

# O LUGAR DO PERIGO NA DOGMÁTICA PENAL CONTEMPORÂNEA E A LIMITAÇÃO DO PODER PUNITIVO REFERENTE AOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Luís Gustavo Durigon<sup>1</sup>

Raquel Souto<sup>2</sup>

**Resumo:** Este artigo tem por finalidade diagnosticar o lugar do perigo na dogmática penal contemporânea em relação aos crimes de perigo abstrato, ressaltando a importância do princípio da ofensividade como instrumento crítico de contenção do poder punitivo.

**Riasunto:** Questo articolo si propone di diagnosticare il luogo di pericolo in reati dogmatiche contemporanea in relazione al pericolo astratto, sottolineando l'importanza del principio di offensività come strumento critico di contenimento del potere di punire.

**Palavras-chave:** ofensividade - perigo - contemporaneidade

**Parola-chiave:** offensività - pericolo - contemporaneità

## INTRODUÇÃO:

O presente artigo tem por finalidade realizar uma releitura do *perigo* na dogmática penal contemporânea e do crime de perigo abstrato, buscando identificar os limites materiais do direito penal em relação a esta espécie delitiva. Tais limites são pretendidos a partir de uma aproximação com o princípio da *ofensividade* em uma perspectiva crítica-garantista, tem em vista a sua potencialidade como princípio delimitador de atuação da máquina estatal penal punitiva.

É preciso dizer, nestas breves linhas introdutórias, que em tempos de globalização e sociedade de risco, calcada no paradigma da incerteza, é extremamente pertinente uma *revisitação* da dogmática penal, no sentido de melhor aparelhá-la para encarar as demandas deste novo cenário social, recheada de riscos, incertezas e complexidades.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Ciências Criminais pela PUC/RS. Mestre em Direito pela URI/SAN. Especialista em Ciências Criminais pela UFRGS. Professor de Direito Penal e Processo Penal da UNICRUZ. Advogado.

<sup>2</sup> Mestre em Desenvolvimento pela UNIJUÍ. Especialista em Direito Constitucional pela UNIFRA. Professora de Direito Constitucional e Ciência Política da UNICRUZ. Advogada.

Para tanto, partimos já com um passo a frente, tendo em vista que temos presente a concepção *material de crime* fundado no *ilícito-típico*, como ofensa a bens jurídicos penais, concepção esta interessada em desvendar o *desvalor do resultado*, ultrapassando-se, pois, a concepção finalista de Hans Welzel<sup>3</sup>, interessada tão somente no *desvalor da ação*.

Isso significa que, ao invés da tipicidade ser o primeiro elemento a ser analisado, nos interessa, inicialmente, a análise da *ilicitude* - elevada a categoria central - em uma verdadeira inversão da observação dogmática que implica, desde logo, apontar para algumas variações outras, tais como a necessidade de se pensar o *resultado efetivo do evento delituoso* como (i) legitimador da atuação estatal penal, notadamente nos aspectos relacionados aos crimes de perigo.

Sendo assim, torna-se pertinente e necessário estabelecerem-se limites ao momento de análise do *ilícito-típico*, limites estes que podem ser encontrados na *ofensividade* em uma perspectiva *crítica e constitucional*, como um verdadeiro instrumento de contenção do poder punitivo referente aos delitos de perigo abstrato.

## **2. O LUGAR DO PERIGO NA DOGMÁTICA PENAL CONTEMPORÂNEA:**

Falar em *perigo* significa, de igual sorte, falar em *cuidado*, tendo em vista a unidade indissociável da relação cuidado-de-perigo. Buscando suas manifestações remotas, é possível dizer que na antiga literatura romana o *cuidado* era traduzido pela expressão latina *cura* que significa *atenção, interesse*. Virgílio (poeta romano) entendeu a *cura* como *fardo*, ao passo que Sêneca, de tradição Estóica, ao contrário, entendeu a *cura* como algo que eleva o ser humano ao nível dos Deuses, tendo em vista a presença

---

<sup>3</sup> Isso não significa, naturalmente, que estejamos a “colocar fora o bebê juntamente com a água do banho”, tendo em vista que não ignoramos a significativa contribuição de Welzel para o aprimoramento da dogmática penal do século XX. Afinal, como refere D’ávila, “somente através da união de ambos, *desvalor da ação* e *desvalor do resultado* é que o ilícito pode ser apreendido em toda a sua complexidade”. D’ávila. Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. p. 44.

da *sollicitudo* (solicitude). Essa dupla perspectiva do cuidado atravessou o mundo antigo.<sup>4</sup>

Já no cristianismo, o cuidado está voltado à *cura* das almas (*cura animarum*), através dos estudos de diversas escolas de espiritualidade cristã, com nítida preocupação com a experiência espiritual e com a *cura* interior do outro.<sup>5</sup>

Pode-se dizer que em Goethe (na obra Fausto<sup>6</sup>), aparece a visão romântica e existencialista do cuidado, através de uma dupla face calcada na *ansiedade/peso* e na *solicitude*<sup>7</sup>.

E finalmente, em Martin Heidegger (1988), autor que efetivamente interessa ao presente estudo, o *cuidado*<sup>8</sup> passa a receber uma fundamentação *antropológica*, como um verdadeiro ponto central do seu sistema filosófico, ao interpretá-lo como um modo do *ser-aí* (*Dasein*), recebendo, pois, o estado de categoria *ontológica*.

É justamente neste ponto que o direito penal - numa relação não meramente interdisciplinar, mas, sim, transdisciplinar<sup>9</sup> - permite um alargamento, um aprofundamento da compreensão da realidade posta. No direito penal contemporâneo o *lugar do perigo*<sup>10</sup> vem demarcado, conforme já se pode perceber, pela *filosofia*

---

<sup>4</sup> JUNGES, José Roque. *Ética do cuidado. Dicionário de Filosofia do Direito*. Coord: Vicente de Paulo Barreto. p. 175.

<sup>5</sup> JUNGES, José Roque. *Ética do cuidado. Dicionário de Filosofia do Direito*. Coord: Vicente de Paulo Barreto. p. 175.

<sup>6</sup> Citada no capítulo 9º da obra de Faria Costa denominada o perigo em direito penal.

<sup>7</sup> JUNGES, José Roque. *Ética do cuidado. Dicionário de Filosofia do Direito*. Coord: Vicente de Paulo Barreto. p. 175.

<sup>8</sup> O *cuidado* também se relaciona com a *ética* e o *direito*. A *ética* do cuidado está inserida no paradigma da virtude do comportamento humano, sendo o cuidado um traço do caráter da pessoa situado em sua particularidade e fragilidade, numa teia de relações. Já em relação ao *direito*, também é possível dizer que o cuidado encontra ressonância jurídica, pois se o mesmo é uma dimensão necessária da ética, também encontra no direito o seu complemento, notadamente no paradigma *relacional* que tem como ponto de partida a responsabilidade e a simetria das inter-relações na construção da justiça. Ver neste sentido. JUNGES, José Roque. *Ética do cuidado. Dicionário de Filosofia do Direito*. Coord: Vicente de Paulo Barreto. p. 181.

<sup>9</sup> (...) a transdisciplinaridade implica um alargar as fronteiras, ou ultrapassar as fronteiras impostas pelas disciplinas, visando um alargamento da compreensão da realidade, uma renovação do pensamento, do espírito, da consciência e da cultura, que permite uma reaproximação dos homens de si mesmo, uns dos outros e da natureza. Difere da multidisciplinaridade, que significa a confluência de múltiplas disciplinas para a compreensão de um mesmo fenômeno, e da interdisciplinaridade, que significa a troca de informações e de conhecimentos e a transferência de métodos entre disciplinas, possibilitando um alargamento e flexibilização de conhecimentos. Podemos arriscar ver nela uma mediação para a transdisciplinaridade. Ver neste sentido. AUGUSTO DE SÁ, Alvinio. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. p. 178.

<sup>10</sup> A introdução do perigo como categorial social dá-se a partir da 1º Revolução Industrial, que aos poucos vai tomando conta do universo das complexas relações sociais, até o ponto de chegarmos a ter perigo de toda a ordem, notadamente do *risco* da própria sobrevivência da raça humana. Não por acaso Faria Costa

*heideggeriana*<sup>11</sup> e nos significativos contributos da relação *onto-antropológica de cuidado-de-perigo* de Faria Costa.

Pode-se dizer que sob a perspectiva dogmática-penal, como refere Faria Costa, que o perigo constitui um *conceito normativo*, porém, com elementos de matriz *ontológica*, ou melhor, nas palavras do autor português<sup>12</sup>:

O perigo é uma categoria do pensamento jurídico-penal que se perfila em termos dogmáticos como um *conceito normativo*. Por outras palavras: como conceito de elaboração através da dimensão axiológica que perpassa o direito penal. Porém, uma tal caracterização dogmática não invalida que o perigo se apresente como *matriz ontológica de todo o viver comunitário*, logo, de qualquer *comunidade jurídica*.

Essa relação de cuidado-de-perigo, interroga sobre o sentido do *ser*<sup>13</sup> e sua relação com o *cuidado*. A concepção do homem estar-no-mundo exige, naturalmente, uma relação de *cuidado*, *cuidado para consigo* e *cuidado para com o outro*, numa difundida rede de inter-relações, dimensão aonde o cuidado adquire *sentido*.<sup>14</sup> Nesta linha de ideias, sublinhe-se, mais uma vez, as palavras de Faria Costa<sup>15</sup>:

(...) a noção onto-antropológica do cuidado-de-perigo é o elemento que nos pode trazer, simultaneamente, o cimento agregador e a transparência analítica, para melhor compreendermos um ponto axial de todo o direito penal. Salientemos, por outro lado, mas de forma particularmente impressiva,

---

afirma que *a máquina, produtora da técnica, é, na sua nudez, um elemento potenciador de perigos*. FARIA COSTA, José Francisco. *O perigo em direito penal*. p. 343.

<sup>11</sup> Salientamos, brevemente, a fábula de Hígino, de Heidegger, ao dizer que o cuidado foi o primeiro a formar o homem como categorial existencial. Assertiva que se reflete e interessa do direito penal.

<sup>12</sup> FARIA COSTA, José Francisco. *O perigo em direito penal*. p. 346.

<sup>13</sup> A analítica existencial de *Ser e Tempo* tem por finalidade a procura do sentido do ser, como caminho, o método fenomenológico, e por ponto de partida a interpretação da facticidade do ser-aí. Hermenêutica assume em *Ser e Tempo* um sentido mais radical e bem específico, em confronto com as preocupações hermenêuticas da época. Ela não é nem o método, nem a arte da interpretação nem a própria interpretação, mas é radicalmente a tentativa de fundar a interpretação no hermenêutico, isto é, buscar suas raízes no próprio homem, no ser-aí, enquanto sua situação é hermenêutica, enquanto ele se movimenta no círculo hermenêutico, enquanto é o ente que compreende o ser. O homem só interpreta, porque desde sempre já compreende de algum modo. A vida já sempre se compreende de algum modo a si mesma. A fenomenologia analisa o ser-aí que compreende o ser e, assim, se transforma em fenomenologia hermenêutica. *O ser-aí é analisado em sua existência fática e*, por isso, emerge a analítica existencial. Fenomenologia hermenêutica é analítica existencial. Ver neste sentido. STEIN, Ernildo. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*, p. 59.

<sup>14</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.70.

<sup>15</sup> FARIA COSTA, José Francisco. *O perigo em direito penal*. p. 382.

que *é o cuidado para com o outro que nos responsabiliza*, porque só também por esse acto o meu cuidado tem sentido quando se vira sobre si mesmo. Porém, é indiscutível que o eu, ao virar-se sobre si, pressupõe a abertura ao outro, logo, um desligar originário para com o ser. Nervura onto-antropológica que determina que, quando se verificam os actos conducentes à prática de uma infração, por exemplo, homicídio, o cuidado na sua dupla veste (cuidado para com os outros e cuidado para consigo mesmo) é intencionalmente subvertido na sua mais acabada antítese(...) Em termos de relação onto-antropológica – continuando a servir-nos do exemplo anterior -, *é ao matar-se outrem que se destrói não só a relação de cuidado que o agente devia ter para com a vítima (o outro), como destruídas ficam para sempre as relações de cuidado dos outros para com a vítima, como também as relações que a partir dela desapontariam para com os outros*. Empobreceu-se, por consequência e de maneira irremediável, a relação comunicativa profunda, destruiu-se, assim, uma particular relação onto-antropológica.

Situada a relação de cuidado-de-perigo é possível concluir, com D`avila<sup>16</sup> a ressonância de tal categoria para o ilícito penal, ao aduzir que:

É justamente na prejudicial oscilação dessa teia de cuidados e, portanto, na prejudicial oscilação da relação matricial onto-antropológica de cuidado-de-perigo que o direito penal, através dos signos que lhe são próprios, irá buscar os elementos informadores de seu núcleo fundamental, o ilícito. O ilícito, em tal horizonte compreensivo, nada mais é que a expressão jurídico-penal da desvaliosa oscilação da tensão originária da relação onto-antropológica de cuidado-de-perigo. Não obviamente qualquer oscilação, mas apenas aquela que, aos olhos da comunidade historicamente situada, é tida por insuportável.

Conforme se percebe, é justamente nessa unidade entre o *cuidado* e o *perigo* que se encontra o fundamento ontológico do direito penal. É somente devido ao *perigo* que o *cuidado* encontra sua razão de ser, por isso a denominação *cuidado-de-perigo*, a partir do que o direito penal deverá buscar os elementos informadores do ilícito.

Uma vez traçado o lugar do *perigo* na dogmática penal contemporânea, é possível avançarmos para a análise e problemática de algumas variantes dos crimes de *perigo abstrato*.

---

<sup>16</sup> D`AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. p.49/50.

### 3. OXIGENANDO A DOGMÁTICA PENAL EM RELAÇÃO AOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO:

As normas penais incriminadoras dos crimes de perigo difundiram-se em muito nas últimas décadas não só no campo do direito penal secundário (econômico e ambiental), mas também nos delitos de trânsito. Na legislação estrangeira por exemplo, conforme pontua Hirsch, pode-se constatar a presença dos crimes de perigo em diversos dispositivos do Código Penal Alemão, bem como no artigo 1º (*fraude de subvenciones*) do chamado *Corpus Iuris* da União Européia, com a finalidade de defender os interesses econômicos dos Estados Membros<sup>17</sup>.

Registrada esta consideração inicial, é preciso dizer ainda que no presente estudo não estamos orientados pura e simplesmente pela dogmática penal tradicional no que tange aos crimes de perigo<sup>18</sup>. Estamos sim, orientados por outro marco teórico, ofensas decorrentes do resultado da ponderação entre o *princípio da ofensividade* e o *princípio da intervenção penal necessária*<sup>19</sup>, consubstanciadas no *dano/violação* e no *perigo/violação*, na modalidade cuidado-de-perigo aduzida no item anterior.

A ideia da ofensa nos crimes de perigo, utilizando-se da categoria do *real-construído* de Faria Costa, coloca o *bem jurídico* – *concebido como a expressão de um interesse da pessoa ou da comunidade, na manutenção de um certo estado, objeto ou bem socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como desvalioso para o direito penal*<sup>20</sup> - no centro da questão, sendo que no seu entorno transitam diferentes e variadas formas de ofensa, o que pode ser denominado como técnicas de *Vorfeldschutz*<sup>21</sup>, ou seja, a *proteção de espaços prévios à efetiva afetação do bem jurídico*, capaz de expressar um conteúdo de desvalor autônomo do resultado<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> HIRSCH, Joachim. *Sistemática e límites de los delitos de perigo*. p.1.

<sup>18</sup> Segundo a dogmática penal tradicional, quanto ao *resultado*, os crimes de *dano* somente se consumam com a lesão ao bem jurídico; ao passo que nos crimes de *perigo* o delito se consuma com o simples perigo criado para o bem jurídico, ora sendo *concreto*, oportunidade em que o perigo deve ser comprovado, ora sendo meramente *abstrato*, ou seja, aquele perigo presumido pela norma.

<sup>19</sup> D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. p. 89.

<sup>20</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I*, p.308.

<sup>21</sup> D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. p. 90.

<sup>22</sup> Quanto mais se afasta do bem jurídico, mas se tem problemas de legitimação.

Desde logo, é importante frisar que a aceitação dos crimes de perigo não representa, de forma alguma, a defesa de um direito penal eminentemente preventivo (Estado-prevenção). Isto porque, se o crime de perigo deve ser capaz de expressar um conteúdo de desvalor autônomo, não pode ser confundido com atuações estatais penais meramente preventivas, sem qualquer preocupação com a forma de ofensa.

Embora possa admitir que os crimes de perigo tenha um cunho preventivo, assim como os demais delitos, a sua prevenção está limitada na exata medida da sua proibição<sup>23</sup>. Nada além disso. Isto porque, a criminalização de condutas *por-em-perigo*, em nada altera o contexto penal em termos de *prevenção*. Ela tem a mesma medida se tivessem sido criminalizadas condutas calcadas na forma de ofensa *dano/violação*<sup>24</sup>, havendo aumento, tão somente, da *punibilidade*. Não há, pois, através da mera noção de prevenção<sup>25</sup> dos crimes de perigo, que se falar em antecipação da tutela penal, mas, sim, *em um novo ponto de tutela* representado pelo desvalor da ofensa de cuidado-de-perigo<sup>26</sup>.

Neste sentido, cabe sublinhar o pensamento de D`avila<sup>27</sup>, ao apontar os crimes de perigo *também* como fatos típicos ofensivos a bens jurídicos, espaço este não só restrito a modalidade de ofensa calcada no dano/violação, ao aduzir que:

os crimes de perigo são possuidores de um autêntico desvalor do resultado e, por isso, traduzem fatos, em si mesmos ofensivos a bens jurídicos. O desvalor do resultado não se encontra deslocado em um ponto futuro, consistente em um provável dano/violação cuja elaboração da norma de perigo intencionaria evitar, mas em uma situação atual, *já em si mesma dotada de desvalor* – e que, diga-se, apenas nos precisos limites que o seu desvalor comporta, é capaz de viabilizar qualquer inteligir acerca de sua capacidade de prevenção criminal.

---

<sup>23</sup> FARIA COSTA, José Francisco. *O perigo em direito penal*. p. 575.

<sup>24</sup> FARIA COSTA, José Francisco. *O perigo em direito penal*. p. 575.

<sup>25</sup> Segundo aponta D`avila, o artigo 707 do Código Penal Italiano (posse injustificada de chaves adulteradas ou de gazuas) constitui um exemplo da figura típica genuinamente *preventiva*, sem qualquer elemento de ofensividade. Talvez o mesmo possa ser dito em relação ao artigo 32 da Lei de Contravenções Penais (Art. 32 *Dirigir sem a devida habilitação, veículo na via pública, ou embarcação a motor em águas públicas*).

<sup>26</sup> D`AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 95.

<sup>27</sup> D`AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 96.

Assim, já é possível avançar para dizer que o desvalor do resultado nos crimes de perigo deve ser *identificado* através de dois elementos fundamentais a saber: a *probabilidade* de ocorrência do resultado e o caráter *desvalioso* do mesmo, como bem refere Faria Costa<sup>28</sup>.

O primeiro pilar essencial que nos permite a correta compreensão do perigo (probabilidade)<sup>29-30</sup> deve ser interpretado juntamente com a ideia de *variação/graduação*, com a finalidade de se tornar um fenômeno controlável também no mundo da dogmática penal, notadamente através das regras de *experiência* aplicada a contextualidade dos fatos,<sup>31</sup> a partir do que é possível diagnosticar ou não o efetivo *desvalor do resultado*<sup>32</sup>.

Ainda dentro da necessidade de se estabelecer critérios para a identificação dos crimes de perigo, é importante registrar que se deve partir da ideia de um perigo localizado no *passado/presente*, visualizado, pois, pela lupa do *tempo*<sup>33</sup>.

Assim, conforme já foi demonstrado, o intérprete deve-se mover a partir das regras de experiência (posição ético-social de homem avisado) e sobre o conteúdo e intencionalidade destas mesmas regras, a fim de individualizar a situação jurídico-penalmente perigosa, análise esta que deve ser realizada em uma perspectiva *ex ante* e *ex post*.<sup>34</sup>

Situada estas questões, é possível partirmos para o estudo específico dos *crimes de perigo abstrato*, que tradicionalmente concebe o perigo não como elemento do tipo, mas, sim, como *motivo da proibição*, que pune a conduta do agente independentemente

---

<sup>28</sup> FARIA COSTA, José Francisco. *O perigo em direito penal*. p. 585.

<sup>29</sup> Como forma de melhor explicar este tópico, vale referir (até porque constitui nosso referencial), o exemplo citado por Faria Costa referente ao *atirador de facas* que trabalha no circo. Toda a noite está a atirar facas em direção ao seu alvo alocado juntamente com um colega de trabalho. Independente do resultado danoso, *sempre é produzido um resultado de perigo*. Mas é possível produzir uma *graduação* deste fato perigoso. Assim, a intensidade do perigo decresce na razão direta do afastamento que as facas atinjam relativamente ao centro do alvo. Se a intenção é cravar a faca no extremo do alvo, o perigo é menor do que a intenção de cravar junto ao corpo de seu colega de profissão, havendo nítida *graduação* do perigo.

<sup>30</sup> Vale referir também o critério da *aleatoriedade* igual a zero e o seu limite máximo igual a 100, variação dentro da qual é possível identificar o perigo, bem como a orientação da *jurisprudência alemã*, que busca um critério de *racionalidade mínima*, no sentido de que somente se identifica o perigo quando a produção do resultado desvalioso é mais provável que a sua não produção. De igual sorte, salienta-se o critério da necessidade de transportar a barreira da *metade das probabilidades* (crítica à jurisprudência alemã).

<sup>31</sup> FARIA COSTA, José Francisco. *O perigo em direito penal*. p. 591.

<sup>32</sup> Desvalor do resultado que é impossível de ser alcançado em meros atos preparatórios.

<sup>33</sup> FARIA COSTA, José Francisco. *O perigo em direito penal*. p. 609.

<sup>34</sup> FARIA COSTA, José Francisco. *O perigo em direito penal*. p. 615.



de ter criado um perigo efetivo para o bem jurídico<sup>35</sup>, podendo ser citado como exemplo, a condução de veículo automotor em estado de embriaguez.

Segundo Binding, os *crimes de perigo abstrato* são descrições de condutas perigosas calcadas em uma presunção absoluta (*jure et de jure*) atribuída pelo legislador, concepção esta que se aproxima aos crimes de *mera desobediência*<sup>36</sup>, de ampla criminalização, independentemente da análise do ilícito-típico, ou melhor, de qualquer referência a cerca da ofensividade.

A partir desta concepção do perigo abstrato, seria possível questionar a constitucionalidade de tais tipos penais, que concebido desta forma, coloca em risco o princípio da *legalidade* e da própria *culpa*<sup>37</sup>, propondo, por conseguinte, um afastamento geral de tais condutas incriminadoras do âmbito da dogmática penal.

Entretanto, preferimos tomar caminho diverso, pois já estamos convencidos de que, na contemporaneidade, os delitos de perigo abstrato são marcas de um novo direito penal na sociedade de risco, razão pela qual estamos interessados em buscar caminhos dogmáticos que permitam uma resolução não cartesiana de mera constatação de (in)constitucionalidade. Em outras palavras, estamos em busca de critérios, limites e delimitações, capazes de dar legitimidade aos crimes de perigo abstrato, em um espaço concretamente circunstanciado, tarefa esta bem mais complexa e que está a exigir novos aportes, aptos a oxigenar a dogmática penal brasileira.

Tendo em vista que os crimes de perigo abstrato<sup>38</sup> desafiam a dogmática penal, tais delitos merecem nossa total atenção, tendo em vista o aparente alargamento do espaço da punitividade e uma substancial carga de indeterminação<sup>39</sup>. Surge, pois, uma indagação central, dentre outras que pretendemos realizar neste breve artigo: qual o

---

<sup>35</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I*, p. 309.

<sup>36</sup> D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. p. 103.

<sup>37</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I*, p. 309.

<sup>38</sup> As demais tentativas teóricas que buscaram reconstruir o ilícito-típico de perigo abstrato tais como *perigo abstrato com presunção relativa de perigo* – Schröder – *perigo abstrato como probabilidade de perigo concreto* – Cramer – *perigo abstrato como negligência sem resultado* – Horn, Brehm, Schünemann e Roxin; *perigo abstrato como resultado que se manifesta no risco de lesão aos bens jurídicos* Wolter, Martin e *perigo abstrato como perigosidade* - Gallas, Giusino, Meyer, Hirsch, Zieschang, Mendonza Buergo, não serão tratadas neste artigo, pois estamos interessados, neste momento, mais especificamente na tese doutoral de D'Avila e dos elementos identificadores da sua concepção de perigo abstrato.

<sup>39</sup> FARIA COSTA, José Francisco. *O perigo em direito penal*. p. 592.

conteúdo material e a legitimidade penal-constitucional dos crimes de *perigo abstrato* no ordenamento jurídico penal brasileiro contemporâneo?

A busca do critério material dos crimes de perigo abstrato, naturalmente, é diversa dos crimes de perigo concreto. Para os crimes de perigo abstrato, não é necessário à presença de um concreto bem jurídico na relação de perigosidade, ou seja, *não se exige que o bem jurídico esteja alinhado com o raio de ação do perigo*<sup>40</sup>, bastando, a mera *interferência*, eis que se busca proteger a dimensão dinâmica do bem jurídico, através da ampliação da tutela penal.

Isto implica na desnecessidade de apontamento de um juízo duplo de verificação, bastando, portanto, a análise *ex ante*, suficiente para observar a probabilidade do dano<sup>41</sup> através de um processo positivo de análise calcada na *possibilidade* de dano ao bem jurídico.

Aliado a isto, em busca da concretude do limite material, deve ser agregado um critério *negativo* através da noção de *não-significância* a ser verificada através de uma contextualização fática.<sup>42</sup> Tudo isto deve ser considerado pelo magistrado, de forma a observar todas as variantes do caso concreto. E mais, deveria pautar, inclusive, a atuação do órgão acusatório quando do oferecimento da denúncia, eis que cabe a ele o ônus probatório, sob pena de indevida inversão do ônus da prova e consequente violação do princípio da presunção da inocência.

A estas alturas, procurando problematizar a questão e fomentar o debate, é interessante realizar algumas reflexões sobre o que foi esboçado até aqui:

Primeira: se bem compreendido foram as técnicas de *Vorfeldschutz*, que extensão alcançam os espaços prévios de proteção ao bem jurídico, para se saber a partir de que fronteira é possível encontrar o caráter autônomo do desvalor do resultado?

Segunda: em uma sociedade marcada pela complexidade e tendo como paradigma epistemológico a incerteza, o critério da probabilidade *ex ante* efetivamente permite o desvendar de *todas* as formas de manifestação do perigo (numa relação de

---

<sup>40</sup> D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios: contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. p. 108.

<sup>41</sup> D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. p.111.

<sup>42</sup> D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade em Direito Penal. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. p.113.

cuidado-de-perigo) a ponto de eliminar por completo a indeterminação dos crimes de perigo abstrato e contribuir para a formação do ilícito-típico, sobretudo no aspecto relacionado à legalidade ?

Terceira: do que difere a posição *ético social do homem avisado*, da conceituação do *homem médio* concebida tradicionalmente?

Se alguma pertinência tem estas indagações, a primeira resposta a ser construída parte do já conhecido “ditado” *não há soluções simples para problemas complexos*. Sem dúvida, é desse marco epistemológico que estamos situados ao falar dos delitos de perigo abstrato. Não pretendemos encontrar uma resposta pronta para todas as questões. Mas já nos parece claro que a *ofensividade* pode contribuir significativamente para estas reflexões. A delimitação das zonas prévias ao bem jurídico aonde a ofensa também se manifesta, obviamente que não se dá através de um processo matemático ou com a simples “medição a ser realizada através de uma trena”<sup>43</sup>, sendo, pois, indispensável a tarefa do jurista/hermeneuta. Daí porque a importância de se ter um fundamento filosófico como apontado nos tópicos iniciais para aparelhar a dogmática que, sozinha, talvez não consiga dar as respostas adequadas para questões desta natureza. O delinear da correta medida das zonas prévias de proteção do bem jurídico talvez seja possível tão somente *a partir da identificação do exato momento em que houve uma ofensa na forma de cuidado-de-perigo (duração)*, jogando para fora de seu eixo de extensão todos os demais atos que não interessam ao direito penal, dentre eles, leia-se, todos os atos preparatórios e as meras desobediências, no sentido de criar um verdadeiro filtro constitucional guiado pela ofensividade, como bem leciona D’avila. O estabelecimento dessa fronteira é indispensável para a análise dos delitos de perigo abstrato, tendo em vista que estes exigem tão somente uma interferência no bem jurídico, independente de estar ou não no seu raio de ação, conforme já destacado. Isto em muito contribuiria para auferir legitimidade penal aos referidos delitos.

Por outro lado, procurando resposta ao segundo problema, a dificuldade de se apontar todas as probabilidades *possíveis e imagináveis* em uma perspectiva *ex ante* pode ser solucionada através do critério da *redução de complexidade*, ou seja, visualizar

---

<sup>43</sup> Talvez esta tentativa de reflexão possa ser melhor compreendida a partir da análise de algumas decisões judiciais deferidas no âmbito da lei Maria da Penha (medidas protetivas), decisões estas que determinam ao agressor o dever de manter uma distância mínima de 100 metros da vítima. Para além desta medida, não há zona de ofensa ao bem jurídico.

ao máximo as *variações* que poderiam advir da conduta para, em um segundo momento, verificar quais ações efetivamente poderiam ser colocadas em desenvolvimento naquela circunstância fática. Com isso, embora possa se admitir que sempre possa ficar evidente *uma certa carga de indeterminação*, se minimiza em muito este problema, a ponto de gerar a *aproximação de um juízo de certeza*, o que já seria um horizonte suficiente para que o ilícito-típico, notadamente na questão relacionada a legalidade, não perca o caráter da taxatividade, indispensável no modelo do Estado Democrático de Direito.

Quanto às regras de experiência que devem mover o *homem social ético e avisado*, quando da verificação da situação, sobretudo em uma situação *ex ante* referente aos crimes de perigo abstrato, não temos dúvida de que a concepção de Faria Costa em muito diverge da tradicional doutrina penal em relação ao *homem médio*, dogma solto, vazio, desprovido de qualquer caráter científico e incapaz de orientar os juízos de atuação e de culpabilidade, muito menos o intérprete.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS:**

Desta forma, tendo em vista o cenário mundial globalizado e da complexidade das relações sociais, aonde a epistemologia da incerteza assume papel central, é extremamente pertinente estudar o local do perigo na dogmática penal contemporânea e os delitos decorrentes desta modalidade delitiva, notadamente os delitos de perigo abstrato.

Entretanto, isso precisa ser feito com a atribuição de critérios e limites a existência fática e normativa destes tipos penais, tornando-os aptos a gerar uma legitimidade constitucional, o que buscamos comprovar através do princípio da ofensividade e da forma da ofensa calcada na relação onto-antropológica de *cuidado-de-perigo*, centrando o bem jurídico na esfera de análise.

Nesta perspectiva, de fato, o finalismo de Welzel parece encontrar limites a análise que se pretendeu, tendo em vista que a categoria do ilícito-típico adquire mais potencialidade para analisar demandas de natureza complexa, eis que não se apressa para encontrar o plano da legalidade, interessando-se, primeiramente, pelo plano do

desvalor do resultado e da identificação da forma de ofensa. Sem ela, não há razão de ser aplicado o direito penal, mas sim outros ramos do direito, daí porque sustentamos que é possível coexistir o “velho” direito penal - de postulados irrenunciáveis - com um novo olhar sobre a dogmática penal na contemporaneidade.

As diversas técnicas de tutela penal em relação aos delitos de perigo apresentam-se como verdadeiros desafios a serem encarados pelos juristas, eis que exigem capacitado arcabouço reflexivo através dos aportes da filosofia e da hermenêutica. Os critérios de identificação do perigo, sobretudo do perigo abstrato, precisam ser difundidos no seio da comunidade jurídica brasileira, o que pode ser feito, dentre outras formas, pela via da política criminal comprometida com os valores do Estado Democrático de Direito.

Nos delitos de perigo abstrato, sobretudo, aonde concentramos nosso estudo, parece evidente que a concepção de D’ávila - indiscutivelmente nosso referencial teórico matriz utilizado - aproxima-se dos delitos de perigo concreto tradicionalmente concebidos (salvo melhor juízo), em especial pelo fato de exigir a presença da comprovação da ofensa sob a forma de *cuidado-de-perigo*, não se satisfazendo com meros aspectos formais na formação do ilícito, tampouco com presunções *jure et de jure*, o que traz um significativo avanço teórico para o estudo de tais delitos.

Por fim, ainda que possa parecer desnecessário, em tempos de indevida rememoração do direito penal do inimigo por determinada corrente dogmática (distante daqui), não é demais afirmar que nos delitos de perigo, seja qual for sua modalidade *não há inimigo perigoso* a ser identificado. Há sim, tão somente, e dentro dos limites materiais e constitucionais atribuídos pela ofensividade vista como verdadeiro filtro constitucional, de forte carga garantística e de limitação do poder punitivo, uma determinada *conduta perigosa* que deve sempre admitir prova em contrário, preservando-se, assim, aquele núcleo inegociável que o direito penal historicamente concebeu.

## **REFEERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS:**

AUGUSTO DE SÁ, Alvinho. *Criminologia clínica e psicologia criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões fundamentais a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra, 2007.

\_\_\_\_\_. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

D'AVILA, Fábio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios*. Coimbra: Coimbra, 2005.

\_\_\_\_\_. *Ofensividade em direito penal. Escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. *Direito Penal Secundário. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. Escritos em homenagem à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra, 2006

FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HIRSCH, Joachim. *Sistemática e límites de los delitos de peligro*. [www.jurídicas.unam.mx](http://www.jurídicas.unam.mx).

JUNGES, José Roque. *Ética do cuidado*. Dicionário de Filosofia do Direito. Coord: Vicente de Paulo Barreto. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

STEIN, Ernildo. *Introdução ao pensamento de Martin Heidegger*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.