, portanto, a intervenção penal.

3.1 Diferenciação entre os tipos de lesão e os tipos de perigo

Os tipos penais podem descrever condutas que causem lesão a bem jurídico, mas, além disso, também podem descrever atos que causem perigo de lesão aos bens, recebendo, dessa forma, a denominação tipos de perigo.

Nesse contexto, segundo Zaffaroni e Pierangeli (2010), a afetação do bem jurídico é um requisito da tipicidade penal e limita a tipicidade legal, visto que, se uma norma tem como fundamento a tutela de um bem jurídico, não pode incluir em seu âmbito de proibição condutas que não afetem bem jurídico. Em síntese, para que seja penalmente típica, uma conduta deve afetar bem jurídico.

Ainda segundo os mencionados autores, *"a afetação do bem jurídico pode ocorrer de duas formas: de dano ou lesão e de perigo"* (p.488) e que correspondem à classificação dos tipos penais em tipos de dano e tipos de perigo. Afora isso, Conforme salientado por Zaffaroni e Pierangeli (2010), restará configurada a lesão quando "a relação de disponibilidade entre o sujeito e o ente foi realmente afetada, isto é, quando, efetivamente, impediu-se a disposição, seja de forma permanente (como ocorre no homicídio) ou transitória". Por outro lado, "há afetação do bem jurídico por perigo quando a tipicidade requer apenas que essa relação tenha sido colocada em perigo".

Eduardo Correia sustenta que "considerados os interesses significativos para o direito criminal e os objectos que o encaram, pode a lei exigir sua lesão efectiva (...) ou colocar esses interesses em simples perigo, ou criar-se uma situação tal que seja possível a sua lesão" (CORREIA, p.287-288).

Toledo (1994) salienta que os crimes de dano e de perigo se diferem na medida em que os primeiros causam lesão efetiva e os outros, pelo contrário,

correspondem à uma potencialidade de lesão, realizável ou não, “que o legislador deseja cortar do nascedouro” (TOLEDO, 1994, p.143).

Em suas lições, Fragoso (1991) ressalta que o dano “é a alteração prejudicial de um bem; o sacrifício ou restrição de um interesse jurídico”, mas o perigo corresponde à probabilidade de dano, que se define não como mera possibilidade, mas como “iminente superveniência de dano” (FRAGOSO, 1991, p.169).

Por sua vez, Cirino (2010), os tipos de lesão, que correspondem à maioria dos tipos legais, caracterizam-se pela lesão efetiva do objeto de proteção, todavia, os tipos de perigo somente disciplinam a produção de um perigo para o objeto.

Prado (2003) ressalta a dificuldade que a palavra resultado pode trazer, visto que, em geral, designa-se um resultado típico como efeito exterior de uma conduta, ou seja, como lesão ou perigo de lesão do objeto da ação e não necessariamente do bem jurídico. Nesse contexto, o autor defende a existência de delitos sem resultado, mas que, nem por isso, deixam de lesar ou acarretar perigo a determinado bem jurídico.

Silveira (2003) sustenta que o dano é entendido como a efetiva lesão ao bem jurídico, correspondendo à reprovação de uma conduta em dissonância com os ditames legais.

Segundo Renato de Mello Jorge Silveira:

> Assume-se que o dano reveste-se de um conceito normativo, representando o fruto de uma 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, o dano assumiria a posição sinônima de lesão, uma vez que todo o crime encerraria um dano jurídico (SILVEIRA, 2003, p.107).

O autor Walter Coelho entente que os crimes de perigo são subsidiários em relação aos delitos de dano “diante da relevância do bem jurídico tutelado, estende o Direito Penal a sua proteção desde a remota e potencial situação perigosa” passando pelo “perigo iminente ou próximo (crime de perigo), até a efetiva lesão do interesse a ser resguardado” (COELHO, 2001, p. 102).

Em síntese, depreende-se do estudo dos mencionados autores que tanto o crime de dano/lesão quanto os crimes de perigo visam a proteção de bens jurídicos, todavia, enquanto na primeira modalidade de crime há uma imediata relação entre conduta e resultado danoso, na segunda o resultado pode ser potencialmente lesivo ao bem jurídico. Ademais, tanto o crime de dano quanto o de perigo referem-se a

bens jurídicos protegidos. O que difere tais modalidades delitivas é o fato de concretamente lesionar o bem ou apenas expor a perigo.

3.2 Tipos de perigo concreto e crimes de perigo abstrato

Os crimes de perigo em sentido amplo ainda se subdividem entre os crimes de perigo concreto e os crimes de perigo abstrato, sendo os primeiros aqueles que necessitam de comprovação de que certa conduta acarretou perigo efetivo de lesão a bem jurídico; enquanto os últimos não exigem tal constatação, bastando a inobservância da norma para a configuração do delito.

Dessa forma, observa-se que, nos crimes de perigo abstrato, o perigo de dano ou lesão a um bem jurídico é presumido.

Novamente citando Zaffaroni e Pierangeli (2010), “o perigo surge sempre de uma incerteza”, sendo o perigo concreto entendido como aquele que pressupõe “a prova efetiva do perigo submetido ao bem jurídico” enquanto no perigo abstrato há, com a realização da conduta, a presunção do perigo, até prova em contrário pelo acusado.

Da mesma forma, Toledo (1994), em suas lições, assevera que nos crimes de perigo concreto “a realização do tipo exige constatação, caso a caso de perigo real, palpável, mensurável” (TOLEDO, 1994, p.143), mas nos crimes de perigo abstrato, ou presumido, há dispensa da comprovação do perigo. O autor ainda destaca que os crimes de perigo abstrato não se equiparam aos crimes classificados como formais, haja vista que o tipo de perigo pode ser formal, quando analisado do ângulo do resultado que se pretende evitar, mas também material, considerando o fato que caracteriza o perigo, como no crime de moeda falsa.

Fragoso (1991) dispõe que a doutrina moderna reconhece que o perigo é constituído por um elemento objetivo e outro subjetivo. O perigo concreto traz a ideia de exposição a perigo concreto e iminente dos bens, como no delito previsto no art. 132 do Código Penal, que tem por objeto a tutela da vida humana, bem como da incolumidade pessoal e da saúde. Quanto ao perigo abstrato, ou presumido, há uma mera desobediência e o Legislador optou pela criação de tal tipo ao constatar a existência de condutas que causam risco e, portanto, merecem ser tipificadas. A propósito, Fragoso (1991) cita como exemplo de crime de perigo abstrato a

exposição à venda de substância alimentícia avariada, prevista no art. 279 do Código Penal.

Leciona Fragoso sobre as concepções de perigo:

> Existem duas concepções sobre o conceito de perigo. Uma *subjetiva*, segundo a qual o perigo não tem existência concreta, sendo apenas fruto da nossa imaginação e de nossa incapacidade de conhecer todas as causas e condições dos fenômenos. Não existiriam acontecimento *perigosos,* mas tão somente necessários.à teoria subjetiva contrapõe-se a *objetiva,* que sustenta haver perigo objetivamente baseado na possibilidade de superveniência de dano. O perigo seria, assim, um *trecho da realidade*, com existência fundada na experiência comum. Não existem fenômenos necessários ou não necessários, já que podemos afirmar ser um fenômeno possível ou provável, tendo em vista a potencialidade causal de seus antecedentes, com base na experiência do que realmente sucede. Perigo é assim a potência (aptidão, idoneidade, capacidade) de um fenômeno para causar a perda ou a diminuição de um bem, o sacrifício ou a restrição de um interesse jurídico alheio *(Rocco).*
> O debate entre as duas concepções está hoje ultrapassado. Reconhece a doutrina moderna que o perigo é constituído por um elemento objetivo e por um elemento subjetivo. Objetivamente, constitui perigo o conjunto das circunstâncias e condições em que se verifica o fato de que pode surgir o dano; subjetivamente, integra-o o juízo sobre o perigo, ou seja, o juízo que estabelece, com base na experiência, a probabilidade de superveniência de um dano. O perigo é, assim, uma realidade e uma abstração (FRAGOSO, 1991, p.169-170).

Além disso, Cirino (2010) cita como exemplo de crimes de perigo abstrato, que presumem perigo para o objeto de proteção, o abandono de incapaz, bem como a difusão de doença ou praga, previstos, respectivamente, no art.133 e art. 259, ambos do Código Penal. Em relação aos crimes de perigo concreto, os quais exigem a efetiva produção de perigo ao objeto de proteção, Cirino exemplifica com os delitos de perigo de contágio venéreo, incêndio e explosão, dispostos, respectivamente, nos artigos 133, 250 e 251, todos do Código Penal.

Sobre o tema, Vargas (1997) destaca que o perigo concreto deve ser comprovado caso a caso e nos crimes de perigo abstrato, a situação é presumida, bastando a ação ou omissão para concretização do tipo, sem outras formalidades.

Faria Costa (2000) entende que há situação de perigo concreto penalmente relevante quando a probabilidade da ocorrência de um resultado desvalioso é superior à probabilidade da sua não produção.

Em relação aos crimes de perigo abstrato e de perigo concreto, Faria Costa faz a seguinte distinção:

> A doutrina costuma distinguir, como se sabe, dois grandes grupos de crimes de perigo: os crimes de perigo concreto e os crimes de perigo abstracto. E pode também sustentar-se que, em termos dogmáticos, não há qualquer dificuldade em estabelecer uma destrinça entre uns e outros. Assim, os crimes de perigo concreto representam a figura de um ilícito-típico em que o perigo é, justamente, elemento desse mesmo ilícito-típico, enquanto nos crimes de perigo abstracto o perigo não é elemento do tipo, mas tão-só motivação do legislador. No entanto, esta simples e clara contraposição é ela mesma já reveladora de algumas subtilezas que convém analisar com algum cuidado. Efectivamente, em uma primeira aproximação à distinção agora enunciada, o perigo aparece-nos, indubitavelmente, como elemento comum às duas prefigurações delituais típicas. No entanto, se bem repararmos e tivermos presente, como ponto único, a construção dogmática que se deixa surpreender no tipo, rapidamente nos damos conta de que o perigo, enquanto constituens jurídico-penalmente relevante de uma análise dogmática consequente, só nos aparece nos chamados crimes de perigo concreto. Todavia, a discursividade dogmática, referente aos crimes de perigo abstracto, faz apelo a uma valoração – não negamos, por certo, que nela não entre o perigo – que, é fundamentalmente, ponderação que pertence à vertente legiferante; que pertence ao reino da política criminal ou mesmo ao domínio mais profundo da legitimidade punitiva. (FARIA COSTA, 2000, p. 620-621).

Damásio de Jesus (2010) leciona que o perigo abstrato, ou perigo presumido, resulta da própria ação ou omissão e não precisa ser provado, enquanto o perigo concreto não é presumido, precisando ser investigado e comprovado.

Ilha da Silva (2003) sustenta que o crime de perigo concreto é aquele que, para aperfeiçoamento do tipo penal, exige a verificação efetiva do perigo, constatada caso a caso. Ressalta, neste particular, que o perigo compõe, via de regra, o tipo. Por outro lado, o perigo abstrato ou presumido e aquele cujo perigo é ínsito da conduta.

Ângelo Roberto Ilha da Silva ressalta sobre os crimes de perigo abstrato:

> Os crimes de perigo abstrato ou 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 delitos tratados neste capítulo já o têm definido *a priori* (ILHA DA SILVA, 2003, p.72).

O autor Silveira (2006) define os crimes de perigo concreto e perigo abstrato, em apertada síntese, como sendo, respectivamente, aqueles em que o perigo integra o tipo e aqueles em que a situação perigosa é hipoteticamente presumida.

Em relação aos crimes de perigo abstrato, Hassemer (2008) destaca que a referida tipificação suplantou inteiramente os clássicos crimes de resultado, mas rompem com a eficácia do Direito Penal, porque não há a necessária relação entre a conduta incriminada e o bem jurídico ofendido. Isso porque, na visão de Hassemer, o

ilícito penal não é mais a causação de um dano e sim uma atividade incriminada pelo legislador. Nesse contexto, Hassemer sustenta que, se há um risco para o bem jurídico penal, a conduta poderá ser incriminada, prescindindo da prova do dano, fato que soluciona o problema posto pela imputabilidade ao programa preventivo.

O autor Mantovani (2003) distingue o crime de perigo abstrato de crime de perigo presumido:

> 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 contrário (MANTOVANI *apud* SILVA , 2003, p. 73).

Não obstante a existência de doutrinadores que realizam distinção entre os crimes de perigo abstrato e os de perigo presumido, o presente estudo tratará os referidos conceitos como sinônimos.

Por sua vez, Túlio Arantes Bozola assim define os 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 concreto. Por isso, tais crimes são normalmente definidos de maneira negativa, ou seja, por exclusão, como uma forma de regulação penal na qual não se inclui entre os elementos típicos uma lesão ou um perigo concreto (BOZOLA, 2015, p. 05).

Blanca Mendonza Buergo sustenta que, nos crimes de perigo concreto, além do desvalor da ação valorada *ex ante*, é necessário um desvalor do resultado que deverá ser verificado em concreto para a configuração do delito. O mesmo não ocorre nos crimes de perigo abstrato, porque, não obstante a desvalorização da conduta, - juízo *ex ante* – não há a constatação *ex post* da concreta verificação do perigo para a verificação do crime. Portanto, para a configuração do crime de perigo abstrato não é imprescindível uma relação aproximada entre a ação perigosa e o bem jurídico protegido e, ainda que possa ser estabelecida certa consequência da conduta, ela não precisa ser verificada em concreto. No entanto, as consequências da ação não podem ser totalmente desconsideradas, pois é preciso verificar no mínimo a probabilidade da ocorrência do resultado. (BUERGO, 2001. p.18)

Ángel Torio Lopez subdivide os delitos de perigo abstrato em três modalidades, a saber, a violação de regras ético-sociais ou religiosas; mera desobediência a regras administrativas e o perigo hipotético. Nesse sentido, as duas primeira modalidades de perigo abstrato não merecem a atenção do Direito Penal porque não afetam os interesses mais relevantes ao convívio em comunidade. Por sua vez, a última categoria, ou seja, o perigo hipotético determina que caso seja praticada uma conduta perigosa que se amolda em um tipo penal, que possa, potencialmente, causar um resultado lesivo a um bem jurídico tutelado, será legítima a tipificação abstrata[3].

Observa-se que os crimes de perigo concreto são de resultado, assim como os delitos de lesão. A diferença é que não há um resultado lesivo de dano, mas um resultado de criação de perigo de resultado de dano, ou seja, de um risco de lesão proibido pela norma. Por sua vez, nos crimes de perigo abstrato, característicos da evolução da legislação penal orientada pela ideia de prevenção, a punição recai na própria conduta do agente e não na efetiva lesão ao bem jurídico tutelado. A proteção ao bem jurídico, nesse caso, se dá antes mesmo da sua exposição a perigo real.

Pretende-se, com isso, demonstrar que certas ações não serão consideradas passíveis da intervenção penal, sendo necessária a provável ocorrência de dano a bem jurídico relevante para a sociedade, bem como um juízo de valor sobre a ação ilícita, para entender se, de fato, houve contrariedade à norma.

Feita a diferenciação entre os crimes de perigo concreto e abstrato, mostra-se imprescindível uma análise do próprio conceito de perigo, da sua evolução, relação com o princípio da ofensividade e bem jurídico, o que será realizado neste trabalho com base, especialmente, nos estudos do autor José Francisco de Faria Costa.

---

[3] LOPEZ, *Los delitos del peligro hipotético: contribuición al estudio diferecial de los delitos de peligro abstracto. Anuario de derecho penal y ciencias penales.* p.827-828.

4 O PERIGO EM DIREITO PENAL NA PERSPECTIVA DE JOSÉ FRANCISCO DE FARIA COSTA

Restou salientado que as alterações na sociedade moderna acarretaram mudanças no Direito Penal diante dos anseios da sociedade pela concretização da segurança. Uma forma utilizada pelo legislador para atender aos apelos da sociedade para evitar resultados danosos foi a adoção dos crimes de perigo abstrato no ordenamento jurídico.

No capítulo anterior, foram apresentadas as definições feitas por diversos autores sobre o perigo concreto e o perigo abstrato. Agora, passa-se à análise do próprio conceito de perigo e sua evolução, sobretudo à luz dos ensinamentos e grandes contribuições de José Francisco de Faria Costa acerca do tema.

Como será destacado a seguir, uma conduta possuirá relevância para o Direito Penal quando houver violação de um cuidado-de-perigo de um valor que a sociedade, historicamente, elegeu como essencial.

Portanto, o autor narra a evolução do conceito de perigo e explica o que vem a ser o cuidado-de-perigo, bem como a relação deste com a ilicitude e com o bem jurídico.

4.1 O cuidado de perigo, a violação e o dano nas relações jurídico-sociais até a Primeira Revolução Industrial

Conforme visto anteriormente, as alterações históricas da sociedade em muito influenciaram o Direito Penal. O presente estudo se prende especificamente à figura do perigo, uma nova realidade que alterou por completo o âmbito penal.

À luz do conceito de perigo, é importante apreciar a ideia de cuidado, o qual está associado à segurança e corresponde, em apertada síntese, a evitar que um perigo se concretize em lesão.

Nesse sentido leciona José Francisco de Faria Costa:

> Na verdade, a comunidade humana realiza-se e forma-se por meio de uma teia de cuidados, em que o cuidado individual, isto é, o cuidado do <<eu>> sobre si mesmo, só tem sentido se se abrir aos cuidados para com os outros, porque também unicamente desse jeito, unicamente nessa reciprocidade, se encontra a segurança, a ausência de cuidado, a carência de perigo. É evidente - e porque as evidências valem por si, não necessitando, por consequência, de nenhum atributo a garanti-las - que as comunidades dos

> homens sempre se desenvolveram no seio de perigos. (...) Daí o cuidado, a Sorge, se postular também como uma tensão expectante de abertura e de alerta. Tensão essa que, ao nível do quotidiano - necessariamente degradado, inautêntico, quando olhado através da luz do pensamento heideggeriano - se traduz naquele plus de tensão espiritual que faz com que nos coloquemos no exato limiar que permite, entre outras coisas, que se evite, em muitas circunstâncias, que o perigo se concretize em dano. (COSTA, 2000, p.319-320).

Faria Costa cita o termo “comunidades de perigo” (*Gefahrgemeinschaft*), que “não são mais do que espaços relacionais circunscritos onde o perigo se intensifica, tornando-se, aí, mais impressivo e percetível”, comunidade na qual há o toque de cuidado-perigo (COSTA, 2000, p.321).

É importante esclarecer que o perigo já se desenvolvia nas comunidades humanas desde antes da Primeira Revolução Industrial e possuía características próprias, sendo experimentado por cada um dos membros como algo externo à própria sociedade. Nesse contexto, o autor ressalta que o perigo vinha sempre de fora, muitas vezes desencadeado pelas forças da natureza, não fazendo, portanto, parte do patrimônio cultural. Não bastasse isso, desde aquela época o perigo já era entendido como uma situação má que se pretendia evitar. (COSTA, 2000, p. 321-322)

A propósito destaca José Francisco de Faria Costa:

> Por outras palavras: se o perigo é uma realidade que nos é importa por forças estranhas (inimigos ou elementos da natureza) é manifesto, então, que pertence a uma categoria de coisas que não faz parte ano nosso patrimônio cultural. Frisa-se que, independentemente da maior ou menor consciência que se tinha, naquele tempo, da noção de perigo, é indiscutível que o perigo consubstanciava uma situação declaradamente *má.* Em uma palavra: era tido, por certo, como um desvalor, como qualquer coisa que se devia evitar. (...) Tornando-se, desse jeito, particularmente sensível que o cuidado que as comunidades, então, mediatizavam se mostrasse preferencialmente através da vertente voltada ao exterior. (COSTA, 2000, p.321-322).

Havia perigo interno na comunidade, decorrente da extração de minério, bem como das atividades que se desenvolviam com a mão de obra da escravatura. No entanto, antigamente o perigo decorrente das atividades internas não possuía relevância jurídica, visto que dava-se importância tão somente à produção do dano. Assim, o Direito Penal daquela época baseava-se apenas no resultado e, via de consequência, o cuidado regulava-se pelo registro do dano real e efetivo.

Nesse sentido leciona Faria Costa:

> Nesta perspectiva, é legítimo e fundamentado defender-se que, dentro daquele quadro, só o desvalor de resultado consubstanciado na violação efetiva do bem jurídico, traduzível em dano, podia ser imputado a alguém para que, dessa forma, a responsabilidade (no caso penal) desempenhasse a sua função agregadora. O que se compreende perfeitamente. Na verdade, só o resultado que se mostrava desvalioso, que tinha provocado dano, e que, para além disso, podia ser imediatamente apreendido a nível dos sentidos por toda a comunidade é que se apresentava como susceptível de desencadear responsabilidade ou de ser visto como um centro de irradiação de responsabilidade. E porquê? Porque só daquele jeito se poderia imputar o <<facto>> a um determinado agente. A ordem da sociedade, material e grosseiramente interiorizada, tinha sido alterada. É, pois, justamente ao autor daquela modificação que há que se imputar o <<facto>> dessa modificação, tornando-o, desse modo, jurídico-penalmente responsável. O dano captado através do resultado desvalioso transformava-se, assim, na pedra de toque de todo o juízo objectivo de desvalor. Neste sentido, o resultado danoso representava a manifestação inequívoca da alteração da ordem das coisas que a inflicção de uma pena devia reconstruir. A situação de desequilíbrio provocada pela fissura do dano só poderia ser colmatada pela imposição de uma pena. Deste modo, retornava-se a <<ordem>>, ao equilíbrio" (COSTA, 2000, p.323).

Assim, observa-se que a sociedade, até o período da Primeira Revolução Industrial, considerava digna de desvalor a conduta que causava dano e, dessa forma, desequilibrava a comunidade, sendo papel do Direito Penal a imposição de uma pena ao autor responsável pelo resultado jurídico-relevante, para que o equilíbrio voltasse a vigorar.

Em relação ao cuidado, que ainda não corresponde ao cuidado entendido na atualidade, este pressupunha o dano para "se operar a imputação jurídico-penal" (COSTA, 2000, p.324). O cuidado ainda estava relacionado com algo exterior à comunidade, e não como algo gerado pelos homens, sendo que o estado de cuidado desencadeava "uma tensão agregadora de enorme ressonância ético-jurídica" (COSTA, 2000, P.326).

Faria Costa dispõe que o sentido fundamental do conceito de cuidado guarda relação com o perigo, mas estabelecer uma ordem cronológica de forma imediata entre perigo e cuidado, dizendo que aquele antecede este, estabelecendo-se uma metódica desvirtua o cerne do problema. Isso porque, segundo o autor, perigo e cuidado são projeções de uma mesma realidade, não sendo possível estabelecer um sem o outro, restando criada, portanto, uma criação de mútua dependência. Para ele, a comunidade jurídica é uma comunidade de cuidados porque também é uma comunidade de perigos, sendo a morte o centro do imaginário para o ser de todos os males e perigos. Desse modo a superação dos perigos da comunidade é proporcionada pelos cuidados.

José Francisco de Faria Costa assim explica:

> Já vimos que a comunidade (jurídica) se assume e se assumiu sempre como uma comunidade de cuidados. Cuidado do ser-aí-diferente para consigo mesmo e para com os outros e ainda o cuidado do ser-todos para com os particulares e únicos seres-aí-diferentes. Porém, a comunidade jurídica é uma comunidade de perigos. O ser-aí-diferente, desde o instante originário da passividade desperta é um ser confrontado com perigos e que tende inapelavelmente para a morte, a qual é centro e vértice, no imaginário primitivo e não só, de todos os males e de todos os perigos. Daí que a comunidade jurídica se caracterize também, ontologicamente, como comunidade de perigos em cuja tensão superadora se inserem os cuidados. O ser-aí-diferente e a comunidade jurídica que lhe subjaz assumem-se (são) como estruturas ontológicas de cuidado-de-perigo. (COSTA, 2000, p.327).

Repito, propositalmente, que, no referido período, dava-se importância apenas aos perigos externos e os perigos internos não eram levados em consideração, apesar de sempre existirem. Portanto, a relação cuidado-perigo somente se manifestava em relação ao externo, ou seja, quanto inimigo, doenças, fenômenos naturais e guerras.

A propósito leciona José Faria Costa:

> Sucede, porém, que esta expressão essencial da comunidade jurídica, pese embora a impressividade o seu caráter permanente, ganhava ressonância a nível axiológico-jurídico, de modo preferencial, quando a vertente externa do cuidado se declarava. O cuidado interno e os perigos também internos nunca, obviamente, deixaram de existir, pura e simplesmente, a consciência ético-jurídica dava-lhes pouca ou nenhuma relevância, porquanto eram esmagados pela entronização do valor da coesão interna. Com efeito, no seio de uma comunidade fechada, ideologicamente sem fractura e politicamente concentracionária, não há lugar para serem valorados os cuidados-de-perigo internos. Talvez melhor: os cuidados-de-perigo internos não são valorados em si mesmos porque, perante uma tal armadura ideológica, religiosa e política, os perigos e os cuidados, ou não existem, ou são irrelevantes, na medida em que a isso também conduzem as valorações ou os critérios de valoração dominantes. De modo diferente era visto o cuidado-de-perigo imposto pelo inimigo. Ao assacar-se o cuidado-de-perigo ao inimigo, reforçava-se o elemento interno da coesão, dando-se, desse jeito, mais possibilidades de sobrevivência, como grupo politicamente organizado, àquela comunidade. E, valha a verdade, como já dissemos, os grandes perigos vinham das guerras, das doenças e das calamidades resultantes da fúria dos elementos naturais. Tudo factores que a comunidade interna não podia controlar. De todo o modo, neste tipo de comunidade seria de todo impossível conceber o cuidado-de-perigo, como um centro de imputação de responsabilidade jurídico-penal. (COSTA, 2000, p. 328-329).

Nesse contexto, era impensável tornar o perigo um elemento que ensejasse consequências penais, sobretudo porque a orientação ainda era o princípio da causalidade, em que uma causa guarda relação com um determinado efeito. Naquele período causa e efeito deveriam ser controlados e não o cuidado-de-perigo, até

mesmo porque, para a comunidade, o perigo, por ser um fator externo, não poderia ser controlado.

Assim, na visão de Faria Costa, ou se esperava pelo dano e, então, o processo ganhava transparência, já que o dano era a condição legítima para a imputação penal; ou o dano não ocorria e tudo era visto como simplesmente não tivesse acontecido, tratando-se de mera sensação de desconforto aos que vivenciaram a experiência.

Desse modo, o desvalor do resultado danoso não se confundia com o desvalor do resultado perigoso, valendo ressaltar que o primeiro, naquela época e na atualidade, é passível de reparação no direito civil. Isso porque, se um fato acarreta dano, é necessária a reparação da ordem, com uma indenização, seja com a reconstituição do bem ou com a retribuição no valor estipulado, por exemplo. Como destacado por Faria Costa, o Direito Penal passaria a se nortear pela mencionada concepção do Direito Civil, ou seja, na percepção de que a responsabilidade penal estaria amplamente relacionada com o desvalor do resultado danoso. Não se olvida que, já naquela época, havia condutas como a de feitiçaria ou atos de heresia que eram passíveis de sanções penais, muito embora não acarretassem danos em termos materiais. A responsabilidade penal ocorria porque havia uma nova percepção no sentido de dano, que poderia também não ser quantificado, em observância à consciência ético-jurídica da comunidade. Tem-se, desse modo, que o Direito Penal, como destacado por Faria Costa “abria, assim, salutarmente, uma brecha no sistema fechado que a quantificação consagrava no direito civil” (COSTA, 2000, p. 334). O Direito Penal passou a considerar que, diante da existência de bens imateriais, era perfeitamente possível que houvesse danos aos mencionados bens, portanto estes também eram passíveis de proteção, sendo a pena vista como a reposição do dano provocado.

Assim como Faria Costa, é importante registrar que, naquela época, os bens jurídicos imateriais possuíam um caráter de bem supra-individual, mas em sentido diverso do atual. Isso porque, a religião, por exemplo, embora fosse um bem supra-indivual era entendida como um bem experimentado individualmente por cada indivíduo; diferentemente do que ocorre na atualidade, em que um bem supra-individual “encontra eco” na sociedade é experenciado pessoalmente como ocorria nos tempos medievais (FARIA COSTA, 2000, p.335).

Naquela época medieval já eram considerados os bens imateriais relacionados à honra e também já se considerava que o dano não se traduzia necessariamente em um prejuízo em termos jurídico-econômicos, visto que, o dano à honra, por exemplo, traduzia-se em dano de outra natureza. O que havia de diferente na época, é que somente poderia ser ofendida a honra de indivíduo abastado, ou seja, dos fidalgos e vassalos com dinheiro, e não de todo e qualquer indivíduo da sociedade, porque dava-se suma importância à aristocracia e riqueza. O sentido de honra como direito da pessoa humana naquele tempo ainda não era assegurado. O que não se pode perder de vista é que, ainda que a honra fosse um conceito entendido de tal forma, amplamente relacionado com a capacidade econômica do detentor do bem, o Direito Penal já se delineava para a proteção dos bens imateriais, mas "o elemento essencial para fundamentar o ilícito penal, mesmo quando nos defrontávamos com bens imateriais, continuava a ser o dano" (COSTA, 2000, p. 33).

O autor Faria Costa estabelece a Primeira Revolução Industrial como o marco para a introdução do conceito de perigo no âmbito normativo do pensamento jurídico-penal, tão somente para precisar uma data para tal circunstância, destacando, no entanto, que a concepção de dano ainda dominará o centro do ilícito penal. O doutrinador ensina que o esforço em centralizar objetivamente a ilicitude penal no dano, característica do período iluminista, cede espaço para o respeito aos direitos subjetivos, passando a ser relevante não apenas o dano, mas o ato em si, ou seja, a violação.

Nesse contexto, leciona Faria Costa:

> Nesta perspectiva, urge chamar a atenção para a tentativa, e de certa maneira, para o êxito que constituiu o <<asfastamento>> de uma posição de senhorio ou domínio da matriz do dano, como centro da ilicitude penal, para colocar ao seu lado, também como pedra angular, os direitos subjectivos. Por outras palavras: do esforço do centramento objetivo da ilicitude penal do dano – esforço esse que tinha muito a ver com a raiz iluminista de que se louvava –, passa-se para um (re)centramento no dever de respeitar os direitos subjectivos. Começa a perceber-se uma deslocação e um apuramento categorial particularmente sensível ao nível da estrutura do dano. O que passa a ser relevante para o direito penal já não é tanto a cristalização em que uma determinada conduta se realiza ou efectiva e que se torna perceptível no dano, mas antes o próprio acto em si, isto é, a violação. É indiscutível, assim, que, conquanto se esteja dentro de uma visão das coisas cujo prisma de captação se baseia na objectividade, já se percebe uma subjectivação, muito embora mínima. Em que sentido? Justamente naquele que se pode apreender na diferença de que o que é relevante para o direito penal já não é o dano – resultado da acção desprendida do agente e perfeitamente autonomizado – mas a violação que, sendo resultado da acção é também simultaneamente momento de um agir

> humano, juridicamente relevante, logo, algo que compartilha de uma dimensão da qual se não pode arredar a própria subjectividade. A violação perfila-se, deste modo, tanto na veste de resultado do agir, como ainda no papel do próprio acto de violação. (COSTA, 2000, p. 338-339).

É certo que o dano ainda é elemento essencial para o reconhecimento do ilícito penal, mas manter o Direito Penal atrelado somente ao conceito de dano e à criação de um tipo penal de segurança é basear-se em princípios iluministas.

4.2 O perigo nas sociedades contemporâneas

Como mencionado anteriormente, antes da Primeira Revolução Industrial a responsabilidade penal ocorria em conformidade com os preceitos do Direito Civil, de modo que, havia ilicitude penal quando determinada conduta ensejava um dano. Todavia, a partir da Primeira Revolução Industrial, o conceito de perigo passou a ser valorizado e o Direito Penal abriu-se para avaliar não só o dano, mas o ato em si, ou seja, a violação.

Também restou mencionado que, nas sociedades medievais, o perigo era entendido como um fator externo, mas a partir do século XVIII, principalmente com a Primeira Revolução Industrial, a produção de bens e a complexidade das relações industriais mostraram-se vetores para o surgimento de novos problemas para o Direito. Desse modo, mostrou-se necessária uma nova compreensão das relações, mormente as laborais, e às questões de segurança dos trabalhadores porque a máquina era “um elemento potencializador de perigos” (COSTA, 2000, p. 243). Não se pode olvidar que, tais perigos, poderiam vir a acarretar danos à integridade física dos que laboraram com as máquinas, o que ensejou a intervenção do direito na criação de normas, sobretudo de segurança. Dessa forma, a partir da Primeira Revolução Industrial, é dada grande importância à segurança dos cidadãos.

O dano ainda era o conceito que mais possuía carga de desvalor, sendo o conceito de perigo mera inovação para a época e de pouco relevo. Mas, ao contrário da sociedade medieval, o perigo passa a ser visto como fruto interno da própria comunidade e não como fator externo acarretado por forças estranhas. Assim, a sociedade “tinha absoluta responsabilidade sobre os danos e os perigos que nela se produzissem” e “o que a ordem jurídico-penal pretendia era que se evitassem danos – compreendidos entes como desvalor de um resultado danoso -, mesmo quando se

fundamentada o ilícito penal na violação de direitos subjectivos" (COSTA, 2000, p.345).

Sobre o perigo após a Primeira Revolução Industrial Arantes Bozola assim dispõe:

> 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 interna não podia controlar. (BOZOLA, 2015, p. 7).

Não obstante a importância dada ao perigo após a Primeira Revolução Industrial, segundo Arantes Bozola, o grande avanço das figuras de perigo somente se deu no século XX, sobretudo na Alemanha, nos seguintes termos:

> Todavia, o grande avanço das figuras de perigo somente ocorreu a partir da segunda metade do século XX. O desenvolvimento desses crimes na Alemanha, por 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 propagação expressiva dos crimes de perigo abstrato (ARANTES BOZOLA, 2015, p. 08).

A explosão do conceito normativo de perigo no Direito Penal, ao que tudo indica, se deu em virtude do aumento da tecnologia, o que pode ser corroborado pela relação formal entre a influência da técnica nas relações sociais e o aumento das situações de perigo no âmbito legislativo.

Por sua vez, é importante frisar novo fenômeno jurídico, que está relacionado com o conceito normativo de perigo, a saber, a maior intervenção do Estado, principalmente no âmbito legislativo, alicerçada na ideia de cuidado e segurança.

Sobre o assunto ressalta Faria Costa:

> Daí a necessidade de prestarmos particular atenção a um outro fenómeno político e jurídico-cultural que começou a marcar a comunidade jurídica desde então, qual seja: a cada vez mais intensa e profunda intervenção do Estado, nomeadamente a nível legislativo, na definição de muitos comportamentos de seus cidadãos. Intervenção que passava em função de diversos e diferenciados valores mas que, seguramente, no mundo do direito penal, tinha a ver com a defesa do princípio da segurança. O Estado *cuidava* dos seus cidadãos, postulando-se esta finalidade como uma das mais

> essenciais à própria natureza do Estado. Realcemos, desde já, que essa intenção de cuidado e segurança que anda indissoluvelmente ligada à ideia de poder político organizado, quando não tem limites transforma-se, perversamente, em fonte de perigos que, por exemplo, o princípio da legalidade vem estancar (COSTA, 2000, p. 351-352).

E o autor ainda frisa:

> O perigo é, assim e paradoxalmente, fio condutor fundante para a segurança individual, para a segurança do Estado e ainda centro *provocador* da construção de específicos e novos tipos de ilícito. (COSTA, 2000, p. 357).

Ademais, insta salientar que o perigo está relacionado com a conduta, longe de qualquer relação subjetiva de periculosidade do indivíduo que pratica a ação. O que se tem em mente é o perigo que a conduta propicia e não o perigo do indivíduo para com a sociedade.

Por todo o exposto, José Faria Costa já antecipa o problema no âmbito do Direito Penal na sociedade moderna, qual seja, a desvalorização da importância do dano, com a abertura de “um tempo de cuidado”, em que se busca, primariamente, a defesa da ameaça e do perigo mais do que do dano.

4.3 O perigo e as contravenções penais

Anteriormente restou demonstrado que o conceito normativo de perigo está atrelado com a segurança individual e coletiva. O legislador passou a considerar não só o dano/lesão, mas também a possibilidade de afetação do bem jurídico e, por tal motivo, incluiu no ordenamento os crimes de perigo abstrato, como forma de antecipação da tutela penal.

É importante, todavia, fazer um recorte acerca das contravenções penais. Estas, assim como os crimes de perigo abstrato, foram criadas para punição de condutas que pudessem lesar bens jurídicos. As contravenções penais, assim como os crimes de perigo abstrato, sofrem críticas porque também estão relacionadas com a administrativização do Direito Penal, visto que, tais comportamentos, não carecem de tutela penal.

Como destacado por Faria Costa, as contravenções penais podem ser entendidas como “direito periférico” que circunda o direito penal clássico ou comum

(COSTA, 2000, p.362), que correspondem à manifesta intervenção Estatal na comunidade, com a elaboração de normas para a organização da sociedade, para propulsão de bem-estar. Isso porque, o Estado, na sociedade moderna, preocupa-se com a proteção antecipada das situações que acarretem perigo aos direitos subjetivos, o que contribui para o “direito penal policial”, posteriormente entendido como “direito penal administrativo”, bem distinto do Direito Penal tradicional, que ocupava-se da efetiva violação aos direitos subjetivos. (COSTA, 2000, p. 363).

Dessa forma, o “direito penal administrativo” corresponde à tutela antecipada dos direitos subjetivos, que, em outras palavras, significa o afastamento do perigo de violação a tais direitos. Nesse sentido, José Faria Costa, citando o autor Eduardo Correia, antecipa outro problema, a saber, a hipertrofia do direito penal associada à criação das contravenções penais, vejamos:

> Destarte a razão está, por inteiro, com Eduardo Correia, quando salienta que <<a hipertrofia do direito criminal está, assim, ligada – com vista a salvaguardar as garantias dos particulares – à criminalização das contravenções e das reações que visam tutelar a promoção de certas finalidades sociais>>. Porquê? Porque se entendia que a defesa das garantias individuais ficaria mais sólida se fosse cometida ao direito e processo penais a função de regular juridicamente aquela específica área normativa. (COSTA, 2000, p. 365).

Assim, tem-se que as contravenções foram elevadas para o patamar de ilícito criminal porque os receios e temores com os perigos ensejaram a necessidade de intervenção dos Direitos Penal e Processual Penal, sendo as situações de perigo merecedoras de sanções penais. Com a elevação das contravenções ao mencionado patamar, há uma fragmentariedade do Direito Penal, que possui não só os delitos em seu rol, mas, também, as contravenções penais - Direito Penal secundário ou de mera ordenação social.

O cuidado-de perigo e a criação das contravenções penais guardam relação com o papel do Estado de cura da sociedade, como descrito por Faria Costa. O autor explica que o Estado possui o papel de defender a sua existência, mas também de propiciar o bem-estar aos cidadãos por meios que podem ser perigosos, como já mencionado em razão do aumento da técnica e uso das máquinas com a Revolução Industrial. Com a modernidade o Estado é visto como instrumento redutor das as tensões, portanto, a comunidade transfere o cuidado-perigo para o poder político.

Agora, a Administração entende que os desvios e violações devem ser punidas, para garantir o bem-estar da sociedade.

Portanto, segundo Faria Costa, em razão de tal transferência e papel do Estado na solução dos conflitos, o legislador tende a utilizar das sanções criminais para a punição dos desvios para fins de política social. O mesmo ocorrerá com a adoção dos crimes de perigo abstrato e que será tratado ao longo dos capítulos subsequentes.

4.4 O cuidado-de-perigo e a legitimidade dos crimes de perigo abstrato

Como exaustivamente demonstrado, muito embora a relação de cuidado-perigo sempre tenha existido nas comunidades, irrompeu na sociedade moderna, pelas razões históricas já apontadas: complexidade das relações sociais, desenvolvimento das técnicas e tecnologia. Nesse contexto, restou demonstrado que o Estado, no papel de administrador, levou o perigo para o âmbito de política-criminal, legitimando a atuação do legislador com a criação de crimes de perigo passíveis de sanção penal.

Ocorre que há sérias duvidas acerca da legitimidade do Estado para punir meras situações de perigo ou de potencial perigo, e da influência da criação de tais crimes de perigo na teoria do bem jurídico, existindo, portanto, um problema quanto a este assunto.

O autor Faria Costa dispõe que a finalidade da política-criminal é, com a utilização dos meios adequados, diminuir ou fazer reduzir a criminalidade, sendo este conceito modelado por outras instâncias de normatividade, que definem os comportamentos proibidos, ou seja, os crimes. Tal circunstância revela a limitação da política-criminal, a qual depende de outra instância para a formulação da tipificação legal de crime. Mas o modo como se define um crime é uma opção da política-criminal, quando se entende que nem toda conduta que possa acarretar perigo a bem jurídico merece ser passível de punição. Todavia, embora, por questão de política-criminal, seja imprescindível a criminalização de uma conduta, é necessário verificar se tipicamente ela será válida, ou seja, avaliar a construção dogmática, com a análise dos elementos que determinam a conduta proibida, sob pena de ilegitimidade. A propósito, os elementos típicos devem ser certos e precisos,

mas, nos crimes de perigo abstrato, geralmente há uma maior abstração e menor definição dos elementos típicos.

O presente estudo não se prende a analisar o conceito de crime, mas a evolução do conceito de perigo na sociedade e a relação com o conceito de bem jurídico. Dito isso, registre-se, novamente, que a eleição de determinada conduta como crime é mera opção de política-criminal e legislativa, mas não se trata de definir os bens jurídico-penais, porque estes já estão determinados, como, por exemplo a vida ou a saúde. Trata-se de consagrar uma conduta criminalmente proibida que possa por em perigo a vida, saúde, ou qualquer outro bem jurídico de outrem. Dessa forma, tem-se o inchaço do ordenamento jurídico penal, com a expansão do rol de proteção de bem jurídico e punibilidade.

Como salientado, na modernidade, os crimes de perigo abstrato tem sido utilizados como opção legislativa para fins de política criminal. Os novos perigos do mundo contemporâneo ensejam a intervenção Estatal[4], sobretudo com a criação de formas que antecipam a tutela penal, a saber, a adoção 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" (BOZOLA, 2015, p.87).

Nesse caso, há problema de legitimidade porque a opção legislativa pela criação dos crimes de perigo proporciona alargamento na proteção dos bens jurídicos e, via de consequência, na punição penal, o que pode ensejar restrição aos direitos fundamentais.

É certo que "os problemas do crime de perigo são bastante aparentes, pois neles e proíbe e se pune um comportamento sem que qualquer bem jurídico seja lesionado ou mesmo exposto a real perigo" (BOZOLA, 2015, P. 88).

Quando se criminaliza conduta que acarreta dano ou perigo a bem jurídico, com a definição legal de um conceito de crime com imposição de pena, há prevenção da criminalidade em si, porque os membros da comunidade, em tese, passarão a se abster de praticar o comportamento proibido. Em suma, os comportamentos serão prevenidos porque foram previamente criminalizados. Nesse sentido, Faria Costa tece uma breve consideração no sentido de que a criminalização das condutas de por-em-perigo não aumenta a prevenção da criminalidade, mas, tão somente, majora a punibilidade e a proteção aos bens jurídicos. O autor defende, portanto, que a

---

[4] BOZOLA, *Os crimes de perigo abstrato no direito penal contemporâneo*, p. 86.

criação das condutas que antecipam a punição não contribui para a redução da criminalidade, porque, para ele, a criminalização de um comportamento, seja lesivo, seja de por-em-perigo, não é, por si só, condicionadora da diminuição da criminalidade.

Prosseguindo, o doutrinador Faria Costa cita Binding, o qual entendia que o tipo legal de violação "é nitidamente delimitado e por isso fácil e inteiramente reconhecido", enquanto o tipo legal de por-em-perigo "apresenta fronteiras totalmente indefinidas e deixa os membros da comunidade jurídica em completa incerteza sobre aquilo que devem ou não fazer", o que acarreta, por sua vez, uma limitação à liberdade humana de agir (COSTA, 2000, p. 577).

Realmente o desvalor de uma conduta que enseja resultado de dano é muito mais precisa do que o tipo penal que apenas descreve uma situação de perigo. Por este motivo, a tipificação dos crimes de perigo abstrato deve ser o mais precisa possível, porque os membros da sociedade poderão ter dificuldade em assimilar o conteúdo da proibição.

Faria Costa define perigo como "um estádio relativamente ao qual é legítimo prever como possível o desencadear de um dano/violação para com o bem jurídico-penalmente protegido" (COSTA, 2000, p. 583).

Leciona o renomado autor:

> No fim das contas parte-se de um ponto que tem na sua base a construção de von Rohland e que Binding sufraga, qual seja: o perigo em direito penal é constituído por dois elementos: a probabilidade de um acontecer e o carácter danoso do mesmo. Estão, deste jeito, definidos os dois pilares essenciais para uma exacta compreensão do perigo. E é precisamente partindo desses dois elementos que podemos surpreender a exacta noção de perigo que se apresenta matricialmente normtativa e, porque normativa, outrossim relacional (COSTA, 2000, p. 583-584).

Sem querer aprofundar a relação causal entre o por-em-perigo e o dano/violação, registre-se que Faria Costa defende que não há necessariamente uma relação causal porque, se houvesse, um determinado dano somente poderia ser acarretado por uma determinada ação, todavia, para o autor, a violação pode ser acarretada por qualquer ação, não necessariamente específica. O autor registra que a representação causal não pode explicar o perigo, primeiro porque não há representação causal no mundo físico que interessa ao direito penal, com a exposição a perigo e, em segundo lugar, como não restou demonstrado nexo, na

medida em que o resultado esperado não se cumpriu, e se o pensamento causalista não admite hiatos ou interrupções, não há que se falar em relação de causalidade.

É sabido que o Direito Penal deve, em sua legislação, apresentar o mínimo de abertura para a interpretação, sob pena de violar a segurança jurídica. Todavia, não se discute a possibilidade do referido ramo possuir espaço para uma normatividade relativamente indeterminada, tanto que, como mencionado, o Direito Penal admite a figura do perigo, o qual, carrega em si, indeterminação, mas desde que não sejam violados os direitos fundamentais.

Também é importante frisar que o universo do conceito de perigo é mutável, visto que as situações perigosas são um campo aberto, que se redefinem a cada momento, quando a sociedade entende que uma situação é, ou não, perigosa.

Observação importante sobre o perigo é a noção de probabilidade de que um evento danoso ocorra. Nesse sentido, vale frisar que um ato é incerto quando pode acarretar vários resultados, mas não é possível calcular a probabilidade de que cada resultado ocorra. Por outro lado, um ato pode acarretar uma “situação de risco” quando, embora a cada conduta possam corresponder vários resultados, é possível estimar a probabilidade de ocorrência. (COSTA, 2000 p. 593)O que se pretende demonstrar é que o perigo possui uma larga escala, que varia de resultados determináveis até situações aleatórias que não podem ser determinadas absolutamente, daí, portanto, o grau de incerteza do resultado.

Desse modo, é necessário entender o estudo da situação de risco, ou seja, quando é possível precisar a probabilidade do resultado danoso e não o caso de completa aleatoriedade do resultado. Nesse contexto, primeiro é necessário reconhecer o perigo para, posteriormente, avaliar o grau da probabilidade de cada um dos resultados possíveis. É bom que se diga que o Direito Penal deverá ocupar-se com o perigo proporcionado pela conduta do indivíduo e não por fenômenos naturais e, analisando a ação do agente, é que será possível, de certa forma, auferir um critério material para a questão do perigo. Para isso, é necessário entender a partir de que momento uma conduta implica em uma situação perigosa, visto que, nem todas as ações podem acarretar perigo.

A jurisprudência alemã propõe que “haverá uma situação de perigo sempre que a produção do resultado desvalioso é mais provável que a sua não produção” (COSTA, 2000, p. 596), o que parece ser um passo para a construção da racionalidade no que tange às situações perigosas. Neste particular, restará

caracterizada situação de perigo concreto penalmente relevante quando a probabilidade da ocorrência de um resultado desvalioso é superior à probabilidade da sua não produção. (COSTA, 2000, p.598) E aí é possível, novamente, estabelecer uma escala que varia entre a impossibilidade da ocorrência do resultado e a certeza de concretização deste. Certo é que a questão da probabilidade é de extrema relevância para a apreciação valorativa do perigo.

Não se pode deixar de considerar que a mencionada jurisprudência alemã, que estabelece que somente restará caracterizada situação de perigo quando a probabilidade do resultado desvalioso é superior à probabilidade da sua não produção, também é criticada. Isso porque, tal formulação é restritiva e carregada de extrema valoração normativa, mas, apesar das críticas, a percepção da jurisprudência alemã ainda parece ser a mais adequada.

O autor Faria Costa trabalha com a noção da metade como uma linha psicológica para determinar se uma ação está mais próxima da produção do resultado do que da não ocorrência do resultado danoso, sendo por óbvio dizer que, se uma probabilidade é igual a zero, ou próximo disso, não há situação de perigo penalmente relevante, porque a mera possibilidade de produção do resultado não é suficiente para caracterizar o perigo. Adotando o referido marco – metade –, quando a probabilidade do resultado danoso for superior ao da sua não produção, aí sim haverá uma situação de risco.

É importante considerar a licitude mesmo daquelas condutas que possam produzir um resultado, devendo o Direito Penal ocupar-se apenas das situações que acarretem perigo jurídico-relevante, ou, em outras palavras, quando a probabilidade do resultado desvalioso é forte de acontecer.

Não obstante toda a mencionada definição tenha relação com a conduta do agente, ou seja, com a ação, é importante vincular a situação de perigo ou de dano/violação com bem jurídico. Ocorre que somente no caso concreto será possível determinar se uma situação é perigosa ou não porque, “perante a situação *X*, a que se dá a qualificação <<prévia>> de perigosa, temos de saber se ela perfila ou não efetivamente como perigosa” (COSTA, 2000, p. 615). Isso porque, dependendo da situação, pode estar em perigo um bem jurídico relevante como a vida, mas determinada ação pode ser inofensiva a esse bem, de modo que, assim, não haverá situação de perigo. Repito, portanto, que somente caso a caso é possível aferir se existe situação perigosa.

Faria Costa exemplifica:

> O perigo é também nesta medida um juízo essencialmente relacional. O que determina que a noção de perigo tenha sempre de ser apreciada na contextualidade situacional. Por outras palavras: enquanto se pode, sem grande esforço de abstracção, representar o dano da vida, independentemente da concreta situação em que esse dano se produz, já a representação do perigo para com a vida é refractária a uma tal forma de perceber as coisas. O que faz com que as acções normalmente se possam revelar, no caso concreto, como inofensivas; basta para isso citar, hoje já exemplo de escola, o caso de *A* que dispara na perna de *B*, mas acontece que *B* tem, precisamente nessa perna, uma prótese. Contexto que nos atira, implacavelmente – no domínio dos chamados crimes de perigo concreto-, para uma apreciação do perigo que não pode deixar de tomar em consideração todas as circunstâncias do caso concreto. Só a apreciação, em concreto, pelo intérprete-aplicador do circunstancialismo situacional é que torna verdadeiramente relevante a existência de uma situação perigosa. (COSTA, 2000, P.601).

Restou salientada, dessa forma, a importância do termo probabilidade para aferir a situação de perigo, bem como a utilidade da escala da probabilidade para a construção de um critério material para aferir o perigo. Resta saber, agora, como será estabelecido o critério para determinar qual o limite para dizer que uma situação de risco será penalmente relevante.

Por oportuno, insta destacar que, ao contrário do dano, que se solidifica em um espaço real, definido e individualizado, o perigo possui um espaço que coincide com o da ação e, por tal motivo, há a tendência em remeter o perigo para a própria ação perigosa. (COSTA, 2000, p.604-605). Nesse contexto registre-se que o perigo não deve ser internalizado no conceito de ação perigosa, isso porque, em determinada situação, o resultado de perigo, ao contrário do resultado de dano, pode se concretizar em um espaço de tempo. A propósito, o perigo não é apenas um momento e possui a ideia de continuidade.

Diante da noção de que o perigo apresenta continuidade, é bom que se diga que o Direito Penal somente deve se ocupar do perigo presente, não sendo possível projeção do perigo futuro, muito menos o perigo passado. É óbvio que o julgador analisará um perigo anterior, mas aquela circunstância anterior será analisada no presente, para deliberação se houve/há, ou não, situação perigosa. É necessário que "o <<interessado>> aplicador-intérprete se coloque em uma posição espiritual em que o passado se perfila como presente, mas sempre como presente-passado" (COSTA, 2000, p. 610). O fato passado será o objeto de análise do juízo sobre a

relevância ou irrelevância para o Direito Penal, à luz do discorrido conceito de probabilidade.

É importante destacar que, para a análise da relevância penal, é crucial a diferenciação entre perigo e situação de risco, o que sintetizado por Faria Costa:

> Na verdade, é do maior interesse perceber que se entendermos o perigo como uma situação ou estádio a partir do qual é provável a produção de um resultado negativo (axiologicamente desvalioso), pressupõe-se também que um outro resultado de valoração positiva (axiologicamente valioso) pode acontecer. De modo que, se centralizarmos a nossa atenção sobre uma tal situação de incerteza do resultado negativo, estaremos perante o perigo, e se a projectarmos no resultado positivo, estar-se-à em face de uma situação de <<sorte>>. Todavia, se nos colocarmos em uma atitude intelectual que assuma projectivamente os dois resultados (o positivo e o negativo) fala=se, então, em uma situação de risco (COSTA, 2000, p.611).

Dito isso e melhor definido o perigo, deverá ser relevante para o Direito Penal a situação efetivamente desvaliosa que pretende se evitar, com observância no campo do passado-presente. E são as experiências que permitirão aferir se uma situação de perigo deverá ser, ou não, jurídico-penalmente relevante. É da experiência real que será possível aferir a relação de um fato com seu efeito e a situação perigosa. Não é necessário que o intérprete-aplicador tenha vivenciado tal experiência, mas deverá colocar-se na posição de outros membros da sociedade para inferir se a situação é perigosa.

À luz do que foi dito sobre a possibilidade de uma situação, a princípio, parecer perigosa, mas diante da possibilidade de, no caso concreto, ela não ser efetivamente perigosa, é necessário apreciar o papel do intérprete-legislador. Quando o fato abstrato tido como perigoso, no plano concreto realmente se mostra perigoso, é tarefa fácil para o aplicador qualificar a situação como efetivamente perigosa. É de se registrar que apenas a situação concreta e não a abstrata permite aferir a periculosidade. (COSTA, 2000, p. 610). É a partir do juízo de dupla-referência (*ex ante e ex post*), baseado nas regras da experiência e da probabilidade da produção de um resultado desvalioso, que será possível estabelecer se uma situação deve ser considerada penalmente relevante.

Dessa forma depreende-se que nos delitos de perigo abstrato o perigo não é um elemento do tipo penal, estando oculto, mas influencia decisivamente a compreensão dos crimes de perigo.

Analisando precisamente os delitos de perigo concreto observa-se que este guarda extrema relação com o conceito anteriormente mencionado de cuidado-de-perigo, porque este é a razão de ser daquele. (COSTA, 2000, p. 623).

Muito importante é a conclusão de Faria Costa:

> O legislador que, sem dúvida, proteger um determinado bem jurídico e pode fazê-lo porque considera que o pôr-em-perigo é elemento bastante para justificar uma pena criminal. No entanto, se o que acabámos de ver é claro, mais transparente se torna se considerarmos que o que o legislador quer expressar se reduz à seguinte ideia: age sempre para com o outro de modo a manter, sem oscilações, a tensão primitiva da relação de cuidado-perigo. Com efeito, qualquer desvirtuamento, legalmente definido, daquela relação determina o aparecimento do perigo que o legislador considera suficiente para legitimar a cominação de uma pena criminal. Deste modo se vê que a primitiva relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo é o suporte mais-que-perfeito para legitimar, em termos ético-sociais, a aplicação de uma pena de todo aquele que, desvirtuando a relação de cuidado, põe em perigo um bem jurídico que a comunidade considera relevante para a proteção penal. (COSTA, 2000, p. 623).

Portanto, depreende-se que o legislador busca punir condutas que acarretem perigo e que tenham relevância no Direito Penal. Mas e quanto aos crimes de perigo abstrato em que, muito embora acarretem perigo, não apresentam ofensa concreta a bem jurídico? É neste particular que reside uma discussão sobre a legitimidade dos delitos de perigo abstrato e adentra-se na questão atinente ao princípio da ofensividade. É bom que se antecipe, todavia, que a legitimação para os delitos de perigo abstrato não está no próprio princípio da ofensividade, embora, à frente, seja apreciada a relação entre tal modalidade delitiva e o referido princípio. A legitimação para os crimes de perigo abstrato estará na proteção de bens jurídicos.

O presente estudo não pretende se aprofundar nas inúmeras discussões sobre o princípio da ofensividade e o axioma *nullun crimen sine iniuria,* todavia, é imprescindível mencionar este importante princípio, visto que, ele legitima o *ius puniendi* Estatal quando da violação de um dever. Em relação à ofensa, verifica-se que um bem será lesionado quando sua estrutura nuclear é atingida, e o bem, dessa forma, não cumprir a finalidade em razão de uma ação humana. Este é um primeiro grau da ofensividade. A segunda situação seria o caso quando um bem jurídico é concretamente posto em perigo. Da mesma forma, a estrutura nuclear do bem jurídico será posta em perigo por meio de uma ação e de uma certeza da caracterização do resultado. Mas em terceiro lugar, quanto aos crimes de perigo abstrato, não é tarefa fácil relacioná-lo com o princípio da ofensividade. Não se

discute a legitimidade dos delitos de perigo abstrato, com base no princípio da ofensividade, porque tal fato é inexigível. (COSTA, 2000, p. 631).

Neste particular, se a fundamentação para a legitimidade dos crimes de perigo abstrato não reside no princípio da ofensividade, esta poderá residir na ideia de cuidado-de-perigo. Isso porque este conceito não legitima apenas o dano/violação e o perigo concreto, mas também o perigo abstrato, ou desvalor do próprio cuidado de perigo. O que diferenciará a relação entre o cuidado de perigo e os crimes de dano/violação e perigo concreto dos crimes de perigo abstrato será a relação com o bem jurídico e que será visto a seguir.

5 OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO E O BEM JURÍDICO

Não se pode olvidar que a adoção de um Direito Penal que antecipa a tutela penal é um fator bastante temerário e acaba por violar o Estado Democrático de Direito, porque sequer há agressão direta a bem jurídico. A criminalização das condutas de perigo, caso não seja devidamente observada, viola a função do Direito Penal de proteção de bens jurídicos e configura nada mais nada menos do que uma proteção ao Estado e à necessidade de antecipar a punição por condutas que possam prejudicar a sociedade. Nesse contexto de criminalização de condutas para a segurança do próprio Estado, são questões puramente políticas que determinarão os limites dos riscos e do perigo. Portanto, a seleção dos tipos penais pode se mostrar totalmente arbitrária.

Para que tal fato não ocorra, ou em outras palavras, para aferir se os crimes de perigo abstrato serão legítimos, a questão do bem jurídico torna-se o cerne para a compreensão do limite de atuação do Direito Penal.

Isso porque não há como se falar em tipo penal, bem como em expansão do Direito Penal a partir da tipificação dos crimes de perigo abstrato, sem antes formular uma ideia de bem jurídico, considerando que este configura o objeto de proteção previsto no tipo e, consequentemente, determina o limite do poder punitivo estatal.

Nesse contexto, vale dizer que o Direito Penal deve ser aplicado de forma subsidiária, em atenção ao princípio da fragmentariedade, somente quando não for possível a solução do conflito por outros meios, sendo certo que haverá a necessidade de intervenção penal quando houver lesão ou perigo a bens jurídicos relevantes, sob pena de violação ao Estado Democrático de Direito. Desse modo é importante a definição dos bens jurídicos, haja vista que é necessário identificar os bens relevantes para que possa ser aplicado o Direito Penal. Por fim, é imprescindível o estudo da teoria do bem jurídico, a qual é o cerne para aferir a legitimidade dos delitos de perigo abstrato.

5.1 O bem jurídico e o cuidado-de-perigo

Conforme visto no capítulo anterior, a busca pela legitimação dos crimes de perigo abstrato não pode estar baseada no princípio da ofensividade. Isso porque,

embora acarretem perigo, os delitos de perigo abstrato não apresentam ofensa concreta a bem jurídico. Restou salientado que a relação de um cuidado-de-perigo primeva também é fundamento para os delitos de perigo abstrato. A diferença residirá, todavia, na relação dos delitos de dano/violação e perigo concreto e de perigo abstrato com o bem jurídico.

A propósito, o desvalor do dano/violação e do perigo concreto há uma imediata relação com o bem jurídico concreto, o que permite a construção de crimes de resultado. Por sua vez, o desvalor do cuidado-de-perigo que fundamenta os delitos de perigo abstrato independe de um identificável bem jurídico. Não há um dano, não há perigo, mas um cuidado-de-perigo dos valores essenciais à vida em comunidade.

Neste particular há de se "considerar que o ilícito dos crimes de perigo abstrato estaria na idoneidade de provocar um dano na base da confiança necessária à vida em comum entre os homens" (BERZ *apud* COSTA, 2000, p. 634).

Leciona Faria Costa:

> A perversão dessa relação suscita, não um dano, não um perigo, mas um cuidado-de-perigo relativamente aos valores essencialíssimos do viver comunitário. Muito embora, no que se refere ao caso que nos prende agora, não existir a mediação de um concreto e definível bem jurídico a <<cimentar>> a relação de cuidado, é indiscutível que a relação de cuidado-de-perigo, mesmo sem a recorrência imediata do bem jurídico, é ainda suporte material suficiente para legitimar a incriminação de condutas violadoras dessa relação originária (COSTA, 2000, p. 634).

O fato de o Estado impor uma relação de cuidado sem um específico bem jurídico não é uma aberração, o "problema está em que, não se exigindo a presença imediata de um bem jurídico tutelado, o poder incriminador do Estado encontra-se, assim, mais <<solto>>, sem limites <<materiais>>, a não ser, obviamente, os limites da legalidade (estrita) e da irretroatividade da lei penal" (COSTA, 2000, p. 632).

Nesse caso, a fundamentação para os crimes de perigo abstrato também é a proteção de bem jurídico, mas não de forma imediata. É o bem jurídico, o valor, que determinará a raiz para a relação do cuidado-de-perigo e os crimes de perigo abstrato.

Outra dificuldade é apreciar a constitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, ou seja, se com a criação deles não há violação aos princípios fundamentais. Há o entendimento de que os crimes de perigo abstrato são inconstitucionais porque violam o princípio da proporcionalidade, na medida em que

há imposição de pena a delitos que poderiam constar em normas de mera ordenação social e não em Leis Penais. (COSTA, 2000, p. 636)

No entanto, este estudo não se prenderá em apreciar se os delitos de perigo estão em conformidade com os princípios constitucionais da proporcionalidade, culpabilidade ou mesmo da legalidade – este, desde já, entendemos que está preservado, porque os crimes de perigo abstrato, quando construídos corretamente, não afrontam o Estado Democrático de Direito, porque respeitam a legalidade estrita –, mas estará limitado à apreciação da relação entre os crimes de perigo abstrato e o princípio da ofensividade ou lesividade.

No capítulo anterior foi salientado que o princípio da ofensividade não é a base para a legitimação dos crimes de perigo abstrato, mas é necessário apreciar a relação entre ambos. Foi afirmado que o cuidado-de-perigo é o que legitima o perigo abstrato, porque há proteção dos bens jurídicos, ainda que não de forma imediata. Cabe, agora, entender qual é o "momento relacional"[5] entre o cuidado-de-perigo e o bem jurídico.

É sabido que as penas somente possuem sentido quando há necessidade de proteção de bem jurídico relevante, ou seja, porque "a lei só pode restringir direitos, liberdade e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente previstos" (COSTA, 2000, p.637).

Desse modo, caberá ao Legislador uma rígida definição das condutas proibidas nos crimes de perigo abstrato, de forma extremamente minuciosa, porque tal circunstância é o que suprirá o déficit de legitimidade daquela modalidade delitiva. (COSTA, 2000, p. 641). Não obstante a definição minuciosa do Legislador, ainda é necessário verificar se há relação com o princípio da ofensividade. Isso porque, formalmente, a descrição legislativa pode ser perfeita, no entanto, poderá não ter relevância para o Direito Penal se não proteger bem jurídico essencial para a vida em comunidade.

Sobre o assunto dispõe Faria Costa:

> Por outras palavras: não basta o legislador definir com exactidão a conduta ou condutas proibidas, é preciso ainda e sempre, através da categoria de mediação do cuidado-de-perigo, ver se aquela conduta proibida visa proteger, se bem que por meio da mais avançada das defesas

[5] No sentido de Rocha *apud* Costa (2000 p. 641).

> jurídico-constitucionalmente permitidas, um concreto e determinado bem jurídico com dignidade constitucional ou, talvez ainda de maneira mais rigorosa, um bem jurídico-penal. (COSTA, 2000, p.646).

Em síntese, tem-se que os delitos de perigo abstrato devem ter a legitimidade do ponto de vista formal, em conformidade com a tipicidade, mas também do ponto de vista material que, por sua vez, está relacionada com a proteção de bens jurídicos dotados de dignidade penal. Percebe-se, ademais, a finalidade político-criminal da opção do Legislador pelas figuras de perigo abstrato na atualidade, em virtude da relação de cuidado-de-perigo e alargamento da punibilidade.

5.2 A evolução do conceito de bem jurídico

Inicialmente, dada a importância do instituto do bem jurídico para aferir a legitimidade dos crimes de perigo abstrato, constará no presente estudo uma síntese evolutiva do conceito de bem jurídico, passando por Anselm Von Feuerbach, Johann Birbaum, Karl Binding, Franz von Liszt, pelo Neokantismo até a definição na sociedade contemporânea.

5.2.1 O bem jurídico para Anselm Von Feuerbach

Oportuno dizer que as construções dogmáticas acerca do bem jurídico se deram durante dois séculos e foram iniciadas a partir da tese formulada por Anselm Von Feuerbach, em 1801. Antes dos estudos do doutrinador, o sistema penal era determinado por conceitos metafísicos e em entidades divinas, todavia, buscou-se a legitimação do poder por meio de um sistema de garantias centradas em bens jurídicos individuais e desvinculado dos conceitos de crime-pecado. (BOZOLA, 2015, p. 132-133)

Ressalta-se que, embora Anselm Von Feuerbach não tenha formulado um conceito expresso de bem jurídico, possibilitou a condição para o nascimento da definição. Isto porque atribuiu ao Direito Penal a tutela de direitos externos, quais sejam os direitos subjetivos, definidos como conjunto de direitos privados, ou individuais, atribuídos às pessoas que são titulares desses direitos (BRANDÃO, 2014).

Nesse passo, os direitos externos se tornaram o centro de proteção do Direito Penal, sendo fixada a pena como consequência jurídica em caso de violação dos referidos direitos preservados.

É de se ressaltar, ainda, que a proteção dos direitos está alicerçada no princípio da legalidade, tão aventado por Feuerbach. Ora, em atenção ao referido princípio, para que uma pena possa ser aplicada, ela deve sempre estar vinculada à lei e lesão de direitos. A partir da ideia de princípio da legalidade, é que se iniciou a argumentação em torno do objeto da tutela penal.

Além disso, a partir da tese de Feuerbach de “coação psicológica”, vinculada à ideia de “prevenção geral negativa”, foi possível a construção da ideia de princípio da legalidade e, via de consequência, de objeto da tutela penal. Para o teórico, somente com a ameaça de um mal e a imposição de pena como consequência às lesões jurídicas é possível a tutela de direitos subjetivos (BRANDÃO, 2014, p. 119-120). Assim, quanto à noção de “prevenção geral negativa”, vale dizer que o objetivo da atuação do direito penal é a intimidação da sociedade e de potenciais protagonistas de lesões jurídicas.

Vale registrar que a lesão jurídica é a prática da ação criminosa, a qual, por sua vez, é a violação de um direito por meio de ação ou omissão previstas na legislação. Assim, se a lesão jurídica é a violação a um direito, isso significa que ela é a violação ao dever-ser, a qual não se concretiza no mundo exterior, não havendo, portanto, que se falar em lesão objetiva.

5.2.2 Bem Jurídico para Johann Birbaum

Após as considerações formuladas por Feuerbach, Johann Birbaum instaurou uma polêmica, na primeira metade do século XIX, ao superar a noção de direito subjetivo, estabelecendo ao bem jurídico a relação com a tutela penal (BRANDÃO, 2014, p. 119-120).

Para Birbaum citado por Brandão (2014), não é o direito subjetivo o cerne da discussão do crime, mas o próprio bem o qual é passível de violação na esfera concreta. Aliás, uma lesão somente será objetivamente realizada quando acarretar um dano efetivo ao objeto de um direito.

Muito embora Birbaum não tenha formulado um conceito específico para bem

jurídico, ele utilizou a expressão para bem aplicado ao ordenamento jurídico e ao direito. Para ele, bem jurídico não seria direito subjetivo de cunho individual, mas um conceito substancial e objetivo da categoria do bem tutelado (BIRBAUM *apud* BRANDÃO, 2014, p. 119-120). Nesse contexto, ao contrário do disposto por Feuerbach, o crime não consistiria uma lesão ao direito, mas ao próprio bem, o qual estaria formulado no mundo exterior por possuir caráter concreto e objetivo passível de violação.

Assim, é importante frisar que o direito, por si só, não é violado, porque a sua materialização é expressa em bens, os quais são o efetivo objeto do direito e passíveis de lesão na esfera de seus titulares e, somente eles podem ser violados com a ação criminosa. (BIRBAUM *apud* BRANDÃO, 2014).

Em suma, se o delito corresponde a uma lesão, o seu objeto de tutela não é o direito, mas o próprio bem decorrente do direito. A propósito, vale dizer que o delito de homicídio não viola o direito à vida, mas a própria vida, assim como outros delitos violam a honra, a liberdade e o patrimônio, bens que, dessa forma, estão sujeitos à diminuição em decorrência de ação criminosa.

Impõe-se ressaltar que o conceito de bem jurídico formulado por Birbaum não se esgota em si mesmo e não foi acabado, mas desencadeou o desenvolvimento da teoria ainda no século XIX, representando uma grande evolução quanto à delimitação da natureza do delito. Isto porque a teoria do bem jurídico proporcionou aumentar as garantias quanto à intervenção penal, alterando a estrutura da tutela penal do plano subjetivo para o objetivo com a lesão concreta de um objeto.

5.2.3 O positivismo normativo e o bem jurídico na visão de Karl Binding

Conforme salientado, embora Birbaum não tenha exaurido um conceito de bem jurídico, ele contribui sobremaneira para a discussão do tema, proporcionando que, ainda no século XIX, outros autores como Binding e Liszt desenvolvessem o mencionado instituto penal.

Na visão de Binding, o legislador tem a incumbência de escolher os bens jurídicos que serão tutelados pela norma penal, do que se depreende que o objeto de tutela não existe antes da criação legislativa. (BINDING *apud* BRANDÃO, 2014, p. 132-133-120).

Neste particular, afasta-se a ideia de anterioridade formulada por Birbaum, haja vista que, na visão de Binding, o Legislador é o construtor do conceito de bem jurídico (*Rechtsgut*), ou seja, este não existe antes da norma.

A importância dada ao legislador é plenamente justificável pelo contexto histórico vivenciado pela Alemanha no século XIX, onde se valorizava a criação de um ordenamento penal unificado, sendo, naquela época, criado o Código Penal do Império Alemão (1871).

Assim, está plenamente demonstrado o motivo pelo qual ao legislador cabia a tarefa de construir o conceito de bem jurídico e de fornecer elementos para a construção do tipo penal.

Em síntese, o que se observa é que, para Binding, conforme Brandão (2014) somente podem ser considerados bens jurídicos aqueles que são determinados como tais nas normas elaboradas pelo legislador. A norma é a fonte do bem jurídico, é ela que o revela, delimitando os limites da lesão, sendo o bem, na visão do legislador, um valor social e, por este motivo, convertido no objeto de proteção do Direito Penal. Para guardar a devida proteção contra possíveis lesões é que se utiliza de normas para tutelar bens jurídicos.

Importante frisar, que a lesão não afrontava o *Tatbestand*, aqui entendido como crime, já que, naquela época, ainda não havia um conceito estruturado de tipicidade, mas a própria norma, a qual era o imperativo que regulava as condutas. (BINDING *apud* BRANDÃO, 2014, p. 132-133-120).

5.2.4 Bem Jurídico para Franz von Liszt

De relevo destacar o posicionamento de Franz von Liszt sobre o bem jurídico, o qual também representou uma grande contribuição para a formulação do conceito.

Ainda, na época de Liszt, o conceito de tipicidade também não estava formulado e a teoria da tripartição do delito não estava estruturada, mas, com o referido pensador, foi possível a separação da culpabilidade da antijuridicidade, sendo neste último fixado o bem jurídico.

Para Listz, cabe ao legislador a tarefa de identificar o bem jurídico e valorá-lo. Assim, ao contrário do sustentado por Binding, Liszt entende que o bem jurídico não é criado pela norma, mas pela própria vida e, tão somente, encontrado pelo

legislador. Nesse contexto, é importante salientar a ideia de antissocialidade, entendida por Liszt como o próprio conteúdo material do ilícito, considerando que a ação antijurídica lesa ou expõe a perigo um bem jurídico. (LISTZ *apud* BRANDÃO, 2014, p. 134)

É fundamental, ainda, realizar a distinção entre a antijuridicidade formal e a material, sendo a primeira a violação do ordenamento jurídico, ou seja, do direito ou norma penal, e a segunda o próprio comportamento nocivo ou, em outras palavras, a ação que viola o bem jurídico.

Dessa forma, para Liszt, o ilícito é anterior à antijuridicidade formal e, via de consequência, à lei penal, sendo função do legislador apenas formalizar na norma o que já era materialmente conhecido como ilícito. Nota-se, aqui, a diferença de Liszt para Binding, pois, conforme dito, este último sustenta que é papel do legislador criar o bem jurídico.

Para Liszt, o bem jurídico é a própria essência da antijuridicidade material, podendo ser conceituado como o interesse juridicamente protegido, ou seja, aqueles vitais para a sociedade, sendo a proteção dada a ele por meio da norma penal criada pelo legislador (LISTZ *apud* BRANDÃO, 2014, p. 134)

Em suma, o que se verifica do referido teórico é que o bem jurídico não encontra legitimidade na norma, já que existe anteriormente a ela, sendo a lei penal criada pelo legislador o meio de proteção. Os interesses da sociedade dão materialidade à antijuridicidade, que, ao ser formalizada, converte os interesses em bens jurídicos, sendo este o aspecto delimitador do Direito Penal. (BRANDÃO, 2014, p. 134)

Por fim, vale frisar a importância do conceito formulado por Liszt na atualidade, mormente porque a ausência de bem jurídico protegido exclui a tipicidade, podendo-se citar o princípio da insignificância como exemplo de tal construção. O referido princípio dispõe que, quando a conduta afeta um bem jurídico de forma tão insignificante, a conduta será atípica. Ora, somente por meio da teoria de Liszt, que delimitou a questão da antijuridicidade material, é que foi possível a formulação de tal princípio, que afasta a ocorrência da antijuridicidade material em caso de pequena lesão ou perigo de lesão.

5.2.5 A construção do bem jurídico a partir do Neokantismo

Primeiramente é oportuno dizer que o Neokantismo representa uma reação ao positivismo anteriormente mencionado por Binding e Liszt. Aqui, procura-se analisar o papel do desvalor e, além disso, tem-se uma distinção entre o objeto para natureza e cultura, considerando que a primeira deve ocupar-se de explicar o objeto sem fazer distinção deste com o sujeito, enquanto a segunda deve compreendê-lo, delimitando uma relação entre ele e o sujeito.

Nesse contexto, como o Direito Penal é visto pelo Neokantismo como uma ciência cultural, é importante a análise da relação entre sujeito e objeto para desenvolvimento de uma teoria do delito.

Dessa forma, o bem jurídico deve se distanciar dos conceitos formulados pelos positivistas, uma vez que o seu valor não está vinculado à atividade do legislador, mas relaciona-se com o âmbito cultural, pois, somente este permite a atribuição de valores positivos ou negativos aos objetos.

O que se pretende dizer é que os Neokantistas entendem que o Direito não pode ser alheio aos valores dependendo-se destes, pelo que se depreende que o bem jurídico está no centro da norma penal.

A propósito, Edmund Mezger define o bem jurídico como valor protegido pela Lei Penal, de modo que o conteúdo material do injusto é a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico, o qual é o objeto de proteção do direito e de ataque da ação criminosa. Nesse contexto, para o teórico, o conteúdo material do injusto é a lesão ou colocação em perigo do bem jurídico. (MEZGER *apud* BRANDÃO, 2014, p. 139)

Assim, com base no Neokantismo, não se pode confundir bem jurídico com objeto de ação, visto que o primeiro é uma valoração face ao objeto da ação, enquanto o segundo é o objeto corpóreo sobre o qual recai a conduta criminosa, consistindo em parte integrante do tipo penal.

Em muitas hipóteses, como no caso de delito de homicídio, é possível que bem jurídico e objeto de ação coincidam, considerando que, neste caso, ambos recaem sobre a vida. No entanto, há casos em que não há a identificação destes institutos, sendo possível citar, por exemplo, o crime de furto, no qual o objeto da ação recai sobre a *res furtiva*, enquanto o bem jurídico é o patrimônio.

Em síntese, o objeto da ação é sempre parte integrante do tipo penal e o objeto de proteção é o seu conteúdo valorativo e, em consequência, o próprio sentido

do tipo penal.

Há de se ressaltar, ainda, outra ruptura com o positivismo proporcionada pelo Neokantismo, no sentido de interpretação da lei penal, já que, conforme esta corrente, é possível a aplicação supra-legal do Direito Penal, abrindo espaço para a incidência da hermenêutica, vez que nenhuma lei esgota, em sua totalidade, o direito.

Aliás, essa superação com o positivismo representou uma profunda contribuição para o direito, pois, como é sabido, diversos elementos da dogmática são construídos por meio de juízos valorativos, podendo ser citado o caso da legítima defesa, conforme disposto pelo ilustre doutrinador Brandão (2014), segundo o qual é necessário o uso do juízo de valor sobre os meios moderados.

Nesse ponto, vale frisar o paralelo com os crimes de perigo abstrato, considerando que, para a aplicação desses tipos penais, é necessária a utilização da interpretação em cada situação.

5.2.6 O bem jurídico na sociedade contemporânea

É certo que, para a caracterização de um delito, se torna necessária a efetiva violação do bem jurídico, disso não há dúvida. Entretanto, a controvérsia é justamente precisar o que vem a ser bem jurídico, já que a ausência de clareza quanto ao conceito é um dos pilares da dificuldade de identificar quais são os bens fundamentais.

Silva Sánchez (2011) salienta que, a partir dos anos 1960 e 1970, buscou-se a elaboração de um conceito de bem jurídico que pudesse fundamentar a teoria do movimento despenalizador iniciado, na medida em que, dada a especial gravidade da consequência jurídica “pena”, o Direito Penal deveria preocupar-se apenas com os casos de danosidade social especialmente grave.

Ademais, Silva Sánchez (2011) destaca que, à luz de um Estado Democrático de Direito, a “autorrealização” de um indivíduo deve ser o elemento central do conceito de bem jurídico. Assim, só será bem jurídico o que for dotado de valor para o desenvolvimento pessoal do homem em sociedade, portanto, fatos disfuncionais que não afetem a referida “autorrealização” não serão puníveis. Não bastasse isso, Sánchez salienta que não estão excluídos de proteção os chamados bens supraindividuais, porque, quando da violação destes, o indivíduo é afetado

indiretamente.

A propósito, Jesús María Silva Sánchez leciona:

> Quanto aos fatos funcionais para a “prática” do sistema, se lesionam possibilidades de autorrealização do indivíduo, na medida em que o sistema se declare estabelecido em favor deste (como acontece nos Estados democráticos), poderão, caso concorram os requisitos restantes que logo veremos, ser considerados “desfuncionais” com o programa do sistema. (SANCHEZ, 2011 p. 412)

Hassemer (2008) salienta que o problema central das teorias do bem jurídico são os interesses político-criminais em uma criminalização abrangente e o acadêmico em empregar o conceito de bem jurídico não para critica, mas para sistematizar. Hassemer conclui que, quanto mais vago o conceito de bem jurídico e quanto mais objetos ele compreende, menores são as chances de uma resposta à pergunta sobre o Direito Penal cumprir a sua missão preventiva.

Em relação à sistematização do conceito de bem jurídico Hassemer dispõe:

> [...] tratava-se de ampliar o conceito, a fim de que pudesse abranger todo o Direito penal real, ao invés de criticar o Direito penal real, pois, do contrário, ele acabaria restringindo o campo legítimo da proteção de bens jurídicos (HASSEMER, 2008, p.224).

Hassemer ainda afirma que as dificuldades das teorias do bem jurídico não foram superadas, muito pelo contrário, se agravaram sensivelmente. O doutrinador ainda leciona que merecem destaque os bens jurídicos universais, que correspondem aos interesses da coletividade e correspondem a um critério de política criminal. A proteção dos interesses da coletividade, que são a maioria dos objetos de tutela e altamente vagos e amplos, na concepção de Hassemer, agravaram a teoria do bem jurídico na medida em que orientam o Direito Penal à ideia de prevenção. Os interesses coletivos podem ser facilmente percebidos na legislação atual que protege a economia, o meio ambiente, a tributação, a exportação e procura afastar o uso de drogas e o terrorismo. Para Hassemer os bens jurídicos deveriam ser objetivos na legislação, todavia são genéricos tratando-se de “criminalizações na retaguarda da ofensa a um bem jurídico” (HASSEMER, 2008, p.225).

Hassemer ainda dispõe que, na sociedade contemporânea, a proteção do bem jurídico se converte em proteção das instituições sociais. Isso significa a instituição

de bens jurídicos universais, cuja proteção é priorizada em detrimento dos bens jurídicos individuais. Todavia, o legislador, como forma de prevenção, acaba formulando tipos penais genéricos como “a proteção da saúde pública”, o que distancia o Direito Penal moderno do Direito Penal clássico, que protegia bens jurídicos individuais formulados com a máxima precisão possível.

Segundo Prado (2003) nenhuma teoria sociológica obteve êxito em formular um conceito material de bem jurídico e, ainda, de justificar, de modo convincente, “por que uma certa sociedade criminaliza exatamente determinados comportamentos e não outros” (PRADO, 2003, p. 43).

Ora, sem a identificação dos valores constitucionalmente relevantes, há extrema dificuldade em estabelecer e codificar quais serão os bens jurídicos que, ao serem violados, legitimarão a intervenção penal.

A propósito, se entendido que um bem jurídico material ou imaterial, de titularidade individual ou metaindividual, é necessário para o desenvolvimento da sociedade, será juridicamente protegido e deve estar sempre de acordo com a Constituição Federal. Nesse sentido, o bem jurídico é resultado de um juízo valorativo e deve ser encarado como valioso para o ordenamento jurídico: “a ideia de bem jurídico fundamenta a ilicitude material, ao mesmo tempo em que legitima a intervenção penal legalizada” (PRADO, 2003, p. 43).

Não se pode perder de vista que o problema é acentuado quando se verifica que não é terminantemente necessária a efetiva lesão ao bem jurídico, já que, em alguns casos, a mera ameaça do bem legitima a atuação do poder estatal em razão da existência de delitos de perigo abstrato, ou seja, aqueles que se configuram independentemente de concreta lesão ao bem jurídico.

Tal fato demonstra que nem sempre o bem jurídico pode ser tido como um objeto material, podendo ser incorpóreo. A respeito, salienta-se que, nos delitos de perigo abstrato, o bem jurídico não necessariamente é objeto material, podendo não estar apresentado de forma aparente.

Não se olvida que o conceito de bem jurídico-penal guarda relação com a Constituição, já que, conforme exaustivamente salientado, o legislador deve estar adstrito à Carta Magna ao prever o ilícito penal, sendo as teorias constitucionais do bem jurídico amplamente acolhidas pela doutrina italiana[6].

---

[6] Prado (2003) afirma que as teorias constitucionais do bem jurídico são grandemente acolhidas pela doutrina italiana e procuram formular critérios capazes de impor de modo necessário ao legislador

Aliás, Roxin entende que, para a penalização de um comportamento, é imprescindível “uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador” e, nesse sentido, se inclui entre os defensores de um conceito de bem jurídico[7]. Ademais, “os simples atentados contra a moral não são suficientes para a justificação de uma norma penal”, considerando que, sempre que não diminuam a liberdade ou segurança de alguém, não lesionam um bem jurídico. (ROXIN, 2013, p. 14)

Vale salientar que Roxin ressalta o posicionamento de Stratenwerth, o qual afirma que uma definição universal e material de bem jurídico é impossível. Pretende-se, assim, a análise das controvérsias existentes entre os que entendem ser possível e necessário estabelecer um conceito de bem jurídico, o qual deverá ser respeitado pelo legislador ordinário à luz da Constituição e daqueles que afirmam ser impossível a definição material de bem jurídico[8].

O que se pode afirmar é que o Direito Penal objetiva proteger bens essenciais para a vida em sociedade na busca da paz social, devendo o legislador formular critérios para a seleção dos bens fundamentais, atentando-se para o princípio da proporcionalidade.

Identificadas as condutas penalmente relevantes, também é necessário atribuir reprimendas proporcionais aos delitos para que a intervenção do Estado se dê de forma justa.

Com efeito, a tarefa de definir bem jurídico não é fácil; no entanto, Juarez Tavares busca conceituá-lo como:

> [...]um elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social, e nesse sentido pode ser entendido como um valor que se incorpora à norma como preferência real”, acrescentando, ainda, que ele constitui “o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes (TAVARES, 1999, p. 199).

O certo é que o surgimento de novos bens jurídicos está amplamente relacionado com a expansão do Direito Penal, considerando que a sociedade exige a

---

ordinário, limitando-o no momento de criar o ilícito penal (PRADO, 2003, p. 62).

[7] Roxin (2013) salienta que a qualidade que um comportamento tem para que seja objeto de punição estatal será sempre um problema central não somente para o legislador, mas para toda a Ciência do Direito Penal.

[8] Roxin, em sua obra “A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal”, destaca o entendimento de Stratenwerth, o qual dispõe que “uma definição material universal de bem jurídico” equivaleria a “deixar o círculo quadrado”, isto é, seria impossível (ROXIN, 2013. p.14).

tutela de direitos essenciais. A dificuldade, no entanto, é a do legislador selecionar os bens que necessitam de efetiva tutela, sob pena de incorrer na expansão negativa do Direito Penal.

Assim, considerando a problemática em estabelecer os bens jurídicos que devem ser objeto de tutela, busca-se apreciar as contribuições do garantismo penal para que a expansão do Direito Penal não se dê de forma desarrazoada.

Prado (2003) ressalta que a escolha dos bens jurídicos penais pelo legislador reflete o espírito social de uma época, assim, o delito vem a ser uma decisão valorativa. Nesse contexto, o bem jurídico está relacionado às concepções ético-político dominantes e, dessa forma, assume significado diverso com a alteração de tempo ou ambiente. Assim, para que um bem jurídico seja reconhecido como tal, é necessário um juízo de importância social.

Zaffaroni e Pierangeli (2001) afirmam que o bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que enseja a tipificação penal de condutas que o afetam.

Analisada a evolução do conceito de bem jurídico, é preciso destacar que apesar da dificuldade em estabelecer um conceito uniforme de tal instituto, não se pode olvidar que é função do Direito Penal a tutela de tais valores, para garantia dos direitos fundamentais em um Estado Democrático de Direito.

5.3 A tutela de bens jurídicos como função do Direito Penal

É tarefa do Direito Penal a tutela dos bens jurídicos mais importantes para a sociedade. No entanto, não é tarefa fácil para o legislador selecionar quais objetos merecem a efetiva proteção pelo Direito Penal, mas é certo que este somente deve interferir na liberdade de um indivíduo quando outras medidas político-sociais não forem suficientes para a garantia dos direitos dos cidadãos.

Roxin (2013) denomina como bens jurídicos todos os objetos legítimos de proteção pelas normas, que devem ser tutelados pelo Direito Penal porque a violação destes não propicia uma coexistência pacífica dos cidadãos, não sendo possível a proteção de tais objetos, ademais, por outras formas a não ser a intervenção penal.

Sobre a definição de bens jurídicos Claus Roxin assim dispõe:

> (...) podem-se definir os bens jurídicos como 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 baseie nestes objetivos (ROXIN, 2013, p.18-19).

Este último autor ainda destaca que a definição do conceito de bem jurídico é fundamental para o papel do legislador, com a imposição de limites para uma punição legítima. Claus Roxin ainda afirma que:

> O conceito de bem jurídico que aqui se defende é também um conceito de bem jurídico crítico com a legislação, na medida em que pretende mostrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima (Roxin, 2013, p.20).

Para Roxin (2013) caso o legislador eleja determinado bem jurídico como objeto de proteção do Direito Penal, deve ser observado o princípio da proporcionalidade na intervenção jurídico-penal com a proibição de excessos.

Prado (2003) afirma que não é tarefa fácil a definição do conceito de bem jurídico e afirma que a matéria ganha especial relevância quando se afirma que todo delito deve lesar ou acarretar perigo de lesão determinado bem jurídico, sendo tal premissa o corolário do princípio da ofensividade.

Além do mais, Prado (2003) ainda leciona que o bem jurídico não se confunde com o objeto da ação na medida em que, nem sempre, o bem jurídico terá suporte corpóreo.

Luiz Regis Prado disciplina que:

> Impõe reconhecer então que nem todo bem jurídico tem um suporte corpóreo ou material que possa ser equiparado ao objeto da ação ou do fato. Quando o bem jurídico se apresenta como valor (objetivado), ainda que conectado com a realidade social, o objeto da ação pode ser incorpóreo. A conduta delitiva pode recair também sobre um objeto que não seja exatamente o seu suporte material. Vale dizer: o substrato do bem jurídico não coincide com o objeto sobre o qual é produzido o resultado (objeto da ação ou do fato). Daí a diferenciação entre bem jurídico, objeto material do bem jurídico e objeto da ação (PRADO, 2003, p.54).

Importante dizer que Prado (2003) sintetiza quatro funções atribuídas aos bens jurídicos, quais sejam, a de garantia ou limitação ao direito de punir do Estado; a teleológica ou interpretativa; a individualizadora e, por fim, a sistemática. A primeira corresponde à limitação na atividade legislativa, isto é, na criação das normas penais para que sejam tipificadas somente as condutas mais graves que lesem ou ameacem de lesão bens jurídicos. A segunda se refere à utilização do bem jurídico como

critério de interpretação de uma norma penal, considerando que, o bem jurídico constitui o núcleo da norma e do tipo. Além do mais, o bem jurídico é utilizado como critério para quando da fixação da pena, sendo esta, portanto, a função individualizadora. Por fim, no que tange à função sistemática, esta, para o mencionado autor, corresponde como elemento de classificação dos tipo penais em grupos no Código Penal, isso porque os próprios títulos e capítulos de tal ordenamento são estruturados com base no bem jurídico ofendido.

Acerca da função do bem jurídico de garantia ou limitação ao direito de punir do Estado Luiz Regis Prado aduz:

> o bem jurídico como conceito limite na dimensão material da norma penal. O adágio *nullum crimen sine injuria* resume o compromisso do legislador, mormente em um Estado Democrático e Social de Direito, em não tipificar senão aquelas condutas graves que lesionam ou coloquem em perigo autêntico bens jurídicos. Essa função de caráter político criminal, limita o legislador em sua atividade no momento de produzir normas penais. Não se pode descurar do sentido informador do bem jurídico na construção dos tipos penais (PRADO, 2003, p.60).

Sobre a limitação à atividade do legislador, Prado (2003) ainda afirma que a noção de bem jurídico impõe uma direção restritiva ao legislador ordinário quando da criação do injusto penal, devendo a atividade legislativa estar sempre vinculada à Constituição Federal.

Além do mais, Souza (2012) assevera que, o conceito de bem jurídico, ao lado do princípio da lesividade, representa importante baliza capaz de justificar uma incriminação e também constitui um filtro limitador da atuação do Estado no cerceamento dos direitos essenciais dos cidadãos.

Silva Sánchez (2011) sustenta que a exigência de que o Direito Penal intervenha exclusivamente para proteger bens jurídicos constitui uma garantia fundamental da modernidade. Nesse contexto, Sánchez afirma que o cumprimento dessa finalidade garantista exige uma determinação adequada do conceito de bem jurídico a fim de impedir que este “sirva de mero escudo para a proteção penal de qualquer tipo de interesses, estratégias ou convicções morais cuja lesão, contudo, careceria de uma autêntica repercussão negativa na realização dos indivíduos como seres sociais” (SÁNCHEZ, 2011, p.408).

Para Hassemer (2008), a resposta mais simples em relação à pergunta quando o Direito Penal cumpre a sua função preventiva seria a seguinte: quando

realmente protege os bens jurídicos cuja proteção lhe é confiada. Assim, segundo Hassemer a definição de bem jurídico deve ser a mais precisa possível para que se emprego realmente isole certas condutas do âmbito de aplicação do Direito Penal.

Todavia, Hassemer (2008) assevera que, na atualidade, é inegável que a função do Direito Penal se modificou, visto que este não possui mais a finalidade precípua de proteção de bens jurídicos. As novas criminalizações demonstram que o Direito Penal deixou de ser uma reação às lesões mais graves às liberdades dos cidadãos e se tornou um instrumento garantidor da segurança pública, com funções aproximadas às do Direito Penal e Civil.

Segundo Silveira (2006) o Direito Penal tem por objeto a tutela de garantias do cidadão que, em momento algum, pode ser vitimado por um “pretenso maior ou menor controle social”, sendo essa, portanto, uma posição garantista baseada nos princípios da legalidade, lesividade, efetividade, proporcionalidade e culpabilidade (SILVEIRA, 2006, p. 42-43).

Assim, dada a necessidade de observância da Lei maior para a definição dos tipos penais, o bem jurídico e a Constituição possuem estrita correlação.

5.4 Bem Jurídico e Constituição

É sabido que os ordenamentos devem estar em consonância com a Constituição Federal, que estabelece valores fundamentais de observância obrigatória. A Carta Magna orienta a elaboração das leis infraconstitucionais, bem como a legitimidade, ou não, das tipificações efetivadas pelo legislador.

Nesse sentido, a interpretação conforme a Constituição significa uma relação entre as normas e os valores fundamentais eleitos no Estado Democrático de Direito, principalmente a dignidade da pessoa humana e a liberdade, entendidos como fundamentos da ordem e paz político-sociais. A tutela pelo Direito Penal e a privação da liberdade só devem ocorrer em *ultima ratio.*

Prado (2003) sustenta que o legislador ordinário deve sempre levar em conta as diretrizes contidas na Constituição Federal e os valores ali consagrados para definir os bens jurídicos, em razão do caráter limitativo da tutela penal. Assim, a Carta Magna apresenta as “linhas substanciais e prioritárias para a incriminação ou não de condutas” (PRADO, 2003, p.92). Segundo o autor, a Carta Magna, portanto, é a

referência primeira em tema de injusto penal, reduzido às margens da estrita necessidade.

Por sua vez, Gomes (2012) defende que a Constituição é o ponto de referência obrigatório para a seleção dos valores penalmente protegíveis. Os bens jurídicos não precisam, necessariamente, de previsão Constitucional, mas precisam estar compatíveis com a Carta Magna, sendo este um dos limites ao papel do legislador.

Silva Sánchez (2011) assevera que, tendo em vista que a pena constitui uma sanção que pode afetar direitos constitucionais, o Direito Penal deve estar limitado à proteção de valores constitucionalmente garantidos, devendo, portanto, adotar a Carta Magna como ponto de referência. Além disso, o autor aduz que, assentada a consagração constitucional, é necessário prosseguir o trabalho de seleção dos objetos que podem ser penalmente protegidos, levando-se em conta os princípios político-criminais que inspiram o exercício do *jus puniendi* do Estado.

Em relação à necessidade de observância da Constituição, Jesús-María Silva Sánchez salienta:

> A exigência de uma consagração constitucional, direta ou indireta, dos bens passíveis de consagração constitucional, direta ou indireta, dos bens passíveis de proteção jurídica me parece, portanto, plenamente justificada, na medida em que revela que uma intervenção tão intensa sobre o indivíduo como a penal só pode estar justificada em caso de afetação de um elemento essencial da vida comum, alcançado pelo consenso plasmado na Constituição (SÁNCHEZ, 2011, p.417).

Portanto, diante da concepção dos autores mencionados, observa-se que a função do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, mas a tutela deve se dar em consonância com a Constituição e com os princípios fundamentais. Nesse contexto, dois princípios merecem ser destacados no presente estudo, quais sejam os princípios da intervenção mínima, fragmentariedade/subsidiariedade e o da lesividade/ofensividade, sendo este, por sua vez, um dos mais discutidos quando confrontado com a criação dos crimes de perigo abstrato.

5.5 Os princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade

O Direito Penal pauta-se, ainda, nos princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade ou fragmentariedade, os quais pressupõem, em síntese, o caráter de

ultima ratio do referido ramo do direito. Isso porque a imposição de pena somente deve ocorrer nos casos de ofensa a bens jurídicos extremamente relevantes. Tal princípio está relacionado à crítica da expansão do Direito Penal com a adoção dos crimes de perigo abstrato, visto que há imposição de pena independentemente de dano, bastando a realizado de uma conduta proibida.

ROXIN (2013) aduz que é missão do Direito Penal a garantia aos cidadãos de uma existência pacífica, livre e socialmente segura, quando tais objetivos não possam ser alcançados por outras medidas públicas que afetem em menor medida a liberdade dos indivíduos.

Claus Roxin leciona:

> Desde a concepção ideológica do contrato social, os cidadãos, como possuidores do poder estatal, transferem ao legislador somente as atribuições de intervenção jurídico-penal que sejam necessárias para o logro de ma vida em comunidade livre e pacífica, e eles fazem isso somente na medida em que este objetivo não se possa alcançar por outros meios mais leves. A ideia que se entende dessa concepção é que se deve encontrar um equilíbrio entre o poder de intervenção estatal e a liberdade civil, que então garanta a cada um tanto a proteção estatal necessária como também a liberdade individual possível (ROXIN, 2013, p.17).

Prado (2003) ensina que o princípio da intervenção mínima, *ultima ratio*, estabelece que o Direito Penal somente deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica. Assim, o referido princípio significa uma orientação de política-criminal restritiva do *jus puniendi* porque o Direito Penal só interfere quando indispensável à manutenção da ordem jurídica.

Em relação ao princípio da fragmentariedade ou subsidiariedade, Prado (2003) afirma que apenas as ações mais graves dirigidas contra bens fundamentais podem ser criminalizadas. Além do mais, segundo o autor, a caracterização do injusto penal decorre da importância da liberdade pessoal e da dignidade da pessoa humana, em conformidade com a Carta Magna. Assim, a privação de liberdade somente pode ocorrer quando se tratar de ataque a bens referentes à dignidade, dotados de relevância Constitucional ou que guardem correlação com a Lei maior em sintonia com o Estado Democrático de Direito.

Ferrajoli (2010) entende que somente as ações reprováveis por seus efeitos lesivos a terceiros podem ser objeto do Direito Penal, não se podendo olvidar que os referidos efeitos limitam as proibições e respectivas penas. O doutrinador ainda

sustenta que é possível a proteção de bens jurídicos por meio de medidas destituídas de caráter penal.

Em relação à mínima intervenção do direito penal e o princípio da lesividade Luigi Ferrajoli disciplina:

> (...) o princípio da lesividade - por estar ligado ao de necessidade das penas e, com isso, à versão liberal da utilidade penal como mínima restrição necessária, e uma vez definidos seus parâmetros e alcance - é idôneo para vincular o legislador à máxima kantiana, válida sobretudo no campo penal, segundo a qual a (única) tarefa do direito é a de fazer compatíveis entre si as liberdades de cada um (FERRAJOLI, 2010, p.429).

Ferrajoli (2010) aduz que são muitas as lesões que justificam penas curtas de prisão ou, até mesmo, às quais podem ser aplicadas penas alternativas de limitação antes das penas privativas de liberdade, o que significa que a diminuição das penas é condição para a utilização do Direito Penal como instrumento de proteção de bens jurídicos. Para o autor, deve ser estabelecido um limite mínimo da intervenção penal para que a pena não se transforme, tal como acontece com as pecuniárias, em um tributo, perdendo, dessa forma, a “eficácia dissuassória”.

Ferrajoli (2010) leciona que uma política penal de tutela de bens tem justificação e credibilidade somente quando é subsidiária de uma política extrapenal de proteção dos bens jurídicos. Dessa forma, os resultados lesivos prevenidos pelo Direito Penal podem ser evitados, até mais eficazmente, por meio de medidas de natureza administrativa. Como exemplo, Ferrajoli cita que é possível a redução de homicídios culposos no trânsito com medidas preventivas mais eficazes e severas de caráter não penal.

No que tange ao delito de homicídio culposo, Ferrajoli dispõe:

> não há dúvida de que uma política de defesa de bens penais que interviesse, de forma categórica, nestes casos não só poderia remover ou, quando menos, reduzir as situações que favorecem o delito, como, também, teria o efeito posterior de revalorizar os bens penais e de se reforçar a justificação de sua tutela por meio da pena (FERRAJOLI, 2010, p.435).

Souza (2012) aduz que a utilização do Direito Penal de forma contundente viola a característica do referido ramo de *ultima ratio* na proteção de interesses humanos imprescindíveis para a pacífica convivência social. À essa utilização contundente do Direito Penal, com a utilização de inúmeros tipos de perigo abstrato, sobretudo no âmibito do Direito Penal econômico, Souza atribui o nome

“administrativização do Direito Penal” ou, simplesmente, em “conduta antecipatória da tutela jurídico-crimina.

Sobre o agravamento da utilização dos crimes de perigo abstrato, Luciano Anderson de Souza assim salienta:

> A problematização agrava-se sobremaneira quando se observa que a construção hodierna do Direito Penal Econômico muitas vezes sanciona a inobservância de regras de conveniência da Administração Pública, matérias antes de unho disciplinar, consagrando o fenômeno da administrativização do Direito Penal, ou ainda, em verdadeira conduta antecipatória da tutela jurídico-criminal, exaspera da formulação de crimes de perigo abstrato, ou presumido, focando-se exclusivamente o desvalor da ação, obliterando-se, então, qualquer aferição concreta de uma lesividade penal (Souza, 2012, p.86).

Gomes (2012) assevera que nem todo bem jurídico pode ser um bem jurídico-penal. Assim, é possível a proteção de um bem de qualquer maneira que não seja a tutela penal porque esta é a *ultima ratio*, ou seja, última instância para a qual o legislador pode recorrer. Dessa forma, em atenção ao princípio da fragmentariedade, somente os bens jurídicos de valor elevado podem legitimar a intervenção penal, quando outros ordenamentos jurídicos não se mostrarem mais adequados. Destaca o doutrinador, ademais, que a missão do Direito Penal é a tutela de bens que representam os valores mais essenciais para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo, sendo que a intervenção penal somente se justifica quando o bem jurídico se converte em objeto de uma ofensa intolerável.

Em suas lições, Ilha da Silva (2003) assevera que o Direito Penal, em respeito ao Estado Democrático de Direito, bem como aos direitos da dignidade da pessoa humana e liberdade, não pode intervir na vida de um indivíduo de forma arbitrária proibindo condutas por mero dever de obediência.

Silva Sánchez (2011) salienta que o princípio da fragmentariedade é uma derivação do princípio da proporcionalidade porque a “intervenção do Direito Penal não é proporcional se não ocorre em nome da proteção das condições fundamentais da vida em comum e para evitar ataques especialmente graves dirigidos contra elas” (SÁNCHEZ, 2011, p.407).

Em suma, tendo em vista tais definições, o *ius puniendi* estatal está delimitado pela teoria do bem jurídico, devendo ser tutelados pelo Direito Penal apenas os valores mais essenciais para a sociedade, diante do caráter de *ultima ratio* do referido ramo.

5.6 O princípio da lesividade ou da ofensividade

Como é sabido, o denominado princípio da lesividade ou da ofensividade, é de suma importância para o Direito Penal e está amplamente relacionado com o princípio da intervenção mínima, na medida em que há uma proteção contra o arbítrio tanto do Legislador quanto do aplicador da Lei Penal.

Dessa forma, à luz do conceito de princípio da lesividade, verifica-se a imposição de um limite à intervenção estatal, porque somente serão consideradas relevantes para o Direito Penal as condutas que efetivamente ofenderem bens jurídicos.

Nas lições de Ilha da Silva (2003), o princípio da lesividade ou ofensividade consiste na consideração de que toda incriminação deve objetivar a proteção de bens jurídicos de lesões ou exposição a perigo, ou seja, um tipo penal deve prever uma conduta apta a vulnerar certo bem jurídico merecedor da tutela penal. Nesse contexto, segundo o autor, a intervenção penal somente se legitima quando estritamente necessária para a proteção de valores eleitos como essenciais e cuja agressão seja intolerável.

Gomes (2012) assevera que, para a configuração de um crime, é necessário o desvalor da ação e o desvalor do resultado jurídico, em conformidade com o art.13 do Código Penal. O autor salienta que não há crime sem ofensa a bem jurídico, ou seja, *nullum crimen sine iniuria.*

Vale registrar que Gomes (2012) propõe um modelo de Direito Penal objetivo fundado em dois pilares: a proteção de bens jurídicos e a necessária e correspondente ofensividade, como alternativa a um Direito Penal subjetivista, de cunho repressivo ou preventivo da periculosidade.

Sobre o princípio da lesividade ou ofensividade, Souza (2012) salienta que este consiste no vínculo entre uma construção penal típica e a lesão ao bem jurídico protegido. No entanto, segundo o autor, não é necessário efetivamente um dano ao bem jurídico tutelado, bastando a sua relevante afetação. Sustenta, ainda, que muito embora a lesividade não seja suficiente para configurar uma infração penal, consubstancia-se em significativo meio de delimitação dos contornos penais.

Segundo Luciano Anderson de Souza:

> [...]para um tipo penal ser válido não apenas se deve identificar em seu bojo um bem jurídico com dignidade penal, como também se constatar a presença de vedação de um comportamento apto a um atingimento significativo do caro valor social tutelado. Esta é a essência do princípio, que se revela assim em mais um filtro da tipificação penal, ou seja, mais um critério limitador do *ius puniendi,* o que se mostra consentâneo com a regra geral de Direito que norma restritiva interpreta-se restritivamente (SOUZA, 2012, p.88).

Ademais, Souza (2012) destaca que o mero desvalor de uma ação, sem considerar uma situação apta a potencialmente afetar um bem jurídico, acarreta uma antecipação da tutela penal, afigurando-se de questionável validade.

Ferrajoli (2010) entende que o princípio da lesividade, sintetizado pelo axioma *nulla necessitas sine injuria,* condiciona a necessidade das leis penais. Nesse contexto, Ferrajoli afirma que os termos lesão, dano e bem jurídico são altamente valorativos, porque é necessária a manifestação de um juízo de valor para justificar a necessidade da tutela de um certo bem jurídico que possuirá uma consequência extrema: a pena. O autor ainda dispõe que existe uma relação entre o princípio da lesividade e a aflitividade da pena.

O doutrinador Nilo Batista (2003) elenca quatro funções ao princípio da ofensividade, a saber, a proibição de incriminação de conduta interna; a proibição de incriminação de conduta que não exceda o âmbito do próprio autor, como a autolesão; a proibição de incriminação de simples estados ou condições existenciais, suprindo o direito penal do autor pelo do fato; por fim, a proibição de incriminação de condutas que não afetem qualquer bem jurídico.

Mencionadas as definições do princípio da ofensividade pelos referidos autores, extrai-se que a lesividade possui ampla relação com a teoria do bem jurídico, sendo um limite para o legislador na definição dos crimes. Isso porque o Direito Penal deve ocupar-se em sancionar condutas que ofendam bens eleitos como dignos de tutela penal.

O problema ocorre, todavia, em relação aos crimes de perigo abstrato, visto que, como nestes não há necessidade de dano, tal modalidade delitiva poderia estar em dissonância ao princípio da ofensividade e ao Estado Democrático de Direito. No entanto, segundo D’ávila (2009) a incompatibilidade entre os crimes de perigo abstrato e o princípio da ofensividade desaparece quando se tem em mente que a tipificação abstrata visa atender interesses de prevenção geral.

A propósito, a adoção dos crimes de perigo abstrato corresponde a uma estratégia de política-criminal pelo Estado para a prevenção de condutas que, eventualmente, possam afetar bens jurídicos. A antecipação da tutela, portanto, é uma forma de proteção dos bens jurídicos. Assim, observado o requisito de preservação de um essencial interesse da comunidade, bem como em observância ao princípio de precaução, não há que se falar em afronta ao princípio da lesividade. Nesse passo leciona Bozola:

> 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 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 incriminador (BOZOLA, 2015, p. 158-159).

Depreende-se, portanto, que os crimes de perigo abstrato, ainda que não pressuponham a ocorrência de um dano, visam a proteção antecipada de bens jurídicos essenciais para a sociedade. Assim, tais crimes não afrontam o princípio da ofensividade, mas, para que possam ser legítimos, é necessária uma precisa tipificação, caso contrário, o tipo penal será muito aberto e em desconformidade ao Direito Penal de *ultima ratio.*

Por fim, conforme visto, a legitimação para os delitos de perigo abstrato não reside no princípio da ofensividade, mas na relação de cuidado-de-perigo e na teoria do bem jurídico.

5.7 Os crimes de perigo abstrato e o bem jurídico

À luz de tudo o que foi traçado neste estudo, observa-se que o Direito Penal contemporâneo busca, com a adoção dos crimes de perigo abstrato, a proteção de

bens jurídicos coletivos ou supraindividuais. Tal circunstância legitima o *ius puniendi* estatal, o que enseja críticas à intervenção penal por meio da tipificação abstrata.

Nesse contexto, não obstante as críticas salientadas anteriormente e que foram formuladas por Wolfgang Naucke, Winfried Hassemer, Klaus Lüderssen, Peter-Alexis Albreccht, Cornelius Prittwits e Felix Herzog, bem como por autores brasileiros, não se pode perder de vista que o Direito Penal clássico não possui dos elementos normativos suficientes para a proteção dos bens jurídicos coletivos como o meio ambiente e, via de consequência, das gerações futuras. Todavia, não se discute a relevância do Direito Penal clássico, bem como da teoria do bem jurídico porque é a partir deste instituto, substrato material da tipicidade, que será possível a intervenção penal em um Estado Democrático de Direito. (BRANDÃO, 2014, p.68)

É certo que deve ser aliado o estudo do instituto do bem jurídico com as políticas criminais na sociedade de risco, para uma melhor vida comunitária, visto que o bem jurídico estabelecerá limites ao legislador na formulação dos delitos, a fim de evitar excessos. Não há crítica, portanto, à expansão do Direito Penal, porque este deve acompanhar a evolução político-social da sociedade, o que se pretende evitar são os excessos. (BOZOLA, 2015 p. 120)

A teoria do bem jurídico, dessa forma, também guarda relação com a evolução político-social, pois, conforme visto nos capítulos anteriores, a constituição do bem jurídico depende do que, naquele momento, é visto como valioso e cuja lesão ou colocação em perigo afetaria, de forma inaceitável, tal valor. (BOZOLA, 2015 p. 121)

Assim, é possível a abertura do Direito Penal para as transformações da sociedade, desde que com base em uma teoria do bem jurídico, o qual, como dito, é dinâmico diante das mudanças político-sociais, e em respeito à pessoa humana.

Dito isso, não há como desconsiderar os bens jurídicos coletivos como o meio ecológico, afinal mostram-se de extrema relevância para a sociedade, sendo essenciais à vida humana e gerações futuras, merecendo, portanto, a tutela penal. Afinal, a proteção do bem jurídico é finalidade do Direito Penal, e, reconhecendo-se a abertura de tal ramo para que possa acompanhar as transformações da comunidade, não há como negar a defesa dos bens supraindividuais. Entender de outra forma, ou seja, pela necessidade de proteção minimalista apenas dos bens jurídicos individuais, seria favorecer as classes dominantes, em que os interesses de uma minoria se sobrepõe aos interesses da maioria, notadamente os bens coletivos. (BOZOLA, 2015 p. 123)

O autor Faria Costa destaca que, em um momento histórico no qual a regra é o aprofundamento da descriminalização, deve-se buscar compreender o “chamamento do direito penal” para buscar o equilíbrio das novas relações proporcionadas pela globalização (COSTA, 2000, p.304). É aqui que, para o autor, é necessário trazer o conceito de perigo para o centro da discussão sobre a fundamentação das condutas lícitas ou ilícitas em direito penal.

> Com efeito, se o espaço se encurta e o tempo se alarga nas relações sociais, isso não pode deixar de influenciar as actividades penalmente desvaliosas, pois estas, enquanto prática, movem-se inexoravelmente no mesmo pano de fundo. De sorte que, por este ângulo, tem sentido poder defender-se que o dano se perfila como qualquer coisa que está longe da projeção normal das condutas e que mais longe fica com o alargamento do tempo e, por isso, se exige que a protecção penal se antecipe para um momento anterior ao dano, pois só esse é capaz de transmitir a noção de segurança de que comunidade alguma pode abdicar. Aí temos, por consequência, o perigo a consubstanciar esse momento. Por outro lado, como se encurtou o espaço, o dano banaliza-se devido à sua frequência e surge então o perigo como categoria susceptível de alargar o espaço, porque cria uma barreira entre o agir e o causar (naturalisticamente compreendido), enquanto fenómeno que altera a realidade social (COSTA, 2000, p. 306-307).

Assim, Faria Costa dispõe que uma conduta só terá relevância para o Direito Penal quando for fortemente lesiva aos interesses comunitários que são englobados pelo mínimo ético e quando o ato não puder ser impedido por um direito de mera ordenação social. Assim, o Direito Penal que oscilou entre a descriminalização e criminalização de condutas, passa também a se preocupar com formulações dogmáticas inovadoras como a figura do perigo.

Em relação aos crimes de perigo abstrato na sociedade contemporânea, observa-se que estes são amplamente utilizados para maior tutela dos bens jurídicos, porque pressupõe-se uma proteção mais eficaz quando há punição de uma conduta independentemente do resultado danoso ou do perigo concreto. Ocorre que os crimes de perigo abstrato devem ser adotados de forma equilibrada, e não podem basear-se apenas na ideia de segurança, sob pena de que o ordenamento penal esteja repleto de delitos de mera desobediência. (BOZOLA, 2015 p. 124) Deve sempre ser respeitado o princípio da legalidade, de modo que esteja clara a relação entre o bem jurídico e a conduta descrita o tipo penal, para aferir se a incriminação é legítima.

Conclui-se que diante do conceito de sociedade de risco, mostra-se perfeitamente possível a expansão do direito penal, desde que sem excessos, mediante a tipificação de condutas de perigo abstrato, mas, para aferir a legitimidades de tais crimes, é preciso basear-se na teoria do bem jurídico.

É sabido que, nos crimes de perigo abstrato não há uma relação imediata entre a conduta e o bem jurídico tutelado, mas este deve ser considerado, afinal, poderá ser afetado consequentemente em razão da ação delituosa.

Faria Costa (2000) explica a relação do cuidado-de-perigo com a fundamentação e compreensão do ilícito penalmente relevante, destacando, primeiramente, que este é visto como a negação de específicos valores jurídico-criminais. Destaca que, em relação às condutas de dano/violação, estas são perigosas, mas somente quando houver afetação que reduza ou destrua a utilidade de bem jurídico, caberá a intervenção penal. Pondera que a dificuldade ocorre em relação às situações perigosas, aos crimes de perigo abstrato, porque nestes não há alteração solidificada. Destaca que, como se sabe, o legislador não pode proibir todas as condutas tidas como perigosas, porque tal fato, “seria uma vã tentativa de parar o desenvolvimento e, sobretudo, corresponderia não só a uma impossibilidade material, como também a uma insensibilidade político-legislativa inqualificável” (COSTA, 2000, p. 406).

Em razão se tal circunstância, somente determinados comportamentos devem ser proibidos, a dificuldade é estabelecer qual o critério a ser adotado para definir quais os comportamentos devem ser passíveis de pena. Neste particular, o perigo somente será relevante e ascenderá à dignidade penal quando um determinado bem jurídico ou um conjunto de bens jurídicos está ameaçado. (COSTA, 2000, p. 407)

Desse modo, o renomado autor também entende que a teoria do bem jurídico dará a resposta ao problema dos crimes de perigo abstrato, vejamos:

> Se a ilicitude se traduz sempre na negação de específicos valores jurídico-penais, tudo parece indicar que o núcleo da resposta correcta para o problema se deve ou tem de procurar nos próprios valores jurídico-penais, tudo parece indicar que o núcleo da resposta correcta para o problema se deve ou tem de procurar nos próprios valores jurídico-penais, isto é, nos bens jurídicos, penalmente relevantes. (COSTA, 2000, p. 410)

E ainda complementa:

> Arrancar desta linha metodológica para analisar o dano e o perigo pressupõe uma específica e particular elaboração dogmática ao nível do próprio bem jurídico. Vale por dizer: é preciso conceber o bem jurídico de um modo singular. O bem jurídico seria, nesta ordem de aproximação teorético-analítica, uma entidade que comportaria várias zonas periféricas susceptíveis de protecção. Haveria, assim, um núcleo central, o chamado núcleo duro do bem jurídico, que conteria, ainda, em seu redor, uma zona de protecção que consistiria a parte intrínseca do próprio bem jurídico. De jeito que, qualquer ataque de violação a essa zona antecipada de protecção a esse Volfeld protectivo, constituiria uma violação de perigo, enquanto que, se o ataque atingisse o cerne do próprio bem jurídico, estaríamos perante uma violação de dano. Desse modo, absolutamente determinados pela estrutura do próprio bem jurídico - repete-se intencionalmente - estaríamos perante uma violação de dano. Deste modo também absolutamente determinados pela estrutura do próprio bem jurídico, se conduziriam as coisas em ordem a distinguir o comportamento danoso em comportamento perigoso. Ou seja: seria a zona atingida do bem jurídico que contaminaria retroactivamente a própria conduta. (COSTA, 2000, p. 410).

Nesse sentido, o autor mostra que ao estabelecer uma zona nuclear e uma zona periférica de bem jurídico, resta mais fácil entender quando ocorrerá dano/violação e quando haverá apenas situação perigosa.

Faria Costa (2000) assevera que todo o comportamento jurídico penalmente relevante deve partir da intencionalidade, dimensão subjetiva, e do dano, modificação no mundo exterior, que eventualmente provoque. Por tal motivo, o desvalor do resultado danoso somente não será considerado penalmente relevante quando demonstrado que tal resultado não estava no âmbito de proteção de uma norma, ou seja, que aquela norma não contemplava tal resultado como proibido. Assim, tem-se que o ilícito penal visa, por meio da tipificação, definir quais são os bens jurídicos serão dignos de proteção penal. A propósito, destaca se que embora a finalidade do Direito Penal seja a proteção de bens jurídicos, há dúvidas sobre os limites de tal proteção. (COSTA, 2000, p.420)

Ademais, o autor ressalta, também, que será penalmente relevante uma ação que viola cuidado-de-perigo dos valores essenciais à comunidade e sobre a relação de cuidado de perigo relevante assim dispõe:

> A relação de cuidado-de-perigo penalmente relevante é já, indiscutivelmente, uma relação cuja significação só pode ser apreendida através dos valores fundamentais, presentes no ordenamento penal. Valores que, não obstante serem um em si, ganham maior significado e ressonância porque a história demonstra que valem a pena ser vividos. Destarte, a acção em direito penal é, por consequência, uma manifestação comunicacional entre homens, mas a comunicação destruidora de uma valorada relação de cuidado-de-perigo. (COSTA, 2000, p. 421-422).

Por todo o exposto, Faria Costa (2000) utiliza o termo ação de ilícito-típico, para explicar que, a manifestação de comunicação entre os homens, cientemente, destruidora de uma relação de cuidado-perigo constituiu uma ação de ilícito-típico. Para tanto, é preciso que, historicamente, os valores essenciais tenham sido previamente definidos pela sociedade.

Nesse contexto, observa-se que os conceitos de cuidado-de-perigo e de bem jurídico são cruciais para estabelecer os parâmetros para intervenção Estatal e punibilidade de condutas e, por tal motivo, devem ser estudados, porque também sofrem alterações com a evolução da sociedade.

Faria Costa dispõe que o Direito Penal "não é a panaceia que possa, ou sequer deva, resolver todos os males sociais", visto que "o emprego desvirtuado do instrumento penal conduz, quase necessariamente, a efeitos político-legislativos perversos" (COSTA, 2000, p.314-315). O autor acredita que o direito de mera ordenação social, bem como o civil e administrativo podem, muitas vezes, ser os mais adequados para a defesa de interesses e valores, em respeito ao invocado princípio da intervenção mínima estatal. No entanto, o autor não defende uma abolição da tutela penal, a qual deve ser adotada com moderação face aos novos problemas colocados quando houver lesão ou colocação em perigo de bem jurídico de interesse da comunidade.

Nesse sentido ensina Faria Costa:

> (...) se estivermos perante interesses difusos, julgamos que, em primeira linha, o direito de mera ordenação social, o direito administrativo e mesmo o direito civil são os meios mais adequados à defesa daqueles interesses ou <<valores>>, tendo em conta o já tantas vezes invocado princípio do mínimo de intervenção estadual ao nível da criminalização e consequente penalização. No entanto, quando se puder, o que o mesmo é dizer, a partir do momento em que se possa delimitar o conteúdo normativo de um qualquer interesse - e consegue-se um tal desiderato, como sabemos, recorrendo entre outros critérios, à específica danosidade que a violação ou perigo de violação daquele preciso interesse provoca na comunidade - e se se entender que os comportamentos que levam à violação ou ao pôr-em-perigo daquele bem jurídico merecem ser punidos, então, não vemos razões, bem pelo contrário, para que o direito penal não intervenha. (COSTA, 2000, p.315).

E ainda dispõe:

> Mais ainda: se se julgar que é político-criminalmente salutar intervir nestas áreas quando não esteja ainda definidos os específicos bens jurídicos que os interesses difusos indiciam ou sugerem - e já sabemos como cautelosa deve ser levada a cabo essa intervenção -, então, a forma mais curial deve

> ser levada a cabo através da tipificação dos chamados crimes de desobediência. Por outras palavras: deixa-se a outros ramos do direito a tarefa de definirem criteriosamente a regulamentação - certamente através de definição de deveres - das áreas da vida colectiva em que os interesses difusos se reflectem, e concede-se ao direito penal a punição das violações mais graves dos deveres anteriormente impostos. Porém, como é bom de ver, perante a nossa compreensão do direito penal, a assunção de uma tal via político-legislativa tem de ser levada a cabo de forma integrada, honrando-se, assim, já o dissemos repetidas vezes, entre outros, o princípio do mínimo de intervenção da punibilidade estadual. (COSTA, 2000, p. 315-316).

Além do mais, Faria Costa é bem claro ao dispor que o Estado pode sim se preocupar com o desenvolvimento econômico em detrimento dos bens ambientais, no entanto, não pode deixar o Direito Penal assumir, perante a comunidade, “o papel de apaziguador das tensões” (COSTA, 2000, p. 313).

Segundo o autor, caso seja político-criminalmente necessária a intervenção penal, então a forma da intervenção deve se dar por meio da tipificação dos crimes de desobediência. Nesse contexto, os outros ramos do direito farão uma criteriosa regulamentação, com a definição de deveres para a vida coletiva em que os interesses difusos se refletem, concedendo ao direito penal a possibilidade de punição das violações mais graves dos deveres anteriormente impostos. A mencionada tipificação deverá, obviamente, respeitar o princípio da intervenção mínima e será levada a efeito por uma político-legislativa integrada entre os ramos do direito.

Não há dúvidas de que a sociedade contemporânea, extremamente dinâmica e influenciada pela globalização, tecnologia e integração supranacional, requer a intervenção penal para proporcionar segurança e proteção de bens jurídicos à luz da sociedade de risco.

O grande problema é aferir se trata realmente de riscos que podem afetar a sociedade, ou se não se trata de política-criminal baseada em mera sensação de insegurança, que motiva o anseio de proteção pelo Direito Penal quando, na verdade, poderia haver a intervenção de outro ramo do Direito.

Na perspectiva de um Estado Democrático de Direito, é importante a proteção dos bens jurídicos mais essenciais à sociedade, mas tal proteção deve ocorrer dentro dos limites do *ius puniendi*, em respeito às garantias fundamentais dos indivíduos.

Chega-se a conclusão que a expansão do Direito Penal em si, mediante a criminalização de condutas de perigo abstrato não merece reprovação. Isso porque configuram mera adequação do Direito Penal às mudanças acarretadas na

sociedade, pelos motivos expostos. O que se critica é uma expansão negativa do Direito Penal, em que não há observância à teoria do bem jurídico, e às garantias penais. Para aferir a legitimidade do crime de perigo abstrato e se a criminalização de determinada conduta é desnecessária, deve ser observado não o princípio da ofensividade, mas a teoria do bem jurídico. Ainda que, para a configuração do crime de perigo abstrato, não seja necessário o dano ou a imediata colocação em perigo concreto, é certo que o bem jurídico deve ser considerado, afinal, é provável que em razão da conduta ele seja atingido.

Portanto, será legítimo o crime de perigo abstrato que visa proteger bem jurídico de extrema relevância para a vida em comunidade – legitimidade formal – bem como que obedeça às regras de tipificação – legitimidade formal –, devendo o legislador buscar, ao máximo, a delimitação da conduta, sob pena de criar um tipo penal muito aberto e em desconformidade com o Estado Democrático de Direito.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que o avanço da tecnologia influenciou a sociedade contemporânea, bem como o Direito Penal, visto que este não pode permanecer imutável em relação às mudanças político-sociais. Apesar das críticas à opção legislativa pela criação dos crimes de perigo abstrato, sobretudo as formuladas por Winfried Hassemer, não se pode perder de vista que a tipificação abstrata é necessária no ordenamento jurídico-penal.

Isso porque, na sociedade moderna novas situações, que anteriormente não poderiam ser imaginadas, necessitam de punição. Além do mais, mostra-se imprescindível a proteção de bens jurídicos coletivos como a ordem econômica, o meio ambiente e as relações de consumo, o que pode ser feito com a tipificação abstrata, em uma “sociedade de risco”.

Desse modo, não há incompatibilidade entre os crimes de perigo abstrato e o princípio da ofensividade quando a ideia da tipificação abstrata é a proteção antecipada dos bens jurídicos, por meio de uma estratégia político-criminal do Estado.

Todavia, tal espécie delitiva não deve ser usada em larga escala sob pena de transformar o Direito Penal em mero instrumento de resposta social aos anseios da comunidade, ampliando a pena privativa de liberdade, relativizando, dessa forma, as garantias fundamentais dos indivíduos.

Afinal, o Direito Penal não é o melhor instrumento para a solução das tensões sociais, porque o Direito Civil e até mesmo o Direito Administrativo podem ser mais adequados para a defesa de alguns interesses e valores, em respeito aos princípios da intervenção mínima e da subsidiariedade ou fragmentariedade.

Além do mais, é falaciosa a ideia de que a intervenção penal proporciona sensação de segurança porque reduz a criminalidade. A propósito, restou salientado do no presente estudo que a criminalização das condutas, sobretudo das que acarretam perigo abstrato, não enseja a prevenção da criminalidade, mas tão somente aumenta a punibilidade e a proteção dos bens jurídicos.

Diante do exposto, conclui-se pela adoção de uma posição intermediária em que é possível a intervenção penal mediante a adoção dos crimes de perigo abstrato, desde que adotados de forma moderada quando houver colocação em perigo de

bem jurídico essencialíssimo à vida comunitária, em respeito às garantias fundamentais do indivíduo e ao Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BOZOLA, Tulio Arantes. **Os crimes de perigo abstrato no Direito Penal contemporâneo.** Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal. Dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático.** Coimbra: Almedina. 2014.

BUERGO, Blanca Mendonza**. Límites Dogmáticos y Político-Criminales de Los Delitos de Peligro Abstracto.** Granada: Comares, v.31, 2001.

COELHO, Walter. **Teoria geral do crime.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

COSTA, José Francisco de Faria. **O Perigo em Direito Penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

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.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Trad. Ana Paula Zomer *et al.* São Paulo:Revista dos Tribunais, 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: A nova parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

GUNTHER, Jakobs. **Sociedade, Norma e Pessoa: teoria de um direito penal funcional.** Trad. Maurício Antonio Ribeito Lopes. Barueri: Manole, 2003.

HASSEMER, Winfried. **Direito Penal:** Fundamentos, estrutura, política**.** Trad. Adriana Beckman Meirelles *et al.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008.

IANNI, Otávio. **A era do globalismo.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

JESUS, Damásio De Jesus. **Direito Penal:** parte geral. 4ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPEZ, Ángel Torio, Los delitos del peligro hipotético: contribuición al estudio diferecial de los delitos de peligro abstracto**.** In**: Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, n. 3, p. 846-847, mai. dez. 1981.

MOLINA, Antonio García-Pablos, Luiz Flávio Gomes, **Direito Penal:** Fundamentos e Limites do Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NAUCKE, Wolfgang. La progressiva perdida de contenido del principio de legalidade penal como consecuencia de um positivismo relativista y politizado. In: NEUMANN, Ulfrid. **La insostenible situación del Derecho Penal. Granada**. Española, 2000, p. 531-549

PONTIFÍCIA UNIVERISDADE CATÓLICA DE MINAS GREAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização:** normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias. Belo Horizonte, 2016.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROXIN, Claus. Sobre o recente debate em torno do bem jurídico. In: GRECO, Luis; TÒRTIMA, Fernanda Lara. (org). **O bem jurídico como limitação do poder estatal de incriminar?** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2011.

SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **A globalização e as ciências sociais.** São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal:** parte geral. Santa Catarina: Conceito, 2010.

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

SILVA SÁNCHEZ, Jesus-Maria. **A Expansão do Direito Penal; aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais.** Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Empresarial: A omissão do empresário como crime.** Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2016.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

VARGAS, José Cirilo de Vargas. **Instituições de Direito Penal:** Parte Geral Tomo I. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl.; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.1, 2010.