

REVISTA
de
INFORMAÇÃO
LEGISLATIVA

Brasília • ano 42 • nº 168
Outubro/dezembro – 2005

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

A sociedade de risco e o Direito Penal

Pedro Braga

Hobbes era um homem amedrontado. Não é por acaso que intitulou sua obra com o nome do monstro bíblico – Leviatã. Bela metáfora para designar o Estado tentacular. Para Hobbes, a transição do estado de natureza para o estado de sociedade deu-se mediante a delegação da liberdade de todos e de cada um para o soberano, garante dessa liberdade. Sua constatação tristemente realista: *homo homini lupus*, numa tentativa de explicar racionalmente o absolutismo. Assim, para ele, surgiria a sociedade civil.

O risco não é um fato recente, obviamente. Ampliou sua natureza e adquiriu novas facetas. Mudou, ou melhor, adaptou-se, em uma sociedade mais complexa. Os romanos, criadores da ciência jurídica, consideravam o risco sob o conceito de *casus fortuitus*, igualmente denominado *vis maior* (força maior). Evoquemos os formuladores romanos, que assim definiam o dano e sua causa, genericamente:

“*Casus fortuitus* (também denominado *vis maior*, força maior) é o evento danoso devido a uma causa natural (exemplo: morte de um escravo em razão de doença ou senectude) ou a intervenção de terceiros (exemplo: roubo por um único ladrão ou por um grupo de ladrões).

O risco de perda (*periculum*) de uma coisa ou de uma prestação resultante de caso fortuito deve em princípio ser suportado pelo proprietário da coisa

Pedro Braga é servidor do Senado Federal.

ou o credor da prestação. No último caso, o devedor da prestação tornada impossível de executar é liberado da obrigação, à condição da perda não ser devida a nenhuma culpa de sua parte, o que implica, em princípio, que o evento danoso tenha sido imprevisto e inevitável.” (DROIT ROMAN, [2001?]).

Às vezes as fontes romanas faziam distinção entre os dois tipos:

“*Casus fortuitus*: evento externo ao devedor, porém entrando em sua esfera de controle e, pois, em certa medida, previsível e evitável (exemplo: roubo por um único ladrão).

Vis maior: evento escapando ao controle do devedor e que, mesmo se ele havia sido previsto, não poderia ter sido evitado (exemplos: terremoto, naufrágio, inundação, incêndio causado por raio, etc.)” (DROIT ROMAN, [2001?]).

Donde se conclui que o risco de perdas, o evento danoso (*periculum*), é *imprevisto e inevitável*. No caso fortuito, tal evento é, *em certa medida, previsível e evitável*. Finalmente, na força maior, *mesmo previsto, não pode ser evitado*.

Ou seja, tudo que acontecesse independentemente da vontade humana os romanos denominavam *casus fortuitus* ou então *fortuna* (acaso).

Modernamente, risco foi objeto de tratamento sob o prisma sociológico. Há quem diga que risco não é necessariamente um conceito da esfera jurídica. Mas ele diz respeito muito de perto ao mundo jurídico, como veremos adiante. E entrou, por motivos óbvios, na ordem do dia. Quem o trouxe à baila foi o sociólogo alemão Ulrich Beck em sua obra *Risikofesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, editada em Frankfurt em 1986¹.

Paulo Silva Fernandes (2001, p. 33), em seu livro *Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal*, referindo-se ao pensamento de Niklas Luhmann, que identifi-

ca três fases na história do risco, este louvado em Beck, fases que foram esquematizadas pelo jurista português Augusto Silva Dias, na obra *Protecção Jurídico-Penal de Interesses dos Consumidores*, enumera: “a primeira corresponde ao advento da idade moderna, em que, todavia, os riscos são ainda ‘incipientes e controláveis’; a segunda, que se estende ‘de finais do séc. XIX até à primeira metade do séc. XX’, surge da vontade de ‘conter e domesticar estes riscos mensuráveis e controláveis’, com o fim de reduzir tanto a sua ocorrência como a sua gravidade, e que corresponde ao *Welfare State*; a terceira fase, por fim, corresponde ao nosso tempo, coincidente com o fracasso do *Welfare State* e o aparecimento de novos, graves e incontroláveis riscos, fruto do desmedido desenvolvimento da sociedade industrial tardia.”

A essa altura, poder-se-ia avançar uma definição de risco para efeito de trabalho: poder-se-ia defini-lo como *o perigo mais ou menos previsível*. Ou seja, *perigo*, um conceito sempre associado ao *risco*. Paulo Silva Fernandes define o risco afirmando que “o tópico central do discurso do risco é a *existência* de algo que *não existe ainda*, algo que *não aconteceu*, mas pode *vir a acontecer* se continuarmos a seguir pelo mesmo trilho”. Ele, porém, distingue riscos de perigos, atribuindo a estes um caráter natural, como as catástrofes, e àqueles o fato de serem “fabricados”, decorrentes do ato humano. Donde se conclui que há o risco e o perigo iminentes e o risco e o perigo potenciais. A catástrofe do Tsunami, a rigor, era previsível, uma vez detectados seus indícios por sismógrafos instalados em diferentes partes do mundo, devendo, portanto, a população ser evacuada a tempo. Falta de comunicação adequada entre os Estados? Incúria pura e simples das autoridades dos países afetados? Despreparo cultural para lidar com catástrofes iminentes e/ou potenciais? Na história da humanidade, risco houve, há e sempre haverá – e o pior, doravante, cada vez mais amplo em extensão e em efeitos danosos. Seria ingênua utopia acreditar-se ou

tentar-se abolir a existência de risco, transformá-lo em risco zero. Trata-se, no entanto, de trabalharmos com a hipótese do risco aceitável. A gestão do risco consiste em determinar-se o limiar que não pode ser ultrapassado. Para isso, impõe-se uma ação preventiva baseada no acordo entre pessoas, participação e informação, e isso não nasce de geração espontânea, devendo ser objeto de política pública em nível mundial. O risco advindo de fenômenos da natureza ou produzido pela sociedade deve ser gerido pelo poder público, pelos que detêm o poder de decisão política, pelo fato de que o interesse subjetivo dos cidadãos confunde-se com os interesses gerais.

Em meados do século XVII na Europa, já na sociedade moderna, a explicação do mal-estar no mundo (tema depois tratado por Freud) centrava-se em argumentos religiosos e mágicos. No século XVIII, surgem as soluções científicas no bojo da produção industrial, emergindo, do ponto de vista político, o sistema liberal, em que o risco tecnológico é distribuído de maneira desigual entre a população.

O risco entra na esfera do jurídico pelo viés da responsabilidade civil e penal, após os contratos de seguro, inicialmente marítimos, que são uma forma mais antiga de precaver-se contra os danos resultantes de riscos potenciais. Os juristas debruçam-se sobre a explicação científica das causas do dano, do nexo de causalidade. Intervém uma transformação na cultura do risco, ligada à questão do destino coletivo.

Nos países onde existe a democracia assegurada pelo Estado de Direito, surge uma forma particular de organização política: as decisões são precedidas por diferentes opiniões, inclusive com a possibilidade de contestar-se as decisões tomadas pelo Poder Público. O princípio da transparência adquire, em muitos países, dignidade constitucional. *Idem* o princípio da vigilância. Experiências de iniciativa da própria cidadania surgem aqui e ali. Na Dinamarca é criado o sistema de vigilância conhecido como

“Conferência dos Cidadãos”, que compreende um *panel* de especialistas. Em 1998, inaugura-se na França a “Primeira Conferência de Cidadãos”. É a cidadania assumindo supletivamente a prevenção dos riscos.

Embora tenha havido sociedade sem Estado, é obvio que o Estado distingue-se da sociedade civil. A ambigüidade na acepção entre sociedade civil oposta ao estado de natureza perdurou desde a Antiguidade até o século XII, como se sabe. Hegel, no século XIX, fazia a distinção, separando, no seio da sociedade civil, a esfera civil da esfera política.

Com a crise do Estado-providência (*Welfare State*), o cidadão emancipa-se da tutela estatal, para o bem ou para o mal. A sociedade civil não é um ente homogêneo: existe uma sociedade civil organizada (ONGs, as entidades do terceiro setor, tanto privadas quanto estatais) e outra desorganizada. Em todo caso, a sociedade civil não decide, apenas influi. A esse propósito nem o orçamento participativo adquiriu *droit de cité* entre nós.

É razoável pensar-se que a prevenção de catástrofe incumbe tanto à sociedade civil quanto ao Estado, principalmente a este, que recebeu delegação para tal e conta com os meios e instrumentos necessários. O que se constata é que é quase inexistente, *máxime* no Brasil, a mobilização da sociedade civil na prevenção de riscos. Basta ver os resultados com o aumento da pluviosidade nos grandes centros urbanos.

O risco, porém, não se resume tão-somente ao aspecto do meio ambiente. A violência, o tráfico de pessoas, os delitos de natureza econômica e os eletrônicos praticados via *internet* compõem o quadro da sociedade pós-industrial em que vivemos. E todos esses aspectos envolvem matéria que tudo tem a ver com o direito. Surgiu até o direito Penal Econômico, de que trataremos mais adiante.

As responsabilidades não são apenas individuais, há também responsabilidade de pessoas jurídicas, de entes coletivos. A

abordagem dessa questão, embora muitos pensem o contrário, não é recente.

A noção de sujeito de direito ou pessoas administrativas, criadas pelos romanos, ganha vigor com os glosadores e canonistas. A *universitas* compreende um conjunto de direitos individualizados sob a égide de uma instituição. Já na Idade Média, a *universitas* podia contrair obrigações, adquirir bens e agir em juízo, sendo-lhe reconhecida a responsabilidade penal.

A discussão sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas voltou à pauta entre doutrinadores brasileiros. Antônio José da Costa e Silva (2004, p. 155-157), em sua obra *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, de 1930, analisando o parágrafo único do art. 25, faz uma síntese histórica da possibilidade da responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Em que pese ser longo, vale a pena a transcrição:

“A questão de saber se as pessoas morais ou jurídicas podem praticar ações criminosas e por elas responder tem atravessado diversas fases. Após longo período de quietude, que parecia ser definitiva, voltou de novo a ser objeto de porfiadas discussões. Ainda agora figura ela no programa do segundo congresso de direito penal, a realizar-se no mês de outubro, em Bucareste (relatores: os professores Pella e Cuello Calón).

O caráter puramente individualístico da imputabilidade no direito romano não permitia que se estendesse às pessoas coletivas a responsabilidade penal. Nada obstava, entretanto, a que às mesmas se aplicassem as medidas de natureza preventiva, nomeadamente as multas. Isso se deu, mas já nos tempos da decadência. Só em sentido impróprio e por uma analogia muito fraca se poderiam considerar como penas as providências de ordem política ou legislativa que se tomavam com relação a uma ‘*civitas*’ por certos atos praticados contra o Estado.”

E continua o eminente mestre:

“O direito canônico admitiu a responsabilidade penal dos entes coletivos (capítulos, conventos, congregações, cidades, municípios). Sob o influxo do direito germânico, a prática medieval reconheceu que tais entes eram capazes de perpetrar crimes e podiam por causa deles sofrer punição. Essa capacidade foi combatida por Sinibaldo dei Fiechi (depois Inocêncio IV), que, afirmado ser a *universitas* uma pessoa meramente ideal ou fictícia (*nomen juris*), concluiu que ela não podia praticar ato algum, principalmente ilícito: – ‘*impossibile est quod universitas delinquat*’. Semelhante doutrina, lógica e sedutora, não alcançou, entretanto, senão escassas e tímidas adesões. A quase unanimidade dos canonistas continuou a admitir a referida capacidade.”

Prossegue Antônio José da Costa e Silva (2004):

“Foram, porém, os pós-glosadores que deram à idéia da responsabilidade penal das *universitates* e do delito corporativo seu maior e mais brilhante desenvolvimento. Os preceitos de Bartolo atravessaram vários séculos como a derradeira palavra da ciência jurídica no assunto. No direito estatutário italiano e na jurisprudência francesa estiveram em pleno vigor os princípios da escola bartolina. Só em fins do século XVIII e começo do seguinte se operou a reação que trouxe como resultado as vitórias das idéias contrárias até hoje dominantes. Dentre os escritores que mais contribuíram para essa transformação merecem especial menção o romanista Savigny e o criminalista Feuerbach. O código bávaro (1813), obra deste último, de modo expresso estabeleceu o preceito da não punibilidade das pessoas jurídicas (art. 49).”

Continua o nosso jurista:

“Modernamente, entre outros motivos, pelo dos novos estudos a respeito da natureza dessas pessoas, reacenderam-se as antigas disputas. Os escritores que têm tratado do assunto se dividem em dois grupos.

Os partidários da doutrina comum se baseiam em que a pessoa coletiva não tem vontade própria e, portanto, não pode agir. Que só o homem é capaz de querer e de executar a sua vontade. Que, por isso, quando os indivíduos que compõem uma *universitas*, no interesse desta, resolvem e põem em prática uma ação criminoso, só eles podem ser chamados a responder perante a justiça punitiva. Que as medidas empregadas às vezes contra pessoas jurídicas não são verdadeiramente penas, no sentido do direito criminal, mas simples providências de ordem administrativa ou política. Que a pena imposta aos entes coletivos (corporações) vai refletir-se em seus sócios, culpados ou inocentes, indiferentemente. Que esta justiça sumária repugna até ao senso comum. Que poucas espécies de penas poderiam ser aplicadas a tais entidades. Estes são os principais argumentos invocados.”

E junta Antônio José da Costa e Silva (2004), elencando as razões dos que são favoráveis:

“Os escritores que sustentam a capacidade criminal das pessoas coletivas e a respectiva punibilidade alegam que essa capacidade não é diferente da que se reconhece às mesmas pessoas em outros domínios do direito público e privado. Que elas possuem bens jurídicos próprios, nos quais pode perfeitamente incidir pena. Que os atos praticados por uma coletividade têm um alcance especial. Que eles podem ser tentados ou executados em uma escala e com uma força que não guardam proporção com o número dos respectivos membros. Que

é incompatível com o sentimento da justiça e com os princípios de uma sã política criminal deixar impune o verdadeiro culpado – a *universitas* – e lançar exclusivamente a responsabilidade sobre quem é o órgão da vontade alheia. Que a história demonstra de sobra a possibilidade do delito corporativo e da respectiva punição.” [Aqui o nosso autor refere-se a Liszt-Schmitd, na obra *Lehrbuch*, e Achilles Mestre, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*].

Paulo Silva Fernandes (2001, p. 104) referindo-se ao princípio *societas delinquere potest*, preconiza que este deve ser “entendido como responsabilidade (penal) da própria empresa”. E arrola as razões em que se baseiam os defensores da imputação penal de entes coletivos, naqueles países em que isso ainda não ocorre:

1. “Em primeiro lugar, as dificuldades penais decorrentes da persecução da justiça penal, em termos satisfatórios, em relação às pessoas físicas atuantes no seio da sociedade, resultante de princípios como o *in dubio pro reo*, da causalidade, da culpa, entre outros, dada a, *v.g.*, diluição das responsabilidades em entrelaçados hierárquicos, a dificultar geralmente a prova necessária, em sede processual penal, para que se atinja uma condenação.

2. Em segundo lugar, o reduzido efeito preventivo das sanções penais meramente pessoais que, pode dizer-se, dilui-se também ele no emaranhado das organizações e hierarquias empresariais – pune-se uma parte (nem sempre a ‘mais’ responsável) e não o todo, criando um efeito de ‘bode expiatório’. Ao contrário, requer uma vera punição da entidade, ‘no seu todo’ e enquanto tal, a fim de se poder afirmar ter sido a *entidade coletiva* a cometer um determinado crime, tornando-se ela mesma objeto de censura jurídico-penal.”

O desembargador federal Carlos Fernando Mathias de Souza (2004, p. 27), em artigo publicado na *Revista de Informação Legislativa* sobre responsabilidade penal das pessoas jurídicas, menciona um trabalho científico apresentado pela professora titular do Largo do São Francisco Ivette Senise Ferreira, em que ela, referindo-se à Lei 9.605/1998, assevera: “Essa lei resultou de discussão acerca da necessidade de unificação e de harmonização de uma dúzia (de várias) leis que dispunham antes sobre as infrações ao meio ambiente no Brasil, de modo desordenado e contraditório, posto que o Código Penal, datado de 1940, não apresentava nenhuma solução dos conflitos nesse domínio.” E continua a eminente professora: “Uma lei penal mais completa sobre o meio ambiente era portanto reclamada pela comunidade jurídica desde a promulgação da nova constituição federal de 1988, onde foi proclamado que o meio ambiente de qualidade é um direito fundamental, tanto do indivíduo quanto da coletividade [...]”².

A referida lei, com efeito, deriva do § 3º do art. 225 da CF, que estabelece: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

Por outro lado, Carlos Fernando Mathias de Souza (2004) chama a atenção para o § 5º do art. 173, que se encontra no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira –, Capítulo I – Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, *verbis*: “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”

Consoante Carlos Mathias, esse dispositivo de nossa constituição porventura recebeu influência do direito francês, cujo

Código Penal de 1994 prevê a responsabilidade penal das pessoas jurídicas (Cf. SOUZA, 2004, p. 29).

E o que diz o art. 3º e parágrafo da Lei 9.605/1998? Citamos *ipsis litteris*: “As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade. Parágrafo único – A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.”

O princípio da punibilidade das pessoas jurídicas é fortemente preconizado por um dos maiores penalistas portugueses, Figueiredo Dias ([200-?]), como forma de prevenção dos megarriscos, subprodutos da sociedade pós-moderna em que vivemos, não só no aspecto da proteção ao meio ambiente, mas também na aplicação do Direito Penal Econômico. E aí insere-se a *criminalidade organizada*, ou o crime organizado, em que o Estado, em seus diferentes poderes, está infiltrado por delinquentes, autores e partícipes de delitos que são objeto de abordagem do que agora se chama igualmente de “direito penal do risco”.³ Citamos como exemplo do enfrentamento dessa situação de risco, que põe em perigo a própria tessitura social e o próprio futuro da humanidade, a *Operação Mãos Limpas* na Itália. Em escala mundial, impõe-se urgentemente o combate sem tréguas ao narcotráfico, ao tráfico de armas e materiais de extinção em massa (como urânio, por exemplo), à lavagem de dinheiro, aos crimes econômicos, “de colarinho branco”, à corrupção sistêmica, ativa e/ou passiva, às catástrofes ambientais, que, sabe-se, têm repercussão em escala planetária, a exemplo de Chernobyl, do derramamento de petróleo nos mares e da transformação destes em uma grande lixeira do mundo, ao tratamento dos dejetos nucleares, ao desmatamento predatório da Amazônia, à biopirataria, à contaminação dos

recursos hídricos, como é o caso do Lençol Guarani, que atravessa grande parte do Brasil, à poluição do subsolo, ao processo de “crescimento” de nossas cidades, que se faz de maneira urbanística e ecologicamente cruel, à ausência do Estado em enclaves dominados por quadrilhas de narcotraficantes...

No Brasil, onde existe uma pletora de leis inúteis e ineficazes, leis ruins, pode-se contar, não obstante, com leis que, se devidamente aplicadas, podem contribuir em muito para a redução dos riscos, que têm como aliado a impunidade. Citemos algumas: Leis 8.002/1990 e 8.078/1990 (Defesa do Consumidor), Lei 6.368/1976 (Lei de Entorpecentes), Lei 9.605/1998 (Lei de Meio Ambiente), Lei Delegada 4/1962 (Lei de Intervenção no Domínio Econômico), Lei 8.666/1993 (Lei das Licitações), Lei 9.807/1999 (Lei de Proteção à Testemunha), Lei 1.521/1951 (Lei de Economia Popular), Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste), Lei 7.492/1986 (Lei do Colarinho Branco), Lei 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), Lei 7.347/1985 (Lei de Ação Civil Pública), Lei 4.717/1965 (Lei de Ação Popular). Outro avanço legislativo foi a introdução em nosso ordenamento do instituto da desconsideração da pessoa jurídica, que surgiu louvado no “juízo de equidade” e com fundamento no princípio que nos foi legado pelo direito romano, que é o *enriquecimento sem causa*. Com efeito, o art. 28 do Código de Defesa do Consumidor afirma, *expressi verbis*: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

O art. 18 da Lei 8.884/1994, bem assim o Código Civil em seu art. 50 prevêm igualmente a desconsideração da personalidade jurídica.

Por outro lado, impõe-se urgentemente a reforma de nossos Códigos Penal e de Processo Penal, por inadequados, cujo sistema prescricional deita por terra o muitas vezes árduo trabalho de alguns membros do Ministério Público como órgão de defesa do patrimônio público e dos direitos sociais indisponíveis, e até mesmo da Controladoria-Geral da União, por exemplo.

O Prof. Mário Ferreira Monte (2001, p. 22), em seu “Apontamento Introdutório” ao livro de Paulo Silva Fernando, baseando-se em Silva Sánchez, no livro *La Expasión*, escreve muito a propósito:

“Pode dizer-se que quer o direito penal clássico quer o direito penal secundário (*Nebenstrafrechth*) são uma vez mais postos à prova. Mas não só. Também o direito administrativo sancionador, o direito de mera ordenação social e, porque não dizê-lo, todo o Direito, enquanto sistema de regulação da sociedade e em particular dos conflitos de interesses, é questionado. [...] Já se fala no direito penal do risco ou no direito penal da globalização.”

E busca a causa de tal fato:

“Trata-se de um fenômeno hodierno emergente da sociedade pós-moderna, pós-industrial, e que se caracteriza fundamentalmente pela imprevisibilidade, pelo risco ou, *rectius*, o aparecimento de novos riscos, a insegurança, a globalização, a integração supranacional, a identificação dos sujeitos-agentes com as vítimas, a identificação da maioria social com a vítima, o predomínio do econômico sobre o político, o reforço da criminalidade organizada, o descrédito nas instâncias de proteção, a maior relevância do crime macrossocial, etc.”

É despiciendo afirmar que o risco decorrente de decisões humanas representa grave ameaça à própria sobrevivência da humanidade. Silva Dias (200-?), outro grande jurista lusitano, assevera que “a sociedade de risco começa onde termina a disposição

das seguradoras privadas para cobrir certos domínios de risco”. E acrescenta: “As companhias de seguros, orientadas essencialmente pela razão calculadora, tendem a cobrir apenas os riscos calculáveis e não embalam, por isso, no discurso de segurança dos produtores de risco. Onde estes diagnosticam risco nulo, aquelas prevêm risco máximo.”⁴

As esperanças do homem comum frequentemente recaem sobre o direito penal em face dos novos desafios, o que aliás é compreensível; quando não sobre o direito administrativo sancionador. Se no passado os riscos advinham sobretudo de fenômenos naturais, hoje têm origem na própria ação ou omissão humana. E, concluindo na esteira de Figueiredo Dias ([200-?] apud FERNANDES, 2001, p. 10), “o bem jurídico individual, concreto, não faz aqui o menor sentido. A responsabilidade individual, muito menos. O perigo é uma categoria que ganha cada vez maior importância, associada porventura a uma ‘criminalização expansiva dos delitos de negligência ou omissão’”. O aparecimento de novos bens jurídicos está a exigir uma tutela diferente. Daí ser legítimo afirmar que o direito penal clássico, se servira à sociedade industrial do final do século passado, já não responde satisfatoriamente a este novo estágio de desenvolvimento social e econômico da sociedade pós-moderna. Para os fenômenos naturais danosos, a experiência tem demonstrado que a tutela do direito penal não os alcança (quando na realidade, em alguns casos, poderia alcançar), resumindo-se a proteger os bens jurídicos clássicos, como a vida, a integridade física, o patrimônio... Fala-se em direito penal intermediário ou secundário (*Nebenstrafrecht*), que tutelaria os bens jurídicos de natureza social e a organização econômica e utilizar-se-ia, em grande medida, de normas penais em branco, caracterizando-se como direito especial e constituído basicamente por leis extravagantes, o que para Mario Ferreira Monte (2001, p. 27) seria de alguma utilidade, desde que fei-

tas “algumas alterações de ordem dogmática” para adequar suas respostas aos novos problemas. O que ele preconiza é “encontrar soluções que passam eventualmente por algumas alterações mesmo dogmáticas” dentro do próprio direito penal, ainda seguindo as reflexões do penalista Figueiredo Dias, discutidas na obra *Algumas Reflexões*.

Aqui surge a importância dos interesses difusos dispostos no texto constitucional e incorporados nesta que é uma das melhores leis que já produzimos: o Código de Defesa do Consumidor. Se o antigo bem jurídico tutelado de cariz individual, liberal, pelo direito penal clássico, agora é questão da tutela dos “bens jurídicos sociais, supra-individuais, coletivos, difusos”, isso não implica o abandono da tutela subsidiária do bem jurídico individual, até porque o Código de Defesa do Consumidor surge no bojo da economia neoliberal como interface da lei sobre a livre concorrência.

Há que se admitir com Paulo Silva Fernandes (2001) que

“o crime por excelência da era global é o *crime econômico*. É o multiplicar, em termos inéditos, tanto da *criminalidade econômica* como da *delinqüência de colarinho branco*, como ainda e por último, dos *crimes of the powerful*, em larga escala, de circuitos criminosos que englobam a circulação de grandes capitais e a movimentação de inúmeras pessoas e organizações, frequentemente à escala internacional ou global, em prol de um fim comum, a obtenção de *lucros fabulosos* provenientes da prática criminosa, tudo isto a colocar novos e difíceis problemas ao direito penal de cunho ‘clássico’.”

A sociedade da *insegurança* é subproduto da sociedade de *risco*. A todos aflige, aumentando a aflição dos aflitos: a ela nada escapa, o indivíduo, a família, o direito, o Estado. E não só: o risco, hoje, mais do que nunca, é um risco globalizado. Assevera Paulo Silva Fernandes (2001) a esse propósito:

“Decisões de peso, em matéria de ambiente, economia ou armamento, para só citar alguns dos mais flagrantes contextos, são hoje tomadas à escala internacional, se não mesmo mundial, dada a capacidade das consequências de tais decisões poder vir a afetar se não todos os estados envolvidos, pelo menos uma significativa parte deles.”

Nas pegadas de Beck, Fernandes (2001) afirma que a produção ou potencialização destes novos riscos *decorre sempre de decisões humanas*, ou ainda, citando Beck ([200-?] apud FERNANDES, 2001) *como danos que a coletividade se inflige a si mesma*, embora como algo que é *independente da intenção humana*.

Beck ([200-?] apud FERNANDES, 2001, p. 48-49) faz a distinção entre os riscos antigos (fome, epidemia, catástrofes...) e os novos riscos, posto serem estes decorrentes de decisões “que se baseiam em vantagens e oportunidades tecno-econômicas e que aceitam os desastres [*hazzards*] como simplesmente o lado obscuro do progresso”. Os riscos tecnocientíficos, uma nova categoria de riscos, que nasce com o *homo oeconomicus* surgido com o capitalismo e detentor dessa nova forma de poder: a ciência e a tecnologia.

O Brasil, é escusado dizê-lo, é um país vulnerável a ambas as formas.

Diante de tal quadro de aumento de criminalidade de todos os matizes, a população, como já foi assinalado, deposita suas esperanças no direito penal. E não só. No endurecimento das cominações (veja-se a esse propósito a lei dos crimes hediondos). É uma quimera. Maquiavel afirmara em um de seus escritos que são as leis que fazem os homens bons. Nesse ponto, aquele que fora o pai da ciência política e da proposta da ética do Estado separada da ética individual se equivocara. Sabe-se sobejamente que o direito penal não é remédio para os problemas sociais nem para a deformação moral das elites que se criaram no caldo da cultura da ilicitude. A essa tendência, Paulo Silva

Fernandes denomina Direito Penal *simbólico*. Para ele, acertadamente, não são as sanções rigorosas que vão proteger de modo eficaz o bem jurídico: “uma vez que se criminaliza a conduta, mas sabe-se que será muito difícil, ou mesmo impossível, punir os infratores (...) cria a imagem de um direito penal por um lado *incapaz* e, por outro lado, de *pura intimidação*, que acaba por punir, de quando em vez, alguns infratores, que não passarão de ‘bode expiatório’”.

Helena Fragoso (1991, p. 288), do alto de sua experiência e sabedoria, já afirmara: “Quanto mais graves são as penas e as medidas impostas aos delinquentes, maior é a probabilidade de reincidência. O sistema será, portanto, mais eficiente se evitar, tanto quanto possível, mandar os condenados para a prisão nos crimes pouco graves, evitar o encarceramento demasiadamente longo.” Essa criminalização, consoante Paulo Silva Fernandes, por ser *simbólica*, resulta no *descrédito geral do direito penal*. E há várias consequências decorrentes desse fenômeno: os cálculos da taxa de segurança, a dificuldade de identificar os agressores e a diluição *à outrance* da responsabilidade civil e penal dos autores, como se dá, por exemplo, na modificação do estado do ecossistema, muitas vezes por ação ou omissão criminosa, outras vezes por abuso de direito. Essas leis penais *simbólicas* apenas redundariam no “recurso freqüente à criminalização de condutas de perigo abstrato em detrimento dos crimes de dano e mesmo de perigo concreto, o que – afirma Fernandes (2001), agora citando Costa Andrade ([200-?]) –, aliado à ‘eleição de bens jurídicos vagos ou de amplo espectro’, resulta numa excessiva antecipação da tutela, um determinado *efeito analgésico ou tranqüilizante* do direito penal.”⁵ Outra questão que transcende o âmbito nacional: os desastres ambientais (vazamento de óleo, destruição da camada de ozônio, desmatamento, poluição dos recursos hídricos...) não têm fronteira e estão a exigir uma ação em nível transnacional. Não de ocupação ou de guerra, mas de preven-

ção e de incorporação aos ordenamentos jurídicos de cada país dos tratados internacionais ou multilaterais que visam a medidas protetivas.

Como já foi dito – e insistimos –, a agressão ao meio ambiente, o crime organizado (a infiltração do aparelho de estado por delinquentes), a lavagem de dinheiro, a corrupção ativa e passiva dos agentes públicos, o crime do colarinho branco, o narcotráfico que estabelece uma relação promíscua com detentores de poder político, os megarriscos, todos comprometem a saúde mental da população, que perde as certezas e até as ilusões, e colocam em xeque o próprio futuro da humanidade como um todo.

Creemos ser consenso entre especialistas que não se trata de abolir o direito penal clássico, que, bem ou mal, serve para tutelar certos bens jurídicos. Mas nem todos os bens jurídicos são protegidos, devendo-se reconhecer-lhes o *status* de bens jurídicos penalmente relevantes; há que se aprofundar o debate sobre o que hoje se designa como Direito Penal Econômico, que diz respeito ao intervencionismo do Estado, ao direito à livre concorrência e aos direitos tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor. Silva Sánchez ([200-?]) escreve que a “combinação da introdução de novos objetos de proteção com a antecipação das fronteiras da proteção penal propiciou uma transição rápida do modelo ‘*delito de lesão de bens individuais*’ para o modelo ‘*delito de perigo de bens supraindividuais*’”⁶. Deve-se refutar a falácia do chamado “crime sem vítima”, já que todo crime possui vítimas potenciais ou difusas. Afetam interesses não só subjetivos, mas igualmente supra-individuais, de grupos de indivíduos. Geralmente trata-se dos *crimes de perigo*, perigo abstrato, para o qual há também as normas extra-penais, de natureza administrativa, ou as normas penais em branco, já referidas. É óbvio que não se deve abusar do Direito Penal – cuja natureza é de *ultima ratio*, que só deve ser operado onde os outros meios de tutela jurídica se mostrarem ineficazes. A questão do crime de peri-

go abstrato é um assunto controverso. Herzog e Hassemer a ele se opõem. Os argumentos a favor desse tipo de imputação podem assim ser resumidos, citando Paulo Silva Fernandes (2001):

“A *contrario sensu*, em favor deste tipo de incriminação tem-se dito nomeadamente que facilita a aplicação da norma pelo julgador, ao mesmo tempo que se reduz a arbitrariedade judicial na determinação de uma situação de risco, facilitando igualmente a questão da punição objetiva; também que elimina as situações de azar, uma vez que não é necessário esperar pela concreta colocação em perigo do objeto de tutela, para desencadear a atuação do aparato sancionatório, o que, em sociedades de risco como as hodiernas, constitui um expediente inarredável se se quiser obter algum sucesso, não tanto na debelação mas sim na prevenção da ocorrência de danos gravíssimos, em escala e portanto incomportáveis para o emaranhado societário.”

E continua o nosso autor:

“De fato, este gênero de crimes – de perigo abstrato – distinguem-se, desde logo, dos crimes de *dano*, desde logo porque estes pressupõem uma efetiva lesão, real, objetivável, ao bem jurídico protegido pela norma, como também se afastam dos crimes de perigo concreto, uma vez que estes exigem a criação de condições tais que se possa afirmar ter estado o referido bem jurídico próximo da lesão, daí ser um perigo concreto.”

E conclui:

“Já os crimes de *perigo abstrato* supõem, em comum com os delitos qualificados como de perigo concreto, uma antecipação da tutela a um ponto anterior à lesão, bastando-se com a probabilidade da mesma, mas diferenciando-se daqueles na medida em que bastam-se com a mera ação, generica-

mente perigosa do agente, adequada a, *abstratamente* e mercê de um juízo *ex ante* de perigosidade (ao contrário dos delitos de perigo concreto, baseados em uma racionalidade *ex post*), provocar uma possível lesão do bem protegido pela norma. Daí que, por não se exigir qualquer resultado material, se diga frequentemente serem *delitos de mera atividade* ou de *infração de um dever objetivo de cuidado*.”

Em suma: os crimes de perigo abstrato devem estar em relação direta com um bem jurídico concreto.

Kindhäuser ([200-?] apud BARJA DE QUIROGA, 1997) avança uma argumentação que leva a ampliar o conceito de dano. Senão vejamos, na síntese feita por Paulo Silva Fernandes (2001):

“Para Kindhäuser, o dano que uma pessoa pode sofrer consiste não só na efetiva violação ou ofensa, ou lesão concreta de um determinado bem, mas também na *privação da possibilidade de dispor de forma segura* desse mesmo bem. O perigo abstrato surge ‘quando se vêem afetadas condições de segurança que são imprescindíveis para um desfrute despreocupado dos bens’, idéia que decorre da observação de que a impossibilidade de desfrutar, de forma despreocupada, de um bem implica a impossibilidade de retirar dele todas as utilidades potenciais de desfrute e, por isso, há lesão.”

E ajunta Paulo Silva Fernandes (2001) na síntese da tese do autor em questão:

“A preocupação de Kindhäuser parece ser, portanto, a da *segurança geral na disposição dos bens jurídicos*, havendo, por palavras outras, uma situação de ingerência na esfera de liberdade alheia sempre que seja criada, por um determinado agente, uma situação de perigo abstrato para um determinado bem. Aqui pode, com propriedade, surpreender-se (e defender-se) *um con-*

ceito amplo de dano, a servir de esteio à defesa da utilização dos delitos de perigo abstrato.”⁷

Aqui o círculo se fecha. Ultrapassado o dogma da responsabilidade meramente individual em matéria penal, podendo ser imputáveis criminalmente as pessoas jurídicas, os entes coletivos, pode-se então falar em direito penal do risco, atingindo este sobretudo bens jurídicos de natureza econômica e do meio ambiente, o que não significa tutelar perigos indeterminados, pela diluição do bem jurídico individual, abolindo-se *in totum* o direito penal “clássico”. Cremos que o direito já tenha resolvido essa questão ao estabelecer os interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos, no que diz respeito à titularidade do bem a ser tutelado pela ordem jurídica.

É válido, portanto, o princípio *societas delinquere potest*. É despidendo afirmar que hoje, mais do que nunca, o delinqüente econômico utiliza-se de pessoas jurídicas, tanto no Brasil quanto no exterior (nesse caso, muitas das vezes *off shore*, desvirtuando-lhe a finalidade original), para evadir divisas, praticar sonegação fiscal ou lavar dinheiro advindo da corrupção.

É necessária uma atuação em concerto entre os diferentes países, com envolvimento de instituições especializadas, como Ministério Público, Poder Judiciário, Polícia Federal, Interpol, Receita Federal, a fim de dar-se combate ao megacrime econômico, que tantos danos causa à sociedade, correndo-lhe os princípios morais não só ao fortalecer a “cultura da ilicitude”, mas ao punir a população com o mais cruel dos impostos, que é a corrupção.

É imprescindível, igualmente, a indignação ética da sociedade contra tais crimes. Mas é bom lembrar que somos vítimas e algozes de tais condutas, quando nos equivocamos ou nos iludimos no momento da escolha de nossos mandatários. Princípios éticos devem presidir nossas escolhas, e a sociedade civil organizada deve aperfeiçoar seus mecanismos de vigilância e prevenção.

Não há que, como bem asseverou em sua autobiografia o monge francês da Igreja Ortodoxa Grega Jean-Yves Leloup, “viver alegremente no meio da catástrofe”. Ou ainda, jamais olvidar a homilia de John Donne, poeta e clérigo anglicano do século XVII, em que ele afirmara que “nenhum homem é uma ilha em si mesmo. Todo homem é parte do continente. Se um pedaço for levado pelo mar, a Europa fica menor, como se um promontório fosse, ou como se fosse a casa de teus amigos, ou a tua própria. A morte de qualquer pessoa me diminui, porque faço parte da espécie humana; portanto, nunca perguntes por quem o sino dobra: ele dobra por ti”.

Notas

¹ Cf. BECK, Ulrich. *Risikofesellschaft: auf dem Weg in eine andere moderne*. Frankfurt: [s.n.], 1986 apud FERNANDES, 2001, p. 19.

² Cf. FERREIRA, Ivette Senise. *La responsabilité morale des personnes morales* apud SOUZA, 2004, p. 27.

³ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Algumas reflexões sobre o direito penal e a sociedade de risco* apud FERNANDES, 2001.

⁴ Cf. DIAS, Augusto Silva. *Proteção jurídico-penal de interesses dos consumidores* apud FERNANDES, 2001, p. 21.

⁵ Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal: uma perspectiva jurídico-criminal* apud FERNANDES, 2001, p. 72.

⁶ Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política crimi-*

nal em las sociedades postindustriales apud FERNANDES, 2001, p. 85.

⁷ Cf. KINDHÄUSER apud BARJA DE QUIROGA, Jacobo Lopez. El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos. *Revista del Poder Judicial*, Madrid, v. 48, p. 301, 1997. Resumo feito por Fernandes (2001, p. 95).

Referências

BARJA DE QUIROGA, Jacobo Lopez. El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos. *Revista del Poder Judicial*, [S. l.], n. 48, 1997.

DROIT Roman. Université de Liège, Liège, [2001?]. Disponível em: <<http://vinitor.egss.ulg.ac.be/index.html>>. Acesso em: 11 out. 2001.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.

FRAGOSO, Heleno. *Lições de direito penal: a nova parte geral*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MONTE, Mario Ferreira. Apontamento introdutório. In: FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal: Panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001.

ROXIM, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998. (Coleção Vega Universidade).

SILVA, Antônio José da Costa e. *Código penal dos Estados Unidos do Brasil comentado*. Brasília: Senado Federal, 2004, v. 1.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 41, n. 162, abr./jun. 2004.