

ÀS VOLTAS COM OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO E OS LIMITES DE SUA (I)LEGITIMIDADE: UM EXAME A PROPÓSITO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

INVOLVED WITH THE CRIMES OF ABSTRACT RISK AND THE LIMITS OF ITS (IL)LEGITIMACY: AN EXAM REGARDING THE ECONOMIC CRIMINAL LAW

Pedro Paulo da Cunha Ferreira^{*}
Flávia Siqueira Costa Pereira^{**}

Sumário: Introdução - 1. O Direito Penal econômico e a questão dos crimes de perigo abstrato - 2. Crimes de perigo abstrato e o bem jurídico objeto de tutela - 3. A estrutura do injusto e o autêntico problema dos crimes de perigo abstrato - 4. Critérios de distinção entre crimes de perigo abstrato legítimos e ilegítimos - 5. Conclusões – Referências .

Resumo: O Direito Penal e o sistema que se estrutura ao seu redor, sobretudo hoje, albergam relevantes manifestações que possibilitam a identificação de um processo de expansão largamente denunciado pela literatura especializada. Se por um ângulo se examina um franco incremento de figuras delitivas tanto nos códigos penais, quanto nas legislações especiais; por outro se depara com a igualmente preocupante exacerbação da reação punitiva de tipos penais já consagrados. O moderno Direito Penal, comumente apresentado como expressão da chamada sociedade de risco, refere-se a uma dimensão quantitativa de extensão exponencial, com notórios efeitos na flexibilização das garantias do Estado de direito de matiz liberal. Frequentemente, essa ruptura realiza-se no emprego irregular e atécnico da metodologia de perigo na construção do injusto penal, ora desvinculando a incriminação do pressuposto do bem jurídico, ora dando azo a tipificações que carecem de legitimidade de *per si*. Por essa razão, o presente estudo propõe-se à investigação crítica acerca legitimidade da antecipação da intervenção penal para a esfera do risco, bem como dos programas de reestruturação dos instrumentos dogmáticos e político-criminais, supostamente aptos a arrostar os conflitos sociais imanentes à presente sociedade, altamente complexa e globalizada. Para o referido exame isola-se as particulares implicações dessas novas configurações no âmbito do chamado Direito Penal econômico, cujos interesses, que busca tutelar encontram-se manifestamente sensíveis as expectativas danosas criadas na exposta formatação sócio-cultural.

Palavras-chave: Direito Penal econômico; bem jurídico coletivo; crimes de perigo abstrato; legitimidade.

* Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM-PR), especialista em Ciências Penais pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), mestrando em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor de Direito Penal.

** Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), pós-graduanda em Ciências Penais e mestranda em Direito Público, com ênfase em Direito Penal, pela mesma instituição.

Abstract: The Criminal Law and the system that surrounds it, mainly today, sustains relevant manifestations that enable the identification of an expansion process widely alerted by the specialized literature. If from an angle it is possible to verify an increase of criminal figures in the penal codes as well as in the special legislations; from another we find ourselves with the worrying increase of the punitive reaction of the criminal types already established. The modern Criminal Law, usually presented as an expression of the so called risk society, refers to a quantitative dimension of exponential growth, with notorious effects in the flexibilization of the guarantees of the Rule of Law with a liberal hue. Frequently, this rupture incurs in the irregular and atypical utilization of the methodology of risk crimes in the development of the structure of the concept of crime, that at times unlinks the criminalization from the presupposition of a legal good, and at another times opens the acceptance of tipifications that lacks legitimacy *per se*. For this reason, the present study aims to critically investigate the legitimacy of the anticipation of the criminal intervention to the sphere of the risk, as well as the programs of restructuring the dogmatic and political-criminal instruments, supposedly able to face the social conflicts immanent to the present society, highly complex and globalized. For the referred exam, it is isolated the particular implications of these new configurations at the scope of the called economic Criminal Law, whose interests aimed to protect are found highly sensitive regarding the harmful expectations created in the exposed social cultural format.

Keywords: Economic Criminal Law; collective legal good; crimes of abstract risk; legitimacy.

INTRODUÇÃO

É notável que a dimensão do Direito Penal a novos âmbitos de atuação e a decorrente precisão de seus institutos – especialmente, a compreensão substancial de seus objetos de tutela – são pontos nodais de tensão, que restam inconclusos. Assim arazoado, imprescindível que se verticalize as investigações nesses espaços, com vistas à consecução de conhecimentos mais seguros que auxiliem no aperfeiçoamento de diversas matérias de regulação jurídica. A escolha do objeto cognoscível que ora se apresenta e de que se ocupa este exame, representa alguns dos muitos aspectos do fenômeno expansionista típicos do

Direito Penal contemporâneo. A colocação desse estudo permite não só identificar e caracterizar o primordial problema nesse quadrante, ou seja, as repercussões do alargamento do punitivismo estatal, mas também se presta a averiguação de legitimidade de certos instrumentos frequentemente empregados pelas diretrizes expansionistas com o objetivo de ratificar a intervenção antecipada do Direito Penal em determinadas searas.

O Direito Penal econômico é reconhecidamente, um dos outros tanto setores, nos quais se constata o desenvolvimento especialmente acentuado do debate atual sobre o processo de modernização do Direito Penal. Nesse horizonte, será posto em destaque o intervencionismo penal no oferecimento eficaz de soluções que possam fazer frente às novas situações de perigo associado às atividades de superior complexidade social, com maior proeminência aquelas relacionadas aos múltiplos aspectos jurídico-penais da economia.

O Direito Penal econômico, por constituir uma construção jurídica relativamente recente, a qual acompanha as tendências do denominado *Direito Penal moderno*, é pautado cada vez mais pela utilização de estruturas dos delito de perigo abstrato como um dos meios acima mencionados aptos supostamente à antecipar a intervenção penal. Isso porque, considerando a “nova” gama de riscos provenientes das mais diversas interações constantes entre os indivíduos em uma sociedade moderna de risco, pugna-se ser, as vezes, necessária a antecipação da tutela penal, feita através da tipificação dessas espécies de delito.

Não obstante, a constitucionalidade desses crimes tem sido demasiadamente questionada pela maioria dos autores em face da propugnada afronta ao princípio da ofensividade, que exige a efetiva lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico-penal para que se legitime toda e qualquer incriminação. No caso particular dos crimes de perigo abstrato, esse pressuposto não estaria regularmente sendo observado, pois o crime considera-se consumado com a mera prática da conduta considerada pelo legislador como presumidamente perigosa e, independente da criação de um efetivo perigo ou não, esta conduta será punível.

Neste prisma, a discussão em torno do déficit de legitimidade da antecipação da tutela penal consubstanciada pelos crimes de perigo abstrato circunda, também, a questão acerca do bem jurídico-penal e de toda a teoria ao seu redor. Porém, constata-se, no decorrer do presente ensaio, que o problema em torno dos crimes de perigo abstrato pode não estar no estudo da proteção dos bens jurídicos, mas ao contrário nas referências à própria estrutura do injusto.

Desta forma, pretende-se expor critérios de distinção entre crimes de perigo abstrato legítimos e ilegítimos, ou ao menos encetar uma discussão profícua acerca do tema, de modo

a afirmar a aceitabilidade dos crimes de perigo abstrato no Estado democrático de direito, dentro de exatos limites e, com isso, transferir o ponto de gravidade de semelhante problemática da discussão das tangências do bem jurídico para o âmbito das estruturas de delito.

1. O Direito Penal econômico e a questão dos crimes de perigo abstrato

Prima facie, entende-se por *Direito Penal econômico* o conjunto de normas que visam proteger valores de regulação macrojurídica de políticas econômicas, compreendidos como princípios da *ordem econômica*, os quais possuem *status* constitucional no âmbito da Constituição Federal de 1988. Cabe destacar, que sua autonomia¹ enquanto ramo do direito encontra-se relativizada, posto que seu conteúdo vincula-se a todos os pressupostos de existência e validade aplicáveis ao Direito Penal, seus institutos e quadro principiológico. Uma emancipação completa daqueles fundamentos conduziria ao pernicioso culto epistemológico, que repercutiria no estabelecimento de um quadro de referência desalinhado dos cânones disciplinadores do Direito Penal.

Trata-se de um campo do jurídico de natureza assaz complexa desde o ponto de vista da interdisciplinariedade que lhe compõe, já que seus conceitos são estruturados a partir de noções extraídas do direito tributário, civil, administrativo, econômico dentre outros.

Por se tratar de um ramo do Direito que goza de especial atualidade, várias questões relevantes estimulam o crescente debate acerca dos crimes econômicos no contexto da ciência jurídico-penal. Esses exames iniciam-se com a sua conceituação², passam pela pretensa

¹ Não raro semelhante independência se expressa no plano prático, dando nascedouro a setorização das demandas judiciais atinentes aos chamados crimes econômicos. De forma bastante paradigmática, exemplifica-se com a existência e manutenção em França e Alemanha de uma justiça (jurisdição) especializada na mencionada temática. Cf. GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève. *Droit Pénal des affaires en Europe: Allemagne, Angleterre, Espagne, France, Italie*. Paris: Dalloz, 2006, p. 29 e ss. Muitas críticas incidem sob essa setorização da justiça, por acreditar sê-la precursora de privilégios para as classes superiores desde o ponto de vista econômico.

² O penalista alemão *Klaus Tiedemann* aponta a existência de distintos posicionamentos acerca do conceito de Direito Penal econômico, quais sejam processual, criminológico e dogmático-jurídico. Para a definição de uma perspectiva *processual-criminalística*, os delitos econômicos são delitos patrimoniais puros com complexidades processuais probatórias. Já a definição de uma perspectiva *criminológica* confere maior ênfase aos autores desses tipos de delitos, denominados por *Edwin Sutherland* de "white collar crimes", o qual vincula a posição social privilegiada desses indivíduos à prática, no exercício profissional, de comportamentos que afetam o funcionamento da economia. Por fim, na definição sob a perspectiva da *dogmática jurídica*, a peculiaridade dos delitos econômicos é a natureza supraindividual dos bens jurídicos que protege. Cf. TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal económico: introducción y parte general*. Trad. Hector Hernandez Basualto. San José: Grijley, 2009, p. 70-75.

emancipação do Direito Penal econômico em relação ao Direito Penal, até a controvérsia ao redor da proteção de bens jurídicos transindividuais que lhe é inerente.

Em termos gerais, o desenvolvimento do Direito Penal econômico acompanhou *pari passu* a evolução do Direito econômico. Enquanto este era apenas ramo do Direito Administrativo, a intervenção penal cingia-se a um pequeno número de questões e tratava, sobretudo, da intervenção do Estado na seara econômica³. A partir da expansão do Direito econômico, sobretudo após a segunda guerra mundial, o Direito Penal econômico ampliou-se e, hoje tem como objeto, algo que vai muito além de um simples estudo da intervenção do Estado em assuntos econômicos, abrangendo também a questão de conflitos entre os próprios agentes da economia.

No Brasil, a intervenção penal em matéria econômica inicia-se com a Constituição de 1934, que foi a primeira Carta que continha um capítulo específico dedicado à ordem econômica e social. Logo em seguida, no contexto do governo de *Getúlio Vargas*, criou-se a *Lei dos Crimes contra a Economia Popular* (Lei nº 1.521/51), que representa o marco da proteção penal específica para esse tipo de criminalidade. Desde então, é patente a tendência legislativa em direção à construção e consolidação deste particular ramo do Direito, fato que intensifica as reflexões sobre seus aspectos político-criminais e dogmáticos, bem como acerca da legitimidade das regulamentações legislativas de mais esse subsistema do Direito Penal.

Pode-se dizer que o Direito Penal econômico figura como clara expressão do controvertido⁴ *Direito Penal moderno*⁵. Em esclarecedora exposição acerca dos caracteres

³ A doutrina completamente dominante na Alemanha entendia, até poucas décadas atrás, o Direito Penal econômico como sendo somente aquela estreita fração do Direito Penal que reforçasse com ameaças de natureza penal o direito administrativo econômico. Dessa forma, era concebido como um direito da direção estatal de controle da economia. Cf. TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad*. Trad. Manuel Abanto Vásquez. San José: Grijley, 2007, p. 2.

⁴ Utilizou-se tal adjetivo, pois, atualmente divisa-se um acirrado debate doutrinário, mormente na Europa, com destaque para autores alemães e espanhóis, acerca da admissibilidade do conteúdo material que integra a chamada modernização do Direito Penal, em especial no tocante às suas repercussões dogmáticas e político-criminais. Dentro das posições antagônicas está aquela que rechaça os consectários inerentes ao reconhecimento do atual Direito Penal como um Direito Penal moderno, podendo assim, sê-la denominada como discurso de resistência à modernização. Para os adeptos dessa ideologia, o que realmente há de novel neste Direito Penal é sua ruptura frontal com as garantias penais, de cunho liberal de Estado de direito, com destaque aos princípios da exclusiva proteção de bem jurídico, da subsidiariedade e de *ultima ratio*. Alegam também que os objetos protegidos pelos novos tipos penais, notadamente os econômicos e ambientais, careceriam da autêntica condição de bens jurídicos, posto que não se constituem de qualquer realidade empírica perceptível de ser referida aos interesses concretos da pessoa humana, mas representam apenas simples funções, instituições, modelos ou objetos de organização política, social ou econômica. Seriam, portanto, condições prévias da realização dos bens jurídicos individuais, representativos de objetos fictícios de proteção, servindo somente de incremento e ampliação da incriminação. O efeito exasperador do Direito Penal estaria identificado, segundo esses fautores,

formais desse aspecto, *Gracia Martín* afirma que o mesmo mostra-se como um fenômeno quantitativo cuja manifestação tem lugar e desenvolvimento principalmente na Parte Especial do Direito Penal⁶.

O atual paradigma de organização cultural globalizada, denominada pela literatura sociológica que se ocupa de sua análise, de *sociedade pós-moderna* ou *pós-industrial*, coaduna-se com a ideia de uma *sociedade de risco*, nos termos da leitura promovida por *Ulrich Beck*⁷. Segundo o pensador alemão, esse arquétipo tem, dentre outras causas o vertiginoso desenvolvimento científico, tecnológico, industrial e econômico, o qual consubstancia-se na constante realização de uma pluralidade de atividades que possuem como efeitos secundários a criação de “novos” riscos. Tais consequências deletérias são resultantes inesperáveis, mas sociologicamente previsíveis (parcialmente) do elevado estágio de desenvolvimento da técnica, bem como da dilatada heterogeneidade das relações interpessoais.

Desta feita, o Direito Penal em meio a essa novel realidade, estaria constituído por um grupo de delitos com um conteúdo de injusto mais ou menos homogêneo em razão do traço comum de que em todos eles se tratariam da realização de condutas, que representam apenas, um simples e mero perigo (abstrato) para bens jurídicos⁸. É preciso registrar, a despeito das variadas posturas que possam surgir, a partir de tal constatação, a necessidade de compreensão

pela substituição do modelo de tipo de dano pelos tipos de perigo, ou então, de forma mais preocupante pelo padrão de perigo abstrato ou presumido, o que provocaria uma renúncia àqueles princípios anteriormente mencionados. Como subproduto desse fenômeno, ter-se-ia a consolidação de um Direito Penal simbólico negativo, que fosse expressão da intenção legislativa de produção de um efeito meramente cosmético de contenção de comportamentos arriscados. Com vistas à evitação do alargamento das barreiras punitivas, penalistas alinhados a essa concepção propõem alternativas outras à adequação do Direito Penal ao contexto cultural no qual está inserto. À guisa de exemplo, tem-se a via apresentada pelo chamado Direito de intervenção, sistematizado por *Hassemer*, cuja formatação reuniria elementos do direito civil e do direito administrativo para ocupar-se dessa nova criminalidade. Em apertada síntese, vide HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do Direito Penal. São Paulo, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.22, ano 6, abri./jun.1998, p. 33 e ss. Na Espanha, imbuído de igual intuito, *Silva Sánchez* oferece a proposta do Direito Penal de segunda velocidade, que operaria com garantias mais flexíveis que o tradicional Direito Penal (de primeira velocidade), no entanto, marcado pela inaplicabilidade de penas privativas de liberdade. Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2.ed. Madrid: Civitas, 2001, p. 121 e ss.

⁵ O Direito Penal econômico e do meio ambiente é uma manifestação particular destacada e importante do Direito Penal moderno. Cf. GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, p. 50.

⁶ GRACIA MARTÍN, Luis. ¿Qué es modernización del Derecho Penal? In: *Estudios de Derecho Penal*: Lima: Idemsa, 2004, p. 723.

⁷ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Trad. Daniel Jiménez, Jorge Navarro e María Rosa Rorrás. Barcelona: Paidós, 1998, p. 32 e ss.

⁸ GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela, op.cit.*, p. 47.

correta em torno da onnipresença da *globalização* nos discursos jurídicos de um modo geral e particularmente no âmbito do Direito Penal.

Adverte *Renato de Mello* que a situação tomada sob aquele termo descortina uma definição multifacetária, típica da segunda modernidade⁹ com implicações agudas na fatal revisão de vários conceitos de índole política, social, econômica e também jurídica¹⁰. O impacto dessa alteração no campo do direito, talvez seja mais penetrante, por sê-lo um legítimo instrumento de disciplina vinculante para todos os demais sistemas, e por isso mais suscetível de absorver e reagir rapidamente com os influxos desse processo.

Ressalta-se que a perspectiva mais relevante e notável da globalização é a econômica, tendo em vista pautar-se pela lógica da exploração do trabalho humano com significativo desprezo pelas condições de subsistência futura das gerações vindouras e pelo assustador aumento das desigualdades. Prescindindo pois, dos aspectos positivos e salutares do processo de globalização, que são muitos e inegáveis é certo que uma face negativa acentua seu outro elemento intrínseco. Ademais, é tão possível quanto plausível reconduzir os resultados nefastos acima apontados à concausa “irracionalidade capitalista”, que congrega condições produtoras para a verticalização da segregação econômica e social da população em segmentos bastante definidos e díspares.

A polarização decorrente desse desequilíbrio estabelece um cenário dicotômico no qual se divisa os *globalizadores* e os *globalizados*, tendo em conta que essa globalização de feições “neoliberal desenvolve-se em um espaço em que os Estados existentes não são iguais em poder, de modo que as populações de uns se veem submetidas a vontade dos governos de outros”¹¹. Iguais particularidades, embora não tenham o condão de renunciar *in tontum* a vigência da criminalidade tradicional, contribui na sedimentação da criminalidade econômica, que se destoa daquela por seu alto nível de complexidade, não raro incurso, como destaca *Raúl Cervini* na organização¹² do arranjo¹³ delitivo e da transnacionalidade de seus efeitos¹⁴.

⁹ Cf. GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p. 69.

¹⁰ Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal econômico como Direito Penal de perigo*. São Paulo: RT, 2006, p. 51.

¹¹ GRACIA MARTÍN, Luis. Criminalidad de la globalización y Derecho Penal. In: ROMEO CASABONA, Carlos-María. (Dir.). *Biotecnología, desarrollo y justicia*. Granada: Comares, 2008, p. 33.

¹² Por criminalidade organizada, *Serrano-Piedecabras* entende aquelas organizações que preferem operar quando podem obter grandes vantagens e benefícios de natureza econômica em um curto espaço de tempo. O penalista espanhol adverte que essa espécie de criminalidade constitui-se em relativa novidade, razão pela qual se vê justificada a escassa investigação criminológica ao seu redor. Cf. SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón. Respuesta Penal al Crimen Organizado en el Código Penal Español. In: PRADO, Luiz Regis (org.). *Direito Penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Dr. José Cerezo Mir*. São Paulo, 2007, p. 155.156. “Os benefícios econômicos colhidos com a criminalidade organizada é o poder econômico para quem possa dele

Nesse quadrante é cedido a consciência de que os enumerados conflitos provocados pela evolução social não podem ser afrontados, muito menos resolvidos pelos clássicos instrumentos do Estado liberal. De outro lado, essa evolução tem proporcionado condições à origem de um potencial valioso para a realização efetiva da liberdade, da igualdade e da justiça material que só é possível de ser levado a cabo em um novo Estado de caráter social e democrático de direito¹⁵. Tem-se portanto, que o mencionado modelo de organização estatal exhibe-se em síntese e ao mesmo tempo como a superação do Estado Liberal e social (este último vinculado à ideia do *Welfare State*), conquanto, como assevera *Lênio Streck* compromete-se normativamente com as transformações sociais¹⁶.

Posto isto, aventa-se que a dogmática entendida como discurso científico acerca da ordem jurídica, de seus conceitos e institutos, deve analogamente estar em conformidade com esse objetivo, sendo por essa razão composta hoje por enunciados diferentes daqueles peculiares ao Estado liberal. Nessa linha, a moderna ciência do Direito Penal, deve empenhar-se em realizar uma integração entre o direito posto (direito positivo) e as imprescindíveis reformas que se busca, aprofundando o estudo da legislação rumo aos ajustes à realidade concreta e em seu desempenho no enfrentamento da problemática e no trato de questões desse jaez.

dispor”. Cf. FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalização dos poderosos. São Paulo, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 31, ano 8, jul./set.2000, p.125.

¹³ Com destaque especial para a problemática questão da averiguação da responsabilidade penal dos diretores e empregados. Ou seja, das pessoas naturais que laboram em entidades, empresas e organismos, que conforme suas estruturas, níveis hierárquicos ou a divisão do trabalho dão origem a diversas condutas delituosas (ativas ou omissivas), em detrimento do regular desempenho das atividades empresariais, cuja consequência não é outra se não a materialização de danos ou a colocação em perigo dos recursos humanos e/ou materiais que se encontram no meio institucional. Cf. MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto. La responsabilidad penal y colateral de las personas naturales en las estructuras organizadas. Lima, *Revista Jurídica del Perú*, t.134, abr.2012, 229 e ss.

¹⁴ CERVINI, Raúl. Macrocriminalidad económica contemporánea: nuevas reflexiones sobre aspectos conceptuales y metodológicos. Madrid, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.14, 2004, p. 125-130;138-139.

¹⁵ GRACIA MARTÍN, Luis. Contribución al esclarecimiento de los fundamentos de legitimidad de la protección de bienes jurídicos colectivos por el Estado social y democrático de derecho. Lima, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.24, 2012, p. 367.

¹⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.33. Em sentido diametralmente oposto, vide as considerações feitas por *Novoa Monreal*, para quem “[...] a nota mais deprimente reside em que os preceitos, esquemas e princípios jurídicos em voga se vão convertendo gradualmente, não apenas em um pesado lastro que freia o progresso social, quando não chega, muitas vezes, a levantar-se como um verdadeiro obstáculo para ele”. NOVOA MONREAL, Eduardo. *O direito como obstáculo à transformação social*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988, p.9. Também cético acerca do papel ativo do direito na direção do acontecer social tem sido GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sociología sistemática y política legislativa. In: *Teoría de sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidad de aplicación*. Lima: Ara, 2007, p. 204-205.

Segundo Luciano Anderson, o aspecto que mais chama atenção nesse hodierno sistema penal é o recurso cada vez mais frequente aos tipos de perigo, que repercute, para alguns no verso e anverso de um mesmo fenômeno, no qual uma das face apresenta-se como a antecipação da tutela penal ao mesmo tempo em que a outra expressa a expansão do poder punitivo¹⁷. Agregado a esses fatores, notável tem sido a criação (ou reconhecimento), de bens jurídicos suprapessoais como produto de uma das técnicas mais genuínas do Direito Penal moderno, “intimamente relacionada com a tendência político-criminal inclinada à proteção decisivamente preventiva¹⁸ de bens individuais¹⁹”

Isso pode ser visualizado com nitidez, no âmbito do Direito Penal sócioeconômico, esfera na qual se tem proliferado esse tipo de bem jurídico. Ademais para a proteção dos mesmos, invoca-se amiúde a técnica conjugada da tutela de bens jurídicos universais através da metodologia própria dos crimes de perigo abstrato. No direito brasileiro é possível notar esse expediente a partir da constante legiferação no sentido de criar novos delitos econômicos ou mesmo ampliar os já existentes, como por exemplo a recente *Lei de Lavagem de Capitais* (Lei nº 12.683/2012), que amplia o rol de crimes antecedentes ao branqueamento, abrangendo qualquer crime ou mesmo contravenção penal e; também, a Lei nº 12.529/2011, que inova com outros tipos de crimes referentes à infração da ordem econômica na esfera da defesa da concorrência²⁰. Nesse quadrante, a tendência de agravar a punição de tipos tradicionais pode ser claramente percebida, por propostas *de lege ferenda* a exemplo do Projeto de Lei nº 300 do Senado Federal²¹, que visa criar tipos específicos de furto e roubo contra instituições financeiras, concebendo-os, doravante sua aprovação, tais infrações como crimes contra o sistema financeiro nacional e, conseqüentemente, exasperando as penas em relação àquelas cominadas para as versões clássicas destes delitos patrimoniais.

Em uma de suas extensões, e diante da insuficiência dos delitos de lesão em atender às exigências político-criminais da sociedade hodierna, o Direito Penal de agora caracteriza-se

¹⁷ SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito Penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 115.

¹⁸ Cf. ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato. *Revista IOB: Direito Penal e Processo Penal*, n.39, ano.7, ago./set.2006, p. 55.

¹⁹ GARCÍA DE PAZ, María Isabel Sánchez. *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1999, p. 66.

²⁰ Cabe registrar o exaustivo e importante estudo de GARCÍA CAVERO, Percy. *Los delitos contra la competencia*. Lima: Ara, 2004, p. 9-185.

²¹ Esta incriminação recebe o apoio de Gracia Martín, para quem “... devem ser incluídos no Direito Penal econômico os tradicionais tipos contra o patrimônio [...] quando tenham conexão com uma atividade econômica [...]”. GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegômenos*, *op.cit.*, p. 60.

pela crescente utilização da técnica legislativa de perigo, a qual promove a antecipação da tutela penal ao reprovar condutas que representam, apenas, um mero risco hipotético para bens jurídicos macrossociais. Insta frisar que esta tendência abrange, todos os setores nos quais se divisam a disciplina jurídica de questões econômicas. Esse sintoma é constatado por grande parte da doutrina, como faz *Hassemer*. O penalista alemão alerta que a legislação penal contemporânea, mormente aquela relativa à parte especial dos códigos penais e leis complementares criminaliza basicamente condutas delituosas de vitimização difusas, destacando as infrações conexas ao meio ambiente, drogas, processamento de dados e especialmente as atentatórias ao conteúdo imanente à ordem econômica²².

Como traço mais emblemático desse panorama, *Schünemann* salienta para o dado que considera mais característico do Direito Penal moderno, com destaque para a esfera do Direito Penal econômico, a saber, o favorecimento da eclosão de uma classe completamente distinta de delitos, que não se ocupam da lesão efetiva de um bem jurídico, porém de sua colocação em perigo abstratamente²³.

Sobre esse modelo de incriminação divisa-se um significativo abandono do dano efetivo ao bem jurídico, como centro de gravidade do injusto, e por conseguinte do próprio sistema penal. O desvalor do resultado, nesse caso é substituído pela ênfase ao desvalor da ação que *in casu*, vê-se justificado diante de específicas circunstâncias de necessidade em sentido estrito, da magnitude do perigo anunciado pela ação arriscada, associado ainda ao conjunto de destinatários potenciais da lesão ao interesse salvaguardado.

Esse desequilíbrio na construção do injusto, nos termos expostos, como preconiza *Gracia Martín*, “não só compensa, mas supera o déficit de um resultado concreto, desde que a intervenção penal esteja devidamente ajustada aos princípios de proporcionalidade, subsidiariedade e *ultima ratio*”²⁴. Em clara explicação sobre os tipos penais de perigo abstrato, aponta *Feijóo Sanchez*, que para a sua composição, realiza-se um juízo de “abstração da situação de risco concreto para outros âmbitos de organização individuais ou

²² Cf. HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. Trad. Patricia S. Ziffer. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. 12, abri./set. 1989, p. 279.

²³ Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. La estructura de los delitos de peligro (los delitos de peligro abstracto y abstracto-concreto como modelo del Derecho Penal económico moderno). Trad. Irene Molina. In: *Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos*. Lima: Ara, 2008, p. 13.

²⁴ GRACIA MARTÍN, Luis. *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho Penal moderno*. México: Ubijus, 2011, p. 91.

supraindividuais e descreve como típicas condutas que estatisticamente ou de forma geral se mostrem como perigosas”²⁵

O legislador, pois com parâmetros nos saberes empíricos criminaliza comportamentos que trazem consigo um perigo ao objeto de tutela, isto é, o perigo é um dado conato à conduta. Além do mais, a periculosidade neste tipo injusto tem sua determinação *ex ante*, por meio de um juízo hipotético ou probabilístico realizado pelo legislador. O perigo representa a *ratio legis* para a própria edificação normológico-estrutural, o que revela sua referência plenamente divorciada da ideia de lesão ou perigo concreto de dano ao bem jurídico.

Sobre esse ponto de partida traceja *Terradillo Basoco*, que para a confirmação efetiva da periculosidade é absolutamente irrelevante a produção ou não, *ex post*, do perigo concreto²⁶. Em efeito, essa peculiaridade contribuí na diferenciação entre a outra classe de crimes de perigo, a saber os delitos de perigo concreto²⁷ nos quais é imprescindível a constatação pelo julgador do perigo, já que este figura como elemento normativo do tipo.

Com relação a esses delitos, como assinalado, não importa a produção tampouco a prova de uma efetiva lesão ou de um perigo concreto para o bem jurídico, havendo uma presunção absoluta (*jure et jure*)²⁸ de que o indivíduo, com sua conduta anterior, inseriu o bem jurídico em um raio de perigo e, por este fato, faz jus a sanção penal. Nesses casos, o perigo é unicamente a razão que inspira e induz o legislador a criar a figura delitiva²⁹. Isso posto, fica claro que o juiz está desobrigado à comprovar qualquer vínculo de causalidade entre a conduta arriscada e uma situação realmente perigosa ao bem protegido. Assim considerado, infere-se que hoje por hoje, a técnica dos delitos de perigo abstrato constitui-se em uma variável tão tortuosa quanto constante, recebendo acentuada aplicabilidade em campos da regulamentação normativa, que se mostram mais problemáticos, ou seja, naqueles

²⁵ FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. Seguridad colectiva y peligro abstracto: sobre la normativización del peligro. In: JORGE BARREIRO, Agustín (org.). *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas, 2005, p. 311.

²⁶ Cf. TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a. Peligro abstracto y garantías penales. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín. (Coor.). *El nuevo Derecho Penal español: estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona: Aranzadi, 2001, p. 799.

²⁷ Os crimes de perigo diferem dos crimes de lesão por tipificarem uma conduta que prescinde da produção de um resultado lesivo ao bem jurídico para consumir-se, implicando apenas em uma potencial ameaça de produção de tal resultado. Ainda, os delitos de perigo abstrato contrapõem-se aos de perigo concreto por estes requererem, para sua verificação, a produção de real perigo ao bem jurídico protegido pela norma, individualmente constatável no caso fático.

²⁸ Esforça-se em colocar em destaque a necessidade da prova do dolo nos delitos de perigo, BAIGÚN, David. *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*. Buenos Aires: B de F, 2007, p. 30 e ss.

²⁹ CERZEZO MIR, José. Los Delitos de Peligro Abstracto en el Ámbito del Derecho Penal del Riesgo. Madrid, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.10, jul. 2002, p. 47.

em que há uma ingente necessidade política de segurança, tal como o Direito Penal econômico.

No entanto, longe de ser consolidada está a opinião doutrinária acerca da legitimidade dessa técnica legislativa, tendo em vista já firmado uma respeitada dicotomia de sua adequação constitucional e aos demais cânones dogmáticos do Direito Penal. Segundo *Klaus Tiedemann*, os crimes de perigo abstrato cumprem uma reação adequada no Direito Penal no âmbito dos bens jurídicos supraindividuais, não existindo, para o autor, motivos contundentes para interpretar os interesses coletivos restritivamente, a fim, ao menos, de alcançar a autenticidade daquele grupo de incriminações³⁰.

Tal estrutura tipológica seria uma necessidade, segundo o *autor*, já que no âmbito do Direito Penal econômico a importância do bem jurídico é relativizada e, portanto, faz-se necessário o reconhecimento da proteção penal de certas instituições³¹. Não obstante, frisa também, que a larga introdução político-criminal de tais delitos nas atuais legislações implica em uma considerável extensão de punibilidade e, portanto, somente poderá ser suportada quando a colocação abstrata em perigo, por si mesmo, resulte merecedora de uma pena de natureza criminal³².

Esta concepção, contudo, como referendado linhas atrás, não é nem um pouco pacífica, sendo certo que grande parte da doutrina defende a tese da inconstitucionalidade *in totum* dos delitos de perigo abstrato, por violarem o *princípio da lesividade* ou ofensividade penal, que possui assento constitucional e exige a lesão ou perigo concreto a um bem jurídico para a caracterização legalizada de um crime. Ainda, outro argumento que corrobora a problemática que se coloca diante da técnica legislativa de perigo abstrato é a dificuldade (impossibilidade?) de coaduná-la³³ com os princípios constitucionais penais, para adequar-se aos padrões de um Direito Penal mínimo ou de mínima intervenção.

³⁰ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal económico*, op.cit., p. 86.

³¹ *Idem*, p.86.

³² TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad*. Trad. Manuel Abanto Vásquez. San José: Grijley, 2007, p. 33.

³³ No Brasil poucos são os estudiosos, que se dedicaram a um exame minudente da questão, em especial desde o ponto de vista da adequação constitucional dos crimes de perigo abstrato. Em doutrina nacional apregoa uma perfeita aderência da técnica de incriminação em epígrafe com os princípios constitucionais-penais, SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: RT, 2003, p.83-146.

2. Crimes de perigo abstrato e o bem jurídico objeto de tutela

O fenômeno dos crimes de perigo abstrato deu lugar a amplos debates sobre os limites do Direito Penal no Estado democrático de direito³⁴. Neste diapasão, questiona-se se a criminalização de condutas cuja perigosidade³⁵ é puramente conceitual ou abstrata afeiçoa-se com os reclames de um Direito Penal de mínima intervenção.

Pode-se dizer que a questão do *bem jurídico* tornou-se um dos pontos centrais da discussão acerca dos crimes de perigo abstrato, mormente diante dos seus questionamentos em contraposição ao já mencionado *princípio da lesividade*. Isso porque, entendendo o princípio da lesividade como a imposição de lesão ou perigo concreto de lesão a bem jurídico, faz-se mister compreender a extensão do conceito de bem jurídico para que secundariamente se possa determinar, com precisão, os limites dos crimes de perigo abstrato.

Muitas são as propostas de definição do bem jurídico-penal, entendido como interesse juridicamente protegido³⁶, bem como valor da vida elementar à convivência comunitária³⁷ ou seja, como pressupostos imprescindíveis para a existência em comum³⁸, dentre outros diversos posicionamentos. Não obstante, a preocupação do presente artigo seja suscitar a reflexão de múltiplos aspectos em torno da tutela penal da ordem econômica por intermédio da técnica dos delitos de perigo abstrato, adverte-se não se ater aqui a um exame eminentemente terminológico da matéria, tendo por objetivo a breve análise de questões relativas à essência conceitual de bem jurídico, bem como em que seu conteúdo semântico influi na tipificação dos delitos econômicos.

O bem jurídico-penal pode ser compreendido tanto de uma perspectiva *dogmática*, quanto de um prisma *político-criminal*. Sob um ângulo dogmático, o bem jurídico é dividido como o interesse protegido pela norma penal incriminadora. De outra banda, em uma ótica político-criminal almeja-se encarnar alguma eficácia ao seu conceito, no sentido mesmo de limitar o *jus puniendi* do Estado. Frise-se que estas posturas não precisam, necessariamente excluir-se mutuamente como insistem autores mais extremados. Ao contrário, de acordo com

³⁴ Cf. ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho y riesgo. Buenos Aires, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, v. 8, oct./dic, 1995, p. 10.

³⁵ Consoante *Lopez-Rey*, a perigosidade ou periculosidade tem sido concebida sempre como uma noção e não um conceito propriamente dito. Cf. LOPEZ-REY, Manuel. Algunas reflexiones sobre el peligro de la noción de peligrosidad. Madrid, *Cuadernos de Política Criminal*, n. 19, 1983, p. 21.

³⁶ Cf. COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 23.

³⁷ Cf. WELZEL, Hans. *Derecho Penal PG*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956, p. 5-8.

³⁸ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993, p. 27-28.

um entendimento mais consentâneo aos objetivos atuais colimados pela ciência penal, defende-se que as proposições jurídicas, e neste caso, o conceito dogmático de bem jurídico, deve ser construído nos moldes que lhe sejam fornecidos pelas balizas político-criminais³⁹.

Não obstante alguns autores reconheçam no conceito de bem jurídico o perigo de constituir um meio para legitimar a expansão do Direito penal⁴⁰, idealiza-se ser possível a construção de um conceito com efeitos concretos no sentido de cingir o poder de incriminar do legislador⁴¹. Reconhecendo-se que os interesses jurídicos que devem ser penalmente protegidos estejam salvaguardados pela Constituição e, ainda, considerando-se imperativo para tanto os fundamentos decorrentes do *princípio da subsidiariedade* e da intervenção mínima, postulados básicos de Direito Penal que determina que este só deve atuar diante da afetação dos bens jurídicos mais sensíveis da sociedade. Conclui-se, portanto por uma definição de bem jurídico mais restrita do que a mera referência a valores constitucionais. Assim sendo, os bens jurídicos, arraigados na ordem constitucional, encontram barreiras também na subsidiariedade inerente ao Direito Penal.

De fato, o debate em torno dos bens jurídicos que mais interessa ao Direito Penal econômico, - partindo do pressuposto que o valor ou interesse protegido pelo bem jurídico possui importância para “alguém”-, consiste em determinar se aquele quadro axiológico congrega valores apenas individuais ou, também, coletivos.

No âmbito do Direito Penal clássico, não haviam maiores tergiversações diante do constatação de que Direito Penal servia para tutelar bens jurídicos individuais, como o patrimônio ou a integridade física. Contudo, com o advento da propalada *modernização do Direito Penal*, a qual se fez necessária diante das exigências de uma sociedade contemporânea dita *de risco*, pode-se afirmar que o paradigma penal fundado nos ideais iluministas e pautado pela tutela de bens jurídicos individuais adentrou em franca crise. Esta pauta-se por antecipações da tutela penal, que têm os crimes de perigo abstrato como seu principal instrumento e, também, pela maior aceitação e/ou constatação da existência de *bens jurídicos*

³⁹ GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas de delito. São Paulo, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.12, n.49, jul./ago. 2004, p. 93.

⁴⁰ A propósito, *Hassemer* aponta que o princípio do bem jurídico se caracteriza mais por sua “tendência criminalizante”, pois na medida em que estão ameaçados por uma conduta legitimam uma proibição deste comportamento. Cf. HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoria, *op.cit.*, p. 278.

⁴¹ Cf. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: RT, 2011, p.60.

*coletivos ou transindividuais*⁴². Questiona-se, pois, a possibilidade de um Direito Penal fundado em bases liberais ser utilizado para tutelar estes “novos” bens jurídicos, e até sob quais limites isso se faria possível.

Para a teoria pessoal do bem jurídico-penal, a qual tem em *Hassemer* na Alemanha⁴³ seu maior expoente, acompanhado no Brasil por *Juarez Tavares*⁴⁴, os bens jurídicos da coletividade só podem ser reconhecidos como dignos de tutela penal a partir do momento em que possuírem alguma utilidade para o homem, ou seja, conquanto sejam referíveis aos indivíduos concretamente. Neste sentido, os denominados bens jurídicos coletivos, por si só, não seriam objeto de proteção do Direito Penal, mas apenas quando tiverem como referência alguma função para o ser humano.

Já para a concepção dualista do bem jurídico-penal, concebe-se com esse *status* tanto os interesses individuais quanto os coletivos, reconhecendo a estes últimos como característicos do Direito Penal moderno, mas, sendo ambos igualmente autênticos e admissíveis⁴⁵. Para *Tiedemann*, principal precursor desta concepção, a teoria penal do bem jurídico já perdeu sua relevância como limite da punibilidade em detrimento das disposições constitucionais materiais e, no âmbito dos delitos de perigo abstrato, deveria ser perfeitamente reconhecida a proteção penal de certas instituições⁴⁶. Neste prisma, nem toda intervenção do Direito Penal no domínio dos novos e grandes riscos seria ilegítima. Semelhante posição encontra grande ressonância dentre os penalistas, sendo portanto, considerada majoritária na doutrina que se ocupa atentamente dessa questão.

Afora o citado penalista alemão, sua posição encontra adeptos, outrossim no pensamento de *Schünemann*⁴⁷, e do brasileiro *Luís Greco*⁴⁸, dentre outros.

Essa postura reflete diretamente na legitimidade do núcleo do Direito Penal econômico, representado por novos bens jurídicos da vida econômica, como por exemplo os

⁴² A título de esclarecimento, oportuna é a lição de *Hefendehl* para quem, “dentro dos bens jurídicos protegidos são individuais aqueles que servem aos interesses de uma pessoa ou de um determinado grupo de pessoas. Àqueles que servem aos interesses de muitas pessoas – da generalidade – denominaremos bens jurídicos coletivos ou universais”. HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. Granada, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v.4, n.14, 2002, p. 3.

⁴³ HASSEMER, Winfried. Lineamientos de una teoría, *op.cit.*, p. 275-285.

⁴⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 216.

⁴⁵ É como pensa CARO CORIA, Dino Carlos. Sociedades de riesgos, bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo. Lima, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n. 9, ano 5, 1999, p. 191.

⁴⁶ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal económico*, *op.cit.*, p.86.

⁴⁷ Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. La estructura de los delitos *op.cit.*, p.15-16.

⁴⁸ GRECO, Luís. Princípio da ofensividade, *op.cit.*, p.15.

relativos à concorrência, os interesses dos consumidores, a ordem tributária etc, já que integram, por excelência, o agrupamento dos bens jurídicos supraindividuais..

No âmbito da apresentada *teoria pessoal do bem jurídico*, como propõe *Hassemer*, a elementar referência à *ordem econômica* não é suficientemente precisa para que se possa reconhecer nela um genuíno bem jurídico-penal. Neste contexto, faz-se mister basear-se nos princípios referentes à ordem econômica, constitucionalmente previstos, para extrair-se valores capazes de serem tratados como bem jurídico (a ordem econômica em si não poderia ser considerada um bem jurídico). A crítica que se faz é que, aceitando ilimitadamente a existência de bens jurídicos coletivos, estar-se-ia estendendo indevidamente as dimensões do Direito Penal, e a vinculação ao indivíduo serviria como limite à esse afrouxamento. Por outro lado, na concepção de *Tiedemann*, a simples referência à ordem econômica restaria suficiente para criminalizar delitos econômicos, diante da extrema necessidade de tutela penal dos bens jurídicos supraindividuais habilmente salvaguardados por ela.

De qualquer forma, não há como negar a necessidade da tutela penal dos bens jurídicos transindividuais, os quais, diga-se de passagem, definitivamente não são invenção do Direito Penal moderno. De maneira idêntica, elucida *Corcoy Bidasolo*, sem adentrar nos meandros da dualidade do Direito Penal mínimo e da expansão do Direito Penal, que em consideração ao direito positivo, muito se prolifera os delitos de perigo nos quais se visa proteger bens jurídicos coletivos. Destaca a penalista espanhola também, que muitos deles pertencem ao Direito Penal clássico, como a maioria dos delitos contra a Administração pública e os crimes de falsidade em geral, não figurando, pois como técnica inédita⁴⁹ nos projetos de Política Criminal de diversas legislações penais⁵⁰.

Aliás, outros são os grupos de delitos que, inobstante sejam qualificados como crimes de perigo, possuem similar estrutura, ou seja, refere-se aquelas incriminações cuja tutela dirige-se a bens coletivos emoldurados em tipos de mera atividade⁵¹. Em que pese a maturidade e perspicácia da doutrina em identificar a realidade assinalada, (a saber o emprego não recente da técnica conjugada dos delitos de perigo e de bens transindividuais), a

⁴⁹ A técnica dos delitos de perigo e dentre estes, ressalta-se os chamados perigo abstrato ou hipotético, segundo as variadas denominações que a doutrina lhe oferece, se bem empregada com mais recorrência na modernidade, não deixa de ter guarida em significativas legislações penais do séc. XVIII, como é o caso do Código Penal da Prússia de 1794. Cf. CECILIA MAIZA, María. Delitos de peligro. Buenos Aires, *Revista de Derecho Penal*, n.2. 2007, p. 477.

⁵⁰ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Algunas cuestiones sobre el injusto típico en los delitos de peligro. Buenos Aires, *Revista de Derecho Penal*, n.2. 2007, p. 117.

⁵¹ Idem, p. 118.

mesma nenhuma ou insignificante contestação encontrou por parte dessa literatura. Segundo recentes apontamentos, o problema dos bens jurídicos coletivos, destarte, não estaria na referência ou não a indivíduos, mas sim na oportuna *distinção* que se possa fazer entre os chamados *autênticos e os falsos bens jurídicos coletivos*⁵².

Correlato à esse ponto, a problematização que se faz neste estudo, a partir dos apontamentos feitos por *Luís Greco*, é que muitas vezes o foco das polêmicas acerca da ilegitimidade das antecipações da tutela penal circundam somente em torno da alegada inconstitucionalidade total dos crimes de perigo abstrato, em uma posição muitas vezes radical e de verdadeiro repúdio de sua utilização, concentrando quase que exclusivamente a *colocação do problema a partir da questão da necessária lesão ao perigo concreto de lesão ao bem jurídico*.

Por outro lado, a ampliação indevida do que se entende por bem jurídico coletivo (abrangendo os pseudo-bens jurídicos coletivos) leva à ilegítima criminalização de condutas para tutela desses valores (como forma de “evitar” a utilização do perigo abstrato), o que mascara uma antecipação da tutela penal bem mais reprovável. Isso porque, nos crimes de perigo abstrato, antecipa-se a *proibição* da conduta, sem esconder tratar-se de uma antecipação da punibilidade, ao passo que na criminalização de condutas para tutela de falsos bens jurídicos coletivos, antecipa-se a *própria lesão*, omitindo-se os déficits de legitimidade desta antecipação.

Neste diapasão, constata-se que o problema dos crimes de perigo abstrato “pouco tem a ver com a questão do bem jurídico”⁵³, não sendo tão pertinente questionar-se *o que proteger*, no sentido⁵⁴ de quais bens jurídicos seriam dignos de proteção, pois estes são os *mesmos bens tutelados pelos crimes de perigo concreto ou de lesão*. Entende-se, em contrapartida, que as perguntas em torno dos crimes de perigo abstrato devem lastrear-se em *como proteger*, e isto pode ser feito através do que se pode denominar de *estruturas do delito*.

⁵² Esclarecendo melhor, pode-se dizer que o falso, aparente ou pseudo-bem jurídico consubstancia-se em situações em que um grande número de bens jurídicos individuais protegidos pelo tipo se associa com um conceito genérico, criando-se a impressão de que se trata de um bem jurídico coletivo. Para *Schünemann*, a “saúde pública”, comumente apontada como referência em crimes de tráfico e consumo de drogas, seria um exemplo de putativo bem jurídico coletivo, pois nada mais é do que a soma da saúde de cada cidadão individual. SCHÜNEMANN, Bernd. La estructura de los, *op.cit.*, p. 16.

⁵³ Cf. GRECO, Luís. Princípio da ofensividade, *op.cit.*, p. 104.

⁵⁴ Cf. CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. Sociedade de risco e Direito Penal. In: CALLEGARI, André Luís (org.). *Direito Penal e globalização: sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 31-32.

3. A estrutura do injusto e o autêntico problema dos crimes de perigo abstrato

Partindo do pressuposto que as indagações secantes à *estrutura do delicto* são de todos, o ponto de partida correto para colocar em xeque o papel dos crimes de perigo abstrato no Direito Penal, faz-se imprescindível compreender o que são, de fato, as *deliktstruktur* em contexto com a tessitura acima exposta.

Ao identificar a existência de um bem jurídico merecedor de tutela penal, o legislador precisa optar por alguma estrutura de proteção deste objeto jurídico que se propôs a resguardar. Para tanto, a atividade legiferativa de construção do injusto pode pautar-se através das técnicas de *lesão*, de *perigo concreto* ou de *perigo abstrato*⁵⁵. Desta forma, o perigo abstrato seria apenas mais uma das opções de formatação de delito que, em tese, podem ser utilizadas pelo legislador.

Nesta linha de pensamento, a distinção entre o perigo abstrato legítimo e ilegítimo poderá ser depreendida a partir da distinção entre o caráter concreto ou abstrato do perigo examinado. Para tanto, é importante verificar sob quais condições é possível afirmar que determinada conduta resulta em um verdadeiro perigo concreto para algum interesse. Insta registrar *ab initio* que, sobre isto ainda pairam relevantes dúvidas na doutrina. Na Alemanha, a postura de maior ressonância⁵⁶, denominada de *teoria normativa do resultado de perigo* e desenvolvida por *Schünemann*, aponta a existência de um perigo concreto apenas quando a não-ocorrência do resultado é simples obra do acaso e, portanto, nela não se poderia confiar. Portanto, todas aquelas “causas salvadoras” que se baseiam em uma destreza extraordinária do “ameaçado” ou em uma feliz e dominável concatenação de outras circunstâncias, não tem o condão de elidir a responsabilidade pelo crime de perigo concreto.

De acordo com *Luís Greco*, os detratores do “perigo abstrato só conseguem ser tão radicais porque trabalham com um conceito de perigo concreto bem mais amplo, bem menos severo⁵⁷”. Neste prisma, aqueles que alegam categoricamente a inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, de alguma forma acabam por “relativizar” o conceito de perigo concreto para abranger, também, situações de perigo abstrato, e portanto esconder a falta de

⁵⁵ Hodiernamente, fala-se, também, na doutrina de crimes de perigo *abstrato-concreto*. Nestes, igualmente chamados de delitos de “idoneidade” ou de “perigosidade”, o perigo abstrato não é só critério interpretativo e de aplicação, mas serve como referencial da “culpa, e por isso, admitem a possibilidade de a perigosidade ser objeto de um juízo negativo”. Cf DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal PG*: Tomo I – questões fundamentais a doutrina geral do crime. São Paulo/Coimbra: RT/Coimbra, 2007, p. 310.

⁵⁶ Cf. ROXIN, Claus. *Derecho Penal PG*: Tomo I. Madrid: Civitas, 1997, p. 405.

⁵⁷ GRECO, Luís. Princípio da ofensividade, *op.cit.*, p. 122-123.

legitimidade destas modalidades de delitos. Faz-se necessária, portanto, a delimitação precisa e ajustada do que se entende por perigo concreto, para que esta estrutura de delito não inclua, também, situações de perigo que o são abstrato e, desta forma, continuem a atenuar a inflexibilidade desta tese.

Ainda, entende-se que os chamados delitos de perigo abstrato não deveriam constituir um corpo estranho ao sistema penal, como defende parte dos estudiosos. Rechaçar peremptoriamente a existência dos crimes de perigo abstrato e propugnar seu consequente desnível com relação aos delitos de lesão ou de perigo concreto seria uma composição errônea e minimamente açodada.

Contudo, ressalta-se que é indisponível que a construção típica consoante esse paradigma, seja regularmente realizada a partir de uma racional metodologia de injusto, sob pena de que o expediente ora em comento sirva sim de instrumento à preocupante confusão dos conceitos clássicos de ilícito penal e ilícito administrativo, dando azo, pois, a denominada *administrativização do Direito Penal*⁵⁸. Esse fenômeno⁵⁹, como aduz *Feijóo Sánchez* deve ser “tratado como uma patologia que desnatura as características essenciais do Direito Penal, implicando na utilização ilegítima da pena e das normas que estipulam como consequência jurídica”⁶⁰ uma sanção penal.

A polissemia da *expressão*, não impede de considerá-la em primeiro plano como a cotidiana tendência de emprego do Direito Penal pelo Estado, com o fito de assegurar o normal andamento de suas “próprias atividades, enquanto instância executiva, provedora da Administração Pública e gerenciadora de inúmeros âmbitos sociais”⁶¹. O controle referido opera-se de modo corriqueiro, destacadamente nos setores da vida, cuja regulamentação

⁵⁸ Cf. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Relaciones entre Derecho Penal y Derecho administrativo sancionador ¿hacia una “administrativización” del Derecho Penal o una “penalización” del derecho Administrativo sancionador? In: GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; ARROYO ZAPATERO, Luis. *Homenaje al Marino Barbero Santos in memoriam* – v. 1. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, p. 1421-1428.

⁵⁹ Como relembra *Alberto Donna*, este fenômeno é mais um dos consectários do chamado Direito Penal moderno. Sucintamente ao lado da administrativização do Direito Penal, elenca o autor argentino que resumem as consequências dessa presente configuração sistemática, a regionalização ou globalização do Direito Penal, bem como a progressiva desconstrução do paradigma liberal do Direito Penal. Cf. ALBERTO DONNA, Edgardo. La sociedad de riesgo y los delitos de peligro abstracto. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos et al (Coord.) *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I. Madrid: Edisofer, 2008, p.867.

⁶⁰ FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. Sobre a administrativização do Direito Penal na sociedade de risco: notas sobre a Política Criminal no início do século XXI. São Paulo, *Revista Liberdades*, n.7, mai./ago.2011, p. 18.

⁶¹ GUARAGNI, Fábio André. A intensificação do uso de técnicas de reenvio em Direito Penal: motivos políticos-criminais. Maringá, *Revista Jurídica*, v.12, n. 1, jan./jun.2012, p. 36.

normativa, vincula-se ao meio ambiente⁶² e à *economia*. Nesta seara, à guisa de exemplo, ilustrativo é a consagração do delito de *lavagem de capitais* (art. 1º da lei nº. 9.613/98), recentemente alterado a partir da edição da lei nº. 12.683/2012, que confere novo tratamento à incriminação que insistentemente parece prestigiar um tipo penal emancipado de um interesse digno de proteção ao menos por parte do Direito Penal⁶³.

Esse sintoma, segundo *Mendoza Buergo* é atribuído à adoção desmedida e desregrada de postulados funcionalistas radicais nos preceitos político-criminais, que propõem e admitem a substituição do conceito de *bem jurídico* pelo de *função* na abordagem da questão do objeto de proteção penal, quando se tratem de interesses supraindividuais⁶⁴. Frente a isso, divisa-se o aproveitamento da técnica dos delitos de perigo abstrato na elaboração de condutas incriminadas, de acordo com tal esquema sistemático, o que subsiste contemporaneamente na ordem jurídico-penal brasileira com a previsão do tipo de *evasão de divisas*.

É preciso declinar *de lege ferenda* a ilegitimidade da incriminação presente no art. 22 da lei nº. 7.492/86, com base na evidência de que a tipificação, em seus termos, não explicita o comprometimento de chancela, senão com a única *função* que se estabelece a partir da ordenada execução da política cambial, traduzida nas espécies de medidas estatais de planificação dirigida à realização de valores da ordem econômica, sem referência (i)mediata ao menos à periclitación de um aspecto substancial desde quadro axiológico. Para *Juarez Tavares*, a dimensão de relevo para o legislador cinde matiz, prioritariamente no controle de entrada e saída de dinheiro do país, que tem por objeto a comunicação desse ato de ingresso ou retirada, a despeito de suas repercussões na economia ou da pessoa que concretamente o realiza⁶⁵.

Não restam dúvidas, portanto, que desde essa perspectiva, a criação de delitos de perigo abstrato produz tensões com relação ao conceito material de delito e de injusto,

⁶² É o que fica evidente com incriminação presente no art. 51 da Lei 9.605/98, na qual se depara com a exacerbación da função ideológica e preventivo-integradora do Direito Penal, que apenas o transforma na *prima ratio* e/ou *solo ratio*, dado a intervenção penal prestar-se, *in casu* a encobrir o inequívoco amadorismo legislativo, que autentica uma tipologia agressiva de tutela de mera função administrativa, desconexa do pressuposto da lesão e inclusive de perigo de lesão a qualquer bem jurídico carecedor de proteção penal.

⁶³ Cf. CASTELAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 83 e ss.

⁶⁴ Cf. MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho Penal en la sociedad de riesgo*. Madrid: Civitas, 2001, p. 75.

⁶⁵ TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en Derecho Penal*. Trad. Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 62. Acertadamente, como destaca o autor essa específica função, a exemplo de outras como o controle de arrecadação tributária, não se condiciona à variável “universalidade”. Aponta que esta é indispensável à caracterização de um autêntico bem jurídico coletivo, sendo um elemento simbólico que se presta à distinção entre a simples função, que o é meramente informativa do conceito real de bem jurídico.

constituindo-se em uma problemática técnica de delimitação do punível⁶⁶. Apesar disso para compatibilizar a antecipação, as vezes necessária, da tutela penal às fases prévias à lesão com os irrenunciáveis princípios penais de garantia, bem como com os conceitos dogmáticos do moderno Direito Penal resulta especialmente oportuno e útil a formulação e aplicação de certos critérios que corroborem na reconstrução interpretativa desta categoria de crimes, auxiliando na fixação de condições apropriadas a traçar seguramente as fronteiras entre sua legitimidade e ilegitimidade.

4. Critérios de distinção entre crimes de perigo abstrato legítimos e ilegítimos

A solução para a problemática da estrutura do delito dos crimes de perigo abstrato, ora colocada, pode tornar-se possível de resolução diante da formulação de *critérios para distinguir os crimes de perigo abstrato legítimos e ilegítimos*⁶⁷, não em uma proposição global, mas sim através da construção de um quadro de crimes de perigo abstrato e apontamento dos requisitos para a validação de cada um deles.

Atualmente, mesmo diante da existência de um extenso grupo de autores que se empenha no sentido de formular grupos de perigo abstrato com seus consequentes requisitos de legitimidade, aponta-se como os mais importantes trabalhos nesta linha de pensamento as posições apresentadas e sistematizadas por *Wolfgang Wohlers* e *Roland Hefendehl*.

Wohlers corrobora o que foi aqui exposto e identifica que a melhor solução para esta vincissitude encontra-se na organização dos grupos de crimes de perigo abstrato e, por conseguinte, na proposição de elementos de legitimidade que cada um deles teria que cumprir. Desta forma, propõe, a partir da teoria diferenciadora a distinção de três espécies de crimes de perigo abstrato: (a) *delitos de ação concretamente perigosa*; (b) *delitos de acumulação*; e, por fim, (c) os *delitos de preparação*.

Os delitos de ação concretamente perigosa (*konkrete gefährlichkeitsdelikte*) seriam aqueles que proscrevem uma ação que leva o bem jurídico a uma situação de perigo não controlável pelo autor, perigosidade esta que estaria prevista tipicamente. Neste contexto, o limite da incriminação estaria na *controlabilidade* da situação. Isto é, enquanto aquela periculosidade for controlável, não há que se falar da existência do crime.

⁶⁶ MENDOZA BUERGO, Blanca. La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto. Madrid, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 9, ene.2002, p. 69.

⁶⁷ Tal solução é proposta por *Luís Greco*, em GRECO, Luís. Princípio da ofensividade, *op.cit.*, p. 126.

Já os intitulados delitos de acumulação (*kumulationsdelikt*), cuja denominação se atribui à *Lothar Kuhlen*, “chama a atenção para um particular grupo de casos em que, diferentemente dos tradicionais crimes de perigo abstrato, nem sequer uma perigosidade geral ou abstrata pode estar associada à conduta punível”⁶⁸. Sob tal metodologia de injusto incriminam-se comportamentos que individualmente considerados não colocam o bem jurídico em perigo, contudo, quando tomadas a partir da hipótese de acumulação, a saber, da prática reiterada por um grande número de pessoas, passa daí em diante o objeto jurídico à uma condição de extrema vulnerabilidade. Podem ser facilmente visualizados nos delitos ambientais⁶⁹, já que, por exemplo, a *pureza das águas* em tese não resta ameaçada com apenas uma única e isolada ação de poluição, mas com o somatório das condutas de vários agentes dirigidas ao comportamento de degradação daquele recurso natural.

Desta feita, como assevera *Mage* permanece inequívoco, nestes casos, em matéria de imputação a renúncia inclusive a um perigo abstrato para os interesses individuais. Assim, segunda a autora, basta apenas a conclusão de uma prognose futura da realização de condutas semelhantes por terceiras pessoas, cuja soma alcance poder de afetação do bem jurídico, para que esse comportamento, em si tido como insignificante, seja alvo de reprovação penal⁷⁰.

Entretando, *Wohlens* não comparte de uma visão tão drástica. Sustenta que os delitos de acumulação fundamentam-se em uma espécie de dever de participação social, por meio do qual, os sujeitos integrantes do corpo comunitário não têm seus deveres jurídicos individuais limitados ao trivial respeito do não ofender o direito alheio, mas incorpora ainda o encargo de cooperar na garantia de que cada um possa receber o que lhe é de direito, a saber, pugna por um comportamento pró-ativo dos indivíduos na conservação da higidez do interesse protegido⁷¹.

Isso posto, a legitimidade dessa classe de perigo abstrato pode perfeitamente condicionar-se, outrossim, às reais expectativas de previsões, quanto aos efeitos de reiteração plural (acumulação), da conduta desvaliosa sobre um bem jurídico de singular

⁶⁸ D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal*: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009, p. 118.

⁶⁹ Tem se mostrado favorável ao emprego da técnica dos delitos de perigo abstrato para a tutela do bem jurídico ambiental CASSOLA PEREZUTTI, Gustavo. *Medio ambiente y Derecho Penal*: un acercamiento. Buenos Aires: B de F, 2005, p. 27.

⁷⁰ Cf. MAGE, Cecilia. El bien jurídico y los delitos de peligro (con relación al medio ambiente y los daños cumulativos). Buenos Aires, *Revista de Derecho Penal*, n. 1. 2008, p. 417-418.

⁷¹ WOHLERS, Wolfgang. *Apud* REIS, Marco Antônio Santos. Uma contribuição dogmática aos delitos de perigo abstrato. Rio de Janeiro, *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v.1, n. 18. 2010, p. 16.

relevância e que impende para sua salvaguarda um dever de colaboração geral⁷². Nestes casos, a criminalização do perigo presumido apenas comporta validade nos casos em que a futura cumulação baseie-se em dados concretos, em previsões objetivas⁷³.

Por fim, os delitos de *preparação* (*Vorbereitungsdelikte*), ou também referidos como delitos de *empreendimento* (*Unternehmensdelikte*) incriminam um comportamento que estabelece as condições idôneas para a execução de um delito planejado⁷⁴ (devendo, ao menos, ultrapassar o ordinário planejamento interno⁷⁵ do feito) e, com ele, criam um perigo de que o próprio agente ou um terceiro cometam o delito no futuro.

Ensina *Gómez Martín*, que a equiparação semântica entre os dois *termos*, que designam o conteúdo dessa espécie de crimes de perigo abstrato tem sido promovida por setores tanto da doutrina alemã quanto da literatura espanhola. Segundo o autor, ambas as terminologias fazem alusão à categoria de crimes “que se caracterizam no fato de neles, a realização da conduta típica representar o início de um *iter criminis* global, cuja fase executiva teria lugar com a realização da conduta típica de outro tipo”⁷⁶ penal. Ou melhor explicando: o comportamento típico dessas incriminações constituem substancialmente em um ato preparatório de *executio* de um ciclo geral em que consistem alguns ataques contra determinados interesses jurídico-penalmente relevantes. Registra-se por tanto, nessa circunstância, ao menos em primeiro instante, que o perigo habita um estágio de planificação, existindo, pois, apenas na intenção de um atentado ulterior. Por isso se diz que comete análogo delito, o sujeito que realiza uma ação para possibilitar o fato posterior⁷⁷.

Por singularizar-se através de tais predicados é que tal classe de delitos integra, desde os anos 30 do séc. XVIII - quando se iniciaram os esforços doutrinários em torno de sua compreensão-, o conjunto dos chamados delitos *sui generis*. Todavia, destaca-se que a

⁷² Cf. MERLIN, Luiz Henrique. *Bem jurídico, estrutura do delito e antecipação do Direito Penal: novos e velhos discursos de ampliação do poder punitivo nas sociedades contemporâneas*. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2010, p. 66.

⁷³ Cf. GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 34.

⁷⁴ GARCIA DE PAZ, Maria Isabel Sanchez. *El moderno Derecho Penal y la , op.cit., p. 57.*

⁷⁵ Sobre alguns pontos em torno dos aspectos volitivos desta espécie de delitos, vide as considerações feitas por GIL GIL, Alicia. El concepto de intención en los delitos de resultado cortado: especial consideración del elemento volitivo de la intención. Madrid, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.6. 2000, p. 107 e 111.

⁷⁶ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. El delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos (art. 270, párr. 3º CP): a la vez, un estudio sobre los delitos de emprendimiento o preparación en el CP de 1995. Granada, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.4.2002, p.16:08.

⁷⁷ KINDHÄUSER, Urs. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal. Barcelona, *Revista para el Análisis del Derecho*, fev. 2009, p. 7.

preocupação mais incisiva sobre esse conceito, tal qual as implicações que dele decorre adveio somente no início do séc. XX⁷⁸.

Assim sendo, em se tratando, essa subespécie de delitos de uma das formas mais extremas de antecipação da tutela penal, só serão aceitas como legítimas diante da existência irrenunciável de justificações especiais para tanto⁷⁹.

Por outro lado, para *Hefendehl*, a questão da estrutura do delito está ligada, mormente, à espécie de bem jurídico que se intenta proteger. No caso dos delitos de lesão, a estrutura do delito não encontra muitos problemas, já que proibir o efetivo dano a um bem jurídico é o que se espera razoavelmente das normas penais incriminadoras. Caso o legislador opte, diante do mesmo bem jurídico, tipificar uma conduta de perigo, que não exija a lesão a este bem jurídico, deverão ser atendidos pressupostos de legitimidade⁸⁰ mais rígidos do que para os delitos de lesão para que proteção em tela seja considerada legítima⁸¹.

Neste contexto, faz-se necessário demonstrar a existência de um *equivalente material* para suprir a falta ou a *erosão*⁸² de uma causalidade lesiva real entre a ação e o bem jurídico protegido. Adverte ainda o catedrático de Dresden, que é justamente nessa relação que se estabelece entre objeto tutelado e a conduta arriscada o ponto no qual se deve intensificar a busca de uma precisa conexão, dado atestar tanto nas formas de perigo abstrato, quanto nas demais construções de injusto penal técnicas hábeis ao amparo dos bens jurídico coletivos.

Por derradeiro, como informa *Luís Greco* é possível, também a utilização das figuras idealizadas por *Wohlers* para efetivar a justificação de incriminações aos moldes da acumulação em delitos de corrupção⁸³. Ademais, mesmo a imputação objetiva e os seus critérios podem ser empregados como vias, consubstanciadas na lógica de criação de um risco aptas, outrossim à aferição da legitimidade de determinado juízo de tipificação e/ou adequação típica. Desta forma, se a criação do perigo não for diagnosticada desde uma

⁷⁸ GÓMEZ MARTÍN, Victor. La doctrina del “*delictum sui generis*”: ¿queda algo en pie? Granada, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.7.2005, p. 06:07.

⁷⁹ WOHLERS, Wolfgang. *Apud* GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos*, *op.cit.*,p.34.

⁸⁰ De acordo com os apontamentos de *Hassemmer*, os crimes de perigo abstrato “empobrecem” os *pressupostos de punibilidade* do delito, uma vez que o dano e a causalidade da ação não necessitam ser demonstrados. HASSEMER, Winfried. *Lineamentos*, *op.cit.*,p. 279. Com uma maior rigidez dos *pressupostos de legitimidade*, talvez poder-se-á compensar esta situação indesejável provocada pela utilização dos crimes de perigo abstrato.

⁸¹ HEFENDEHL, Roland. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Barcelona: Marcial Pons, 2007, p. 193-196.

⁸² Essa é a feliz expressão empregada por MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. Ensayo para la abolición del Derecho Penal del medio ambiente. In: ROMEO-CASABONA, Carlos-María (Dir.). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000, p. 514-515.

⁸³ Cf. GRECO, Luís. Princípio da ofensividade, *op.cit.*, p.130.

perspectiva anterior à conduta (“criação de risco *ex ante*”), a tipicidade deve ser, por conseguinte restando excluída.

5. Conclusões

O que se percebe diante da exposição que se colocou na presente análise é que a questão do carência de legitimidade da antecipação da tutela penal no âmbito dos delitos de perigo abstrato está longe de ser solucionada. Não obstante tal incompletude, as ideias de *Wohlers* e *Hefendehl* são de sumo relevo e devem, de fato, naquele setor de ingente maturidade serem postas em prática com vistas a dirimir, não por completo a ausência de uma precisão conceitual e técnica no tocante à matéria, mas acima disso possibilitar uma regulamentação mais metodologicamente coerente de determinados campos da vida social em aderência ao presente modelo de Estado.

Observou-se que as propostas apresentadas manifestam-se louváveis em seu propósito, e servem como estímulo ao obrigatório aprofundamento das pesquisas nesse domínio, constituindo, por certo, um excelente ponto de partida para a (re)construção de estratégias futuras de sofisticação técnica de elaboração tipos penais, cujo critério negativo de criminalização refira-se a interesses coletivos, a exemplo do conteúdo intrínseco a ordem econômica. De fato, a determinação cautelosa acerca dos *limites entre o perigo abstrato legítimo e ilegítimo* constitui um caminho correto e irrenunciável na solução das questões atinentes à validade desse expediente, reconhecendo-se não ser razoável anatematizá-lo por todo, sem qualquer exame mais analítico.

Sugere-se, destarte, um destaque mais incisivo da discussão acerca dos delitos de perigo abstrato para além exclusivamente de sua simples adequação ao princípio da ofensividade, e das conseqüentes controvérsias acerca da possibilidade de tutela de bens jurídicos coletivos, inerentes também ao Direito Penal econômico. Recomenda-se uma maior atenção, igualmente, na construção de grupos restritos de crimes de perigo abstrato admissíveis no âmbito de um Estado democrático de direito e, também, na proposição de critérios concretos que corroborem na identificação daquelas categorias que sejam ilegítimas.

REFERÊNCIAS

- ALBERTO DONNA, Edgardo. La sociedad de riesgo y los delitos de peligro abstracto. In: GARCÍA VALDÉS, Carlos et al (Coord.). *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*. Tomo I. Madrid: Edisofer, 2008.
- ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho y riesgo. Buenos Aires, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguro*, v. 8, oct./dic, 1995.
- BAIGÚN, David. *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*. Buenos Aires: B de F, 2007.
- BECK, Ulrich. La sociedade del riesgo: hacia una nueva modernidade. Trad. Daniel Jiménez, Jorge Navarro e Maria Rosa Rorrás. Barcelona: Paidós, 1998.
- CALLEGARI, André Luís; ANDRADE, Roberta Lofrano. Sociedade de risco e Direito Penal. In: CALLEGARI, André Luís (org.). *Direito Penal e globalização: sociedade de risco, imigração irregular e justiça restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- CARO CORIA, Dino Carlos. Sociedades de riesgos, bienes jurídicos colectivos y reglas concursales para la determinación de la pena en los delitos de peligro con verificación de resultado lesivo. Lima, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n. 9, año 5, 1999.
- CASSOLA PEREZUTTI, Gustavo. *Medio ambiente y Derecho Penal: un acercamiento*. Buenos Aires: B de F, 2005.
- CASTELAR, João Carlos. *Lavagem de dinheiro: a questão do bem jurídico*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- CEREZO MIR, José. Los Delitos de Peligro Abstracto en el Ámbito del Derecho Penal del Riesgo. Madrid, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.10, jul. 2002.
- CERVINI, Raúl. Macrocriminalidad económica contemporánea: nuevas reflexiones sobre aspectos conceptuales y metodológicos. Madrid, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.14, 2004.
- COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. Algunas cuestiones sobre el injusto típico en los delitos de peligro. Buenos Aires, *Revista de Derecho Penal*, n.2. 2007.
- 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.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal PG: tomo I – questões fundamentais a doutrina geral do crime*. São Paulo/Coimbra: RT/Coimbra, 2007.
- FEIJÓO SANCHEZ, Bernardo. Seguridad colectiva y peligro abstracto: sobre la normativización del peligro. In: JORGE BARREIRO, Agustín (org.). *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Madrid: Civitas, 2005.
- _____. Sobre a administrativização do Direito Penal na sociedade de risco: notas sobre a Política Criminal no início do século XXI. São Paulo, *Revista Liberdades*, n.7, mai./ago.2011.
- FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalização dos poderosos. São Paulo, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 31, ano 8, jul./set.2000.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Sociología sistemática y política legislativa. In. Teoría de sistemas y Derecho Penal: fundamentos y posibilidad de aplicación. Lima: Ara, 2007.
- GARCÍA CAVERO, Percy. *Los delitos contra la competencia*. Lima: Ara, 2004.
- GARCÍA DE PAZ, María Isabel Sánchez. *El moderno Derecho Penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1999.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

- GIL GIL, Alicia. El concepto de intención en los delitos de resultado cortado: especial consideración del elemento volitivo de la intención. Madrid, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.6. 2000.
- GIUDICELLI-DELAGE, Geneviève. *Droit Pénal des affaires en Europe: Allemagne, Angleterre, Espagne, France, Italie*. Paris: Dalloz, 2006.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor. El delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos (art. 270, párr. 3º CP): a la vez, un estudio sobre los delitos de emprendimiento o preparación en el CP de 1995. Granada, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. n.4.2002.
- _____. La doctrina del “*delictum sui generis*”: ¿queda algo en pie? Granada, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.7.2005.
- GRACIA MARTÍN, Luis. ¿Qué es modernización del Derecho Penal? In: *Estudios de Derecho Penal*: Lima: Idemsa, 2004.
- _____. Contribución al esclarecimiento de los fundamentos de legitimidad de la protección de bienes jurídicos colectivos por el Estado social y democrático de derecho. Lima, *Revista Peruana de Ciencias Penales*, n.24, 2012.
- _____. Criminalidad de la globalización y Derecho Penal. In: ROMEO CASABONA, Carlos-María. (Dir.). *Biocronología, desarrollo y justicia*. Granada: Comares, 2008.
- _____. *La polémica en torno a la legitimidad del Derecho Penal moderno*. México: Ubijus, 2011.
- _____. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Trad. Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.
- GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas de delito. São Paulo, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.12, n.49, jul./ago. 2004.
- _____. *Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GUARAGNI, Fábio André. A intensificação do uso de técnicas de reenvio em Direito Penal: motivos políticos-criminais. Maringá, *Revista Jurídica*, v.12, n. 1, jan./jun.2012.
- HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do Direito Penal. São Paulo, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.22, ano 6, abri./jun.1998.
- _____. Lineamientos de una teoría personal del bien jurídico. Trad. Patricia S. Ziffer. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. 12, abri./set.1989.
- HEFENDEHL, Roland. ¿Debe ocuparse el Derecho Penal de riesgos futuros? bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto. Granada, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, v.4, n.14, 2002.
- _____. *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?* Barcelona: Marcial Pons, 2007.
- KINDHÄUSER, Urs. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho Penal. Barcelona, *Revista para el Análisis del Derecho*, fev. 2009.
- LOPEZ-REY, Manuel. Algunas reflexiones sobre el peligro de la noción de peligrosidad. Madrid, *Cuadernos de Política Criminal*, n. 19, 1983.
- MAGE, Cecilia. El bien jurídico y los delitos de peligro (con relación al medio ambiente y los daños cumulativos). Buenos Aires, *Revista de Derecho Penal*, n. 1. 2008.
- MEJÍAS RODRÍGUEZ, Carlos Alberto. La responsabilidad penal y colateral de las personas naturales en las estructuras organizadas. Lima, *Revista Jurídica del Perú*, t.134, abr.2012.

- MENDOZA BUERGO, Blanca. *El Derecho Penal en la sociedad de riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.
- _____. La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto. Madrid, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 9, ene.2002.
- MERLIN, Luiz Henrique. *Bem jurídico, estrutura do delito e antecipação do Direito Penal: novos e velhos discursos de ampliação do poder punitivo nas sociedades contemporâneas*. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Curitiba, 2010.
- MÜLLER-TUCKFELD, Jens Christian. Ensayo para la abolición del Derecho Penal del medio ambiente. In: ROMEO-CASABONA, Carlos-María (Dir.). *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Comares, 2000.
- NOVOA MONREAL, Eduardo. *O direito como obstáculo à transformação social*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. São Paulo: RT, 2011.
- REIS, Marco Antônio Santos. Uma contribuição dogmática aos delitos de perigo abstrato. Rio de Janeiro, *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v.1, n. 18. 2010.
- ROMERO, Diego. Reflexões sobre os crimes de perigo abstrato. *Revista IOB: Direito Penal e Processo Penal*, n.39, ano.7, ago./set.2006.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal PG: Tomo I*. Madrid: Civitas, 1997.
- _____. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. 2. ed. Lisboa: Vega, 1993.
- SCHÜNEMANN, Bernd. La estructura de los delitos de peligro (los delitos de peligro abstracto y abstracto-concreto como modelo del Derecho Penal económico moderno). Trad. Irene Molina. In: *Cuestiones actuales del sistema penal: crisis y desafíos*. Lima: Ara, 2008.
- SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón. Respuesta Penal al Crimen Organizado en el Código Penal Español. In: PRADO, Luiz Regis (org.). *Direito Penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Dr. José Cerezo Mir*. São Paulo, 2007.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2.ed. Madrid: Civitas, 2001.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal econômico como Direito Penal de perigo*. São Paulo: RT, 2006.
- SOUZA, Luciano Anderson de. *Expansão do Direito Penal e globalização*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.
- STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- _____. *Bien jurídico y función en Derecho Penal*. Trad. Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a. Peligro abstracto y garantías penales. In: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; MORALES PRATS, Fermín. (Coor.). *El nuevo Derecho Penal español: estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona: Aranzadi, 2001.
- TIEDEMANN, Klaus. *Derecho Penal y nuevas formas de criminalidad*. Trad. Manuel Abanto Vásquez. San José: Grijley, 2007.
- _____. *Derecho Penal económico: introducción y parte general*. Trad. Hector Hernandez Basualto. San José: Grijley, 2009.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal PG*. Trad. Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Depalma, 1956.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Relaciones entre Derecho Penal y Derecho administrativo sancionador ¿hacia una “administrativización” del Derecho Penal o una “penalización” del derecho Administrativo sancionador? In: GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio Berdugo; ARROYO ZAPATERO, Luis. *Homenaje al Marino Barbero Santos in memoriam* – v. 1. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2001.