

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 10/11/2011

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/32549-os-crimes-de-perigo-abstrato-no-direito-penal-econ-mico>

Autore: Túlio Arantes Bozola

Os crimes de perigo abstrato no direito penal econômico

OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO NO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Túlio Arantes Bozola*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Direito Penal Econômico – aspectos históricos; 3 Antecipação da tutela penal; 3.1 Antecedentes históricos; 3.2 Modernas tendências; 4 Os crimes de perigo; 4.1 Antecedentes históricos; 4.2 Conceito de perigo; 4.3 Conceito de crime de perigo; 4.4 Classificação dos crimes de perigo; 4.4.1 Crimes de perigo concreto; 4.4.2 Crimes de perigo abstrato ou presumido; 4.4.3 Crimes de perigo abstrato-concreto; 5 Legitimidade dos crimes de perigo abstrato; 5.1 Bem jurídico e princípio da ofensividade; 5.2 Princípio da intervenção penal mínima; 5.3 Princípio da proporcionalidade; 5.4. Princípio da culpabilidade; 6 Conclusão; Referências bibliográficas.

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a polêmica em torno da tipificação exacerbada dos crimes de perigo abstrato, com destaque para o Direito Penal Econômico, analisando se tal antecipação da tutela penal atende aos princípios penais constitucionais, tais como ofensividade, intervenção mínima, proporcionalidade e culpabilidade.

ABSTRACT: This paper aims to demonstrate the controversy surrounding the classification of crimes exacerbated abstract danger, especially the Economic Criminal Law, will examine whether the anticipation of criminal supervision meets the criminal constitutional principles, such as offensiveness, minimal intervention proportionality and culpability.

PALAVRAS-CHAVE: crime; perigo abstrato; direito penal econômico; antecipação da tutela penal

1. INTRODUÇÃO

O momento histórico atual, marcado por vários impactos como a globalização, o multiculturalismo e a diversidade, além do surgimento de novos riscos e incremento dos já existentes, trouxe inúmeras mudanças de paradigma em diversos campos do conhecimento humano. No Direito Penal, outro não foi o destino: por ser uma seara de grande surgimento de idéias, nos últimos anos é que se percebe um profícuo florescimento de teorias buscando a solução dos dilemas criminais.

As mais diversas propostas têm sido ofertadas pelos doutrinadores, desde o Direito Penal do Inimigo de Jakobs até tendências nitidamente abolicionistas, passando pelo Direito Penal de duas velocidades defendido por Silva-Sánchez ou até mesmo o Direito de Intervenção de Winfried Hassemer. Isso também ocorre no Direito Penal Econômico, no qual se destaca uma

* Professor substituto de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. Professor de Direito Penal e Processo Penal do Centro Universitário do Triângulo (UNITRI), em Uberlândia/MG. Email: tulio.bozola@uol.com.br.

particularidade: a problemática da freqüente utilização do crime de perigo, mormente perigo abstrato.

A tipificação de condutas perigosas agiganta-se em anos mais recentes. Obviamente, tal antecipação da tutela penal traz problemas dos mais diversos. É sabido que todo o Direito Penal tradicional se baseia na idéia de lesão a um bem jurídico, sendo que o perigo sempre foi utilizado excepcionalmente. Todavia, em razão de uma nova necessidade protetora, a exceção vem tornando-se regra.

Indaga-se: considerando-se que o Direito Penal sempre se preocupou com a eventual lesão a um bem, teria essa antecipação da tutela penal gerado alteração no conceito tradicional de bem jurídico? É legítimo em um Estado Social e Democrático de Direito a repressão penal alcançar condutas que trazem ínsito um perigo, sem que para sua tipificação seja considerada como elemento constitutivo a ocorrência de um dano? As freqüentes figuras abstratas não estariam ferindo princípios constitucionais penais, sendo caso de argüição de inconstitucionalidade?

Mas, por outro lado, não será ineficaz um direito penal que desconsidere novas e variadas formas de agressão de novos e variados bens jurídicos como o meio ambiente e a ordem econômica? E será eficaz um direito penal que recorra a uma técnica de tipificação de condutas de perigo abstrato, sem afrontar a Constituição, sob o argumento de que há bens que, por suas características, são vulnerados sem que se possa aferir o *quantum* de turbação por eles sofrida? Deve-se recorrer aos modelos de perigo abstrato pela inviabilidade da constituição da prova?

O propósito do trabalho que ora se apresenta é enfrentar de forma sucinta estas questões da mais alta relevância do Direito Penal moderno, no plano teórico com suas repercussões práticas.

2. DIREITO PENAL ECONÔMICO – ASPECTOS HISTÓRICOS

O modelo socioeconômico conhecido hoje teve suas origens no modelo liberal de exercício de poder, com bases remotas no própria Ilustração. O desenvolvimento da economia seguiu caminho parecido, guiando-se, de forma liberal, conforme as exigências postas pelas partes interessadas. O mercado deveria se organizar segundo leis naturais, as quais, deixadas em paz, produziriam um bem estar geral.

A situação agrava-se a partir da 1^a Guerra Mundial, momento considerado como de real surgimento do Direito Penal Econômico¹. A mobilização da economia em esforços de guerra

¹ Embora seja corriqueira tal afirmação, vale ressaltar que a história menciona momentos anteriores, onde podem ser vislumbradas origens do Direito Penal Econômico, como a *Lex Julia de Annona* em Roma, a edição de normas para a

acaba por obrigar o Estado a intervir no mercado. Há o abandono do modelo liberal para sua superação, com vistas ao maior controle. Para tanto, passa a ser tida como interessante e recomendável a utilização do Direito Penal.²

Maior complexidade vem a ocorrer com a crise de 1929, decorrente de uma série de eventos ainda ligados à noção econômica liberal. Seguindo a 2^a Guerra Mundial e mais um período de profunda intervenção estatal, chega-se à segunda metade do séc. XX, onde novas considerações passam a fazer parte da realidade social. Novos riscos vêm a alterar o cotidiano, como até então se conhecia, propiciando fraudes, falências e desvios, até então inimagináveis.

Já se antevia, de todo modo, desde o início do séc. XX, o grande crescimento de um novo tipo de criminalidade, estimulado pela trama complicada que envolvia o mundo dos negócios, fazendo com que a violência cedesse passo à inteligência e à astúcia. A violência continua presente nos conflitos humanos, mas a ela somou-se uma nova situação até então desconhecida: uma criminalidade também cerebrina, qual seja, a econômica.

O atual momento do Direito Penal Econômico é muito criticado, principalmente no que diz respeito à sua estruturação. Tratando-se de uma intervenção penal em um campo supra-individual, difuso, onde não são encontradas vítimas reconhecíveis, tampouco podendo-se admitir a ocorrência de dano real ao bem jurídico protegido, diversos questionamentos vêm sendo feitos em relação à construção típica e à duvidosa necessidade de ampliação do tratamento penal nestes casos. Alguns entendem que novos campos devem ser cuidados por outros ramos do Direito. Não obstante, existe uma constatação claramente perceptível: a construção do Direito Penal Econômico acaba por se mostrar em tutela de um Direito Penal dos poderosos.

Até fins do século XX, todos os Códigos procuraram cuidar de crimes atinentes a uma classe menos privilegiada. Isso se transforma com a nova preocupação dos crimes econômicos, onde se tem, agora, um Direito das classes média, média-alta e alta. Estabelecido um novo paradigma, justificativa bastante forte é dada aos defensores de uma necessária criminalização de condutas agressivas à ordem econômica. Gerando expectativas de um controle maior, não é de se surpreender que venha a se configurar um Direito Penal de Perigo.

O Direito Penal Econômico acaba por assumir características peculiares. Hoje, os delitos econômicos, utilizando-se de construções clássicas ou de nova geração, atuando em perspectiva sócio e macroeconômicas, agem em amplíssimo campo. Um dos principais efeitos

fabricação de cerveja na Alemanha do séc. XVIII e a punição de especulação de mercadorias no Código de 1810 na França.

² ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Direito penal econômico e ilícito fiscal*, p. 141 e ss.

sentidos no âmbito do Direito Penal moderno vai ser o aumento de sua preocupação com novas áreas até então, por ele, pouco exploradas. Dentre elas, sem dúvida, encontra-se a econômica.

A orientação e aplicação do Direito Penal Econômico induzem grande inquietação. Basicamente, a proteção penal da economia pode ocorrer por duas vias: mediante crimes de dano ou através de incriminações de situações de perigo. Com variações substanciais, ou se elege um modo de proteção, ou se elege outro. Curiosamente, o Brasil ora segue um, ora segue outro modelo. Não existe uma única linha de pensamento. Muitas vezes, pretende-se uma imputação decorrente de situação, onde se mostra claro o dano ao bem jurídico, sendo que, em outras tantas, pune-se em âmbito prévio (a Lei nº 7.492/86, por exemplo, ao definir os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, cuida de inúmeros artigos das mais diversas ordens, sendo que muitas são as figuras de perigo abstrato).

As peculiaridades do mundo moderno acabam exigindo um certo controle por parte do Estado. Produzindo uma ruptura no equilíbrio que, pretensamente, deve existir para um chamado desenvolvimento normal das etapas das relações econômicas, cuida-se de uma criminalização de condutas que podem pôr em perigo a própria estrutura econômica. Justamente daí a colocação quanto ao indiscriminado uso de figuras de perigo nesta seara.

3. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PENAL

3.1. Antecedentes históricos

A criminalização de situações de perigo não é novidade no mundo moderno. Todavia, salta aos olhos o gigantismo assumido pelas novéis tipificações, como no caso de tentativa, de previsão específica de atos preparatórios e de perigo abstrato.

A antecipação da tutela penal no campo do Direito Penal Econômico causa uma preocupação ímpar, pois, pelas próprias características que lhe são inerentes, esse novo Direito Penal não se encontra em condições de bem vislumbrar ou tipificar o injusto penal.

A noção de injusto penal é que dará o tom à idéia de antecipação. Adotando-se a doutrina majoritária, o injusto será dado por uma lesão ou colocação em perigo de um determinado bem jurídico, sendo que esta idéia de colocação em perigo se refere à noção de perigo concreto. Só a partir de uma outra modalidade típica, qual seja, a de tipos de perigo abstrato, é que se chegará à criminalização em âmbito prévio ao injusto. O perigo abstrato se configurará apenas com o desvalor

da ação, diferentemente do caso de lesão ou de perigo concreto a um dado bem jurídico, os quais necessitam também da concreção de um desvalor do resultado.

O uso da idéia de antecipação já podia ser visto mesmo em momentos anteriores ao surgimento das sociedades de risco. Na formação histórica do Direito Penal, desde os tempos de Roma, já se tinha em consideração o perigo. O seu desenvolvimento em tempos mais recentes é que levam a um pensar nas muitas circunstâncias onde não é de se perceber um resultado concreto a ser desvalorado.

Pelas grandes proximidades entre a tentativa e o perigo abstrato, utiliza-se a doutrina das elaborações dogmáticas de uma para justificar a outra. Inicialmente, traçaram-se considerações amplamente subjetivas quanto ao perigo abstrato. Em momento posterior, já sob a influência do finalismo, não mais se aceitou tal subjetivismo.

Historicamente, a mais gritante aplicação prática destas considerações certamente deve ser a da Alemanha nazista. O nacional-socialismo teve forte influência na elaboração do que veio a se revelar como um novo Direito Penal de Perigo e da Vontade, ao fazer o uso antecipado do Direito Penal visando coibir um comportamento perigoso do autor, ou mesmo, justificando uma intenção para a imposição da pena. Isto criou ainda mais incerteza jurídica.

Mesmo após a 2^a Guerra Mundial, muitas das leis questionadas, em termos do uso da antecipação da tutela penal, continuaram em vigor, ganhando ainda mais força com as posteriores tentativas de reprimir o terrorismo (presente a partir dos atentados de 11 de setembro de 2001 em Nova York e de 11 de março de 2004 em Madri, entre outros).

3.2. Modernas tendências

O chamado Direito Penal da Sociedade de Risco, juntamente com todos os problemas da globalização, acabou transformando o referencial clássico. Crises sociais, o fenômeno do terrorismo e a incerteza no trato das novas tecnologias dão importância ao novo momento explicativo da antecipação penal.

A idealização quanto a uma sociedade de risco, inicialmente feita por Beck, rapidamente ganhou aceitação em muitas áreas do Direito. Considerando-se que estes novos riscos quase sempre são decorrentes de decisões humanas, chegou-se à conclusão de que talvez fosse o Direito Penal instrumento eficaz para sua tutela. Daí a expressão “Direito Penal da Sociedade de Risco”. Fala-se em prevenção e controle das fontes de perigo, bem como de modificações de cunho estrutural dentro do próprio Direito Penal. Dentre tantas, mais preocupante é a proliferação de delitos de perigo abstrato. Não raro, fala-se também de um Direito Penal do Inimigo, cuja

consagração, segundo Jakobs, como justificativa de antecipação da tutela, v.g., no campo econômico, parece pretender um novo respaldo para os delitos de perigo abstrato.

Deve ser levada em conta também a vertente atinente às idéias preventivo-gerais. Como defende Roxin, orientando-se o Direito Penal a fins teleológicos, busca-se uma explicação de fundo funcional para a antecipação da tutela penal. Parece ser justificável, desde um ponto de vista político-criminal, uma certa antecipação, quando se procura, mediante prevenção geral negativa, intimidar a toda uma sociedade quanto à prática criminosa.

Jakobs, por sua vez, sustenta um enfoque de prevenção geral positiva, onde tem-se completa funcionalização dos elementos do delito, visando a valorização da norma penal. Sustenta o autor que é amplamente aceitável a intervenção antecipada, pois exerce função pedagógica e é instrumento de estabilidade do sistema.

Em tentativa de melhor ajuste dogmático dos parâmetros de perigo, diversas orientações têm se dado nos últimos anos. Embora elas não possam corrigir eventuais imprecisões legislativas, tais tendências doutrinárias tentam ajustar os novos riscos ao novo Direito Penal de Perigo. Vários questionamentos objetam a aplicação genérica do perigo abstrato, como os eventuais desrespeitos aos princípios da ofensividade, da *ultima ratio* e da culpabilidade. De fato, grande parte da doutrina entende que o Direito Penal de Perigo é antigarantista, pois rompe com os fundamentos básicos do Direito Penal liberal. Isto mostra-se determinante tanto para a reconstrução do perigo abstrato, como, eventualmente, para sua legitimização. Caso contrário, poder-se-ia considerar a inconstitucionalidade do próprio tipo penal.³

4. OS CRIMES DE PERIGO:

4.1. Antecedentes históricos

Em relação aos antecedentes históricos, os crimes de perigo podem ser vistos sob dois aspectos: levando-se em consideração a construção doutrinária ou de acordo com a técnica de tipificação.

No campo prático, desde a antiga Roma encontramos exemplos de crimes de perigo, tais como o crime de falso, a traição e a covardia, visto que em tais fatos não havia uma exigência de implemento de algum dano para consumar-se o delito. Assim, o direito da antiguidade não desconheceu tais incriminações, ainda que não de forma doutrinária, mas como fórmula de

³ Nesse sentido, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*, p. 103.

tipificação. Por outro lado, no campo doutrinário os crimes de perigo têm tratamento bem mais recente.

4.2. Conceito de perigo

O conceito de perigo comporta inúmeras indagações. Como primeiras delas, muito se discute se o perigo é uma abstração ou é algo objetivamente concreto. Para Manzini, o perigo é sempre uma abstração, sempre imprópria, na sua visão, a distinção entre perigo concreto e perigo abstrato. Antolisei, por sua vez, entende que o perigo é sempre concreto, por tratar-se de uma probabilidade de um evento concreto. Zaffaroni tem entendimento diverso, afirmando que todos os perigos são concretos e todos os perigos são abstratos, segundo o ponto de vista que se adote: *ex ante* são todos concretos, *ex post* são todos abstratos.

Outra indagação que se faz é se o conceito de perigo é um conceito ontológico ou normativo. Bettoli adverte que, por tratar-se de dano potencial e não efetivo, trata-se de conceito normativo, visto que a realização de um evento é baseada em prognósticos. Outros, como José Francisco de Faria Costa e Rui Carlos Pereira, também entendem que o conceito é normativo, mas não deixa de ter raízes na dimensão onto-antropológica.⁴

Na verdade, o direito extrai da realidade as situações de perigo e as traz, por serem relevantes, para o mundo jurídico. Portanto, será perigoso para o mundo jurídico o que a lei assim considerar. Daí o seu caráter normativo, sem negar o ontológico.⁵

Quanto às teorias que se propõem a definir o que é perigo, os autores indicam três. A teoria precursora, chamada subjetiva, defendida por Von Buri, entre outros, ensina que o perigo é um mero *ens imaginationis*, uma representação mental oriunda do temor e da ignorância do homem. A segunda teoria, denominada objetiva, postula que o perigo não é mero ente da imaginação, mas um ente real e objetivo. É defendida por Merkel, Von Liszt e Binding, entre outros. Há ainda uma posição intermediária, que concilia as duas concepções anteriores.

4.3. Conceito de crime de perigo

Crimes de dano são aqueles que só se consumam com a lesão efetiva de um bem ou interesse jurídico, enquanto os crimes de perigo aperfeiçoam-se com a probabilidade de dano ao bem jurídico.

⁴ Nesse sentido, SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*, p. 52.

⁵ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 52.

Tanto o crime de dano como o de perigo sempre referem-se ao bem ou interesse jurídico protegido. A distinção entre um e outro consubstancia-se na relevância da agressão ao bem jurídico resultante da ação delituosa.

Não devemos confundir crimes materiais com crimes de dano, nem crimes formais e de mera conduta com crimes de perigo. Os crimes materiais distinguem-se dos crimes de dano, eis que seu conceito tem em consideração o objeto sobre o qual recai a ação, ou seja, o substrato material da ação. Nos crimes formais, o tipo prevê um resultado naturalístico que lhe é indiferente para consumação, ao passo nos crimes de mera conduta não existe pressuposição de um tal resultado no tipo. Já os crimes de dano e de perigo são considerados em face do bem jurídico, ou melhor, em face da relevância da afetação imposta ao bem jurídico.

4.4. Classificação dos crimes de perigo

4.4.1. Crimes de perigo concreto

Crime de perigo concreto é aquele que, para o aperfeiçoamento do tipo, exige-se a verificação efetiva do perigo, devendo este ser constatado caso a caso.. Segundo a maioria da doutrina, neste delito o perigo é indicado no modelo legal, ou seja, constitui elemento do tipo.

Todavia, em certos casos, mesmo que o perigo não esteja indicado no tipo de forma expressa e este seja impreciso, aberto, não poderá configurar crime de perigo abstrato. Ou seja, ausente a taxatividade, dever-se-á, para adequar-se às exigências constitucionais, considerar a infração penal como sendo de perigo concreto.⁶

4.4.2. Crimes de perigo abstrato ou presumido

Crime de perigo abstrato é aquele cujo perigo é ínsito na conduta e presumido, segundo a maioria da doutrina, *iuris et de iure*. Enquanto os crimes de perigo concreto pressupõem a afirmação do perigo no caso concreto *a posteriori*, os crimes de perigo abstrato já o têm definido *a priori*.

Na técnica de tipificação dos crimes de perigo abstrato, deve-se atender a uma necessidade decorrente da natureza das coisas, ou seja, as figuras delituosas assim tipificadas devem atender ao reclamo da tutela baseado na lesividade que a ação encerra, em razão da inerência do perigo que guarda em si.

⁶ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 71.

4.4.3. Crimes de perigo abstrato-concreto

Há autores que superam a tradicional divisão bipartida dos crimes de perigo abstrato ao lado dos crimes de perigo concreto, admitindo uma terceira espécie: crime de perigo abstrato-concreto. A partir do final da década de sessenta é que se passou a falar em tais delitos, os quais configurariam uma categoria intermediária.

Segundo Francesco Angioni, citado por Ângelo Roberto Ilha da Silva, nestes delitos o legislador delimita o campo de investigação do juiz a certos elementos dados pela lei e que se prestam a provocar perigo, ou seja, a lei diz que o fato é abstratamente perigoso, mas apresenta elementos que o juiz deve ter em conta concretamente.⁷

Luiz Flávio Gomes, por sua vez, preferindo a expressão “perigo concreto indeterminado”, versa que, consoante a doutrina alemã, o perigo seria abstrato no sentido de que não exige a apresentação de uma vítima concreta do perigo; seria ao mesmo tempo concreto, no sentido de que a conduta deve ser concretamente adequada para poder lesionar um bem jurídico individual.⁸

Muitos autores não vêem vantagem para que seja aceita a presente categoria. Porém, alguns admitem a existência de crimes de perigo abstrato com presunção relativa.

5. LEGITIMIDADE DOS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

O Direito Penal Econômico tem sua legitimidade assegurada pela própria sociedade de risco globalizada. Nesse contexto, parece inegável a importância assumida pela economia. Parece aceitável a incriminação de condutas em âmbito prévio, a fim de se assegurar a sua proteção. Mas ainda resta saber quais seriam os limites a serem impostos para a formatação desse novo Direito.

5.1. Bem jurídico e princípio da ofensividade

Nos dias de hoje, não há relutância acerca da importância do estudo do bem jurídico no campo das Ciências Criminais. Nota-se uma marcada e invariável concordância entre os penalistas de que a intervenção penal somente se justifica para tutelar bens jurídicos.

⁷ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 79.

⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*, p. 79.

Segundo Francisco de Assis Toledo, “bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”.⁹

O bem jurídico tem função seletiva: embasa o trabalho de seleção dos tipos penais incriminadores, que somente se justificam na medida em que tutelem valores essenciais de uma comunidade, afastando, dessa forma, incriminações de mero dever. Há também as funções de garantia, humanizadora e interpretativa.

O bem jurídico deverá sempre fundamentar sua dignidade na Lei Maior, pois um direito penal que pretenda atuar em espaço alheio à Constituição, sendo a ela contrário ou mesmo postando-se em condução fora de seus parâmetros, é evidentemente inaceitável. Mas nem sempre a Constituição oferecerá um catálogo exaustivo de bens que fiquem sujeitos à tutela penal por meio de cláusulas expressas, devendo certos bens jurídicos ser deduzidos da *mens constitucional* mediante uma interpretação teleológica examinando-se quais os valores que a ordem constitucional busca, a um tempo, afirmar e também resguardar e quais são os seus valores instrumentais.

Boa parte da doutrina defende a utilização de tipos de perigo para a correta proteção penal econômica. Porém, uma questão primordial se coloca: quais os limites a serem impostos em tal política criminal econômico-protetiva e como confrontá-los com o princípio da ofensividade?

O princípio da ofensividade consiste na consideração de que toda incriminação deva ter por finalidade a proteção de bens jurídicos de lesões ou exposições a perigo, ou seja, o modelo legal deve descrever uma conduta que seja apta a vulnerar um bem merecedor da tutela penal. É verdade que, em casos de perigo abstrato, isso nem sempre é tão claro.

No campo prático, o legislador tem-se utilizado crescentemente da tutela de bens jurídicos mediante incriminação com o modelo de tipos de perigo abstrato. E isso decorre em grande parte da natureza das coisas, pois há bens, como o meio ambiente e a ordem econômica¹⁰, que pareciam inesgotáveis e hoje são fonte de inquietação, exigindo, em certos casos, uma tutela antecipada. Mas esta tendência legislativa também reflete a falta de técnica dos elaboradores da lei.

Todavia, isso não significa que não seja necessário em certos casos tipificar ilícitos de perigo abstrato. Na verdade, em determinadas ocasiões, que devem ser criteriosamente identificadas, não deve o legislador aguardar o dano em face da irreversibilidade de alguns bens.

⁹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*, p. 16.

¹⁰ Vale ressaltar que o direito ambiental e o direito econômico se implicam mutuamente, pois não raras vezes os ataques ao meio ambiente são produzidos mediante o abuso do poder econômico na busca do lucro de forma irresponsável, de modo que intervir no direito ambiental é intervir na economia.

Miguel Reale Júnior, por exemplo, propõe a adoção de tipos de perigo abstrato para as figuras penais preventivas da poluição.¹¹

Por outro lado, Winfried Hassemer, citado por Ângelo Roberto Ilha da Silva, é contrário à idéia de se criminalizar condutas ofensivas ao meio ambiente. Segundo o autor alemão, o direito penal, no campo da política ambiental, tem-se revelado contraproducente, sendo necessária a criação de um direito de intervenção, com feições de diversos ramos do direito.¹²

Bernd Schünemann, também citado por Ângelo Roberto Ilha da Silva, observa que as conclusões de Hassemer são equivocadas, e propõe um direito penal mais eficiente e igualitário sem privilegiar os interesses da política industrial. Schünemann defende que o direito penal funcione como uma espécie de legítima defesa da sociedade com vistas à sobrevivência da humanidade e com caráter preventivo, ressaltando a importância da adoção dos tipos de perigo abstrato em razão da natureza das coisas.¹³

Em consonância com entendimento de Schünemann, Luiz Régis Prado aduz que a adoção de infrações de perigo abstrato supre o “problema da causalidade dos comportamentos, que surge por ocasião da prova, evitando em muitos casos infundadas absolvições, lastreadas no *in dubio pro reo*, com reflexos na eficácia da lei penal”.¹⁴

Como se vê, o meio ambiente e a ordem econômica são propensos a ofensas, e a alternativa entre a tipificação de crimes de dano e crimes de perigo concreto ou abstrato dependerá, essencialmente, da natureza da conduta aliada à natureza do bem. Assim, quando for próprio da conduta a vulneração do bem, atendendo-se à experiência, ao bom senso e a uma adequada técnica de tipificação, delimitando-se taxativamente o âmbito do proibido, não se poderá falar em inobservância ao princípio da ofensividade.¹⁵

No XIII Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em 1984, no Cairo, chegou-se à conclusão de que o emprego de tipos de perigo abstrato é meio válido na luta contra a delinqüência econômica e empresarial, sempre e quando a conduta proibida pelo legislador venha precisamente especificada, e a proibição se refira diretamente a bens jurídicos claramente determinados.

Assim, os crimes de perigo abstrato, por vezes, apresentam-se como o único recurso possível para empreender-se uma séria e real tutela da ordem econômica e do meio ambiente. O princípio da ofensividade é, portanto, observado, sempre que o tipo penal tiver por

¹¹ REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do sistema criminal*, p. 214.

¹² SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 98.

¹³ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 98.

¹⁴ PRADO, Luiz Régis. *Direito Penal Ambiental*, p. 76.

¹⁵ Nesse sentido, SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 99.

finalidade proteger bens jurídicos, sendo que alguns, por suas características, tais como o meio ambiente, a ordem econômica, a fé pública e a saúde pública, entre outros, só podem ser, em certos casos, eficazmente tutelados de forma antecipada mediante tipos de perigo abstrato, seja em razão dos resultados catastróficos que um dano efetivo traria, seja pela irreversibilidade do bem ao estado anterior ou pelo fato de não se poder mensurar o perigo imposto em certas circunstâncias.

Em suma, os crimes de perigo abstrato não afrontam o princípio da ofensividade sempre que estiverem a tutelar determinados bens que requeiram uma tal forma de tutela antecipada, ou seja, quando a infração penal não configure uma mera violação de dever de obediência. Para tanto, é necessária uma rigorosa técnica de tipificação, bem como uma precisa e taxativa descrição do modelo incriminador.¹⁶

5.2. Princípio da intervenção penal mínima

As exigências da sociedade de risco parecem acenar pela aceitação de um uso mais largo do perigo e, em especial, do perigo abstrato. Há, porém, de se impor alguns limites à sua aceitação, pois sob vários prismas a relação dos crimes de perigo com os ideais liberais do Direito Penal clássico é conflituosa.

A intervenção penal em um Estado Democrático de Direito somente poderá ser subsidiária, ou, em outras palavras, de intervenção mínima, na medida em que se utilize o direito penal nos estritos limites de necessidade, quando outros meios de controle social não forem aptos a proteger os bens jurídicos valorados como essenciais. O mínimo aqui significa subsidiário, *ultima ratio*, norteado pela necessidade.

O direito penal mínimo, oriundo das idéias iluministas e via intermediária entre as teorias abolicionistas e o movimento da “lei e ordem”, conta hoje com assento constitucional (é princípio constitucional implícito – art. 1º, III, CF). Respeita a dignidade da pessoa humana, tendo como efeito o fato de esta não ser penalmente constrangida, quando a mais grave forma de intervenção estatal for desnecessária.

A Constituição Federal brasileira, em seu art. 173, estipula a necessidade de a lei regular a responsabilidade individual dos dirigentes, bem como dos atos que venham a ser praticados contra a ordem econômica e financeira. Mesmo que tal previsão tenha força vinculante, talvez não deva essa responsabilidade ser vinculada, obrigatoriamente, ao Direito Penal. Este deve, sempre, ser deixado para situações de *ultima ratio*.

¹⁶ Nesse sentido, SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 101.

Legislações recentes, como as de Espanha e Portugal, comprometidas com os princípios do direito penal liberal-democrático revelam que a pronta recusa de tipos de perigo abstrato, assim como uma radical oposição à criminalização de novas formas de ofensa a novos bens jurídicos, não está em consonância com uma visão realista. Porém, isso não significa afirmar que se deva inflacionar as leis com tal tipo de incriminação, pois só o fato de o crime ser de perigo abstrato não irá pôr em crise os princípios conquistados pelo avanço do direito penal. Parâmetros devem ser estabelecidos e a natureza do bem deve ser analisada em um cotejo com a conduta descrita.

É evidente que se a norma não comportar uma tipificação como delito de dano ou, ainda, de perigo concreto, terá de ser de perigo abstrato, sob pena de, com a inação estatal, punir-se toda a comunidade. Concluindo, os crimes de perigo abstrato correspondem às exigências de tutela de um sistema penal liberal-democrático, desde que a tutela na forma de perigo concreto resulte insuficiente pela dificuldade de precisar os termos de probabilidade da lesão, respeitando assim o princípio da subsidiariedade.¹⁷

5.3. Princípio da proporcionalidade

Surgido nos séculos XVII e XVIII, sob o embasamento das teorias jusnaturalistas empreendidas na Inglaterra, o princípio da proporcionalidade remonta a busca de limitação do poder do Estado, no âmbito do direito penal e do direito administrativo. Origina-se na idéia de tutela do direito de liberdade individual em face do império da Administração num período de transmutação do Estado de Polícia para o Estado de Direito.

É um princípio que tem suporte constitucional, como imposição do Estado de Direito e hoje, em sentido amplo, é entendido como proibição de excesso ao legislador perante direitos fundamentais. Decompõe-se em três subprincípios: princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Na edição de leis, o legislador deve ter em conta o princípio da proporcionalidade no momento da tipificação de condutas delituosas. Se o fizer de forma arbitrária, deve o intérprete adequá-la aos padrões de legitimidade.

Para se investigar se os delitos de perigo abstrato afrontam o princípio da proporcionalidade, devemos ter em conta todos os subprincípios deste. Todavia, é mister que se tenha presente a relevância do bem a ser tutelado. Há que se partir do pressuposto de que o bem decorra da Constituição, ou ao menos que se ponha em contradição a ela, e seja relevante.

¹⁷ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 129.

Não é correto afirmar, como muitos afirmam, que os crimes de perigo abstrato ferem o princípio da proporcionalidade só pelo fato de perigo figurar de forma presumida. Devemos fazer uma análise do tipo, pois há situações em que a experiência revela que o perigo é inerente à conduta, como ocorre com o tráfico ilícito de entorpecentes.

Para atender ao princípio da proporcionalidade, o crime de perigo abstrato deverá, antes de tudo, apresentar uma precisa descrição na qual a conduta afete, ao menos potencialmente, um bem jurídico, ou seja, o perigo deve ser ínsito à conduta, de acordo com as regras de experiência e do bom senso. Deve-se, então, analisar a idoneidade e a necessidade da resposta penal ante a conduta e, num terceiro passo, fazer uma ponderação em torno da razoabilidade na relação entre meio (incriminação) e fim (tutela do bem jurídico). O legislador deverá avaliar a conveniência e ser prudente para não incorrer em excesso, mas o exame se dá caso a caso. Assim, ora o crime de perigo abstrato será proporcional ao fato, ora não.¹⁸

5.4. Princípio da culpabilidade

Segundo o princípio da culpabilidade, a imposição de pena somente deve ser atribuída a autor de um injusto penal a quem se possa imputar tal fato como tendo sido praticado de forma reprovável.

Hoje a culpabilidade confunde-se com um juízo de reprovação levado a efeito pelo julgador e que recai sobre o agente capaz que detinha no momento em que praticou o fato delituoso ao menos a possibilidade do conhecimento do penalmente proibido, sendo que sobre ele se poderia exigir um comportamento conforme a vontade da norma.

Indaga-se: no crime de perigo abstrato, o fato de se presumir um perigo para o bem jurídico tutelado significa também presumir a culpabilidade? Não, pois a presunção de perigo circunscreve-se apenas ao âmbito da ilicitude. A ação configuradora de um injusto penal poderá ser culpável (reprovável) ou não. Não se presume a culpabilidade, presume-se a periculosidade da conduta (não do agente), que pode e deve ser avaliada pelo agente imputável no momento da ação segundo um juízo do proibido e do permitido. Em um momento temos o injusto penal, em outro a culpabilidade. Assim, a conduta é formalmente ilícita por estar em contradição com a norma penal e materialmente ilícita em face da vulneração de um bem jurídico mediante a presunção extraída da experiência e do bom senso, mas a ação valorada como ilícita poderá ser reprovável (culpável) ou não.¹⁹

¹⁸ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 116 e 117.

¹⁹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da, op. cit., p. 138.

Logo, há equívoco na afirmação de que nos crimes de perigo abstrato a culpabilidade é presumida. Deve-se passar por todo o *iter*: análise da conduta (se dolosa ou culposa), identificação da ilicitude (inclusive afirmando a ausência de perigo nos casos de arbítrio do legislador), e, por fim, a constatação da culpabilidade, que é o momento da reprovação (ou não) da ação ilícita, ou seja, contrária ao mandamento legal e que exponha a perigo algum bem jurídico (o exame da culpabilidade é feito pelo julgador em um ulterior momento, no caso concreto).

6. CONCLUSÃO

A noção de perigo abstrato sempre foi tida em um caráter negativo ou secundário, remetendo à idéia de situações onde não se percebia uma lesão, nem uma aferição de perigo concreto. Pelo menos até o horizonte da nova sociedade de risco, pode-se perceber seu limitado uso pelo Direito Penal. Porém, o que antes era exceção e simples eventualidade hoje mostra-se quase que como uma regra de tipificação de condutas, ou criminalização primária, sendo o Direito Penal Econômico grande exemplo de tal situação.

O enfoque supra-individual do Direito Penal, verdadeiro fenômeno das sociedades de risco, tem, em grande monta, se utilizado do referencial dos crimes de perigo abstrato. Nesse contexto, devemos indagar: caberia real razão à desmedida ampliação do perigo abstrato?

É evidente que o direito penal, para que possa bem cumprir sua função tuteladora de valores e ser eficaz, deve assumir um papel preventivo a fim de evitar danos incorrigíveis e situações catastróficas. Porém, os princípios constitucionais devem sempre ser respeitados, exigindo-se ainda uma idônea seleção de condutas e de bens e uma construção típica que restrinja ao máximo os elementos normativos do tipo, com uma bem demarcada taxatividade.

Em última análise, o uso da proteção *in abstrato* em situações supra-individuais até é de se aceitar. A política criminal pode sustentar uma criminalização antecipada, mas a isso não se confunde uma liberação desenfreada deste grau de tutela. Talvez a melhor saída para a tutela econômica encontre-se em outra esfera de proteção que não a penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDREUCCI, Ricardo Antunes. *Direito penal econômico e ilícito fiscal. Estudos e pareceres de Direito Penal*. São Paulo: RT, 1982.

GOMES, Luiz Flávio. *Estudos de direito penal e processo penal*. São Paulo: RT, 1998.

_____. *Princípio da ofensividade no Direito Penal*. São Paulo: RT, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do Direito Penal tradicional*. São Paulo: RT, 2005.

MACHADO, Marta Rodríguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal. Uma avaliação de novas tendencias político-criminais*. São Paulo: IBCCrim, 2005.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. *O futuro do Direito Penal*. Trad. Maurício Antônio Ribeiro Lopes. São Paulo: Manole, 2004.

PODVAL, Roberto (organizador). *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT, 2000.

PRADO, Luiz Régis. *Direito Penal Ambiental*. São Paulo: RT, 1992.

_____. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT, 2004.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Novos rumos do sistema criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade penal e sociedade de risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

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

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: RT, 2002. (As Ciências Criminais no Século XXI, vol. 11).

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

_____. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 1994.