

OFENSIVIDADE E LIMITAÇÃO DO PODER PUNITIVO: O CONCEITO DE PERIGO ABSTRATO E SUA RELAÇÃO COM A TEORIA DO BEM JURÍDICO

“OFENSIVIDAD” Y LIMITACION DEL PODER PUNITIVO: EL CONCEPTO DE PELIGRO ABSTRACTO Y SU RELACION CON EL BIEN JURÍDICO

Rodrigo Iennaco de Moraes

RESUMO

O artigo apresenta os principais contornos do debate atual sobre a capacidade de rendimento do conceito de perigo abstrato, indagando sobre sua densidade teórica e sobre como se relaciona, como técnica de antecipação da punição, com a teoria do bem jurídico, para investigar, por fim, sua capacidade argumentativa para compreensão dos limites de incriminação legítima. As ideias são articuladas em torno da indagação sobre como a teoria do bem jurídico se relaciona com os conceitos e classificações decorrentes do perigo abstrato e com a principiologia constitucional. Procura apresentar, por fim, os contornos teóricos básicos da ofensividade, como princípio, necessários para a realização dos objetivos de limitação do poder punitivo, no parâmetro da democracia constitucional, com aptidão para responder às complexas demandas do Direito Penal na contemporaneidade, sem prejuízo ao marco das liberdades.

PALAVRAS-CHAVE

perigo abstrato – ofensividade – limites constitucionais do direito penal – direito penal democrático – teoria do bem jurídico

RESUMEN

Este artículo presenta las principales posturas en el debate actual, sobre la capacidad de rendimiento del concepto de peligro abstracto, analizando su densidad teórica, y su relación, como técnica de anticipación de las barreras de punición, con el bien jurídico, para finalmente investigar la capacidad argumentativa del concepto, y poder comprender los límites de la criminalización legítima. La presente idea es desarrollada, por medio de la indagación de, cómo la teoría del bien jurídico se relaciona con los conceptos y clasificaciones que surgen del peligro abstracto, y la principialística constitucional. De esta forma, se presentan, los

fundamentos teóricos fundamentales de la ofensividad, como principio, necesarios para la realización de los objetivos de limitación del poder punitivo, en el contexto de una democracia constitucional con idoneidad para responder las complejas demandas del derecho penal contemporáneo, sin embargo del marco de las libertades.

PALABRAS CLAVE

perigo abstracto – límites constitucionales del derecho penal – derecho penal democrático – protección de bienes jurídicos

INTRODUÇÃO

Quando se defende um projeto de Direito Penal segundo a Constituição – uma Constituição estruturada nas liberdades e garantias fundamentais próprias da Democracia –, deve-se optar por conferir à Dogmática Penal um cabedal de propósitos limitadores do poder punitivo (ZAFFARONI, 2013). Essa é a única opção metodológica capaz de edificar um projeto de Direito Penal que, segundo a Constituição, resulte em um desenho reducionista de exercício do poder estatal, tarefa que por definição se pode (e deve) atribuir ao poder jurídico na Democracia. Um planejamento teórico assim concebido, do ponto de vista metodológico, estabelece suas bases na hermenêutica dos princípios, capaz de dialogar com a Dogmática para compreendê-la como campo normativo aberto e permeável, cujos limites axiológicos são conferidos pela Constituição, no primado humanístico da dignidade e na busca democrática do consenso, do restabelecimento e construção de laços de solidariedade (inclusão) para além das práticas punitivistas (exclusão), a partir do *controle do poder*.

Nesse quadro, pergunta-se: a) o conceito de perigo abstracto possui densidade teórica e capacidade de rendimento argumentativo suficientes para compreender os limites de incriminação legítima? Como a teoria do bem jurídico se relaciona com os conceitos e classificações decorrentes do perigo abstracto e com a principiologia constitucional? Quais os contornos teóricos da ofensividade, como princípio, necessários para a realização dos objetivos de limitação do poder punitivo, no parâmetro da democracia constitucional, com aptidão para responder às complexas demandas do Direito Penal na contemporaneidade, sem prejuízo ao marco das liberdades?

A pretensão de estabelecer limitações ao exercício legislativo do poder punitivo se insere numa perspectiva teórica mais ampla, que se poderia nominar como *modelo constitucionalmente orientado de Direito Penal* (RAMACCI, 2007). O debate em torno

desse limites decorre (ou se refere), em certa medida, do (ao) método e da (à) matriz filosófica da teoria do delito subjacente, com importantes reflexos ou consequências no plano da hermenêutica jurídica, especialmente no plano constitucional.

Sobre o dilema metodológico imposto pela disciplina dos bens constitucionalmente relevantes, escreve, ainda, Francesco Palazzo (2011, p. 70):

[...] se davvero il legislatore avesse il monopolio delle valutazioni della dannosità sociale, la garanzia sostanziale perderebbe la sua necessaria consistenza prelegislativa e dunque la sua idoneità a vincolare il legislatore in funzione limitativa dell'area del penalmente rilevante.

La necessità di fare riferimento comunque ad una nozione prelegislativa di criminalità e di reato introduce dunque una larga *apertura sociologica* nell'attuazione delle garanzie sostanziali. Si determina così un tramite di proficua comunicazione tra il momento della formalizzazione giuridica e quello della preesistente realtà sociale.

Se se pretende conferir à ofensividade, como princípio, determinados conteúdos ou parâmetros limitativos, a tarefa da Dogmática se deve declarar na perspectiva de uma Dogmática normativista, posto que pós-funcional (ou melhor, pós-sistêmica), em que os processos sócio-comunicacionais se inserem, numa abordagem materialista e contextualizada, num espectro mais amplo das ciências sociais na contemporaneidade, para além de uma dicotomia perigo *versus* risco, que justificasse uma leitura escatológica do Direito Penal (sociedade de risco, medo e promessas de securitização). É passado o tempo da polícia moral e do patrulhamento ideológico linear ou horizontal.

Aponta Mantovani que, numa visão *humanista integral*, o Direito Penal pode contribuir para a afirmação do propósito personalístico de mediação entre o momento individual que assegura a liberdade e o momento social que garante a igualdade, operando numa dúplice diretriz de fundo: a) a da *liberalização* do direito penal; b) a da *socialização* do direito penal. A primeira opera num plano de proteção de direitos humanos (vida, integridade física, saúde, honra etc.) e de liberdades invioláveis (consciência, expressão, religião etc.), com correlatas exigências de “deideologização”, despenalização e descriminalização, reservando-se o Direito Penal para autêntica função de salvaguarda da função de tutela dos interesses essenciais da comunidade (MANTOVANI, 2007, p. 22-23).

Portanto, o que Mantovani propõe (na premissas de um *Direito Penal de Liberdade*) é o estabelecimento da Constituição como ponto de referência para o modelo de intervenção que deve realizar o Direito Penal, ou seja, a Constituição como limite do Direito Penal, ao estabelecer princípios fundamentais de caráter penal, direitos de liberdade, inviolabilidades e

programas relacionados aos objetivos da república, à luz de valores sociais como a solidariedade socioeconômica etc. (MANTOVANI, 2007, P. 25-28), raciocínio que se relaciona com a generalidade das Constituições democráticas e sua relação axiológica com as bases principiológicas do Direito Penal subjacente.

A ofensividade, assim, poderia ser definida a partir do paradigma do “elemento social de valor”, à semelhança do juízo empreendido pelos teóricos da teoria social, ou ainda no plano da “danosidade social”, como prefere a doutrina italiana (TAVARES, 2009, p. 85). E, no paradigma do resultado, dentro de uma concepção de imputação que tenha o bem jurídico como referência, independentemente das categorias de perigo que se possam estabelecer no espectro da classificação, mas atento aos aspectos da linguagem e às peculiaridades da tutela que se tem por parâmetro: *técnicas e limites gradativos de antecipação da tutela penal*.

O *desideratum* da teoria do bem jurídico não difere, em substância, das tentativas de delimitação do poder punitivo, em nível constitucional ou no juízo da legitimidade, por outros postulados argumentativos, como assinala Mata y Martín, citados por Busato (2013, p. 42):

A construção dogmática do injusto tendo como base o bem jurídico traz como consequência a *despenalização das condutas fundamentadas na expressão de ideais morais, religiosas, políticas ou ideológicas*. Seria inadmissível uma reforma penal que pretendesse impor ordens éticas que não sejam as inevitavelmente derivadas da proteção aos bens jurídicos que a sociedade plural reconheça. Assim, por exemplo, se exclui a mera imoralidade, como a “homossexualidade entre adultos” ou “a difusão de pornografia”. Por outro lado, tampouco o Direito pode constituir-se em um fator de *standardização ideológica*. Uma vez que o bem jurídico constitui um limite ao poder punitivo do Estado, o nível de importância que se lhe assinale na construção do injusto evidencia o propósito dos legisladores.

As linhas que seguem procuram analisar as possibilidades hermenêuticas do princípio da ofensividade e inovar a perspectiva de sua apropriação pela teoria do bem jurídico, a partir do pressuposto do esgotamento operativo do conceito de perigo abstrato.

Essa opção declarada permitiria, no mínimo, apontar para a necessidade de redefinição dos limites axiológicos da intervenção penal nos crimes de perigo, *a partir de critérios hermenêuticos inerentes à ofensividade*, analisando-os a partir do arcabouço político-filosófico complexo, característico da pós-modernidade.¹

¹ Quanto à relevância, para a teoria do delito contemporânea, dos referenciais ônticos, remanescentes da perspectiva finalista, v. Schünemann; cf. GRECO, Luís. Bernd Schünemann, penalista e professor: a propósito desta coletânea. In: *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Madri-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 9.

1 O BEM JURÍDICO COMO DOGMA FLUIDO

A ideia de bem jurídico nasce na primeira metade do século XIX, atrelada à concepção contratualista da defesa de “direitos subjetivos”, numa apreciação, portanto, subjetivista (Feurbach); foi Birnbaum, contudo, quem primeiro identificou que a proteção não poderia ser de um direito, ou seja, o delito não poderia ser a lesão de um direito, senão do “objeto de um direito”, isto é, “*um bem que juridicamente nos pertence e que nasce da própria natureza ou pelo resultado do desenvolvimento social*” (BUSATO, 2013, p. 46). Porém, durante muito tempo, o debate em torno da concepção analítica dominou o cenário da literatura jurídica, em detrimento das questões de fundo (radicadas no conceito material de delito e na discussão em torno da legitimidade do Direito Penal, no estudo de suas funções políticas). Portanto, embora em todas as correntes de pensamento se tenha discutido a noção de bem jurídico, apenas recentemente a discussão passou a ocupar o palco principal do debate.

Numa teoria de raiz positivista, Binding defendia que toda norma teria um bem jurídico que é um produto da decisão política do Estado. Portanto, para Binding, “o importante é a norma e sua desobediência”, perdendo o bem jurídico seu caráter limitador e autônomo (BUSATO, 2013, p. 46-47).

Quanto ao conceito material de crime, v. Liszt proclamava que “crime é a agressão, tida na perspectiva do legislador como especialmente danosa para uma dada ordenação social, a interesses juridicamente protegidos, pelo lado da perigosidade social revelada em tal agressão por uma personalidade responsável” (FIGUEIREDO DIAS, 2004, p. 104). Liszt parece trabalhar, à primeira vista, com um conceito realista de bem jurídico; mas, ao diferenciar bem jurídico e objeto da ação, diz que só o objeto da ação pode ser lesionado, enquanto o bem jurídico, para “além do domínio da lei causal”, é impassível de qualquer agressão (GRECO, 2011, p. 88).

A desintegração do modelo causal clássico se verifica progressivamente, a partir da reorganização teleológica da ação causalista, segundo *fins e valores* do direito penal, pautada na relação entre o mundo do *ser* e o mundo do *dever-ser*, entre *realidade* e *valor*. O neokantismo aparece como superação do positivismo, partindo da distinção entre ciências naturais e culturais, procura demonstrar a necessidade de reconhecer-lhes métodos próprios (PRADO, 2001, p. 192, nota 16). Assim, o peculiar da ciência do Direito é sua referência a *valores* que têm certos *fins* – aspecto teleológico (ROXIN, 2002, p. 202). Assim, destaca-se a

natureza teleológica do bem jurídico. Para Honig, bem jurídico é um princípio metodológico para interpretação dos tipos penais (*ratio legis*), ou seja, “o fim reconhecido pelo legislador nos preceitos penais individuais” (BUSATO, 2013, p. 48). Nesse panorama, as concepções da Escola de Kiel (Dahn e Friedrich Schaffstein) deram sustentação teórica ao Direito Penal nazista dos anos 30, ao identificarem a *lesão do dever* como conteúdo material do injusto, esvaziando por completo qualquer caráter limitativo que lhe pudesse atribuir o conceito de bem jurídico: o Estado é o intérprete do *volksgeist* (BUSATO, 2013, p. 48), logo, a vontade do Chefe do Estado é a vontade do povo.

Villar Borda, citado por Busato (2013, p. 49), esclarece como, depois da Segunda Grande Guerra, cresceu a preocupação pelo reestabelecimento de limites ao poder político, contexto em que Welzel tentou reverter a maneira como se entendia o bem jurídico, para compreendê-lo, numa base ontológica, como todo “estado social desejável que o Direito quer resguardar de lesões”. Porém, coerentemente com seu sistema, Welzel prega que “a missão do Direito penal não consiste na proteção de bens jurídicos, mas na proteção dos valores elementares da consciência, de caráter ético-social, e apenas por inclusão acessória a proteção de bens jurídicos particulares”, assegurando, pois, “os elementares valores sociais da ação.” O finalismo introduziu no conceito material de crime um componente moral (ético)social, correspondente à violação de deveres ético-sociais elementares ou fundamentais. Na cartilha de Welzel, citado por Figueiredo Dias (2004, p. 106), “a tarefa central do direito penal residiria em ‘assegurar a validade dos valores ético-sociais positivos da ação’: ‘a tarefa primária do direito penal consiste na proteção dos valores elementares de consciência, de caráter ético-social, e só por inclusão na proteção dos bens jurídicos particulares’; missão do direito penal é a proteção dos bens jurídicos mediante a proteção dos elementares valores de acção ético-sociais.”

No contexto de superação do finalismo, o funcionalismo estrutura seu sistema na perspectiva de um programa de imputação: produto de uma concepção funcional *radical*, a ação aparece como parte da teoria da imputação (conduta do agente/infração à norma/responsabilidade), que, por sua vez, deriva da função da pena (ZAFFARONI; PIERANGELI, 1999, p. 400).

Ancorado na teoria do sistema social de Nicklas Luhmann, o bem jurídico é visto de acordo com a “disfuncionalidade sistêmica do comportamento” (BUSATO, 2013, p. 50), o que determinaria grau do dano social como coincidente com a própria violação da norma, concepção que remonta, *mutatis mutandis*, ao paradigma neokantiano ou à supervalorização

da norma, como preconizava Binding. Pode-se falar, portanto, numa concepção sistêmica de bem jurídico, quando, em termos metodológicos, utilizam-se os paradigmas sociológico-sistêmicos de Luhmann. A “credibilidade da norma” (que deve ser mantida para estabilização das expectativas sociais) ocupa a posição que caberia ao bem jurídico como função de tutela do Direito Penal. A punição visa à estabilidade normativa. A norma jurídica, critério basilar do ordenamento social, é resultado simplesmente de uma abstração social (PRADO, 2001, p. 200-201).

Por outro lado, ainda no contexto do funcionalismo, prepondera a perspectiva político-criminal, ou seja, a construção conceitual do bem jurídico como parâmetro limitativo da intervenção penal, desde a sua vinculação com “os fins do ordenamento jurídico-penal e com os fins do Estado” (BUSATO, 2013, p. 51), ora com tendência jurídico-constitucional (ordem de valores constitucionais), ora com enfoque sociológico (proteção de bens vitais ou culturais/danosidade social)². A doutrina normativo-teleológica (ou racional-funcional) de Claus Roxin caracteriza-se pela inserção nas categorias dogmático-penais de elementos político-criminais. Define-se o sistema penal com base em critérios teleológicos decorrentes de decisões político-criminais – sistema penal teleologicamente orientado (ROXIN, 1972, p. 39; 2002, p. 62-74; PRADO, 2001, p. 199).

Não se pode negar, precipitadamente, qualquer eficácia limitativa a um *conceito político-criminal* de bem jurídico.³ Mas a questão que colocamos em destaque é outra: a limitação ao poder punitivo tem necessariamente de ser prestada pelo conceito de bem jurídico?⁴ A referência à Constituição como matriz de fundamentação/limitação do poder punitivo parece colocar em evidência a desnecessidade da teoria do bem jurídico, pois, nesse caso, as referências poderiam ser exatamente *valores e princípios constitucionais* (GRECO, 2011, p. 83).

Paradoxalmente, cada vez mais, defensores da teoria político-criminal do bem jurídico começam a aceitar, ainda que excepcionalmente, incriminações sem bem jurídico.⁵ Essa “flexibilização” é apenas um dos sintomas visíveis do desgaste que a teoria vem

² Busato aponta como defensores dessa perspectiva Amelung e, entre nós, Aníbal Bruno; BUSATO, Paulo César. *ob. cit.*, p. 53.

³ Luís Greco lembra, por exemplo, que até a década de 70 o homossexualismo masculino era crime na Alemanha.

⁴ Luís Greco noticia que vem ganhando destaque a alternativa teórica da “lesão a direitos”, cuja essência remonta a Feuerbach; GRECO, Luís. *Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*, p. 81.

⁵ Hefendehl, v. Hirsch, Roxin e o próprio Greco. Cf. GRECO, Luís. *ob. cit.*, p. 89. A visão mais radical parece ser a de Hassemer, para quem incriminações sem bem jurídico não passariam de “terrorismo estatal” (*Rechtsgutstheorie*, p. 64). Sobre a argumentação em torno das incriminações excepcionais sem a referência do bem jurídico (animais e plantas, embrião e interesses de gerações futuras): GRECO, Luís. *op. cit.*, p. 90-91.

sofrendo, em parte pela recente “derrota” sofrida com o julgamento de constitucionalidade da incriminação do incesto pela Corte Constitucional Alemã, em parte pela fluidez estrutural de seu próprio substrato teórico, duramente criticado pela doutrina germânica majoritária, apoiada no princípio da proporcionalidade. Em recentíssimo artigo, Stuckenberg (2013, p. 35-36) questiona os méritos teóricos e a validade constitucional da *Rechtsgutslehre* (doutrina da proteção de bens jurídicos), assinalando o que considera as principais deficiências. A respeito, o mencionado professor da Universidade de Bonn defende que uma teoria mais adequada deveria se basear em outros critérios, e critica:

The fundamental problem of the Rechtsgutslehre is not that it were incompatible with constitutional law as such, the problem is rather its theoretical poorness. [...]

There are several well-known objections to the concept of “legal good” as a theory of criminal policy which I will briefly summarize. One of the main criticisms points to the vagueness of the Rechtsgutslehre and its inability to clearly define what a Rechtsgut is [...]. This vagueness is the symptom of a fundamental flaw – and the reason is this: The concept of “legal good” is the purely formal expression of the result of a value judgment made by the positive law that something is legally protected and hence deemed worthy of this legal protection. Therefore, the quality of “legal good” signifies only that such a value judgment has been made – and nothing else. The concept itself does not offer criteria to determine which objects merit legal protection and which do not and why.

Igualmente Christoph Burchard (2013), para quem a constitucionalização do conceito material do delito trabalha com outras bases, radicadas na proporcionalidade, para a definição das margens e limites de uma “legislação penal constitucionalizada”, chegando a proclamar a morte da teoria do bem jurídico (BURCHARD, 2012, p. 29-49). À indagação sobre as margens e limites de uma legislação constitucionalizada, o professor de Munique (BURCHARD, 2013) apresenta a solução em duas perspectivas, ambas ancoradas na ideia de proporcionalidade: a) algumas condutas não podem ser penalizadas ainda que o legislador pretendesse incriminá-las – vedação de excesso: *Übermaßverbot*; b) algumas condutas devem ser penalizadas, diante dos deveres de proteção constitucional –vedação de proteção deficiente: *Untermaßverbot*. No âmbito da vedação de excesso, o princípio da proporcionalidade, *stricto sensu*, superaria, em termos hermenêuticos, a teoria do bem jurídico:

El examen de proporcionalidad se inicia con la pregunta de la *finalidad legítima* que el legislador debe perseguir mediante una ley penal. En este punto existen paralelos con la doctrina del bien jurídico. Una norma penal tendría que servir para la “protección de los demás o del público en general”; la utilización del derecho penal sólo es legítima si un comportamiento es

“particularmente perjudicial para la sociedad e insoportable para la convivencia ordenada de las personas”. Estas formulaciones que hace el Tribunal Constitucional, en cierta manera pueden ser adoptadas por los defensores de la teoría del bien jurídico. Únicamente basta con decir que el Tribunal Constitucional le adjudica al poder legislativo ciertas prerrogativas de evaluación que consisten en definir qué conducta será protegida mediante qué sanción penal, ya que “En principio [...] es asunto del legislador el determinar el ámbito de las conductas punibles”. Con respecto al examen de “conveniencia” y “necesidad”, en esto se encuentra otro principio preconstitucional, el principio de *ultima ratio*. (BURCHARD, 2012, p. 41-42)

O problema, como reconhece o próprio Burchard (2012, p. 43), é que em termos práticos a Jurisprudência alemã reconhece ao legislador grande discricionariedade para a determinação da punição, com limites extremamente amplos, isso porque o legislador goza de uma certa liberdade de decisão sobre a finalidade do Direito Penal e suas sanções, desde o Direito Penal simbólico até o preventivo, ou seja, “*el legislador está facultado para inventar bienes protegidos*”. O certo é que, de fato, o Tribunal Constitucional alemão (estamos nos referindo à decisão de constitucionalidade da incriminação do incesto na Alemanha) preteriu a *teoria do bem jurídico tutelado* em favor do princípio da proporcionalidade, substituindo “*los límites absolutos académicos por prerrogativas de valoración del legislador*” (BURCHARD, 2012, p. 48).

Essa parece ser a grande questão, ou problema fundamental, em torno das limitações substanciais ao poder punitivo, e que reside não apenas no plano da epistemologia, mas essencialmente no nível da pragmática!

Ademais, que a teoria do bem jurídico, ao menos na Alemanha, esteja em crise, não é novidade. Porém, abandoná-la parece precipitado. Luís Greco (2011, p. 81), embora reconheça que o conceito de bem jurídico não seja amplamente aceito, apresenta-nos posição bastante equilibrada, no sentido de que o bem jurídico representa, de início, o “primeiro sinal de cuidado”. À pergunta sobre qual a função do bem jurídico no panorama dos valores constitucionais, responde que o bem jurídico, embora arrimado na Constituição, como pressuposto para que exerça papel limitador do poder do legislador penal, “deve ser necessariamente mais restrito do que o conjunto de valores constitucionais”, pois nem tudo que está na Constituição deve ser objeto de tutela de um direito penal informado, obrigatoriamente, pela subsidiariedade (*ultima ratio*) (GRECO, 2011, p. 83). Na sequência, enfoca a necessidade de superação de divergências terminológicas sobre o conceito de bem jurídico, sistematizando três questões fundamentais para sua definição: a) valor de importância fundamental; b) relevante para os indivíduos ou para a coletividade (*concepção*

dualista de bem jurídico)⁶; c) expressão de uma realidade fática (não necessariamente empírica).⁷ Enfim, conceitua bens jurídicos como “*dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos ou para a subsistência do sistema social, nos limites de uma ordem constitucional*” (GRECO, 2011, p. 89).

Sem se pretender, aqui, um exame aprofundado e crítico do conceito apresentado por Luís Greco, é interessante sua posição, que segue, nesse aspecto, Roxin e Hefendehl, no sentido de que a admissibilidade de exceções à ideia de “bem jurídico como condição necessária para a incriminação”, ou seja, a opção por manter-se um conceito de bem jurídico mais estrito, em vez de diluí-lo, traria como consequência um “forte ônus de fundamentação” para aqueles que pretendessem sustentar a legitimidade de uma incriminação que não se referisse, diretamente, à tutela de interesses não referíveis ao homem ou ao sistema social (GRECO, 2011, p. 90). Isso implicaria, ainda, a abertura de “um horizonte completamente novo para a investigação científica, a saber, o da formulação de critérios para a legitimação de incriminações sem bem jurídico”; e mais (GRECO, 2011, p. 92):

Se há outras exceções, [...], qual o seu fundamento, tais são problemas relativamente recentes e que no âmbito deste sucinto trabalho têm de ficar em aberto. Eles marcam porém pontos nevrálgicos para futuras investigações.

E concluímos com Luís Greco (2011, p. 111) no sentido de que “perguntar sobre a legitimidade de crimes de perigo abstrato é formular uma pergunta que, em princípio, nada tem a ver com a ideia de bem jurídico, mas tão só com a estrutura dos delitos de que se vale o legislador para protegê-lo”.

2 AS POSSIBILIDADES DE RENDIMENTO CONCEITUAL DO PERIGO ABSTRATO

A pessoa é o ponto de gravidade da ordem constitucional. A dignidade da pessoa humana expressa, assim, um valor que se projeta como *supra-princípio* hermenêutico, que projeta os objetivos da ordem constitucional do Estado, os fins da Democracia e os limites de intervenção do Poder Estatal na órbita das liberdades. No campo da disciplina do poder punitivo, os direitos fundamentais aparecem, desde o plano principiológico, como limitações

⁶ Sobre bens jurídicos coletivos: GRECO, Luís. *ob. cit.*, p. 85-86.

⁷ Luís Greco se alinha, aqui, à posição defendida, entre nós, por Juarez Tavares, em favor de um conceito de bem jurídico como “realidade” (ainda que realidade não empírica, como a “honra”, v. g.), e não como entidade ideal ou valor espiritual, sob pena de se construírem “bens jurídicos em aparência”, com capacidade para justificar qualquer tipo de intervenção penal; GRECO, Luís. *ob. cit.*, 2011, p. 88.

garantistas em favor das liberdades, no paradigma do Estado Democrático de Direito. Esses direitos fundamentais expressam, na esfera do direito interno, a posituação dos direitos humanos, embora sejam complexos os estudos destinados a classificar e a estudar, a partir da terminologia diferenciada, as idiosincrasias que informam uma categoria e outra, do ponto de vista da teoria do direito (SALDANHA, 2013, p. 261 e 276).

O direito penal deve ser aplicado de maneira fragmentária como *ultima ratio*, exclusivamente para proteção de interesses ou valores fundamentais, de envergadura constitucional, de natureza individual ou coletiva, em favor das liberdades plurais – e nunca em contrariedade a elas, por questões morais, religiosas ou sistêmico-instrumentais do próprio Estado.

O desenvolvimento teórico do princípio da ofensividade, até onde se chegou em termos argumentativos, não pode levar a que se reconheça a inconstitucionalidade de todos os crimes de perigo abstrato. A afirmação é de Luís Greco (2011, p. 76), reconhecidamente um dos maiores defensores do paradigma do bem jurídico no Direito Penal contemporâneo, para quem, ainda, um “juízo global de condenação dos crimes de perigo abstrato repousa sobre uma série de premissas que não são de maneira alguma tão seguras como parecem supor os defensores desse posicionamento.”

Na Itália, Francesco Palazzo (2011, p. 81) sustenta:

L’obiettivo del principio di offensività sta chiaramente nel generico intento di circoscrivere l’area del penalmente rilevante, vincolando il legislatore a prevedere fattispecie criminose che siano dotate di una reale “dannosità sociale” e non siano dunque il frutto della sola volontà legislativa di perseguire gli scopi proposti dalla maggioranza politica. [...]
Nonostante che il principio di offensività – in ragione della sua forte ispirazione garantistica – venga generalmente ritenuto di *rango costituzionale*, esso non ha mai avuto la forza di imporsi nella realtà della prassi legislativa, che invece indulge spesso e volentieri nell’utilizzazione massiccia di incriminazioni non solo di pericolo astratto o presunto ma anche di scopo. Indubbiamente, alla base di questa larga “ineffettività” del principio sta la difficoltà politica e ancor prima ideologica di contenere la discrezionalità della volontà legislativa sul piano per l’appunto delle scelte contenutistiche, in un clima che è ancora di imperante positivismo giuridico.

A conclusão de Burchard (2012, p. 49), sobre a prática jurídica alemã, é a mesma:

[...] las preguntas prácticas fundamentales del derecho penal (y así también las preguntas fundamentales de la dogmática de la parte general) son, en un Estado constitucional, preguntas propias del derecho constitucional o bien la jurisprudencia constitucional. [...] Los principios que no están constitucionalmente establecidos y asegurados, non son más que recomendaciones no vinculantes relativas a la forma en que una política criminal democrática debería configurar su derecho penal.

E a resignação de Palazzo (2011, p. 81), ao admitir as dificuldades estruturais e conceituais do princípio da ofensividade, que necessitaria, ainda, de uma maior “*rigore applicativo di quanto appare in teoria*”:

Il che però non esclude che il principio di offensività debba continuare ad essere considerato quantomeno un criterio orientativo della politica criminale, se non proprio un rigido parametro di valutazione della legittimità costituzionale della legislazione penale.

Isso revela a *ratio* garantista do princípio da ofensividade, como princípio substancial, cujo objetivo hermenêutico é delimitar o mais rigorosamente possível, ou conter o mais estritamente possível a área substancial ou material de relevância penal. Essa premissa se relaciona, em alguma medida, com as técnicas de tipificação, em aproximação com a teoria da linguagem, especialmente nas modalidades de antecipação de tutela penal, que caracterizam os crimes de perigo (PALAZZO, 2011, p. 61 e 75).

Se por um lado, a doutrina italiana sempre foi referida como fonte para, a partir de uma atitude meramente negativa⁸, criticar-se, *a priori*, a validade dos crimes de perigo abstrato, ela própria parece ter abandonado aquela atitude em favor de uma análise diferenciada⁹, evidenciando, no mínimo, a dificuldade de elaboração de critérios gerais aptos à delimitação e à explicação da variada gama de possibilidades que a questão suscita.

A questão que se apresenta como desafio dogmático na atualidade, assenta-se nos predicados de *legitimidade*, ou de “*legitimação material* do direito penal”, na expressão de Figueiredo Dias (2004, p. 102). O Estado de Direito, numa democracia, impõe a si próprio limitações ao exercício do poder, instaurando um paradoxo: de um lado, o poder-dever de prevenir e perseguir as infrações penais para a segurança da coletividade, de outro, o dever de respeito às garantias individuais que faz surgir autênticas limitações ao uso do poder.

O princípio da ofensividade labora, a um só tempo, nos campos do *desvalor da ação* e do *desvalor do resultado*.

É exatamente nessa linha que Figueiredo Dias (2004, p. 112), após defender uma concepção teleológico-funcional e racional do bem jurídico, aponta para um referencial de condições normativas mínimas, como corporização substancial, capacidade para servir como

⁸ Por exemplo, GOMES, Luiz Flavio. *Princípio da ofensividade no direito penal*. São Paulo: RT, 2002.

⁹ Fiandaca, Musco, Fiore, Mantovani, Marinucci, Dolcini, Padovani e Pagliaro *apud* GRECO, Luís. *ob. cit.*, p. 75.

padrão crítico, como noção transcendente e, finalmente, político-criminalmente orientado, mas adverte:

O problema é determinar de que forma pode o conceito obedecer a todas as exigências e, do mesmo passo, lograr a materialidade e a concreção indispensáveis para que se torne utilizável na tarefa prática de aplicação do direito penal.

Se o conceito de ação permaneceu inacabado praticamente até o ponto em que se apresenta como objeto de estudo em vias de esgotamento, o conceito de resultado não é menos tormentoso e, nele, especificamente, por sua natureza intrínseca, mais tormentoso ainda é o conceito de perigo. Com efeito, o conceito de perigo tem remanescido na doutrina entre ser ele uma representação hipotética, uma suposição abstrata, ou apresentar-se como consideração derivada de uma ideia de probabilidade, pautada, portanto, por método racional capaz de lhe conferir concretude jurídica. Giacomo Delitala (2009, p. 185-187) sustenta que a noção de perigo não pode se reduzir a um juízo subjetivo, variável como o variar das pessoas. Para ele, como disposição jurídica, o juízo sobre o perigo não pode ser um *quid* subjetivamente variável, mas algo objetivamente considerado, dedutível sobre a base da experiência, que é, em última instância, o fundamento de toda disposição jurídica.

Se por um lado, diante das dificuldades da doutrina do resultado, muito se tem colocado em destaque sobre as inconsistências da distinção entre delitos de mera conduta (*Tätigkeitsdelikte*) e crimes de resultado (*Erfolgsdelikte*), ainda são tímidas as afirmativas no sentido de que a classificação dos crimes de dano e de perigo, notadamente em relação à última categoria, são insuficientes para delimitação dos marcos de intervenção legítima do poder legislativo de incriminação. As razões são semelhantes, pois, como observa Delitala (2009, p. 189), a inexistência jurídica dos chamados crimes de mera conduta se baseia na constatação de que todo delito constitui, necessariamente, “*la ofensa o la puesta en peligro del interés protegido*”, ainda que desprovida de modificação da realidade exterior.

Assim, a figura do perigo abstrato, por si só, não diz nada, senão revela uma antecipação da incriminação, no que se refere a determinado resultado por ser evitado ou prevenido, cuja conclusão pela legitimidade ou ilegitimidade da intervenção penal antecipada não se pode extrair diretamente do seu enquadramento classificatório ou topológico, mas, para além de uma mera etapa metodológica de proporcionalidade, demanda uma apreciação criteriosa, no nível principiológico, a partir de valores constitucionais e axiomas

hermenêuticos deles extraídos, um dos quais (e apenas um deles) a própria noção de bem jurídico.

Paradoxalmente, Giammarco Azzali (2006, p. 1335), professor associado na Universidade de Bari, registra que há mais de meio século a doutrina italiana já apresentava elaborações dogmáticas que denotam a insuficiência da dicotomia clássica “crime de perigo abstrato” – “crime de perigo concreto” para compreensão de todas as figuras de crime de perigo, diante de figuras de perigo “intermediárias”, com características não subsumíveis a qualquer das duas noções.

Já no contexto da literatura penal espanhola, Gómez Tomillo (2006, p. 465) discorre sobre a exigência objetiva de uma “*acción apta o idónea*” para produzir a lesão ao bem jurídico, em que o elemento característico dos chamados delitos de perigo potencial (perigo hipotético ou abstrato-concreto) é a “*posibilidad no la realidad del peligro para el objeto de tutela*”, independentemente que este tenha ingressado ou não no raio de ação do comportamento ilícito. A ideia de uma ação adequada (apta ou idônea) à produção do resultado, nos crimes de perigo com tais características, exige estabelecer se a conduta reúne as condições materiais *para determinar um menoscabo do bem jurídico*.

O professor de Valladolid defende (2006, p. 466) que construção que corresponda à ideia de verificar se a conduta é idônea para *gerar risco para o bem jurídico* representa complicação desnecessária à tarefa de imputação, pois o que importa é verificar se a ação é idônea para produzir a lesão, ou seja, o resultado, que nesse caso permanece alheio às exigências do tipo, ou seja, uma análise que se esgota numa perspectiva *ex ante* em relação exclusiva à conduta do agente; e completa (TOMILLO, 2006, p. 467):

no puede dejar de reflejarse aquí como la categoría de los delitos de aptitud abstracta, o si se prefiere de peligro hipotético, no es utilizada con la frecuencia que sería deseable, pese a que estimamos que puede tener un papel central en la reducción de los delitos de peligro abstracto a términos aceptables. [...] hasta el punto de que puede afirmarse que constituyen el grupo más importante dentro de los delitos de peligro, lo que, desde luego, incluye a los delitos de peligro concreto.

Os delitos de perigo hipotético e os de perigo abstrato puro (ou *stricto sensu*) seriam espécies de um mesmo gênero, ou seja, espécies de delito de perigo abstrato *lato sensu*. Os crimes de perigo hipotético (abstrato-concreto, atitude abstrata) reclamam essa idoneidade para gerar o resultado lesivo, prescindindo de que o bem jurídico chegue a entrar no raio de ação do sujeito. Os crimes de perigo abstrato *stricto sensu*, ao contrário, em si mesmos não

requerem um resultado de perigo, a concreta possibilidade de contato *ex ante* entre o bem jurídico e o comportamento, não sendo necessário mais que verificar a possibilidade lógica de subsunção na descrição legal para afirmar sua relevância típica (TOMILLO, 2006, p. 469).¹⁰

E ainda (2006, 471):

En la mera peligrosidad estadística la presencia o ausencia del objeto material en el radio de potencial eficacia del comportamiento no determina un resultado de peligro, el cual, insistimos, en todo caso, es irrelevante para afirmar la tipicidad. [...]

En definitiva, los delitos de aptitud abstracta deben estimarse como una subcategoría dentro del más amplio grupo de los delitos de peligro abstracto, con los que mantiene en común tanto la ausencia de un resultado de peligro, como la peligrosidad estadística del comportamiento. Sin embargo, la especificidad de los también llamados delitos de peligro hipotético deriva de su idoneidad conforme al juicio de un espectador objetivo para generar la lesión del bien jurídico, idoneidad que no constituye un requisito típico en los delitos de peligro abstracto puro. (TOMILLO, 2006, p. 471)

Na doutrina italiana, por sua vez, Giammarco Azzali (2006, p. 1337) defende uma classificação um pouco mais ampla dos casos que não se poderiam enquadrar nem nas características do perigo abstrato, nem do perigo concreto: a) perigo presumido; b) perigo abstrato-concreto; c) perigo genérico (ou comum); d) perigo potencial. Comparando-se os crimes de perigo presumido e os de perigo abstrato, no perigo presumido o juiz estaria dispensado de indagar sobre a efetiva subsistência do perigo, enquanto no perigo abstrato seria necessário que o fato represente uma “*pur generica carica di offensività*”, no sentido de que o juízo de perigo deveria ser realizado tomando-se em conta algumas circunstâncias concretas, ainda que com algumas generalizações ou abstrações. Como consequência, defende Azzali (2006, p. 1337), apenas os crimes de perigo abstrato, e não os de perigo presumido, estariam alinhados com o princípio constitucional de necessária *offensività*, defendendo, ainda, que algumas hipóteses de crimes de perigo sejam reconstruídos e interpretados segundo o modelo do crime de perigo concreto: “*il giudice dovrà cioè appurare che i fatti concreti abbiano posto in pericolo*” os respectivos bem jurídicos tutelados, retirando-se do alcance da norma os fatos concretamente inofensivos (AZZALI, 2006, p. 1338).¹¹ Como se percebe, a

¹⁰ Exemplo de crime de perigo hipotético seria a condução de veículo automotor em estado de embriaguez, em que o tipo exija uma significativa redução das faculdades de condução; exemplo de crime de perigo abstrato puro seria a posse (“tenência”) de arma de fogo (caso em que, numa prognose objetiva, *ex ante*, a ação não tem potencialidade por si mesma para produzir lesão ao bem jurídico, trazendo como consequência a conclusão de ausência das condições materiais necessárias para a legitimidade da incriminação, ante a inidoneidade da ação para a produção do resultado que se quer evitar).

¹¹ O autor menciona, para o caso, os crimes de desastre ferroviário (art. 430 do CP italiano); epidemia (art. 438), incêndio (art. 423 e segs.).

manipulação dos conceitos de perigo não é tarefa das mais confortáveis. Isso se daria, em alguma medida, porque:

“la categoria dei reati di pericolo astratto è molto più ristretta di quanto sostiene la dottrina.” Non sempre infatti quando la norma non menziona il *“dato del pericolo”* siamo di fronte ad un reato di pericolo astratto; può infatti avvenire che *“alcune figure di reato sono descritte dal legislatore con termini il cui significato è così pregnante da consentire, già sul piano letterale, la selezione come fatti penalmente rilevanti, dei soli comportamenti concretamente pericolosi.”* [...]

Si può quindi notare che molte volte, analizzando una figura apparentemente di *pericolo astratto*, ci troviamo in realtà di fronte a reati di pericolo concreto. Quando invece il reato è veramente di pericolo astratto, il giudice è dispensato da qualsivoglia accertamento concreto. [...]

La distinzione tra *pericolo astratto* e *presunto* però sussiste [...]. La figura del pericolo *astratto* va riservata alle ipotesi in cui il pericolo è sì *incorporato* nella fattispecie legale, senza che al giudice competa alcun accertamento in concreto, dovendo però trattarsi di un pericolo *effettivo*, nel senso che il legislatore ha versato nella norma i risultati di *leggi scientifiche e/o massime di esperienza*, che denotano la normale pericolosità di una data condotta o di un dato evento. L'*effettività* del pericolo, così fondato, rende i reati di pericolo astratto conformi al principio costituzionale di *offensività* e di *ragionevolezza*, perché sono sempre esposti al controllo costituzionale della *fondatezza empirico-fattuale* della scelta legislativa [...].

Lo spazio occupato, invece, dai reati di pericolo *presunto* è quello dell'insieme delle ipotesi in cui il pericolo non è il risultato di massime esperienze e/o leggi scientifiche utilizzate dal legislatore, rappresentando *“solo i motivi dell'incriminazione”*. (AZZALI, 2006, 1339-1340)

Desse raciocínio se poderiam extrair duas conclusões básicas: a) as normas em que a valoração do perigo consignada pelo legislador não seja correspondente ao *id quod plauerunque accidit* são constitucionalmente ilegítimas;¹² b) os crimes de perigo presumido seriam inconstitucionais, contrastando frontalmente com o princípio de *offensività* (AZZALI, 2006, p. 1340).

A partir daí, porém, em torno da possível ilegitimidade da incriminação dos tipos de perigo abstrato puro (que nominamos *stricto sensu* e que se aproximam do “perigo presumido” referido por Giammarco Azzali), o próprio Gómez Tomillo consigna as dificuldades que se tem enfrentado diante das exigências concretas da política criminal, no mínimo a demonstrar as inconsistências ou limitações intrínsecas tanto da doutrina do bem jurídico como das classificações apoiadas na ideia de perigo. Isso porque, como bem observa o professor espanhol, praticamente em todo caso de delito de perigo abstrato puro se poderá

¹² Nesse sentido, Corte Constitucional Italiana, 11/07/1991, n. 333, In: Giurisprudenza costituzionale, 1991, p. 2660.

encontrar, ainda que artificialmente, um bem jurídico supra-individual¹³ ofendido pelo comportamento, se bem que pareçam construções *ad hoc* dirigidas a salvaguardar uma determinada visão do princípio da lesividade. Segundo Gómez Tomillo (2006, p. 477-478), muito se tem debatido sobre a possibilidade de se exigir em todos os casos a demonstração da “*peligrosidad ex ante del comportamiento*”, o que significaria transformar todos os delitos de perigo abstrato puro em delitos de perigo hipotético; tratar-se-ia, na sua visão, de um poderoso instrumento de redução do alcance da intervenção penal: “*se trataria de una cuestión interpretativa amparada no principio de lesividad*”.

Nessa linha de raciocínio e, especificamente em relação ao tema ora em análise, parece-nos correto o postulado metodológico básico de Roxin, segundo Greco (2011, p. 110):

é sempre necessário analisar o material empírico, os problemas concretos, que têm de poder influir na formulação da teoria genérica e abstrata, pois do contrário esta será inadequada. O problema que temos diante de nós é especialmente complexo, não podendo sequer ser enfrentado com os olhos de cultor da parte geral. Ele situa-se num ponto de cruzamento entre a parte geral e a especial, e qualquer solução que deixe de levar em conta a riqueza e a multiplicidade presentes na parte especial terá prontamente de atenuar a sua inicial radicalidade [...].

E a conclusão do próprio Luís Greco (2011, p. 111) é emblemática:

o caminho correto para a solução do problema está numa *detalhada análise dos crimes de perigo abstrato e no desenvolvimento de critérios específicos de legitimidade*. Talvez seja necessário inclusive distinguir alguns grupos de casos, segundo um critério diferenciador que ainda há de ser formulado. A utopia das soluções globais deve ser abandonada.

A nosso sentir, embora se trate mesmo de um plano ideal de legitimação limitativa do poder punitivo, a questão se nos apresenta, realmente, mais no plano hermenêutico do princípio da ofensividade do que, propriamente, a partir do enquadramento em categoria classificatória dos delitos de perigo. Isso porque, como admite o próprio catedrático de Valladolid (TOMILLO, 2006, p. 476), “*una política criminal realista no puede sostener la radical eliminación del fenómeno*”, razão pela qual se põe em relevo a necessidade de que as incriminações dessa natureza sejam informadas, primeiro, pelo critério da excepcionalidade, ao “*tratarse de una inevitable desviación sistemática*”, razão pela qual, em segundo lugar, não se pode falar em um modelo de injusto unitário para a complexidade das demandas da

¹³ V., ainda, AZZALI, Giammarco. *ob. cit.*, p. 1347; especialmente sobre os crimes de perigo potencial e crimes de perigo genérico, especialmente na temática dos crimes ambientais.

contemporaneidade. Sendo assim, necessário atentar-se, ainda, à fragmentariedade, para então, concluirmos no mesmo sentido que Gómez Tomillo (2006, p. 477):

Por tratarse de desviaciones de la regla general, conviene insistir en que ambas técnicas deben ser utilizadas como mecanismos completamente excepcionales que requieren de una cuidada talla del perímetro típico de la figura, una exhaustiva justificación de su empleo y un intelección siempre restrictiva.

Luís Greco (2011, p. 110), a propósito, encara como “bastante promissora a proposta de transformar alguns crimes de perigo abstrato em crimes de potencial lesivo, restringindo o tipo à proibição daquelas condutas *ex ante* perigosas”, salientando, porém, “a necessidade de estudar mais a fundo o tema antes de sair pregando soluções.”

Que qualidades deve assumir um comportamento para que o legislador se encontre legitimado a submeter a sua realização a sanções criminais? A resposta que se busca é não apenas a definição de um *standard* razoável para a concepção material de crime, mas a invenção de parâmetros constitucionais aptos a funcionar como um *padrão crítico* tanto do direito vigente quanto do direito a constituir, “indicando ao legislador aquilo que ele pode e deve criminalizar e aquilo que ele pode e deve deixar fora do âmbito do direito penal” (FIGUEIREDO DIAS, 2004, p. 103).

A ideia de limitação do poder punitivo passa, inexoravelmente, e tem mesmo como tarefa original, a elaboração de um conceito material de crime, que vincule, a partir da raiz constitucional, tanto a criação da incriminação (criminalização primária) quanto a aplicação e a interpretação da lei em todos os níveis e circunstâncias. O conceito material de crime, por seu turno, nada mais é que a busca pela sistematização de enunciados capazes de delimitar o conteúdo material do injusto, é dizer, o que se pode compreender como o “bem” protegido ou tutelado “juridicamente” pela norma. Essa tarefa seria capaz de consolidar uma autêntica teoria da ofensividade, apta a evidenciar a ilegitimidade da incriminação de violações morais, proposições ideológicas ou de mera ordenação, na medida em que revele, como complementação à ideia de bem jurídico, os limites de intervenção legítima do poder punitivo, para tutela de bens relevantes da pessoa e da comunidade, porém nunca para instauração ou reforço de ordenações axiológicas de caráter meramente religioso, moral, político, econômico, social ou cultural (FIGUEIREDO DIAS, 2004, p. 117-118).

CONCLUSÃO

O conteúdo material da definição de crime e, em especial, do próprio bem jurídico tem suscitado dúvidas ao longo da evolução da teoria do delito, com reflexos sobre a legitimidade do sistema punitivo e sobre a forma como as instituições oficiais de controle atuam, influenciando o legislador e os executores das normas penais. As dificuldades teórico-dogmáticas decorrentes do desafio de defini-lo ainda não foram superadas.

Inserido nesse contexto, o conceito de perigo abstrato, como categoria dogmática de classificação e sistematização, tem servido de norte para o diálogo com a teoria do bem jurídico; porém, o que se observa em razão da fluidez da própria concepção de bem jurídico, e com a complexidade da intervenção penal a partir de diferenciadas técnicas de tipificação penal, é sua insuficiência, como categoria jurídica autônoma, para cumprir o ideal de limitação constitucional do poder punitivo pelo poder jurídico.

Essa falha de densidade normativa do conceito pode ser constatada nos planos da dogmática e da pragmática operativa (metodologia de imputação). Portanto, diante da dificuldade de afirmação da teoria do bem jurídico, por sua própria fluidez intrínseca, no que se refere à revelação racional de seu conteúdo material, aliada à insuficiente capacidade de rendimento do conceito de perigo abstrato, torna-se imprescindível a compreensão e a conformação de critérios hermenêuticos, no nível da principiologia constitucional, capazes de realizar a definição de marcos razoáveis de legitimidade de intervenção do poder punitivo.

Crítico a adesão tardia a concepções funcionalistas, especialmente as de corte sistêmico e orientadas metodologicamente pelos critérios de proporcionalidade representativa, em alguma medida, abrir portas e janelas à investigação das possibilidades reais e operativas de incorporação das teorias discursivas da linguagem à teoria do delito, notadamente em relação aos crimes de perigo.

A hermenêutica jurídica, assim, apresenta-se como referencial teórico para compreensão constitucional do injusto. E, mais de perto, no que se refere ao injusto material (concepções materiais da tipicidade e da ilicitude), reclama, a um só tempo, o cotejo do dogma do *bem jurídico* e do rendimento conceitual do *perigo abstrato*, investigando a natureza múltipla e não-linear que informa os dois institutos.

Sem prejuízo das conclusões a que se pode chegar pela via das teorias do discurso ou linguísticas, a filosofia da linguagem, ainda que na linha da ontologia do conhecimento, pode fornecer importante contribuição para a compreensão dos crimes de perigo abstrato em espécie, uma vez que a tipicidade é a peculiar linguagem abstrata da norma; e a ação humana

concreta, como objeto de apreciação do Direito Penal, deve ser *compreendida* de acordo com o seu “significado situacional”, pois a pessoa é ela em seu mundo, ou seja, o ser humano individualmente considerado, em uma situação individualizada.

REFERÊNCIAS

- AZZALI, Giammarco. Osservazioni sui reati di pericolo. In: DOLCINI, Emilio (org.). *Studi in onore di Giorgio Marinucci*. tomo II. Milano: Giuffrè, 2006, pp. 1335-1350.
- BUERGO, Blanca Mendoza. *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Comares, 2001.
- BURCHARD, Christoph. El principio de proporcionalidad en el ‘Derecho Penal Constitucional’, o el fin de la teoría del bien jurídico tutelado en Alemania. In: *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania*. AMBOS, Kai e BÖHM, Maria Laura (org.). Bogotá: 2012, p. 29-49.
- _____. *Derecho Penal Alemán: la constitucionalización de los fundamentos del derecho penal*. Göttingen: Georg-August Universität, Escuela de Verano, 17/09/2013 (Comunicação oral).
- BUSATO, Paulo César. *Fundamentos para um direito penal democrático*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- _____. *Direito penal e ação significativa: uma análise da função negativa do conceito de ação em direito penal a partir da filosofia da linguagem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- DELITALA, Giacomo. *El “hecho” en la teoría general del delito*. Trad. Pietro Sferraza Taibi. Montevideo-Buenos Aires: ed. B de f, 2009.
- FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra ed., 2000.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra ed., 2004.
- GRECO, Luis. *Modernização do Direito Penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstracto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- _____. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstracto: uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Ed. RT, jul-ago 2004, vol. 49, pp. 89-147.
- _____. (org.) *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2013
- LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel. *Curso de derecho penal*. Parte general. Madrid: Editorial Universitas, 1996.
- MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*. 2ª ed. Padova: CEDAM, 2007.
- MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva. *A fenomenologia e a hermenêutica jurídica*. Belo Horizonte: Fac. Direito da UFMG/Fundação Valle Ferreira, 2007.
- PAGLIARO, Antonio. *Principi di Diritto Penale*. 5ª ed. Milano: Giuffrè, 1996.
- PALAZZO, Francesco. *Corso di Diritto Penale*. Parte generale. 4ª. ed. Torino: G. Giappichelli, 2011.
- PASTOR, Pablo Cuesta. *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*. Granada: Comares ed., 2002.
- PERINI, Chiara. *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*. Milano: Giuffrè, 2010.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Parte geral. v. 1. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

- RAMACCI, Fabrizio. *Corso di Diritto Penale*. 4^a ed. Torino: G. Giappichelli, 2007.
- ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1972.
- _____. *Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- _____. *La teoría del delito en la discusión actual*. Trad. Manuel A. Abanto Vásquez. Lima: Grijlei, 2007.
- _____. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. Trad. Alaor Leite. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 922. São Paulo: RT, ago-2012, p. 291-322.
- SALDANHA, Roberto Brandão Federman. Direitos fundamentais e direitos humanos: a falácia da diversidade terminológica. In: MEGALE, Maria Helena Damasceno e Silva (org.). *A invocação da justiça no discurso juspolítico*. Belo Horizonte: Imprensa Univ. da UFMG, 2013, p. 261-279.
- STUCKENBERG, Carl-Friedrich. The constitutional deficiencies of the German *Rechtsgutslehre*. In: *Ultima Ratio, a principle at risk. European perspectives*. Oñati Socio-legal Series [on line], vol. 3, n. 1, 31-41, 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2200870>. Acesso em 20.09.2013.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- _____. *Teoria do crime culposos*. 3^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Principios básicos de direito penal*. 5^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- TOMILLO, Manuel Gómez. Contribución a la teoría de los delitos de peligro hipotético-aptitud abstracta. Los delitos de tenencia como paradigma de peligro abstracto puro. In: MATEU, Juan Carlos Carbonell Mateu (org.). *Estudios en homenaje al professor Cobo del Rosal*. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 465-482.
- TOURAINÉ, Alain. *The voice and the eye: an analysis of social movements*. Cambridge: Cambridge University Press, 1981.
- _____. *Crítica da modernidade*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.
- WELZEL, Hans. *O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La dogmática como racionalización peligrosa. In: VELÁSQUEZ V. (org.). *Derecho Penal y crítica al poder punitivo del Estado*. Bogotá: Ibáñez/Universidad de los Andes, 2013, pp. 325-337.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*. Parte general. 2^a ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. 2^a ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.