

# TÓPICOS SOBRE UM «DIREITO PENAL DO RISCO»\*

João de Assunção Ribeiro

*Jurista*

## 1. INTRODUÇÃO

A escolha de tema para um relatório é sempre uma tarefa difícil. No progressivo enquadramento do mesmo deparamo-nos com novas perspectivas, novos problemas e novas questões dificilmente contornáveis quando procuramos especificar a temática escolhida.

A percepção recebida da vanguarda da sociologia e dos movimentos políticos europeus convenceu-nos da necessidade de estudar seriamente as problemáticas relacionadas com a Sociedade do Risco.

Imediatamente formámos a convicção de que seria matéria ainda na esfera da sociologia do direito, mas cedo fomos surpreendidos com a quantidade de contributos já existentes nas várias vertentes do direito sobre a matéria.

Ora, se por um lado tal seria uma boa notícia, por outro constatamos que a dificuldade de resumir num relatório estes temas se tornava uma missão difícil, fazendo-nos sentir ainda mais reduzidos, como se tal ainda fosse possível, no vasto mundo do pensamento jurídico.

Paralelamente, funcionou como estímulo e como injeção de uma enormíssima humildade, acompanhada de um apelo para que se releve qualquer eventual falta de

---

\* Relatório apresentado no âmbito da disciplina de Direito e Processo Criminal do Curso de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas em língua portuguesa no ano lectivo de 2002-2003.

informação relevante por manifesta novice nestas águas do risco.

Tudo isto ganha um peso angustiante em matéria de Direito Penal. Pergunta FIGUEIREDO DIAS: “*A superação da razão técnico-instrumental, associada à emergência da sociedade do risco, implicará o abandono do paradigma penal actual (...)?*”. Sendo um tema fascinante, não deixa de ser perturbador. Terá sido esse o escopo principal da nossa abordagem ao tema. Sentimo-nos impotentes, ansiosos e extremamente preocupados com o futuro que as gerações anteriores nos deixam.

O relatório procura em primeiro lugar enquadrar do ponto de vista histórico, sociológico e político a problemática da Sociedade do Risco, recolhendo-se sobremaneira na principal obra de BECK, para além de tentar compreender a política criminal europeia no seu contexto ideológico.

Em seguida, pareceu-nos importante compreender como é que o Direito Penal recebe os problemas da Sociedade do Risco, e de que forma isso é relevante na política criminal.

Em caminhos mais esguios e sempre rodeados de grande angústia e incerteza procuramos abordar, *brevitatis causa*, alguns dos problemas específicos no contexto do Direito Penal, como sejam o aparecimento de novos bens jurídicos, os problemas de autoria, o perigo de desformalização e a pertinência do recurso aos crimes de perigo comum.

Porque de um mero relatório se trata, e sem prejuízo da nossa conclusão, optámos por um conjunto de conclusões críticas baseadas nas obras de BUERGO e SÁNCHEZ, onde são abordadas a dicotomia crescente entre a necessidade de eficácia e a consolidação de princípios, a nova percepção do Direito Penal como *prima ratio* e respectiva relevância da proteção penal no chamado Estado de Prevenção, e, finalmente, a opção de SÁNCHEZ pelo Direito Penal a várias velocidades.

Pensamos que o relatório fornece pistas suficientes para uma abordagem mais profunda e ulterior do tema.

## 2. CONTEXTO POLÍTICO, SOCIOLÓGICO E HISTÓRICO

### 2.1. Caracterização da Sociedade do Risco e os problemas que oferece ao mundo

Num tempo em que se sentenciou o fim das ideologias, sobretudo por quem não resistiu ao encanto de FUKUYAMA<sup>2</sup>, o desespero e a orfandade tornaram-se, mais do que fins civilizacionais, meios essenciais para uma nova percepção do mundo

---

<sup>2</sup> FUKUYAMA, Francis, “*O Fim da História e o Último Homem*”, Gradiva, 1992.

e da sua humanidade – ou falta dela. Não se partilha portanto do finalismo dos seguidores daquele autor. Antes se vislumbra a existência de novos caminhos. Só mesmo os mais inseguros sentimentos humanos permitem, no meio deste frenesim do desenvolvimento tecnológico, perceber ou teorizar sobre novos temas ideológicos, novas vias, como sempre sucedeu aliás ao longo da história das civilizações. Há mesmo um ditado chinês que encontra nas crises as janelas de oportunidade.

Atingida a Sociedade do Conhecimento, entre todas as evidentes vantagens no campo da igualdade de direitos, ela própria tratou de gerar angústias e anseios. O generalizado acesso à informação de forma cada vez mais rápida e democrática, logo menos paternalista, tem permitido ao Homem encontros de morte e de vida. Desses encontros nascem a insegurança, a angústia e a ansiedade. Conhecemos cada vez mais tudo aquilo que nos afecta. Sabemos cada vez mais tudo o que precisamos para viver melhor. Queremos cada vez mais conhecer a origem e a perfeição. E tudo isso torna mais visíveis os perigos, as inseguranças, as fraquezas, os defeitos do homem e da sua acção no planeta.

E é no contexto da Sociedade do Conhecimento que surge a Sociedade do Risco. Como o próprio “pai” da sua teorização cedo esclarece, na mais importante das suas obras<sup>3</sup>, os riscos não são novos, com raras excepções, mas são mais conhecidos, mais perceptíveis.

Curiosamente, muitas das teorias políticas que mais marcaram o mundo surgiram em plena Revolução Industrial, fruto de uma nova percepção dos riscos de então. A poluição era visível. Sentia-se. Cheirava-se. Os riscos já existentes não eram, no entanto, perceptíveis. Mas aqueles que o eram mereceram respostas filosóficas e sociológicas, sobretudo no campo social e político. Exploração do homem pelo homem, nova riqueza e nova pobreza, invalidez e conflitos sociais potenciaram o Estado Social destinado, precisamente, a reduzir riscos ou minimizar efeitos. E pela mesma dialéctica há hoje uma nova compreensão dos riscos.

Chegamos desta forma à Sociedade do Risco. Numa resumidíssima análise ao novo conceito acompanhe-se BECK<sup>4</sup> na definição de pilares essenciais:

1) O risco é invisível, sendo apenas conhecido pelas consequências que gera. Este aspecto coloca a comunicação social, as profissões jurídicas e científicas numa posição chave no panorama sócio-político. Atrevemo-nos a pensar que podem estar criadas condições para uma inversão da actual predominância do económico sobre o político, entenda-se, desde que se mantenha ou imponha a intervenção (directamente

---

<sup>3</sup> BECK, Ulrich, “*Risk Society, Towards a new modernity*”, SAGE, trad. Mark Ritter, 2002.

<sup>4</sup> Ob. cit., pp. 22 e ss.

ou de regulação corporativo-imune) do sector público nessas funções sociais;

2) O risco gera importantes consequências na sociedade. Os riscos são cegos. Repare-se na saúde e nas doenças da modernidade que não olham a estratos sociais, havendo mesmo doenças predominantes nas classes sociais mais abastadas. Afecta, nalguns casos, a propriedade privada e o seu valor, podendo ter efeitos devastadores nos lucros de empresas capitalistas (v.g. casos das vacas loucas e da gripe das aves). A mundialização do risco coloca problemas entre nações, agrava as diferenças entre nações. É cada vez menos evidente ou importante a sociedade de classes. Talvez mais uma sociedade de classes-nações;

3) Assiste-se, em muitos casos, à difusão dos riscos e à sua comercialização, consolidando-se ou sistematizando-se. Diz BECK<sup>5</sup>: “*Com a exploração económica do risco, a sociedade produz os perigos e o potencial político da Sociedade do Risco*”. Surgirá um novo apelo à intervenção do Estado.

4) Aspecto decisivo é a crescente importância do conhecimento dos riscos em desfavor do capital/riqueza. Embora haja inegável tendência para que o acesso ao conhecimento esteja fortemente condicionado pela detenção de capital ou de riqueza (BECK apenas o reconhece muito ligeiramente). O capital quer privatizar o conhecimento (propriedade intelectual de património cultural e histórico de povos, investigação privada do genoma humano, patentear de descobertas no âmbito da engenharia genética). Ora, mais uma vez surge como fulcral o papel do Estado na protecção daquele conhecimento que deve ser colectivo e na resistência à privatização geradora de novas desigualdades.

A nova modernidade exige novas abordagens, para lá da luta de classes ou do liberalismo económico.

## 2.2. Contexto político-ideológico da política criminal europeia

Como vimos, a realidade do risco traz consigo fenómenos de democratização e alterações de paradigma. Nesse contexto, não podemos esquecer os efeitos dos esforços analíticos de BECK ou HASSEMER<sup>6</sup> na política criminal. Esses efeitos começaram a materializar-se politico-legislativamente no início da década de 90 do século passado. São sobretudo os movimentos políticos de esquerda, da social-democracia filiada na Internacional Socialista, que ganham notoriedade e popularidade

<sup>5</sup> Ob. cit., p. 23.

<sup>6</sup> Cfr. HASSEMER, “*Fundamentos del Derecho Penal*” (trad. Muñoz Conde/Arroyo Zapatero), Barcelona, 1984, pp. 400 e ss. citado em SILVA SÁNCHEZ, J.-M., “*La expansión del derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*”, Civitas, Segunda edición, 2001.

com a sua nova abordagem ao crime. A particularização político-partidária é pertinente porque evidencia uma grande alteração à anterior doutrina ideológica desses movimentos. A esquerda confundia delinquência com luta de classes. Ainda hoje, alguma esquerda mais burguesa pensa dessa forma. Com certeza que essa realidade permanece em muitos países do mundo, em diferentes situações de desenvolvimento político, social e económico. Mas, nas sociedades mais complexas, há hoje uma inegável necessidade de mudar essa abordagem.

Em plena década de 90, a ideia era defendida com credibilidade, leia-se CARDARELLI/HICKS<sup>7</sup>: “*A luta de classes entre os que detêm e controlam os meios de produção e distribuição e aqueles que não os detêm ou controlam é a fonte de todo o crime nas sociedades capitalistas*”. Não se contesta que ainda o seja. Mas há espaço para nova análise. YOUNG<sup>8</sup> alertou: “*Go and tell a worker robbed of his weeks wages or a raped woman that crime does not exist!*”. É este novo sentir das classes mais desfavorecidas, interpretado pelos movimentos de esquerda em ascensão naquele período, que muda tudo.

A contemporaneidade e a Sociedade do Risco trouxeram uma nova dimensão ao Direito Penal. Os mais desfavorecidos são vistos, igualmente, como titulares de bens jurídicos individuais e difusos (SILVA SÁNCHEZ<sup>9</sup>). Pelo que, conquistada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, não faz sentido a inexistência de alternativa à pretendida aliança, por alguns sectores conservadores da esquerda europeia, entre delinquência e proletariado.

Um pouco por toda a obra de BOBBIO se compreende aquilo que JOHN LEA<sup>10</sup> sintetizou da seguinte forma: “*O que resta à esquerda é tomar seriamente em consideração os Direitos. Isto implica encarar seriamente o crime, sobretudo se o crime for definido como violação dos direitos humanos*”. E aqui está a grande mudança. A criminalização dos bens jurídicos colectivos. A responsabilização colectiva. Compreendidas as virtualidades deste caminho logo apareceram associações ambientais, de consumidores, anti-racismo, pacifistas e antiglobalização. Estes movimentos viram no Direito Penal a *ultima ratio* da defesa dos seus interesses. Paradoxalmente, pondo em causa o Direito Penal como *ultima ratio*, como veremos mais tarde.

Descreve VAN SWAANINGEN<sup>11</sup>: “*A crescente crença na pena (...) como orientação rumo à defesa social, numa alegada necessidade de corrigir a desorientada filantropia das décadas anteriores, num populismo autoritário sobre lei e ordem na comunicação social e na política*”; “*... a crítica criminológica foi*

<sup>7</sup> Cfr. CARDARELLI/HICKS, “*Radicalism in law and criminology*”, 84, n.º. 3, 1993, pp. 502 e ss e 519.

<sup>8</sup> Cit. em SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 66.

<sup>9</sup> SILVA SÁNCHEZ, ob. citada.

<sup>10</sup> Cit. em SILVA SÁNCHEZ, ob. cit., p. 66.

<sup>11</sup> VAN SWAANINGEN, “*Critical Criminology*”, pp. 170 e ss., 238-239, 241, *idem*.

*sensível a novos temas: violência sexual e familiar, crimes ambientais e de empresas, violação dos direitos humanos e outros crimes de Estado.*” Todo este novo enquadramento teve consequências bem visíveis na política europeia.

Não nos convencemos que se trate de mero populismo. A acusação de populismo, neste contexto, configuraria perigoso precedente para fazê-lo em relação a todos os movimentos, na história da humanidade, que conferiram mais igualdade de direitos e de oportunidades entre os Homens. Em muita doutrina se encontram referências à ascensão dos partidos socialistas ao poder no sul da Europa como o primeiro grande passo para esta nova fase do expansionismo do Direito Penal. Os discursos da Lei, da ordem e da segurança ao lado da solidariedade aparecem com CLINTON, GUTERRES, BLAIR, AMATO, SCHRÖEDER, CHÉVENEMENT e STRAW. A nova abordagem surge em defesa dos mais fracos. Surgem vários slogans: “*Though on crime, though on the causes of crime*”; “*Tolerância Zero*”.

Esta nova visão da esquerda sobre o crime não incidia num reforço punitivo da violação dos bens jurídicos individuais tradicionais, mas antes numa criminalização das violações dos direitos humanos, sociais e nalguns casos políticos. Esta evolução, mais do que inversão, doutrinal da esquerda, é tão curiosa como digna de registo – não necessariamente má, é credora de análise profunda.

O caso em Portugal tem-se revelado mesmo singular. Os mesmos que lutavam por limitações ao poder do sistema de investigação criminal por o considerarem implacável para com os mais desfavorecidos, passam a promover, durante a década de 90, a criminalização de novas condutas sob a bandeira dos direitos humanos.

Esse processo abriu novos horizontes, perigosamente nublados: intervenção preventiva do Direito Penal; responsabilidade colectiva que abandona a imputação individual; inversão do ónus da prova, comprometendo o princípio *in dubio pro reu*; reforço extraordinário dos meios à disposição da investigação e acção penal, ao nível do que acontece com os serviços secretos, como nota KUNZ<sup>12</sup>, com controlo judicial cada vez mais limitado.

Os resultados têm estado à vista com vantagens e desvantagens. Merecem reflexão, mas não um imediato movimento de contra-reforma. São problemas transversais a todos os ramos do direito, que ganharam alguma visibilidade popular com a recente intervenção no Iraque, embora no quadro do Direito Internacional.

---

<sup>12</sup> KUNTZ, “*Kriminologie*”, 305-307, *ibidem*.

### 3. A crescente importância da Sociedade do Risco no Direito Penal

#### 3.1. Os conceitos da Sociedade do Risco e a sua relação com o Direito Penal

Tradicionalmente, os conceitos da moda na sociologia são olhados com desconfiança e cepticismo pelo mundo do Direito, particularmente pelo Direito Penal. São sempre conceitos em fases primárias de sistematização e acompanhados de forte carga político-ideológica. Não obstante, os conceitos da Sociedade do Risco não deixam de estar intimamente ligados a decisões e acções humanas, individuais e colectivas, e, nesse pressuposto, faz sentido falar-se em “*Direito Penal da Sociedade do Risco*”<sup>13</sup>.

Os problemas relacionados com a relação entre a Sociedade do Risco e o Direito Penal, não residem exclusivamente na necessidade deste último encarar os riscos que o progresso técnico e científico trazem consigo, mas antes determinar até que ponto essa nova realidade influi no Direito Penal, tal qual o conhecemos – no paradigma do Direito Penal<sup>14</sup>.

O Direito Penal é chamado a intervir porque a insegurança perante a percepção dos riscos é maior. A gravidade associada aos novos riscos é também cada vez maior. Pelo que, num contexto de sociedade de informação e democracia, a sociedade não deixa alternativa ao Estado que não seja recorrer ao Direito Penal. O crescente sentimento de insegurança numa sociedade cada vez mais complexa leva inevitavelmente ao recurso à autoridade, à garantia e à segurança. É a severidade do Direito Penal que cria ilusão. E, é por se ter compreendido que não passa de ilusão que soaram alertas para reflectir sobre algo que pode instrumentalizar e desformalizar a *ultima ratio*, abrindo portas ao desconhecido. KINDHÄUSER questiona: “*se o Direito Penal é o instrumento mais drástico de controlo e se não se recorrer a ele em busca de solução, o quê ou quem pode então garantir segurança em face de comportamentos não desejados?*”<sup>15</sup>.

#### 3.2. A crise dos princípios político-criminais no contexto da Globalização<sup>16</sup>

Como já referimos, a discussão dogmática no âmbito do Direito Penal surge

<sup>13</sup> HILGENDORF, NSyZ, 1993, p.12, citado em BUERGO, Blanca Mendonza, “*El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*”, Civitas, Primera edición, 2001.

<sup>14</sup> Cfr. SILVA FERNANDES, Paulo, “*Globalização, «Sociedade do Risco» e o futuro do direito penal – Panorâmica de alguns problemas comuns*”, Almedina, 2001.

<sup>15</sup> KINDHÄUSER, “*Universitas*”, 1992, cit. BUERGO, *ibidem*.

<sup>16</sup> Cfr. SILVA SÁNCHEZ, Ob. citada.

porque a nova abordagem, que aqui e ali, começa a surgir aos princípios do Direito Penal põe em causa o paradigma penal<sup>17</sup>.

Sucintamente, partilhe-se a análise de SILVA SÁNCHEZ<sup>18</sup> relativamente aos princípios da legalidade, da culpa e da proporcionalidade.

Começam por surgir problemas relativamente ao entendimento tradicional do princípio da culpa. A doutrina sempre afirmou a culpa como condição necessária, embora não suficiente, para aplicação das penas. Ora, hoje, este princípio está irremediavelmente ameaçado com o recurso sistemático aos crimes de perigo comum. O despontar da relevância da responsabilidade de pessoas jurídicas colectivas e o debate que oferece sobre se, em alternativa ou em complementaridade, há responsabilidade penal dos indivíduos que as compõem, cujas acções desencadeiam a dita responsabilidade – a problemática da imputação subjectiva nos casos de órgãos colegiais –, se essa imputação é individual ou não, e se releva o dolo de uns face à ausência de dolo de outros e qual a relevância das causas de exclusão da ilicitude, são alguns dos problemas novos.

O princípio da proporcionalidade está, nas palavras de SILVA SÁNCHEZ<sup>19</sup>, igualmente *comprometido*: “*a difícil busca de equilíbrio sancionatório perante comportamentos imprudentes para com bens jurídicos colectivos; a pressão dos novos bens jurídicos colectivos, a par do recurso sistemático à técnica dos crimes de perigo comum abstracto constituem abalos ao paradigma tradicional do Direito Penal e são manifestações conducentes àquilo que vários autores chamam de flexibilização do Direito Penal, ou desformalização*”.

Os princípios próprios do Estado de Direito já não se mostram suficientes nos moldes conhecidos. Pelo que, ou são flexibilizados, ou serão abandonados.

A gravidade implícita nesta evolução (que evite uma revolução), é contudo objecto de violentas críticas por alguns sectores da doutrina: este novo Direito Penal, com novos bens jurídicos e com a flexibilização de estruturas e princípios do Direito Penal, consubstanciados no Estado de Direito, está a ampliar, em diversos sentidos, a estrutura de imputação penal orientada basicamente à ideia de dano ou lesão, criando

<sup>17</sup> DIAS, JORGE DE FIGUEIREDO, “O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco””, p. 590, *studies iuridica*, 61, ad honorem – 1, BFD: “Como poderão manter-se exigências – todavia postuladas por um princípio político-criminal da culpa – de que o delito doloso de acção constitui uma forma “normal” e paradigmática de aparecimento do crime, quando a contenção dos grandes riscos exige, pelo contrário, uma criminalização expansiva dos delitos de negligência e de omissão? Como poderão finalmente – para não se alargar em demasia o rol das dificuldades – manter-se os princípios que presidem à definição da autoria singular, quando (...) existirá as mais das vezes uma enorme distância temporal e espacial entre a acção e o resultado (trate-se de resultado de dano ou de resultado de perigo) em que se consubstanciam e se exprimem os grandes riscos?”

<sup>18</sup> Ob. citada, pp.99 e ss..

<sup>19</sup> Ob. citada, p.101.

um direito preventivo simbólico, que se pode tornar ineficaz e contraproducente por falta de autoridade e legitimidade no quadro de um Estado de Direito.

Problemas relacionados com a determinação da autoria, com a separação da punibilidade do acto independentemente do resultado, a inversão do ónus da prova, a flexibilização da tipicidade penal no sentido de facilitar a obtenção de prova e a criminalização de pessoas jurídicas colectivas, abalam estruturalmente conceitos clássicos de responsabilidade individual e de culpa em desfavor de uma maior eficácia. O finalismo ganha terreno. Será que no novo mundo os fins justificam os meios? Qual o preço que estamos dispostos a pagar?

#### 4. Problemas específicos do Direito Penal do Risco

##### 4.1. Breve nota à responsabilidade penal das pessoas colectivas

Uma visão mais finalista do Direito Penal introduziu no debate sobre política criminal a necessidade de sanções contra pessoas colectivas.

Para EDUARDO CORREIA<sup>20</sup>, “*o fim da política criminal é o de estabelecer o critério de valoração – em vista de uma mais eficaz luta contra o crime – do direito criminal construído e indicar a direcção do direito criminal a construir*”.

CASTRO E SOUSA<sup>21</sup> fala de uma criminalidade individual no âmbito de pessoas colectivas para enquadrar esta problemática da responsabilidade penal das pessoas colectivas<sup>22</sup>.

Segundo estes autores, a infracção individual deve ser praticada no interesse da pessoa colectiva, no sentido de que a infracção seja útil à finalidade do ente colectivo e, portanto, se situe no âmbito da actividade das pessoas colectivas.

Estas limitações colocam particulares problemas ao legislador se se entender delimitar as infracções em cada uma das actividades. No contexto desta criminalidade, deve a respectiva infracção ser praticada por alguém estritamente vinculada à pessoa colectiva de forma permanente.

Por último, refere-se ao poderio da pessoa colectiva como sendo característica significativa. Dificilmente um empregado hierarquicamente inferior está em condições de dar origem a uma infracção criminal imputável à pessoa colectiva.

Define portanto o autor a criminalidade das pessoas colectivas como “*a soma de todas as infracções individuais praticadas no interesse e no domínio da actividade*”

<sup>20</sup> CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, I, 1968, p. 8.

<sup>21</sup> Cfr. SOUSA, J. Castro, “*As Pessoas Colectivas em Face do Direito Criminal e do chamado «Direito de mera ordenação social»*”, Coimbra Editora, 1972, pp. 85 e ss..

<sup>22</sup> SEILER, “*Strafrechtliche Massnahmen als Unrechtfolgen gegen Personenverbände*”, Freiburg, 1967, p. 119, cit. em SOUSA, J. Castro, ob. citada.

*de tais entes, desde que tais infracções sejam cometidas com o auxílio do poderio das pessoas colectivas que a ela se encontrem ligados por uma relação de carácter permanente*<sup>23</sup>.

Neste sentido, estariam resolvidos alguns problemas que se colocam à protecção dos bens supra-individuais e à autoria, relacionados com pessoas colectivas. Não deixa, contudo, de ser um caminho perigoso, no sentido que comporta sempre algum risco de injustiça. Algumas actividades poderiam mesmo correr o risco de sobrevivência pelos custos inerentes ao desempenho de funções dirigentes de pessoas colectivas em determinadas áreas de actividade, inflacionando remunerações e prémios de seguro associados. Mas não deixa de ser o melhor caminho para salvaguardarmos as regras de imputação, as garantias e os princípios do Direito Penal.

No entanto, a punição individual pode não ser suficiente para garantir uma função preventiva. Há necessidade de sanções acessórias, importantes, mas cuja determinação oferece alguns problemas.

Como lembra MAURAUCH<sup>24</sup>, sendo a política criminal a *doutrina da prevenção das infracções*, a adequação destas reacções há-de ser aferida à luz das suas aptidões preventivas.

Os problemas surgem quando, no quadro do Direito Penal clássico, temos penas que visam retribuir a ilicitude cometida, com referência à culpa do agente, e, ainda, medidas de segurança com referência à perigosidade do agente, na medida em que a sua personalidade é susceptível de ser censurada.

Pelo que, ou se previne a futura ilicitude com medidas de segurança, ou se garante com as penas a retribuição da ilicitude cometida.

Surge o problema central desta questão: a retribuição pressupõe culpa, logo não pode ser aplicada às pessoas colectivas. Como se afere a culpa das pessoas colectivas? Haverá com certeza, mas disseminada em diferentes graus por um sem número de agentes.

Neste contexto, e admitindo a pena de multa, veremos mais à frente que tais penas teriam que ser *pesadíssimas* para garantir algum efeito preventivo, o que tornaria o Direito Penal simbólico e de reduzida eficácia.

No quadro das medidas de segurança, há lugar a várias possibilidades sancionatórias das pessoas colectivas: dissolução, apreensão de bens, suspensão de actividade, encerramento de estabelecimentos, apreensão de licenças e concessões, caução pecuniária e restrição de actividade.

---

<sup>23</sup> SOUSA, J. Castro, ob. cit., p. 90.

<sup>24</sup> MAURAUCH, “*Deutsches Strafrecht*”, Allgemeiner Teil, 4 Auflage, p. 33, cit. em SOUSA, J. Castro, ob. citada.

#### 4.2. Novos bens jurídicos de conteúdo difuso

No contexto acima abordado sumariamente, importa determo-nos mais detalhadamente, pelo menos, numa das questões que aqui meramente afluíramos ou identificámos.

É pacífico, um pouco por toda a doutrina, que o aparecimento de novos bens jurídicos é o factor de novidade do Direito Penal do Risco. Nas palavras de BUERGO<sup>25</sup>, “*assistimos a uma dissolução do conceito de bem jurídico*”, significando uma nova amplitude do conceito de bens jurídicos individuais e novos, e imprecisos, bens jurídicos supraindividuais. Ora, nesta linha de pensamento, o Direito Penal perde a sua componente de castigo, punição ou repressão de danos individuais e concretos rumo “*à protecção da condição ou a padrões de segurança e com a prevenção de perturbações sociais*”.

Neste processo de dissolução do bem jurídico, importa destacar duas questões relacionadas com aquele problema:

1) dificuldade de delimitação clara do bem jurídico tutelado, *in casu*, para determinação de dano ou perigo pela conduta típica;

2) dificuldade em estabelecer uma relação consolidada entre o comportamento e possíveis efeitos – avaliar se em último caso não deixam de ser bens jurídicos individuais.

Muitos destes problemas têm sido estudados ou tornados evidentes em áreas como o direito ambiental ou económico. No direito ambiental temos vindo a assistir a uma certa evolução relativamente ao bem jurídico protegido. Nos vários códigos europeus, começou-se por proteger a vida e saúde humana face aos perigos decorrentes dos ataques ao meio ambiente.

Hoje, no entanto, assiste-se a um alargamento da esfera do bem jurídico protegido (vida e saúde humanas). Reconhecem-se bens jurídicos ambientais independentes como a água, o ar e o solo. Considerados como inclusos no espaço vital do homem, esta evolução ecocêntrica para eco-antropocêntrica permite a protecção de bens jurídicos, como a qualidade da água, independentemente da sua violação produzir danos em alguém ou não. Estes bens jurídicos ganham vida própria.<sup>26 27</sup>

<sup>25</sup> Ob. cit., p. 69.

<sup>26</sup> “A crescente antropomorfização da realidade natural e a correlação necessária entre o direito de um e o dever de outro, obrigação do Homem em relação à natureza, de que fala Norberto Bobbio (...)” SANTOS ALVES, A.L., “*Interesses Difusos, Protecção Penal do Ambiente*”, Parecer Procuradoria Geral da República, 15 de Março de 1996.

<sup>27</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente – um quarto de século depois*”, Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues.

Em termos semelhantes, colocam-se os problemas de determinação do bem jurídico protegido no Direito Penal económico. Ora, neste contexto, a doutrina tem-se dividido entre quem pensa o bem jurídico tutelado como essencial e inegociável, por constituir matriz do sistema penal<sup>28</sup>, e quem olha para o bem jurídico como síntese, e portanto, passível de nova abordagem na perspectiva de alteração do sistema<sup>29</sup>.

Importa, aqui, referenciar o debate na doutrina alemã: por um lado HASSEMER<sup>30</sup> que recusa a incompatibilidade do novo Direito Penal com o conceito de bem jurídico, antes considerando que em todo o caso se protege mediatamente bens jurídicos; por outro lado, STRATENWERTH que considera não ser já possível defender o conceito de bem jurídico, optando por um caminho referente a normas gerais de comportamento, desvalorizando a conduta<sup>31</sup>. Entre os dois autores surgem várias teses mitigadas.

Resulta evidente que este terreno é propício a uma certa politização, obrigando a doutrina a redobrados esforços metodológicos de racionalização.

A complexidade do problema coíbe-nos de escolher qualquer um dos caminhos, não deixando contudo de sublinhar que o direito ambiental tem oferecido respostas razoáveis. É certo que apesar da sua evolução para o tal eco-antropocentrismo, a dificuldade de materialização de bens jurídicos é menor do que em áreas como a criminalidade organizada ou económica.

No entanto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>32</sup>, pode constituir um catálogo completo de bens jurídicos e um bom ponto de partida para proteger o actual paradigma do Direito Penal, recebendo, contudo, os contributos da história e da evolução social. Sempre foi assim. No Direito Penal, como nas outras áreas, há por vezes uma dificuldade em superar as certezas dos últimos 200 anos.

Num plano mais geral, assiste-se a uma inversão de tendência: durante toda a metade do séc. XX assistimos a processos de descriminalização que assentavam precisamente em limitar a intervenção punitiva do legislador. Agora, assistimos a um processo de neo-criminalização crescente, exigindo-se uma maior intervenção do Direito Penal. Há uma nova fase de instrumentalização do Direito Penal.

Perante a novidade, o desconhecido, e não sendo conhecida outra forma de prevenção, recorre-se ao Direito Penal. Foi assim ao longo da História. Daí que faça

<sup>28</sup> OTTO, Madrid Symposium, p. 456, cit. em BUERGO, ob. citada.

<sup>29</sup> HASSEMER, “*Funktionalismus*”, p. 88, *idem*.

<sup>30</sup> *Idem*.

<sup>31</sup> STRATENWERTH, “*Zukunftssicherung*”, ZStW, 105 (1993), pp. 679 e ss., citado em BUERGO, ob. citada.

<sup>32</sup> Adoptada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1948.

sentido resistir a uma profunda alteração do paradigma do Direito Penal e ao abandono de bem jurídico como referência. A sociedade tende a reagir perante a incerteza. A sociedade encontra sempre novas soluções que mais tarde tornam desnecessária a intervenção punitiva, dando lugar a formas alternativas, dando lugar a nova fase de descriminalização<sup>33</sup>.

Não obstante, vivemos numa fase de ameaça ao paradigma de contenção do processo de criminalização.

### **4.3. Os crimes de perigo comum (abstracto) como instrumento preferencial perante as novas necessidades de segurança e protecção**

A crescente utilização da técnica legislativa do perigo comum, abstracto (o concreto levanta dificuldades quase intransponíveis na prova), é uma resposta aos novos problemas da sociedade, mas também um render de guarda do Direito Penal.

Por um lado, é uma resposta do Direito Penal ao desejo de segurança, através do qual o legislador criminaliza condutas não necessariamente lesivas de bens jurídicos, mas com elevado risco de que tal possa acontecer, numa ameaça generalizada de punição, não sendo sequer exigível a existência de danos ou existência de perigo material para o bem jurídico, com óbvias dificuldades em matéria de prova e de determinação de causalidade. É a resposta fácil e imediata do legislador à pressão política de certas causas.

Não que tal seja negativo em si, pois resulta sempre dos mecanismos próprios de uma qualquer democracia representativa que lute pela sobrevivência perante as ameaças populistas e a ascensão da democracia directa.

Surgem, porém, problemas de legalidade e proporcionalidade ao sancionar actos que, por si só, não são lesivos de nenhum bem jurídico nem demonstram suficiente perigosidade para imputação de qualquer responsabilidade ao seu autor.

O princípio da culpa é mesmo afastado neste cenário. Abre-se a porta à instrumentalização do Direito Penal por certos interesses, mais ou menos claros, que pretendem, tão-só, reduzir comportamentos indesejados ou incómodos à sua condição de prevalência nesses micro-sistemas de interesses.<sup>34</sup>

No momento em que toda esta nova problemática no Direito Penal é pressionada por desejos de maior eficácia, não deixa de ser curioso que as áreas onde mais se recorre aos crimes de perigo comum, são precisamente aquelas onde esse combate tem sido menos eficaz: droga, terrorismo, criminalizada organizada, criminalidade económica, branqueamento de capitais, delinquência juvenil, criminalidade informática, ambiente, etc.

<sup>33</sup> BUERGO, ob. cit. p. 86, n.º 3.

<sup>34</sup> Cfr. BUERGO, ob. cit. pp. 92 e ss..

Esta forma de intervenção comporta riscos maiores do que aqueles que muitas vezes pretende evitar. Num cenário de crescente judicialização das democracias continentais, abre-se a oportunidade a formas de intervenção punitiva que, utilizadas sem moderação e interpretadas com excesso de formalismo, ameaçarão as garantias essenciais ao funcionamento do sistema num contexto de Estado de Direito e Democracia. Há, por essas razões, uma necessidade acrescida de ponderação, proporcionalidade e de resistência a mudanças fáceis e radicais. Torna-se necessário medir o preço a pagar (e se se justifica pagá-lo!) para termos uma “*criminalização antecipada com pretensões de tutela mais completa e eficaz, não tomando apenas em conta os fins que se pretendem atingir, mas tendo igualmente em conta as consequências e os custos daí decorrente*”<sup>35</sup>.

Em jeito de síntese, observe-se o trilema de TREUBEN<sup>36</sup>, segundo o qual determinadas regulações conduzem a uma indiferença mútua entre sociedade e direito, à desintegração do Social através do Direito e a desintegração do Direito através do Social em virtude das expectativas excessivas das sociedades.

Segundo TREUBEN, aquela indiferença resulta de uma entrada excessiva dos programas políticos conjunturais no Direito Penal, sem a preocupação da devida adaptação ao racionalismo próprio do Direito, conduzindo-o na maior parte dos casos a uma verdadeira ineficácia.

Quanto ao efeito de desintegração da sociedade, ele opera pelo excesso legislativo e regulatório que funciona como mecanismo de desresponsabilização, a par do surgimento de novos modelos de regulação. Por outro lado, o efeito de desintegração do Direito pela sociedade, resulta de pressões políticas cada vez mais fortes numa sociedade globalizada de informação condicionando a produção legislativa a interesses de oportunidade, ao invés de legalidade.

Ora esta permeabilidade do Direito Penal à política conjuntural, a sua funcionalização/instrumentalização, retira-lhe autoridade, sendo, portanto, prejudicial aos fins pretendidos por aqueles que clamam a intervenção do Direito Penal. Daí os efeitos contraproducentes da expansão do Direito Penal, tornando-se simultaneamente perceptível o que BECK<sup>37</sup> queria dizer com a crescente importância dos juristas neste novo mundo.

---

<sup>35</sup> *Idem*, p. 82 e ss..

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 87 e ss..

<sup>37</sup> *Ob. cit.*, p. 23.

## 5. Conclusão - Abordagem crítica de algumas soluções doutrinais

### 5.1. A eficácia do recurso aos crimes de perigo abstracto (Eficácia vs. Princípios)

A discussão relativamente ao recurso aos crimes de perigo comum tem vindo a centrar-se na eficácia em oposição à rigidez dos princípios clássicos do Direito Penal.

Sendo certo que são critérios de eficácia que promovem o desenvolvimento da figura, como já se disse, tal eficácia está ainda por ser provada. Partilhamos mesmo do cepticismo de BUERGO<sup>38</sup> quando afirma que “*privilegiar a acção em desfavor do resultado em Direito Penal contribui mesmo para um enfraquecimento da prevenção geral*”. Isto é, querendo reforçar-se a prevenção geral acaba-se por enfraquecê-la. O juízo sobre o maior ou menor risco de um comportamento, desligado do seu resultado, necessita de se apoiar em pareceres multidisciplinares, o que resultará numa determinação de perigosidade tão subjectiva quanto maior for a capacidade de fundamentação, caso a caso, prejudicando uma prescrição penal geral minimamente taxativa. Alguns autores explicam que com a definição geral do risco, cada indivíduo faz uma avaliação individual de custo-benefício do seu comportamento face ao disposto na norma penal sancionatória.

Pelo que importa sublinhar dois momentos distintos deste problema: o momento em que o legislador actua e desafia os princípios do Direito Penal e o momento em que o indivíduo equaciona o seu comportamento face ao quadro sancionatório.

Assim sendo, o único caminho (inaceitável) que salvaguarda alguma eficácia é uma opção pelo mínimo denominador comum, ou seja, a opção por penas agravadas, garantindo que nenhum agente estará em condições de sair credor na avaliação custo-benefício. Mas aqui surgem os problemas relativos às dificuldades de aplicação da pena serem maiores e, portanto, transformarem o Direito Penal, como já vimos, em algo meramente simbólico, reduzindo a propalada eficácia<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Ob. cit., pp. 164 e ss..

<sup>39</sup> Cfr. PALMA, M.F., “*Crimes de terrorismo e culpa penal*”, Colóquio Internacional de Direito Penal, “*Criminalidade Organizada*”: “*Quando uma norma se destina apenas à satisfação de interesses de certas pessoas e não tem qualquer interesse racional para alguns dos seus destinatários quebra-se esta universalidade do dever que a legitima e ela só pode ser expressão de força, de um poder particular, negador de autonomia. Tal norma nunca será autovinculativa, mas só poderá ser cumprida (não por força da sua necessidade intrínseca para os seus destinatários) pelo temor das consequências. Nesta última perspectiva, o Direito transfigura-se em coacção e perde autonomia relativamente a um mero exercício de poder.*”.

## 5.2. De *ultima ratio* a *prima ratio* ou a protecção penal do Estado de Prevenção

Todo o quadro descrito, em ultima análise, põe em causa a função de *ultima ratio* do Direito Penal, e tende a transformá-lo em *prima ratio* de cariz menos estrutural e mais sujeito aos ventos da política.

Sendo inegável que as questões precisam de novas formas de intervenção, nada impede que isso seja resolvido a meio caminho entre o Direito Administrativo e o Direito Penal. No fundo, sendo uma intervenção (*Direito de Intervenção* de HASSEMER<sup>40</sup>) com menos garantias, a responsabilidade pela diminuição das mesmas não afecta o Direito Penal e a sua dignidade, mas tal intervenção torna-o permeável ao escrutínio do combate político conjuntural ou sujeito às evoluções sócio-políticas.

A discussão é ainda tão intensa que não é fácil escolher um caminho. Mas observados os movimentos políticos em evolução num contexto de globalização e democracia, parece que o modelo de HASSEMER é aquele que melhor responde aos anseios sociais de eficácia e o que melhor salvaguarda a manutenção estrutural do Direito Penal com as suas garantias e princípios.

Um pouco na mesma linha, SILVA SÁNCHEZ<sup>41</sup> sublinha a existência de um novo Estado de Prevenção. A globalização tem trazido consigo fenómenos de privatização e desregulação reduzindo a presença do Estado como produtor ou prestador de serviços, perdendo espaço para um novo Estado minimalista, regulatório, policiador e autoritário (aqui com menos sucesso, e referimo-nos a uma autoridade num contexto democrático). Este novo Estado assume-se como sendo de vigilância e de inspecção, obrigando-se a ter informação prévia sobre as áreas que queira regular. Tem que conhecer os actores e saber o que fazem e como o fazem. Recorre, por isso, a um número crescente de sistemas de licenciamento e de autorizações administrativas, privatizando nalguns casos estas funções (entenda-se privatização em sentido lato, incluindo quer mecanismos de autoregulação ou de ordens públicas de auto-regulação, quer o sector privado)<sup>42</sup>.

Deste modo, é delineada uma linha de legalidade apriorística, preventiva de comportamentos à margem, desconhecidos do Estado, susceptíveis de sanções administrativas e, como temos insistido, penais.

Neste papel de intervenção preventivo, numa sociedade de insegurança e de risco, ganha consistência o tal Estado de Prevenção de que falava DENNINGER<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> HASSEMER, “*Produktverantwortung*”, pp. 22 e ss., cit. em BUERGO, ob. cit., p. 183.

<sup>41</sup> Ob. cit., pp. 136 e ss..

<sup>42</sup> ESTEVE PRADO, “*Técnica*”, p. 77, *ibidem*.

<sup>43</sup> DENNINGER, “*Der Präventionsstaat*”, 1988, p. 1. *ibidem*.

Vale a pena esta pequena descrição de BARATTA/WAGNER<sup>44</sup>: “*A Sociedade do Risco traz consigo o Estado de Prevenção. Sublinhe-se que o Estado de Prevenção e de Segurança é caracterizado por uma tendência de produção normativa e por mecanismos de decisão que se reorganizam constantemente, como que em constante reacção a uma situação de estado de emergência estrutural. Os perigos que daí resultam passam pelo aparecimento de limitações inaceitáveis das liberdades civis por um poder incontrolável, por um poder estático de controlo, são também uma característica fulcral da civilização do risco*”.

Tendo por base todo este quadro, SILVA SÁNCHEZ<sup>45</sup> identifica 4 fases no processo de alargamento dos objectos sujeitos a esta nova protecção preventiva:

1) A definição de condutas lesivas, em concreto e em abstracto, toma o lugar da pretensão de evitar a lesão de um interesse pessoal ou patrimonial. Tem sido este o campo mais propício à expansão do Direito Penal;

2) Assiste-se à descrição de contextos tipificados que potenciam comportamentos ou condutas perigosas. Nesse contexto, estão os bens colectivos ou supraindividuais. Aqui concorrem já as sanções administrativas e nalguns casos tutela penal;

3) Há lugar à definição de indícios que levem a supor uma concorrência de riscos para os tais contextos tipificados. A apreciação dos critérios permite à Administração iniciar procedimentos sancionadores. Isto já é particularmente evidente em matéria de saúde pública e de fiscalidade;

4) Apesar de nem se verificarem quaisquer indícios, há lugar ao procedimento administrativo fiscalizador.

Nesta actividade de supervisão, inspecção, a perturbação isolada da mesma, deve constituir crime de desobediência não dando, contudo, lugar a pena privativa da liberdade. Já a perturbação reiterada e generalizada, e portanto susceptível de lesar bens jurídicos colectivos, segundo SÁNCHEZ, deve ser passível de sanção mais rigorosa<sup>46</sup>.

### 5.3. Direito Penal a várias velocidades

Outro caminho apontado pela doutrina é protagonizado por SILVA SÁNCHEZ<sup>47</sup>, que assume, tal como HASSEMER, algum pragmatismo ao reconhecer a necessidade

<sup>44</sup> BARATTA/WAGNER, “*Risque, sécurité et démocratie*”, 1994, pp. 331 e ss, *ibidem*.

<sup>45</sup> Ob. cit., pp. 139-140.

<sup>46</sup> Ob. cit., pp. 138 e ss..

<sup>47</sup> Ob. cit., pp. 163 e ss..

de resposta a estes novos problemas.

Mas, enquanto HASSEMER cria como que um novo Direito (Direito de Intervenção), SÁNCHEZ fala num só Direito Penal a duas velocidades. Uma que mantém a estrutura clássica do Direito Penal, e uma outra que observe alguma flexibilidade perante os princípios processuais e regras de imputação, sem contudo os abandonar em absoluto, com sanções menos intensas (privação de direitos e sanções pecuniárias).

SÁNCHEZ, no fundo, tenta materializar ou fasear na evolução do Direito Penal esta nova realidade reconhecendo aquilo que ele chama de “*um espaço razoável de expansão do Direito Penal*”.

No entanto, sublinha, “*a admissibilidade desta segunda expansão, acompanhada dos laivos de flexibilidade reiteradamente referida, exigirá indubitavelmente que os referidos ilícitos não sejam sancionados com pena de prisão. Na medida em que esta exigência não for respeitada (...) a expansão do Direito Penal carece (...) da necessária razoabilidade político-jurídica.*”<sup>48</sup>.

Concluimos como começámos. Com muitas dúvidas e com a convicção de que a matéria que procurámos sistematizar em termos sumários, foi apenas superficialmente afluída naqueles pontos que nos pareceram comuns às várias fontes doutrinárias.

Não estamos convencidos da necessidade de criação de um direito penal novo, filho da sociedade do risco. Contudo, estamos convencidos que para cada um dos problemas suscitados, torna-se necessário e urgente, um longo e laborioso trabalho doutrinário, que não ponha em causa o Estado de Direito, mas que não deixe de dar resposta aos desafios da modernidade.

---

<sup>48</sup> Ob. cit., p. 162.

**BIBLIOGRAFIA**

FUKUYAMA, Francis, “*O Fim da História e o Último Homem*”, Gradiva, 1992

BECK, Ulrich, “*Risk Society, Towards a new modernity*”, SAGE, trad. Mark Ritter, 2002

SILVA SÁNCHEZ, J.-M., “*La expansión del derecho penal, Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*”, Civitas, Segunda edición, 2001

BUERGO, Blanca Mendonza, “*El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*”, Civitas, Primera edición, 2001

SILVA FERNANDES, Paulo “*Globalização, «Sociedade do Risco» e o futuro do direito penal – Panorâmica de alguns problemas comuns*”, Almedina, 2001

DIAS, Jorge de Figueiredo, “*O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”*”, p. 590, *studia iuridica*, 61, ad honorem – 1, BFD

SOUSA, J. Castro, “*As Pessoas Colectivas em Face do Direito Criminal e do chamado «Direito de mera ordenação social»*”, Coimbra Editora, 1972, pp. 85 e ss.

DIAS, Jorge de Figueiredo, “*Sobre a tutela jurídico-penal do ambiente – um quarto de século depois*”, Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues

SANTOS ALVES, A.L., “*Interesses Difusos, Protecção Penal do Ambiente*”, Parecer Procuradoria Geral da República, 15 de Março de 1996

PALMA, M.F., “*Crimes de Terrorismo e culpa penal*”, Colóquio Internacional de Direito Penal, “Criminalidade Organizada”:

