

DIREITO PENAL DO RISCO E CRIMES DE PERIGO ABSTRATO*CRIMINAL LAW OF RISK AND CRIMES OF ABSTRACT DANGER***MIGUEL TEDESCO WEDY**

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra.
Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela PUC-RS.
Professor da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul.
Advogado.
wedymiguel2@gmail.com

MARIA EDUARDA VIER KLEIN

Bolsista de Iniciação Científica vinculada ao Grupo Liberdade e Garantias.
Estudante de Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos.
Membro da Rede de Pesquisa Estado e Constituição.
mariaeduardaklein@hotmail.com

MARIEL LUÍSA SEVALD

Estudante de Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos.
mlsevald@gmail.com

RESUMO: Busca-se delimitar quais os limites dos delitos de perigo de abstrato, analisando assim sua relação com a noção de eficiência. Para tanto, busca-se analisar os crimes de perigo abstrato sob alguns vieses: delitos de perigo abstrato como delitos de desvalor de resultado; delitos de perigo abstrato como delitos de desvalor da ação ou delitos de imprudência; delitos de perigo abstrato como delitos de perigosidade e de risco e, por fim, delitos de perigo abstrato a partir da ideia de cuidado de perigo, de Faria Costa.

PALAVRAS chave: Direito Penal do risco. Crimes de perigo abstrato. Eficiência. Delitos de ação. Delitos de imprudência.

ABSTRACT: Seek to delimit the limits of the dangers of abstract offences, analyzing its relationship with the notion of efficiency. Therefore seeks to analyze the crimes of abstract danger under some biases: crimes of abstract danger as offences of devaluation of result, offences of abstract danger as offences of devaluation of the action or offences of recklessness, offences of abstract danger as Offences of peril and risk and ultimately crimes of abstract danger from the idea of care of danger of Faria Costa.

KEYWORDS: Criminal law of risk – abstract danger crimes – efficiency – action offenses – recklessness offenses

SUMÁRIO: 1. Noções introdutórias 2. Delitos de perigo abstrato como delitos de desvalor de resultado 3. Delitos de perigo abstrato como delitos de desvalor da ação ou delitos de imprudência 4. Delitos de perigo abstrato como delitos de perigosidade e de risco 5. Delitos de perigo abstrato a partir da ideia de cuidado de perigo em Faria Costa 6. Considerações finais. 7. Referências

Noções introdutórias

A busca pela eficiência no Direito Penal, mormente naqueles casos de um Direito Penal de cariz funcional, tem levado a uma certa profusão dos chamados delitos de perigo abstrato.¹ Uma eficiência que reduziria a criminalidade por intermédio dos delitos de perigo abstrato.² E tal profusão acaba por vir acompanhada pela expansão do Direito Penal e pela criminalização cada vez mais constante de ataques ou ameaças contra bens jurídicos de cariz coletivo. Essa é uma característica premente do atual Direito Penal do risco.

E assim o discurso da “eficiência” funcional ou econômica acaba por se infiltrar fortemente na ciência penal, de modo a realizar, muitas vezes, proteções desarrazoadas de bens jurídicos, quando outras esferas poderiam ser chamadas à tona, bem como acaba por inverter, muitas vezes, o ônus da prova nos processos penais; e, como se não bastasse, vê-se também, em muitas ocasiões, a própria violação do princípio da ofensividade penal.

Por isso, é relevante que se entenda a eficiência como um valor a ser considerado no momento da criminalização, no instante de verificação de determinadas condutas e no estabelecimento dos delitos de cuidado de perigo.

É preciso entender, em primeiro lugar, que aqui não se está a tratar daquela situação de lesão ao bem jurídico, isto é, de uma perda objetiva de valor acarretada ao bem jurídico.³

A ofensa ao bem jurídico não se dá apenas com o dano ou a violação, isto é, com a sua nadificação ou diminuição, mas também se pode dar pela expressiva categoria do perigo.⁴

¹ E aqui é preciso ter o devido cuidado, pois como apontou Luís Greco, hoje poucas coisas são mais modernas no Brasil do que apontar os delitos de perigo abstrato como inconstitucionais. Nessa linha, conforme refere GRECO, Luís. *Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 49, p. 90, jul./ago. 2004. QUEIROZ, Paulo. *Do caráter subsidiário do direito penal*. Belo Horizonte, Del Rey, 1998. p. 112 e 150; BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: RT, 2003. p. 67 et seq; MAGALHÃES, Mariângela. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003. p. 120 et seq. Ângelo Roberto Ilha da Silva admite a legitimidade em certos casos. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: RT, 2003. Também GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 14.

² E o equívoco desse discurso “legitimador” dos delitos de perigo abstrato é nítido e evidente. Na lição de Faria Costa: “a antecipação da proteção aos bens jurídicos penalmente relevantes através da prefiguração de crimes de perigo não significa prevenção criminal, significa, sim, aumento de proteção àqueles precisos bens jurídicos e não prevenção, repete-se enfaticamente. A definição jurídico-positiva e incriminadora de certas condutas de pôr-em-perigo visa obstar à prática desses precisos comportamentos. Porém, repare-se, não é por antecipar o campo normativo de protecção que decai a criminalidade. Esta pode diminuir devido a uma multiplicidade de fatores mas é seguro que não diminui pela consagração de um tipo legal de crime de perigo. Esta preciosa e clara compreensão oferece-nos, desde logo, uma conclusão, qual seja: a legitimidade da criminalização das condutas de pôr-em-perigo não advém da circunstância de aquela criminalização fazer diminuir a criminalidade”. COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 575-576.

³ JESCHEK, Hans-Heinrich; WEIGEND; Thomas. *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996. p. 263; ROXIN, Claus. *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 3. ed. München: Beck, 1997. v. 1, p. 281.

⁴ E aqui, por conseguinte, são afastadas aquelas concepções como as de Stübel, referida por Mendoza Buergo, acerca da ação perigosa como verdadeira lesão ao Direito, mas também para a manutenção da segurança pública, devendo-se apenas afastar da punição penal aquelas ações nas quais a lesão seria apenas improvável ou meramente possível. MENDOZA BUERGO, Blanca. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Editorial Comares, 2001. p. 91-95. E ainda relevante se torna lembrar o pensamento de Binding, de que a existência do bem jurídico também pode ser atacada pela lesão ou colocação em perigo, instante em que o legislador vê tal

É claro que o dano/violação expressa uma categoria, via de regra, mais impactante, mais incisiva, mais dura, porém não se pode negar que o perigo também se apresenta como uma categoria necessária para a verificação da relevância jurídico-penal nos tempos atuais.

Como salienta Faria Costa, deve-se levar em conta a ofensividade a partir de três determinados níveis: dano/violação, concreto de pôr em perigo e cuidado de perigo. Aqui estão os pressupostos fundantes dos delitos de perigo abstrato.⁵

Deve-se centrar a atenção no cuidado de perigo, em razão de sua especial correlação com a eficiência. “O estabelecimento do perigo como expressão legítima da ofensividade, diferentemente da situação do dano/violação, quando há uma alteração do real verdadeiro, acarreta sim uma alteração do real-construído”.⁶

Dessa forma, conforme antes se asseverou, os delitos de perigo detêm uma especial característica de desvalor de resultado.⁷ Com isso, não se está a afirmar que a peculiaridade dessa especial técnica de

colocação em perigo como específico menoscabo ou afetação do bem na tranquilidade da sua existência. A colocação em perigo como perturbação da segurança da existência (*Erschütterung des DaseinsgewiBheit*). Sem esquecer as concepções de Marxen, Wolter, Rodríguez Montané e Mayer, que consideram que Binding interpretaria todos os delitos de perigo como delitos de perigo concreto. Em sentido contrário, Torío Lopes e Brehm, para quem Binding considera a própria ação, tida por perigosa, como apta para produzir efeitos. *Ibid.*, p. 103-104. E aqui se impõe uma ponderação acerca do pensamento de Kindhäuser. Isso em razão de que o seu pensamento traz avanços e também problemas. Avanços quando o autor expõe, de forma cabal, a crítica, a nosso juízo, adequada, de que a ideia de lesão aos bens jurídicos não serve para fundamentar materialmente os delitos de perigo abstrato. É relevante tal ponderação, pois traz à tona uma forma ofensiva que se não caracteriza apenas pelo dano/violação, tal qual referimos antes. Daí o rechaço à ideia de punição de determinadas condutas não lesivas por supostamente ameaçarem bens jurídicos, o que seria uma incoerência e uma equivocada antecipação da proteção ao bem jurídico. KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Strafrecht. Rechtsstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*. Frankfurt Am Main: Klostermann, 1989, p. 163 e 168. Segundo Kindhäuser, “nos hallamos ante peligros abstractos cuando se ven afectadas condiciones de seguridad que son imprescindibles para un disfrute despreocupado de los bienes. El peligro es abstracto, ya que no se trata de la desprotección actual del bien, sino del menoscabo de patrones de seguridad tipificados cuya eficiencia es medida esencial del aprovechamiento racional de los bienes. La genuina lesividad del peligro abstracto reside en que un bien sobre el que no puede disponerse de forma despreocupada no es racionalmente aprovechable en su totalidad”. Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal económico, VVAA, *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en Honor del Profesor Klaus Tiedemann*. Trad. Molina Fernández. Madrid: 1995. p. 184. Mas, em que pese uma ideia forte e louvável, uma ideia que apresenta problemas como uma brecha para a expansão do Direito Penal ao não explicitar, de forma mais clara, na sua concepção de segura disposição de bens sem perigo, o que seria, de fato, “segurança” e “perigosidade”. Nesse sentido as críticas de Mendoza Buergo, *op. cit.*, p. 136-147. Ainda sobre a noção de delito de perigo abstrato como sinônimo de situação de perigo ao bem jurídico, leia-se ACALE SÁNCHEZ, María. *El tipo injusto en los delitos de mera actividad*. Granada: Editorial Comares, 2000. p. 199.

⁵ COSTA, *op. cit.*, p. 644 e ss.

⁶ *Id.*, *ibid.*, p. 580 e ss.

⁷ E aqui se deve referir o trabalho de D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios. Contributo à contribuição do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 94, no qual o autor refere também as obras de RABL, Kurt, *Der Gefährdungsvorsatz*, Breslau-Neukirch: 1933, p. 19 e ss, “para o qual em todos os tipos de crime é necessário um resultado, mesmo nas hipóteses de omissão própria e perigo abstrato; WOLTER, Jürgen. *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalem Straftatsystem*. Berlin: Duncker & Humblot, 1981, p. 356, ao propor a existência de um ilícito primário de resultado (das primäre Erfolgsunrecht) no âmbito dos crimes de perigo abstrato; MARTIN, Jörg. *Strafbarkeit grenzüberschreitender Umwelteintrachtigungen. Zugleich ein Beitrag zur Gefährdungsdogmatik und zum Umweltvölkerrecht*, Freiburg: Max-Planck Inst.für Ausländ u. internat. Strafrecht, 1989, p. 83 e ss, que, no seguimento de Wolter, refere-se também a um ‘ilícito primário de resultado’ (das primäre Erfolgsunrecht), fundamentado no desvalor que expressa o ‘risco de lesão ao bem

tipificação seja a prevenção, posto que, como bem salienta Faria Costa, na verdade, o que se dá é uma antecipação, um espraiar do espectro de tutela desse bem jurídico, isto é, não uma prevenção do delito, mas um aumento de punibilidade.⁸

Mas até que ponto esse aumento do espectro de punibilidade é legítimo nos tempos atuais, de inegável e incontestável insegurança ontológica? Até que altura é possível legitimar uma técnica de tipificação que muitos problemas vêm trazendo para a moderna dogmática penal? Qual o limite dos delitos de perigo abstrato? E, de forma relevante, qual a relação especial que se estabelece entre os delitos de perigo abstrato e a noção de eficiência antes vista?

Para responder, de forma frontal, a tais questões, impõe-se uma análise tópica, a fim de que, em primeiro lugar, se adense uma consideração acerca do que é, de fato, um delito de perigo abstrato e de como essa conceituação e construção vem sendo trabalhada na doutrina hodiernamente.⁹ É claro que aqui o tema será enfrentado de forma não extensiva, não apenas por não ser esse o objetivo, o que desviaria o foco do trabalho, mas também em razão de que se pretende, na verdade, verificar a possibilidade de infiltração de uma concepção legítima de eficiência nesse conceito.

2. Delitos de perigo abstrato como delitos de desvalor de resultado

Para Rabl, todo delito impõe a existência de um resultado. E um resultado que se apresente como uma alteração real, um efetivo ataque material a um bem jurídico protegido.¹⁰ Assim Rabl repele, de forma clara, os delitos de mera atividade. E defende, também, uma possibilidade de afastamento do perigo, por intermédio da produção de prova, no curso do processo.¹¹ Não se trata, portanto, de uma inversão da carga probatória, mas, sim, de necessidade de confecção de prova para a verificação do perigo. O problema é que assim se dilui aquilo que poderia ser um conceito de perigo abstrato, confundindo-o com um autêntico perigo concreto.¹²

No seguimento de Rabl, Schröder não deixa de sustentar uma visão de delito de perigo abstrato que tem como resultado uma presunção relativa de perigo. Isso em razão de que, em alguns casos, se poderia permitir uma produção de prova para desfazer o perigo presumido.¹³

Mas quais seriam esses casos? Segundo Schröder, seria possível uma prova da ausência do perigo nos casos em que o tipo penal, de forma concreta e determinada, protege um determinado objeto. Já naqueles

jurídico tutelado'. E, de certa forma, também GALLAS, Wilhelm, *Abstrakte und Konkrete Gefährdung*. In: *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag*, Berlin: Walter de Gruyter, 1972. p. 181, ao propor a existência de um 'potencial' desvalor de resultado ou pôr-em-perigo' (potentiellen Erfolgs – oder Gefährdungsunwert).

⁸ COSTA, op. cit., p. 578.

⁹ A conceituação que adiante segue procura delimitar os delitos de perigo abstrato como delitos de desvalor de resultado, de desvalor de ação e de imprudência e como delitos de "perigosidade" e de risco. As últimas formas de definição provêm da constatação, de nossa parte, de uma certa tendência atual, para referir tais espécies de delitos como próprias da sociedade de risco, bem como para uma sistematização mais adequada do presente trabalho.

¹⁰ RABL, op. cit., p. 19.

¹¹ Id., *ibid.*, p. 21.

¹² GRAUL, Eva. *Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht*. Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Band 69. Berlin: 1991. p. 187, 188 e ss.

¹³ SCHRÖDER, Horst. Die Gefährdungsdelikte im Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 81, 1969. p. 15.

casos em que em jogo estivesse um interesse coletivo ou se o objeto do crime fosse incerto ou de identificação incerta, como nos casos de comércio de drogas, porte de arma e infrações de trânsito, por exemplo, não haveria possibilidade de contraprova do perigo.¹⁴

A maior crítica que aqui é aposta pela doutrina é que se estaria diante de uma inversão do *onus probandi*, o que seria inadmissível à luz do princípio da presunção de inocência. Da mesma forma, ao repassar ao juiz a tarefa de verificar, *in concreto*, a perigosidade, estar-se-iam restabelecendo os delitos de perigo concreto.¹⁵

Wolter constrói várias subdivisões para os delitos de perigo abstrato, por intermédio das quais almeja alcançar um Direito Penal do risco eficaz.¹⁶ Nos casos dos “crimes em massa”, como o tráfego de veículos, posse de armas, crimes ambientais, bastaria a formal realização do tipo para a configuração do delito. Já em casos outros, haveria um autêntico *ilícito primário de resultado* ou ainda *um ilícito de periculosidade*.¹⁷

Wolter se vale de uma categoria de delitos determinada “crimes de perigo abstrato impróprio”, nos quais a ausência *in concreto* de qualquer perigosidade traria à tona a violação de um Direito Penal embasado nas ideias de ilicitude e culpabilidade.¹⁸

Seguindo também o que aponta Fabio D’Avila, haveria aqui a ocorrência de um ilícito penal material de resultado ainda nos casos de perigo abstrato, em razão da criação de um risco adequado de lesão ao bem jurídico, o que afastaria os delitos de mera desobediência.¹⁹

Também aqui se há de seguir, sem restrições, a ponderação de Fabio D’Avila acerca das fragilidades da teoria de Wolter, ao equiparar, sem o devido cuidado, um risco de lesão e a produção de um risco de pôr em perigo, bem como a ausência de previsão de categorias como aquelas de perigo abstrato-concreto e de idoneidade.²⁰

Para Martin, o risco juridicamente desaprovado de produção de uma lesão é o verdadeiro resultado dos delitos de perigo abstrato.²¹ Dessa forma, os delitos de perigo abstrato também deveriam proteger bens jurídicos com dignidade penal; e essa abordagem há de ser feita numa análise *ex ante*, de forma a verificar a ocorrência da criação do risco para os ditos bens.²²

O que se antolha como relevante e original na construção de Martin é a separação específica que faz entre a ação e o perigo, de forma a erigir a noção de um delito de abstrato pôr em perigo.²³

¹⁴ Id., *ibid.*, p. 16. Com o mesmo teor a leitura de D’AVILA, *op. cit.*, p. 114.

¹⁵ Sobre a doutrina: Id., *ibid.*, p. 115. MENDOZA BUERGO, *op. cit.*, p. 340.

¹⁶ Nesse sentido, MENDOZA BUERGO, *ibid.*, p. 170.

¹⁷ WOLTER, *op. cit.*, p. 356.

¹⁸ Id., *ibid.*, p. 278.

¹⁹ D’AVILA, *op. cit.*, p. 137.

²⁰ Id., *ibid.*, p. 137-138. E também importa aqui recordar Mendoza Buergo, quando aduz que Wolter também relaciona alguns casos de perigo abstrato como fatos de imprudência. MENDOZA BUERGO, *op. cit.*, p. 165.

²¹ MARTIN, *op. cit.*, p. 85. Isso ocorreria inclusive naqueles casos de delitos de massa ou nos casos atinentes ao meio ambiente. No primeiro caso, haveria dificuldade em se aceitar que a conduta não seria perigosa e, o segundo, caracterizaria um delito de lesão/dano. *Ibid.*, p. 93 e 96 e ss.

²² Id., *ibid.*, p. 84.

²³ MARTIN, *op. cit.*, p. 86.

Por fim, importa referir que Martin faz uma ressalva acerca da aplicação de tais critérios quando se trata de delitos de bens jurídicos intermediários espiritualizados (*vergeistigtem Zwischenrechtsgut*) ou ainda daqueles delitos de risco sempre presente, como o funcionamento não permitido de instalações nucleares, do parágrafo 327, Abs. 1 do StGB. Em tais situações, ou haveria uma dificuldade de verificação da lesão ou ainda se daria uma impossibilidade de redução da punibilidade, em função dos riscos.²⁴

3. Delitos de perigo abstrato como delitos de desvalor da ação ou delitos de imprudência

O trabalho de Cramer centra inicialmente sua abordagem na alegada violação do princípio da culpabilidade por parte dos delitos de perigo abstrato.²⁵ A partir daí, o autor faz uma diferenciação bem clara entre delitos de dano, delitos de perigo concreto (caracterizados pela probabilidade de dano) e de perigo abstrato (caracterizados pela probabilidade de um concreto pôr em perigo), de forma que a nota diferenciadora dos delitos de cuidado de perigo seria a lesão potencial ou objetiva do bem jurídico, em razão de uma conduta específica.²⁶

A construção teórica de Cramer sofreu severas e elevadas críticas – desde a perspectiva de Kaufmann, de que assim teríamos delitos de perigo abstrato como “probabilidade de probabilidade, possibilidade de possibilidade, perigo do perigo de lesão a bens jurídicos”, passando por Roxin, de que assim haveria a transformação dos delitos de perigo abstrato em perigo concreto, porém em menor intensidade, até a crítica de Fabio D’Avila, de que assim não se expressaria qualquer desvalor de ofensividade.²⁷

Segundo Mendoza Buergo, Volz é quem, de fato, toma uma posição decidida no sentido da subjetivação do conceito de perigo abstrato. Segundo Volz, deve-se levar em conta apenas o desvalor da ação para que seja identificado, de forma autêntica, um delito de perigo abstrato. Assim, conforme refere Mendoza Buergo, Volz estabelece a noção dos delitos de perigo abstrato a partir da contrariedade ao dever ou da infração ao dever de conduta – por levar a cabo uma conduta perigosa – ou ainda pela superação do risco permitido, em razão de uma atuação que supõe um risco já não permitido.²⁸ Isto é, a assunção do risco é tida como uma específica lesão de um dever.²⁹

²⁴ Id., *ibid.*, p. 94, 96 e ss. De ressaltar, ainda, a referência que Martin faz sobre os chamados delitos de idoneidade, dispondo que, diferentemente dos demais delitos de perigo abstrato, os delitos de idoneidade são em geral condutas necessárias e desejadas (o manejo de alimentos por exemplo). *Ibid.*, p. 99.

²⁵ CRAMER, Peter. *Vollrauschtatbestand als abstraktes Gefährdungsdelikt*. Tübingen: Mohr, 1962. p. 49. E é relevante a ponderação de Cramer quando escreve que não se pode deixar de afastar a punibilidade naquelas situações em que, devido a máximas de experiência, não se alcançaria, com segurança, um resultado danoso. Haveria aqui uma confrontação com o princípio da culpa, em razão da ausência de perigo para o bem jurídico. Tal situação se aplicaria apenas aos delitos contra bens jurídicos individuais, mas não no caso de bens jurídicos coletivos. Leia-se D’AVILA, *op. cit.*, p. 117.

²⁶ Id., *ibid.*, p. 68. Interessante também aqui a divergência entre Fabio D’Avila e Mendoza Buergo. O primeiro relaciona Cramer em tópico específico, como defensor de uma ideia de perigo abstrato como probabilidade de perigo concreto. D’AVILA, *op. cit.*, p. 115-118. A segunda refere Cramer dentre aqueles que entendem os delitos de perigo abstrato como um delito caracterizado mais claramente pelo desvalor da ação, mas ainda numa posição de transição ou intermediária, como tentativa de superação das ideias de perigo abstrato como desvalor de resultado. MENDOZA BUERGO, *op. cit.*, p. 192-203.

²⁷ D’AVILA, *op. cit.*, p. 117-118.

²⁸ MENDOZA BUERGO, *op. cit.*, p. 204.

²⁹ Id., *ibid.*, p. 205.

Entretanto, faz bem ver que Volz estabelece situações em que, por sua atuação vigilante, tomando as devidas medidas de asseguramento para evitar o perigo, cuja produção não ocorre, acabaria por afastar o preenchimento do tipo.³⁰

A principal objeção que se impôs ao conceito de Volz foi a ausência de clareza³¹ e limpidez conceitual do que, de fato, seria “assunção de risco”. Na verdade, sua concepção permite uma abertura por demais acentuada, o que não é permitido.

Horn identifica os delitos de perigo abstrato com uma violação de cuidado objetivo, de forma que, em cada situação específica, se deveria verificar, de forma pontual, a violação ou não do dever de cuidado antes referido.³² Trata-se, sem dúvida, de uma forma de crime negligente que não atenta para os aspectos subjetivos da conduta.

E é justamente aí que estão centradas as principais críticas contra Horn, de forma que a sua teoria passaria apenas a ser uma mera condição objetiva de punibilidade.³³

Assim como Horn, Brehm também considera que o conteúdo material dos delitos de perigo abstrato está na violação do dever de cuidado. Essa violação do dever é vital para a noção de ilicitude, de forma que ela deve ser percebida de forma *ex ante* à conduta, com sentido de lesar o bem que seria protegido pela norma. E, de certa forma, é aqui que Brehm se afasta de Horn, pois assim passa a demonstrar uma preocupação mais sentida com os aspectos subjetivos da quebra do dever de cuidado.³⁴

As críticas contra a teoria de Brehm são muitas, desde uma certa fragilidade e rudimentaridade argumentativa até a ausência de uma fundamentação mais densa da noção de “interesses abstratos”, passando pelo problema do erro, até a questão da consideração da violação do dever de cuidado apenas de forma potencial, ainda que seja um elemento da norma e fundamento da ilicitude.³⁵

Segundo Schünemann, impõe-se uma diferenciação entre diferentes espécies de delitos de perigo abstrato. Uma delas, caracterizada pelos delitos com um “*vergeistigten Zwischenrechtsgut*” (bem jurídico-intermédio-espiritualizado); e, outra, naqueles casos de delitos “em massa” ou condutas em massa (*Massenhandlungen*). No primeiro caso, pequenas lesões sem relevância poderiam excluir a punibilidade, enquanto, no segundo, como, por exemplo, no tráfego de veículos, não haveria restrição à punibilidade.³⁶

Nos demais casos, Schünemann afirma que o legislador almeja justamente a sanção contra a violação da proibição. Aí é que se encontra a necessidade de harmonização com o princípio da culpabilidade, o

³⁰ Id., *Ibid.*, p. 205.

³¹ MARTIN, op. cit., p. 67.

³² HORN, Eckhard. *Konkrete Gefährdungsdelikte*. Köln: Otto Schmidt, 1973. p. 22.

³³ Nesse sentido: MEYER, Andreas. *Die Gefährlichkeitsdelikte. Ein Beitrag zur Dogmatik der “abstrakten Gefährungsdelikte” unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts*. Münster; Hamburg: Lit, 1992. p. 209; MENDOZA BUERGO, op. cit., p. 205; D’AVILA, op. cit., p. 120.

³⁴ BREHM, Wolfgang. *Zur Dogmatik des abstrakten Gefährungsdelikts*. Tübingen: Mohr, 1973. p. 126-127. E aqui, mais uma vez, é importante se reportar a Fabio D’Avila, pois afirma, com razão, que Brehm faz uma relevante distinção entre “interesse concreto” e “interesse abstrato”, nos quais seria mais difícil uma abordagem restritiva, de forma que a ilicitude se poderia comparar à simples violação de normas de proibição. D’AVILA, op. cit., p. 121.

³⁵ Sobre as críticas, MENDOZA BUERGO, op. cit., p. 220-223.

³⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. “Moderne Tendenzen in der Dogmatik der Fahrlässigkeit und Gefährungsdelikte”, *JA*, 1975. p. 798.

que se daria pela figura da tentativa imprudente, caracterizada por uma infração subjetiva do dever de cuidado.³⁷

Em que pese a tentativa de Schünemann de buscar uma saída para os problemas atinentes aos delitos de perigo, sua concepção também logrou receber fortes críticas, em razão de acabar por antecipar, até as fronteiras de uma tentativa negligente, a possibilidade de punibilidade do Direito Penal.³⁸

Assim como Schünemann, Roxin estabelece diferenciações nos casos de delitos de perigo abstrato. E isso se dá em razão da busca da evitação de eventual violação do princípio da culpabilidade.

Dessa forma, Roxin entende que, naqueles casos de delitos tradicionais de perigo abstrato, assistiria razão a Schünemann, ao trabalhar a categoria de uma tentativa negligente.³⁹

Nos casos dos crimes em massa, como os delitos de trânsito, Roxin entende que a punição deveria ocorrer, mesmo naqueles casos de ausência de colocação em perigo. O mesmo se daria nos delitos de perigo abstrato com bens jurídicos espiritualizados, pois bastaria o desvalor da ação para a ocorrência da punibilidade.⁴⁰

A grande qualidade que pode ser apontada, no que se refere às ideias de Roxin, é a defesa empedernida que faz sobre o fato de os delitos de perigo abstrato também objetivarem a proteção de bens jurídicos.⁴¹

Segundo Silva Sánchez, os delitos de perigo abstrato são delitos de perigo real, que se caracterizam por uma periculosidade *ex ante* da conduta. Ele repele, desse modo, a noção de delito de perigo abstrato como delito de perigo presumido, pois ofenderiam uma noção que visualiza o Direito Penal como protetor de bens jurídicos.⁴²

Assim, os delitos de perigo abstrato poderiam ser entendidos em razão da pretensão do legislador de realizar uma antecipação da barreira de intervenção jurídico-penal a fatos que se podem entender como modalidades determinadas de imprudência não seguidas de resultado lesivo ou perigoso.⁴³

³⁷ Ibid., p. 798.

³⁸ Bem intensa foi aqui a crítica de Fabio D'Avila, conforme segue: “tal elaboração, todavia, muito pouco nos diz em termos de recuperação do ilícito. Ao optar por um critério de legitimação exclusivamente subjetivo, identificado na violação do dever subjetivo de cuidado, Schünemann rompe com as exigências impostas por uma concepção objetiva do *Unrecht*. Como deixa muito claro no exemplo referido, considera suficiente para a punibilidade o juízo subjetivo do autor, mesmo que objetivamente incorrecto, acerca do descuido de sua conduta. Admitir uma hipótese como esta é ir mais além da própria punibilidade da já conhecida e problemática tentativa inidônea, é conferir legitimidade a uma insólita tentativa negligente inidônea. Em outras palavras, admitir para além da punibilidade da mera vontade criminosa também a negligência irreal, fictícia, existente unicamente no imaginário do autor.”. D'AVILA, op. cit., p. 123-124.

³⁹ ROXIN, op. cit., p. 357. Também menciona aqui que a solução antes referida seria a mesma para aqueles casos de delitos de perigo abstrato-concreto, com certos elementos de acerto determinados pelo órgão judicial. Ibid., p. 358-359.

⁴⁰ Id., *ibid.*, p. 359.

⁴¹ Id., *ibid.*, p. 358. Ainda assim, a concepção de Roxin deixa a desejar quando não dá às categorias da ofensividade e da culpa um valor mais altaneiro. Nesse sentido: D'AVILA, op. cit., p. 126-129.

⁴² SILVA SÁNCHEZ *apud* MENDOZA BUERGO, op. cit., p. 233-234. Por isso mesmo, pela falta de um conteúdo lesivo suficiente ou de um perigo relevante, Silva Sánchez rechaça os chamados delitos de acumulação, que seriam apenas uma forma de simplificar os problemas de imputação, bem como assevera que nem sempre a realização aparente do tipo signifique uma efetiva realização desse mesmo tipo. Ibid., p. 234-236.

⁴³ SILVA SÁNCHEZ *apud* MENDOZA BUERGO, op. cit., p. 234.

Corcoy Bidasolo objetiva estabelecer uma teoria normativa do perigo, de forma que um injusto objetivo supõe a criação de um risco grave para um bem jurídico-penal. Mas não só, pois a mesma autora refere que a constatação da existência de um perigo idôneo *ex ante* de lesão de um bem jurídico resultado é como um denominador comum de todo delito, seja de lesão, de perigo, de dolo ou de imprudência.⁴⁴

De outra parte, Corcoy Bidasolo afirma que há uma autonomia dos delitos de perigo e uma compatibilidade desses delitos com o princípio da ofensividade, bem como busca estabelecer uma concepção de delitos de perigo congruente com as garantias de um Direito Penal de intervenção mínima. Para isso, realiza uma análise da antijuridicidade e ofensividade dos delitos de perigo identificando quais bens jurídicos são protegidos, bem como quais os mecanismos de motivação relacionados com as normas penais que castigam essa espécie de comportamentos. De forma que a antijuridicidade material requer a concorrência de um perigo objetivo idôneo desde uma perspectiva *ex ante*, assim como a lesão de um bem jurídico penal desde uma perspectiva *ex post*, não havendo razão para a distinção entre delitos de perigo e delitos de lesão.⁴⁵

4. Delitos de perigo abstrato como delitos de perigosidade e de risco

Gallas também trabalha com uma noção de perigo abstrato como antecedente ou estágio prévio ao perigo concreto. Nos casos dos delitos de perigo abstrato, há uma chamada “perigosidade” geral da conduta, diferentemente de um resultado, o que é próprio dos delitos de perigo concreto.⁴⁶

Ainda acerca da noção de perigo como possibilidade de pôr em perigo, conforme refere Fabio D’Avila, Gallas afirma que a sua realização se deve dar *ex ante*, em conformidade com o desvalor da ação. Porém, a “perigosidade” se deve dar também numa perspectiva *ex post*, levando-se em conta um potencial desvalor de resultado, sempre atentando para as circunstâncias do caso concreto.⁴⁷

Manfredi Giusino vislumbra os crimes de perigo abstrato, por intermédio da ideia de normal periculosidade do fato, de forma que haveria fatos que, por si só, trariam uma perigosidade própria.⁴⁸

Dessa maneira, são as regras de experiência que delineiam uma conduta como perigosa, justamente no momento histórico das elaborações legislativas. Mas uma responsabilidade de relevo também caberia ao julgador, no instante da decisão, de forma a encontrar a periculosidade do fato no caso concreto, a periculosidade daquela efetiva realização típica. A barreira desse ilícito de perigo abstrato, descrito por Giusino, estaria na não impossibilidade de dano no caso concreto.⁴⁹

Mayer busca legitimar os delitos de perigo abstrato a partir de uma leitura constitucional. Mas a posição do autor não fica resumida nessa colocação, de forma que ainda refere que, nessa classe de delitos,

⁴⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. p. 40-41.

⁴⁵ Id., *ibid.*, p. 143 e ss.

⁴⁶ GALLAS *apud* D’AVILA, *op. cit.*, p. 145.

⁴⁷ Id., *ibid.*, p. 145-146.

⁴⁸ GIUSINO, Manfredi. *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*. Milano: Giuffrè, 1990. p. 402.

⁴⁹ Id., *ibid.*, p. 404-407.

deveria haver uma relação negativa com o bem jurídico⁵⁰ e uma periculosidade que seria própria da conduta desfechada pelo autor, uma periculosidade da ação que ocasionaria um desvalor de periculosidade (*Gefährlichkeitsunwert*).⁵¹

Assim, nos chamados delitos de perigo abstrato, a conduta típica deveria acarretar uma causa de possibilidade de lesão ao bem jurídico.⁵² De outra parte, essa periculosidade haveria de ser constatada *ex ante*, por intermédio de um juízo sobre a lesão capaz de ocorrer, levando-se em consideração as circunstâncias do fato e a capacidade do autor de utilizar os seus próprios conhecimentos, de forma que só uma probabilidade de lesão, acima de um risco geral, é que preencheria o tipo penal.⁵³

Segundo Mendoza Buergo, sua concepção parte de uma influência necessária dos princípios informadores e limitadores do Direito Penal, bem como de uma noção de proteção dos bens jurídicos, da ideia de lesividade, fragmentariedade e *ultima ratio*.⁵⁴

Desse modo, só podem ser consideradas verdadeiramente típicas aquelas condutas que, segundo Mendoza Buergo, além de coincidir com a descrição do tipo, constituem ações antinormativas que atentam contra o bem jurídico protegido, por serem lesivas ou perigosas. E assim o desvalor objetivo material da ação se revela como elemento central da constituição do tipo de injusto.⁵⁵

E, para além disso, Mendoza Buergo afirma que a chamada “perigosidade” é um elemento imprescindível do injusto. Assim, a “perigosidade” da conduta é um elemento objetivo necessário do injusto em todos os delitos, que se não de valorar por um juízo *ex ante*.⁵⁶

⁵⁰ Interessante que aqui Mayer procura substituir aquelas expressões como lesão ao bem jurídico (*Rechtsgutsverletzung*), pôr em perigo o bem jurídico (*Rechtsgutsgefährdung*), prejuízo ao bem jurídico (*Rechtsgutsbeeinträchtigung*) ou ofensa ao bem jurídico (*Angriff auf das Rechtsgut*) pela chamada relação negativa com o bem jurídico (*Negative Rechtsgutsbezug*). MAYER, Andreas H. *Die Gefährlichkeitsdelikte. Ein Beitrag zur Dogmatik der “abstrakten Gefährdungsdelikte” unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts*. Münster; Hamburg: Lit, 1992. p. 93.

⁵¹ MEYER, op. cit. p. 179.

⁵² Ou, como afirma o próprio Mayer: “Die in den ‘abstrakten Gefährdungsdelikten’ vorausgesetzte Tathandlung muß m.a.W. als mögliche Ursache der Verletzung des geschützten Rechtsguts erscheinen”. Op. cit., p. 182-183.

⁵³ Conforme refere Mayer: op. cit. *als Prognose ex ante zu fällen. Die dabei heranzuziehenden Erfahrungssätze müssen zum Zeitpunkt der Tathandlung bereits entdeckt sein. Die Prognose muß die Verletzung eines Rechtsguts als über das allgemeine Lebensrisiko hinausgehend wahrscheinlich erscheinen lassen.*” Op. cit., 1992. p. 207. Também é relevante trazer à tona, nesse instante, o trabalho de Hirsch, por sua semelhança com o pensamento de Mayer, ao menos em nosso juízo, pois também almeja estabelecer novas concepções para a noção de perigo abstrato. Para Hirsch, a ideia de perigo abstrato deveria ser cindida em periculosidade concreta (concreta possibilidade de lesão ao bem jurídico, percebida *ex ante*) e periculosidade abstrata (uma perigosidade imanente ao tipo, de risco, que independe de qualquer ajuste concreto). HIRSCH, Hans Joachim. “Gefahr und Gefährlichkeit”. In: *Strafgerichtsbarkeit, Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: C. F. Müller, 1993. p. 548-550 e ss. E, por sua vez, semelhante com Hirsch, está Zieschang, que inclusive aceita a terminologia de Hirsch, de delitos de periculosidade concreta e periculosidade abstrata, porém cria também os chamados delitos de potencial de pôr em perigo, autênticos crimes de resultado, caracterizados pela concreta situação perigosa, com uma lesão ou exposição do bem jurídico ainda que de forma potencial. Zieschang ainda refere aqueles casos dos crimes de perigo como mero descumprimento de uma norma. Nesse diapasão, Zieschang assevera que os crimes de “perigosidade” abstrata deveriam ser considerados apenas na esfera administrativa e aqueles delitos de “perigosidade” concreta, de lesão, de potencial de pôr em perigo e de concreto pôr em perigo caberiam ao direito penal. ZIESCHANG, Frank. *Die Gefährdungsdelikte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 391. No mesmo sentido as citações de D’AVILA, op. cit., p. 151-53 e MENDOZA BUERGO, op. cit., p. 320-322.

⁵⁴ Id., *ibid.*, p. 350.

⁵⁵ Id., *ibid.*, p. 392-393.

⁵⁶ Id., *ibid.*, p. 395.

De outra parte, Mendoza Buergo afirma que aqueles delitos puros de perigo abstrato devem ser evitados, exceto naqueles casos flagrantes de “perigosidade” da conduta.⁵⁷

Por fim, Mendoza Buergo exige que mesmo naqueles casos de perigo abstrato puro deveriam estar presentes a real “perigosidade” da conduta, bem como aquelas características fundamentais da chamada teoria da imputação objetiva.⁵⁸ Só assim, poder-se-ia alcançar a relevância típica da conduta, decorrente de um risco ou perigo de elevada significação.⁵⁹

Embora a inclusão de Wohlers nessa temática seja polêmica, em razão de que propõe uma noção bem diferenciada de delitos de perigo abstrato, parece que esse autor também traz consigo uma noção de delito relacionado com “perigosidade” e risco.

Segundo Wohlers, há casos em que a ação típica, por si só, já leva o perigo ao bem jurídico, de forma que deveria incidir sobre a figura do delito abstrato. Seria o caso de criminalização em razão do surgimento de um perigo para além do alcance do autor.⁶⁰ Em outras situações, não haveria outra solução senão utilizar-se da categoria dos delitos de acumulação, devidamente temperados por prognósticos ou expectativas realistas.⁶¹ E haveria também outra situação que permitiria a criminalização pela categoria

⁵⁷ Relevante aqui é a afirmação de Mendoza Buergo: “Este modelo de delito de peligro abstracto, por tanto, puede responder a las expectativas de proveer un modelo de tipificación dogmáticamente adecuado y político-criminalmente legítimo de conductas peligrosas, pues dotan de mayor contenido de injusto al delito de peligro abstracto puro y exigen la constatación del contacto efectivo – más azaroso – de la conducta con un posible objeto del bien jurídico. Realmente suponen un modelo de tipificación del peligro abstracto donde se plantea por primera vez la comprobación de lo que positivamente es un peligro abstracto, pues en los clásicos delitos de peligro abstracto no se lleva a cabo. La fórmula, a pesar de la heterogeneidad de su plasmación típica, es propuesta cada vez más como modelo a utilizar de manera preferente por el legislador, en lugar del tipo clásico de delito de peligro abstracto, por quienes, como también se sostiene aquí, piensan que ésta última técnica de tipificación del peligro abstracto debe ser evitada en la mayor medida posible.” Ibid., p. 414-415.

⁵⁸ Para ser mais expressivo: “Así pues, resulta necesario exigir la peligrosidad efectiva de la acción en el caso concreto, desde una perspectiva *ex ante*, para cuya determinación entiendo que, en el plano dogmático, puede ser especialmente útil y oportuna la aplicación de criterios de imputación objetiva, fundamentalmente, aunque no sólo, porque constituye la construcción actualmente en mejores condiciones de fundamentar un concepto de injusto a través de parámetros objetivo-normativos”. Ibid., p. 440.

⁵⁹ Como refere Mendoza Buergo: “Em definitiva, la cuestión de La creación o no de un peligro típicamente relevante, se injuicia desde la perspectiva *ex ante*, siendo decisivo el criterio de si un observador objetivo hubiera considerado en ese momento que la conducta correspondiente era arriesgada o aumenta el peligro, teniendo también en cuenta los eventuales conocimientos especiales del autor.” Ibid., p. 460.

⁶⁰ WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechjys – zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte*. Berlin: Dunckr & Humblot, 2000. p. 311 e ss. Segundo Wohlers: “Wie oben dargelet, erfaBt der Deliktstypus des konkreten Gefährlichkeitsdelikts Verhaltensweisen, bei denen eine konkrete Gefährdung bzw. Schädigung nur deswegen ausgeblieben ist, weil sich kein Rechtsgutobjekt im Einwirkungsbereich des Tätes befand. Der Sache nach handelt es sich bei den diesem Deliktstypus angehörenden Straftatbeständen um tatbestandlich vertype Gefährsetzungen”. Ibid., p. 311.

⁶¹ Id., *ibid.*, p. 318 e ss. De ressaltar, como salienta Fabio D’Avila, que o grande impulsionador da ideia de delitos de acumulação foi Kuhlen, ao trabalhar uma leitura diferenciada dos delitos de poluição, a partir de uma perspectiva antropocêntrica-ecocêntrica. D’AVILA, *op. cit.*, p. 119-120. Também defendendo uma ideia de acumulação para a punição de delitos de perigo abstrato, principalmente nos casos de meio ambiente, encontra-se Hefendehl. Aliás, Hefendehl vai além, tratando também da necessidade de se trabalhar as espécies de delito a partir dos bens jurídicos protegidos, de cariz coletivo ou individual, trazendo à tona ainda a figura daquilo que poderíamos referir como delitos com lesividade potencial. HEFENDEHL, Roland. *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*. Köln; Berlin; Bonn; München: Heymanns, 2002. p. 157 e ss.

típica do perigo abstrato: aquelas situações em que não há propriamente um bem jurídico afetado, mas que, ainda assim, merecem uma atenção especial, pois poderiam potencializar o perigo de que o próprio agente ou outras pessoas venham a cometer uma ação mais lesiva.⁶²

5. Delitos de perigo abstrato a partir da ideia de cuidado de perigo de Faria Costa

Se a matriz do nosso pensamento acerca da eficiência está na relação matricial ontoantropológica de cuidado de perigo, por certo que aqui também fomos influenciados por essa linha de pensamento. E o fomos não por uma adesão a um argumento de autoridade, mas em razão de que tal construção, ao nosso sentir, é aquela que permite a melhor abordagem e aproximação para os problemas dos delitos de perigo abstrato e de sua relação com a eficiência.

Não se trata, por conseguinte, de desprezar as construções que antes vimos. Ao contrário, trata-se, sim, de estruturar uma noção de eficiência que, para nós, repercute, de forma certa, nos delitos de perigo abstrato.

Por tudo isso, não podemos fugir de nossa raiz epistemológica, de nosso próprio cerne científico, que é o pensamento ontoantropológico do cuidado de perigo, desenvolvido por Faria Costa.

E essa relação ontoantropológica de cuidado de perigo, de cuidado com o outro e entre todos, repercute essencialmente nos delitos de perigo abstrato, que se mostra um campo fecundo de problematizações para a política criminal, à dogmática penal e à própria legitimidade das incriminações legislativas em Direito Penal. É precisa a indagação de Faria Costa: “*onde radica a legitimidade do Estado para punir meras situações de pôr-em-perigo ou ainda para punir, não aquelas concretas situações de pôr-em-perigo, mas tão-somente a situação ‘potencial’ de pôr-em-perigo?*”⁶³

Faria Costa, entretanto, repele a ideia de que a legitimação dos delitos de perigo abstrato se dê pela pretensa diminuição da criminalidade.⁶⁴ Na verdade, segundo afirma Faria Costa, há um outro nível de ofensividade em relação ao bem jurídico que vai além do dano-violação, um espaço de ofensividade que se caracteriza pela “comoção de certeza do ser”.⁶⁵ E é a partir dessa noção que se percebe uma ofensa que permite trazer à baila a técnica de cuidado de perigo, a partir de uma afetação daquele halo que circunda o bem jurídico, ao qual a comunidade concede a dignidade da proteção penal.⁶⁶

Eis o ponto de chegada, o limite da interferência jurídico-penal, o alcance mais distante que se pode alcançar, legitimamente, com a ciência jurídico-penal. E, assim,

⁶² WOHLERS, op. cit., p. 328 e ss. Como refere Wohlers: “*Wie oben dargelegt wurde, liegt das spezifische Risikopotential der hier als Vorbereitungsdelikte bezeichneten Verhaltensweisen darin, daß entweder der Handelnde selbst oder abe reina andere Person na das Ergebnis der in Frage stehenden Verhaltensweise anknüpfen und hieraus dann die Beeinträchtigung eines Interesses resultieren kann*”. Ibid.

⁶³ COSTA, op. cit., p. 568.

⁶⁴ Id., ibid., p. 578.

⁶⁵ Id., ibid., p. 630.

⁶⁶ Id., ibid., p. 630.

O desvalor de cuidado-de-perigo fundamenta o ilícito-típico dos crimes de perigo abstrato, independentemente da existência de um concreto e identificável bem jurídico. A razão de ser do desvalor inerente ao cuidado-de-perigo com que queremos fundamentar os crimes de perigo abstrato está ainda, se bem que de uma forma tênue, na perversão da matricial e originária relação de cuidado-de-perigo. A perversão dessa relação suscita não um dano, não um perigo, mas um cuidado-de-perigo.⁶⁷

Da mesma forma, Faria Costa não vislumbra uma incompatibilidade dos delitos de perigo abstrato com a ofensividade ou com um paradigma constitucional, pois não bastaria ao legislador definir uma conduta de perigo abstrato, mas também verificar se a utilização da categoria do cuidado de perigo, a mais avançada das defesas jurídico-constitucionais permitidas, estaria destinada a proteger, por meio de uma ligação, um bem jurídico com dignidade penal.⁶⁸

Seguindo a perspectiva de uma visão ontoantropológica de cuidado de perigo, Fabio D'Avila assevera que em razão de uma impossibilidade de criação de tipificações perfeitas de cuidado de perigo, o julgador deveria atentar não apenas aos aspectos formais, mas também aos critérios de ofensividade, repelindo, por conseguinte, todas aquelas situações em que a lesão ao bem jurídico se torne impossível.⁶⁹

Desse modo, o autor expressa que os dois primeiros elementos essenciais dos delitos de perigo abstrato seriam a ausência ou não exigência de um bem jurídico concretamente exposto a perigo e à necessidade de uma situação relacional que possa expressar, ainda que de forma mínima, o conteúdo conformador da noção de perigo.

E daí Fabio D'Avila salta para uma ideia de acertamento dos delitos de perigo abstrato, a partir de uma possibilidade não insignificante de dano ao bem jurídico. Nessas situações, dever-se-ia realizar, inicialmente, um juízo *ex ante* de objetiva e real possibilidade de dano ao bem jurídico protegido e, posteriormente, um juízo negativo de significação dessa possibilidade, sob o âmbito normativo do tipo. A ofensa, em tais casos, assumiria a forma de uma interferência na esfera de manifestação do bem jurídico, uma inadmissível perturbação na tensão primitiva da relação de cuidado de perigo que o ilícito-típico de perigo abstrato pretende evitar. Somente haverá ofensividade, assim, caso haja a interseção do raio de ação do perigo, com a esfera de manifestação do bem jurídico. Todavia, ainda haverá situações em que tal interseção não acarretará uma efetiva ofensa, em razão daquele critério antes referido da não insignificância.⁷⁰

A nossa concordância com o critério criado e sustentado por Faria Costa para solver a questão da legitimidade atinente aos delitos de perigo abstrato já foi colocada. Entretanto, também nos parece pertinente que se revele aqui a opinião de Fabio D'Avila, ao estabelecer critérios para o esclarecimento dos delitos de perigo abstrato.

⁶⁷ Id., *ibid.*, p. 634.

⁶⁸ COSTA, *op. cit.*, p. 646-650.

⁶⁹ D'AVILA, *op. cit.* p. 166-167.

⁷⁰ Id. *ibid.*, p. 172-173. Ainda, seguindo um critério de determinação dos delitos de perigo abstrato a partir de um pensamento ontoantropológico de cuidado de perigo, a dissertação de MACHADO, Tomás Grings. *Ofensa de cuidado-de-perigo e legitimação dos crimes ambientais: o princípio da ofensividade como limite à criminalização de condutas*. Dissertação – Pontifícia Universidade Católica, Porto Alegre, 2008.

E essa concordância é mais relevante quando se trabalha com a noção de eficiência que construímos, uma noção de otimização de legitimidade numa simbiose entre o fundamento, a função e a finalidade do Direito Penal.

Mas qual a repercussão que pode ter a eficiência para os delitos de perigo abstrato? Conforme referimos, hoje se está a falar de eficiência como redução de criminalidade, de forma que se lança mão dos delitos de perigo abstrato, para pretensamente se diminuir a criminalidade.

Não é esse o nosso paradigma. Bem ao contrário. Entendemos ser impossível trabalhar os delitos de perigo abstrato sem atentar para a ideia de bem jurídico, para a relação ontoantropológica de cuidado de perigo, como também para a finalidade de justiça e paz jurídica, que é a finalidade do Direito Penal. Não que, sempre e em todas as situações, esse modelo de tipificação esteja a exigir um bem jurídico no raio de ação da conduta perigosa ou a afetar direta e frontalmente uma esfera de manifestação dinâmica dos bens jurídicos, mas, sim, que sempre no norte da tipificação deve estar a ideia de bem jurídico, pois não se há de lançar mão do Direito Penal senão para, ao fim e ao cabo, proteger os bens jurídicos.

Assim, parece-nos que há de se agregar àquela concepção de Faria Costa uma ideia de eficiência, de eficiência como unidade de sentido entre a função, o fundamento e a finalidade do Direito Penal.

Mas aqui se impõe uma diferenciação. É que, ao nosso ver, a indagação que se haverá de fazer, numa perspectiva *ex ante*, não é apenas aquela que diz respeito à real possibilidade de afetação do bem jurídico, mas, para além disso, uma dupla interrogação seja acerca da afetação da relação ontoantropológica de cuidado de perigo, bem como acerca da real possibilidade de afetação do bem jurídico. E, num segundo momento, aí, sim, atinente ao âmbito normativo do tipo, mais uma dupla interrogação, acerca da não insignificância da conduta e do alcançamento da justiça e da paz jurídica para reconhecimento do ilícito típico. E, diga-se, justiça e paz no sentido que referimos, de ponderação, de equilíbrio, de medianidade, numa espécie de prognose, antes mesmo da visualização de um resultado concreto.⁷¹

6. Considerações finais

Quando falamos do nosso *a priori*, da nossa intenção de trazer à tona a relevância da eficiência para uma melhor percepção dos delitos de perigo abstrato, sabíamos que alguns problemas teriam que ser vencidos. O principal deles, procurar demonstrar a relevância de uma noção de eficiência, não para reduzir a criminalidade ou os delitos, mas, sim, para estabelecer uma forma mais ampla de legitimação do Direito Penal. Uma forma mais ampla de legitimação que trabalhasse também com a eficiência, mas não só com ela. Uma forma de legitimação que trabalhasse com a eficiência ultrapassando um funcionalismo mais radical e a análise econômica do Direito. E aí chegamos até a concepção de eficiência

⁷¹ E aqui nunca é prudente esquecer o que disse RICOEUR, Paul. *O justo ou a essência da justiça*. Tradução de Vasco Casimiro. Lisboa: Piaget, 1995. p. 172. “É esta justa distância entre os parceiros afrontados, demasiado próximos no conflito e demasiado afastados um do outro na ignorância, no ódio, ou no desprezo, que resume bastante bem, penso, os dois aspectos do ato de julgar: por um lado, cortar, pôr fim à incerteza, separar as partes; por outro, fazer reconhecer a cada um a parte que o outro ocupa na mesma sociedade, em virtude do que o ganhador e o perdedor do processo seriam reputados ter cada qual a justa parte no esquema de cooperação que é a sociedade”. p. 169.

como unidade de sentido entre o fundamento, a função e a finalidade do Direito Penal. A eficiência, para nós, estará aí, na conjunção e na percepção dialética desse todo que necessita de um entrelaçamento.

Porém, sempre foi, para nós, uma preocupação a repercussão prática dessa percepção, não apenas sobre os delitos de perigo abstrato, a mais moderna forma de tipificação da tutela penal, mas até sobre seus efeitos na esfera processual penal, como veremos adiante. Porém, no campo de repercussão dos delitos de perigo abstrato, a preocupação era ainda maior em razão da pretensa inconstitucionalidade desses delitos, bem como em razão da forma de introduzir a eficiência para um adequado tratamento dessa temática. Era fundamental, pois, não apenas explicar como se daria a invasão da noção de eficiência nos delitos de perigo abstrato, mas também que se problematizasse, concretamente, o resultado dessa interferência em casos pontuais e reais.

E, portanto, chegou-se às ponderações e conclusões que foram expostas. A necessidade de indagar, num primeiro momento, acerca da afetação de uma relação ontoantropológica de cuidado de perigo e da ameaça ou violação do bem jurídico ou da sua esfera dinâmica de manifestação nos parece vital para dotar os delitos de perigo abstrato de maior densidade ofensiva. Verificar a viabilidade de criminalização de uma conduta que, nem de saída, afeta uma relação ontoantropológica de cuidado de perigo ou um bem jurídico não nos parece minimamente adequado. Ao contrário, aí nos pareceria uma abertura de fronteiras para punições meramente simbólicas, para meras violações de dever, sem eficiência e sem relevância jurídico-penal.

De outra parte, ultrapassando uma ideia de simples incriminação, não se poderia deixar de indagar, sob o plano normativo do tipo, acerca da não insignificância e da justiça da punição de um ilícito típico de cuidado de perigo. Muitas e muitas condutas de cuidado de perigo podem se apresentar, sob o âmbito do tipo, como insignificantes. E, para nós, há também uma preocupação que não nos soa como desprezível: uma tendência de atentar para os delitos de cuidado de perigo sob um ângulo puramente formal, sem observar a prudência de punição de condutas que, *de per se*, nenhuma repercussão ofensiva possuem. Por isso a preocupação de trazer aqui a ideia de justiça e paz jurídica para a verificação da punibilidade dessa espécie de delito.

Nos exemplos trazidos, não é incomum que, na prática forense, muitas vezes, a discussão sobre a justiça da punição e o alcançamento da paz jurídica fiquem completamente alijadas da discussão processual. Poderão afirmar: mas, sempre e em todos os casos, dever-se-ia indagar da justiça da incriminação e da punição e se ambas alcançam a paz jurídica? Ocorre que, nos delitos de resultado, como no homicídio, por exemplo, exceto naqueles casos em que há uma justificativa ou excludente para tanto, a punição é em si justa e, em geral, não se põe isso em causa. O mesmo não se pode dizer do uso de drogas, do porte ou posse de arma, da embriaguez ao volante, da poluição ou da gestão fraudulenta ou temerária. Parece que, nesses últimos delitos, uma ofensividade menor tem levado à opacidade da indagação acerca da justiça de uma punição dessas condutas. Uma opacidade, que tem levado o operador do Direito a retornar para posturas passivas e positivistas, impróprias ao contexto atual. Mas, é bem de se ver, entendemos que as ideias de justiça e de alcançamento da paz jurídica, em tais casos, não estão soltas e perdidas, mas devem ser vistas num contexto que realce a ideia de eficiência, que atente para uma ideia de unidade de sentido do Direito Penal.

E, vistos assim e encarados assim, pensamos que os delitos de perigo abstrato encontrarão uma ainda maior capacidade de legitimação, não apenas por trazerem para o seu cerne essa unidade de sentido entre fundamento, função e finalidade do Direito Penal, mas por também trabalharem a ideia de eficiência, sem desnaturar as garantias e os fundamentos de um Direito Penal, de que somos herdeiros responsáveis.