

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO

SOCIEDADE do RISCO^e DIREITO PENAL

Uma avaliação de novas tendências
político-criminais



São Paulo
2005



© Desta edição – IBCCRIM

Produção Gráfica: Método Editoração e Editora Ltda.

Fone: (11) 3289-1366 – Fax: (11) 3262-4729

Capa: Lili Lungarezi – lililungarezi@uol.com.br

**CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO NA FONTE
SINDICATO NACIONAL DOS EDITORES DE LIVROS, RJ**

Machado, Marta Rodriguez de Assis

Sociedade do risco e Direito Penal : uma avaliação de novas
tendências político-criminais / Marta Rodriguez de Assis Machado. - São
Paulo : IBCCRIM, 2005 (Monografias / IBCCRIM; 34)

Bibliografia

1. Direito penal - Aspectos sociais. 2. Risco - Aspectos sociais.
3. Crime e criminosos - Aspectos sociais. 4. Sociologia jurídica. I. Instituto
Brasileiro de Ciências Criminais. II. Título. III. Série.

05-2933.

CDU 343.21

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS (IBCCRIM)

Rua 11 de agosto, 52, 2.º andar

CEP 01018-010 – São Paulo, SP, Brasil

Tel.: (xx 55 11) 3105-4607 (tronco-chave)

<http://www.ibccrim.org.br> — e-mail: monografia@ibccrim.org.br

Tiragem: 5.000

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO RESERVADOS

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

2005

IBCCRIM – Diretoria para o biênio 2005/2006

Diretoria executiva

Presidente

Maurício Zanoide de Moraes

1.º Vice-Presidente

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

2.º Vice-Presidente

Sérgio Mazina Martins

1.º Secretário

Tatiana Viggiani Bicudo

2.º Secretário

Theodomiro Dias Neto

1.º Tesoureiro

Roberto Mauricio Genofre

2.º Tesoureiro

Ivan Martins Motta

Comissões especiais – Presidentes

Convênios

Mariângela Lopes Neinstein

Estudos e Debates

Carmen Silvia de Moraes Barros

História

Andrei Koerner

Monografias

Angélica de Maria Mello de Almeida

Seminário Internacional

Theodomiro Dias Neto

Coordenadores – chefes dos Departamentos

Biblioteca

Cleunice Valentim Bastos Pitombo

Boletim

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Cursos

Carlos Alberto Pires Mendes

Estudos e Projetos Legislativos

Maria Elizabeth Queljo

Internet

Luís Fernando Camargo de Barros Vidal

Relações Internacionais

Marina Pinhão Coelho

Revista Brasileira de Ciências Criminais

Paula Bajer Fernandes Martins da Costa

Iniciação Científica

Marta Cristina Cury Saad Gimenes

Pós-Graduação

Alvino Augusto de Sá

Redes Internacionais

Flavia D'Urso

Núcleo de Pesquisas

Renato Sérgio de Lima

Coordenadores Estaduais

Adelido Nunes (PE), Adelino Marcon (PR), Ana Beatriz Baraúna Lopes (AM), Carmen da Costa Barros (DF), Edmundo Oliveira (PA), Elmir Duclerc (BA), Fabio Roberto D'Ávila (RS), Fabio Trad (MS), Fabiola Monteconrado Ghidalevich (AM), Felipe Augusto Forte Negrinhos Decadato (PB), Fernando Luiz Ximenes Rocha (CE), Flavio Augusto F. de Lima (PE), Franciele Silva Cardoso (GO), Felipe Cardoso M. de Oliveira (SC), Guilherme Costa Câmara (PB), Heloisa Estellita (DF), João Guilherme Lage Mendes (AP), Lena Rocha (RN), Liliane Cristina de Oliveira (MG), Luiz Antonio Bogo Chies (RS), Marcelo Leonardo (MG), Maria de Saete da Costa Maia (AC), Maria Lúcia Karam (RJ), Mauricio Kuehne (PR), Nilzardo Carneiro Leão (PE), Oswaldo Trigueiro Filho (PB), Paulo Vinicius Sporleder de Souza (RS), Selma P. de Santana (BA), Themis Maria Pacheco de Carvalho (MA), Vinicius de Toledo Piza Paluso (Balsade Santista)-(Regional), Walter B. Bittar (PR).

Comissão de Monografias Jurídicas – 2005

monografia@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

Presidente

Angélica de Maria Mello de Almeida

Membros da Comissão de Monografias

Alexandra Lebelson Szafir

Ana Lúcia Menezes Vieira

Andrei Koerner

Cláudio do Prado Amaral

Flavia Schilling

Flavio Américo Frassetto

Rafael Ramia Muneratti

Wânia Pasinato Izumino

9.º Concurso de Monografias Jurídicas – 2005

Presidente

Andrei Koerner

Membros da Comissão do Concurso de Monografias

Benedito Roberto Garcia Pozzer

Eduardo Reale Ferrari

Ela Wiecko Volkmer de Castilho

José Henrique Rodrigues Torres

Luís Antonio Francisco de Souza

Tadeu Antonio Dix Silva

Vinicius de Toledo Piza Peluso

Suplentes

Angélica de Maria Mello de Almeida

David Teixeira de Azevedo

Maria Thereza Rocha de Assis Moura

AGRADECIMENTOS ■

“Tudo quanto fazemos, na arte ou na vida, é a cópia imperfeita do que pensamos em fazer. Desdiz não só da perfeição externa, senão da perfeição interna; falha não só à regra do que deveria ser, senão à regra do que julgávamos que poderia ser.” –

FERNANDO PESSOA, *Livro do Desassossego*.

O texto que ora toma a forma de livro corresponde, com pouquíssimas alterações, à minha dissertação de mestrado defendida em abril de 2003 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

O intervalo entre a defesa e a publicação deu-se exatamente em razão dessas exigências de *perfeição interna* de que fala Fernando Pessoa, que me fizeram acreditar que, então sem os prazos acadêmicos, alguns pontos poderiam ser aprofundados. Entretanto, percebi que o amadurecimento das idéias aqui contidas, reflexão a que tenho me dedicado desde que as escrevi, não poderia ser retratado por meio de uma simples revisão, pois corresponde ao meu próprio processo de amadurecimento intelectual e seu imprescindível exercício de crítica e reconsideração das próprias certezas.

Nesse processo, este texto tem importância por representar o passo inicial e fundamental de um projeto maior de pesquisa ao qual dou seguimento agora no doutorado, e por levantar algumas questões que me parecem de extrema relevância para as discussões sobre o futuro do direito penal. Assim, pensar que eu poderia contribuir para a reflexão sobre o tema fez-me abdicar do projeto de postergar ainda mais a publicação.

Não poderia, ainda, deixar de compartilhar esses méritos com todos os que colaboraram e me apoiaram no curso desta pesquisa.

Agradeço ao Professor José Eduardo Campos de Oliveira Faria pela preciosa orientação neste trabalho e pela dedicada coordenação do programa "PET-CAPEs" da Faculdade de Direito da USP, grupo do qual fiz parte desde o 2.º ano da graduação e que efetivamente conduziu-me à carreira de pesquisadora. Agradeço também aos meus colegas deste grupo, muitos dos quais são meus amigos até hoje, certa de que tudo o que ali se construiu em cada um de nós foi parte de um esforço coletivo.

Agradeço aos Professores Sérgio Salomão Shecaira e Paulo Mesquita Neto, pelas críticas e sugestões no exame de qualificação, fundamentais para a conclusão da dissertação, e aos Professores Antonio Luís Chaves Camargo e Ronaldo Porto Macedo Júnior, pelo profícuo debate que tivemos durante a sua defesa pública.

Ao Professor Álvaro Pires, pelas aulas que me introduziram ao tema do direito penal do risco.

Ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), pela publicação deste trabalho e por manter sua biblioteca com tanto primor, o que me permitiu ter contato com a mais atualizada discussão sobre o assunto estudado.

Aos que me incentivaram na publicação, em especial a Alessandra Teixeira e Rafael Vanzella.

Ao Professor Esdras Borges Costa, pela atenta leitura deste trabalho e pela disposição em iniciar comigo e com os demais pesquisadores da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas o debate que se faz cada vez mais urgente entre cientistas sociais e juristas.

Aos que vêm sendo preciosos interlocutores para todas as reflexões que este trabalho suscitou-me: os professores e pesquisadores da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, os estudantes que ora integram o grupo PET-CAPEs da FADUSP e os integrantes do Núcleo Direito e Democracia do CEBRAP, em especial a Maíra Rocha Machado, Marcos Nobre, Flávia Portela Püschel e José Rodrigo Rodriguez.

A todos os amigos que colaboraram com este trabalho, especialmente a André, Arthur, Cristiano, Deborah, Felícia, Estela, Júlio, Lie, Liliane, Lucianno, Luís Fernando, Maria e Sebastião.

Aos meus pais e irmãs, pelo apoio e incentivo sempre.

Ao Fábio, que dispensa justificativas.

São Paulo, julho de 2005.

PREFÁCIO ■

Viver é muito perigoso, dizia um dos personagens de Guimarães Rosa, em passagem bastante conhecida entre os apreciadores de literatura. Os processos de transformação social sempre causam perplexidades e desconcertos, dúvidas e espantos, eis outra afirmação não menos recorrente nos textos contemporâneos de sociologia. O denominador comum de ambas as afirmações é a idéia de que, em determinados períodos da história, as mudanças sociais nos deixam sem marcos de referência – portanto, inseguros e, por conseqüência, expostos a perigos e submetidos a riscos.

Em momentos como esses, o passado nem sempre nos ajuda a decifrá-los e o conhecimento acumulado não se revela capaz de nos levar a fazer diagnósticos e antecipar cenários. Sem mapas cognitivos, como traduzir e compreender a realidade social? Sem códigos interpretativos, como distinguir oportunidades e ameaças? Sem horizonte de sentido, como enfrentar as contingências que desorganizam as formas habituais da vida em coletividade? Como lidar com ambivalências, bifurcações e rupturas? Como resolver problemas e enfrentar dilemas?

Estas indagações dão a medida das pretensões deste livro, cujo principal objetivo é identificar e avaliar criticamente as novas tendências político-criminais na sociedade atual. Escrito originariamente sob a forma de uma tese acadêmica apresentada à Universidade de São Paulo, na área de sociologia e teoria do direito, o fio condutor é a idéia de que a modernidade introduziu imensos desafios para a efetividade dos mecanismos de controle social, dentre os quais se encontram o direito penal e as instituições governamentais – órgãos executivos e tribunais – encarregadas de aplicá-lo.

Ao se desenvolver em ritmo de progressão geométrica, aumentando a velocidade do processo de destruição criadora, a ciência e a tecnologia mudaram as concepções de tempo e espaço. Colocaram em novos termos a tensão entre continuidade e ruptura. Provocaram alterações profundas na matriz da organização social, reduzindo a capacidade hierárquica dos aparatos e instrumentos de regulação e controle. E abriram caminho para que a racionalidade instrumental deflagrasse um perverso padrão de crescimento econômico que, entre outros desdobramentos, ignora os prazos mínimos necessários para a reposição e/ou recuperação da natureza; não respeita os ciclos temporais da vida biológica; converte a busca incessante por ganhos de produtividade em valores absolutos; e dissemina na sociedade uma visão de mundo excessivamente mercantilizada e condiciona por um cálculo utilitarista de custo-benefício que monetariza todas as esferas da vida.

Com isso, a ordem legal deixou de ser a “regra do jogo”, definida *a priori*, passando a se modificar na dinâmica dos conflitos socioeconômicos. Conceitos e categorias normativas se fundiram e procedimentos jurídicos se inter cruzaram, rompendo a identidade lógica e a unidade sistêmica do direito positivo. A acumulação em grande escala e o advento do “mercado-mundo” revelaram-se incompatíveis com a democracia, uma vez que a orientação política dada pelas urnas, por meio da regra de maioria, não consegue capturar as mudanças da economia. A idéia de soberania, que se expressa pela crença de que os Estados podiam decidir como e o que quisessem nos limites de seu território, foi posta em xeque.

O mesmo também ocorreu com os sistemas de controle, prevenção, calculabilidade e distribuição dos riscos tecnológicos, biogenéticos, químicos e ecológicos, tornados impotentes pela avassaladora expansão da racionalidade instrumental sobre as demais esferas da vida, e com as correspondentes regras de culpabilidade e imputabilidade dos responsáveis por acidentes nucleares, ameaças à saúde, degradação ambiental e recursos a armas de destruição em massa para a prática de genocídios. Diante de perigos e contingências que não respeitam fronteiras, classes e gerações futuras, por não serem limitados local, temporal e

socialmente, como deve a sociedade, entre outros desafios, redefinir suas condições de segurança? Como enfrentar o surgimento de riscos globais? Em que medida é possível propor ao poder econômico uma autolimitação do desenvolvimento da ciência e da técnica, a fim de que se possam rediscutir os padrões de responsabilidade, causalidade, limitação dos danos e distribuição de suas conseqüências sobre a sociedade?

Nesse cenário, diz a autora, o modelo de direito penal até agora prevalecente – fechado, pautado pela vocação garantista e basicamente voltado à proteção de bens jurídicos individuais – revela-se funcionalmente exaurido, incapaz de atender aos crescentes anseios e expectativas sociais de proteção em face dos riscos globais. Decorrem daí a importância, o alcance e a atualidade de sua tentativa de identificar as novas tendências de política criminal. Longe de se limitar à definição novos tipos de conduta penalmente relevantes ou a ampliar o rigor punitivo-repressivo de comportamentos já tipificados como criminosos, essas tendências sinalizam novas racionalidades de imputação, conceitos, categorias e tipos jurídicos mais plásticos, regras mais flexíveis de causalidade e imputação de responsabilidades e uma ênfase à proteção penal aos bens jurídicos supra-individuais.

Em termos concretos, no entanto, quais são as alternativas dogmático-penais que têm sido apresentadas para os novos riscos ambientais, tecnológicos, atômicos, genéticos etc.? Levando-se em conta os princípios, as normas, as estruturas e as instituições penais até agora vigentes, de que modo substituir o assim chamado “direito penal mínimo” pelo “direito penal do risco”? Como lidar com as inevitáveis tensões e contradições decorrentes da tentativa de se incorporar o conceito de “sociedade de risco” à racionalidade penal em vigor?

São as respostas a essas questões que a autora, apoiando-se fortemente na contribuição do polêmico, mas respeitado, sociólogo alemão Ulrich Beck, procura identificar na produção contemporânea no âmbito tanto das ciências sociais quanto das doutrinas jurídicas. Trata-se, por isso mesmo, de um trabalho de caráter interdisciplinar e cuja importância se assenta quer no rigor analítico com que a autora identifica, mapeia e analisa diferentes

contribuições teóricas, quer na atualidade e na oportunidade do tema. Não por acaso a tese recebeu nota máxima na Universidade de São Paulo, como tornou a autora uma das mais promissoras pesquisadoras da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas.

São Paulo, julho de 2005

José Eduardo Faria

Professor-titular de Sociologia
do Direito da USP

SUMÁRIO ■

INTRODUÇÃO	19
1. A SOCIEDADE MUNDIAL DO RISCO	29
1.1 Entre a sociedade industrial e a sociedade do risco: a modernização reflexiva	29
1.2 Um breve diagnóstico dos novos riscos	35
1.3 O ambiente da produção dos riscos	51
1.3.1 Os esquemas de segurança	53
1.3.2 O cálculo dos riscos e as regras do seguro	55
1.3.3 A irresponsabilidade organizada	61
1.4 O retorno da incerteza	74
1.5 A juridicização da opinião pública	84
2. O DIREITO PENAL DA SOCIEDADE DO RISCO	91
2.1 De uma aspiração social a um movimento político-crimi- nal	91
2.2 A extensão da proteção penal a bens jurídicos supra-indi- viduais	102
2.2.1 O processo de <i>desmaterialização</i> dos bens jurídi- cos	103
2.2.2 Os delitos de transgressão	112
2.2.3 O exemplo do bem jurídico ambiental	118
2.3 As incriminações de perigo	128
2.4 Outras questões ligadas à normatização de deveres: tipos omissivos e culposos	137
2.5 Os delitos cumulativos	143

2.6 A responsabilidade penal da pessoa jurídica	145
3. A REFLEXIVIDADE INSTITUCIONAL E O SISTEMA PENAL	153
3.1 Direito penal do risco e racionalidade penal moderna: alguns eixos de conflitos	154
3.1.1 Reflexividade como confrontação do direito penal de bases clássicas	154
3.1.2 Direito penal adaptado à sociedade do risco <i>versus</i> princípios clássicos	157
3.2 Algumas notas sobre o papel do direito penal na sociedade mundial do risco	177
3.2.1 Expansão penal <i>versus</i> manutenção do paradigma clássico	179
3.2.2 Direito penal de duas velocidades	194
3.2.3 Direito de intervenção	197
CONSIDERAÇÕES FINAIS	199
BIBLIOGRAFIA	215
RELAÇÃO DAS MONOGRAFIAS PUBLICADAS	237

INTRODUÇÃO ■

*"A aparência é de calma, eu sei. Dir-se-ia que as
nações vivem em paz...
Há um sono exausto de repouso em tudo,
E uma cega esperança, cantando benditos, esmola
Em favor dos homens algum bem que não virá..."*

MÁRIO DE ANDRADE,
Pela Noite de Barulhos Espaçados.

Em seu "Manifesto Cosmopolita",¹ Ulrich Beck, um destacado crítico da modernidade, sintetiza o processo de transformações que vem desafiando a sociedade contemporânea e identifica a ocorrência de uma fratura dentro da modernidade, que veio separar a modernização simples da modernização reflexiva. Essa divisão, segundo o autor, abalou o equilíbrio entre as condições de continuidade e ruptura da modernidade, o que se reflete nos contrastes entre a sociedade industrial clássica e a nova configuração social, a qual Beck denomina *sociedade mundial do risco*. Dito de outra maneira, a modernização reflexiva vem dissolvendo os contornos da sociedade industrial e, na continuidade desse processo, fazendo surgir a sociedade global do risco.

Em sua formulação, ao contrário da modernização do século XIX, que teve lugar a partir da negação do seu oposto, que era o mundo tradicional, o processo de modernização reflexiva não ocorre mediante o distanciamento do modelo ao qual se contrapõe.

¹ BECK, Ulrich. *World risk society*. Cambridge: Polity Press, 1999. p. 1-18.

Significa um processo de radicalização da modernidade, que levou às últimas conseqüências as suas premissas e acabou abalando os próprios pressupostos da sociedade industrial.

Os padrões coletivos de vida, progresso, controlabilidade e exploração da natureza típicos da primeira modernidade são revolucionados pela ocorrência interligada de processos como a globalização, a individualização, a revolução de gênero, o desemprego e, principalmente, pelo surgimento de riscos globais, que têm em comum a característica de serem conseqüências imprevisíveis da vitória da modernidade. Esses fenômenos, que, em um primeiro momento, ocorreram sub-repticiamente e sem planejamento, no seio de uma modernização dita normal, autônoma e com uma ordem política e econômica inalterada, acabaram atingindo dimensões tais que colocaram em xeque os próprios fundamentos dessa ordem, impondo, inclusive, uma mudança de referenciais que não foi nem desejada, nem prevista. Além disso, a ciência e a técnica, pressupostos para o crescimento econômico e para o bem-estar material, viram-se desencantadas com o surgimento de riscos de grandes dimensões, que não haviam sido tematizados e muito menos previstos e que passaram a representar um potencial de perigo que não se pode medir, quantificar ou antever.

Essa condição contrapõe-se à mentalidade iluminista de que a crescente informação sobre os mundos social e natural traria um controle cada vez maior sobre eles. Acreditava-se que quanto mais avançado fosse o conhecimento humano, maior seria a certeza sobre as condições do futuro e as possibilidades de orientá-lo. Entretanto, as conexões entre o desenvolvimento do conhecimento técnico e o conhecimento acerca do futuro da humanidade mostraram-se bem distintas das sugeridas pelos primeiros modernos: as idéias de controlabilidade, certeza e segurança, fundamentais para a modernidade, entram em declínio e isso aconteceu por causa – e não apesar – do conhecimento que acumulamos sobre nós mesmos e sobre o mundo.

Assim, se, por um lado, o desenvolvimento do saber técnico-científico permitiu que o homem controlasse e se protegesse dos fenômenos da natureza que antes se mostravam perigosos para a

sua existência, por outro o processo de *socialização da natureza*² e os recentes desenvolvimentos no campo das tecnologias acabaram redundando em outros tipos de ameaças: os riscos tecnológicos. Essa nova classe de riscos significou um novo e poderoso fator de indeterminação do futuro, pois sua característica primordial está no fato de terem emergido na qualidade de efeitos secundários e, como tais, não foram perseguidos, não foram passíveis de previsão e não podem ser delimitados – nem socialmente e tampouco no tempo ou no espaço.

Na metáfora de Beck, com os *sapatos silenciosos da normalidade*, a sociedade industrial se despede do cenário da história mundial pela escada traseira dos efeitos secundários e não por meio de uma radical mudança política, como apostavam as previsões da teoria social.³

Nessa perspectiva, o cenário de riscos e incertezas que ora intranquiliza o mundo não está, propriamente, em contradição com a modernidade, mas é expressão de seu desenvolvimento coerente para além do projeto da sociedade industrial. O que ocorreu é que, a certa altura, o processo de modernização nos moldes do planejado na sociedade industrial acabou sendo surpreendido pela modernização das suas próprias premissas.

O relacionamento entre os efeitos da modernização e as estruturas da sociedade industrial desenvolve-se, ainda segundo Beck, em dois momentos distintos. No primeiro deles, os efeitos e as auto-ameaças são sistematicamente produzidos pela industrialização e pelo desenvolvimento técnico-econômico, mas escapam das instituições de controle e proteção da sociedade industrial e não se tornam questões públicas ou centro de conflitos políticos. Aqui, o autoconceito de sociedade industrial ainda predomina, bem como permanecem em funcionamento suas estruturas, tanto

² Essa expressão é de Giddens, que traça um quadro bastante semelhante ao de Beck. Cf. GIDDENS, Anthony. *Modernidad y autoidentidad*. In: BERIAIN, Josetxo (Org.). *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Anthropos, 1996. p. 70-71.

³ Cf. BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998. p. 17.

multiplicando como legitimando as ameaças produzidas por tomadas de decisão.

Em um segundo momento, os riscos da sociedade industrial abandonam o seu estado de latência e começam a dominar os debates e os conflitos públicos. Percebe-se, na modernidade avançada, que a produção social de riqueza vem acompanhada, sistematicamente, pela produção social de riscos. Diante disso, as instituições de controle da sociedade industrial passam a ser amplamente questionadas: tanto por terem compactuado com a liberação desses riscos como por não conseguirem controlar essas novas ameaças. Vem a lume, nesse momento, a questão da autolimitação do desenvolvimento, assim como a necessidade de serem rediscutidos os padrões de responsabilidade, segurança, controle, causalidade, limitação do dano e distribuição das consequências do dano.

Essa consciência sobre a questão do risco, ao ter sido largamente massificada e midiaticizada, tornou-se um drama público, carente de respostas e soluções de controle.

É exatamente esse diagnóstico traçado por Beck que vem sendo incorporado ao debate jurídico-penal e utilizado pela dogmática tanto para analisar algumas tendências importantes verificadas no sistema penal a partir da idéia de risco como para fundamentar as propostas de um *Direito penal da sociedade do risco*.⁴

⁴ Dentre os penalistas que se referem expressamente ao conceito de sociedade mundial do risco de Beck, citem-se, a título de exemplo: BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. *Pena y Estado*. Barcelona, n. 1, 1991, p. 37-55; DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade do risco". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 33, ano 9, jan-mar. 2001 e O direito penal na "sociedade do risco". *Temas básicos da doutrina penal*: Sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001; FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal*. Panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001; PRITZWITZ, Cornelius. *Strafrecht und risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und*

Dessa forma, pretendemos refazer esse caminho teórico: analisar o paradigma da configuração social traçado por Beck, para compreender em que contexto emerge um movimento político-criminal que pretende atribuir ao direito penal um papel relevante no atendimento das demandas sociais de proteção em face dos novos riscos.

Importa, ainda, verificar como um modelo de direito penal liberal, prudente e dotado de um arsenal de meios limitadores de sua atuação mostra-se incapaz de atender às atuais e crescentes demandas preventivas. De fato, as inadequações e insuficiências do aparato penal diante da complexidade desses novos fenômenos nocivos inspiram modificações em suas premissas e nos seus métodos de atuação.

A partir daí, identificam-se, no campo dos novos riscos, tendências de política criminal que têm em comum, de maneira geral, uma proposta de extensão da intervenção estatal sancionatória, de modo a utilizá-la como meio para evitar o maior número possível de resultados indesejáveis. Não se trata, simplesmente, do aumento quantitativo da reação punitiva ou da simples definição de novos comportamentos penalmente relevantes, mas do desenvolvimento de uma nova racionalidade de imputação, a partir da utilização de figuras dogmáticas diferenciadas – algumas vistas como excepcionais no passado – mais flexíveis e direcionadas muito mais à prevenção em face dos riscos do que à tradicional manifestação repressiva. Nessa linha, os deslocamentos mais significativos dão-se em função da ampliação da proteção penal aos bens jurídicos supra-individuais, da antecipação da tutela penal e da flexibilização das regras de causalidade e de imputação de responsabilidades, inclusive no sentido de abolir os imperativos da individualização.

Sob essa perspectiva, encaminham-se as discussões sobre a incidência da regulação penal em setores sensíveis aos riscos

Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Frankfurt am Main, 1993 (este autor trabalha com o modelo de sociedade do risco de Beck, juntamente com outros que o complementam); SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas Ediciones, 1999. p. 21.

fabricados, como, por exemplo, o meio ambiente e as atividades relacionadas com a fabricação, distribuição e utilização de produtos perigosos, além dos campos ligados mais diretamente ao progresso técnico e científico, como a técnica atômica e a tecnologia genética, aos quais se poderia acrescentar, ainda, a biotecnologia e o bioterrorismo.

Entretanto, tais desenvolvimentos do direito penal mantêm uma vigorosa tensão com a concepção programática do modelo penal forjado no Estado liberal burguês – denominado *direito penal clássico*⁵ ou *direito penal mínimo* –, que engloba proposta pautada pela vocação garantista e restritiva da intervenção penal, nos limites da intervenção subsidiária e de *ultima ratio*. Isto é, prevê a atuação do aparato penal para a proteção de bens jurídicos individuais e fragmentários contra os mais graves ataques, para os quais a resposta dada pelos demais ramos do ordenamento jurídico apresenta-se insuficiente.

Constata-se, portanto, que a transposição da idéia de prevenção aos novos riscos ao sistema penal traz o conflito para o âmbito do funcionamento das suas estruturas e instituições. Em outras palavras, inserido nesse momento de crise da modernidade reflexiva, o direito penal revela-se um dos campos problemáticos de contradições, no qual se contrapõem as novas exigências de controle sobre os fenômenos da sociedade de risco e os princípios tradicionais de atuação do sistema penal.

É nesse contexto que se insere o presente trabalho, voltado a analisar o movimento de incorporação do paradigma da sociedade do risco a metas político-criminais, o processo de tradução dos anseios contemporâneos de controle dos riscos em respostas penais

⁵ Se é certo que o termo *clássico* expressa que o objeto designado está inserido na tradição da filosofia política do Iluminismo, o modelo de direito penal a que se anseia referir não se esgota nesse determinado tempo. Sua formação, enquanto direito fechado, dá-se no período clássico, porém seu desenvolvimento estende-se até o século XIX. Assim, adota-se a aludida denominação neste trabalho, bem como em boa parte da doutrina, embora não se trate, a rigor, de um modelo exclusivamente clássico.

e as tensões que os novos mecanismos preventivos vêm provocando no seio do sistema penal.

Para tanto, à luz do modelo sociológico desenvolvido por Ulrich Beck, abordaremos, no primeiro Capítulo, o tema da conformação da sociedade atual como sociedade de risco, as características e a dinâmica dos novos riscos, em um esforço para identificar a origem das pressões postas ao aparato penal, bem como as condições sociais que o induziram a transformações.

Busca-se, a partir de tal pano de fundo, compreender por que e como o conceito de sociedade do risco, como novo paradigma de configuração social, foi transportado para a racionalidade penal, dando causa a um movimento jurídico de expansão do direito penal sobre os novos setores sensíveis aos riscos e de manipulação de certas estruturas de incriminação que atuam voltadas à flexibilização dos critérios autorizadores da intervenção penal e à prevenção.

Nessa perspectiva, o Capítulo 2 identifica alguns desses instrumentos frequentemente utilizados nas tentativas de lidar com os novos problemas e que integram o denominado *direito penal do risco*.⁶ A fim de caracterizar o *modus operandi* desse modelo,

⁶ Embora exista discussão acerca do emprego da expressão *direito penal do risco* e questionamentos atinentes à autonomia de um novo modelo penal, utilizaremos a expressão para denominar os recentes desenvolvimentos do direito penal em determinados setores sensíveis aos riscos tecnológicos, sem, contudo, adentrar em tais controvérsias. A respeito dessa discussão, é ilustrativa a observação de Prittwitz, no sentido de que a caracterização atual do *direito penal do risco* pretende incluir todas as notas diferentes e que respondem, em parte, a fenômenos distintos, porém conexos: a luta preventiva contra novos riscos, precisamente, mediante a antecipação da fronteira da punibilidade das condutas, com a utilização dos delitos de perigo abstrato. Mas também segue sendo um direito penal que pretende diminuir riscos e formas de criminalidade em parte já conhecida, que, atualmente, pleiteiam novas necessidades de proteção ou novas soluções para sua eficaz persecução. E, finalmente, trata-se de um direito penal a cuja atuação, em certos setores, só se pode atribuir eficácia meramente simbólica. Todos esses aspectos, segundo o autor, são característicos do direito penal atual e podem

analisar-se-ão, rapidamente: a articulação da tutela penal na proteção de bens jurídicos supra-individuais, com ênfase particular ao bem jurídico ambiental, que representa um dos valores mais ameaçados pelos riscos tecnológicos; os tipos de mera conduta e as incriminações de perigo abstrato, que situam a atuação do aparato penal a esferas anteriores ao dano e, assim, conferem-lhe certa índole preventiva; os tipos omissivos e culposos; os tipos cumulativos e a responsabilização penal da pessoa jurídica.

Como se vê, não serão esgotadas as possíveis alternativas dogmático-penais para as questões de risco, priorizando-se as mais freqüentes e relevantes à caracterização da nova *ratio* de atuação do aparato penal. De outro lado, a abordagem dessas figuras jurídicas não será exaustiva e estará muito mais focada nas razões político-criminais de sua utilização e na sua operacionalidade no atual cenário social do que nos aspectos dogmáticos que lhes são peculiares. Dessa forma, as subdivisões desse Capítulo justificam-se na medida em que contribuem para retratar o panorama geral da intervenção das decisões político-criminais cultivadas pela sociedade do risco no interior do sistema do direito penal.

Partindo das mudanças estruturais propostas pelo aparato de incriminação do direito penal do risco, o Capítulo 3 trata de confrontá-las com os princípios e regras de imputação do chamado *direito penal clássico*. A partir daí, identificar-se-ão pontos de fricção, que permitirão localizar esse processo na perspectiva utilizada por Beck para analisar os fenômenos atuais de crises institucionais: a da reflexividade, entendida como contradição entre as transformações contemporâneas, e as estruturas funcionais das instituições da sociedade industrial.⁷

ser designados pela expressão unitária de *direito penal do risco*. Cf. PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*. Frankfurt am Main: [s.n.], 1993, p. 149-161 apud BUERGO, Blanca Mendoza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001. p. 65-66.

⁷ Cf. BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: Política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

Prosseguindo no caminho proposto por Beck, esse Capítulo aponta, ainda, um movimento reflexivo – desta vez no sentido cognitivo – acerca das relações problemáticas entre o direito penal do risco e os princípios de garantia clássicos, discussão que se encaminha para uma avaliação do entendimento contemporâneo do direito penal e de seu futuro na sociedade do risco. Na análise que se fará da produção dogmática sobre o tema, buscar-se-á identificar o ponto forte do debate, o que levará à caracterização de duas posições principais e contrapostas, em detrimento das particularidades do pensamento de cada autor.

Ao final desse percurso, esperamos ter delineado o modo como o direito penal reagiu aos fenômenos da sociedade do risco e o movimento de reflexividade institucional que se instaurou em seu interior, a fim de contribuir, modestamente, para o debate sobre o futuro dessa instituição.

Enfim, tendo sido expostas, nesta introdução, as linhas gerais da presente dissertação, passa-se a abordar, mais detidamente, cada um dos assuntos antes referidos e o desenvolvimento das questões acima sumariadas.

A SOCIEDADE MUNDIAL DO RISCO

SUMÁRIO: 1.1 Entre a sociedade industrial e a sociedade do risco: a modernização reflexiva – 1.2 Um breve diagnóstico dos novos riscos – 1.3 O ambiente da produção dos riscos: 1.3.1 Os esquemas de segurança; 1.3.2 O cálculo dos riscos e as regras do seguro; 1.3.3 A irresponsabilidade organizada – 1.4 O retorno da incerteza – 1.5 A juridicização da opinião pública.

1.1 ENTRE A SOCIEDADE INDUSTRIAL E A SOCIEDADE DO RISCO: A MODERNIZAÇÃO REFLEXIVA

Ulrich Beck distingue dois conceitos de modernização: a modernização simples, que ocorreu durante o período industrial, e a modernização reflexiva, que, longe de significar uma interrupção violenta do processo de desenvolvimento, traduz-se na vitória da própria modernização ocidental.¹

Entretanto, para esse autor, falar na vitória da modernização significa constatar que a intensa expansão técnico-econômica ocorrida durante a modernidade simples não se dissociou da criação de riscos. Assim, a modernidade reflexiva também pode

¹ Cf. BECK, *Modernização reflexiva...*, p. 12.

ser definida como o estágio em que as formas contínuas de progresso técnico-econômico podem se transformar em autodestruição, em que um tipo de modernização destrói outro e o modifica. Se a modernização simples ou ortodoxa significou, primeiro, a desincorporação e, depois, a reincorporação das formas sociais tradicionais pelas formas sociais industriais, então a modernização reflexiva também envolve a desincorporação das formas sociais industriais e a reincorporação de outra modernidade. Entretanto, esse processo se dá de maneira substancialmente distinta do anterior, por ter sido conduzido pelos resultados da própria modernização.

Nessa construção, o processo de reflexividade descrito pelo autor deve ser entendido como confrontação das bases do paradigma da modernidade com as conseqüências da modernização. Esse confronto, entretanto, não nasceu de uma necessidade de se opor ao modelo industrial, nem significou uma opção que se pôde escolher ou rejeitar no decorrer de disputas políticas. Surpreendentemente, derivou do superdesenvolvimento da modernidade industrial, que acabou gerando efeitos e ameaças que não puderam ser assimilados pela racionalidade da época industrial. Ou seja, o confronto, que é a base da reflexividade, significa a incompreensão e a impossibilidade de assimilação da realidade da sociedade do risco pelo sistema da sociedade industrial. De maneira cumulativa e latente, os fenômenos da sociedade do risco produzem ameaças que questionam e, finalmente, destroem as bases da sociedade industrial.

Beck distingue dois componentes do modelo de modernização: a auto-ameaça às fundações da sociedade industrial, por uma modernização bem-sucedida, que é cega aos riscos que produz; e o crescimento do conhecimento e da reflexão sobre essa situação. A diferença entre a sociedade industrial e a sociedade do risco é, também, uma diferença de conhecimento, isto é, de auto-reflexão sobre os riscos da sociedade industrial desenvolvida.

Em outras palavras, podem-se identificar dois estágios distintos nesse processo: o da reflexividade e o da reflexão. A confrontação das bases da modernização com as suas conseqüências precede e

deve ser distinguida do aumento do conhecimento e da cientificação no sentido da reflexão sobre a própria modernização.

A reflexividade refere-se à transição autônoma, indesejada e despercebida do modelo da sociedade industrial para o da sociedade do risco. Sendo assim, pode-se dizer que o principal aspecto desse mecanismo de transição é exatamente sua irreflexão e sua não-intencionalidade – aliás, para Beck, é exatamente a abstração dos fenômenos causais que conduz à sociedade do risco.

Quanto mais avança o processo de modernização das sociedades, mais ficam dissolvidas, consumidas e ameaçadas as bases do modelo industrial. No dizer de Beck, a questão trazida pela reflexividade é a alteração das bases da sociedade industrial por ela mesma. E isso ocorre, em um primeiro momento, sem reflexão, ultrapassando o conhecimento e a consciência.²

É em um segundo estágio que essa constelação de fatores é percebida e torna-se objeto de consideração pública, política e científica. Esse mecanismo tem sua origem no momento em que a sociedade industrial, alarmada com os efeitos colaterais do processo produtivo, revê seus próprios princípios de segurança e cálculo. De outro lado, se isso é entendido e experienciado, então toda a sociedade é posta em movimento. O que anteriormente parecia funcional e racional aparece agora como uma ameaça à vida e, portanto, produz e legitima disfuncionalidade e irracionalidade. Com isso, as instituições abrem-se para o questionamento político de seus fundamentos.

A teoria da sociedade mundial do risco parece nascer com a percepção social dos riscos tecnológicos globais e de seu processo de surgimento até então despercebido. É uma teoria política sobre as mudanças estruturais da sociedade industrial e, ao mesmo tempo, sobre o conhecimento da modernidade, que faz com que a sociedade se torne crítica de seu próprio desenvolvimento.

Em suma, a teoria da reflexividade engloba uma abordagem acerca do processo de confrontação entre os efeitos da modernização e as bases da sociedade industrial e, também, sobre como

² Cf. BECK, *World risk society...*, p. 73.

a sociedade industrial se vê como sociedade do risco e como ela se critica e se reforma.

A partir do momento em que os riscos tecnológicos são reconhecidos como riscos derivados de decisões humanas, os centros de tomada de decisões e as leis do progresso tecnológico e científico tornam-se questões políticas. Também ingressam na agenda política os temas ligados aos mecanismos de controle e distribuição dos riscos, particularmente, a questão da ineficiência dos mecanismos atuais e da busca de novas alternativas.

Em síntese, até aqui, acompanhando a teoria de Beck, podemos identificar duas ordens de consequências do processo de modernização: (i) a liberação dos riscos da produção industrial, que emergiram como efeitos colaterais indesejados e que assumiram dimensão global; e (ii) o reconhecimento social desses riscos, que passam a ser culturalmente percebidos, construídos, mediatizados e transpostos à agenda político-ambiental global.

Esse segundo momento, denominado *ecological enlightenment*,³ traz à tona uma série de implicações. Primeiro, verifica-se que o aumento do conhecimento da sociedade do risco coincide com a invalidação dos modelos lineares da tecnocracia, dos modelos sobre o progresso, sobre a sua segurança e controle, que fascinaram a sociedade e a comunidade científica durante a primeira modernidade. Segundo, pode-se dizer que, na sociedade do risco, o progresso técnico-científico e seus efeitos assumiram contornos públicos. Melhor dizendo, se a sociedade tornou-se um laboratório, as decisões sobre o controle do progresso tecnológico tornaram-se um problema coletivo. Terceiro, na sociedade do risco, o conflito manifesta-se também no âmbito do conhecimento das definições sobre o risco, das suas consequências e das relações de causalidade que os envolvem, cujo monopólio por parte dos *experts* passa a ser questionado. Afinal, com o reconhecimento dos riscos, tais temas passam a fazer parte do debate público:

³ Cf. BECK, Ulrich. *Ecological enlightenment: Essays on the politics of the risk society*. New York: Humanity Books, 1995.

Whereas, within the framework of the "old" distribution conflicts, the success of strategic behavior can be designated and measured by distinct media (money, ownership of means of production, wage settlements, voting figures), such symbolic media which could unambiguously reflect risk gain and risk loss are hardly available. All attempts to establish risk yardsticks, such as probability estimates, threshold values and calculations of costs, founder, as far as late industrial risks are concerned, on the incommensurability of hazards and the problem of the subjective assessment of the probability of occurrence. This explains why conflicts essentially breaks out at the level of knowledge around problems of definition and causal relationships. Primary resources in this struggle over risk justice are not immediately strikes, voting figures, political influence, but above all information, scientific findings, assessments, arguments.⁴

Science is no longer experimental activity without consequences, and technology is no longer low-risk application of secure knowledge. Science and technology produce risks in carrying out their experiments and thereby burden society as a whole managing the risks (...) Depending on the risk culture quite different strategic consequences follow for dealing with risk. Industrialists assess risks according to cost-benefits principles; failure in the marketplace becomes the most important focus of risk avoidance. Bureaucracies judge risks according to the hypothetical definitions of the common good and look for redistributive solutions in dealing with risks; here the principal problem is the institutional integrity of the administrative apparatus. Social movements measure risks by the potential for catastrophe involved and seek to avoid risks which could lead to a threat to present and future quality of life. The effective irre-

⁴ LAU, Christoph. Neue risiken und gesellschaftliche konflikte. In BECK, Ulrich. *Politik in der risikogesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991, p. 254 apud BECK, *World risk society...*, p. 84.

concilability of these various risk assessments turns concrete decisions over acceptable risks into struggles for power. "The issue is not risk, but power".⁵

Por fim, a combinação desses fatores impõe uma série de problemas às instituições da sociedade industrial. Graças a esse momento crítico é que a sociedade industrial começa a enxergar o processo de modernização também sob o prisma da criação de riscos inaseguráveis. A partir daí, percebe-se que a modernidade transformou-se em uma sociedade de risco, conflituosa e autocrítica, não obstante o funcionamento normal das instituições do período industrial – daí por que estas passam a ser contestadas.

No dizer de Beck, "... a reflexividade da modernidade produz não somente uma crise cultural de orientação, como alegam os comunitaristas, mas uma crise institucional fundamental e mais extensivamente profunda na sociedade industrial tardia. Todas as instituições fundamentais (como os partidos políticos e os sindicatos, mas também os princípios causais da responsabilidade na ciência e no direito, as fronteiras nacionais, a ética da responsabilidade individual, a ordem da família nuclear, e assim por diante) perdem suas bases e sua legitimação histórica. Por isso, a reflexividade da modernidade é equivalente ao prognóstico dos conflitos de valor de difícil resolução sobre os fundamentos do futuro".⁶

O cerne analítico desse processo de reflexividade está justamente no fato de que é a categoria dos efeitos colaterais e não a racionalidade instrumental que está se tornando o motor da história social. Beck aponta que, na sociologia clássica, os problemas secundários são reconhecidos, mas não são passíveis de provocar impacto nas instituições, organizações e subsistemas. Eles não ameaçam a capacidade dessas estruturas para monitorar e regular os fenômenos sociais. A harmonia pré-ordenada do controle é o que Beck denomina de *fé inocente* da modernização simples.

⁵ PERROW, Charles citado por Beck [sem referência] em: BECK, *World risk society...*, p. 83.

⁶ BECK, *Modernização reflexiva...*, p. 211-212.

A teoria da reflexividade aparta-se da modernização simples e, fundamentalmente, do otimismo instrumental com relação à possibilidade de controle antecipado dos eventos. Esse controle não se mostra factível, nesse momento do processo modernizatório, em razão das características dos novos riscos tecnológicos, que serão estudadas adiante. Por enquanto, podemos destacar que a percepção da globalidade dos efeitos colaterais, principalmente no que se refere à questão nuclear e às catástrofes ecológicas, e o poder destrutivo das *megatecnologias* trazem dificuldades às idéias de ordem e controle a partir de estratégias estatais de atuação.

Enfim, aproveitando o mesmo marco teórico absorvido pela dogmática penal – o paradigma social de Beck – e avançando um pouco na teoria desse autor, destaca-se que suas idéias sobre o processo de modernização reflexiva nas formas de autoquestionamento das instituições e procedimentos da sociedade industrial parecem úteis para analisar os acontecimentos havidos no interior do aparato penal, ligados às propostas de transformações do modelo político-criminal vigente. Antes, porém, importa analisar o perfil dos novos riscos tecnológicos e das transformações operadas na sociedade a partir do seu surgimento e reconhecimento.

1.2 UM BREVE DIAGNÓSTICO DOS NOVOS RISCOS

Se as transformações dos efeitos colaterais invisíveis em questões globais não significaram apenas um problema ambiental, mas uma flagrante crise institucional da sociedade industrial, esse processo, como vimos, está inserido na emergência de um novo modelo social denominado sociedade mundial do risco.

A sociedade do risco refere-se à época em que o lado negro do progresso domina o debate social. O que até agora ninguém havia cogitado – auto-arriscamento, devastação da natureza e possibilidade de destruição em massa – tornou-se um dos temas centrais do debate público.

O princípio axial e, ao mesmo tempo, o desafio da sociedade mundial contemporânea estão no fato de que os riscos que hoje

a ameaçam foram produzidos pela própria civilização no processo de desenvolvimento da primeira modernidade. A produção social de riqueza veio acompanhada, sistematicamente, pela produção social dos riscos. Estes riscos emergiram na condição de efeitos colaterais de produtos ou processos industriais, no desenrolar da modernização, que foi por muito tempo *cega e surda* a seus próprios efeitos. Em outras palavras, os mercados perceberam apenas as informações codificadas na linguagem de preços e foram surdos a efeitos externos que se produziam em outros campos.

Isso quer dizer que a própria modernização trouxe consequências que estão hoje arriscando as condições básicas de vida alcançadas por via desse mesmo processo.

Por isso, o paradigma social do risco é marcado pela percepção de ameaças produzidas no caminho da própria sociedade industrial e, até então, subtraídas ao sentido comum. Vislumbra-se, finalmente, que a sociedade do risco surge porque as certezas da sociedade industrial, o consenso para o progresso e a abstração dos efeitos e dos riscos ecológicos dominaram por muito tempo o pensamento e a ação das pessoas e das instituições desta sociedade e foram responsáveis por legitimar a produção dos novos riscos.⁷

Se, por um lado, a emergência da sociedade do risco deu-se sob a bênção das instituições de controle e proteção da sociedade industrial, por outro, os riscos individual, social, político e ecológico hoje desafiam essas instituições.

A partir desse momento, estabelece-se uma moldura conceitual que permite analisar a questão ecológica não como um problema do meio ambiente ou da natureza *per se*, mas como uma questão inerente à própria sociedade do risco. Assim, a teoria da sociedade mundial do risco de Beck traduz o problema da destruição da natureza em outra questão, ligada ao modo como a sociedade moderna reage e lida com as próprias incertezas fabricadas.

O ponto principal da teorização sobre os novos riscos reside nas distinções, primeiro, entre perigos e riscos e, segundo, entre

⁷ Cf. BECK, *Modernização reflexiva...*, p. 16.

riscos que podem ser controlados e riscos que escaparam ou neutralizaram os mecanismos de controle da sociedade industrial.

De maneira mais aprofundada, a primeira distinção é trabalhada por Niklas Luhmann nos seguintes termos: o termo "risco" vincula-se sempre a uma decisão racional, mesmo que na maior parte das vezes se desconheça as consequências que dela possam advir; ao passo que se fala em perigo quando o dano hipotético é acarretado por uma causa exterior, sobre a qual não se tenha controle, nem sequer para evitá-lo.⁸

De outro lado, estabelece-se uma segunda distinção entre riscos controláveis e riscos incontroláveis. Se a modernidade criou mecanismos para dominar a natureza e controlar perigos e riscos, acabou dando causa ao surgimento de outros riscos, que escaparam do controle das suas instituições. Em outras palavras, se "la modernidad reduce riesgos en ciertas áreas y modos de vida, sin embargo, al mismo tempo, introduce nuevos parámetros de riesgo desconocidos totalmente, o en su mayor parte, en épocas anteriores".⁹

A emergência de riscos incontroláveis, nesse panorama moderno de busca por controle e ordem, aponta a possibilidade de ter havido uma falha no funcionamento das normas e instituições desenvolvidas na sociedade industrial. Verifica-se a incoerência dos mecanismos de segurança, dos cálculos dos riscos e da cultura do seguro, que, mesmo prometendo segurança e tranquilidade, permitiram a produção desses riscos e agora se vêem impossibilitados de bloqueá-los. Em seguida, o desencantamento atinge a ciência e toda a burocracia racional – a administração estatal, a política, o direito – que sempre legitimaram a criação desses riscos.

A partir do surgimento desses novos riscos, não se trata mais de lidar exclusivamente com problemas de controle e de aprovei-

⁸ Cf. LUHMANN, Niklas. El concepto de riesgo. In: BERIAIN, *Las consecuencias perversas...*, p. 123-172.

⁹ GIDDENS, Anthony. Modernidad y autoidentidad. In: BERIAIN, *Las consecuencias perversas...*, p. 37. Nessa passagem, o autor conclui que: "el mundo moderno tardío – mundo al que denomino modernidad superior – es apocalíptico porque introduce riesgos que las generaciones anteriores no han conocido".

tamento da natureza, mas de manejar as conseqüências negativas do próprio desenvolvimento técnico e as incertezas fabricadas pela própria modernização. Surge como questão social a gestão política e científica dos riscos tecnológicos. Ao lado da lógica positiva da apropriação da primeira modernidade, e dos problemas ligados a ela, coloca-se também a lógica negativa da eliminação, segundo a qual os riscos devem ser evitados, negados ou reinterpretados.

Mas se o conceito de risco sempre existiu na história social e se a sociedade moderna viveu em um ambiente mais arriscado do que as sociedades precedentes, indaga-se por que apenas agora o risco se transformou em uma questão social de tal importância?

Na teoria da sociedade mundial do risco, isso se explica, em grande parte, a partir das características dos novos riscos e de sua gênese, muito distintas dos perigos pré-industriais, bem como dos riscos visíveis durante o período industrial.

Antes de mais nada, releva o fato de terem emergido como conseqüências implícitas do progresso tecnológico e industrial, sob uma perspectiva de aparente normalidade, e de logo terem passado a significar ameaças globais à humanidade. Esse desenvolvimento, por si só, desembocou em uma crise de legitimidade das instituições da modernidade e na emergência de um estado de indeterminação e insegurança.

Ademais, ao lado dessa perspectiva principal, identificam-se outras peculiaridades da dinâmica sociopolítica dos riscos, as quais abordamos a seguir:

(i) Destaca-se como diferença essencial entre os novos riscos e as catástrofes naturais o fato de que estas últimas se concebiam como algo que apenas poderia ser imputado ao destino, enquanto os riscos derivam necessariamente de decisões de âmbito industrial ou técnico-econômico de pessoas ou organizações.¹⁰

¹⁰ Nesse ponto, Luhmann discorda de Beck, pois remete as decisões exclusivamente a indivíduos. Ou seja, segundo sua teoria, as decisões das quais derivam os riscos não ocorrem dentro de organizações ou burocracias. Cf. LUHMANN, Niklas. *Risk: A sociological theory*. New York: A. de Gruyter, 1993.

De maneira geral, quando os teóricos da sociedade do risco aludem ao risco como fenômeno social estrutural da sociedade contemporânea, estão pensando em riscos que têm suas causas e origens em decisões e comportamentos humanos, produzidos durante a manipulação dos avanços tecnológicos. Por estarem ligados à exploração e ao manejo das novas tecnologias (*e.g.*, energia nuclear, produtos químicos, manejo de recursos alimentícios, tecnologia genética etc.), esses fenômenos são chamados de riscos *ecológicos, artificiais, tecnológicos ou fabricados*.¹¹

(ii) Esses riscos aparecem sob a categoria de efeitos colaterais indesejados do processo de modernização, em contraposição ao conceito de ação racional direcionada a um fim.

Por representarem conseqüências secundárias do progresso tecnológico, constituem efeitos indesejados, não previstos ou não passíveis de serem previstos, de um ato humano inicialmente dirigido a fins positivamente valorados. A característica da acesoriedade traz consigo o sentido de que tais efeitos, na maioria das vezes, não foram perseguidos intencionalmente.

(iii) É freqüente que muitos dos riscos gerados no nível de desenvolvimento mais avançado das forças produtivas (*e.g.*, contaminações nucleares ou químicas por meio de radioatividade ou substâncias nocivas e tóxicas presentes no ar, na água e nos alimentos, degradação ambiental, aquecimento global etc.) causem danos sistemáticos, muitas vezes irreversíveis, e, ao mesmo tempo, permaneçam invisíveis por um longo período.

Na maior parte dos casos, os novos riscos à saúde e à natureza subtraem-se por completo da percepção e do conhecimento comuns. São eventos que, para se tornarem visíveis e serem interpretados como riscos, demandam a constatação objetiva dos *experts* e de suas teorias, experimentos, instrumentos de medição etc. Exemplo paradigmático desses fenômenos são as mutações genéticas causadas pela radioatividade que, imperceptíveis para os

¹¹ Esta última denominação é preferida por Giddens. Cf. GIDDENS, Anthony. *Em defesa da sociologia: ensaios, interpretações e trélicas*. São Paulo: Editora Unesp, 2001. p. 311-330.

afetados, deixam esses completamente reféns do juízo, dos erros e das controvérsias dos cientistas.

Assim, a percepção dos riscos baseia-se em interpretações causais que se estabelecem, em um primeiro momento, apenas no campo do saber científico, no qual podem ser transformados, ampliados ou reduzidos, dramatizados ou minimizados. Dessa maneira, estão sujeitos à influência de processos sociais de definição.

(iv) Tais riscos de procedência humana caracterizam-se por sua indeterminação espacial e temporal e, freqüentemente, apresentam dimensões e potencial destrutivo superiores aos dos riscos naturais.

Acoplados ao fenômeno da globalização, passam a significar ameaça a um número indeterminado e potencialmente enorme de pessoas. Afinal, "globalidade denomina o fato de que, daqui para frente, nada que venha a acontecer em nosso planeta será um fenômeno espacialmente delimitado, mas o inverso: que todas as descobertas, triunfos e catástrofes afetam a todo o planeta e que devemos redirecionar e reorganizar nossas vidas e nossas ações em torno do eixo 'global-local'".¹²

Assim, dentro desse quadro teórico, é possível vislumbrar o risco global como uma das unidades de análise capaz de substituir a axiomática nacional-estatal: o reconhecimento mundial da crise ecológica, após a Conferência do Rio de Janeiro de 1992,¹³ teria abalado, definitivamente, a ação e o pensamento nos limites do quadro nacional, pois, naquele momento, a sociedade mundial tomou consciência de sua própria existência ao reconhecer o

¹² Cf. BECK, Ulrich. *O que é globalização?: Equívocos do globalismo*, respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 31.

¹³ A Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro, de 3 a 14 de junho de 1992, aprovou a *Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento*, que, em seus considerandos, trazia o reconhecimento "da natureza integral e interdependente da Terra" e tinha como um dos seus objetivos declarados "estabelecer uma nova e equitativa parceria mundial através da criação de novos níveis de cooperação entre os Estados, os setores-chave das sociedades e os povos".

destino ecológico de sua comunidade sob a nova rubrica de sociedade mundial do risco.

Dito de outra maneira, esses novos riscos têm a capacidade de produzir conseqüências que não permanecerão estritamente vinculadas ao lugar e ao tempo de seu surgimento. Vale como exemplo o caso da *BSE crisis* ou “doença da vaca louca”, que atingiu principalmente o Reino Unido, mas fez sentir seus efeitos no mercado mundial de carnes bovinas. Ademais, é impossível saber quantos países foram afetados e quais serão as conseqüências desse episódio a longo prazo.

(v) Diante da indeterminação de suas causas e conseqüências, os novos riscos fogem à aplicação das regras securitárias do cálculo, da estatística e da monetarização. Em outras palavras, em contraste com os riscos conhecidos da era industrial, os novos riscos não são delimitáveis nem no tempo nem no espaço, não podem ser tratados segundo as regras estabelecidas da causalidade e da culpa e, além disso, dificilmente podem ser compensados ou indenizados, quer porque suas conseqüências não podem ser delimitadas, quer porque o desastre atinge dimensões tão grandes que nenhuma companhia de seguros seria capaz de arcar com o custo indenizatório.

Analisando esse aspecto, Raffaele de Giorgi observa que, durante a vigência da sociedade industrial, era possível estabelecer um padrão de regularidade e normalidade, o que permitia construir conexões entre os acontecimentos, imputar causalidades e elaborar descrições que tornam manifesta a cadeia de conexões entre os acontecimentos. Entretanto, na época da sociedade do risco, esses padrões de normalidade são fragmentados: não são mais confiáveis como vetores de previsibilidade e calculabilidade, pois se reconhece a existência de contingências e indeterminações, não mais passíveis de serem controladas.¹⁴ Isso explica a insuficiência das

¹⁴ DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. *Revista Sequência. Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina*. Florianópolis, n. 28, jun. 1994, p. 45-54.

estratégias securitárias diante das questões dos novos riscos tecnológicos.

(vi) Se os riscos da modernização têm como característica a possibilidade de destruição coletiva, em tese, poder-se-ia falar em efeitos de tendência igualitária.

No entanto, essa tendência só se verifica a longo prazo. Se é verdade que as consequências dos riscos não poderiam ser limitadas a uma classe ou grupo social e que, em última instância, não há como evitar que os riscos venham a atingir também aqueles que os produzem e se beneficiam deles – fenômeno denominado por Beck de “efeito bumerangue” –, também é certo que, na sociedade mundial do risco, existe uma classe proletária que, invariavelmente, sofre com mais força os efeitos perversos do desenvolvimento industrial.¹⁵

No diagnóstico traçado por Beck, há uma associação sistemática entre as situações de pobreza e as de risco extremo, que pode ser corroborada pela ocorrência de acidentes de grandes proporções em países de Terceiro Mundo:

Éstas [as novas desigualdades sociais] surgen en especial allí donde (de nuevo a escala internacional) las situaciones de clase y las situaciones de riesgo se solapan: el proletariado de la sociedad mundial del riesgo vive bajo las chimeneas, junto a las refinerías y las fábricas químicas en los centros industriales del Tercer Mundo. La “mayor catástrofe industrial de la historia” (Der Spiegel), el accidente tóxico en la ciudad hindú de Bhopal, ha hecho que la opinión pública mundial tome conciencia de ello. Las industrias con riesgo se han trasladado a los países de

¹⁵ O famoso episódio do incêndio na Vila Socó, no município de Cubatão, Estado de São Paulo, é um exemplo da grande vulnerabilidade da população, provocada principalmente pela falta de percepção de risco pessoal e coletivo, com o assentamento urbano em áreas de risco, tais como encostas, faixas de linhas de alta tensão, proximidade dos parques petroquímicos, lixões, aterros sanitários, áreas inundáveis, alagáveis etc.

sueños bajos. Esto no es casualidad. Hay una “fuerza de atracción” sistemática entre la pobreza extrema y los riesgos extremos. En la estación de maniobra del reparto de los riesgos son especialmente apreciadas las paradas en “provincias subdesarrolladas”. Y sería un necio ingenio quien aceptara aún que los guardagujas no saben lo que hacen. A favor de esto habla también la “mayor receptividad” de una población desempleada frente a “nuevas” tecnologías (que creen trabajo).¹⁶

Seja pela proposital alocação das tecnologias perigosas em países subdesenvolvidos, seja pelo déficit de desenvolvimento e de utilização de mecanismos de segurança organizacional e de controle da poluição, ou, ainda, pelo problema sempre presente do desmatamento de florestas tropicais, a questão dos riscos ecológicos – muitas vezes pensada como restrita aos países desenvolvidos – faz-se presente com muita ênfase nos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento. Nesses últimos, como é o caso do Brasil, tem-se a combinação peculiar entre desenvolvimento industrial, baixo nível de implantação de tecnologias limpas e de segurança e controles estatais pouco eficientes.

De outra parte, a longo prazo, as classes poderosas também se vêem afetadas pelos novos riscos, não apenas pela fluidez e pelo efeito global das possíveis consequências danosas, mas também pelo surgimento de questionamentos acerca da legitimidade do processo de desenvolvimento, a partir do reconhecimento social dos riscos fabricados pela industrialização. Surgem, assim, novos fatores de desvalorização e *expropriações ecológicas*, que frequentemente se posicionam em contradição aos interesses econômicos. Nesse sentido, Beck analisa como o simples anúncio de um risco ligado a uma atividade ou a um produto tem o condão de abalar drasticamente a rentabilidade de mercados e setores produtivos:

The enterprises, companies, communities, industries and proprietors currently or potentially struck by this “blow of

¹⁶ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo...*, p. 47-48.

fate" find themselves in an extreme situation. The publicly enacted devaluation threatens their economic existence irrespective of their performance, and frequently through no fault of their own. Thus the contradiction between the immanent production of systemic hazards and their non-attributability turns into the contradiction of an arbitrary, anarchic jeopardization of property, performance and capital. It is an entirely open question how this dependence of whole industries on the definition of risk, as a new dimension of the struggle for survival, will be worked out psychologically and politically by those affected, both in the short and in the long term.¹⁷

(vii) Os riscos tecnológicos reconhecidos socialmente têm um conteúdo político explosivo. A opinião pública começa a ter influência considerável no âmbito até então privado da administração empresarial, do planejamento produtivo, da escolha do equipamento técnico para a produção etc. Trata-se, propriamente, da disputa pública sobre a definição dos riscos, não somente das conseqüências para a saúde da natureza e do ser humano, mas dos efeitos secundários sociais, econômicos e políticos desses fenômenos: novos custos, desvalorização do capital, controles burocráticos das decisões empresariais, abertura de novos mercados, procedimentos judiciais etc. Enfim, o potencial político dos riscos volta-se, com ênfase, à vontade de administrá-los e de prevenir catástrofes, o que, muitas vezes, pode incluir a reorganização do poder.¹⁸

(viii) Por fim, no intuito de melhor ilustrar a conformação dos novos riscos, vale a pena analisar a classificação proposta por Beck, que parte da distinção de três espécies de riscos: (a) riscos de

¹⁷ BECK, Ulrich. *Ecological politics in an age of risk*. Cambridge: Polity Press, 1995. p. 145-146.

¹⁸ Na Alemanha, por exemplo, a questão ambiental tornou-se questão de Estado e passou a ter maior ênfase a partir da ascensão do Partido Verde ao poder, com a coalizão com o Partido Social Democrata de Gerhard Schröder.

perigos globais; (b) riscos que resultam da pobreza; e (c) riscos das armas de alto poder destrutivo.

(a) Os riscos de perigos globais ligam-se à destruição ecológica condicionada pelo desenvolvimento técnico-industrial, *e.g.*, a destruição da camada de ozônio, o efeito estufa, os efeitos da manipulação genética, a manipulação da energia nuclear, a indústria química etc. Referem-se, principalmente, às sociedades ricas do Ocidente, ou seja, às sociedades altamente industrializadas. Tais riscos condicionados pela riqueza, na maioria das vezes, decorrem da socialização dos impactos da atividade industrial e geram consequências globais. A identificação desses riscos furta-se, em grande parte, à imediata percepção das pessoas e são constatados por meio da pesquisa científica.

(b) Beck faz distinção entre os problemas ambientais advindos da riqueza e os que derivam da pobreza. Esses últimos constituem uma segunda classe de riscos e representam a destruição ecológica condicionada pelo subdesenvolvimento e pelos riscos técnico-industriais de um processo inconcluso de industrialização. Esses riscos podem ser caracterizados por uma espécie de autodestruição dos pobres, com efeitos colaterais para os ricos. Manifestam-se *in loco* e podem ser percebidos, diretamente, de maneira a apresentar consequências globais somente a médio prazo.

Em outras palavras, se as destruições ambientais condicionadas pela riqueza distribuem-se, desde logo, de maneira equânime pelo globo, as destruições ambientais condicionadas pela pobreza incidem inicialmente sob uma mesma e única região e se internacionalizam a médio prazo sob a forma de efeitos secundários.

Exemplos dessa categoria são os riscos provenientes de tecnologias ultrapassadas, como as formas de produção que geram elevado índice de poluentes, os acidentes em usinas atômicas e químicas em países subdesenvolvidos,¹⁹ os problemas causados

¹⁹ Beck cita como exemplo paradigmático desse fenômeno o acidente industrial do Bhopal, ocorrido em 1984, um dos mais graves da história, em que aproximadamente 500.000 pessoas foram expostas à liberação de gás tóxico. BECK, *La sociedad del riesgo...*, p. 50.

por lixo e resíduos tóxicos, acidentes relacionados com produtos perigosos²⁰ e derramamento de óleo, além do desmatamento de florestas tropicais.

(c) Por fim, aparecem os riscos das armas de alto poder destrutivo, tais como armas químicas, biológicas e nucleares, que escaparam das antigas estruturas de controle das superpotências e tornaram-se uma ameaça destrutiva muito presente. Em razão dessas circunstâncias, teme-se, além dos riscos de conflito militar

²⁰ Segundo relatório elaborado pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, “os inúmeros registros de acidentes com produtos perigosos são provocados, na maioria dos casos, por falta de observação às normas de segurança, de construção e manutenção. Dentre os casos brasileiros mais significativos destacam-se os seguintes acidentes: a) Depósito: Pó da China – Rio de Janeiro/RJ. Um carregamento de Pó da China (pentaclorofenato de sódio) chegou ao Brasil em embalagens não padronizadas ou não identificadas. A transferência do produto foi realizada por vários homens vestidos apenas com calções, sem qualquer equipamento de proteção individual, num dia de 40.º C de calor. A ‘poeira’ do Pó da China foi inalada e a pele suada absorveu o produto, gerando a morte de três operários, mortos por intoxicação; b) Transporte Ferroviário: Gasolina e Álcool – Município de Ipojuca/BA. O descarrilamento de um trem transportando Gasolina e Álcool, gerando um tumulto de pessoas que tentavam sacar os produtos para comercialização. Com alguma faísca, um grande incêndio tomou conta de toda a área com os combustíveis vazados e de toda a composição ferroviária de vagões carregados, o que gerou a morte de mais de 100 pessoas; c) Duto: Gasolina – Vila Socó, Município de Cubatão/SP. A Petrobrás enterrou uma rede de dutos para transporte de combustíveis, sobre a qual a população de Vila Socó construiu uma favela. Com o vazamento de um dos dutos, o combustível derramado gerou um grande incêndio, com mais de 500 mortos; d) Edificação comercial: GAS GLP – Shopping Center de Osasco, Município de Osasco/SP. Foi constatado um vazamento na instalação fixa subterrânea, destinada a conduzir o GLP (gás de cozinha) para diferentes pontos do prédio. O gás confinado, sob pressão, explodiu na parte inferior da construção, provocando destruição parcial do shopping, com mais de 40 mortos e inúmeros feridos”. IBAMA. *Geo Brasil 2002: Perspectivas do meio ambiente no Brasil*. Brasília: 2002, p. 160.

entre Estados, os riscos advindos do terrorismo fundamentalista ou privado.²¹

Na prática, na sociedade mundial do risco, esses tipos de ameaças se complementam e se acentuam, devendo ser consideradas, portanto, as interações entre destruição ecológica, conflitos armados e consequências da modernização incompleta.²²

Levando-se em conta esses elementos da tipologia proposta por Beck, ao lado dos demais aspectos da natureza dos riscos fabricados, pode-se pensar em uma outra via de sistematização desses riscos, mais ligada ao entendimento da dinâmica do seu aparecimento e mais funcional aos objetivos do presente estudo, que se reporta ao funcionamento de um dos mecanismos utilizados para a prevenção e o controle dos riscos tecnológicos.

Em primeiro lugar, analisando tanto os riscos advindos da riqueza como os da pobreza, podem-se agrupar os riscos ecológicos cumulativos em um único conjunto de fenômenos que surgem como consequências negativas da realização de processos repetitivos ao longo do período de desenvolvimento industrial. Ou seja, a característica básica desses riscos é a de que o efeito de cada processo avaliado individualmente não apresenta relevância, mas

²¹ Essa ameaça foi antevista por Beck em: BECK, *O que é globalização?*..., p. 82.

²² "Thus, ecological destruction may promote war, either in the form of armed conflict over vitally necessary resources such as water, or because eco-fundamentalists in the West call for the use of military force to stop destruction already under way (such as the clearing of tropical forests). It is easy to imagine that a country which lives in growing poverty will exploit the environment to the hilt. In desperation (or as political cover for desperation), a military attempt might be made to grab resources vital to another country's existence. Or, ecological destruction (for example, the flooding of Bangladesh) might trigger mass emigration which in turn leads to war. Or, again, states threatened with defeat in war might turn to the 'ultimate weapon' of blowing up their own or other countries' nuclear or chemical plants, in other to threaten nearby regions or cities with annihilation. There are no limits in our imagination to the horror scenarios that could bring the various threats into relationship with one another". BECK, *World risk society*..., p. 36.

a acumulação dessas liberações ao longo dos anos acabou gerando graves conseqüências que, quando percebidas, alarmaram a opinião pública. É o caso da degradação da camada de ozônio, do efeito estufa, da emissão de poluentes, da contaminação da água e do ar por agentes químicos, do desmatamento das florestas, da acumulação de lixo tóxico etc.

De outro lado, pode-se pensar em uma outra classe de riscos decorrentes de acidentes em sistemas e atividades que envolvem tecnologias de alto risco e que têm um alto potencial destrutivo, como é o caso das usinas nucleares, da indústria química, petroquímica, da fabricação das armas nucleares e químicas, do controle de tráfico aéreo, das missões espaciais, da engenharia genética etc.

Nesses sistemas, não é rara a ocorrência de acidentes de grandes dimensões cujas causas podem ser imputadas à inobservância de regras de vigilância e cuidado, à utilização de tecnologias ou equipamentos ultrapassados ou à falta de desenvolvimento de sistemas e procedimentos de segurança adequados. Nessas hipóteses, não costuma haver grandes óbices à identificação da causa do problema e, em alguns casos, é possível inclusive vislumbrar omissões dos responsáveis legais pela condução segura da atividade.

Contudo, há um outro tipo de acidente que não pode ser explicado simplesmente pela negligência ou pela omissão, pelo emprego de tecnologia ultrapassada ou pela ausência de mecanismos de segurança. Eles acontecem com baixa frequência, mas possuem elevado potencial catastrófico. Ocorrem em sistemas complexos, que lidam com tecnologias arriscadas e suas origens estão quase sempre ligadas a articulações ímpares de causas e eventos, imputáveis à própria complexidade interativa e associativa desses sistemas.

Assim, o primeiro ponto delicado inerente à natureza desses eventos repousa na dinâmica de seu aparecimento: decorrem de conexões de eventos absolutamente inesperadas e imprevisíveis. Nesse contexto, se em alguns casos é possível identificar a existência de falhas humanas em seu circuito causal, é mais provável que tais falhas apenas tenham redundado em acidentes

após a ocorrência simultânea de um sem-número de situações, inclusive relacionadas à súbita inoperância de mecanismos de segurança.

Graças a características peculiares desses sistemas, nomeadamente sua *complexidade interativa* e a *operatividade associativa* dos seus elementos, nem uma melhor organização, nem a intensificação do treinamento dos funcionários, nem mecanismos de segurança e nem inovações tecnológicas podem torná-los imunes a acidentes. Por essa razão, diz-se que tais eventos são inevitáveis e que jamais serão eliminados do funcionamento desses sistemas complexos²³ – característica que lhes garantiu a alcunha de *normal accidents*.²⁴

²³ Segundo Perrow, "... no matter how effective conventional safety devices are, there is a form of accident that is inevitable". Cf. PERROW, Charles. *Normal accidents: Living with high-risk technologies*. New York: Basic Books, 1984, p. 3. Há, contudo, uma segunda teoria, mais otimista que a de Perrow: a denominada *High Reliability Theory*. Tal teoria confirma a lógica proposta por Perrow de que as características inerentes aos sistemas complexos dão causa à ocorrência de acidentes. No entanto, diferentemente, acredita que é possível compensar essas pressões estruturais com o aperfeiçoamento organizacional e com técnicas de gerenciamento, atingindo-se níveis de extrema segurança operacional. Cf. SAGAN, Scott Douglas. *The limits of safety: Organizations, Accidents and Nuclear Weapons*. New Jersey: Princeton University, 1993, p. 13-52. Embora a diferença entre essas duas correntes surja apenas em situações extremas em que se alcança o chamado *nível perfeito de segurança* – o que, na prática, é bastante raro –, a de Perrow parece conjugar-se com maior facilidade à teoria da sociedade mundial do risco e aos seus questionamentos acerca da pretensão de infalibilidade do desenvolvimento tecnológico.

²⁴ "If interactive complexity and tight coupling – system characteristics – inevitably will produce an accident. The odd term normal accident is meant to signal that, given the system characteristics, multiple and unexpected interactions of failures are inevitable. This is an expression of an integral characteristic of the system, not a statement of frequency. It is normal for us to die, but we only do it once. System accidents are uncommon, even rare; yet this is not all that reassuring, if they can produce catastrophes". PERROW, *Normal accidents...*, p. 5.

Assim, com relação a esses sistemas, pode-se afirmar que, em boa parte dos casos, a sucessão de eventos que ocasiona o acidente não pode ser imputada a uma determinada atitude dolosa, a uma decisão específica de um funcionário ou de um diretor ou mesmo a uma violação a normas de cuidado e vigilância. Nesses termos, se formos pensar em imputação de responsabilidades, nem mesmo a possibilidade de responsabilização criminal das pessoas jurídicas poderia dar conta totalmente da imputação de responsabilidades por tais falhas, que, segundo os técnicos, podem ocorrer de modo imprevisível e inevitável, mesmo diante de toda a retidão no funcionamento das estruturas. Embora a criação e a organização dos sistemas arriscados seja fruto exclusivo da vontade humana, a ocorrência desses acidentes é algo que muito se aproxima do acaso.

Da análise desses tipos de riscos vislumbram-se diferenças essenciais quanto às suas origens. Os riscos de acidentes de grandes proporções podem emergir de negligência ou utilização de tecnologia ultrapassada, mas também emergem em circunstâncias de falhas imprevisíveis e inevitáveis de operatividade dos sistemas e de seus mecanismos de segurança (no caso dos *normal accidents*). Os riscos cumulativos, por outro lado, surgem, precisamente, num panorama de pleno e normal funcionamento das tecnologias. Nesse último caso, é comum, inclusive, que as condutas avaliadas individualmente sejam lícitas e livres de danosidade.

Também é possível traçar duas análises diferenciadas, embora de consequências semelhantes, no que se refere às relações de causalidade nessas duas espécies de riscos. Os riscos provenientes de efeitos cumulativos decorrem de ações em massa, o que torna difícil a imputação individual de responsabilidade pelo resultado relevante. Como aparecem após muito tempo da prática iterativa e massificada de determinadas condutas, é difícil que se saiba ao certo o conjunto de condutas que contribuiu para o surgimento do resultado e muito menos provável é a identificação de todos os seus causadores. Ademais, é cientificamente complicado determinar a partir de que grau de acumulação determinada prática tornou-se maléfica e qual a contribuição de cada fator para a compleição do todo arriscado. Vale lembrar o exemplo trazido por Beriain, de que "... el riesgo de lluvia ácida no es un producto evaluable y

controlable en cuanto atribuible a unas decisiones individuales, sino es el resultado incontrolado de la agregación de las consecuencias colaterales de procesos de decisión”.²⁵

De outro lado, em casos de acidentes em organizações complexas, embora se visualize claramente o evento desastroso, é muito comum que não se identifique falha ou negligência humana ou que a responsabilidade reste diluída na estrutura organizacional do sistema.

Enfim, a essa altura, já se tem um retrato dos novos riscos tecnológicos, com suas características mais definidoras e suas dinâmicas de aparecimento e funcionamento na sociedade contemporânea. Já se pode vislumbrar, igualmente, o conjunto de disjunções que os apartam dos riscos sociais da primeira modernidade – determinados, previsíveis, calculáveis, controláveis e asseguráveis.

Pode-se supor que seja exatamente essa conformação diferenciada que acarreta disfunções nos mecanismos de controle e segurança da primeira modernidade, que não conseguem responder, adequadamente, aos *inputs* dos novos riscos. Ao contrário, o que a teoria da modernidade reflexiva aponta é que, por terem passado despercebidos ou *normalizados* por essas instituições durante toda a era industrial, esses riscos fabricados alcançaram a dimensão que se vislumbrou recentemente.

À luz desse diagnóstico, passaremos a tratar, de modo breve, de alguns desses aparatos que são acusados de, a um só tempo, terem permitido a gênese dos novos riscos, mas que são por eles postos em questionamento.

1.3 O AMBIENTE DA PRODUÇÃO DOS RISCOS

A característica definidora dos novos riscos – e o que os diferencia dos perigos desde os medievais até os da primeira

²⁵ BERIAIN, Josetxo. El doble “sentido” de las consecuencias perversas de la modernidad. In: BERIAIN, *Las consecuencias perversas...*, p. 25.

modernidade – é a idéia de que esses riscos, necessariamente, derivam de decisões humanas. Acontecimentos como as pragas, a fome, os desastres naturais podem ser diferenciados dos riscos derivados das *megatecnologias*, substancialmente, por não se encontrarem lastreados em decisões. Os novos riscos presumem decisões industriais, especificamente, decisões que têm seu foco em vantagens e oportunidades econômicas, baseadas em critérios de utilidade.

Assim, pode-se dizer, também, que esses riscos diferem das ameaças de guerra por terem uma origem pacífica, no curso do desenvolvimento normal das sociedades industriais, no centro da racionalidade e da prosperidade e com a complacência das instituições garantidoras da lei e da ordem.

Os riscos pré-industriais eram atribuídos ao destino, à vontade de Deus, às forças da natureza etc., de modo que a *culpa* era sempre atribuída a uma causa externa à sociedade. Ao contrário, no caso dos riscos tecnológicos, a partir do momento em que se percebe que suas origens repousam no âmago do processo de tomada de decisões, a questão da alocação de responsabilidade surge como um problema social e político. A partir desse fato, é possível afirmar que o que tornou a questão dos riscos tecnológicos particularmente inovadora – inclusive no campo do direito – não é a grandeza ou a globalidade de suas consequências, mas a premissa sociológica de suas origens.

Diante disso, paira a questão de como se deu o aparecimento desses riscos, em uma sociedade que se gabava, justamente, de ter proporcionado um incremento no sistema de cálculo e prevenção de perigos e de ter construído um sistema de regras para lidar com riscos e inseguranças.

Como visto, dentre os riscos criados durante os processos de industrialização pode-se distinguir aqueles que puderam e podem ser controlados pelos mecanismos de ordem existentes dos que escaparam ou neutralizaram as formas de controle da sociedade industrial. Com relação a essa segunda ordem de riscos, supõe-se que seu surgimento possa ter ocorrido por uma falha das normas e instituições desenvolvidas na sociedade industrial, como, por

exemplo, do direito, da ciência, da técnica de cálculo de riscos, dos dispositivos de segurança e do princípio do seguro.

Beck chega a imputar a emergência dos novos riscos aos mecanismos de regulação e controle da primeira modernidade, que, durante muito tempo, lhes garantiu a aparência da normalidade. Esses mecanismos teriam criado o ambiente ideal para que os riscos pudessem ser produzidos livremente durante o período industrial.

Partindo dessa perspectiva, empreenderemos, a seguir, uma breve análise do funcionamento dessas instituições, bem como da crítica que se faz sobre sua inoperância. Como pano de fundo a essas considerações, não se pode perder de vista que as estratégias da sociedade industrial para garantir ordem, segurança e saúde estavam organizadas no nível do Estado-nação e pressupunham um padrão de decisão e de conseqüências também limitado às fronteiras nacionais – o que é posto em questão na sociedade mundial do risco.

1.3.1 Os esquemas de segurança

Desde que a epistemologia moderna passou a questionar a distinção entre tecnologia e natureza, buscou-se trabalhar com outro tipo de conceitualização da tecnologia, que não necessariamente estivesse fundado nesse antagonismo.²⁶ Assim, durante a primeira modernidade, a tecnologia veio a ser entendida como um mecanismo de simplificação funcional das relações causais de determinadas áreas operacionais. Com essas premissas, sempre se concebeu a tecnicalização como um mecanismo que resultou na maior dominação das relações causais, o que proporcionaria que os processos se tornassem controláveis, os recursos suscetíveis de planejamento e as falhas alocadas e atribuídas.

Contudo, o incremento na utilização da tecnologia na sociedade moderna revelou efeitos distintos daqueles esboçados por esse conceito de racionalidade tecnológica. Destaca-se o fato de que o domínio tecnológico sobre a simplificação de processos,

²⁶ Cf. LATOUR, Bruno. *A esperança de Pandora: Ensaio sobre a realidade dos estudos científicos*. Bauru: Edusc, 2001.

paradoxalmente, tornou-se um dispositivo com altíssimo grau de complexidade, com uma gama de associações inesperadas e com um considerável grau de limitação para controlar determinados espaços e determinadas conseqüências geradas pelo próprio sistema tecnológico. Esse tipo de sistema viu-se conectado a uma série de problemas decorrentes do surgimento de novas, múltiplas e improváveis causalidades, efeitos colaterais e fatores de interferência, o que minou o seu domínio sobre as seqüências de eventos e sobre os fins a serem alcançados. Em outras palavras: se, por um lado, a tecnologia foi capaz de controlar certos eventos e de minimizar certos tipos de perigos e riscos, por outro, trouxe novos fatores de incerteza e acabou criando outra ordem de riscos, sobre os quais passou a não exercer controle.

Assim, o que se apresentava como alta tecnologia (*e.g.*, sistemas de aeronaves comerciais, plantas de energia nuclear, indústria química, petroquímica etc.) e, portanto, mecanismo com grande potencial de realização das promessas de controle e segurança passou a ser visto como algo que transcende os limites da regulação técnica, especialmente quando é posto em funcionamento.

A percepção desse fenômeno passou a determinar o desenvolvimento de tecnologias de segurança, a fim de salvaguardar os processos técnicos, conformá-los a um modelo mais simplificado de funcionamento e padronizar a intervenção humana, bem como as possibilidades de suas reações. Todavia, aponta-se freqüentemente que a aplicação de mais tecnologia sobre os riscos inerentes ao próprio processo técnico acabou redundando em um aumento ainda maior da complexidade dos sistemas, sem elidir a possibilidade de falhas e de interconexões inesperadas e desastrosas. Luhmann é um dos autores que trata especificamente dessa questão:

These considerations show in the first place that risk is inherent in the technology itself – simply because it is not nature, but is distinct from nature. Secondly it shows that this risk accumulates as soon as it becomes itself the object of technical processes. Limits are apparently set to any attempt to protect oneself against the risks of technology by technical means. A mere end/means schema and the

usual definitions of technology as an artificial, instrumental device for the achievement of nontechnical ends the phenomenon of the self-application of technology to its own risks. On the other hand concepts such as "reduction of complexity", "functioning simplifications" and "insulation in the interest of repeatability" make it clear the technology severs the world in two with the result that in future two sides become relevant and take real effect: the technically controlled space and the technically uncontrolled one. What is artificial is not the mechanism but the boundary.²⁷

De outro lado, também as associações entre sociedade e tecnologia são vistas como problemáticas para as questões de segurança. Um dos aspectos patológicos dessa relação reside no fato de que, de uma maneira geral, a sociedade passou a confiar demais no funcionamento das tecnologias e a desenvolver suas estruturas cada vez mais sobre essa premissa. Com isso, a confiança no aparato de segurança criou uma espécie de afrouxamento das atenções e das precauções, em detrimento da própria segurança.

Diante de todas essas circunstâncias, verificou-se que a aplicação de tecnologia sobre tecnologia tornou-se um problema a mais nas sociedades de risco. Luhmann chega a afirmar que a tecnologia não tem limites, mas ela é seu próprio limite, o que significa que ela pode falhar muito menos em virtude da natureza ou de falhas humanas do que graças a ela mesma.²⁸ Nesse caso, está a se tratar de riscos resultantes do desenvolvimento de esquemas de tecnologia e não de um déficit de desenvolvimento e investimento nessa área.

1.3.2 O cálculo dos riscos e as regras do seguro

As ameaças incalculáveis da sociedade pré-industrial (e.g., praga, fome, catástrofes naturais, guerras) foram transformadas em

²⁷ LUHMANN, *Risk...*, p. 94.

²⁸ LUHMANN, *Risk...*, p. 95.

riscos calculáveis durante o desenvolvimento dos instrumentos racionais de controle promovido durante a modernização. A problematização dos eventos naturais e sociais em termos de riscos calculáveis e asseguráveis corresponde a uma etapa importante do desenvolvimento da humanidade. Trata-se de uma construção social capaz de apreender e racionalizar as situações de insegurança e incerteza, indissociável dos objetivos sociais de segurança.²⁹

Com o desenvolvimento do capitalismo industrial, a racionalidade do cálculo e do seguro foi continuamente aperfeiçoada e expandida para quase todas as áreas de ação social. Consequências que, em um primeiro momento, afetavam unicamente indivíduos tornaram-se riscos sistematicamente produzidos, estatisticamente descritos e, em um certo sentido, puderam ser traduzidas em tipos de eventos previsíveis e passíveis de se submeterem a regras gerais de reconhecimento, prevenção e compensação.

Cada vez mais, durante a primeira modernidade, ampliou-se o leque de aplicações para o cálculo do seguro. Com efeito, ele pôde ser aplicado a fenômenos completamente distintos – riscos econômicos e financeiros, riscos relacionados a doenças e à velhice, riscos de desemprego, riscos de acidentes domésticos, de veículos etc. Além disso, no período referido, simultaneamente ao desenvolvimento do aparato securitário, aumentou o número de matérias que eram consideradas de ordem natural e que passaram a ser de responsabilidade do indivíduo e da sociedade e, dessa forma, objeto de decisões, passíveis de serem julgadas. Isso quer dizer que também nesses casos era possível haver decisões erradas, cujos riscos passaram a ser cobertos pelo seguro.

O mecanismo de cálculo e seguro de riscos desenvolvido na sociedade industrial trazia consigo uma série de vantagens. Primeiro, de acordo com a lógica do seguro, os riscos revelavam-se eventos sistemáticos que necessitavam de regulação política, o que abriu a oportunidade de se documentar estatisticamente e de

²⁹ THOUVENIN, Dominique. Construction sociale des risques et contrôle du vivant. In: *Soigner sans risques?* Paris: Presses Universitaires de France, 2002. p. 157-169.

se discutir politicamente as conseqüências que antes eram individualizadas. A segunda vantagem da aplicação dessa lógica é a de que os pagamentos dos prêmios, em geral, eram garantidos independentemente de se perquirir culpa – exceto em casos extremos de negligência grosseira e dano intencional. Com isso, batalhas judiciais sobre as causas do sinistro muitas vezes tornaram-se desnecessárias. De outro lado, a prevenção era estimulada por meio de uma série de instrumentos negociais, tais como descontos para segurados cuidadosos. Por fim – e principalmente – foi com essa racionalidade que o modelo industrial tornou-se capaz de conviver com a imprevisibilidade do futuro.

A grande promessa do cálculo de riscos e das regras do seguro é a de que os eventos que ainda não ocorreram poderiam perfeitamente ser objeto de ação no presente, garantindo-se, com isso, a segurança do presente ante um futuro incerto. Assim, o binômio do risco e do cálculo do seguro foi responsável pelo surgimento de um aparato cognitivo e institucional muito particular, que proporcionou tranqüilidade para a sociedade moderna.

Tal aparato, denominado *tecnologia do risco*,³⁰ inova por tornar calculável o que era tido por incerto, com a ajuda da análise da regularidade dos eventos, da estatística, de fórmulas gerais e pela generalização do princípio da monetarização, segundo o qual sempre é possível indenizar um dano. Nesse caminho, estruturam-se os elementos da realidade, formalizam-se os cálculos de probabilidades, cria-se um sistema de regras de responsabilidade, compensação e precaução, de modo a fornecer um tratamento ao risco. O seguro é concebido como um instrumento hábil para a compensação dos efeitos do sinistro por meio de uma troca organizada.

A modernidade, que traz consigo uma série de incertezas, encontra, assim, sua proteção contra as ameaças produzidas pela industrialização. A partir daí, o seguro é chamado a estender, indefinidamente, o campo de garantias, sem duvidar dos seus

³⁰ Modelo descrito por Ewald em: EWALD, François. La société assurancielle. *Risques, les cahiers de l'assurance*. Paris, n. 1, 1990, p. 5-23.

limites técnicos e da superação da sua capacidade. A racionalidade da calculabilidade e do seguro integra, desse modo, a lógica social do progresso e legitima o desenvolvimento técnico-econômico.

Entretanto, na sociedade do risco, esse pacto de segurança é violado flagrante e sistematicamente. Os riscos surgidos na modernidade reflexiva, diferentemente dos riscos da primeira modernidade, são descritos como não passíveis de previsão ou cálculo e não podem ser assegurados ou compensados. Isso significa que, nesse contexto, as idéias de previsibilidade e de monitoramento antecipado dos resultados falham.

De outra parte, os acidentes perdem sua delimitação no tempo e no espaço e, no dizer de Beck, tornam-se um evento com um começo, mas sem um fim: "... an open-ended festival of creeping, galloping and overlapping waves of destruction".³¹ Isso quer dizer, por exemplo, que possivelmente muitos dos atingidos pela tragédia de Chernobyl sequer nasceram.

São riscos desse tipo que são considerados riscos de dimensões globais, cujos efeitos destrutivos, se concretizados, não poderão ser limitados e, na maior parte dos casos, ocasionarão danos irreparáveis. Em vista disso, o conceito da compensação monetária torna-se inadequado para esses problemas. Além do que, é remota a possibilidade de que alguma companhia de seguro consiga reparar os prejuízos causados por tais eventos. Conforme apontado por Beck, não há instituição que esteja preparada para os acidentes altamente destrutivos a que estamos expostos nos dias de hoje:

Since the middle of the twentieth century the social institutions of industrial society have been confronted with the historically unprecedented possibility of the destruction through decision-making of all life on this planet. This distinguishes our epoch not only from the early phase of the industrial revolution, but also from all other cultures and social forms, no matter how diverse and contradictory these may have been in detail. If a fire breaks out, the fire

³¹ BECK, *World risk society*..., p. 54.

brigade comes; if a traffic accident occurs, the insurance pays. This interplay between beforehand and afterwards, between the future and security in the here and now, because precautions have been taken even for the worst imaginable case, has been revoked in the age of nuclear, chemical and genetic technology. In all the brilliance of their perfection, nuclear power plants have suspended the principle of insurance not only in the economics, but also in the medical, psychological, cultural and religious sense. *The residual risk society has become uninsured society*, with protection paradoxically diminishing as the danger grows.³²

Diante dos novos riscos, as instituições de prevenção e seguro da sociedade industrial viram-se confrontadas, primeiro, pela emergência de riscos que não puderam ser previstos nem calculados e, depois, pela possibilidade de destruição em grandes proporções, o que seria definitivamente inasegurável. Em resumo, tais fenômenos, além de terem abalado os pressupostos de infalibilidade do seguro, minaram as suas possibilidades de atuação eficiente.

Nesse contexto, um critério operacional para se detectar a transição dos riscos calculáveis para os novos riscos tecnológicos é exatamente a inexistência de cobertura pelas empresas particulares de seguro. A importância desse critério reside no fato de não ter sido criado por meio de uma análise sociológica, mas é um padrão estabelecido pela própria sociedade, segundo a sua racionalidade econômica. Isso significa que, na prática, as empresas particulares de seguro desempenham relevante papel no reconhecimento dos riscos tecnológicos.

Note-se que na maior parte dos casos a recusa de cobertura ocorre, inclusive, contradizendo as garantias de segurança e inofensividade oferecidas por cientistas e técnicos – o que vem rendendo aos agentes de seguro a alcunha de *technological pessimists*.³³ Por exemplo, nas atividades que envolvem riscos com

³² BECK, *World risk society...*, p. 53.

³³ Cf. BECK, *World risk society...*, p. 32.

baixa probabilidade, mas graves conseqüências, o risco técnico pode tender a zero, mas o risco econômico é potencialmente infinito. Com isso, áreas industriais inteiras e diversas atividades ligadas a novas tecnologias deixaram de ser asseguradas, como é o exemplo de muitos ramos da produção considerados de alto risco: a energia atômica, a engenharia genética, a produção química e, inclusive, algumas atividades de pesquisa.

Além disso, uma série de acontecimentos decorrentes do efeito estufa, como o surgimento de tornados, furacões e outros eventos desse tipo, vem causando perdas financeiras graves às companhias de seguro. Sem dúvida, esses fenômenos acabaram afetando o mercado de seguros, além de determinar novas zonas desprovidas da cobertura dos seguros, como é o caso dos prédios localizados nas áreas de maior incidência desses desastres.³⁴

Diante disso, diz-se que os *megariscos* nucleares, químicos, genéticos e ecológicos aboliram os pilares do cálculo do risco: primeiro, ficou comprometido o conceito de compensação monetária, uma vez que se passou a tratar de danos globais, irreparáveis, que não podem ser facilmente quantificados; depois, observou-se que, diante desses riscos, os conceitos de prevenção, previsão e monitoramento antecipado também falham; além disso, com a perda dos limites espaciais, temporais e sensoriais, perdem sentido os padrões de normalidade, os procedimentos de medição de riscos e, portanto, a base para o cálculo dos danos.

Em suma, pode-se concluir que os fundamentos da lógica do risco calculável e da cobertura do seguro estão sendo subvertidos

³⁴ Segundo Beck, "Recently, the insured but increasingly incalculable hazards which have driven many insurance companies to the brink of ruin have been added to what cannot be insured. The international insurance trade is feeling the devastating consequences of the greenhouse effect. This encourages tornadoes, which, for example, in 1992 in Florida alone, caused insurance losses of \$20 billion. Nine insurance companies went bankrupt because of the hurricanes in Florida and Hawaii, according to Greenpeace. The result is that insurance companies drop risks. Today, new house owners in Hawaii can no longer get any insurance cover. The same could soon be true for Florida and the US Gulf Coast." BECK, *World risk society*..., p. 159.

e suspensos em uma série de campos que vêm apresentando desafios tecnológicos às ciências. A partir do momento em que as instituições sociais foram confrontadas com a possibilidade de destruição de todo o planeta por decisões racionalmente tomadas – o que diferencia a nossa época da fase da revolução industrial e da sociedade do seguro –, a sociedade tornou-se *insegurável*. E, por mais paradoxal que pareça, a proteção securitária diminui, enquanto os riscos aumentam. Isso desbanca a crença na infalibilidade dos cálculos estatísticos e na idéia de segurança proporcionada pela extensão da indústria de seguro a todas as esferas sociais.

A outra face da incalculabilidade das conseqüências dos riscos se explicita na inaplicabilidade das regras de atribuição de responsabilidade. É o que se passará a analisar.

1.3.3 A irresponsabilidade organizada

Focalizando sua análise no aspecto cultural e institucional da sociedade industrial, Beck concebeu a noção de *irresponsabilidade organizada*, essencial à sua sociologia do risco. A existência dessa categoria permite que se entenda como e porque as instituições da sociedade moderna admitiram o surgimento dos riscos de catástrofe enquanto simultaneamente negaram a sua existência, esconderam suas origens e impediram a compensação e o controle. A partir do estudo dessa conformação social, ficam mais claras as causas do paradoxo contemporâneo de que quanto maior a percepção e a ocorrência da degradação, maior é a expansão da regulação e, mesmo assim, não se consegue alocar responsabilidades adequadamente.

Além das mudanças de perfil dos riscos atuais acima enumeradas, destaca-se a complexidade organizativa das relações de causalidade e, por conseguinte, de responsabilidade, que cercam a sua gênese.

Nessa linha, identifica-se que o intenso desenvolvimento técnico-econômico da sociedade moderna foi responsável pelo considerável incremento das interconexões causais e da crescente

substituição de padrões de ações individuais por padrões de ações coletivos, o que determinou a ramificação e a diluição das responsabilidades. A partir da análise da tipologia dos riscos antes esboçada, é possível afirmar que isso aconteceu, basicamente, em dois contextos. O primeiro deles refere-se aos resultados nocivos decorrentes da acumulação de efeitos sinérgicos de ações individuais praticadas em massa. O segundo contexto difusor da responsabilidade refere-se aos riscos de dano provenientes do funcionamento de organizações, sistemas e tecnologias altamente complexos, intrincados e com tarefas altamente compartimentadas.

Percebe-se que em ambos os casos, ou seja, tanto na hipótese de (i) riscos decorrentes de ações repetitivas, como nos casos de (ii) súbitos desastres, é muito difícil estabelecer uma clara relação de causa e efeito, e ainda mais complicada é a atribuição da responsabilidade individual. São esses os casos que passamos a abordar.

(i) Um dos problemas mais frequentes dos riscos ambientais é o aspecto cumulativo das suas causas. É fácil perceber que as alterações prejudiciais ao equilíbrio ecológico, na maior parte dos casos, são resultados não de um único fato, mas da acumulação de efeitos de diversos e repetitivos acontecimentos. Citem-se, por exemplo, as hipóteses relativas ao efeito estufa, à destruição das florestas, à poluição da água e do ar.

Nessas condições, em que as consequências decorrem de comportamentos em massa, é muito difícil estabelecer uma relação de causalidade entre o estágio de degradação e fatos individuais causadores da poluição. Esses traços põem em xeque os critérios científicos e legais de aferição de responsabilidade, que, tradicionalmente, estiveram baseados na regra da causalidade e no princípio do poluidor-pagador.³⁵

³⁵ Esse princípio teve previsão expressa no artigo 16 da Declaração do Meio Ambiente de 1992: "Tendo em vista que o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo decorrente da poluição, as autoridades nacionais devem promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando na devida conta o interesse público, sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais".

Para ilustrar melhor a questão da responsabilidade, faremos menção a um episódio relatado por Beck, ao tratar do déficit de responsabilização nos casos de delitos ecológicos na Alemanha.

Beck refere-se a um processo judicial que tratava da ação poluidora de uma fábrica de vidro, que gerou enxaqueca, náuseas e erupções cutâneas na população, além de haver promovido mudanças de coloração nos galhos das árvores e enferrujamento de janelas e metais. Não obstante a existência do dano, foi proposta a desistência da ação contra o pagamento de uma multa de 10.000 marcos alemães:

Flecks of lead and arsenic the size of a penny had fallen on the town, and fluoride vapours had turned leaves brown, etched windows and caused bricks to crumble away. Residents were suffering from skin rashes, nausea and headaches. There was no question where all of that originated. The white dust was pouring visibly from the smokestacks of the factory. A clear case. A clear case? On the tenth day of the trial the presiding judge offered to drop charges in return for a fine of DM 10,000, a result which is typical of environmental crimes in Federal Republic (1996:21,000 investigations, forty-nine convictions with prison terms, thirty-one of those suspended, the rest dropped).

(...)

In the case of the lead crystal factory, the commission of the crime could not be and was not denied by anyone. A mitigating factor came into play for the culprits: there were three other glass factories in the vicinity which emitted the same pollutants. Notice: the more pollution is committed, the less is committed.³⁶

Beck sugere o fato de que a acusação perdeu força porque o juiz teria suposto a existência de uma causalidade cumulativa. A

³⁶ BECK, *World risk society...*, p. 54.

existência de três fábricas vizinhas que produziam os mesmos efeitos contribuiu, seriamente, para que não se conseguisse individualizar a contribuição da fábrica de vidro para a consecução do resultado daninho e não se estabelecesse a prova da causalidade entre as emissões dessa fábrica e os resultados verificados. Os impedimentos formais de condenação em virtude da pluralidade de poluidores, não obstante a existência comprovada de poluição, levam Beck a formular o seguinte paradoxo: quanto mais poluição e quanto mais gente poluindo, menor responsabilização³⁷ – o que, no fundo, representa um questionamento das regras de imputação de responsabilidades.

A análise desse caso ilustra o problema comum à grande parte das questões ambientais: exceto em casos de grandes acidentes – que, como se relatará, apresentam outras ordens de complicação –, é muito difícil vislumbrar um único fator causador da degradação e um único culpado, exatamente por ser muito comum que alterações ambientais resultem da interação de vários elementos e da ação conjunta e cumulativa de vários agentes poluidores.

Em outras palavras, a aplicação das regras de causalidade torna-se consideravelmente complicada diante da pluralidade de possíveis poluidores. Agrava essa situação o fato de que, na maior parte das vezes, o conjunto dos possíveis agentes causadores do perigo não é sequer identificado na sua totalidade. Primeiro, porque certas atividades que se revelaram nocivas, dada a sua massificação, possivelmente vêm sendo praticadas por mais de um século. Segundo, porque um número significativo de riscos induzidos por novas tecnologias – como aqueles associados à poluição química, radiação atômica, organismos geneticamente modificados etc. – é caracterizado por sua inacessibilidade à percepção humana. Terceiro, porque a maior parte das possíveis ameaças não é conhecida integralmente pela ciência.

Diante dessas características, é difícil a atribuição individualizada de responsabilidade, tanto pelo princípio do poluidor-pagador, como pelos pressupostos tradicionais de responsabiliza-

³⁷ Cf. BECK, *World risk society...*, p. 54.

ção criminal.³⁸ Na verdade, como aponta Beck, é a própria aplicação desses princípios que leva à não-responsabilização:

How is that possible? It is not only the lack of laws and not merely the legendary shortcomings in applying them which protect the criminals. The reasons lie deeper and cannot be eliminated by the staunch appeals to the police and the law-makers that issue ever more loudly from the ranks of the environmentalists. A conviction is blocked by the very thing that was supposed to achieve it: the strict application of the (individually interpreted) polluter-pays principle.³⁹

A partir dessas constatações, conclui-se pela falibilidade das regras de causalidade até então vigentes na ciência e no direito e pela necessidade de criação de novas normas sobre o risco. Ou seja, em condições de alta complexidade, como a que estamos a estudar, afigura-se necessária a definição de novas categorias e regulamentações sobre a atribuição de causas e conseqüências a atores sociais.

(ii) Antes de ingressar no tema das organizações complexas, vale tentar estabelecer uma distinção entre dois tipos de processos técnicos: de um lado, temos os processos tecnológicos simples, massivamente empregados, que são conhecidos e facilmente controláveis em suas condições de funcionamento, e que geram problemas ecológicos na modalidade de efeitos colaterais que se acumulam ao longo dos anos; estão ligados, portanto, ao tipo de causalidade cumulativa abordada no item anterior. De outro, identificam-se as tecnologias altamente desenvolvidas, que estão baseadas em avançada capacidade científica de dissolução e recombinação, tais como a tecnologia nuclear, a química e a biotecnologia, que acarretam problemas ecológicos em virtude de

³⁸ Por diversas vezes, Beck refere-se indistintamente às esferas civil e penal. Entretanto, fazemos menção aqui apenas aos aspectos de direito penal.

³⁹ BECK, *World risk society...*, p. 54.

falhas operacionais e acidentes de grandes proporções, que não se enquadram na rubrica de efeitos colaterais cumulativos, imperceptíveis à primeira vista.⁴⁰

As dificuldades decorrentes desse último grupo de fenômenos residem no fato de que se está diante de acidentes envolvendo tecnologias de alto risco, de conseqüências geralmente catastróficas, derivadas de causas não controladas, havidas em organizações altamente complexas.

De início, o simples fato de se denominarem “acidentes” as falhas de operação desses sistemas denota que existe uma certa dificuldade de se imputar responsabilidades por tais acontecimentos. Com efeito, Beck chega a tecer uma crítica à utilização desse vocábulo, definindo-o como “the judgements passed follow ritual that permit catastrophes to sink to the level of normality, by concentrating on extreme cases”.⁴¹

Em seguida, reconhece-se que o funcionamento dessas organizações e sua complexidade institucional dificultam a constatação de uma ação específica causadora do evento desastroso. As organizações complexas que processam tecnologias de alto risco possuem determinadas características que fazem com que as decisões e ações precedentes ao surgimento de riscos ou danos, na maior parte das vezes, não possam ser individualmente especificadas.

Segundo a teoria dos *normal accidents* de Charles Perrow, à qual nos referimos antes, esses sistemas organizacionais têm uma tendência a interações inesperadas entre os diversos fatores que o compõem e o circundam. A essa característica, que ele denomina *interactive complexity*, soma-se o fato de que os processos acontecem muito rapidamente e em poucos casos podem ser interrompidos. Isso quer dizer que, quando determinada parte do sistema apresenta falha, ela não pode ser isolada das demais, e que é muito difícil reverter um processo que começou problemático, pois o distúrbio inicial, rápida e inevitavelmente, alastra-se pelo sistema

⁴⁰ Essa distinção é proposta por Luhmann em: LUHMANN, *Risk...*, p. 94.

⁴¹ BECK, *Ecological politics...*, p. 60.

e o que aconteceu em determinado item do mecanismo repercutirá em outro. Essas características sistêmicas de interações diversas e inesperadas entre os componentes (*complex interactions*) e de extrema dependência entre as partes de um mesmo mecanismo (*tightly coupled systems*) são, em grande medida, responsáveis pelos acidentes decorrentes da conjugação de múltiplas e pequenas falhas, que acabam minando as possibilidades de atuação humana ou dos mecanismos de segurança tendentes a evitar o processo catastrófico.

A partir da constatação de que essas características são problemáticas, muitos sistemas evoluíram e foram mais bem desenhados, no intuito de reduzi-las ou eliminá-las. Entretanto, se um melhor desenvolvimento da organização e as inovações tecnológicas produzem efeitos benéficos em alguns casos, em outros parecem não produzir resultados que sirvam para diminuir a suscetibilidade a acidentes. Isso porque, presentes as características acima enumeradas, em maior ou menor grau, múltiplas e inesperadas interações de falhas são inevitáveis – embora possivelmente pouco comuns.

Nas palavras de Perrow, esse mecanismo pode ser descrito da seguinte maneira:

When we have interactive systems that are also tightly coupled, it is “normal” for them to have this kind of an accident, even though it is infrequent. It is normal not in the sense of being frequent or being expected – indeed, neither is true, which is why we were so baffled by what went wrong. It is normal in the sense that it is inherent property of the system to occasionally experience this interaction (...) We have such accidents because we have built an industrial society that has some parts, like industrial plants or military adventures, that have highly interactive and tightly coupled units. Unfortunately, some of these have high potential for catastrophic accidents.⁴²

⁴² PERROW, *Normal accidents...*, p. 8.

Para exemplificar esse inerente potencial catastrófico dos sistemas complexos, vale examinar brevemente as pesquisas empreendidas acerca do acidente ocorrido em 1976, em uma das unidades da planta nuclear de Three Mile Island, no Estado da Pensilvânia, Estados Unidos da América, que teria se originado a partir da combinação de pequenas causas independentes.

Segundo a descrição de Perrow,⁴³ o acidente começou no sistema secundário de resfriamento, que contém água não radioativa e muito pura, que, em dado momento, foi contaminada por resina. Em ocasiões como essa, um sistema condensador é acionado para retirar a impureza da água. Ao que parece, quando posto em funcionamento, um líquido teria vazado de um dos recipientes desse mecanismo condensador. Isso não seria um problema grave, não fosse o fato de que o referido líquido atingiu e danificou o sistema pneumático que dirige alguns instrumentos. A interrupção no mecanismo de pressurização fez com que um outro mecanismo automático de segurança desligasse uma das turbinas. Mas mesmo um evento desse tipo, que redundou na paralisação de uma turbina, não seria capaz de render o sistema de uma planta inteira. Ocorre que um segundo processo falho estava em andamento no mecanismo responsável por remover o calor do sistema primário de água: duas válvulas responsáveis pelo bombeamento de água foram acidentalmente bloqueadas, provavelmente durante a manutenção que ocorrera dois dias antes. Com isso, os reatores continuaram a aquecer. Entretanto, no enorme painel de controle, o indicador dessas válvulas foi escondido por uma faixa deixada pela manutenção. Por fim, uma última falha veio a ocorrer na válvula de segurança, denominada *pilot-operated relief valve*, que seria capaz de diminuir a pressão e a temperatura do sistema, mas que, naquele momento, não funcionou. Resultado: os reatores derreteram e emitiram radiação para o exterior.

A partir dessa descrição, revela-se a essência desses acidentes, qual seja, a interação inexplicável de múltiplas falhas que não estão em seqüência operacional direta. É evidente que a comissão de investigação que atuou no episódio atentou ao fato de que, em pelo

⁴³ Cf. PERROW, *Normal accidents...*, p. 15-23.

menos dois momentos, ocorreu falha humana. Entretanto, além de ter sido impossível identificar o operador responsável, foi muito difícil definir qual a relevância particular de cada uma dessas falhas para o alcance do resultado final, dentro de um panorama de relativa incompreensibilidade dos eventos como o acima descrito.

As pesquisas dos nexos causais dos acidentes nesses sistemas são, efetivamente, muito complicadas. Diz-se que a causa dos acidentes são encontradas na própria complexidade do sistema. Cada uma das falhas que, em conjunto, produzem acidentes, quando consideradas isoladamente, são insignificantes, previsíveis, possuem um sistema específico de suporte e segurança e acarretariam conseqüências de pequenas proporções. Não obstante, tornam-se sérias quando se conectam. É, portanto, a interação de diversas dessas falhas que explica os acidentes.

Nesse contexto, não é possível determinar uma relação direta e linear entre uma falha e o resultado danoso, muito menos medir a culpabilidade dos responsáveis por ela. Primeiro, porque o imaginado acidente ecológico tem suas raízes num processo de conexão de diversas causas imprevisíveis, que muitas vezes não têm origem em um comportamento humano e que nem sempre são conhecidas. Segundo, porque no bojo de uma organização dita complexa e altamente diferenciada, é extremamente difícil localizar um único responsável para cada ação. As ações e decisões emanadas pelas organizações são, em realidade, produto de inumeráveis procedimentos e decisões internas, que contaram com a participação de um sem-número de indivíduos.

Este fenômeno da interação ou inter-relação de distintos processos de grande complexidade é de tal importância que chegou a ser traduzido pela seguinte equação: quanto mais complexa e perfeita é uma organização, mais substituível é o indivíduo e menor é a sensação de responsabilidade, pois a contribuição pessoal de cada um resta muito reduzida no conjunto. Leiam-se as conclusões de Beck nesse sentido:

A la división del trabajo muy diferenciada le corresponde una complicidad general, y a esta una irresponsabilidad general. Cada cuál es causa e efecto y por tanto no es causa.

Las causas se diluyen en una mutabilidad general de actores y condiciones, reacciones y contrareacciones. Esto procura a la idea de sistema evidencia social y popularidad.

Esto deja claro de manera ejemplar dónde reside el significado biográfico de la idea de sistema: *se puede hacer algo y seguir haciéndolo sin tener que responsabilizarse personalmente de ello*. Se actúa, por decirlo así, en la ausencia de uno mismo. Se actúa físicamente sin actuar moral y políticamente. El otro generalizado (el sistema) actúa en uno y a través de uno: ésta es la moral civilizatoria de los esclavos, en la que social y personalmente se actúa como si uno se encontrara bajo un destino natural, bajo la "ley de gravedad" del sistema. De este modo se busca culpable a la vista del iminente desastre ecológico.⁴⁴

Levando em conta todos esses problemas de definição do nexo de causalidade, tanto no caso de eventos cumulativos, como nos acidentes em organizações complexas, Beck chegou à formulação do conceito antes mencionado de *irresponsabilidade organizada*, remetendo-nos à imagem de um labirinto de princípios e regras de responsabilidade que acabam se revelando regras de não-responsabilização. Para ele, a coalizão das empresas, dos políticos e dos especialistas cria os perigos da sociedade contemporânea e, ao mesmo tempo, constrói um conjunto de discursos de isenção de tal responsabilidade.⁴⁵

Segundo o autor, uma das construções institucionais que mais contribui para a manutenção dessa situação de *legalized universal pollution*⁴⁶ é a conformação do sistema probatório e o modelo de alocação do ônus da prova. Se a crença no progresso guiava as relações de poder do industrialismo, esse otimismo fazia-se sentir também nas questões atinentes ao direito e, em um certo sentido, coadunava-se com um sistema de provas que exigia a demonstração do dano e de seus causadores pela acusação ou pela parte

⁴⁴ BECK, *La sociedad del riesgo...*, p. 38-39.

⁴⁵ Cf. BECK, *Modernização reflexiva...*, p. 239.

⁴⁶ Cf. BECK, *Ecological politics...*, p. 132.

prejudicada. No que tange às questões dos riscos e danos ecológicos, essa é uma tarefa árdua. Primeiro, deve ser evidenciado e delimitado o dano. Depois, deve ser provado que esse dano foi causado, por exemplo, por uma substância específica. Segue-se, então, a necessidade de provar que tal substância originou-se de determinada empresa e, por fim, faz-se imprescindível detectar quem, pessoalmente, deve responder pelo fato.

Como se explicitou, os riscos recentemente percebidos apresentam certas peculiaridades que dificultam que esse tipo de prova, isto é, a de que uma única substância, originada a partir de um único agente, constitui a causa inequívoca do risco ou do dano. Além disso, ainda que se chegasse a um nível de determinação que apontasse para uma certa pessoa jurídica, é praticamente impossível identificar, em sua organização, um único responsável pelo evento. Diante disso, esboçando uma crítica ao funcionamento do mecanismo penal de controle de condutas, Beck formula mais um paradoxo: "the individual character of criminal law contradicts the collective danger; and the global character of the danger has abolished 'causes' as our industrial forefathers understood them".⁴⁷

⁴⁷ BECK, *Ecological politics...*, p. 131-132. O autor identifica problema similar na esfera civil, que ilustra citando Ritter: "Our legislation on civil liability is designed for injuries of structurally simple origin (accidents, acts of violence), or for events involving clearly identifiable injuries, taking place among a small number of easily identifiable individuals. That means that both of the functions of this legislation, namely compensation for damages or injuries suffered, and the preventive function of behavioural control, are largely ineffective in the context of environmental protection. In respect of the principle of culpability, however, the behaviour-guiding effect of the law of liability would be of special significance. For it is a question of internalizing the possible consequences of an environmentally damaging action, thereby contributing to better treatment of the environment. In so far as the civil law does not exercise this behavioural control it also fails in its preventive purpose, which is supposed to determine the content of environmental policy and environmental law according to the principle of prior provision. This result is bound to make one uncomfortable. For, contrary to an elementary precept of distributive justice, the burden for environmental damages is frequently not borne by its perpetrators,

Para o autor, a premissa – inocente ou cínica – de que os casos de riscos e danos produzidos no processo de desenvolvimento industrial podem ser tratados e resolvidos a partir das regras comuns de causalidade e culpa é exatamente o que encobre o funcionamento problemático do sistema e, em consequência, legitima a dificuldade de atribuir responsabilidades. Pois é justamente a aplicação dessas normas que garante que, ao fim, ninguém seja responsabilizado por esses eventos:

Namely, the contradiction between hazards produced by and within the system, and those unattributable to the system, which is neither responsible for them nor capable of dealing with them. In everyday life, as in politics, the economy and even the sciences, it is naively assumed that hazards originating in industrial-technological, scientific-economic development (and for which no god, devil or demon can be blamed) can also be exposed, tracked down and dealt with – and, with sufficient resolve, avoided – by the customary criteria of causality and guilty. Yet this view is one of the naïve attitudes which cover up the system of organized irresponsibility. For it is precisely the other way around: it is the application of prevalent norms that guarantees the non-attributability of systemic hazards.⁴⁸

Em outras palavras, as instituições envolvidas no controle dos riscos e danos dispõem de instrumentos e estratégias eficazes para a sua normalização, permitindo que estes sejam produzidos sem maiores problemas. No dizer crítico de Beck, ao se referir ao arcabouço legal, "... the greater the hazard to basic individual rights, the less the legal protection".⁴⁹ Assim, surge como questão a legitimidade de um sistema legal que regula vigorosamente os

but foisted, via the principle of burden-sharing, on the environmental victims or on the state". RITTER, E. H. *Umweltpolitik und Rechtsentwicklung. Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, n. 11, 1987, p. 929-38 apud BECK, *Ecological politics...*, p. 132.

⁴⁸ BECK, *Ecological politics...*, p. 64.

⁴⁹ BECK, *Ecological politics...*, p. 68.

riscos pequenos e manejáveis, mas acaba legalizando os riscos de grandes proporções. A partir desse cenário, chega-se a apontar a cumplicidade do direito com o sistema de destruição organizada do ambiente.⁵⁰

Nessa esteira, Beck propõe que se operem mudanças nos mecanismos legais de controle de condutas e de distribuição de responsabilidades que, em última análise, são identificados como causadores da generalização e legalização dos riscos:

The production of hazards exacerbates conflicts over the dispersal of costs, with the ultimate aim of changing the relations of definitions: the redistribution of burdens of proof; a change in the social construction of responsibility, causality and guilt, which underwrite the long-term generalization and legalization of annihilation hazards

(...)

Any laws, ordinances, inspectorates that leave this truly extreme inequality of the burdens of proof untouched will be unable ultimately to break the current practice of legalized universal pollution.⁵¹

Verifica-se, assim, que na teoria da modernidade reflexiva, a percepção acerca dos mecanismos de normalização também sofreu alteração na passagem da fase em que os riscos não eram percebidos para a fase em que a sociedade os reconheceu. No primeiro momento, os mecanismos de normalização são ativados para fazer o que tradicionalmente sempre foi feito ao se condenar uma conduta ou um resultado lesivo: perquirir as causas e processar os culpados de acordo com os princípios até então válidos – e que, no entanto, não funcionam nas condições de intensa complexidade como as que foram acima expostas. Se, nessas condições, os

⁵⁰ Cf. PAUL, Wolf. Megacriminalidad ecológica y derecho ambiental simbólico. Una intervención iusfilosófica en el sistema de la Organización Irresponsabilidad. *Pena y Estado*. Barcelona, n. 1, set.-dez. 1991, p. 111-121.

⁵¹ BECK, *Ecological politics...*, p. 131.

resultados relacionados com a repressão de condutas arriscadas e danosas e com a prevenção do risco e dano são pífios, tal reação é importante para não deixar transparecer que esses fenômenos são produzidos dentro dos limites e das regras do próprio sistema.

No segundo momento, quando a sociedade percebe os riscos ecológicos globais, as soluções existentes para o problema do auto-arriscamento da sociedade industrial revelam-se superficiais e inoperantes, razão pela qual surge uma demanda pelo desenvolvimento de novos e eficientes mecanismos de controle. Entretanto, o que se observa é que tais demandas, de modo geral, vêm sendo respondidas com a introdução de algumas modificações nas instituições já existentes – o que, conforme será analisado, na opinião de alguns autores, também pode se revelar um novo esquema simbólico de normalização.

As linhas gerais dessa estratégia servirão de referência para estudarmos o movimento que se dá também no sistema jurídico-penal e que aponta para a problemática do Capítulo 2 deste trabalho: a grande dificuldade em reduzir a complexidade dos mecanismos de surgimento dos riscos e danos às categorias penais clássicas de causalidade e culpabilidade individual, e os recentes movimentos de política criminal tendentes a fazer uso de mecanismos de imputação que eliminem os bloqueios do sistema tradicional.

1.4 O RETORNO DA INCERTEZA

No diagnóstico até aqui construído, o conceito de sociedade do risco introduz transformações notáveis no cenário social não somente no que se refere à gênese econômico-social dos riscos e às suas dimensões, mas também no relacionamento da sociedade com as ameaças e os problemas por ela produzidos.

O modelo social de Beck está baseado no sistema axiológico de uma sociedade insegura. O projeto normativo da sociedade do risco – que está em sua base e a estimula – é o da segurança. Ao lado da utopia da igualdade, que contém uma gama de fins sociais positivos, a utopia da segurança é basicamente negativa e defen-

siva: não busca alcançar algo bom, mas apenas evitar o mal. No dizer de Beck, trata-se do surgimento da *sociedade do medo*.⁵²

Isso se dá porque a fase de latência dos riscos chegou ao fim. Muitos dos perigos que antes eram invisíveis, tornaram-se explícitos, como é o caso, por exemplo, dos danos à natureza e dos acidentes envolvendo substâncias tóxicas. O final desse período de latência é atribuído a duas causas, que se condicionam e se complementam: a intensificação da produção das situações de risco e o incremento de percepção pública sobre eles.

Mas essa percepção negativa das atividades produtivas emergiu apenas na segunda etapa da modernidade. Isso quer dizer que uma série de riscos e efeitos catastróficos recentemente detectados apresentou-se vinculada ao processo de industrialização e modernização, ou seja, resultantes de uma série de condutas praticadas durante todo o período de desenvolvimento industrial, que eram tidas como técnica e economicamente adequadas, as quais, inclusive, a ciência e o direito trataram de legitimar e normalizar. Decorre disso verdadeira perplexidade quanto à mudança de postura em relação a essas atividades produtivas. Migrou-se, afinal, bruscamente, da aprovação à exigência por responsabilização criminal.

Tal situação é baseada, fundamentalmente, no que Beck denomina de *confusão dos séculos*.⁵³ Os riscos aos quais estamos expostos hoje e sobre os quais, atualmente, somos capazes de emitir um conceito crítico foram produzidos de maneira sistêmica durante o século passado, em que as promessas de segurança garantiam enfaticamente seu controle.

Aí reside a origem do seguinte fenômeno: com a percepção dos novos riscos, ficam visíveis também as contradições das

⁵² Cf. BECK, *La sociedad del riesgo...*, p. 56. No mesmo sentido, afirma Giddens que na sociedade do risco existem numerosos eventos desencadeados de forma não premeditada que minam o manto protetor da segurança ontológica e causam alarme. Cf. GIDDENS, Anthony. *Modernidad y autoidentidad*. In: BERIAIN, *Las consecuencias perversas...*, p. 33-71.

⁵³ Cf. BECK, *World risk society...*, p. 55.

burocracias de segurança; no entanto, geralmente por meio de mecanismos de efeitos simbólicos, trata-se logo de criar possibilidades para que esses riscos causadores de choques sejam novamente normalizados por essas mesmas burocracias.

É inegável que o tema anterior da irresponsabilidade organizada envolve também o movimento circular entre normalização simbólica e ameaças materiais permanentes. As velhas rotinas de decisão, controle e produção, que até agora encontraram respaldo na ciência, na lei, nos princípios da administração e na política, geram destruição e riscos e, ao mesmo tempo, sua normalização simbólica. Em outras palavras, os critérios de estabelecimento do que é racional e seguro são sempre negociados, na esfera da administração pública e privada, na política, na ciência e no campo jurídico, sem se levar em conta os efeitos negativos realmente produzidos, até que estes assumam dimensões globais e passem a ser explosivamente percebidos.

Nessa linha de raciocínio, Beck chega a afirmar que não é a desobediência às regras, mas as próprias regras normalizadoras que aceleram a produção de riscos e danos à natureza.⁵⁴

Vale a pena analisar um pouco melhor, ainda que brevemente, essa contradição das normas diante dos novos riscos. Pode-se dizer que as normas consistem em regras que guiam o processo de tomada de decisões dos indivíduos, oferecendo uma clara distinção binária entre o que é certo e errado à luz do sistema jurídico. Assim, elas projetam uma expectativa para o futuro, que deve estar baseada na avaliação, afeta ao mundo dos fatos, das consequências das decisões. O perigo de que uma expectativa seja frustrada é resolvido no âmbito do próprio sistema, por meio da distinção entre comportamento conforme a norma e comportamento desviante.

Sob essa perspectiva, a conduta arriscada, ou geradora de riscos, deveria estar localizada, exclusivamente, no campo do desvio da norma. A norma sempre foi pressuposta como uma estrutura livre de riscos, ou seja, enquanto fosse válida e assim tida como instância de racionalidade, atuaria na defesa de valores

⁵⁴ Cf. BECK, *World risk society...*, p. 32.

socialmente desejados e não conduziria a situações de risco ou dano a esses valores.

Assim, se uma determinada decisão é justificada por sua consonância com a norma, presume-se que esta, por sua vez, legitima as conseqüências que possam advir dessa decisão. Isso significa dizer que, no momento em que o indivíduo pudesse observar a sua própria conduta em conformidade com o esquema normativo, ele poderia identificar sua atividade como não arriscada.

É exatamente essa relação que é subvertida pelos riscos tecnológicos. Seu reconhecimento demonstrou que nem sempre a harmonia com o direito denota a inofensividade da conduta perante os bens jurídicos socialmente valorados e que os processos de tomada de decisões foram conduzidos, por mais de um século, sob a ignorância dos riscos que poderiam acarretar. Em suma, reconheceu-se, tardiamente, que as ações geradoras de riscos eram aquelas que sempre estiveram de acordo com as normas de comportamento.

Vistos a partir do arcabouço conceitual da sociedade industrial, os desenvolvimentos arriscados não eram reconhecidos como portadores de conseqüências devastadoras e, em razão disso, foram produzidos por atividades lícitas.

Desse ângulo, e principalmente a partir do conceito de ação responsável e calculável, restavam ocultos os eventuais efeitos de destruição do sistema, que apenas apareceram na atual perspectiva da sociedade do risco.

É a partir dessas constatações que a legitimidade dos mecanismos racionais de controle forjados na era industrial vem sendo freqüentemente posta em causa. Afinal, detectou-se que, na sociedade mundial do risco, todas as instituições e regulações podem funcionar perfeitamente, todas as normas podem ser observadas e os acordos validamente cumpridos, sem que isso garanta qualquer segurança em face dos riscos. Por isso, no entender de Beck, a ordem jurídica estabelecida não mais garante paz e estabilidade, mas legitima as ameaças.⁵⁵

⁵⁵ Cf. BECK, *World risk society...*, p. 34.

Tais contradições encontram-se ligadas à crise que se verificou também no campo da ciência, ocasionada principalmente pela característica ambivalente das definições dos riscos, pela incerteza com relação a suas causas e seus efeitos e pela aparente convivência da comunidade científica com as tecnologias que os criaram – fatores que mitigaram a confiança que se depositava na capacidade técnica da modernidade.

Analisando as questões contemporâneas no campo da ciência, Boaventura de Sousa Santos chega a afirmar que a vitória da ciência trouxe mais incertezas do que certezas, ou seja, o aprofundamento do conhecimento permitiu ver a fragilidade dos pilares em que se funda.⁵⁶ Ao contrário do que se enunciava e se esperava, tomamos, hoje em dia, decisões sobre questões cruciais da nossa existência, sem qualquer fundamento em conhecimento. É o caso, por exemplo, do consumo de produtos geneticamente modificados, cujas consequências são incertas e impossíveis de ser avaliadas.

As ciências foram nomeadas autoridade de consenso da modernidade. Desse modo, a partir de seus próprios parâmetros é que se definiam, política e legalmente, os padrões de segurança. Os instrumentos de direção social, em realidade, abdicaram de suas próprias competências para, em seu lugar, elevar a critério de segurança a opinião da *expertise* técnica e científica. Assim, por exemplo, o nível de exposição à radioatividade que pode ser tolerado pela população, ou seja, o limite que separa a normalidade do risco vinha ditado pelo conhecimento científico e era apenas ratificado pelas normas jurídicas e pelas diretrizes políticas. Contudo, a partir de Chernobyl, ficou evidente que segurança e segurança provável são coisas distintas e que as ciências apenas são capazes de afiançar segurança provável. Assim, a lógica experimental a que submetem toda a humanidade, a falta de clareza quanto às consequências dos avanços técnicos e a exposição da incerteza e da falibilidade científica acabaram minando a credibilidade das promessas tecnológicas.

⁵⁶ Cf. SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: Contra o desperdício da experiência*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000. p. 68.

Essas constatações revelam o exaurimento da racionalidade tecnocrática da modernidade e das instituições sociais que tinham nela seu ponto de apoio, especialmente o direito. Se durante a primeira modernidade a ciência e o direito foram alçados à estatura de instituições hegemônicas – a ciência como instância moral suprema e o direito como guardião da gestão científica da sociedade contra eventuais oposições – por meio das quais se acreditava que se resolveriam todos os problemas e se organizaria uma maior e melhor utilização dos recursos materiais, intelectuais e institucionais da sociedade, hoje essas instituições experimentam um grave momento de crise.⁵⁷

A transformação dos efeitos colaterais da produção industrial em amplos focos de crise não se refere meramente a um problema ambiental, mas se insere na essência do que se denominou *crise ecológica*, entendida como uma crise institucional profunda da sociedade industrial. Nesse momento, exige-se repensar as convenções e os fundamentos da racionalidade moderna.

Tal fenômeno foi caracterizado como o retorno da incerteza e significa um amplo questionamento do processo de racionalização, bem como do pressuposto de que o desenvolvimento da indústria moderna e de suas instituições fundamentais disporia de potenciais de adaptação e inovação bastante eficazes para solucionar as ameaças tanto procedentes da natureza como do próprio processo de modernização técnico-econômica.

No nível da ação, a incerteza torna impossível o estabelecimento de relação entre os benefícios sociais e a periculosidade de uma conduta ou atividade, equação essencial para a determinação do que é permitido ou proibido. Esse cálculo depende de uma valoração prévia, na qual, necessariamente, inclui-se como premissa a autocompreensão da sociedade e sua ordem relativa de preferências. A significativa mudança de autocompreensão social põe em questão as bases de referida racionalidade.⁵⁸

⁵⁷ Cf. SANTOS, *A crítica da razão indolente...*, p. 18.

⁵⁸ Esse fator tem reflexos no campo da dogmática, por exemplo, na determinação do que seja risco permitido – conceito importante para a análise da questão sob o ponto de vista jurídico. A respeito desse

Além disso, não obstante o reconhecimento público dos riscos globais, que tiveram como marco eventos como os acidentes de Chernobil e do Bhopal e a Conferência do Rio de Janeiro de 1992, as situações de risco e seus efeitos ainda são, em grande medida, dotadas de invisibilidade aos sentidos comuns. Essa característica peculiar dos novos riscos representa mais um dos motivos da insegurança social, pois situa o conflito na disputa acerca de quem produz e quem consome as definições de risco. Se o paradigma dos novos riscos envolve a impossibilidade de serem percebidos pelos sentidos humanos, sua constatação depende de órgãos, instrumentos e conceitos técnicos. Com isso, mais uma vez, vemos-nos a depender dos técnicos e cientistas. Os mesmos que, por muito tempo, asseguravam a inofensividade e a infalibilidade do desenvolvimento e das técnicas que depois se revelaram responsáveis pelos dramas atuais.

A capacidade de reconhecimento das situações de risco cria mais um tipo de desigualdade, baseada na relação de dependência que se estabelece entre as vítimas das situações de risco e o juízo dos produtores de conhecimento científico. Nas palavras de Beck,

conceito dogmático, cf. ALVARADO, Yesid Reyes. *Imputación objetiva*. 2. ed. Colômbia: Temis, 1996, p. 92. Segundo esse autor, com o desenvolvimento do princípio constitucional que garante a todos os cidadãos o inviolável direito à vida e integridade pessoal, o Estado tem a obrigação de regulamentar o desempenho de todas as atividades de cujo exercício possam derivar perigos para o indivíduo ou a coletividade; somente mediante a prévia formulação de normas de cuidado tem sentido a aceitação social de atividades arriscadas, que permitem desfrutar dos benefícios sem eliminar os riscos, mas reduzindo-os a um mínimo, até convertê-los no que, especialmente em Direito Civil, denomina-se o risco geral da vida. Dessa maneira, todo o risco que permanece, ainda que sejam cumpridas as normas de cuidado que devem acompanhar a execução de toda atividade perigosa socialmente admitida, recebe a denominação de risco permitido. Para que um risco possa ser considerado como permitido, a atividade da qual emana deve representar consideráveis benefícios sociais diante de um mínimo de periculosidade. O que acontece, na sociedade do risco, é que fica difícil delimitar o que é risco permitido ou risco proibido.

há uma verdadeira expropriação de parte essencial da soberania cognitiva social.⁵⁹

É interessante o cenário descrito por Beck, a partir do qual fica evidente a situação de insegurança que decorre do fato de que o arriscado pode estar em todo o lugar, sem jamais ser percebido a olhos nus:

Lo amenazante, lo hostil, lo perjudicial acecha por todas partes; pero el que sea hostil o amistoso se sustrae a la propia capacidad de juicio, queda confiado a las aceptaciones, los métodos y controversias de productores ajenos de conocimiento. En situaciones de peligro las cosas de la vida diaria pueden transformarse durante la noche, por así decirlo, en "caballos de Troya" de los que se arrojan peligros y con ellos los expertos del riesgo, anunciando en sus discusiones conjuntas qué hay que temer y qué no. La decisión misma, de si les pide consejo o si les deja entrar, ha dejado de estar en mano de los afectados. Éstos ya no buscan a expertos del riesgo sino que estos últimos pueden escoger a los afectados. Los expertos pueden entrar y salir a su antojo, ya que los peligros pueden presumirse incluidos en todos objetos de la vida diaria. Y es allí dentro donde ahora se encuentran metidos – invisibles y, a pesar de ello, demasiado presentes – clamando por expertos para que den respuestas a las preguntas que plantean a viva voz. Situaciones de peligro son en este sentido fuentes de las que surten preguntas sobre las que afectados carecen de respuesta.⁶⁰

Essa passagem ilustra, claramente, a mencionada relação de dependência que se estabelece entre os afetados e os técnicos capazes de dar um veredicto sobre a valoração dos riscos, seu poder ofensivo e seu alcance e, assim, causar comoção social a cada pronunciamento.

⁵⁹ Cf. BECK, *La sociedad del riesgo...*, p. 60.

⁶⁰ BECK, *La sociedad del riesgo...*, p. 60.

Além dessa, criam-se novos tipos de relações de dependência: a própria relação de interdependência entre esferas de organização dá lugar a que, cada vez mais, a proteção de bens jurídicos de um sujeito dependa da realização de condutas positivas de controle de riscos por parte de terceiros. Em outras palavras, ocorre uma necessária transferência a terceiros de funções de *asseguramento* da própria esfera jurídica, com a correlata perda de domínio real, o que também constitui base da sensação de insegurança.⁶¹

Em suma, a vivência dos novos riscos tecnológicos pressupõe um horizonte de segurança e confiança perdidas. O reconhecimento dos riscos produzidos pela sociedade industrial significou a negação da ambição moderna de controle humano da natureza e do alcance da felicidade por intermédio do progresso técnico. O cenário dos novos riscos também não pode ser reduzido pela matematização, pelo cálculo de seguro e pela monetarização, institutos que outrora reconfortaram a comunidade. Também restaram questionados os mecanismos regulatórios da sociedade, particularmente, o direito, que permitiu a emergência de situações extremamente danosas aos valores sociais, nos lindes da legalidade.

Ao lado desse cenário produzido pelo aparecimento dos riscos industriais têm-se ainda os riscos socioeconômicos causados pelo processo de globalização, que suscita circunstâncias de extrema insegurança e incerteza – tais como desintegração, desterritorialização, desnacionalização, fragmentação, exclusão, marginalização e desemprego – e enfraquece as possibilidades de atuação dos sistemas de proteção social. Há, ao que parece, uma espécie de simbiose entre as novas políticas da globalização e aquelas criadas pela sociedade industrial, de modo a aumentar os riscos vividos e sentimentalizados pela sociedade e neutralizar os mecanismos tradicionais de defesa e pacificação social.

Esses aspectos da sociedade do risco, ao se mostrarem alheios ao controle, produziram profundo abalo na credibilidade dos sistemas social, político, técnico e jurídico. Na atual fase, a

⁶¹ Cf. SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal...*, p. 25. Transposto para o direito penal, esse fato levou a uma proliferação dos delitos de comissão por omissão, como será abordado adiante.

confiança garantida pelo Estado-nação vê-se completamente minada, não só porque os riscos e perigos globalizaram-se e tornaram-se incontroláveis, mas, ainda, porque se tornaram evidentes as limitações estruturais dos mecanismos institucionais utilizados até agora pelo Estado para controlá-los.

É determinante para a insegurança que marca a segunda modernidade o fato de que o padrão de decisão e os mecanismos de proteção e controle ainda estão organizados no nível do Estado-nação e da atuação racional individual, enquanto os efeitos dessas decisões seguem padrões globais.

A partir desse cenário, aponta-se freqüentemente que no atual sistema de riscos nenhuma estratégia eficiente para garantir a segurança pode ser manejada isoladamente, dentro dos limites de um Estado. De outro lado, verificam-se dificuldades em se coordenar políticas globais eficazes na prevenção desses riscos.⁶²

Tudo isso é agravado pelo fato de que a incerteza e a sensação de insegurança estão associadas a uma elevada sensibilidade ao risco.⁶³ Esse clima de alarme é fortemente influenciado pela atuação da mídia, que, ao divulgar massivamente acontecimentos do mundo todo, acaba gerando uma sensação de onipresença dos riscos.

Por fim, é notável o modo pelo qual Boaventura de Souza Santos retrata o contexto de insegurança da sociedade contemporânea, excerto que, certamente, vale a pena ser transcrito:

Há um desassossego no ar. Temos a sensação de estar na orla do tempo, entre um presente quase a terminar e um futuro que ainda não nasceu. O desassossego resulta

⁶² Vale mencionar, por exemplo, os poucos avanços das conferências de cúpula acerca da proteção do clima e da sustentabilidade do Rio, Johannesburg e Kyoto.

⁶³ Sobre a sentimentalização da sociedade moderna, cf. CONTRERAS, Diego. "Cuando las emociones mandan. Los riesgos de la sociedad sentimentalizada" in *Aceprenta net*, 126/98. Disponível em <<http://www.geocities.com/Athens/Olympus/8168/temtrab70.htm>>. Acesso em 5 de novembro de 2001; ANDERSON, Digby; MULLEN, Peter. *Faking it: The sentimentalisation of modern society*. London: The Social Affairs Unit, 1998.

de uma experiência paradoxal: a vivência simultânea de excessos de determinismo e de excessos de indeterminismo. Os primeiros residem na aceleração da rotina. As continuidades acumulam-se, a repetição acelera-se. A vivência da vertigem coexiste com a de bloqueamento. A vertigem da aceleração é também uma estagnação vertiginosa. Os excessos do indeterminismo residem na desestabilização das expectativas. A eventualidade de catástrofes pessoais e coletivas parece cada vez mais provável. A ocorrência de rupturas e de descontinuidades na vida e nos projectos de vida é o correlato da experiência de acumulação de riscos inseguráveis. A coexistência destes excessos confere ao nosso tempo um perfil especial, o tempo caótico onde ordem e desordem se misturam em combinações turbulentas. Os dois excessos suscitam polarizações extremas que, paradoxalmente, se tocam. As rupturas e as descontinuidades, de tão freqüentes, tornam-se rotina e a rotina, por sua vez, torna-se catastrófica.⁶⁴

É nesse cenário de escalada de uma insegurança difusa e de promoção das questões ligadas a ela que vemos surgir um fenómeno que pode ser conceitualizado como a *juridicização da opinião pública*, que representa o direcionamento de pressões de várias ordens à burocracia institucional. Analisaremos sucintamente esse fenómeno no próximo item, certamente sem a profundidade merecida.

1.5 A JURIDICIZAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA

A análise do processo de juridicização da opinião pública a partir da idéia de risco pode ser partida em dois momentos. No primeiro, importa identificar a utopia da segurança e da prevenção e a movimentação social em sua busca, que ocorre em várias direcções e em especial pelas vias normativas (i). No segundo

⁶⁴ SANTOS, *A crítica da razão indolente...*, p. 41.

momento, pode-se analisar, particularmente, um fenômeno que é inspirado e englobado pelo primeiro, mas que é ligado especificamente ao sistema penal: a participação ativa do público como componente desse sistema (ii).

(i) Conforme o diagnóstico traçado anteriormente, o problema do risco abordado política e socialmente tornou-se explosivo e gestou como desafio da nossa época a seguinte questão: o que se pode fazer, individual e coletivamente, diante da incerteza e da incontrollabilidade produzidas pela própria racionalização dos processos da modernidade?

A sociedade industrial desenvolvida, que passa a se enxergar e a se autocriticar como sociedade do risco, não se rende ao imobilismo fatalista e é posta em movimento pela busca por soluções, quaisquer que sejam elas. Ocorre que, tratando-se de risco, está-se diante de um horizonte obscurecido, sem parâmetros ou certezas de eficácia. Isso pode explicar por que as tentativas de controle emergem em todos os níveis e, frequentemente, são apontadas como desencontradas e desacertadas.⁶⁵

A crescente sensação de incerteza acaba se convertendo em uma demanda social sempre crescente e especificamente normativa por segurança, que reclama, além da proteção objetiva diante dos riscos, a sensação de confiança nessa proteção. Alcançar a segurança torna-se finalidade dominante da ordenação da vida social.⁶⁶ Em linhas gerais, o binômio *risco-segurança*, isto é, a aversão ao risco e a aspiração à segurança, é responsável pela reivindicação dos indivíduos em face do Estado, para que este ofereça proteção.

De outro lado, um dos marcos definidores da sociedade do risco relaciona-se com a emergência de novos fatores de incerteza e imprevisibilidade, que reduzem inelutavelmente a capacidade de respostas dos sistemas institucionalizados e que, paradoxalmente,

⁶⁵ Cf. BECK, Ulrich. Teoría de la sociedad del riesgo. In: BERIAIN, *Las consecuencias perversas...*, p. 214.

⁶⁶ Cf. HERZOG, Felix. Límites al control penal de los riesgos sociales. Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, n. 46, jan.-abr. 1993, p. 317-327.

inspiram o surgimento de tentativas de controle e normalização dos riscos pelas mesmas instituições que se vêem por eles questionadas. Revela-se, assim, que o essencial é a manutenção de um domínio ao menos sintomático e simbólico do risco.

Isso ilustra a crítica de Beck de que a sociedade do risco tem uma tendência a legitimar o totalitarismo da prevenção do risco. Se os riscos crescem, as possibilidades de controle devem acompanhá-los, ou ao menos deve crescer a sensação de domínio. Daí surgem as soluções que Beck agrupa sob a alcunha de *cosmética do risco*, pois envolvem medidas apenas paliativas. Por exemplo, a diminuição pontual das emissões de substâncias contaminantes que continuam a se acumular no ar, na água e nos solos; a introdução de mais mecanismos de segurança enquanto ainda se trabalha com formas produtivas de alto risco; a instalação de alguns filtros em zonas produtivas, enquanto permanece a emissão de resíduos; a fixação arbitrária de níveis de tolerância ao risco, que, contudo, não o elidem. Tudo isso, segundo o autor, surge em detrimento da adoção de uma política real de prevenção dos riscos ou, simplesmente, da possibilidade de se abdicar de certas alternativas tecnológicas que se apresentaram perigosas demais nos últimos anos.

Identifica-se uma forte tendência ao desenvolvimento de soluções desse tipo, muito embora a imposição dessa mentalidade, no entender de Beck, seja algo absolutamente inócuo, já que os riscos e as ameaças globais continuariam emergindo, apesar de toda a cosmética. Isso está inserido na tese central da teoria da sociedade do risco de que a própria sociedade industrial produz, sistematicamente, sua própria ameaça e sua própria debilidade estrutural por meio da exploração econômica das situações geradoras de riscos e dos instrumentos normalizadores dos mesmos.

Percebe-se, assim, uma tendência a administrar os desafios da era da tecnologia química, atômica e genética com as mesmas fórmulas e sob os mesmos pressupostos vigentes na sociedade industrial. Por isso, diz-se que a insistência em se tentar solucionar as situações novas com os antigos critérios e categorias da ação institucional pode ser identificada como uma das causas do que hoje se nomeia *crise das instituições formais de controle*.

Diante desse diagnóstico de extrema gravidade dos novos riscos, de sentimento generalizado de insegurança e de busca por soluções de controle, identifica-se que a atuação do aparato penal é socialmente reclamada, provavelmente por representar o mais grave meio de sanção a condutas indesejadas.

Ao analisar esse fenômeno social da busca de soluções normativas e, particularmente, normativo-penais às questões do risco, Silva Sánchez pontua o seguinte:

Entre las causas de esta especial forma de vivir el riesgo, probablemente deben significarse las dificultades de adaptación de la población a sociedades en continua aceleración. Así, tras la revolución de los transportes, la actual revolución de las comunicaciones da lugar a un vértigo derivado de la falta – sentida e probablemente asimismo real – de dominio del curso de los acontecimientos, que no puede sino traducirse en términos de inseguridad. Expresado de otro modo, en un mundo en el que las dificultades de orientación cognitiva son cada vez mayores, parece incluso razonable que la búsqueda de elementos de orientación normativa – y dentro de éstos, el Derecho Penal ocupa un lugar significado – se convierta casi en obsesiva.⁶⁷

⁶⁷ SÁNCHEZ, *La expansión...*, p. 26-28. Esse autor assevera, ainda, que “resulta ineludible la puesta en relación de la sensación social de inseguridad con el modo de proceder de los medios de comunicación. Estos, por un lado, desde la posición privilegiada que ostentan en el seno de la sociedad de la información y en el marco de una concepción de mundo como aldea global, transmiten una imagen de la realidad en la que lo lejano y lo cercano tienen una presencia casi idéntica en la representación del receptor del mensaje. Ello da lugar, en unas ocasiones, directamente a percepciones inexactas; y en otras, en general, a una sensación de impotencia. A mayor abundamiento, por otro lado, la reiteración y la propia actitud (dramatización, morbo) con la que se examinan determinadas noticias actúan a modo de multiplicador de los ilícitos y las catástrofes, generando una inseguridad subjetiva que no se corresponde con el nivel de riesgo objetivo”. SÁNCHEZ, *La expansión...*, p. 26-28.

Sem investigar especificamente como essas demandas são encaminhadas ao Direito Penal, a análise empreendida neste estudo passa a fazer sentido quando se detecta que, por mais problemático que isso possa parecer, o Direito Penal vem respondendo a situações de risco, ocasionando um processo de expansão da regulamentação penal, nos moldes que serão descritos no próximo Capítulo.

(ii) Se, por um lado, identifica-se que o processo de juridicização da opinião pública, ocasionado pela hipersensibilidade à insegurança, acarreta uma exigência repressiva ligada à utilização da pena como política de redução dos riscos; de outro, esse processo aponta para uma transformação do sistema jurídico-penal a partir de mecanismos de participação normativa do público.

Álvaro Pires, penalista e criminólogo brasileiro, docente da Universidade de Ottawa, Canadá, empreende um estudo sobre esse tema, abordando o modo como, em tempos recentes, o sistema penal vem aproximando o público de suas operações.⁶⁸ Para ele, no terreno da justiça penal, a participação do público pode ser relacionada com a expansão da mídia e seu impacto sobre o sistema penal; com a importância atribuída ao público, às sondagens de opinião pública e à vitimização realizadas pelo sistema político e pelas ciências sociais; e, ainda, com a participação crescente dos movimentos sociais – ou ao menos de segmentos sociais – no debate público sobre o sistema penal.

A partir desses meios de integração, o público é levado a participar, diferenciadamente, do processo de elaboração e aplicação das normas. Isso significa que o sistema levará em conta o público, como personagem jurídico anônimo e difuso, tanto na identificação do que é lícito ou ilícito (elaboração de normas primárias), quanto na determinação e gestão da resposta legal ao problema. O sistema penal modifica, então, seus critérios de decisão, seu conhecimento sobre as penas e engaja-se numa

⁶⁸ Cf. PIRES, Álvaro. *La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique*. Disponível em: <<http://www.erudit.org/revue/socsoc/2001/v33/n1/001562ar.pdf>> Acesso em 09.07.2002.

discussão para determinar as novas fronteiras do direito penal e as condições de validade jurídica dessa interação com o público.

No caso particular das questões ligadas aos riscos ecológicos, há uma espécie de sensibilidade cultural sobre eles. Toda vez que se reconhece uma situação perigosa criada pela indústria, o tema das causas e dos culpados é imediatamente alçado à agenda pública. Instaure-se uma disputa pública pelas definições das situações de risco, das relações de causalidade, das tecnologias boas e más, dos níveis aceitáveis de poluição etc., da qual participam uma série de instituições e grupos, além do próprio *lobby* do poder econômico.

Identifica-se, também, a existência de novos *gestores atípicos da moral coletiva*, que são as organizações ecologistas, feministas, de consumidores, pacifistas, antidescriminação etc., que encabeçam os reclamos por controle, de modo a garantir maior proteção aos seus respectivos interesses.⁶⁹

Interessante notar que esse processo de definição social, que atinge o universo da mídia, dos mercados, das políticas administrativas, da lei e do judiciário, tende a se tornar cada vez mais independente do diagnóstico científico e muito mais suscetível a outras ordens de influência, como, por exemplo, a dos interesses político-econômicos envolvidos.⁷⁰ Isso porque o sucesso ou o

⁶⁹ Cf. SÁNCHEZ, *La expansión...*, p. 46-49.

⁷⁰ Beck cita o caso da degradação das florestas, que, na Europa, também foi alvo de uma longa batalha de definições e que acabou apontando a responsabilidade da própria população, o que colocou a indústria em situação confortável: "In the case of the 'dying forests', the scapegoating of cars was the result of long 'definitional struggles' fought out with scientific evidence. As a result, private traffic meant that the population itself was the party mainly responsible for the death of the forests, although only 30-40 per cent of the pollution through nitric oxides is attributable to cars, while industry accounts for the lion's share. This not only provided a protective screen for industry against external intervention; in a sense, the population was itself to blame for the destruction it protested against. The car industry, however, after initially resisting its good fortune, was able to maximize its profits with 'environmentally friendly' cars. The 'definitional struggle' does not begin with the drawing of (practical)

colapso de mercados e setores industriais inteiros passaram a ser fortemente influenciados pela percepção pública dos riscos decorrentes de suas atividades e produtos.⁷¹

A importância desse fenômeno para a presente análise reside no fato de que tal processo envolve uma forma particular de politização do direito penal. A aproximação mútua entre o sistema político e o processo de elaboração e aplicação das normas penais é o ambiente ideal para que as questões do risco e as ansiedades por prevenção geradas por elas ressoem no campo da política criminal e atinjam, em determinados aspectos, a própria dogmática penal.

conclusions, but in the act of definition itself. Definitional vagueness is also and substantially socially conditioned, an expression of the fact that any situation pregnant with risk – particularly if the risk is a priori human origin – fragments the discourse into antagonistic, contrary discourses”. BECK, *Ecological politics...*, p. 143.

- ⁷¹ É fácil perceber que as relações de definição são relações de poder e, portanto, seguem a lógica da distribuição de riquezas. Nesse sentido: “Relations of definition are not property relations, but basic principles underlying industrial production, law, science, opportunities for the public and for policy. They are employed in deciding about toxicity, and consequently about the utility and exchange value of goods. Thus they are concerned with matters that, while eluding sense perception, nevertheless globally affect health practices and the structures of norms of security state. Relations of definition thus decide about data, knowledge, proofs, culprits and compensation, thereby also determining whether hazards can be anonymized and covertly spread; and, conversely, whether these concealment practices can be counteracted with any prospect of recognition. All this takes place against the broad backdrop of the profound political and economic effects of acknowledged hazards. It is a question of rules for the acknowledgement of injuries, despoliation and threats; rules which by no means have to arrive at an unambiguous result, but can also lead to ramifications and into grey areas, where only one party concludes, with good reason, that acute pollution has taken place. The social definitions produced here are, accordingly, the unstable products of social confrontation against the background of prevalent rules of attribution, legal responsibility and compensation. These are as much predicated upon cultural perceptions as on the reigning standards of causality and principles of culpability, blown now in one direction, now in the other, by the winds of knowledge”. BECK, *Ecological politics...*, p. 130.

O DIREITO PENAL DA SOCIEDADE DO RISCO

SUMÁRIO: 2.1 De uma aspiração social a um movimento político-criminal – 2.2 A extensão da proteção penal a bens jurídicos supra-individuais: 2.2.1 O processo de *desmaterialização* dos bens jurídicos; 2.2.2 Os delitos de transgressão; 2.2.3 O exemplo do bem jurídico ambiental – 2.3 As incriminações de perigo – 2.4 Outras questões ligadas à normatização de deveres: tipos omissivos e culposos – 2.5 Os delitos cumulativos – 2.6 A responsabilidade penal da pessoa jurídica.

2.1 DE UMA ASPIRAÇÃO SOCIAL A UM MOVIMENTO POLÍTICO-CRIMINAL

No modelo sociológico descrito por Beck, a constatação de uma nova lógica de produção e percepção de riscos na sociedade conduz à conformação de um potencial político muito grande, relacionado à expectativa de eliminação dos riscos, bem como de imputação de responsabilidades aos causadores das situações perigosas. De outro lado, tal quadro analítico dos problemas concretos de segurança é a chave com a qual os penalistas trabalham para analisar o exaurimento do arsenal preventivo

clássico do direito positivo e as mudanças nas estruturas jurídico-penais da sociedade industrial.

Por exemplo, ao analisar esse processo, Alessandro Baratta identifica as transformações em curso nos sistemas penais de vários países e as vincula à emergência do modelo do *Estado preventivo*, assim descrito:

El Estado preventivo es entonces el "Estado de la Seguridad", en el sentido en que esta expresión es usada por Hirsch en un significativo libro de 1980. Éste a su vez, no es sino la manera como la estructura política se adecua a las características de una sociedad que en forma cada vez más acelerada, conduce a situaciones de riesgo: es la forma política que asume la "sociedad del riesgo" tal como Beck ha definido nuestra sociedad. El Estado de la prevención o Estado de la seguridad, precisando entonces, es aquel en el que la producción normativa y los mecanismos decisivos también tienden a reorganizarse permanentemente como respuesta a una situación de emergencia estructural.¹

É importante ressaltar que a percepção dos fenômenos da sociedade do risco e do Estado preventivo e a gama de pressão que exercem sobre o sistema penal emergem justamente ao lado de uma tendência cada vez mais progressiva de orientar o discurso dogmático-penal à realidade dos problemas sociais.

A relação entre penalistas e sociólogos vem sofrendo mudanças consideráveis, desde que se reconheceu a inconveniência do modelo purista, especialmente representado, no direito penal, pela escola finalista;² o desenvolvimento atual da dogmática jurídico-penal

¹ BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. *Pena y Estado*. Barcelona, n. 1, 1991, p. 37-55.

² "Esta característica básica de la sistematización practicada por la dogmática – sustancialmente, en aquel momento, por el finalismo – provocó en diversos sectores una postura crítica frente a la dogmática como ciencia sistemática, a la que se objetaba básicamente su 'idealismo', esto é, el proceder al análisis de los problemas

aponta cada vez mais para a integração das valorações materiais da política criminal com a teoria do delito, configurando-se um sistema penal mais aberto aos influxos sociais, às teorias sociológicas e, especialmente, aos estudos criminológicos.

Assentada em dados empíricos e capaz de operá-los em termos jurídicos, a política criminal adquire fundamental importância no processo de introdução de valores políticos e dados da realidade no sistema do direito penal.

É provavelmente esse estágio do relacionamento entre as ciências penais e as ciências sociais que tem propiciado que a comoção social por controle e prevenção em face dos novos riscos e desastres ecológicos entre no sistema penal. É no âmbito da política criminal que se encontra a abertura para que os fenômenos sociais ligados aos riscos sejam absorvidos e seja concebido um conjunto de respostas preventivas e de reação aos mesmos, que, *de lege ferenda*, influenciarão o sistema jurídico-penal.

Como vimos, no marco da sociedade mundial do risco, o surgimento de novas situações arriscadas, as incertezas e inseguranças criadas pelos riscos tecnológicos determinam uma crescente demanda social por segurança, que se revela normativa e substancialmente direcionada ao sistema penal. Isso é freqüentemente associado a uma série de explicações. Inicialmente, aduz-se que a gravidade e a dimensão dos novos riscos, capazes de causar ondas de destruição massiva, justificam que se recorra ao mais grave instrumento de tutela jurídica, qual seja, o direito penal. A esse respeito, vale lembrar a perplexidade de Beck ao se referir a um

jurídicos como una cuestión puramente teórica, en cierto modo como 'arte por el arte', descuidando su dimensión práctica. Tal idealismo tendría tres manifestaciones fundamentales: por un lado, el conceptualismo, o la ignorancia del 'problema'; por otro lado, el formalismo, o la exclusión en los razonamientos jurídicos de todo elemento valorativo-material, influido por consideraciones de política criminal; finalmente, el purismo juricista, que prescindiría de todas las modernas aportaciones de las ciencias llamadas 'sociales' empezando por la criminología". SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch Editor, 1992, p. 77.

sistema legal que regula e persegue os riscos menores, mas se mantém inerte e, até mesmo, legaliza os de grande proporções.³ Em segundo lugar, identifica-se que a relação de desconfiança estabelecida no que se refere à ciência, responsável pela criação de novos riscos, legitima o abandono das soluções para gestão dos riscos ligados a ela, para se reivindicar a intervenção punitiva do Estado nessa seara.⁴ Ademais, se, nos termos da definição de Beck, os riscos tecnológicos podem sempre ser remetidos a decisões humanas, cresce a tendência a deixar de percebê-los como acidentes fortuitos para encará-los como injustos. Esse processo é retratado na seguinte passagem de Seelmann:

La idea central es que, una vez producido el daño, nos negamos a aceptar que éste no tenga su origen en un comportamiento descuidado de alguien (...) Ahora interesa observar cómo ello supone un curioso cierre de círculo abierto por el Derecho penal moderno. En efecto, en el Derecho penal primitivo las catástrofes se contemplaban como delitos, lo que correspondía a la visión animista del

³ Cf. BECK, Ulrich. De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo. Cuestiones de superviniencia, estructura social e ilustración ecológica. *Revista de Occidente*. Madrid, n. 150, 1993, p. 28.

⁴ Segundo Corcoy Bidasolo, "el apoyo indiscutido al desarrollo tecnológico estaba justificado cuando la ciencia servía para controlar los peligros provenientes de la naturaleza, la nueva relación entre técnica y Derecho, que como veremos legitima la intervención penal, surge en el momento en que el ciudadano advierte que la ciencia ya no sólo sirve para cubrir las necesidades de la sociedad y para controlar peligros procedentes de la naturaleza sino que, por el contrario, determina el surgimiento de nuevos riesgos, mucho de ellos cognoscibles, a veces sólo en parte, por los científicos y expertos y, en consecuencia, riesgos frente a los que el ciudadano se encuentra inerme. Frente al actual desarrollo tecnológico, no sólo el ciudadano se encuentra desprotegido sino que también el Estado advierte la necesidad de intervenir para controlar estos riesgos, cuestionándose la necesidad del dominio y control por el Derecho del desarrollo de la técnica". BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Valencia: T. lo Blanche, 1999, p. 27.

mundo, produciéndose incluso procesamientos de animales o cosas, dentro de una renuncia generalizada a la imputación individual. El Derecho penal moderno, partiendo del racionalismo individualista y de la consiguiente imputación de culpabilidad, separa radicalmente las nociones de catástrofe y delito. Sin embargo, en el siglo XIX, y desde luego en todo el siglo XX, han proliferado las doctrinas proclives a contemplar todo delito como una catástrofe, de la que nadie sería individualmente responsable (a lo que contribuyeron tesis deterministas de diverso jaez, así como el marxismo). Pues bien, el círculo se cierra en los últimos años, en que parece darse una tendencia irrefrenable a contemplar la catástrofe como delito e imputarla, como sea, a un responsable: en este caso, ya una persona y no una fuerza de la naturaleza.⁵

Identifica-se, assim, que as expectativas de regulação, aliadas ao recurso à explicação humana de todas as catástrofes atuais – que chegou a ser denominado *mecanismo sacrificial*⁶ – levam a uma ampliação do sistema penal, pois se passa a exigir dele não uma função minimalista de tutela de alguns bens jurídicos, mas uma função promocional de valores orientadores da ação humana na vida comunitária, uma função de garantidor das gerações futuras e de regulamentador de uma série de temas, principalmente os ligados ao meio ambiente, à sanidade dos produtos distribuídos à população, à manipulação genética e à atividade econômica.⁷

Não obstante, isso acaba trazendo uma série de implicações ao sistema de intervenção penal, principalmente porque a pressão da demanda não atendida revela um déficit de eficiência dos seus métodos de tutela da segurança.

⁵ SEELMANN, Kurt. Societat de risc i dret. *Iuris. Quaderns de Política Jurídica*, Barcelona, n. 1, 1994, p. 271 e ss.

⁶ Cf. GARAPON, Antoine. *Juez y democracia: una reflexión muy actual*. Buenos Aires: Ed. Flor del Viento, 1997, p. 104.

⁷ Cf. STRATENWERTH, Günter. *Zukunftssicherung mit der Mitteln des Strafrechts?* ZStW 105, 1993, p. 679-696 apud BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo...*

Diante disso, a política criminal vê-se incumbida de converter a diversidade e a complexidade dos fenômenos sociais ligados aos novos riscos em uma formalização mais rigorosa e abstrata, conformada em linguagem jurídica.

Contudo, os novos fenômenos da sociedade de risco suscitam ao direito penal moderno problemas novos e difíceis de contornar, cuja solução reivindica mudanças significativas na racionalidade penal liberal.

Analisando-se as conexões entre os fenômenos da sociedade do risco e o *modus operandi* do direito penal moderno, é possível destacar uma série de questionamentos e pontos de pressão. A começar pelo fato de que o caráter global dos riscos impõe sérias dificuldades à organização Estatal-nacional do aparato penal. Em seguida, vê-se a incompatibilidade havida entre riscos que ameaçam grupos indeterminados e o aparato penal que tutela bens jurídicos individuais e tangíveis. Também soa desconforme a existência, de um lado, de riscos que têm origem em agentes difusos e causas indeterminadas, originados de condutas massivamente praticadas ou decorrentes de acidentes em organizações complexas e, de outro, uma racionalidade calcada na individualização de responsabilidades e na autoria singular, com critérios rígidos de aferição da causalidade, do dolo, da negligência, do erro, da consciência do ilícito e dos demais elementos que antecedem a imputação. Saliente-se, ainda, que os pressupostos subjetivos do ilícito revelam-se inconciliáveis com a idéia de que os riscos teriam emergido como efeitos colaterais imprevisíveis de ações positivamente valoradas.

A par disso, tendo em vista que os riscos de que se trata na sociedade contemporânea têm dimensões gigantescas, tendentes à destruição da humanidade, a idéia que permeia os anseios por tutela é a de que a materialização desses fenômenos deve ser evitada e prevenida a qualquer custo. Daí porque se rejeita o modelo de direito penal de resultados, que atua, repressivamente, após a conformação do dano, sendo mais conveniente a antecipação da proteção penal a esferas anteriores ao dano e ao próprio perigo.

Como se vê, o sistema punitivo ao modo clássico, ou seja, baseado nos princípios da taxatividade, da subsidiariedade, da

proteção a bens jurídicos individuais, da lesividade, da imputação individual, da presunção de inocência etc., apresenta sérias limitações quando instado a atuar no combate à macrocriminalidade surgida com a sociedade global do risco e na prevenção contra os novos males sociais. Verifica-se, assim, que a atuação do direito penal nessa seara reclama uma série de adequações, em boa parte ligadas à flexibilização dos critérios de imputação e à ampliação da esfera de intervenção. Com efeito, como se depreenderá da análise dos movimentos político-criminais em curso, parecem corretas as formulações de Silva Sánchez de que a visão do direito penal como instrumento primordial de pedagogia político-social supõe a sua expansão *ad absurdum*, por meio de processos que submetem o modelo penal que cultivamos a sérias fraturas.⁸

Na esteira desse processo, verifica-se certa ebulição teórica sobre as perspectivas a serem adotadas pelo aparato penal, sendo no âmbito da política criminal que se identificam os movimentos nomeados *vias de adequação do paradigma penal atual aos problemas novos da sociedade do risco*.⁹

É importante ressaltar que as novas condutas geradoras de riscos que se pretendeu incriminar foram agrupadas sob a denominação, conferida por Winfried Hassemer, de *criminalidade moderna*. Isso porque as novas atividades ilícitas, dadas as suas peculiaridades, devem ser diferenciadas da chamada *criminalidade de massa*, que é a *criminalidade do dia-a-dia*, como assaltos de rua, furtos, arrombamentos de residências, seqüestros, comércio de drogas, delinquência juvenil etc.

De fato, a criminalidade moderna, que pode ser exemplificada pela criminalidade econômica, pela criminalidade ambiental, pelo crime organizado, pelo comércio internacional de armas etc., comporta uma estrutura diferenciada, descrita por Hassemer a partir das seguintes características: não tem vítimas individuais,

⁸ SÁNCHEZ, *La expansión...*, p. 45.

⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*: Sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 173.

ou melhor, as vítimas individuais só existem de forma mediata; atinge bens jurídicos supra-individuais e vagos; os danos causados têm pouca visibilidade à primeira vista; suas formas de concretização são civis, ou seja, não corre sangue; e, por fim, sua operação caracteriza-se pela internacionalidade, pela profissionalidade e pela divisão do trabalho.¹⁰

Atualmente, tanto a criminalidade de massa como a criminalidade moderna vêm causando sérios problemas de segurança e de eficiência ao direito penal, e, dessa forma, ambas contribuem para a sensação de desproteção comunitária. Nota-se, entretanto, que elas apresentam características bastante distintas e ensejam respostas político-criminais substancialmente diferenciadas. Nesse sentido, a análise que se empreenderá nesse trabalho relaciona-se às reações do aparato penal à criminalidade moderna, na qual melhor se enquadram os casos ligados aos riscos tecnológicos.

Ainda, prosseguindo na análise da denominada criminalidade moderna, Hassemer afirma que as reformas do aparato penal por ela inspiradas concentram-se em dois aspectos: primeiro, em uma *nova criminalização*, exemplificada por Hassemer pela ampliação territorial do direito penal e pela utilização de delitos abstratos; e, segundo, nos mecanismos processuais penais, com modificações intensas na fase de investigação (e.g., introdução de métodos técnicos, dados informatizados, invasão de privacidade, investigadores infiltrados, privatização da segurança etc.) e com a massificação das soluções consensuadas.¹¹ Em realidade, verifica-se que as questões afetas à fase pré-processual mencionadas por ele estão muito mais relacionadas aos casos de crime organizado. Além disso, a criminalidade ligada aos riscos traz problemas específicos de delimitação das causas e conseqüências e de identificação de responsabilidades, que são trabalhados, primordialmente, por meio

¹⁰ Cf. HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 8, out.-dez. 1994, p. 41-51.

¹¹ Cf. HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 8, out.-dez. 1994, p. 41-51.

de alterações nas formas de incriminação – às quais o presente trabalho encontra-se circunscrito.

A partir da análise de Jorge de Figueiredo Dias sobre a adaptação do aparato penal à sociedade do risco, é possível inferir que as respostas político-criminais às dificuldades oriundas da tutela dos novos riscos articulam-se em três questões mestras, quais sejam a questão do bem jurídico, os critérios de imputação e a responsabilidade dos entes coletivos. Dissecando esses pontos de referência trazidos por Dias, é possível delimitar melhor as seguintes tendências político-jurídicas da criminalidade do risco: (i) a de ampliar a proteção penal a bens jurídicos supra-individuais; (ii) a de alargar e antecipar a tutela penal, abandonando a lesão ao bem jurídico como centro gravitacional do sistema para criminalizar as inobservâncias aos deveres de conduta e organização, mediante o uso habitual dos tipos de perigo abstrato; e (iii) a de repensar o conceito de culpabilidade para abarcar não só as pessoas físicas, mas também as pessoas jurídicas.

De fato, analisando os caminhos do direito penal contemporâneo, essas parecem ser as tendências mais relevantes e que se manifestam com mais frequência. São elas destacadas neste trabalho por importarem, basicamente, em alterações qualitativas na índole do direito penal clássico.

Não obstante, não se pode deixar de lembrar que tais propensões acabam interagindo, de maneira harmônica, com outros fatores que compõem o arcabouço metodológico da intervenção penal nos novos campos de atuação do sistema. Nessa linha, pode-se identificar também, em alguns casos, o aumento da moldura penal, o incremento da tipificação de condutas a título de dano, além do emprego de determinadas técnicas legislativas que, devido à imprecisão conceitual, também aumentam o espectro de atuação do sistema penal. É o caso, por exemplo, da formulação de tipos indeterminados e de normas penais em branco, que trazem largas referências a dispositivos extrapenais,¹² além da utilização de

¹² Dentro da dinâmica das incriminações de mera transgressão, que se estudará adiante, vê-se a intensificação do uso das denominadas *normas penais em branco*. Esse sistema de tipificação que se tornou

conceitos amplos e porosos para a redação dos preceitos normativos.¹³ Essa indeterminação criada por intermédio da própria técnica de tipificação de condutas, juntamente com a proliferação de delitos de mera conduta, que prescindem da demonstração do

freqüente traduz-se no fato de que a fórmula de composição do tipo penal é essencialmente normativa e não naturalista, ou seja, a descrição da ação, com referências materiais ou sociais, vê-se substituída pela referência à regulamentação técnico-administrativa, cuja transgressão é penalmente sancionada. Como critica Sgubbi, "con una fuerte caída de la taxatividad; la ley penal tutela 'funciones', tutela 'partizipalien': la incriminación no reenvía a referentes materiales o sociales para la especificación del mandato, sino que lo hace a un referente normativo; esto es, remite todavía a otras, según un esquema ramificado que en cada pasage se vuelve más complejo e inextricable, involucrando categorías y figuras jurídicas (tradicionales y nuevas) terminologías y datos técnicos, nociones especializadas, lenguajes sectoriales". SGUBBI, Filippo. *El delito como riesgo social: Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 1998, p. 72.

¹³ José Eduardo Faria chama a atenção para o problema da polissemia, gerado pelo uso intensivo de cláusulas gerais, normas programáticas e conceitos jurídicos indeterminados, asseverando que "... a tendência é a de que, quanto maior for a complexidade sócio-econômica, mais acentuado se torna o caráter polissêmico das normas, por causa desses conceitos flexíveis, porosos, tópicos, indeterminados e programáticos, como 'bem comum', 'justo equilíbrio', vedação de 'cláusulas contratuais abusivas' e proibição de 'onerosidade excessiva' ou como 'sociedade livre, justa e solidária' (Constituição Federal, art. 3.º, I), 'abuso de poder' e 'força maior social', obrigando o intérprete a definir seu sentido e seu conteúdo a partir das singularidades dos casos concretos. Essa polissemia tem uma dimensão paradoxal. Se por um lado ela decorre muitas vezes do comportamento às vezes experimental, às vezes errático do legislador, diante do desafio de tipificar situações cada vez mais particulares ou específicas, por outro também resulta de uma estratégia pragmática por ele conscientemente adotada para dar conta daquela complexidade, regulando interesses bastante diversificados numa mesma norma ou, então, conciliando mudança e permanência num dado texto legal". FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 132.

dano, permitem que o direito penal abarque uma gama cada vez mais alargada de situações e indicam desde logo uma forte tendência à diminuição das exigências de provas para a imputação.¹⁴

Esses mecanismos voltam-se à utilização do direito penal como instrumento para afrontar as agressões ao meio ambiente e a outros bens coletivos em face dos riscos técnico-ecológicos. Em última instância, tais estratégias buscam a eficácia na obtenção da segurança e inserem-se em um clima político voltado à estabilização da confiança dos cidadãos na inviolabilidade da ordem jurídica.¹⁵

Tendo essas características gerais como pano de fundo e partindo da mesma diagnose formulada por Figueiredo Dias, serão abordadas a seguir algumas dessas linhas da tendência político-criminal resultante da transposição do paradigma da sociedade do risco para a discursividade penal, que, a nosso ver, podem ser consideradas as mais significativas, pois redundam em alterações qualitativas na intervenção penal.

¹⁴ A respeito dessa hipótese, ressalta Urs Konrad Kindhäuser que, às vezes, extraem-se da imputação certos elementos do injusto para tratá-los como condições objetivas de punibilidade que, assim, não necessitam estar em relação com o dolo ou com a imprudência do sujeito. Alerta, ainda, o autor que, em outros casos, criam-se novos delitos, similares aos já existentes, aos quais simplesmente faltam elementos fundamentais do injusto original, que, portanto, não necessitam ser demonstrados. Cf. KINDHÄUSER, Urs Konrad. Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto em el ámbito del Derecho Penal Económico. In: *Hacia um derecho penal económico europeo, jornadas en honor del Prof. K. Tiedemann*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 441-452.

¹⁵ "Las teorías de la prevención general positiva ya no sitúan el efecto buscado de la amenaza penal y de la ejecución penal en la intimidación ('negativa') de los sujetos con inclinación a delinquir, sino en la estabilización ('positiva') a largo plazo de la confianza de todos los ciudadanos en la inviolabilidad del orden jurídico penal". HASSEMER, Winfried. Perspectivas del derecho penal futuro. *Revista Penal*. Barcelona, n. 1, 1998, p. 38.

2.2 A EXTENSÃO DA PROTEÇÃO PENAL A BENS JURÍDICOS SUPRA-INDIVIDUAIS¹⁶

Ao se pretender oferecer tratamento penal às ameaças criadas pelos novos riscos tecnológicos, logo se verifica que tais situações transcendem a lesão a um bem individual, ligado a uma vítima bem definida. Assim, se os riscos tecnológicos e seus efeitos macrosociais direcionaram a preocupação da sociedade à proteção dos

¹⁶ Utilizaremos, ao longo deste trabalho, de maneira indistinta, as expressões bens *supra-individuais*, *meta-individuais*, *transindividuais*, *coletivos*, *difusos* e *universais*, embora tenhamos conhecimento de que há discussão doutrinária no sentido de diferenciá-los. De qualquer maneira, ainda que não se admita a hipótese da sinonímia, importa, para os fins do presente estudo, o fato de que todas essas referências situam-se na mesma ordem de bens jurídicos que não podem referir-se a um sujeito individual. Nesse sentido, Mata Barranco afirma que “el debate sigue siendo confuso, como pone de manifesto una terminología jurídica que alude indistintamente a bienes supraindividuales, universales, colectivos, institucionales, macrosociales, de interés plural, generales, difusos, sociales, multipersonales, estatales, plurisubjetivos etc., denominaciones que en todo caso presentan el rasgo común de hacer referencia a intereses que no pueden referir-se con exclusividad a um sujeto individual com facultad de disposición sobre ellos”. MATA BARRANCO, Norberto J. de la. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa*: Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados em uma autorización administrativa ilícita. Barcelona: Cedes, 1996, p. 42. Conforme já asseverou Mancuso, “... no Brasil, autores de valiosa monta declararam utilizar ‘indiferentemente’, como sinônimos, as expressões interesse difuso, coletivo, de grupo, meta ou supra-individual, embora reconheçam haver, na doutrina, tentativas respeitáveis de distinguir esses conceitos”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos*: Conceito e legitimação para agir. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 76. De outra parte, cumpre lembrar que a própria Ada Pellegrini Grinover, que buscou distinguir esses conceitos e fixar uma terminologia, acabou por admitir que estamos no mesmo campo, “... no campo dos interesses meta-individuais, supra-individuais, coletivos” (A problemática dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 29-35).

interesses supra-individuais, universais ou coletivos, também o direito penal foi chamado a intervir nessa área. Como se analisará a seguir, tal processo impulsionou uma mudança consistente no aparato penal: de um padrão de proteção a bens individuais para um modelo de intervenção penal que se ocupa das questões supra-individuais.

2.2.1 O processo de *desmaterialização* dos bens jurídicos

É característica fundamental do direito penal moderno o princípio de que a lei penal, quando faltem outros instrumentos com menor incidência sobre a liberdade e a personalidade individual, deve se encarregar de reprimir aqueles comportamentos impregnados de danosidade social.

Como consequência dessa concepção clássica e diante da necessidade de critérios que permitissem a limitação material do *ius puniendi*, surgiu a noção de bem jurídico. Foi com a obra fundamental de Birnbaum, datada de 1834,¹⁷ que se formulou o conceito de delito como lesão a um bem, em contraposição à concepção formalista de Anselmo von Feuerbach de delito como vulneração de um direito subjetivo.¹⁸ Com isso, iniciou-se o processo de racionalização da teoria do bem jurídico, que acabou por se converter na matriz definidora e legitimadora do direito penal.

Segundo essa teoria, a toda norma jurídico-penal subjazem juízos de valor positivo sobre bens vitais imprescindíveis para

¹⁷ Trata-se da seguinte obra: BIRNBAUM, J. M. Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens. *Archiv des Kriminalrechts*. Neue Folge, 1834.

¹⁸ Feuerbach (1775-1833) foi um dos fundadores da ciência penal alemã e concebeu o conceito anteriormente vigente de que o delito é uma vulneração de direitos de liberdade, garantidos pelo contrato social e assegurado por meio das leis penais. Ou seja, o objeto do delito seria sempre direitos subjetivos dos cidadãos. Segundo essa concepção, os direitos subjetivos de liberdade gozam de um *status* pré-positivo e o Estado assegura esses direitos previamente dados e contra determinados tipos de ameaças, por intermédio das leis penais.

a satisfação das necessidades humanas e, portanto, para a convivência humana em sociedade, que são, por isso, merecedores da proteção por meio do poder coativo do Estado.¹⁹ Assim, o bem jurídico constitui o ponto de partida e a idéia que preside a formação do tipo penal.²⁰

A noção de bem jurídico trouxe à ciência penal a possibilidade de diferenciar o tipo penal de seu substrato ou objeto de proteção e, assim, compreender os valores aos quais o ordenamento jurídico concede ou não dignidade jurídico-penal, de acordo com a sua ordem axiológica constitucional.

Para afastar o perigo inerente à idéia de funcionalidade social, que poderia levar à proteção penal de valores morais – a exemplo do que veio a acontecer na escola nacional-socialista de Kiel, que direcionou o aparato punitivo à proteção do denominado *são sentimento do povo alemão*²¹ –, conferiu-se ao conceito de bem jurídico uma referência central ao indivíduo.²²

¹⁹ Embora ainda exista uma série de discussões acerca do conceito preciso de bem jurídico, há um consenso relativamente largo sobre o seu núcleo essencial, que se refere a todo o interesse humano que requer proteção penal. Cf. HASSEMER, Winfried. *Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. Doctrina Penal*. Buenos Aires, n. 12, abr.-set. 1989, p. 275-285; SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 270.

²⁰ Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Bosch, v. 1, 1981, p. 9-10; 315-316 e 350.

²¹ Cf. HIRSCH, Hans Joachim. *Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico*. In: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000, p. 371-387. Comenta esse autor que “los partidarios de esa opinión desecharon el concepto de bien jurídico, por cierto en general, por ser liberal. En lugar de esto se partió del delito como lesión del deber. Según ello, el derecho penal no debería ser a la protección de bienes jurídicos, sino a proteger los valores comunes en el sentido de entonces llamado ‘sano sentimiento del pueblo’. El concepto de bien jurídico y los límites del derecho penal que él exige fueron considerados por la escuela de Kiel como un obstáculo molesto para un derecho penal nacionalsocialista estructurado en sentimientos y fidelidades”.

²² “Situando la autorrealización del individuo como elemento central del concepto de bien jurídico (que sigue manteniendo el ya aludido

Fundamentado na concepção trazida por Hans Welzel de que *o valor é uma conexão do objeto ao eu*,²³ o conceito de bem jurídico esteve, historicamente, lastreado na relação da pessoa com o bem. Segundo tal premissa, o objeto da violação reside não no bem em si, mas na sua relação com o sujeito – o que constitui o substrato antropocêntrico da teoria tradicional do bem jurídico, denominada *monista pessoal*.²⁴ Assim, por exemplo, a vida, a integridade física, a dignidade, a honra ou o patrimônio, enquanto bens jurídico-penais, expressam-se sempre na relação do sujeito com o objeto de valoração, o que acaba por determinar o valor do próprio bem. Desse modo, a mutabilidade operada nessa relação do bem com os indivíduos é que estabeleceu, em cada momento e em cada época, a cristalização de tipos legais de crimes bem diferenciados.²⁵ Em suma, a idéia chave dessa teoria é a de que só ascendem à condição de bens jurídicos objetos que tenham um conteúdo de valor para o desenvolvimento do homem em sociedade. E, em contrapartida, aquilo que não afeta as possibilidades de realização individual não é punível.

Tudo isso pressupõe que o conceito de bem jurídico traduza um conteúdo material, uma certa *corporização substanciável*, e

elemento de la dañosidad social) se resuelve, según creo, el problema que plantea Octavio de Toledo, en su crítica a las concepciones del funcionalismo: a saber, que el Estado, movido por los grupos hegemónicos, quiera castigar todos los hechos disfuncionales respecto al sistema de producción y distribución, del que éstos son beneficiarios, y no quiera castigar hechos que, pese a ser lesivos, resultan funcionales al mismo. En efecto, a partir de la referencia individual del concepto de bien jurídico, hechos disfuncionales que no afecten a las posibilidades de autorrealización del individuo no serán punibles”. SÁNCHEZ, *Aproximación...*, p. 270.

²³ Segundo Welzel, a estrutura material do valor é relacional, ou seja, a conexão intencional do eu com o objeto é que determina o valor. Cf. WELZEL, Hans. *Un nuevo sistema del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1966.

²⁴ Cf. DIAS. *Temas básicos da doutrina penal...*, p. 174.

²⁵ Cf. COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 186.

que, por isso, seja capaz de indicar o que pode ser legitimamente tutelado pelo direito penal. Em outras palavras, entende-se que o bem jurídico tem sido o vínculo do direito penal com a realidade social e vem desempenhando papel fundamental na construção do tipo de injusto e na delimitação da atuação do instrumento penal, o que lhe confere "... una función crítica y transcendente al sistema penal, entendiéndose como critério decisivo para uma política criminal expresiva del Estado Social de Derecho".²⁶

Entretanto, essa acepção de bem jurídico vem sofrendo uma crise profunda que acaba por questionar sua função mais significativa, qual seja, a de legitimar e delimitar a intervenção penal. Isso em razão, fundamentalmente, da incorporação de bens jurídicos supra-individuais, imateriais e imprecisos ao espectro de proteção jurídico-penal.

A adaptação do direito penal ao paradigma da sociedade do risco revela o predomínio, na mais recente tendência político-criminal, de iniciativas voltadas à prevenção em grande escala de situações problemáticas e ao estabelecimento de garantias públicas a favor de bens de conteúdo amplo e abstrato, em detrimento de um paradigma direcionado à repressão pontual de lesões concretas a bens jurídicos individuais.

Na análise de alguns autores, dentre os quais Urs Konrad Kindhauser ocupa posição paradigmática, trata-se de um movimento altamente necessário e irreversível no estágio de desenvolvimento social em que nos encontramos, em que já se reconheceu a importância de se tutelar os bens de natureza coletiva.²⁷ Destaque-se, ainda, a esse respeito, os comentários de Bernd Müssig, no sentido de que, "... si se quisiera reducir la garantía jurídico-penal

²⁶ MOCCIA, Sérgio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (Org.). *Política criminal y nuevo derecho penal*. Barcelona: Bosch Editor, 1997. p. 114.

²⁷ Cf. KINDHAUSER, Urs Konrad. *Universitas*, 1992, p. 231 apud BUERGO, Blanca Mendoza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo...*, p. 74. Acompanham esse posicionamento, dentre outros, Stratenwerth, Kuhlen, Schünemann e, na Espanha, Mata y Martín.

de forma consecutiva a aquelas expectativas de conduta cuja función social afecta únicamente a la conformación general de contactos sociales directos – al conflicto inmediato, cara a cara –, esto conduciría en última instancia a un desacoplamiento de la garantía jurídico-penal respecto de la configuración de la sociedad: el derecho penal garantizaría con ello en una sociedad de la modernidad la configuración de una sociedad premoderna”.²⁸

Entretanto, na perspectiva da teoría do bem jurídico, as consequências disso referem-se a uma significativa mudança na compreensão do conceito de bem jurídico, consistente no seu distanciamento da objetividade natural, bem como do eixo individual, para focar a intervenção penal na proteção de bens jurídicos universais ou coletivos, de perfis cada vez mais vagos e abstratos – o que visivelmente destoa das premissas clássicas que dão o caráter concreto e antropocêntrico do bem a ser protegido. Trata-se do denominado processo de *desmaterialização* do bem jurídico.²⁹

Além disso, os bens de conteúdo amplo e titularidade difusa demandam, para a sua proteção, a operacionalização da tutela de maneira distinta do paradigma tradicional, justamente porque a sua plasticidade torna extremamente difícil a delimitação da causalidade e do dano. Exige-se, portanto, um distanciamento da realização efetiva da agressão, em favor da criminalização formal de condutas supostamente lesivas ou perigosas.

Com isso, nas áreas influenciadas pelo aparecimento dos novos riscos, renuncia-se ao modelo estruturado em torno da punição de ações que se orientam imediatamente ao ataque de um bem, para voltar o aparato penal à incriminação de feitos que frequentemente não passam de mera transgressão a uma norma organizativa, sem qualquer resultado concreto.

²⁸ MÜSSIG, Bernd. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema. *Revista de Derecho penal y Criminología*. Madrid, n. 9, jan. 2002, p. 169-208.

²⁹ Cf. MÜSSIG, Bernd. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema. *Revista de Derecho penal y Criminología*. Madrid, n. 9, jan. 2002, p. 169-208.

Para compreender essas transformações na estrutura do bem jurídico, cumpre remeter a seus antecedentes, que se situam na forma de intervenção penal típica de Estados dirigistas.

Filippo Sgubbi³⁰ estuda esse fenômeno político-criminal no Estado Social e identifica, nesse período, dois processos de ampliação da proteção penal de bens: o da criação artificial e o da nacionalização de bens jurídicos.

O primeiro deles refere-se ao monopólio estatal da proteção de bens em função da criação artificial desses bens. Trata-se de bens supra-individuais institucionais, em princípio despojados de um sustento social e cultural, aos quais, em determinado momento, considerou-se necessário dar vida e garantir, por coincidirem com os fins estatais. Citem-se, como exemplo, as normas penais de regulação da atividade econômica, dirigidas a sancionar a inobservância de um preceito regulador, em vista de uma utilidade pública.³¹

³⁰ Cf. SGUBBI. *El delito como riesgo social...*, p. 63-68.

³¹ No mesmo sentido, Paulo Silva Fernandes afirma que o direito penal econômico "... é de natureza 'artificial' ou construído pelo dever histórico-social, nomeadamente movido pelo intervencionismo do Estado moderno no desenrolar da economia. Assim, não conta com aquele substrato onto-antropológico definido e sedimentado, ao contrário do que sucede com os bens jurídicos, chamemo-lhes, 'clássicos', como a vida ou a integridade física. A sua conformação concreta dar-se-á, também por via disso, através de eleição muitas vezes *posterior* à dignidade de bens jurídicos penalmente *protegíveis*, uma vez que já resultam *protegidos* pela lei penal. Assim, o resultado será o aparecimento de, *a latere* dos delitos clássicos, muitos outros que muito pouco em comum têm com aqueles, seja a nível de sedimentação histórica e social, seja quanto à direcção do âmbito de protecção que tomam, o que se torna particularmente impressivo no domínio dos (novos) bens jurídicos do Direito Penal Económico, donde se pode retirar, também, o seu carácter de bens jurídicos *mutáveis* e *normativamente orientados* para o prosseguimento de um determinado objectivo político-económico, decantável em cada contexto histórico. Não obstante essa plasticidade, a sua importância é indiscutível: eles são fundamentais para a ordenação do sistema económico, cujo funcionamento, dentro de mais ou menos apertados espartilhos de legalidade e transparência, pretende regular-se de

De outro lado, tem-se a formação do monopólio do bem jurídico por meio da nacionalização ou expropriação de bens pelo Estado. Em razão das demandas por proteção dos interesses coletivos e difusos, ligados principalmente à qualidade de vida a ao conteúdo dos direitos sociais (*e.g.*, meio ambiente, saúde pública, segurança do trabalho etc.), o Estado Social passa a atuar na tutela desses bens, por meio da expropriação direta de seus titulares originários, convertendo-os em fins a serem perseguidos pelo próprio Estado. Assim, o bem jurídico passa a ser protegido penalmente não enquanto pertencente a sujeitos individuais ou coletivos, mas enquanto bem apropriado pelo próprio Estado e transformado em objeto de sua soberania.

Na base desse processo encontra-se a idéia de que a disciplina normativa pública constituiria a melhor instituição para otimizar o gozo dos bens, ou seja, uma regulação político-normativa produziria sobre os bens resultados mais desejáveis do que a sua exposição ao jogo de forças da sociedade civil. Assim, a regulação dos bens criados ou expropriados pelo Estado dirigia-se à regulação de certos setores socialmente relevantes e destinava-se à organização dos meios e dos modos para se alcançar os fins estatais.

Nesse contexto, o direito penal apresentou-se como instrumento privilegiado para operacionalizar políticas concernentes a esses bens, embora eles tradicionalmente não se enquadrassem nas especificações de bens jurídico-penais. Em suma, no lugar da garantia do desenvolvimento natural da livre persecução de fins individuais surge, no Estado de bem-estar social, uma política criminal voltada a colaborar com a organização artificial das finalidades do Estado, de acordo com as valorações estatais de conveniência e oportunidade.

forma eficiente, recorrendo-se muita vezes, para tanto, à técnica da tipificação de condutas de *perigo abstrato*, antecipando-se, portanto, a protecção penal conferida". FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal: Panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 84-85.

Portanto, no caso das normas de organização e das normas penais que sancionam a sua inobservância, está ausente um propósito de efetiva tutela. Tais normas traduzem-se em proibições com finalidade autônoma, que vedam ações humanas não por serem lesivas a um bem, mas quando possam dificultar o atingimento de um determinado objetivo pelo Estado.

Essa é considerada a gênese do processo de desmaterialização ou espiritualização do bem jurídico, que, segundo Sgubbi, pode ser explicado pela identificação do bem com um fim social, mediante o abandono de qualquer materialidade pré-positiva.

Tal tendência, que teve início durante o modelo do Estado Social, marcadamente no caso dos delitos econômicos, acentuou-se com as recentes demandas de proteção da sociedade do risco, voltadas, com maior ênfase, à proteção de bens supra-individuais que se viram, de alguma maneira, afetados pela evolução tecnológica. Conforme ilustra Sérgio Moccia, “desde finales de la década de los sesenta se assiste en varios ordenamientos, si bien en circunstancias distintas, a un progresivo y probado incremento del interés por el análisis de bienes colectivos que frecuentemente interseccionan entre si y que están relacionados con la evolución tecnológica, del sistema económico y de las estructuras societarias. Estos bienes recogen intereses ligados al medio ambiente, a la salud, a la seguridad e higiene en el trabajo, a los alimentos o a la economía, e incorporan problemas de bienestar, tanto en el ámbito individual como supraindividual”.³²

Ocorre que os bens a proteger nesta sede são de textura e conteúdo acentuadamente amplos e indeterminados. Tais características, aliadas à falta de ligação imediata a valores individuais, trouxeram dificuldades à atuação de um direito penal que, tradicionalmente, reagia perante a lesão ou a palpável perigo, causados a concretas condições de vida de uma vítima bem determinada.

Ademais, a tutela penal de novos bens coletivos destaca-se não só pela contradição com a noção clássica individualista de bem

³² Cf. MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. In: SÁNCHEZ, *Política criminal y nuevo derecho...*, p. 113-142.

jurídico, mas por trazer, de modo implícito, uma propensão a substituir a proteção de bens concretos pela proteção de funções, instituições e modelos de organização.³³ Dito de outra maneira, ensaia-se a utilização do direito penal como alternativa de controle de condutas danosas a interesses funcionais para o bem-estar da coletividade, notadamente a coesão e a credibilidade do ordenamento jurídico, e de reforço das normas e funções administrativas.

Nessa linha de raciocínio, insere-se a análise de Baratta sobre as manifestações afetas às transformações da teoria do bem jurídico, que recebem o nome de *dinamização dos bens jurídicos*:³⁴

Dinamización de los bienes jurídicos posee por lo menos dos significados: en primer lugar, un desplazamiento en la relación entre Estado y sociedad en relación con la producción y protección de bienes jurídicos. En el modelo del Estado liberal clásico, el Estado de la certeza del Derecho, los substratos reales de los bienes jurídicos son producidos en la sociedad civil, preconstituídos en relación con las funciones públicas. En el Estado de la prevención, los bienes jurídicos por proteger son, cada vez más, "bienes" producidos por el Estado mismo, conciernen a infraestructuras, complejos administrativos y funciones que tienen que ver con la actividad del Estado y de los entes públicos.

En segundo lugar, el Estado de la prevención asume por sí mismo, ampliamente, la distribución de los bienes producidos en la sociedad civil, el control de su producción, así como la administración de los riesgos que acompañan a la producción. La administrativización del Derecho penal, en el sentido de la tendencia de las normas y de las decisiones penales a devenir accesorias a norma y funciones administrativas, constituye entonces, sólo un aspecto de una administrativización general del Estado. De garante de la certeza del Derecho (o sea de las reglas del juego y del espacio jurídico en el que se realizan las relaciones de

³³ Cf. BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo...*, p. 73.

³⁴ Expressão utilizada por Baratta, inspirado por Denninger.

producción y los relativos conflictos), el Estado se transforma en garante de la seguridad de los bienes, administrador de los riesgos anexos a la producción de ellos y de los conflictos que los acompañan.

El segundo aspecto de la transformación de los sistemas penales indicado por el término “dinamización de los bienes jurídicos”, hace relación al desarrollo de técnicas de imputación de responsabilidad penal que anticipan la esfera de punibilidad a fases anteriores de la conducta en las cuales no se ha realizado todavía una lesión efectiva de bien tutelado.³⁵

Em suma, o fenômeno até aqui exposto, caracterizado pelo distanciamento do típico entendimento do bem jurídico, de visão antropocêntrica e orientado a bens claramente particularizados – o qual vem sendo denominado indistintamente de *desmaterialização*, *espiritualização* ou *dinamização* do bem jurídico –, traz uma série de consequências para a própria teoria do bem jurídico e acaba por afetar questões centrais da teoria do delito, que serão especificamente abordadas nos próximos itens deste trabalho.

2.2.2 Os delitos de transgressão

A necessidade de resguardar bens universais, de conteúdo amplo, que correspondem a realidades abstratas trouxe sérias dificuldades de adequação e eficiência para os critérios tradicionais de incriminação baseados na lesão ao bem protegido. Diante disso, idealizou-se, no nível da política criminal, a proteção jurídico-penal desses bens por meio do estabelecimento de patamares de segurança, compostos por normas de conduta que, se observadas, seriam em tese idôneas para resguardá-los.³⁶

³⁵ BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. *Pena y Estado*. Barcelona, n. 1, 1991, p. 37-55.

³⁶ Segundo Vega, “al ser los bienes jurídico-penales supraindividuales, por lo general, realidades abstractas, se va a traducir en el hecho

Em torno dessa idéia, toma corpo um setor específico do ordenamento jurídico, de perspectiva funcionalista e frequentemente de natureza administrativa, cuja tarefa é dirigir comportamentos a fins estabelecidos. A consequência disso, na esfera penal, revela-se no fato de que as normas incriminadoras passaram a ser encaradas como acessórias a essas ordenações. Assim, os tipos penais passaram a ser construídos não sobre a descrição de um fato bruto, não institucionalizado, mas sobre a violação de regras técnicas e burocráticas de administração do bem, ou seja, incorporam comportamentos que se supõem nocivos e desviantes menos pelo impacto que causam no mundo real e mais por significarem uma violação ao padrão de segurança estabelecido. Em outras palavras, o tipo penal não descreve a ação tida como delituosa, como no caso do homicídio ou da fraude, mas descreve apenas a sua moldura, que será preenchida pela administração pública. Apropriando-nos do exemplo utilizado por Hassemer: o tipo penal diz, genericamente, que quem polui a água será sancionado, mas quem fixa os limites de poluição e o momento em que começa o ato criminoso é o direito administrativo, isto é, é uma norma de direito administrativo que estatui que quem joga um quilo de sal em um rio não comete um delito, mas quem joga uma tonelada sim, pois ultrapassou o limite de segurança estabelecido.³⁷

Desse modo, os ilícitos penais passam a se manifestar como transgressão de um dever e não têm necessariamente relação

de prescindir o relegar a un segundo plano la materialidad consistente en las consecuencias dañosas, acudiéndose a nuevas pautas de actuación penal. Ahora, lo fundamental no es el hecho en sí, sino los standars construidos sobre la base de una amplia variedad de comportamientos que, según la experiencia, se señalan como idóneos para incidir negativamente en los intereses que se pretenden tutelar penalmente. En consecuencia, los delitos de peligro abstracto se configuran no como hechos nocivos para el bien jurídico-penal colectivo, sino, ante todo, como una desviación de los estándares". VEGA, Dulce Maria Santana. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000, p. 167.

³⁷ Cf. HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 8, out-dez. 1994, p. 45.

imediatamente com um bem material, isto é, "... la frecuencia y el rigor represivo de las incriminaciones no están graduados com relación a la entidad de la ofensa o a la peligrosidad (para el bien individual o para el orden político) de la conducta típica o la peligrosidad subjetiva del agente, sino que están 'parificados' con la transgresión. Es que la fórmula de composición de las incriminaciones es esencialmente normativa y no naturalista: reclama un incumplimiento, una inobservancia, y no un tipo de hecho y ni siquiera un tipo de sujeto agente".³⁸

Teoricamente, as incriminações das infrações a normas de conduta têm, em seu fundamento, uma relação hipotética entre a ação e a produção de um perigo ou dano ao bem jurídico. Entretanto, o vínculo desses delitos de mera conduta com o bem jurídico é remoto e eventual. Em realidade, afastando-se das premissas materiais da teoria do bem jurídico, a vulneração da norma penal pode ser interpretada como simples violação de um dever outrora positivado. Em outras palavras, o ilícito penal consiste na infração do dever de observar uma determinada norma, concentrando o injusto muito mais no desvalor da ação que viola o *standard* de segurança do que no desvalor do resultado – que se faz cada vez mais difícil identificar ou mensurar. Assim, em vez do tradicional elemento de lesão ao bem jurídico, aparece como pressuposto legitimador da imputação a desaprovação do comportamento que vulnera um dever definido na esfera extrapenal.

Já não se trata, portanto, de castigo ou repressão aos danos individuais e concretos, mas à inobservância de normas organizativas. Melhor dizendo, a proteção penal refere-se, agora, à tutela de condições ou patamares de segurança estabelecidos em instâncias extrapenais, que se estimam necessários à manutenção de determinado sistema. Segundo esse mecanismo, não é relevante se a vulneração do padrão afeta de maneira efetiva o interesse final, razão da incriminação.³⁹ Em síntese, as tipificações de mera

³⁸ SGUBBI. *El delito como riesgo social...*, p. 71.

³⁹ Cf. MOCCIA, Sérgio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones post-modernas y reflujos iliberales. In: SÁNCHEZ, *Política criminal y nuevo derecho...*, p. 113-142.

conduta não perseguem a conservação de objetos, mas a manutenção da vigência da norma.

Na prática, o que se dá é uma certa aproximação de algumas áreas do direito penal com a estrutura e a finalidade do direito administrativo. Nessas hipóteses, deixa de ser prioritária ao direito penal a proteção direta a bens concretos, em casos concretos, segundo a danosidade do ato e os padrões individuais de imputação, para, a exemplo da regulamentação administrativa, ordenar, de modo geral, campos de atividades e reforçar, mediante sanções, um determinado modelo de gestão setorial. Isso tudo sem seguir os critérios de lesividade concreta, mas segundo os padrões de oportunidade, diante de uma contemplação geral e estatística de um gênero de condutas.⁴⁰ Por tais características, diz-se que

⁴⁰ Por ocasião dessa análise, vale trazer a lume as considerações de Silva Sánchez acerca das características do direito administrativo: "El Derecho administrativo sancionador es el refuerzo de la ordinaria gestión de la Administración. Así cabría afirmar que es el Derecho sancionador de conductas perturbadoras de modelos sectoriales de gestión. Su interés reside en la globalidad del modelo, en el sector en su integridad, y por eso tipifica infracciones y sanciona desde perspectivas generales. No se trata aquí del riesgo concreto como riesgo en sí mismo relevante e imputable personalmente a un sujeto determinado, sino que lo determinante es la visión macroeconómica o macrosocial (las 'grandes cifras'; el 'problema estructural' o 'sistémico'). Precisamente por ser ésta su perspectiva propia, el derecho administrativo sancionador no precisa, para sancionar, que la conducta específica, en sí misma concebida, sea relevantemente perturbadora de un bien jurídico, y por ello tampoco es necesario un análisis de lesividad en el caso concreto. Del mismo modo, tampoco parece haber reparos para aceptar que el Derecho administrativo sancionador no se rija por criterios de legalidad en la persecución de los ilícitos, sino por puros criterios de oportunidad. Lo que es necesario, más bien, es que el género de conductas represente, en términos estadísticos, un peligro para el modelo sectorial de gestión o, si se quiere, en términos tecnocráticos, para el buen orden del sector de actividad determinado. En esta medida el Derecho administrativo sancionador es el Derecho del daño cumulativo, que exige de una valoración del hecho específico, requiriendo sólo una valoración acerca del cuál sería la transcendencia global de un género de conductas." SÁNCHEZ,

desaparecem as fronteiras entre a natureza repressiva e reativa do direito penal e a função preventiva e pró-ativa da polícia.⁴¹

Tal cenário vem associado à aspiração de que o direito penal da sociedade do risco deve evitar a ocorrência de condutas geradoras de riscos e assim garantir um pretenso estado de segurança. Segundo Klaus Günter, "la concentración en el desvalor de la acción se ha intensificado de modo relevante a la vista de los riesgos de las modernas sociedades industriales. Ahora ya no son simplemente necesidades metodológicas de una coherente integración de clases periféricas de delito y de especiales modalidades de acción en el Derecho penal ni tampoco intereses ideológicos en el sometimiento del individuo a los intereses de la comunidad, sino los, en parte, dramáticos riesgos que en una sociedad moderna pueden derivarse de formas de conducta peligrosa, los que sitúan en primer plano la vulneración de la norma de conducta".⁴²

Como se vê, são os objetivos de evitamento do risco que situam a intervenção penal na garantia da segurança do sistema, momento que precede a concretização do dano. Por isso, o resultado, ou seja, a lesão ao bem jurídico, passa a ser tão-somente o eventual exaurimento de um risco incrementado por um comportamento desaprovado.

Segundo essa perspectiva, a legitimação material do direito penal reside na função social da própria norma de conduta que ele protege.⁴³ É por isso que no âmbito da sua teoria do delito,

Jesús-Maria Silva. ¿Política criminal 'moderna'? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo código penal español. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Buenos Aires, n. 9-A, set. 1999, p. 655-674.

⁴¹ Cf. HERZOG, Félix. Algunos riesgos del derecho penal del riesgo. *Revista Penal*. Barcelona, n. 4, jul. 1999, p. 54-55.

⁴² GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un 'cambio de paradigma' en el Derecho Penal? In: *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 503.

⁴³ "El derecho penal garantiza – desde la perspectiva del conjunto de la sociedad – el derecho como estructura de la sociedad y, con ello, la configuración fundamental de ésta; y desde la perspectiva

Jakobs concebe como função da pena resguardar a própria validade da norma. A pena serviria para exercitar a fidelidade ao ordenamento jurídico.⁴⁴

Tal linha teórica mostra-se adequada às exigências de segurança perseguidas na sociedade do risco. É que, especialmente no ambiente de descoberta dos novos riscos tecnológicos, a segurança passou a ser um bem merecedor de proteção. Nessas circunstâncias, a proteção da vigência da norma deixa de ser encarada como um fim em si mesmo para aparecer como um fim material do direito penal, sem o qual não haveria o mínimo de confiança e tranquilidade de expectativas para usar e gozar de direitos e bens.

individual garantiza las condiciones fundamentales de las interacciones sociales misma: el modelo fundamental de orientación para la configuración de los contactos sociales. Esta concepción contiene un momento preventivo sólo en la medida en que la existencia misma de estructuras actualiza la dimensión social de la comunicación y, con ello, la del propio sistema social; en consecuencia la confirmación demostrativa de las estructuras existentes remite hacia el futuro. (...) La legitimación material de las normas jurídico-penales particulares es un cuestionamiento crítico del sistema del derecho penal desde una perspectiva social de conjunto; la determinación del contenido de tales normas refleja la identidad y la configuración de la sociedad. El punto de partida de la legitimación material es por tanto, en primer término, la norma de conducta misma. Ésta ha de ser considerada como parte integrante de la configuración de la sociedad; ello quiere decir que en primer lugar se ha de mostrar el contexto social que configura la norma. Por este motivo se propone aquí plantear los criterios de la legitimación jurídico-penal sobre una base sociológica: el criterio es la función social de una norma de conducta." MÜSSIG, Bernd. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema. *Revista de Derecho penal y Criminología*. Madrid, n. 9, jan. 2002, p. 169-208.

⁴⁴ Cf. JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte general*. Fundamentos y teoría de la imputación. 2 ed. Madri: Marcial Pons, 1997 e, para uma das críticas à sua posição, BARATTA, Alessandro. Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión em la perspectiva de la criminología crítica. *Pena y Estado*. Barcelona, n. 1, 1991, p. 37-55.

Nessa linha, a tutela de expectativas de segurança pode ser vista como uma espécie de meio para se alcançar a proteção de bens jurídicos. É nesse contexto que se manifesta um relevante movimento teórico que vislumbra a proteção da vigência da norma⁴⁵ como um fim legítimo e primordial do direito penal.⁴⁶

Em suma, a discussão acerca da proteção a bens jurídicos penais supra-individuais envolve, além da questão concernente à superação do paradigma monista pessoal, problemas que se referem às dificuldades de sua persecução por meio da aplicação das estruturas tradicionais do delito. Por essa razão, a proteção penal a bens universais, valorados como essenciais ao desenvolvimento da sociedade contemporânea, é viabilizada mediante a utilização de alguns mecanismos de incriminação característicos das novas áreas de regulação penal, que partem da normatização extrapenal e a trazem para o campo do ilícito criminal, como é o caso dos tipos de mera conduta aqui abordados e, também, das incriminações de perigo abstrato e de alguns dos tipos omissivos e culposos – que serão estudados adiante.

2.2.3 O exemplo do bem jurídico ambiental

A evolução do tratamento do bem jurídico ambiental proporciona um caso paradigmático da evolução dos debates sobre as orientações individualistas ou coletivistas de bens jurídico-penais na sociedade contemporânea, revelando-se pertinente para subsidiar a discussão acerca do papel da intervenção penal nas questões suscitadas pelos novos riscos.

⁴⁵ Utilizam essa definição, dentre outros, Shünemann, Schumann e Roxin. Cf. GUIRAO, Rafael Alcacér. ¿Protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia del ordenamiento jurídico? *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Porto Alegre, n. 3, maio/ago. 2001, p. 149-167.

⁴⁶ GUIRAO, Rafael Alcacér. ¿Protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia del ordenamiento jurídico? *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Porto Alegre, n. 3, maio-ago. 2001, p. 149-167.

A introdução do conjunto de bens e valores compreendidos no conceito de meio ambiente no rol dos bens jurídicos merecedores de proteção penal deu-se, inicialmente, por influxo da sua incorporação às finalidades do Estado.⁴⁷ Isto é, sobretudo a partir da década de 70, verificou-se um amplo movimento de constitucionalização do meio ambiente; em decorrência, as constituições mais modernas passaram a exprimir em seus textos, de maneira taxativa, a necessidade de tutela desse bem.⁴⁸

Não obstante um razoável consenso acerca da conveniência de salvaguardar o meio ambiente, inclusive mediante instrumentos jurídico-penais, há, todavia, alguma dificuldade em se traçar os lindes do conceito desse bem.

De fato, quando se começou a projetar a proteção penal do meio ambiente, esclarecia-se que não se tratava de proteger, diretamente, os elementos do ecossistema, mas a vida e a saúde humanas diante dos perigos da deterioração ambiental. Nesse caso,

⁴⁷ Segundo Sgubbi, "el bien 'ambiente' nace como interés colectivo, difuso; nace como interés a la protección (también penal) de necesidades esenciales del hombre; como requerimiento al Estado para el control, la prevención y la represión (también) penal de conductas agresivas para el mismo bien: esto es, para la defensa jurídica del individuo y de la colectividad respecto de conductas que comprometen la forma del territorio, que lesionan o ponen en peligro los recursos naturales y culturales, la salubridad y la higiene de la biosfera, la así llamada calidad de vida. Luego, el bien 'ambiente' ha sido nacionalizado. El proveer a sua defensa se ha convertido en un fin del Estado. Es que resulta que la tutela penal ha sido dispuesta no a favor de un bien jurídico perteneciente a protagonistas (individuales o coletivos) de la sociedad civil, sino más bien a favor de un bien que ha entrado en la titularidad absoluta y exclusiva del Estado. Con ello, el bien 'ambiente' no se presenta más como un dato pre-positivo – esto es, preexistente a la ley penal – sino que se identifica con la norma que lo tutela, tomando de ella la vida y la fisonomía". SGUBBI. *El delito como riesgo social...*, p. 65.

⁴⁸ Cf. PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente*: anotações à Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: doutrina, jurisprudência, legislação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 19-26.

a lesividade do delito deveria vincular-se quase que imediatamente a algum efeito real às esferas protetivas pessoais.

Apenas em um momento posterior do debate ambiental, é que se reconheceu a existência autônoma dos bens jurídicos ditos ecológicos, como a água, o solo, o ar, a fauna, a flora, as condições ambientais de desenvolvimento de espécies etc. Entretanto, na medida em que esses bens fazem parte do espaço vital do homem e, portanto, em última instância, estão referidos à vida e à saúde humanas, fala-se na adoção de uma perspectiva *ecológico-antropocêntrica*, considerada a posição dominante hoje na legislação e na doutrina de diversos países. Conforme acentua Luis Regis Prado, “o conceito de ambiente preferível é o da concepção natural ou intermediária, como uma soma das bases naturais da vida humana. O ambiente vem a ser um bem jurídico autônomo – multimodo – composto de vários elementos diversificados (v.g.: ar, água, solo, flora, fauna etc.), de natureza difusa, supraindividual ou macrosocial”. De outra parte, o autor garante que “o reconhecimento do ambiente como bem *jurídico-penal autônomo* não significa negar sua natureza antropomórfica, ainda que relativa. A indispensável relação ambiente-homem (teoria personalista relativa) lhe é inerente. Isso significa que o ambiente não é um dado absoluto, mas sim referido, afeto ao homem, como seu espaço vital de realização individual e coletiva”.⁴⁹ Nessa mesma linha, Paredes Castañón o qualifica como um bem jurídico eminentemente *funcional*, já que possui sentido tão-só por referência a outros bens e interesses.⁵⁰

Entretanto, o consenso sobre essa definição funcional ou relacional vem sendo frequentemente contestado por posições denominadas puramente *ecocêntricas* ou *biocêntricas*, segundo as quais se protege o meio ambiente por si mesmo, como bem jurídico novo, com entidade própria e não em função de um dano que sua perturbação ocasione a outros valores. Nessa linha, Bernd Schü-

⁴⁹ PRADO. *Crimes contra o ambiente...*, p. 28-34.

⁵⁰ Cf. CASTAÑÓN, José Manuel Paredes. Responsabilidad Penal y “nuevos riesgos”: el caso de los delitos contra el medio ambiente. *Actualidad Penal*. Madrid, n. 10/3, mar. 1997, p. 217-227.

nemann chega a qualificar de retrógrados os ordenamentos jurídicos que trabalham com uma tipificação dos delitos ambientais com referência à integridade física e à vida do homem.⁵¹

Não obstante as discussões doutrinárias existentes sobre o purismo ecocêntrico ou a pessoalidade do bem jurídico meio ambiente, observa-se, na evolução desse conceito, uma forte tendência à abstração. A própria condição de bem *funcional* já nos dá uma boa dose dessa característica, pois determina um certo distanciamento daquilo que se lesiona ou põe em perigo. Além disso, muitas vezes, as próprias referências dirigem-se a entidades igualmente amplas e de difícil conceituação, tais como a qualidade de vida dos cidadãos, a saúde pública, as condições higiênicas de vida, a proteção a gerações futuras etc.

Essa ligeireza de significado suscita um primeiro ponto problemático relacionado à identificação do momento da lesão ou de um risco penalmente relevante ao bem jurídico. O bem jurídico ambiental detém uma escassa capacidade para guiar a interpretação dos tipos por referências diretas à demonstração da lesão ou do perigo causados. Além disso, ostenta dificuldades de prova quanto ao próprio nexo de causalidade entre a ação e o resultado indesejado – já que, sob o ponto de vista científico, paira ainda um considerável grau de incerteza sobre muitas das causas do surgimento dos riscos ecológicos e sobre boa parte dos processos de alteração do equilíbrio do ecossistema, que costumam derivar de fenômenos pouco ortodoxos, por exemplo, a acumulação e a sinergia.⁵²

⁵¹ Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*. Buenos Aires, n. 9, set. 1999, p. 627-653.

⁵² “Efectivamente, en la medida en que muchos de estos ‘nuevos riesgos’ se actúa bajo condicionantes de elevada incertidumbre la aplicación de los principios probatorios habituales en el proceso penal resulta problemática. De otra parte, parece (aunque ello es aún objeto de debate) que mucho de los procesos desarrollados en el seno de los ecosistemas no responden a los modelos causales tradicionales, de signo mecanicista, que nos han venido sirviendo para conectar, por ejemplo, el disparo o la puñalada con la muerte; al contrario, se

Tais aspectos trazem consequências contundentes ao processo de tipificação. É certo que, de um lado, alguns objetos determinados de proteção são pinçados e sobre eles recai uma rigorosa tipificação nos moldes tradicionais, principalmente a título de dano. Isso acontece especialmente nos casos de proteção à flora e à fauna, que permanecem expostos aos riscos tradicionais. Tome-se como exemplo a Lei 9.605/1998 – que sistematiza a tutela administrativa e penal ambiental – que propiciou um incremento dos delitos de resultado envolvendo a fauna, a destruição de florestas, a causação de dano em unidades de conservação e em plantas de ornamentação etc.⁵³ Entretanto, nas questões maiores e sistêmicas, que afetam o bem jurídico ambiental de modo global, encontram-se sérias dificuldades para se distinguir, materialmente, o comportamento lesivo ou perigoso do inofensivo – juízo que deveria anteceder a tipificação de condutas. Diante disso, também no caso dos delitos ambientais, é comum que se recorra ao estabelecimento de patamares de segurança, baseados na observância da legislação ambiental extrapenal, especialmente das disposições administrativas. Assim, na linha antes delineada dos delitos de mera transgressão, os delitos ambientais representam, na sua maioria, ações violadoras das normas que integram o aparato de segurança criado em torno do bem jurídico ambiente. De fato, tendo em vista as circunstâncias afetas a esse bem

diría que en dichos procesos de producen fenómenos de acumulación, adición y sinergia causal difícilmente explicables en términos mecanicistas”. Cf. CASTAÑON, José Manuel Paredes. Responsabilidad penal y “nuevos riesgos”: el caso de los delitos contra el medio ambiente. *Actualidad Penal*. Madrid, n. 10/3, mar. 1997, p. 217-227.

- ⁵³ Pérez del Valle lembra que “... la referencia a los denominados ‘nuevos riesgos’ no alcanza, en realidad, a la todos los delitos contra los recursos naturales. En realidad, la protección penal de la flora y de la fauna está vinculada con frecuencia a ‘riesgos tradicionales’, tal como sucede con los delitos tradicionales de caza y pesca (arts. 334 y ss CP) o de destrucción de flora (art. 332 CP), e incluso con delitos de creación más reciente como el tráfico ilegal de especies protegidas de fauna silvestre (art. 334 CP). En estos casos, no puede hablarse de un cierto fracaso de las reglas de imputación tradicionales”. VALLE, Carlos Pérez del. Sociedad de riesgos y reforma penal. *Poder Judicial*. Madri, n. 43/44, 1996, p. 61-73.

jurídico, que redundam em dificuldades em se perquirir causas, conseqüências e vínculos de causalidade, é consideravelmente mais fácil levar a cabo o processo de definição das condutas típicas a partir de ações apenas hipoteticamente lesivas ou perigosas, quer por divergirem da ordenação extrapenal, quer por se atribuírem a elas, aprioristicamente, conceitos ecologicamente negativos.⁵⁴

Em conseqüência, é possível afirmar que boa parte das condutas contempladas nos tipos penais ambientais não apresenta em si o conteúdo de desvalor que justificaria a intervenção do direito penal. Ao contrário, trabalha-se com uma autêntica presunção: a de que a simples *realização gramatical* do preceito penal⁵⁵ coloca em risco o bem jurídico.

⁵⁴ Na análise que Silva Sánchez empreende da legislação ambiental espanhola, assinala que "... es lo cierto que el legislador penal no há conseguido precisar suficientemente cuál es la medida de 'riesgo penalmente relevante' para el 'medio ambiente' que configura el comportamiento típico (jurídico-penalmente desaprobado) de estos delitos. En realidad, si bien se observa, há cedido los dos juicios fundamentales determinantes de la tipicidad de estas condutas a instancias ajenas a la legislativa y, a su vez, distintas entre si: la administrativa y la judicial. En la Administración (en tanto que productora de normas; que no de actos administrativos) ha delegado la determinación de la primera parte de la medida cualitativa del riesgo penalmente relevante. La conducta típica sólo puede serlo si ha contravenido 'leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente'. En los Jueces y Tribunales ha delegado la determinación del resto de elementos cualitativos y, desde luego, de los aspectos cuantitativos del riesgo relevante. Algo para lo que la referencia a que la conducta 'pueda perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales' resulta muy poco expresiva, en lo que alcanzo ver. Parece claro que la infracción penal debe trascender los límites de la infracción administrativa. Asimismo, que tal transcendência debe determinarse recurriendo a diversos criterios - que el legislador, sin embargo, no explicita". SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Delitos contra el medio ambiente*. Valencia: T. lo Blanch, 1999, p. 21.

⁵⁵ Essa expressão é utilizada por Silva Sánchez em: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. ¿Política criminal "moderna"? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo código penal español. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Buenos Aires, n. 9-A, set. 1999, p. 655-674.

Em alguns casos, o viés estritamente formalista das imputações decorre da necessidade de coibir condutas que, se praticadas massiva ou cumulativamente, poderão acarretar risco ou lesão ao bem jurídico. Trata-se, em um certo sentido, de gerir o bem jurídico meio ambiente a partir de uma visão global e sistêmica. Está-se, mais uma vez, longe de se perquirir a lesividade concreta de cada ação individual.

Não se pode deixar de evidenciar que esse método está sujeito a uma série de contradições por não guardar referências materiais precisas. Por exemplo, nem sempre as ações consideradas hipoteticamente inseguras pelo legislador produzem efeitos negativos ao bem jurídico. De outro lado, há uma série de ações perigosas ao meio ambiente que se apresenta socialmente adequada ou move-se dentro de um espectro considerado de risco permitido.

De um modo geral, pode-se dizer que tal panorama encontra similitude com a lei brasileira dos crimes ambientais (Lei 9.605/1998), na qual se encontram fortemente presentes normas penais em branco, que remetem a ilícitos administrativos, além dos crimes de mera conduta e da utilização freqüente das formas de delitos de perigo abstrato, sem uma consideração *ex post* do resultado. Observem-se, a título ilustrativo, as seguintes condutas típicas trazidas pela mencionada lei: perseguir espécimes da fauna silvestre *sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida* (art. 29); introduzir espécime animal no País *sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente* (art. 31); pescar no período no qual a pesca *seja proibida ou em lugares interditados pelo órgão competente* (art. 34); comercializar motosserra *sem licença ou registro da autoridade competente* (art. 51); penetrar em unidades de conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, *sem licença da autoridade competente* (art. 52), e assim por diante. Em suma, vê-se aqui também que o direito penal encontra-se em excessiva dependência em relação ao direito administrativo, e, em boa parte dos casos, se sobrepõem os elementos de índole normativo-valorativa aos resultados físico-naturais.

Mencione-se, por fim, a solução adotada pela legislação processual penal coreana e japonesa (que vem sendo defendida, inclusive, por parte da doutrina alemã) visando a dar cabo da problemática da causalidade por meio do abandono das exigências de prova do nexo causal, para, em seu lugar, aplicar o método das probabilidades estatísticas. Trata-se da denominada *teoria da causalidade epidemiológica*, empregada no deslinde de casos relevantes de contaminação ambiental e de responsabilidade pelo produto. Segundo essa fórmula, a causalidade pode ser aferida a partir dos pressupostos adotados pela epidemiologia, quais sejam a verificação de que um fator tem incidência durante um tempo determinado antes da aparição da enfermidade; o crescimento do número de enfermos à razão do aumento de incidência do fator; o aparecimento de afetados apenas no âmbito de incidência do fator; e a existência de uma explicação plausível sobre o mecanismo biológico desencadeado pelos efeitos do fator.⁵⁶

Desse modo, por intermédio da incidência estatística do resultado em função da imaginada causa, melhor dizendo, com base em uma hipótese experimental e não em uma lei causal reconhecida pela ciência, presume-se o nexo de causalidade e se aceita a imputação de responsabilidade com base nessa presunção.

Nesses dois países, promulgaram-se leis ambientais que trazem a expressa presunção de causalidade, segundo as quais, desde que se verifiquem as condições da presunção, libera-se a acusação da prova da causalidade e do resultado.⁵⁷ Trata-se, em última instân-

⁵⁶ Cf. CHO, Byung-Sun. Cuestiones de causalidad y autoría en el derecho penal del medio ambiente coreano y japonés desde la perspectiva del derecho comparado. *Revista Penal*. Barcelona, n. 4, jul. 1999, p. 42-53.

⁵⁷ Na tradução laborada pela Universidade de Sevilla, confira-se o texto do artigo que prevê a presunção na lei japonesa sobre delitos contra o meio ambiente de 1971: "cuando alguien, en el ámbito de actividad empresarial de una fábrica o de unas instalaciones, vierte sustancias nocivas para la salud humana que son adecuadas, solo con su vertido, para poner en peligro la vida o la salud pública, se presumirá, si en el territorio donde el vertido se ha producido resultan amenazadas la vida o la salud pública por este tipo de

cia, da inversão do ônus da prova – solução intuitivamente defendida por Beck, ao analisar o quadro de *legalized universal pollution* da sociedade do risco.⁵⁸

Não obstante as severas críticas endereçadas a tais dispositivos dos ordenamentos japonês e coreano, identificou-se que tal método vem sendo utilizado pela jurisprudência de diversos países, no momento da apreciação e valoração das provas pelo juiz. Sobre esse ponto, Paredes Castañon observa que “los tribunales han optado en muchas ocasiones por ‘flexibilizar’ los criterios de prueba de la causalidad, acudiendo a lo que – en otro contexto – Hassemer ha denominado fórmula de la ‘black box’: a saber, determínese la existencia de ‘inputs’ en el curso fáctico que sean procedentes de una acción humana, y también la existencia de un ‘output’ lesivo para el bien jurídico; entonces, déjese a un lado la cuestión de qué sucedió realmente entre ambos hechos y, si no se posee otra explicación más plausible, afirmese sin más la existencia de relación de causalidad entre el ‘input’ y el ‘output’”.⁵⁹

sustancias, que ese peligro ha sido provocado por las sustancias que efectivamente se hayan vertido”. De outro lado, a lei coreana de 1996 dispõe que: “en el caso de que alguien vierta sin autorización las sustancias nocivas previstas en el parágrafo 2.1, que son aptas para producir, con su sola emisión, un peligro (incluida la contaminación del medio ambiente prevista en el parágrafo 2.3.1 y 3, así como la destrucción en masa de peces y moluscos) para la vida o la salud de las personas, los recursos hidrológicos o cualquier ecosistema natural, se presumirá, si en el territorio donde el vertido se ha producido resultan amenazadas la vida o la salud pública por este tipo de sustancias, que ese peligro ha sido provocado por las sustancias que efectivamente se hayan vertido, si se da una relación suficiente de probabilidad entre el vertido no autorizado y el peligro mencionado”. CHO, Byung-Sun. Cuestiones de causalidad y autoría en el derecho penal del medio ambiente coreano y japonés desde la perspectiva del derecho comparado. *Revista Penal*. Barcelona, n. 4, jul. 1999, p. 42-53.

⁵⁸ Cf. BECK, *Ecological politics...*, p. 132.

⁵⁹ Cf. CASTAÑON, José Manuel Paredes. Responsabilidad penal y “nuevos riesgos”: el caso de los delitos contra el medio ambiente. *Actualidad Penal*. Madrid, n. 10/3, mar. 1997, p. 217-227. Essa tendência também é identificada e criticada por Sánchez: “La

Cite-se, a título exemplificativo, o caso alemão do *Lederspray* 18, produto para limpeza de peles e couros que causou enfermidades em quem o utilizou. Na hipótese, como base para a inferência da causalidade, atuaram indícios de fundamento experimental: a constatação de que todos os afetados utilizaram o *spray*; de que o desenvolvimento da enfermidade se apresentava de modo similar em todos os casos; e de que, em experimentos com a utilização do *spray* em animais, obtiveram-se lesões semelhantes às manifestadas nos enfermos. Com base nesses elementos, excluiu-se a hipótese de mera coincidência e reconheceu-se o vínculo da enfermidade com o produto.⁶⁰ Lembre-se, também, o famoso julgamento espanhol do caso do óleo de colza que, embora não se tenha conseguido descobrir a combinação química que resultou tóxica, o Tribunal remeteu sua conclusão às relações estatísticas patentes entre a aparição da síndrome tóxica de *pneumonia atípica* e a distribuição do óleo para consumo humano.⁶¹

imputación objetiva – su vinculación con relaciones de necesidad con arreglo a leyes. En su lugar, se plantea la suficiencia de relaciones de probabilidad. Esta tendencia, que en si es probablemente correcta, puede adquirir sin embargo un importante sesgo antigarantista en la medida en que se asiente la propuesta de algunos autores de proceder a una inversión de la carga de la prueba en este punto (por ejemplo, entre otras, en materia de medio ambiente)”. SÁNCHEZ, *La expansión del derecho penal...*, p. 84.

⁶⁰ Esse caso foi descrito em CHO, Byung-Sun. Cuestiones de causalidad y autoría en el derecho penal del medio ambiente coreano y japonés desde la perspectiva del derecho comparado. *Revista Penal*. Barcelona, n. 4, jul. 1999, p. 42-53.

⁶¹ Esse é um caso célebre em que quantidade de óleo de colza com porcentagem tóxica de anilina, que deveria ser utilizado para atividades industriais, especialmente a siderúrgica, foi desviado para o consumo alimentício: “Como consecuencia de todas estas operaciones, el aceite de colza desnaturalizado con anilina se distribuyó, mayoritariamente por vendedores ambulantes, por muchas zonas del país, provocando 330 muertes y 15.000 afectados, si bien no se ha podido reproducir experimentalmente, ni se conoce el concreto mecanismo causal a través de cual se produjo la enfermedad”. Não obstante, o Acórdão do Tribunal Supremo espanhol, de 23 de março de 1992, reconheceu a relação de causalidade entre a distribuição desse óleo e a epidemia tóxica. Cf. MONTAÑÉS,

Nesse passo, é de se destacar que esses problemas relacionados às diferentes formas de imputação dos delitos ambientais são diretamente condicionados pela abstração do conceito do bem jurídico ambiente e por sua trajetória de distanciamento dos critérios materiais de verificação da causalidade e da lesividade.

Por essas razões, também aos delitos ambientais, como ocorre em outras áreas de incidência dos novos riscos, aplicam-se, em regra, figuras delitivas distintas das tradicionais imputações de resultados.

2.3 AS INCRIMINAÇÕES DE PERIGO

Josetxo Beriain, baseando-se nos estudos de Wildavsky, descreve duas estratégias universais para alcançar a segurança. A primeira trata da capacidade adaptativa e a segunda refere-se à antecipação. A capacidade adaptativa opera de acordo com o princípio de tentativa e erro: um sistema atua primeiro e corrige seus erros conforme eles aparecem, e, assim, acumula segurança mediante o aprendizado. A antecipação opera de forma oposta: um sistema tenta evitar, previamente, as ameaças existentes como hipótese e não permite ensaios sem garantias prévias contra os erros.⁶²

Segundo o autor, as características de imprevisibilidade e incalculabilidade dos novos riscos, além da observância de suas causas sempre interdependentes, deveriam remeter ao método adaptativo de busca da segurança, a partir do qual, mediante a assunção de alguns riscos, poder-se-ia desenvolver esquemas gerenciais e de segurança mais estáveis, por meio da acumulação de conhecimento e recursos.

Teresa Rodríguez. Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del "caso de la colza" (Primera parte). In: PUIG, Santiago Mir; PEÑA, Diego-Manuel Luzón (Coords.). *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona: Bosch, 1996, p. 263-310.

⁶² BERIAIN, Josetxo. El doble sentido de las consecuencias perversas de la modernidad. In: BERIAIN, *Las consecuencias perversas...*, p. 27-29.

Ao contrário do que idealiza o autor – e provavelmente em razão do potencial catastrófico dos novos riscos, que não permite ensaios –, o que se constata, atualmente, na sociedade do risco, é uma ênfase desmedida sobre a segurança antecipatória. Essa perspectiva está presente no desenvolvimento das tentativas de regulação jurídica dos novos riscos e, dentre elas, pode-se dizer que também a atuação do aparato penal tenta se situar dentro de uma estratégia preventiva. É nessa linha de atuação que se insere uma tendência de criminalização em âmbito prévio, cujo principal instrumento é o uso crescente das incriminações de perigo e, em maior medida, dos tipos de perigo abstrato, que são por excelência categorias voltadas à antecipação da intervenção penal estatal.

Os tipos de perigo diferem dos de dano pois retratam uma conduta típica que, para se consumar, prescinde da produção do resultado lesivo ao bem jurídico, implicando simplesmente uma possível ameaça de produção de tal efeito. Ocorre, assim, um claro adiantamento da proteção do bem a fases anteriores à efetiva lesão. Dito de outra maneira, se pensarmos o bem jurídico como uma entidade que comporta várias zonas periféricas suscetíveis de proteção, o delito de lesão atingiria o seu núcleo central, enquanto o delito de perigo situar-se-ia em zonas antecipadas de proteção.⁶³ Em realidade, pode-se dizer que apenas os tipos de perigo concreto chegam a influir nessas esferas de proteção, pois eles exigem um verdadeiro desvalor de resultado, que consiste, precisamente, na concreta colocação em perigo do bem. Melhor dizendo, embora não se solidifiquem em alterações reais, sensíveis ao bem jurídico – uma vez que não acarretam lesão –, devem produzir um tipo de resultado objetivo de *pôr-em-perigo*,⁶⁴ que é o atingimento de uma dessas esferas de proteção.

⁶³ Embora tal elaboração teórica tenha sido bastante questionada por sua incapacidade de fornecer um critério material que defina a zona pertencente ao núcleo duro do bem jurídico, pode ser utilizada de maneira sugestiva para se vislumbrar a distinção entre dano e perigo.

⁶⁴ Expressão utilizada por Faria Costa em: COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 306-307.

As normas de perigo abstrato, em contrapartida, têm como objeto comportamentos que não se definem em função de uma determinada consequência. Castigam a simples realização de determinada conduta imaginadamente perigosa, sem a necessidade de configuração de um efetivo perigo ao bem jurídico. A periculosidade da conduta típica é determinada *ex ante*, por meio de uma generalização, de um juízo hipotético do legislador, fundado na idéia de mera probabilidade. O perigo atua como um mero motivo, *ratio* de criação do delito, mas não chega a ser o resultado típico do mesmo. Assim, para a consecução desse tipo de delito, não é necessário provar se o perigo foi ou não produzido, bastando apenas a demonstração de que foi executada a conduta que, de um ponto de vista geral e abstrato, foi reputada perigosa.

Trata-se, novamente, de simples violação a uma norma de conduta que compõe o *standard* de segurança artificialmente elaborado pelo legislador. A partir desses tipos, criminalizam-se comportamentos entendidos como inconvenientes às condições de funcionamento de determinado âmbito de atividade, protegendo-se interesses muito antecipados ao núcleo de integridade dos bens jurídicos e dispensando-se, por completo, a demonstração da lesividade ou periculosidade da conduta em relação ao bem.

Se os delitos de perigo abstrato constituíam uma exceção ao modelo de direito penal que tinha por fundamento a lesividade do ato ilícito, passaram a integrar o centro da estratégia jurídico-penal voltada à proteção de bens jurídicos de caráter difuso em face dos novos riscos tecnológicos.

Com efeito, a partir de uma abordagem histórica, vê-se que o conceito de perigo tardou a ingressar no campo da dogmática penal, que, durante muito tempo, baseou-se, exclusivamente, no binômio violação-dano e relegou a proteção antecipada de perigos à atividade de polícia da administração.⁶⁵ Com a acentuação da

⁶⁵ Esse processo é descrito por Faria Costa: Durante a modernidade industrial, percebeu-se que o nascimento de uma fábrica impunha novos problemas ao direito, que iam desde uma nova compreensão das relações laborais até a garantia da segurança das pessoas que ali trabalhavam, o que exigiu a criação de normas de segurança.

complexidade das relações sociais e o desencadeamento crescente dos perigos técnicos, principalmente a partir da 2ª Guerra Mundial, é que certas condutas passaram a ser consideradas como portadoras de perigos não só aos direitos subjetivos dos particulares, mas também à realização das tarefas sociais do Estado, e, por isso, passaram a ser merecedoras de sanção penal. Introduz-se, então, o elemento do perigo no campo da dogmática jurídico-penal, e isso se faz, nesse momento, por meio dos ilícitos contravencionais, no âmbito do denominado direito penal secundário.⁶⁶ Tal processo, no dizer de Figueiredo Dias, pode ser compreendido como se o legislador tivesse se deixado seduzir pela idéia perniciosa, porém difícil de evitar, de pôr o aparato das sanções criminais ao serviço dos mais diversos fins de política social.⁶⁷ Entretanto, ainda se está

A questão se aprofundou, enormemente, quando se consideraram os perigos referentes a defeitos de fabricação dos produtos (questão ainda centrada nos bens materiais). Com a Revolução Francesa e o advento do Estado de Direito formal, essas questões passaram a ter relevância jurídica, por meio do direito administrativo. A Administração, finalmente surgida nos umbrais da ordem jurídica e sujeita à limitação da legalidade, concentra agora a sua atividade de polícia na proteção antecipada de perigos para a consistência dos direitos subjetivos dos particulares. Assim, põe-se pela primeira vez o problema da conexão da tutela penal com as ofensas à atividade policial da Administração, agora juridicamente relevantes. E, da mesma forma, surge um direito penal policial – depois crismado direito penal administrativo – que se distinguia do direito penal tradicional – ou direito penal de justiça – apenas por constituir uma linha avançada de defesa deste, visando à proteção não de direitos subjetivos determinados, mas de uma série mais ou menos indeterminada de perigos de violação daqueles direitos. Assim, por um bom tempo, permaneceu uma clara distinção: a violação propriamente dita do direito subjetivo era tratada no âmbito do direito penal, enquanto o *pôr-em-perigo* era alçada exclusiva do direito administrativo. Cf. COSTA, *O perigo...*

⁶⁶ Segundo Figueiredo Dias, tal expressão, embora não seja a ideal, traduz, com rigor, os patamares de diferenciação ao nível do ilícito típico. Secundário deve ser compreendido como aquele que vem historicamente em segundo lugar, sem qualquer conotação valorativa.

⁶⁷ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma dogmática do direito penal secundário: contributo para a reforma do direito penal económico e social português. *Separata de Direito e Justiça*. Coimbra, 1989/1990, p. 7-57.

diante de incriminações excepcionais e fragmentárias e que se consolidaram, majoritariamente, na forma do tipo de perigo concreto.

Com a percepção dos riscos tecnológicos da sociedade pós-industrial, a adequação e eficiência dos tipos de perigo concreto para a proteção dos bens jurídico-penais coletivos passam a ser questionadas. Diante disso, surge, ao nível da política criminal e do discurso legitimador da determinação punitiva, a proposta de utilização dos delitos de perigo abstrato como elemento-chave do modelo de incriminação nos novos âmbitos de atividade da sociedade do risco.

Tal proliferação dos tipos de perigo abstrato inclui-se na estratégia de utilização de incriminações de mera conduta para coibir ataques aos bens jurídicos supra-individuais, uma vez que, nesses casos, é difícil a identificação da afetação e, ainda mais, da ameaça ao bem. Em poucas palavras, o que se dá, aqui, é a já aludida normatização de condutas, com a eliminação de espaços de riscos permitidos e o conseqüente incremento das tipificações de infrações aos deveres de cuidado.

Essa tendência parece indiscutível na esfera da proteção ao meio ambiente, na qual se faz uso generalizado das imputações de perigo abstrato, geralmente combinadas com as normas penais em branco.⁶⁸ E, também, é fortemente verificada no campo da regulamentação das atividades relacionadas com a distribuição de bens ao consumo e com a saúde humana.

Com efeito, o emprego de tipos dessa natureza tornou-se freqüente para o tratamento de condutas que se referem à manipulação de fontes de riscos tecnológicos, que atingem a sociedade de maneira global. Em primeiro lugar, porque diante das características catastróficas dos novos riscos estar-se-ia afastando o componente do azar, ou seja, evitando que o bem jurídico seja

⁶⁸ Vejam-se, por exemplo: o art. 31 da Lei 9.605/1988, que tipifica a conduta de introduzir espécime animal no País, sem parecer técnico ou licença da autoridade competente; e o art.13, II, da Lei 8.974/1995, que tipifica a intervenção em material genético humano *in vivo*, sem prévia aprovação da CTNBio.

efetivamente colocado em perigo ou lesionado. Além disso, tendo em vista que, no caso dos riscos tecnológicos, o dano geralmente está longe da projeção normal de condutas, vê-se como oportuna a antecipação da intervenção penal para um momento prévio à consolidação do resultado.⁶⁹ De outro lado, por se tratar de tipos de mera conduta, faz-se prescindível a demonstração da lesão ou ameaça ao bem jurídico, da complexa e por vezes desconhecida relação de causalidade entre a conduta e o imaginado efeito arriscado, bem como do dolo de lesão. O que deve ser objeto de prova é, tão-somente, a ocorrência, no mundo dos fatos, da ação típica considerada perigosa pelo legislador – o que facilita sobremaneira a intervenção penal nesses casos difíceis. Em suma, essas características situariam a atuação do direito penal na esfera preventiva, de modo a contemplar, em tese, as expectativas sociais de confiança.

⁶⁹ Sobre esse aspecto, vale recorrer novamente à análise de Faria Costa: “Na sociedade actual se deu um encurtamento do espaço e um alargamento do tempo. Todavia, uma tal observação não deve ser vista como algo que não tenha reflexos a nível do próprio direito penal. Assim – e neste momento é nossa firme intenção limitarmos-nos às linhas de força do que pensamos neste contexto – o chamamento do perigo para o centro da discussão sobre a fundamentação das condutas lícitas ou ilícitas em direito penal ganha uma maior consistência teórica e uma não menor ressonância ética. Com efeito, se o espaço se encurta e o tempo se alarga nas relações sociais, isso não pode deixar de influenciar as actividades penalmente desvaliosas, pois estas, enquanto prática, movem-se inexoravelmente no mesmo pano de fundo. De sorte que, por este ângulo, tem sentido poder defender-se que o dano se perfila como qualquer coisa que está longe da projecção normal das conductas e que mais longe fica com o alargamento do tempo e, por isso, se exige que a protecção penal se antecipe para um momento anterior ao dano, pois só esse é capaz de transmitir a noção de segurança de que comunidade alguma pode abdicar. Aí temos, por consequência, o perigo a consubstanciar esse momento. Por outro lado, como se encurta o espaço, o dano banaliza-se devido à sua frequência e surge então o perigo como categoria susceptível de alargar o espaço, porque cria uma barreira entre o agir e o causar (naturalisticamente compreendido), enquanto fenómeno que altera a realidade social”. COSTA, *O perigo...*, p. 306-307.

Esse recurso à antecipação da tutela penal, pensado no contexto da sociedade mundial do risco, reforça a pretensão de se maximizar a proteção e a prevenção da sociedade contra os *megarriscos*. As incriminações de perigo emergem com a finalidade de ampliar a capacidade de resposta penal e a eficácia do controle de condutas, com a diminuição dos requisitos da punibilidade e o aumento do alcance do instrumento penal. Nas palavras de Blanca Mendoza Buergo, “el empleo preferente de la figura del delito de peligro abstracto pretende garantizar la protección total y sin lagunas frente a nuevas situaciones de amenaza”.⁷⁰

Por tudo isso, parte da doutrina chega a asseverar, inclusive, que, tratando-se dos novos riscos tecnológicos, essas incriminações constituem um expediente inarredável para a prevenção da ocorrência de danos gravíssimos em escala.⁷¹ A criação de delitos de perigo abstrato seria, assim, uma forma de otimizar a proteção de determinados bens jurídicos.

Mas não se trata só disso: o direito penal do perigo justifica-se como garantia da própria segurança dos cidadãos. Segundo a hipótese de Kindhäuser,⁷² os delitos de perigo abstrato são normas de segurança, que resguardam as condições de segurança necessárias para uma despreocupada disposição sobre os bens. Assim, a legitimidade do perigo abstrato residiria na premissa de que um bem sobre o qual não se pode dispor de forma despreocupada não é racionalmente aproveitável em sua totalidade. Segundo essa linha de argumentação, seria possível concluir que na sociedade do risco a própria segurança se converteu em bem jurídico e, portanto, a antecipação da tutela legítima-se.

O diagnóstico de Blanca Mendoza Buergo, acerca da figura do delito de perigo abstrato, emerge consoante com essa conclusão: “... no se quiere evitar sólo la producción de modo imprudente del resultado lesivo, sino que se intenta adelantar la prevención para garantizar mejor la seguridad y la propia sensación de

⁷⁰ BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo...*, p. 79.

⁷¹ Cf. FERNANDES, *Globalização...*, p. 93.

⁷² Cf. KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*. Frankfurt: [s.n.], 1989, p. 280 apud SÁNCHEZ, *La expansión...*, p. 35.

seguridad, creándose, en definitiva, estas figuras delictivas 'no para evitar la producción de daños concretos, sino para posibilitar seguridad'".⁷³

Essa mentalidade, que se manifesta na tendência do Estado preventivo e do direito penal do perigo, segue a índole funcionalista adotada principalmente por Jakobs, que já havia enunciado que, nos tempos atuais, não se permite conceber a segurança como um mero reflexo da atividade policial, uma vez que ela se converteu em um direito cuja tutela pode ser veementemente exigida do Estado.⁷⁴

Por fim, a partir dessa linha político-criminal de antecipação da intervenção penal, idealizada por muitos como o ponto central da estratégia de segurança contra os novos riscos, é possível vislumbrar um forte indício de que o *princípio da precaução*⁷⁵ esteja por trás das formulações do direito penal do risco.

⁷³ BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo...*, p. 79.

⁷⁴ Cf. JAKOBS, Günter. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Madrid: Editorial Civitas, 1996, p. 47.

⁷⁵ O princípio n. 15 da Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento tem o seguinte teor: "De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental". De outro lado, duas Convenções Internacionais assinadas, ratificadas e promulgadas pelo Brasil, inseriram o *princípio da precaução* no ordenamento pátrio: (i) a Convenção da Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 5 de junho de 1992 e ratificada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo 2, de 3 de fevereiro de 1994, ressalta, em seu preâmbulo, que "observando também que quando exista ameaça de sensível redução ou perda de diversidade biológica, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça"; (ii) a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992 e ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo 1, de 3 de fevereiro de 1994, diz em seu art. 3.º – Princípios – 3: "As Partes devem adotar medidas

O princípio da precaução determina que as políticas ambientais e de proteção da saúde ou da segurança das gerações atuais ou futuras devem antecipar, prevenir e atacar as causas da degradação, quando houver a possibilidade de que condutas humanas causem danos coletivos vinculados a situações catastróficas, mesmo diante da incerteza científica a respeito da ocorrência do dano temido. Em outras palavras, é consequência do princípio da precaução a necessidade de se adotar medidas orientadas à prevenção de riscos de danos especialmente graves, ainda que não exista evidência comprovada sobre a nocividade de uma atividade ou de um produto. O princípio da precaução baseia a ação em mera *suspeita* dos riscos que uma determinada atividade pode comportar, mesmo que não se esteja seguro da existência desses riscos e se desconheça tanto a sua dimensão como a de seus possíveis efeitos prejudiciais. Isto é, em casos em que existe uma perplexidade científica sobre os processos causais que uma certa atividade pode desencadear, o que impede de qualificá-los como previsíveis, de acordo com parâmetros objetivos.⁷⁶

As incriminações de perigo abstrato parecem decorrer desse raciocínio. Com elas, o legislador adota medidas extremamente graves com relação a condutas que apenas *supõe* perigosas aos bens jurídicos, sem, entretanto, dispor de um juízo de certeza quanto aos resultados da conduta reputada perigosa. Ademais, a imposição de pena também se baseia em uma operação probabilística, uma vez que o juiz vê-se dispensado de comprovar a ocorrência de algum desdobramento danoso ou ameaçador a partir daquela conduta.

de precaução para prever, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível”.

⁷⁶ Cf. SANDS, Philippe. *Principles of international environmental law: Frameworks, standards and implementation*. Manchester: Manchester University Press, 2000, p. 208-213.

Está-se diante, portanto, de uma política criminal da precaução, que tende a abandonar os pressupostos do conhecimento das leis causais da ciência e do direito para lançar-se na incerteza do risco, na incalculabilidade do dano e na indefinição do possível nexos causal entre um e outro – matérias sobre as quais pairam apenas presunções geralmente sustentadas em probabilidades e estatísticas.⁷⁷

Essas considerações permitem concluir que as perspectivas de operação das categorias do direito penal que ora se analisam decorrem de uma reação do aparato jurídico ao cenário de incertezas e imprevisões da sociedade mundial do risco.

2.4 OUTRAS QUESTÕES LIGADAS À NORMATIZAÇÃO DE DEVERES: TIPOS OMISSIVOS E CULPOSOS

Como já salientado, a proteção aos bens jurídicos coletivos em face do aparecimento das novas ameaças da sociedade pós-industrial tende a ser cada vez mais operacionalizada por meio de incriminações de mera violação de deveres.

Esse caminho se demonstra útil para resolver algumas dificuldades referentes às novas áreas de regulação dos riscos, como a de determinar a lesão ou a efetiva periclitación dos bens supra-individuais e a de identificar os processos causais entre uma ação e um resultado. Também com relação à determinação da autoria e do elemento subjetivo do injusto tal mecanismo tende a ser utilizado: a questão passa a ser colocada de modo mais fácil por meio da identificação de destinatários de deveres de vigilância. Afinal, por meio da antijuridicidade da desobediência, faz-se possível vislumbrar formas de incriminação que ou prescindem do

⁷⁷ No mesmo sentido, mas sob perspectiva diversa, cf. CASABONA, Carlos Maria Romeo. Aportaciones del principio de precaución al derecho penal. In: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001, p. 78-105.

resultado material ou são imputações de resultados que não seguem o tradicional caminho da relação de causalidade.

Nessa linha, enxerga-se conveniente a utilização dos crimes omissivos, que são violações a normas que impõem comportamentos ativos, com as respectivas abstenções das atividades devidas. No caso dos crimes omissivos próprios, a omissão consiste na transgressão pura e simples de um comando que estabelece um dever de agir. Não importa aqui a relação entre a infração do dever e o resultado, ou seja, é suficiente para a imputação a simples violação de uma norma que incorpora um mandamento positivo. Tal forma de tipificação, como já se estudou, facilita a intervenção do direito penal.

De outro lado, também por influxo do crescente processo de normatização de expectativas de ação, vê-se a proliferação dos delitos omissivos impróprios. Para a concretização desses crimes, requer-se, do ponto de vista naturalístico, a não-interferência no processo de produção do resultado negativo e, sob o enfoque normativo, a existência de um omitente obrigado a proteger ativamente o bem jurídico atingido. A omissão consiste, assim, na transgressão de um dever jurídico de impedir o resultado que configura o fato punível. Esse dever deflui de um comando – que pode ser penal ou extrapenal – que se situa ao lado da norma penal e define a posição do garante, ou seja, daquele que é o responsável perante o ordenamento jurídico pela não produção do resultado.⁷⁸

O crescente estabelecimento de garantes, ou seja, pessoas voltadas ao cuidado do bem jurídico, sob pena de serem incriminadas, soa adequado aos anseios de segurança da sociedade de risco. Além disso, permite que, diante da dificuldade em se identificar a autoria ativa do fato e as relações causais que o

⁷⁸ De um modo mais ou menos uniforme nas legislações de diversos países, submete-se a uma expectativa jurídica de ação aquele que tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, aquele que tenha assumido de qualquer forma a responsabilidade de impedir o resultado ou aquele que tenha dado origem ao risco de superveniência do resultado.

condicionaram, seja possível, ao menos, imputar responsabilidade penal àquele que, devendo e podendo atuar para evitar o dano, manteve-se inerte. Nesse sentido, temos em nosso ordenamento jurídico, por exemplo, a previsão do art. 54, § 3.º, da Lei 9.605/1998, que prevê a omissão criminosa de medidas de precaução em caso de risco e dano ambiental grave por poluição. Aplicando-se tal dispositivo, é considerada criminosa, por exemplo, a omissão de funcionários que, na hipótese de vazamento de líquido venenoso nas águas de um rio, não comunicam os fatos ao órgão ambiental. Ainda que não esteja clara a responsabilidade pela conduta comissiva, tanto das pessoas físicas como da pessoa jurídica, pode-se responsabilizar penalmente aqueles que deveriam ter tomado as medidas cabíveis junto às autoridades ambientais competentes e não o fizeram.

De um modo geral, o aumento da utilização de crimes omissivos próprios e impróprios está em sintonia com a expansão da normatização de deveres e com a intensa regulamentação de setores e atividades que passaram a ser encarados como perigosos com o advento dos novos riscos tecnológicos. Pode-se dizer que, em razão da imprevisibilidade dos processos causais que determinam o surgimento dos novos riscos, instaura-se uma mentalidade de vigilância generalizada, em que qualquer ação pode se revelar perigosa, e, portanto, todos devem estar preparados a atuar para evitar um dano ou um perigo derivado de suas ações. Nesse contexto, insere-se a instrumentalidade dos delitos omissivos, que responsabilizam, criminalmente, aquele que, podendo e devendo agir para evitar um risco ou um dano, mantém-se inerte.

Segundo as análises de Klaus Günther, "los ciudadanos deben organizar-se en una sociedad de riesgo de modo tal que siempre estén en condiciones de reconocer a tiempo si su, en todo caso, ya peligroso uso de la libertad podría desembocar en un curso con contenido dañoso para un bien jurídico. En tal caso están obligados a actuar para impedir o minimizar el daño que amenaza. Ya no es la mera omisión de injerirse en esferas ajenas de libertad la que libera al ciudadano del Derecho penal, sino sólo el actuar positivo, que se ocupa de cumplir correctamente el propio deber de organizarse para un comportamiento minimizador del riesgo.

Sólo bajo el reconocimiento de este deber puede permitirse todavía la libertad".⁷⁹

De outro lado, na mesma lógica da consagração dos deveres de cuidado, temos também o incremento dos delitos culposos. O mecanismo da culpa *strictu sensu* se adapta ao clima sobressaltado de prevenir comportamentos que possam desencadear resultados lesivos, além de representar mais uma saída às dificuldades sempre crescentes de se identificar o elemento subjetivo dolo nas ações lesivas aos bens jurídicos coletivos.

Com efeito, diante da falta de clareza com relação aos processos causais e da fragmentação de funções e responsabilidades entre sujeitos múltiplos, faz-se altamente improvável, em grande parte das novas situações reguladas, a determinação e a prova do dolo. Daí porque as atuais tendências dogmáticas orientam-se, de um lado, a restringir o conteúdo subjetivo do dolo, reduzindo-se o que o sujeito deve conhecer para ser sancionado a título de dolo e, de outro, a aumentar a incidência dos tipos culposos, que têm seu fundamento na inobservância dos deveres positivos de cuidado exasperadamente previstos na legislação extrapenal.

É de se destacar que a incriminação da omissão que implica violação de um dever jurídico é extremamente sensível à aproximação dos crimes culposos. Nota-se, pois, que a omissão culposa vem se tornando uma das formas de tipificação frequentes na política criminal das sociedades contemporâneas. Nas palavras de Klaus Günther, esta classe de delito parece ter se convertido em uma espécie de paradigma delitivo atual, aparecendo no centro da sistemática do direito penal.⁸⁰

A idéia que subjaz a isso é a de condicionar a permissão do uso da liberdade à observância de especiais exigências de cuidado,

⁷⁹ GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un "cambio de paradigma" en el derecho penal? *La insostenible situación...*, p. 489-505.

⁸⁰ Cf. GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un "cambio de paradigma" en el derecho penal? In: *La insostenible situación...*, p. 489-505.

cada vez mais normatizadas. Ademais, segundo Figueiredo Dias, a imputação a título culposo passa a ter função significativa na sociedade do risco, especialmente quando se transita em setores que oferecem perigos à comunidade:

A decisão político-criminal, comum à generalidade das legislações, de punir a negligência relativamente a um determinado número de tipos de crime é inquestionavelmente justificada. De um duplo ponto de vista: do da *dignidade penal*, sempre que estão em causa bens jurídicos individuais ou coletivos, que se contam entre os mais importantes da ordem legal dos bens jurídicos; e do da *carência da pena*, sobretudo quando se trata da contenção de fontes de perigo grave para a existência das pessoas em comunidade, ainda mais se for freqüente que delas derivem resultados lesivos por falta de cuidado na sua manipulação. Por isso se acentuou também já que o relevo e o significado dos crimes negligentes se encontram em rápida expansão nos quadros da dita "sociedade do risco". Bem se compreende, deste ponto de vista, o actual requisitório em favor de um tratamento jurídico-penal *cada vez mais severo* de certos factos negligentes: a ponto de não faltar mesmo quem preconize para eles molduras penais cujo máximo exceda o limite mínimo do correspondente facto doloso.⁸¹

Diante de tudo isso, é possível concluir que, tratando-se de proteção penal a bens jurídicos supra-individuais, a transgressão à regulamentação extrapenal adquire função altamente relevante, seja para a construção dos delitos de perigo abstrato, seja para a tipificação da omissão, seja para o estabelecimento de deveres de cuidado necessários à individualização de condutas culposas.

Mais uma vez, essa propensão revela-se extremamente fértil no caso dos delitos ambientais. Aqui, são muito comuns as formalizações dos deveres de cuidado e de vigilância, que sub-

⁸¹ DIAS, *Temas básicos da doutrina penal...*, p. 350-351.

sidiavam os recorrentes tipos omissivos e culposos. Em especial, no âmbito da criminalidade da empresa, é comum o estabelecimento da responsabilidade dos administradores e dos órgãos da administração pela não-evitação do resultado, contrária ao dever de garantia.

No caso brasileiro, o art. 2.º da Lei 9.605/1998 estabeleceu nova situação de relevância da omissão, ao indicar a responsabilidade do diretor, administrador, membro de conselho e de órgão técnico, auditor, gerente, preposto ou mandatário de pessoa jurídica *que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la*. Com isso, o dirigente da pessoa jurídica e as demais pessoas referidas no dispositivo legal, por suas peculiares posições dentro da estrutura da pessoa jurídica, têm o dever de agir para evitar danos ao meio ambiente decorrentes inclusive das condutas criminosas de outrem, sob pena de tornarem-se partícipes por omissão. Além disso, estabeleceram-se outras hipóteses de omissões criminosas, como, por exemplo, a conduta daquele que deixa de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave e irreversível (art. 54, V, § 3.º) e, ainda, de quem deixa de recuperar área pesquisada ou explorada, nos termos da autorização, permissão, licença, concessão ou determinação do órgão competente (art. 55, parágrafo único).

Os crimes culposos também estão bastante presentes na Lei ambiental 9.605/1998. A título de exemplo, são previstos na forma culposa os crimes de destruir ou danificar floresta de preservação permanente (art. 38, parágrafo único); causar dano direto ou indireto a unidades de conservação (art. 40, § 3.º); provocar incêndio em mata ou floresta (art. 41, parágrafo único); destruir, danificar, lesar ou maltratar plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade alheia (art. 49, parágrafo único); causar poluição que resulte ou possa resultar em danos à saúde humana, a animais ou à flora (art. 54, § 1.º). Note-se que, especialmente nos casos dos delitos de dano, a aceitação da modalidade culposa é bastante controversa. Isso porque, tradicionalmente, no direito brasileiro, o crime de dano só era

punível a título de dolo, enquanto o dano culposo não ultrapassava a órbita do ilícito civil.⁸²

2.5 OS DELITOS CUMULATIVOS

A questão da antecipação da tutela penal levada às últimas consequências acabou resultando na idéia dos tipos cumulativos (*Kumulationsdelikte*), que se referem à punição de condutas não por sua própria lesividade, mas por se almejar evitar a hipótese de sua realização massiva. Assim, cada ação isolada seria insignificante sob o ponto de vista da afetação ao bem jurídico e não teria a capacidade de lesioná-lo ou colocá-lo em perigo, nem mesmo se pensarmos em termos de perigo abstrato. Ocorre que, no caso da performance generalizada dessa conduta, cada ação faria parte de uma cadeia de repetição cujo montante total é que realmente resultaria perigoso para o bem jurídico coletivo.

Esse conceito de imputação foi desenvolvido por Lothar Kuhlen,⁸³ a partir da constatação de que boa parte dos resultados nocivos a bens jurídicos coletivos decorre da acumulação de efeitos de ações praticadas em massa, isto é, excetuando-se a hipótese de ocorrência de acidentes, é bastante incomum a de que um bem jurídico coletivo seja afetado por um evento individual.

Mais uma vez, confundem-se as fronteiras entre o direito penal e o direito administrativo sancionador. Para que uma conduta seja vista como um ilícito administrativo, não é necessário que ela seja especificamente perturbadora de um bem jurídico, bastando que o gênero dessas condutas represente, em termos estatísticos, um perigo para o modelo setorial de gestão. Como se vê, a racionalidade dos delitos cumulativos, que exclui uma valoração do fato

⁸² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2, p. 108.

⁸³ KUHLEN, Lothar. Umweltstrafrecht – auf de Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW, 105 (1993), p. 697-716. Confirmam-se também os comentários de Silva Sánchez acerca da noção de delitos cumulativos de Kuhlen em: SÁNCHEZ, *La expansión...*, p. 109.

individualmente concebido, segue essa índole do direito administrativo, sendo estranha ao direito penal clássico.

Evidentemente, tal conceito opera em incompatibilidade com os princípios da lesividade e da culpabilidade, além de não se adequar ao princípio da proporcionalidade. Afinal, se a conduta de cada um, isoladamente considerada, não acarreta lesão ou perigo para o bem jurídico, não se justifica, em termos proporcionais, a pena imposta individualmente.

Mesmo diante dessas inadequações, Kuhlen defende tal fórmula de imputação, asseverando que se trata de “realizar una contribución a la solución de grandes problemas mediante la prohibición con la conminación de una sanción de acciones, que más bien prestan pequeñas contribuciones a la constitución de estos problemas”.⁸⁴ Para o autor, nas hipóteses de problemas que estão adquirindo grandes dimensões, como é o caso da questão ambiental, a intervenção penal nesses moldes afigura-se a um instrumento adequado e necessário para introduzir custos que superem os benefícios da ação individual.

Esse tipo de imputação é idealizado para atuar, prioritariamente, no caso das degradações ambientais que, em grande parte, decorrem de atividades cumulativas e repetitivas – como é o caso, por exemplo, da degradação de florestas e da poluição das águas e do ar. A esse respeito, Kuhlen entende que a importância extraordinária do bem jurídico meio ambiente para a manutenção das condições naturais de vida elidiria o eventual problema da ausência de proporcionalidade da pena.

Não obstante as controvérsias dogmáticas sobre o assunto, é preciso observar que a lógica dos efeitos cumulativos, de uma forma ou de outra, acaba permeando a política criminal em matéria ambiental. Pode-se imaginar que algumas das incriminações de perigo abstrato, por exemplo, possam ter, em seu substrato, além da hipótese do perigo que poderia decorrer daquela ação individual,

⁸⁴ KUHLEN, Lothar. Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik, ZStW, 105 (1993), p. 697-716 apud SÁNCHEZ, *La expansión...*, p. 111.

um juízo negativo referente à generalização da conduta. De outro lado, é possível presumir que algumas incriminações de mera conduta também sejam influenciadas por essa *ratio*. É o caso, por exemplo, das emissões de determinada empresa que são inquinadas de ilícitas por superarem os níveis de concentração de substâncias tóxicas estabelecidos na norma administrativa vigente e que, se consideradas concretamente, não acarretariam perigo ou dano ao meio ambiente. Dessa forma, o efeito perigoso ou lesivo decorreria da generalização das emissões com graus de toxicidade. Nessas hipóteses, a conclusão sobre a ofensividade e a ilicitude dessa conduta, embora de modo não declarado, parece envolver uma análise global, estranha à racionalidade individualizante do direito penal moderno.

2.6 A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Do paradigma fordista da era keynesiana à configuração das grandes corporações financeiras e empresariais transnacionais da economia globalizada, consagrou-se como realidade social a organização humana dentro de entidades coletivas empresariais. A empresa consolidou-se como matriz organizacional da sociedade pós-industrial. Não tardou também a ser descoberta pela criminologia e pelo direito penal como um “centro suscetível de gerar ou favorecer a prática de factos penalmente ilícitos, porque de repercussão desvaliosa no tecido económico-social”.⁸⁵

Segundo a classificação de Schünemann, a criminalidade envolvendo a empresa poderia ser agrupada em criminalidade que se desenvolve à margem da empresa, criminalidade que germina dentro da empresa contra a própria empresa, criminalidade de

⁸⁵ COSTA, José de Faria. A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade das pessoas coletivas, à luz do direito penal). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, n. 4, out.-dez. 1992, p. 537-559.

pessoas da empresa contra outros membros da empresa e, finalmente, a criminalidade que se projeta a partir da empresa.⁸⁶

Essa última modalidade de atuação, que encontra na empresa o centro de imputação penal, vem ganhando relevância no panorama criminológico atual. Com efeito, sendo a empresa o mais importante sujeito da vida socioeconômica e política, a possibilidade de sua sujeição à tutela punitiva do Estado não é mais do que o outro lado da moeda da dimensão que alcançou como sujeito ativo de direitos.⁸⁷

A evolução recente dessa situação, referente à posição do ente jurídico no espaço do crime, perfaz um panorama dramático, no qual se verificou, primeiro, a relevância da atuação da empresa na criminalidade econômica; depois, a atuação do crime organizado, que se serve abundantemente da máscara da pessoa jurídica para viabilizar a atividade ilícita; e, mais recentemente, nota-se uma ampliação do espectro da atividade empresarial delitiva, que passou a concretizar-se, de modo significativo, nos delitos ecológicos, nas relações com o consumidor, nos casos de responsabilidade pelo produto, nos perigos decorrentes do transporte de materiais e na esfera da saúde e segurança dos trabalhadores.⁸⁸

⁸⁶ Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, n. 41, maio-ago. 1988, p. 529-531.

⁸⁷ Cf. COSTA, José de Faria. Breves reflexões sobre o Decreto-lei 201-B/1975 e o direito penal econômico. *Revista de Direito e Economia*. Coimbra, n. 2, 1976, p. 42.

⁸⁸ É elucidativo o panorama trazido por Lopes: "De todos resulta conhecido, as facilidades que para a evasão fiscal oferece a criação de sociedades puramente fictícias, também as possibilidades de administrar o capital social em benefício de uma minoria. Ou ainda a manipulação a que se presta o princípio da responsabilidade patrimonial limitada, reduzindo ao máximo o risco de perda, repassado para os credores. Tudo isso sem esquecermos o espetacular incremento de sucessos catastróficos com conseqüências lesivas para a vida, a saúde ou integridade física e psíquica das pessoas, fruto de atividade de certas empresas como as químicas e, inclusive a massiva produção e comercialização de produtos de

Esse panorama acentua-se sobremaneira se tomarmos o panorama da sociedade do risco, no qual as causas dos grandes riscos decorrem do desenvolvimento técnico e tecnológico aplicado, na maior parte dos casos, a sistemas complexos, organizados juridicamente na forma de entes morais. Diante desse contexto operacional, ao se cogitar promover a contenção das atividades arriscadas por via do direito penal, surgirão dificuldades insuperáveis à atuação do aparato penal de índole individualista.

É fácil imaginar os problemas da imputação penal individual quando se fala em situações de grupo, especialmente no âmbito de instituições complexas, altamente diferenciadas e hierarquicamente organizadas em torno do princípio da divisão do trabalho. Em tal estrutura organizacional, um resultado lesivo ao bem jurídico geralmente é provocado pela ação conjunta de muitos sujeitos, de diversas posições hierárquicas e com um grau diferenciado de informação, sendo muito difícil identificar todos os participantes da ação e delimitar a contribuição de cada um para o evento. Em outras palavras, o ato punível aparece como resultado de uma soma de atos parciais e fragmentários, os quais, avaliados individualmente, costumam apresentar-se atípicos. Verifica-se, na prática, uma cisão dos elementos do tipo.

Além disso, é freqüente que a ação seja executada por pessoas que não são verdadeiramente responsáveis ou não têm exclusiva responsabilidade pelo ato e que, muitas vezes, nem sequer se dão conta das conseqüências de sua atuação. E mais: geralmente organizadas a partir do princípio da descentralização administrativa, é árdua a tarefa de alocar responsabilidades pelas decisões tomadas no seio da empresa. Analisando esse fato, Faria Costa

consumo defeituosos, alimentos e remédios nocivos. Neste contexto, cada vez mais é acelerado e irreparável o dano que se produz no meio ecológico, fruto não só de condutas individuais, mas do próprio sistema econômico, decisivo para a moderna sociedade industrial. São precisamente as empresas e sociedades (públicas e privadas) as responsáveis por esta situação". LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. As bases de uma nova modalidade de direito sancionador. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Porto Alegre, n. 1, set.-dez. 2000, p. 169-198.

concluiu que “tornam-se patentes e indiscutíveis as enormes dificuldades de prova – bastas vezes intransponíveis – com que deparamos sempre que se começa a percorrer reversamente o fio da cadeia hierárquica sustentadora da decisão que levou à prática de um acto penalmente ilícito”.⁸⁹

Em resumo, essas condições delineiam as dificuldades de determinação normativa de competências e de responsabilidades dentro da estrutura da empresa, o que vem representando um verdadeiro obstáculo à imputação jurídico-penal no âmbito da criminalidade praticada por intermédio da pessoa jurídica. Como asseverou Schünemann, exatamente na mesma linha do que havia sido diagnosticado por Beck, a organização das responsabilidades no âmbito das pessoas jurídicas ameaça se converter em uma *irresponsabilidade organizada*.⁹⁰

Isso porque, a partir do princípio *societas delinquere non potest*, tradicionalmente resguardou-se a idéia de que as pessoas jurídicas carecem de capacidade de ação e de culpabilidade. O conceito de culpabilidade, em direito penal, sempre teve por alicerce o vínculo entre o homem e o fato, ou seja, cristalizou-se como um juízo altamente individualizador.

Entretanto, diante do quadro de inadequação desse modelo de imputação para tratar da criminalidade perpetrada dentro e por meio da empresa, a tendência recente é a revisão desses pressupostos e o reconhecimento da culpabilidade do ente coletivo.⁹¹ Segundo Sérgio Salomão Shecaira, “é de cristalina evidência que a moldura dos instrumentos do direito penal tradicional é extremamente inflexível para o combate a certo tipo de criminalidade”. Nesse sentido,

⁸⁹ COSTA, José de Faria. A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade das pessoas coletivas, à luz do direito penal). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, n. 4, out.-dez. 1992, p. 537-559.

⁹⁰ Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, n. 41, maio/ago. 1988, p. 529-531.

⁹¹ Cf. TIEDMANN, Klaus. *Lecciones de derecho penal económico*. Barcelona: PPU, 1993, p. 233.

prossegue citando Hassemer, "o princípio da responsabilidade individual torna-se anacrônico (o ilícito penal moderno resulta muito mais de processos entrelaçados e complexos de decisões). São, portanto, razões de política criminal que nos permitem excepcionar o princípio da punição individual em face da culpa, eliminando aquilo que o supracitado autor chama de 'equipamento penal obsoleto' para o combate à criminalidade moderna".⁹²

Nessa linha de raciocínio, Figueiredo Dias afirma, de maneira peremptória, que "não vale sequer a pena pensar em assinalar ao direito penal a mínima capacidade de contenção dos *megarriscos* próprios da sociedade do risco se, do mesmo passo, se persistir em manter o dogma da individualização da responsabilidade penal".⁹³

Percebido isso, a responsabilização criminal das pessoas coletivas passou a ser vislumbrada como uma importante frente de batalha para aumentar o grau de eficiência e *fluidez sistemática*⁹⁴ do ordenamento jurídico.

Assim, se o tema da responsabilidade penal da pessoa jurídica já estava em voga nas inspirações político-criminais, a questão do risco trouxe novo fôlego à discussão acerca da contradição existente entre a situação empírica de proliferação da criminalidade da empresa e o déficit de eficiência do sistema penal para lidar com esse tipo de evento.

Com efeito, a debilitação da eficácia preventiva do direito penal, no âmbito da criminalidade da empresa, produziu um verdadeiro princípio de legitimação da aplicação de sanção de natureza penal às pessoas jurídicas: na conceituação de Schünemann,⁹⁵ trata-se do *estado de necessidade do bem jurídico*. A partir

⁹² SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*: de acordo com a Lei 9.605/1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 101.

⁹³ DIAS, *Temas básicos da doutrina penal...*, p. 178.

⁹⁴ Expressão utilizada por Faria Costa. Cf. COSTA, A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos...

⁹⁵ Schünemann apud BACIGALUPO, Silvina. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un problema del sujeto del derecho penal. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Buenos Aires, n. 9, set. 1999, p. 205-233.

de tal construção, esse autor pretende significar que a proteção necessária do bem jurídico não pode ser assegurada de outra maneira senão por via da punição dos entes coletivos, que vêm se revelando responsáveis pelas mais severas agressões aos bens jurídicos de tutela difusa. Por outro viés, sublinha que a manutenção dos bens jurídicos em perigo resultaria mais gravosa que a aplicação de uma sanção à pessoa jurídica.

Delineada dessa forma a importância político-criminal desse instrumento para a resolução dos problemas da criminalidade econômica e, mais recentemente, para lidar com os problemas da sociedade do risco considerados de relevância penal, a necessidade da imputação penal da pessoa jurídica passou a ser seriamente debatida em fóruns internacionais⁹⁶ e ganhou reconhecimento em um grande número de ordenamentos jurídicos.

No Brasil, a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica trazida pela Constituição de 1988⁹⁷ tornou-se efetiva para os casos de delitos contra o meio ambiente a partir da Lei 9.605/1998. De acordo com o art. 3.º do mencionado diploma legal, as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente, conforme o disposto na 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 da entidade. A partir de então, para os casos de crimes contra a natureza, o ente coletivo – sempre em co-autoria com a pessoa física executora – passou a ser suscetível às sanções de natureza penal, nas modalidades previstas pelo legislador, quais sejam, a pena de multa, as restritivas de direito e a prestação de serviços à comunidade.

Embora existam modelos diferenciados de responsabilização, pode-se dizer que o alargamento do universo da punibilidade para as pessoas jurídicas para resolver uma gama de situações difíceis é uma tendência em um expressivo número de países.⁹⁸ Pode-se

⁹⁶ Salomão Shecaira traça a evolução do debate internacional acerca da matéria em: SHECAIRA, *Responsabilidade penal...*, p. 42-47.

⁹⁷ Arts. 173, § 5.º, e 225, § 3.º, da Constituição Federal.

⁹⁸ Confira-se o panorama delineado por Tiedmann, no ano de 1998, a respeito dessa questão: “Tal plena responsabilidad penal de las

dizer que se vive hoje diante de uma forte inclinação de ordem político-criminal à adoção ampla do entendimento de que as pessoas coletivas são suscetíveis de imputação jurídico-penal e que se lhes pode impor pena como reação às infrações praticadas por

agrupaciones existe, entre otras, en derecho inglés, escocés, irlandés, holandés y noruego, norteamericano, comprendiendo al derecho canadiense, y al australiano, pero también – desde el Nuevo Código Penal (NCP) – en Francia, tras la opinión favorable del Consejo Constitucional, sin embargo solamente por infracciones para las que la ley o el reglamento prevé esta forma de responsabilidad (como p. ej. por las estafas y las falsedades documentales. La misma técnica legislativa había sido introducida por Portugal en su Código penal de 1982 que está completado en esta cuestión por tres decretos leyes concernientes a las infracciones fiscales, aduaneras y de subvenciones. Otros Estados de la Unión Europea conocen esta plena responsabilidad a título de excepción, p. ej. Luxemburgo en materia fiscal; la cual llega a ser sin embargo casi la regla en Dinamarca con más de 200 leyes particulares reguladoras de la vida de los negocios, la producción agrícola, el medio ambiente y los medios de comunicación. También en Japón muchas de las leyes, fuera del Código penal, consagran tal responsabilidad. El anteproyecto suizo de revisión del Código penal de 1993 preveía la inserción en la Parte General del Código penal una responsabilidad penal de la empresa. Sin embargo finalmente se ha decidido disociar esta cuestión de la revisión en curso y de someterla a un examen más en profundidad en el cuadro de la revisión ordinaria de la Parte General del Código penal suizo. Para el mundo anglosajón, es suficiente mencionar a Inglaterra y a los Estados Unidos, en los que desde mediados del siglo XIX, por razones más bien pragmáticas y de política criminal, han (re)introducido la responsabilidad penal de las personas morales, en primer lugar para los delitos imprudentes y de omisión, luego para los ‘public welfare offences’, y en fin con la admisión general de esta responsabilidad que sin embargo en la práctica se aplica sobre todo con relación a la delincuencia de los negocios. Según la imagen propuesta por el Lord Justice Denning, el agente superior (órgano etc.) es considerado como ‘el cerebro’ y el ‘alter ego’ de la asociación, de manera que su actuación es aquella de la persona moral misma (‘doctrina de la identificación’); un agente subordinado, de rango inferior, no es más que ‘el brazo’ de la entidad jurídica cuya responsabilidad penal no es pues personal sino basada en la idea de la delegación o imputación (‘vicarious liability’). Este concepto se ve alentado y

seus representantes ou órgãos, em seu interesse, dentro de seu aparato e da esfera de sua atividade.⁹⁹

No plano dogmático, entretanto, como se estudará no próximo Capítulo, não é sem dificuldade que se dá o acolhimento dessa racionalidade pelo direito penal de bases clássicas, que tem como noções fundamentais a ação e a culpa referidas à pessoa natural.

reforzado por la admisión de una responsabilidad penal sin culpa, o sin necesidad de probar la culpa ('strict liability'), y esto no sólo para las agrupaciones sino también para todo los autores. La situación jurídica es semejante en Australia donde sin embargo hay una primacía de la 'primary responsibility' de la corporación, mientras que en Estados Unidos la 'vicarious liability' la arrasta consigo. Japón ha adoptado bajo la influencia de EE.UU., una igual justificación para la responsabilidad penal de las agrupaciones (fuera del Código penal), sin por tanto admitir una responsabilidad sin culpa. Mientras, unas presunciones facilitan la prueba, p. ej., en derecho japonés del medio ambiente. Canadá, por su parte, reserva la 'identification doctrine' en principio a los 'verdaderos crímenes' ('true crimes') admitiendo una responsabilidad penal más vasta a las corporaciones para las strict liability (regulatory) offences. Se comprueba fácilmente que éstos son sobre todo ordenamientos jurídicos inspirados en un pragmatismo penal que establece la plena responsabilidad penal de las agrupaciones sin gran consideración a los obstáculos dogmáticos (excepción: Japón), los cuales dominan en los países con fuerte pensamiento dogmático penal, tales como Alemania, España, Grecia e Italia, por no citar más que aquellos Estados europeos importantes. Lo mismo es extrapolable a los Estados influenciados por esta corriente de pensamiento europeo como los países de América Latina". TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Lima, n. 6, jun. 1998, p. 783-803.

⁹⁹ Shecaira, com base em João Castro e Sousa, estabelece como requisitos genéricos para o reconhecimento da responsabilidade da pessoa jurídica: a infração há de ser praticada em seu interesse; a infração não pode situar-se fora da esfera da atividade da empresa; a infração cometida pela pessoa física deve ser praticada por alguém que se encontre estreitamente ligado à pessoa coletiva; a prática da infração deve ter o auxílio do poderio da pessoa coletiva. Cf. SHECAIRA, *Responsabilidade penal...*, p. 99-101.

A REFLEXIVIDADE INSTITUCIONAL E O SISTEMA PENAL

SUMÁRIO: 3.1 Direito penal do risco e racionalidade penal moderna: alguns eixos de conflitos: 3.1.1 Reflexividade como confrontação do direito penal de bases clássicas; 3.1.2 Direito penal adaptado à sociedade do risco *versus* princípios clássicos – 3.2 Algumas notas sobre o papel do direito penal na sociedade mundial do risco: 3.2.1 Expansão penal *versus* manutenção do paradigma clássico; 3.2.2 Direito penal de duas velocidades; 3.2.3 Direito de intervenção.

Em sua tese da modernização reflexiva, Beck afirma que quanto mais as sociedades são modernizadas, mais se sujeitam ao auto-risco e à autodissolução não intencional das suas bases e estruturas.¹ A roda-viva dos efeitos da modernização revela-se alheia à racionalidade moderna, modifica seus pressupostos e, assim, coloca em xeque as bases e a legitimação histórica das instituições fundamentais da própria modernidade. Em um segundo momento, essa *auto-alteração* das bases da modernidade industrial pode conduzir à reflexão sistemática sobre os pressupostos da existência social. Em outras palavras, os confrontos da reflexividade podem desencadear um processo reflexivo, a partir do qual

¹ Cf. BECK, *Modernização reflexiva...*

os indivíduos podem se libertar das expectativas normativas das instituições da modernidade simples para se engajarem no monitoramento dessas estruturas, com vistas a redefini-las.

Se as tendências estudadas no Capítulo anterior são analisadas pela dogmática penal à luz da teoria da sociedade do risco de Beck, consequência disso é enquadrá-la também nesse panorama da reflexividade: impulsionadas pelo reconhecimento dos novos riscos e pelo horizonte semântico da prevenção, essas tendências realizam um movimento de expansão, tendente a abarcar os novos fenômenos da sociedade do risco, consoante os ideais sociais de segurança e controle; entretanto, na outra ponta, contrapõem-se aos princípios e aos fundamentos da estrutura penal moderna. Nesse contexto, pretendemos explicitar alguns desses conflitos, a fim de melhor caracterizar o dilema atualmente vivenciado pelas ciências penais.

Ao lado disso, é possível dizer que, também no sistema penal, os choques da reflexividade são seguidos pela reflexão, entendida como a capacidade que um sistema tem de tematizar ou questionar a sua própria identidade. Assim, ao fim deste Capítulo pretendemos tecer algumas considerações sobre o debate dogmático em torno da identidade e do papel do direito penal na sociedade do risco.

3.1 DIREITO PENAL DO RISCO E RACIONALIDADE PENAL MODERNA: ALGUNS EIXOS DE CONFLITOS

3.1.1 Reflexividade como confrontação do direito penal de bases clássicas

As vertentes político-criminais analisadas no Capítulo precedente dirigem-se à utilização do aparato penal para combater novos riscos e garantir o sentimento de segurança dos cidadãos.

Entretanto, pelas características das novas situações que se pretende incriminar, o direito penal concebido em sentido liberal durante a modernidade resulta inidôneo para executar tal tarefa.

A partir de um elenco fragmentário de meios, cuja utilização está somente autorizada quando se trata de injustos já cometidos, que atingem bens individuais e que são acionados sob estritos requisitos de intervenção, é fortemente questionada a adequação do direito penal clássico para atender às difusas perspectivas preventivas, evitar perturbações gerais e responder a objetos flexíveis, abertos e com parâmetros no futuro.

Diante disso, vimos no Capítulo anterior a emergência de uma política de transformação institucional, que aponta para a expansão do campo de intervenção penal, a partir de algumas linhas tendenciais mestras, quais sejam, a extensão da proteção penal a bens jurídicos supra-individuais, a significativa antecipação da tutela penal aos crimes de perigo abstrato e aos delitos cumulativos, a freqüente utilização dos crimes de mera desobediência, dos crimes omissivos e culposos e a atribuição de responsabilidade penal a entidades organizacionais.

Esse processo de inovação tem como característica a relativização de algumas barreiras que, erigidas sob as exigências do paradigma do direito penal clássico, parecem dificultar a persecução de certos fins político-criminais. Em outras palavras, aqueles princípios que muitas vezes servem de contenção à intervenção penal – tais como: estrita legalidade, proporcionalidade, causalidade, subsidiariedade, intervenção mínima, fragmentariedade, lesividade etc. – e que são freqüentemente apontados como obstáculos à adequação eficiente do direito penal às necessidades preventivas e de proteção da sociedade do risco passam a ser confrontados, reinterpretados, entendidos de forma flexível e adaptados às novas necessidades. Conforme ilustra Figueiredo Dias:

Não está o direito penal, por outra parte – argumenta-se –, preparado para a tutela dos grandes riscos se teimar em ancorar a sua *legitimação substancial* no modelo do “contrato social” rousseaniano, fundamento último de princípios político-criminais até agora tão essenciais como o da função exclusivamente protectora de bens jurídicos, o da secularização, o da intervenção mínima e de *ultima ratio*.

Porque se se quiser manter estes princípios, tal significará – assinalou-o Stratenwerth em duas conferências a vários notáveis – a confissão resignada de que ao direito penal não pertence nenhum papel na proteção das gerações futuras: como entre outros e, principalmente, os temas dos atentados ao ambiente, da manipulação genética e da desregulação da atividade produtiva se vão encarregando já de mostrar ou prenunciar. Não uma função minimalista de tutela de bens jurídicos na acepção moderna, constituintes do padrão crítico de uma legitimação, mas a atribuição sem rebuços, ao direito penal, de uma função promocional e propulsora de valores orientadores da acção humana na vida comunitária – eis a única via que se revelaria adequada aos desafios da “sociedade do risco”.²

Como se vê, tal incompatibilidade parece seguir um caminho de mão dupla: de um lado, o arcabouço penal tal como concebido até agora não conseguiria dar conta, satisfatoriamente, dos novos fenômenos do risco; e, de outro, as adaptações do direito penal às novas metas político-criminais implicam um confronto direto com os princípios garantistas tradicionais. Instaure-se, portanto, uma dicotomia entre uma política criminal considerada mais adequada para o tratamento dos novos riscos e o respeito aos princípios e garantias penais e processuais penais até hoje identificados com o Estado Democrático de Direito.

No campo da regulação penal, essa seria a síntese das manifestações do que Beck chama de reflexividade institucional, que se explicitam, exatamente, por intermédio dos pontos de pressão entre aspectos das novas tendências e os pressupostos da racionalidade penal moderna. São essas confrontações que buscaremos retratar a seguir.

² DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 33, jan.-mar. 2001, p. 45.

3.1.2 Direito penal adaptado à sociedade do risco *versus* princípios clássicos

Trataremos de apontar, agora, as nervuras do conflito travado entre as inclinações do direito penal do risco e os princípios e regras clássicos que regem a racionalidade penal moderna. Nesse proceder, abordaremos a questão das garantias a partir da análise das principais tendências ligadas à prevenção por meio do direito penal, quais sejam (i) a proteção estendida a bens jurídicos supra-individuais, (ii) a antecipação da tutela penal a esferas anteriores ao dano, (iii) a flexibilização das regras de causalidade, (iv) as normas penais em branco e os tipos abertos e, por fim, (v) a responsabilização criminal das pessoas jurídicas.

(i) *A proteção penal a bens jurídicos supra-individuais*. Se hoje em dia parece insustentável negar proteção jurídica aos bens jurídicos supra-individuais, é de se constatar que a tutela desses bens vem sendo significativamente provida pelo direito penal, como pudemos mostrar no Capítulo anterior. Entretanto, isso traz reflexos ao próprio conceito de bem jurídico penal e à integridade dos princípios que até agora nortearam a intervenção penal de *ultima ratio*, quais sejam, o da lesividade, o da intervenção mínima, o da fragmentariedade e o da subsidiariedade. Melhor dizendo, o processo de ampliação progressiva do objeto de tutela penal, que inspira a dinâmica da produção legislativa mais recente, opõe-se diametralmente aos princípios da ofensividade e, por conseguinte, ao da fragmentariedade e da subsidiariedade, colocando em questão a função penal de garantia a bens jurídicos.³

A primeira nota dissonante entre a proteção aos bens jurídicos supra-individuais e a teoria clássica do bem jurídico refere-se à fraca concreção desses bens e ao seu afastamento da órbita do indivíduo. De fato, vê-se a progressiva substituição da proteção real a bens jurídicos concretos referidos diretamente a pessoas pela proteção a categorias amplas e multifárias, a instituições, a mo-

³ Cf. MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos liberales. In: SÁNCHEZ, *Política criminal y nuevo derecho...*, p. 113-142.

delos de organização social ou de unidades funcionais às quais se atribui um valor. Tais bens apresentam-se vagos e carentes de definição precisa, de duvidosa corporização ou mesmo de impossível tangibilidade.⁴ Não há dúvida de que esse panorama conflita com o arcabouço teórico das teses clássicas sobre o bem jurídico, calcadas em pressupostos de precisão e pessoalidade. Afinal, a proteção, por exemplo, do funcionamento do mercado, do bem-estar dos cidadãos, da saúde pública ou do equilíbrio ambiental guarda certo distanciamento da proteção a bens jurídicos palpáveis e afetos à esfera pessoal dos indivíduos, como a vida, a saúde e o patrimônio.

Além disso, é freqüente, nesses campos, que algumas ações sejam incriminadas por significarem apenas perturbação ao funcionamento ou desenvolvimento de um sistema ou, até mesmo, perturbação da confiança dos cidadãos em seu funcionamento⁵ e, dessa forma, encontram-se longe de representar ataques ao bem jurídico material. Moccia chega a afirmar que não se está mais diante de objetos de tutela, entendidos como bens jurídicos no sentido tradicional, mas de *rationes* de tutela. *Rationes* de tutela são, segundo o autor, objetivos de organização política, social, econômica etc. Ou seja, são objetos fictícios, que, na sua opinião, levam a opções de incriminação hipertróficas.⁶ Por conta disso, adverte-se sobre o afastamento do princípio da ofensividade ao bem jurídico como critério material de punição.

De fato, o princípio da lesividade social, decorrente do axioma *nullum crimen sine iniura*,⁷ postula que o Estado, no exercício de

⁴ Cf. TIEDEMANN, Klaus. Tatbestandsfunktionem im Nebenstrafrecht. Tübingen: Mohr, 1969 apud DIAS, *Temas básicos da doutrina penal...*, p. 175.

⁵ Cf. HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal*. Buenos Aires, n. 12, abr.-set. 1989, p. 279.

⁶ Cf. MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. In: SÁNCHEZ, *Política criminal y nuevo derecho...*, p. 113-142.

⁷ Ferrajoli explicita que o princípio da lesividade constitui o fundamento axiológico do primeiro dos três elementos substanciais ou constitutivos

suas tarefas de proteção, apenas pode intervir contra determinadas formas de comportamentos se um interesse de um membro da sociedade é ou pode ser afetado. Diverge desse princípio o fato de que, no campo da nova criminalidade contra interesses difusos, os fatos delitivos muitas vezes não passam de ruídos a padrões de segurança previamente normatizados, de modo que não se consegue sequer identificar as conseqüências naturalísticas de muitas das ações incriminadas e, muito menos, a lesão às condições individuais de vida.

De igual maneira, o modelo de imputação utilizado nesse campo, baseado em delitos de mera transgressão e tipos de perigo abstrato, que prescindem de resultado, está evidentemente distante do paradigma clássico da necessária danosidade a um bem concretamente representado.

De um modo geral, aponta-se uma inversão nos critérios de utilização do conceito de bem jurídico: se, desde a sua concepção, esse conceito teve a função crítica de operar como limitador da intervenção punitiva do legislador e serviu de instrumental para os movimentos de descriminalização, com a pressão das novas demandas de tutela, a noção de bem jurídico vê-se transformada em critério para a exigência de intervenção penal. Ou seja, assume o papel de propulsora da ampliação e não da limitação do *ius puniendi*. Por isso se diz que, ao lado da progressiva expansão do significado do conceito de bem jurídico, há um paulatino desvanecimento de sua função garantidora dos limites ou das condições

do delito: a natureza lesiva do resultado, isto é, dos efeitos que produz. A absoluta necessidade das leis penais fica condicionada pela lesividade a terceiros dos fatos proibidos, segundo o princípio recolhido no axioma *nulla necessitas sine iniura* e na tese *nulla poena, nullum crimen, nulla lex poenalis sine iniuria*. Trata-se de um princípio que surge já em Aristóteles e Epícuro, e que é denominador comum de toda cultura penal iluminista: de Hobbes, Pufendorf e Locke a Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano e Romagnosi, que vêem no dano causado a terceiros as razões, os critérios e as medidas das proibições e das penas. Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. Teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 373.

de justificação da proibição penal.⁸ Vislumbra-se aí uma importante mudança de paradigma: de um modelo de contenção do processo de criminalização para um modelo basicamente criminalizador, que parte de pressupostos preventivos contra os novos riscos.⁹

Com tudo isso, está criado um impasse acerca da manutenção ou da superação da noção de bem jurídico como critério legitimador da intervenção estatal. De um lado, defende-se a manutenção do catálogo clássico de bens jurídicos como centro gravitacional do direito penal, admitindo-se, apenas excepcionalmente, a proteção de bens jurídicos coletivos, desde que lastreados em interesses fundamentais da pessoa.¹⁰ De outro, há posições que

⁸ Cf. MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. In: SÁNCHEZ, *Política criminal y nuevo derecho...*, p. 113-142.

⁹ Cf. BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo...*, p. 78.

¹⁰ Nesse sentido, ressalta-se a produção dos teóricos da *Escola dos penalistas de Frankfurt*, capitaneada por Hassemer. Considerando a evolução do tratamento da questão e em clara referência a um direito penal de base clássica, esses teóricos propõem não a rejeição liminar da tutela penal dos bens jurídicos coletivos, mas a sua aceitação apenas na condição de que, com isso, se esteja protegendo, de maneira mediata, interesses individuais. Aceita-se alguma flexibilidade na delimitação do objeto de proteção penal, mas se mantém como centro gravitacional o catálogo clássico de bens jurídicos. Para Hassemer e seus seguidores, está claro que o direito penal não deve se ocupar prioritariamente desses novos âmbitos de proteção, por manifesta incompatibilidade com o conceito de bem jurídico penal. Em outras palavras, defendem o que se chamou de teoria pessoal do bem jurídico. Adicionalmente, tal concepção reivindica o recurso primordial aos tipos de resultado de dano-violação, em detrimento dos delitos de perigo. Pode-se ressaltar, ainda, posições que podem ser denominadas intermediárias, mas que, na linha delineada acima, demandam maiores esforços na delimitação dos correspondentes bens jurídicos e reclamam maior precisão aos nebulosos bens jurídicos universais, a partir de uma concepção liberal e individualista. Defendem, assim, que, no terreno dos novos riscos, graças à amplitude e falta de contornos precisos da matéria, além da crescente politização, a utilização do conceito de bem jurídico se faz especialmente necessária, a fim de exercer

apontam para a superação dessa categoria, quer pela mudança radical de sua orientação original,¹¹ quer pela perda da influência desse conceito no processo de imputação penal.¹²

as funções de racionalização e limitação da tutela penal. Nesse sentido, cf. KINDHÄUSER, Urs Konrad. Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto em el âmbito del derecho penal econômico. In: *Hacia um derecho penal econômico europeo, jornadas en honor del Prof. K. Tiedemann*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 441-452.

¹¹ Especialmente Günther Stratenwerth pronuncia-se a favor de renunciar ao conceito de bem jurídico e, em seu lugar, defende que a dogmática penal refira-se a normas gerais de comportamento, ou seja, que se oriente segundo o desvalor da conduta e passe a tutelar as *relações de vida como tais*. No mesmo sentido, embora não renuncie explicitamente à noção de bem jurídico, Bernd Schünemann postula uma ampla configuração desse conceito, o que, praticamente, o converte em um conceito elástico, que permite adaptar-se a qualquer situação, de modo a possibilitar ampla proteção penal dos bens jurídicos coletivos de vaga configuração.

¹² Nesse sentido, Jakobs e também Bernd Müssig, que, partindo dos pressupostos funcionalistas, propõe, em princípio, a substituição do conceito de bem jurídico pelo de função. Este autor identifica a tendência à desmaterialização do conceito de bem jurídico como um sinal de que esse conceito, como critério de legitimação do direito penal, alcançou seus limites teóricos e práticos. Para ele, a problemática referente à legitimação do direito penal deve mudar de perspectiva e, em vez de se ver referida à proteção de bens jurídicos, deve partir da determinação da função do direito penal, tal como está concebida pela teoria da prevenção geral positiva. Desse modo, a função das normas penais sancionadoras ver-se-ia ligada à garantia de vigência da norma. Portanto, a questão da legitimidade material estaria relacionada à verificação se a norma de comportamento, penalmente protegida, possibilita a manutenção dos critérios de identidade da sociedade. Ou seja, a legitimação do direito penal dependeria da função social da norma de comportamento que ele garante e esse tipo de valoração estaria, obrigatoriamente, relacionado com a conformação de cada sociedade. Como consequência desse raciocínio, não existiria nenhuma diferença qualitativa, mas apenas quantitativa, entre os conceitos de bens jurídicos individuais e universais. Desse modo, tratar-se-ia, simplesmente, de se comprovar se uma norma de comportamento está referida à criação geral de relações de interação diretas, e, portanto,

(ii) *A antecipação da tutela penal.* A própria característica dos bens jurídicos supra-individuais impõe a utilização de técnicas de tipificação que delineiam uma tendência ao adiantamento da intervenção punitiva. É o caso dos tipos de perigo abstrato, dos delitos cumulativos, dos delitos de mera transgressão e de boa parte dos tipos omissivos. Entretanto, a crescente utilização dessas formulações típicas – instrumentos outrora excepcionais que, no campo dos novos riscos, tornam-se freqüentes – postula problemas de legitimidade e de justa distribuição do *ius puniedi*, diante dos critérios de imputação sob os quais se assenta o aparato penal clássico.

Verifica-se, desde logo, que a combinação entre a tutela penal dos bens jurídicos supra-individuais e o avanço da intervenção estatal a esferas anteriores ao dano agrava as contradições ligadas à necessária ofensividade das condutas típicas. Isso porque a nebulosidade do objeto de proteção e da titularidade de tais bens jurídicos conjuga-se à falta de concreção lesiva dos tipos penais, que prescindem de uma consideração posterior do resultado.

A tensão desse modo de incriminação com os pressupostos de um conceito material de delito vê-se evidenciada quando se submetem à pena criminal condutas que carecem de referência lesiva clara e são definidas, basicamente, como desvios de normas padrões de segurança. Em outras palavras, segundo as regras interpretativas formais dos delitos de mera conduta e dos tipos de perigo abstrato, seria lícita a imputação de responsabilidade criminal em função de uma ação hipoteticamente negativa que, entretanto, na prática, emergiu despida de qualquer danosidade ou periculosidade, ou mesmo em situações em que o autor tenha tomado medidas para evitar o surgimento do risco ou do dano. É evidente que tal sorte de procedimentos fulmina a referência

restritas à esfera básica do indivíduo, ou se tal função social se define sobre sistemas sociais complexos. Assim, se os bens jurídicos universais são expressão de uma sociedade complexa e altamente diferenciada e, nessa medida, constituem critérios de identidade social, o processo de criação de normas penais que os tutelem se torna legítimo, já que cumpre a função de garantir a identidade da sociedade.

material que, segundo os padrões clássicos, deveria não só justificar a intervenção do direito penal, mas presidir a interpretação dos tipos, com vistas a determinar sua realização.

De outro lado, os antagonismos parecem agravar-se quando a questão é abordada pelo prisma do princípio da mínima intervenção e dos pressupostos de subsidiariedade, fragmentariedade e *ultima ratio* que norteiam a racionalidade penal moderna.

Se, a partir do contrato social rousseauiano, a sociedade colocou à disposição do Estado meios de regulação e intervenção para que sejam utilizados em caso de necessidade, estabeleceram-se, historicamente, alguns limites para a utilização desses mecanismos. Segundo o princípio da necessidade ou da intervenção mínima, só se legitima a criminalização de um fato se essa solução apresentar-se absolutamente necessária para a proteção de um determinado bem. Ao lado disso, emana o postulado de que o direito penal deve ser a *ratio* extrema, o remédio último, cuja presença só se legitima quando os demais ramos do direito revelam-se incapazes de dar a devida tutela a bens de alta relevância para a existência do homem e da sociedade.¹³ Dito de outra forma, a pena, como medida mais grave de intervenção estatal, apenas entra em consideração quando um meio menos agressivo não foi suficiente para lidar com o caso.

Se a prevenção ou contenção das ações podem ser obtidas com instrumentos menos intensos, a partir de outro campo do ordenamento jurídico, ou mesmo dispensando-se atuações estatais, então, de acordo com os princípios da intervenção mínima e da *ultima ratio*, não seria legítima a penalização.

Desses princípios decorrem, ainda, o caráter fragmentário do direito penal, bem como a sua natureza subsidiária, segundo os quais, "o direito penal – como já notara Binding – não encerra um sistema exaustivo de proteção a bens jurídicos, mas um sistema descontínuo de ilícitos decorrentes da necessidade de criminalizá-los, por ser este o meio indispensável de tutela jurídica".¹⁴ Assim,

¹³ Cf. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 26-27.

¹⁴ Cf. LUISI, *Os princípios constitucionais penais*..., p. 26.

disponibiliza-se a tutela penal, tão-somente, para os casos de ofensas graves a um elenco fragmentário de bens jurídicos merecedores da proteção penal. Por tudo isso, afirma-se que a legitimação da pena pressupõe a intervenção penal como *ultima ratio*, segundo os princípios da intervenção mínima, da subsidiariedade e da fragmentariedade.

Também se encontra embutido em tais fórmulas o princípio da proporcionalidade. Se a sanção penal apenas se viabiliza, corretamente, após verificada a sua necessidade, diante de graves lesões ao bem jurídico-penal tutelado, tal raciocínio apenas se faz completo diante de um juízo de proporcionalidade entre a importância do bem tutelado, a lesão perpetrada e a pena a ser infligida. Esse critério que rege as decisões emanadas nos âmbitos legislativo, judicial e executório pode ser associado também ao princípio da individualização da pena, segundo o qual, no dizer de Nelson Hungria, trata-se de retribuir o mal concreto do crime, com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso.¹⁵

Partindo dessa breve síntese das idéias que permeiam o pensamento penal moderno, é possível identificar diversos focos de conflito na aplicação dos mecanismos que resultam em antecipação da tutela penal. Primeiro, porque tipos penais de espectro amplo e indeterminado, sem relação com resultados concretos, como os de mera conduta ou os de perigo abstrato, não oferecem bases suficientes para delimitar o objeto de proteção, nem para concretizar o nível de risco jurídico penalmente relevante da conduta típica em relação ao bem jurídico.¹⁶ Em consequência, dificulta-se a formação de um juízo adequado acerca da gravidade do fato

¹⁵ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950, v. III. p. 239.

¹⁶ Por exemplo, é muito difícil delimitar as consequências contraproducentes ao bem jurídico ambiental das condutas de introduzir espécime animal no País, sem licença competente; pescar em período no qual a pesca é proibida; fabricar ou vender balões; comercializar motosserra, sem licença ou registro; penetrar em unidade de conservação conduzindo substâncias ou instrumentos para caça ou exploração de produtos florestais etc. (respectivamente, arts. 31, 34, 42, 51 e 52 da Lei 9.605/1998).

e da necessidade de intervenção do direito penal à luz dos critérios da mínima intervenção e da subsidiariedade.

Em segundo lugar, tais tipos prescindem da concretização do resultado danoso, isto é, não dependem, para se consumar, da ocorrência de lesão ou ameaça concreta ao bem jurídico. Sendo assim, não podem ser verificados de acordo com o critério da existência de *lesão grave a bens de relevância para o indivíduo e para a sociedade*, critério que, de acordo com o princípio da mínima intervenção e seus postulados, é o único idôneo para ensejar o recurso ao aparato criminal.

De outro lado, a antecipação da tutela a âmbitos de proteção anteriores ao dano, privilegiando o desvalor da ação em detrimento do desvalor do resultado, a partir de considerações genéricas e globais acerca da conveniência de condutas, demonstra uma significativa ampliação do espectro de atuação do aparato penal, que passa a abarcar situações antes tratadas por meio do direito administrativo e, portanto, distintas do clássico padrão representado pela grave agressão aos bens mais caros à sociedade. Essa aproximação do direito penal ao campo dos ilícitos administrativos nos leva a questionar se não se trataria de uma intromissão indevida do direito penal em esferas que poderiam estar, satisfatoriamente, sob a regulamentação do direito administrativo sancionador.¹⁷ Mantém-se, destarte, uma relação de tensão com os dogmas tradicionais da intervenção mínima e da *ultima ratio*.

Ainda, a propósito do juízo de paralelismo entre lesão e pena, é possível identificar incompatibilidades entre o princípio da proporcionalidade e as formas antecipadas de tipificação: se os delitos em questão não se referem a um dano efetivo ou a um perigo real, não é possível estabelecer uma relação equânime entre o resultado da conduta e a pena imposta. No caso dos delitos de perigo abstrato, o risco é apenas hipotético e não há a preocupação

¹⁷ Como se verá adiante, esse é o raciocínio que dá lastro à proposta de Hassemer de criação de um novo campo do direito, o *direito de intervenção*, que, localizado entre o direito penal e o administrativo, absorveria, com maior flexibilidade, esses problemas referentes à *criminalidade moderna*.

de demonstrá-lo antes da imposição da pena. Tem-se, assim, de um lado, um perigo apenas hipotético e, de outro, uma pena real. Nos delitos cumulativos, como o risco só se concretiza com a massificação e a repetição do comportamento, a conduta individual não é capaz de ocasionar risco ou dano e, mesmo assim, pode ser apenada. Tem-se, portanto, uma ação individual *sabidamente* despida de danosidade ou periculosidade e, em contrapartida, uma pena que é aplicada a cada sujeito individualmente. Em suma, em ambos os casos, é absolutamente ausente a idéia de proporcionalidade entre a lesão e a penalidade.

Como se vê, se os delitos de perigo abstrato representam, na prática, o instrumento principal por meio do qual se realiza a tutela penal antecipada, no âmbito teórico, a utilização dessa forma de imputação é uma das principais fontes de controvérsias, principalmente sob a perspectiva de sua legitimidade.

É que, dadas as peculiaridades desses crimes – que se caracterizam por não exigirem a efetiva colocação do bem em perigo e se consumarem com a simples realização da conduta, em tese perigosa, descrita no tipo –, verifica-se que não mais se condiciona o acionamento do aparato penal ao critério de lesividade a um bem jurídico. A crescente antecipação da tutela penal, por meio da criação indiscriminada de delitos de perigo abstrato, vem produzindo uma deterioração do critério de lesão ao bem jurídico protegido como orientador e legitimador da seleção penal.¹⁸

Nesse sentido, Hassemer afirma que “los delitos de perigo abstrato amplían enormemente el ámbito de aplicación del derecho penal, al prescindir del perjuicio, se prescinde también de demostrar la causalidad. Basta solo comprobar la realización de la acción incriminada, cuya peligrosidad no tiene que ser verificada por el

¹⁸ Cf. RODRÍGUEZ, C. Méndez. *Los delitos de peligro...*, p. 6 e 154 e ss. apud PAZ, Isabel Sánchez García de. La incriminación en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea. In: OLIVARES, Gonzalo Quintero; PRATS, Fermín Morales. *El nuevo derecho penal español: Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2001, p. 708.

juez, ya que solo ha sido motivo por el que el legislador la ha incriminado. La labor del juez queda así facilitada extraordinariamente".¹⁹

Blanca Mendoza Buergo aponta uma *fricção* entre a generalização do perigo em direito penal e os seus princípios tradicionais:

La presunción o generalización de la carga de peligro para el interés protegido entraña evidentes problemas de legitimidad, que se pueden sintetizar en la fricción con los principios de lesividad del hecho y de culpabilidad por falta de un injusto material, que se produce al imponer una pena por hechos que individualmente no muestran una peligrosidad suficiente de la que puede hacer responsable al autor, pero que también se pueden referir al principio de proporcionalidad.

(...)

Frente a ello, no se esgrime sólo la posible infracción al principio de culpabilidad que, según la crítica "tradicional", podrían suponer los delitos de peligro abstracto, sino que más allá, se objeta que con tal modo de proceder se enturbia la fuerza fáctica del Derecho penal para la protección de bienes jurídicos, en la medida en que se reduce el vínculo entre el comportamiento prohibido y la lesión del bien jurídico, lo cual supone también disminuir los presupuestos de punibilidad y, a través de ello, debilitar de manera radical la posición del autor, restringiendo sus posibilidades de defensa. Las tensiones con las condiciones de un concepto material de delito resultan evidentes cuando se someten a pena criminal conductas que carecen de referencia lesiva clara, definidas básicamente como la desviación de la regla o del estándar, que muchas veces no pasan de ser meras perturbaciones o comportamientos

¹⁹ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*: Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Santafé de Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 24.

indeseados o “molestos” para el modelo de funcionamiento de un determinado subsistema.²⁰

Em suma, a partir dessas características, constata-se que subjaz à tendência de antecipação da tutela penal uma índole fortemente preventiva, pautada pelos anseios de que o direito penal se ocupe dos males da nova sociedade do risco e proporcione segurança ampla em uma sociedade marcada pela incerteza generalizada. Nesse panorama, o direito penal acaba sendo idealizado como um instrumento privilegiado de organização social e pretensa administração dos riscos, o que se contrapõe à premissa clássica de um direito penal como último recurso para a contenção dos conflitos em sociedade.

Com efeito, as idéias pugnadas pelos ideólogos do direito penal do risco, embalados pelo clamor público de máxima segurança, enfrentam sérias dificuldades de serem absorvidas por um aparato que, até então, tinha como princípios norteadores a atuação como *ratio* extrema, conforme critérios de necessidade, fragmentariedade e subsidiariedade.

Por essas razões, afirma-se que a antecipação da tutela, especialmente a crescente utilização dos crimes de perigo abstrato, seria fruto de um enfraquecimento da vinculação do direito penal aos seus princípios²¹ e alerta-se que a adoção dessas formas de

²⁰ BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo...*, p. 80-81.

²¹ Cf. HASSEMER, Winfried. El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal “eficaz”. *Doctrina Penal*. Buenos Aires, n. 13, 1990, p.193-204. Confirmam-se, também, as considerações de Isabel Sánchez García de Paz: “la creación de delitos de peligro abstracto – la flexibilización de las estructuras dogmáticas tradicionales – se traduce en una pérdida de los criterios de imputación propios del derecho penal liberal, con el fin de penalizar con mayor facilidad a los productores de riesgos y la quiebra del principio de la taxatividad de los tipos penales”. PAZ, Isabel Sánchez García de. La incriminación en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea. In: OLIVARES, Gonzalo Quintero; PRATS, Fermín Morales. *El nuevo derecho penal español: Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2001, p. 685-722.

intervenção punitiva, utilizadas sem moderação e interpretadas de modo excessivamente formal, sob a justificativa de obter uma proteção mais efetiva a novos bens jurídicos, podem vir a afetar as garantias que até agora inspiraram e justificaram o direito penal.²²

(iii) *Flexibilização das regras de causalidade.* Com o surgimento dos novos riscos tecnológicos, verifica-se uma crescente dificuldade de identificação das causas e dos causadores desses riscos. Ou seja, dadas as características dos novos riscos, imputar as suas origens a ações determinadas no tempo e no espaço e a sujeitos certos, por meio dos trâmites usuais de causalidade, tornou-se tarefa bastante complicada.

Dessa forma, vale a pena mencionar a existência de uma desarmonia entre o princípio da causalidade entre ação e resultado e a forma lassa como esse nexos tende a ser estabelecido, ultimamente, nas novas áreas de proteção penal contra os riscos.

A causalidade dos fenômenos, idéia fundamental para o direito e base sob a qual se assentou a teoria penal da ação imputável, determina que “só se podem reconduzir ao homem, por meio de algum nexos de causalidade, fatos de cuja produção tenha ele participado com um mínimo de voluntariedade, não acontecimentos que, como sucede por ocasião dos grandes vendavais, passam sobre tudo ou sobre todos, sem que nada possa ser feito para impedir suas inesperadas e dramáticas conseqüências”.²³ Fica, dessa forma, lançada a premissa causal, de aspectos ontológicos e normativos, de toda ação que se pretende inquirir de ilícita à luz do ordenamento jurídico-penal.

É fácil imaginar, a partir da descrição que se fez no Capítulo 1, que os fenômenos arriscados da sociedade mundial do risco trazem dificuldades para a aferição dos conceitos naturalísticos e científicos que conformam a idéia tradicional de nexos de causalidade. Afinal, os novos riscos emergem na qualidade de efeitos colaterais, são ainda inexplicados pela ciência, resultam da com-

²² Cf. BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo...*, p. 81.

²³ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 107.

binação de diversas condutas ou surgem de uma articulação emaranhada de ações dentro de um sistema complexo.

Em função disso, resultam inúmeras as tentativas de se resolver a problemática da causalidade com estratégias normativas. Exemplos disso são: a massificação dos delitos de mera conduta que, ao dispensarem a ocorrência do resultado, eliminam também os problemas afetos à causalidade; o estabelecimento de garanties, com o que, por meio das obrigações de impedir o resultado, afasta-se a necessidade de comprovação da operação de causa e efeito e aplica-se um outro tipo de relação, mais simples de ser identificada, calcada na não evitação do resultado; os delitos cumulativos, que não permitem o estabelecimento de um nexo etiológico entre a conduta e o resultado, impondo necessariamente uma análise macroscópica; e, por fim, o aparecimento, ora em decisões pouco ortodoxas, ora em previsões legislativas, da controvertida idéia de "causalidade epidemiológica", que prega o abandono da tradicional relação de certeza entre ação e resultado, para admitir uma ligação baseada em indícios e estatísticas.

Com a intensificação da utilização de tais expedientes que, em certo sentido, parecem burlar a prova da relação de causalidade, fica evidente mais um contraponto entre a mentalidade político-criminal do risco, voltada ao abrandamento das exigências e das barreiras para a imputação, e as garantias formais que dão lastro ao sistema penal concebido durante a modernidade.

(iv) *Normas penais em branco e tipos abertos*. Como já mencionado, vê-se, hoje em dia, uma tendência à aproximação entre o direito penal e o direito administrativo. Isso ocorre em dois planos: primeiro, a partir da identificação do direito penal com o *modus operandi* do direito administrativo. Ou seja, o direito penal, em um dado momento e em determinados casos, prescinde do seu paradigma de repressão a determinadas lesões a bens jurídico-penais e passa a adotar o encargo, anteriormente sediado no campo da administração, de promover valores, bem como ordenar e planejar determinados setores da sociedade, a partir de uma linha de atuação global e não focada em um ato criminoso específico. Segundo, por meio da acessoriedade prestada pelo direito penal ao direito administrativo. O que significa que, em geral, quando

se pensa na proteção dos padrões de segurança dos bens supra-individuais, temos uma regulamentação administrativa da matéria, cuja observância é reforçada pela esfera penal.

Especialmente em virtude desta última vertente da acessoriedade administrativa do direito penal é que se começou a notar uma crescente inclinação do legislador na utilização das *normas penais em branco*, que se caracterizam por serem normas que não trazem consigo a descrição completa do modelo de conduta proibida, mas que requerem o complemento de um dispositivo extrapenal, normalmente de natureza administrativa. Para alcançar o modelo de conduta proibida, o intérprete deve completar o tipo a partir das remissões nele contidas.

Segundo o panorama geral traçado, no campo da criminalidade dos novos riscos, a norma penal passa a sancionar a inobservância a determinadas normas administrativas, bem como a atos e procedimentos da administração, tais como autorizações e licenças. Isso porque a complexidade das novas questões impõe limites à formulação das figuras penais. A dificuldade em se desenvolver a direta descrição legislativa das condutas típicas liga-se, frequentemente, à existência de uma larga gama de ações plausíveis de gerar risco ou dano ao bem protegido, o que conduz à impossibilidade de alcançar um padrão geral de condutas e ao perigo de se redundar em um casuísmo excessivo e, mesmo assim, insuficiente. Além disso, por se tratar de campos novos, que sofrem grande influência do progresso tecnológico, a norma penal que os regulasse diretamente estaria sujeita a alterações ao sabor das descobertas e inovações técnicas – o que também não se afigura adequado à estabilidade dos regramentos penais.

De outro lado, se a ameaça dos novos riscos emerge como efeito colateral de ações geralmente úteis e positivamente apreciadas, há um constante e quase inevitável conflito de interesse entre a função social de determinada atividade e o seu potencial arriscado, o que exige uma mediação constante e regular, não a partir de previsões abstratas, mas principalmente de formas particularizadas de tratamento para cada caso concreto. Em outras palavras, na maioria das vezes, apenas o ato administrativo está em condições de individualizar as circunstâncias de cada caso e propor

um equilíbrio para os interesses em causa.²⁴ Por mais essa razão, vem sendo freqüente a utilização de referências a expedientes da administração na construção dos tipos penais.

A legislação penal ambiental brasileira, por exemplo, vale-se em grande escala dessa técnica ao criminalizar uma série de comportamentos por estarem em desacordo com a regulamentação administrativo-ambiental. Em matéria ambiental, diz-se que, “tendo em conta a pluralidade e diversidade das agressões de que pode ser objeto o bem jurídico meio ambiente, assim como a constante inovação tecnológica com usos potencialmente lesivos, a utilização desta técnica de remissão a normas extrapenais está plenamente justificada”.²⁵

Não obstante sua alegada operacionalidade, a norma penal em branco extrai da lei penal a capacidade de tutelar diretamente o bem jurídico. Além disso, pode-se dizer que a incriminação de uma conduta depende muito mais das normas e atos da administração do que da própria lei penal, em clara contradição com o princípio da legalidade. Esse procedimento é ainda mais criticado quando a remissão não se faz propriamente a outras normas, mas a meras complementações técnicas, a partir das quais o poder de decisão sobre a existência de perigo em determinada conduta fica delegado aos técnicos.

Se, de um lado, tais mecanismos são apresentados como extremamente necessários quando se trata de matérias complexas, que comportam inovações tecnológicas em curtos espaços de tempo e cuja regulamentação pode variar ao sabor das descobertas científicas, de outro, a massiva utilização desse tipo de dispositivo penal causa um certo mal-estar com relação ao princípio da legalidade e da taxatividade.

²⁴ A respeito, cf. PALAZZO, Francesco. Principios fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia. *Revista Penal*. Barcelona, n. 4, jul. 1999, p. 78-79.

²⁵ Cf. SERRANOS, Carlos Lemes. Os delitos contra os recursos naturais e o meio ambiente. In: *Derecho penal administrativo*. Madrid: Comares, 1997 apud FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*: De acordo com a Lei 9.605/1998. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 36.

O princípio da legalidade, sintetizado na expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*, segundo o qual nenhum fato pode ser incriminado e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem a existência de *lei* anterior que os tenha instituído, significa, em outras palavras, que a elaboração das normas tipificadoras e das respectivas sanções constitui matéria reservada ou função exclusiva da lei penal.²⁶ Diante disso, a conformação do tipo penal e, por conseguinte, a definição da conduta criminosa por elementos que não estão previstos em *lei*, como acontece nas normas penais em branco, parecem destoar do enunciado da reserva legal.

Ao lado desse problema, é comum, nesses campos da regulamentação penal, a utilização de conceitos amplos e expressões vagas e porosas que não permitem a inferência imediata da conduta proibida. Esses dispositivos de caráter impreciso também parecem colidir com um dos corolários do princípio da legalidade, o da determinação taxativa. Esse postulado liga-se à exigência de clareza dos tipos penais: "... trata-se de um postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas, de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos".²⁷

(v) *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Se, de um lado, a responsabilidade penal do ente coletivo apresenta-se adequada e necessária à operacionalidade da tutela penal perante a criminalidade da empresa e afigura-se como solução a parte significativa dos problemas da *irresponsabilidade organizada* da sociedade do risco, de outro, ela apresenta certos desconcertos com relação à definição moderna de culpabilidade e seus postulados da pessoalidade e da individualização da pena.

O conceito de culpa penal firmou-se num panorama em que o centro de imputação jurídico-penal era o homem livre, individualmente considerado. Sob a vigência do princípio *societas delinquere non potest*²⁸ e do axioma referente à pessoalidade da respon-

²⁶ Cf. TOLEDO, *Princípios básicos...*, p. 21.

²⁷ LUISI, *Os princípios constitucionais penais...*, p. 26-28.

²⁸ Veja-se a assertiva de Hungria-Fragoso de que, "no direito brasileiro, o princípio '*societas delinquere non potest*' é regra absoluta".

sabilidade penal, não se admite a idéia de que a pessoa jurídica possa cometer crimes e ser punida por isso. Nessa linha de raciocínio, afirma-se que a conduta (ação ou omissão), pedra angular da teoria do crime, seria produto exclusivo do homem e que a capacidade de ação e de culpabilidade exigiria a presença de uma vontade, entendida como faculdade psíquica da pessoa individual.²⁹ Nessa perspectiva, sobram questionamentos acerca da capacidade das pessoas jurídicas de suportarem juízo de censura ética.

De fato, se a ação é entendida como a causação voluntária de um resultado e se entendermos que a vontade tem um sentido psicológico e derivado da idéia de *livre-arbítrio* do homem, é possível compreender as objeções acerca da imputação de uma vontade de ação a entes abstratos. Alega-se que a pessoa jurídica é desprovida de inteligência e vontade e, por isso, não pode cometer crimes por si só, mas apenas por intermédio de seus representantes. Assim, a vontade de agir fica restrita à esfera jurídica desses representantes atuantes, sendo, pois, contraditório imputar a responsabilidade ao ente jurídico.³⁰

Tais pressupostos dogmáticos inspiraram a afirmação de Seelmann de que sancionar penalmente as pessoas jurídicas supõe o abandono do conceito clássico de responsabilidade individual e do princípio da culpabilidade.³¹ Com efeito, a incompatibilidade entre a imputação penal da pessoa jurídica e as regras pessoais de responsabilização criminal é evidente. Em contrapartida, os defensores da responsabilidade penal coletiva propõem um conceito da vontade pensado de uma maneira distinta: não como resultante da existência natural do homem, mas em um plano

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. I, p. 628-631.

²⁹ Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: Parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1. p. 199.

³⁰ Cf. MARTÍN, Luis Gracia. La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Lima, n. 4, jul.-dez. 1994, p. 469-511.

³¹ Cf. SEELMANN, Kurt. Societat de risc i dret. *Iuris. Quaderns de Política Jurídica*. Barcelona, n. 1, 1994, p. 279.

sociológico, o que permitiria admitir que a empresa tem uma vontade, uma *vontade pragmática*.³²

De outro lado, a punição da pessoa jurídica por atos de seus diretores e a hipótese de se atingir inocentes, como os sócios minoritários que eventualmente tenham votado contra determinada decisão ou os acionistas que não participaram do ato, parece significar, na opinião de alguns autores,³³ punição por ato de outro. É sabido que tal expediente é vedado no paradigma clássico do direito penal, que segue o princípio da estrita personalidade das penas, segundo o qual a pena é um juízo de desvalor que se efetua em função do comportamento negativo individual.

Ainda, tal esquema de imputação tem sido objeto de controvérsia no que se refere à eficácia da pena imposta à pessoa jurídica. Aponta-se, em primeiro lugar, o inconveniente da impossibilidade de aplicação da pena privativa de liberdade à pessoa jurídica, característica quase que definidora do direito penal moderno. Além disso, questiona-se se a pessoa jurídica poderia perceber o mal ocasionado pela pena e se seria, efetivamente, afetada pela reprovação contida na sanção: "... la opinión dominante rechaza la posible eficacia de los fines de la pena en las personas jurídicas porque solo un ser humano que puede responder de sus actos, puede entender el sentido de la pena como mal merecido".³⁴

³² Cf. SHECAIRA, *Responsabilidade penal...*, p. 94.

³³ Cf. BOSCHI, Marcus Vinícius et al. Culpabilidade em crise? A responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*. Porto Alegre, nº 4, set-dez. 2001, p. 79-98.

³⁴ Prossegue o autor: "Este planteamiento es consecuencia obligada de una visión tradicional de la pena. Cuando, por el contrario – como arriba se ha expuesto –, se les asigna el Derecho penal la función del restablecimiento controlado de la paz jurídica dañada y su aseguramiento en el futuro, las posibles reacciones no se limitan a la pena concebida en su visión tradicional, sino que se requiere la introducción de nuevas consecuencias jurídicas idóneas para garantizar el cumplimiento de las normas. Para lograr ese objetivo, el moderno Derecho, al lado de las penas clásicas contra las personas individuales, debe introducir sanciones contra las personas jurídicas orientadas preventivamente a conjurar su peligrosidad". DANNECKER, Gerhard. Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Penal*. Barcelona, n. 7, jan. 2001, p. 40-54.

Como se vê, se a responsabilização penal da pessoa jurídica vem fundamentada na necessidade de responder ao desenvolvimento das atividades delituosas de poderosas organizações e na inoperância da mera responsabilização individual dos representantes, sua aceitação, perante o direito penal tradicional, deve ser minuciosamente articulada, mediante a revisão de muitos conceitos que o fundamentam.

Em suma, após analisar, brevemente, as características principais do direito penal do combate ao risco, é possível afirmar que o fenômeno do surgimento dos riscos efetivamente impõe ao direito penal um confronto entre as novas tendências político-criminais, que têm em seu horizonte a sociedade do risco, e os princípios fundantes da racionalidade penal moderna.³⁵ De fato, vimos que o

³⁵ No campo teórico, o embate entre os anseios de uma política criminal de índole preventivo-antecipatória e o modelo clássico não redundou na simples contraposição dessas duas alternativas. Ao contrário, em cada caso, resultou num esforço de buscar justificativas, limites e possibilidades de conciliação entre o novo e o tradicional. Por exemplo, a fim de ajustar o perigo abstrato à necessidade de maior concreção do direito penal, surgem proposições dogmáticas intermediárias. Assim, há os que criticam o seu emprego indiscriminado e que propõem circunscrever a utilização desses tipos a situações em que não haja outra alternativa para salvaguardar um bem de elevada relevância social. De outro lado, há os que conceberam a fórmula dos crimes de perigo abstrato-concreto, segundo a qual os crimes de perigo abstratos são admitidos, desde que, *ex post*, se avalie se a ação é idônea para lesionar o bem jurídico. No caso da proteção penal aos bens jurídicos supra-individuais, vale citar a posição de Kindhäuser, que não exclui a proteção a bens difusos, mas advoga por maiores esforços de delimitação dos bens jurídicos, a partir de uma concepção liberal, segundo a qual o bem a ser protegido deve constituir, comprovadamente, uma condição para o livre desenvolvimento em sociedade. Enfim, a partir do embate entre as posições do garantismo e do direito penal da segurança, temos o surgimento de um repertório doutrinário crítico e ao mesmo tempo tentativamente conciliador dos que defendem a extensão da tutela penal a situações de novos riscos, com algum grau de observância dos princípios básicos de garantia. Tais perspectivas de síntese, embora de difícil conformação na prática, podem contribuir para a discussão da atuação do direito penal na sociedade contemporânea.

sistema de pensamento penal firmado durante a modernidade, constituído por um conjunto de doutrinas políticas, teorias em dogmática penal e princípios jurídicos, que perfazem um modelo de garantias jurídicas negativas, vê-se fortemente abalado diante das influências dos novos riscos tecnológicos. A partir da verificação dos conflitos estabelecidos entre esses paradigmas, pode-se dizer que o fenômeno da reflexividade, descrito na teoria sociológica de Beck como o processo de confrontação das bases e da legitimação das instituições sociais, também se faz presente no sistema penal.

Se pensarmos, nos termos propostos por Álvaro Pires, que a estrutura de funcionamento do sistema penal baseia-se na relação entre seus dois *auto-retratos* – o primeiro que protege a sociedade, a vítima ou a moral contra o criminoso e o segundo que protege o inculcado e o criminoso contra a ingerência punitiva do poder político central³⁶ –, veremos que, na sociedade do risco, esse equilíbrio encontra-se abalado.

A partir dessa construção, pode-se entender a expansão do direito penal na sociedade do risco como uma desarmonia no relacionamento entre esses dois *auto-retratos*, porque o primeiro, que protege a sociedade, cresce de maneira exacerbada, enquanto o segundo, que protege as garantias individuais, vê-se mitigado e confrontado. Aproveitando a metáfora de Pires, poder-se-ia dizer que essa assimetria acaba refletindo uma imagem deformada do direito penal e, por vezes, irreconhecível. No momento seguinte, a transfiguração e o estranhamento acabam redundando na busca de identidade do direito penal e no intento de redefinição de seu papel na sociedade do risco.

3.2 ALGUMAS NOTAS SOBRE O PAPEL DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE MUNDIAL DO RISCO

Vimos que a adaptação do direito penal ao fenômeno dos novos riscos envolve mudanças significativas no seu modo de fun-

³⁶ Cf. PIRES, Álvaro Penna. La "ligne Maginot" en droit criminel: la protection contre le crime versus la protection contre le prince. *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*. Bruxella, n. 81-82, fev. 2001, p. 146-147.

cionar e de intervir na sociedade. Entretanto, as vias de configuração de um direito penal do risco não se efetivam sem que haja, de uma forma ou de outra, um certo distanciamento, um abrandamento ou um rearranjo dos princípios do direito penal clássico. De fato, a introdução, entre os escopos do direito penal, da idéia de consecução da segurança diante dos riscos tecnológicos não se faz possível a partir do seu instrumental tradicional. As contradições que se estabelecem nesse processo não ficam adstritas à simples substituição de um conceito ou à aplicação de um princípio de forma menos intransigente, mas dizem respeito à discussão da própria vocação do aparato punitivo estatal.

Se o direito penal moderno foi concebido a partir de uma índole restritiva e minimalista, o movimento a que se submete na sociedade do risco é o de expansão³⁷ – efetivamente, essa é a tônica das alternativas propostas pelo direito penal do risco, *e.g.*, extensão da proteção a bens jurídicos supra-individuais, antecipação da tutela, ampliação das posições de garantes, aumento das regras que estabelecem deveres de cuidado, diminuição dos rigores da verificação de causa e efeito e extensão da punição a entes coletivos.

Se na sociologia de Beck o surgimento dos novos riscos tecnológicos provocou abalos em todas as instituições fundamentais da sociedade moderna, os programas penais concebidos a partir dessa idéia de risco não ficaram fora desse processo. Se, conforme prenunciado por Beck, aos choques fundamentais segue a auto-reflexão pública, política e acadêmica sobre os objetivos e as bases da sociedade e de suas instituições, veremos que o direito penal também não está alheio a essas questões. Isto é, dos conflitos de valores expostos acima decorre um momento de *circularidade do conhecimento* – também chamado de *democracia dialógica*³⁸ –, uma discussão ampla e sistemática sobre os fundamentos e o futuro do direito penal.

³⁷ Esse também é o diagnóstico de Sánchez, cf. SÁNCHEZ, *La expansión...*, 1999, p. 18.

³⁸ Essas expressões são utilizadas por Giddens para demonstrar o mesmo processo de reflexão descrito por Beck. Cf. BECK, *Modernização reflexiva...*, p. 207.

Em outras palavras, a desarmonia que se afigurou durante o processo de *reflexividade* conduziu à *reflexão* acerca do papel do direito penal na sociedade dos riscos fabricados e é nesse contexto que vemos surgir, a partir das contradições fundamentais trazidas com as novas tendências preventivas, um considerável repertório doutrinário sobre as perspectivas do direito penal na sociedade do risco.

Nesse contexto, retrataremos, a seguir, o dissídio teórico central ligado às posições em prol da adequação do direito penal para a prevenção contra os novos riscos, em contradição com a defesa das garantias e regras clássicas. Além disso, abordaremos, resumidamente, as posições de Silva Sánchez e de Hassemer que, embora não destoem dessa discussão central, merecem ser destacadas pela singularidade das elaborações.

3.2.1 Expansão penal *versus* manutenção do paradigma clássico

A análise das discussões teóricas acerca das novas tendências do risco no direito penal permite identificar como cerne do problema a contradição entre adaptação do direito penal à sociedade do risco e a ameaça aos princípios clássicos. A bem da verdade, ainda que existam algumas posições intermediárias, bem como diferentes construções e argumentações entre os autores, é possível vislumbrar duas tendências de pensamento principais: de um lado, sob o ponto de vista da teoria do bem jurídico estritamente individualista, sustenta-se que o direito penal deve dedicar-se, tão-somente, à proteção subsidiária e repressiva dos bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento do indivíduo, mediante os instrumentos tradicionais de imputação de responsabilidade e segundo os princípios e regras clássicos de garantia. Devendo, portanto, afastar-se da expansão descontrolada rumo à proteção de bens jurídicos universais. Na posição oposta, postula-se a flexibilização dos instrumentos dogmáticos e das regras de atribuição de responsabilidades, a fim de que o direito penal angarie condições para atuar na proteção aos bens jurídicos supra-individuais e no controle dos novos fenômenos do risco.

Segundo esta última vertente, o direito penal é vislumbrado como aparato imprescindível dentro da estratégia de prevenção e gestão dos riscos fabricados. Nas palavras de Kindhäuser, o direito penal da segurança é condição de estabilidade da sociedade do risco.³⁹ O fundamento dessa pretensão repousa na idéia de que o direito penal não pode permanecer alheio à proteção dos bens relevantes para a manutenção das condições de vida da humanidade.

Segundo Schünemann, é equivocada a vinculação que se costuma fazer entre a teoria monista-individualista do bem jurídico e a teoria do contrato social, no sentido de que o Estado apenas asseguraria a renúncia das liberdades *individuais* acordada horizontalmente. Em sua opinião, não se pode limitar a participação no contrato social, e, portanto, os direitos e obrigações que dele derivam, aos indivíduos que vivem em um determinado momento. A idéia de contrato social apenas se faz coerente se se conceber como parte do contrato toda a humanidade, o que inclui também as gerações futuras. Assim, o autor critica a concepção *demasiadamente estreita* presente na teoria pessoal do bem jurídico, uma vez que não é o indivíduo que vive no momento presente, mas a superveniência de toda a espécie humana que constitui o valor supremo a ser resguardado pelo Estado. Nessa linha, Schünemann afirma que a teoria pessoal do bem jurídico propõe uma perversa inversão no ordenamento dos valores, pois habilita o direito penal para a proteção de valores egoístas, em detrimento da proteção de valores fundamentais para a garantia de condições saudáveis de desenvolvimento de toda a sociedade.⁴⁰

³⁹ Cf. KINDHÄUSER, Urs Konrad. *Universitas*, 1992 p. 229-234 apud BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo...*, p. 129.

⁴⁰ Nesse sentido, Schünemann conclui que: "el consumo abusivo y desaforado de recursos ocurrido en este siglo, junto con la superpoblación de la tierra que a éste acompaña, han conducido a un callejón sin salida que prohíbe cualquier duda acerca del carácter dominante de los bienes jurídicos ecológicos, lo que conlleva que la funcionalización individualista proclamada por la escuela de Frankfurt (y lo que esto significa: reducción de los intereses depredatorios de los individuos que viven en este momen-

A partir dessas críticas, o autor defende que o direito penal, por meio de sua força formadora de costumes, tem seu lugar mais indicado na defesa das bases de subsistência, não só da sociedade atual, mas também da sociedade futura. E questiona: onde mais pode ser necessário o direito penal que na proteção dos bens jurídicos que, a exemplo do meio ambiente, garantem a manutenção geral das condições para que todos os demais bens possam sobreviver e prosperar?⁴¹

Günter Stratenwerth, na mesma linha, qualifica como inaceitável o fato de que o direito penal possa tutelar bens jurídicos individuais e atuar em situações muito menores que as ocasionadas pelos novos riscos e, ao mesmo tempo, deva manter-se inerte quando se trata de tutelar os bens jurídicos supra-individuais, como, por exemplo, o bem jurídico ecológico. Reivindica, assim, como função precípua do direito penal na sociedade do risco o que denominou *asseguramento do futuro* (*Zukunftssicherung*).⁴² Completando esse mesmo raciocínio, até Figueiredo Dias, autor considerado moderado, está de acordo sobre esse ponto, quando afirma que, ao se negar a intervenção penal para os problemas dos novos riscos tecnológicos, está-se, em última instância, invertendo

to) aparezca en cierto sentido como una verdadera perversión de ordenamiento de bienes jurídicos. Si tenemos en cuenta, además, que la teoría personal del bien jurídico naturalmente incluye la protección de la libertad individual de actuación que presta el tipo de coacciones, prácticamente, y llevando la cuestión a sus últimas consecuencias, se impone la valoración que esta teoría tiene en mayor consideración a la más absurda apetencia del individuo egoísta que las condiciones de vida de las generaciones futuras". SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Buenos Aires, n. 2, abr. 1996, p. 17-49.

⁴¹ Cf. SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Buenos Aires, n. 2-9A, set. 1999, p. 627-653.

⁴² Cf. STRATENWERTH, Günter. *Zukunftssicherung mit der Mitteln des Strafrechts?* en ZStW 105, 1993, p. 679-96 apud BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo...*

os princípios jurídico-penais da subsidiariedade e da *ultima ratio*, pois são subtraídas da tutela penal precisamente condutas socialmente tão gravosas que põem simultaneamente em causa a vida planetária e os bens afetos à dignidade dos sujeitos individuais.⁴³

Entretanto, ao lado desse clima político-criminal, emergem evidentes as sérias limitações do instrumental do direito penal clássico para afrontar a necessidade de segurança. Diante disso, sustenta-se que o direito penal deva experimentar um radical processo de revisão em busca de uma estratégia intervencionista e preventiva,⁴⁴ caracterizada, como abordamos no Capítulo anterior, pela proteção a bens jurídicos supra-individuais, pelo afrouxamento dos princípios penais tradicionais, pela antecipação da tutela mediante, principalmente, o uso de tipos de perigo abstrato e pela extensão da responsabilidade criminal às pessoas jurídicas. Além disso, defende-se a supressão das *escrupulosas* exigências de prova do direito penal liberal, que são vistas como obstáculos para um enérgico direito penal da segurança.⁴⁵

Essas mudanças, no dizer de Schünemann, são apenas acertos necessários para que o direito penal seja capaz de proteger bens jurídicos, de maneira eficaz, nas condições sociais atuais. Nesses termos, aqueles que defendem a manutenção do

⁴³ Cf. DIAS, *Temas básicos da doutrina penal...*, p. 167.

⁴⁴ Cf. STRATENWERTH, Günter. *Zukunftsicherung mit den Mitteln des Strafrechts?* in ZStW, 1993, p. 679 apud PALAZZO, Francesco. Principios fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia. *Revista Penal*. Barcelona, n. 4, jul. 1999, p. 71.

No mesmo sentido, Jakobs afirmou que “cabe demandar que el Derecho penal haga esfuerzos de asunción y adaptación a nuevos problemas sociales y no comparte, en cambio, que éste quede limitado al núcleo de ataques dolosos y con conciencia de antijuridicidad a la integridad corporal, vida y libertad, o que se responda a los problemas de modernización (...) con un ‘Derecho de intervención’ no penal”. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona...*, p. 23.

⁴⁵ Essa é a opinião de Kindhäuser. Cf. KINDHÄUSER, *Universitas...*, p. 230 apud BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo...*, p. 105.

núcleo clássico do direito penal são freqüentemente acusados de ignorar as condições de atuação da sociedade pós-industrial e, assim, contribuir para o fracasso do direito penal na proteção a bens jurídicos.⁴⁶

Na mesma linha, Francesco Palazzo reforça que os princípios penais fundamentais e as garantias sofrem o condicionamento da realidade social e de suas transformações, e, por isso, não devem ser tomados de maneira absoluta, o que redundaria em uma *metafísica das garantias*. Partindo da premissa de que o direito penal é, antes de mais nada, um instrumento de utilidade social, a garantia não poderia privar a sanção criminal de sua finalidade de utilidade. Segundo o autor, se a configuração da garantia é sempre o resultado de um difícil equilíbrio entre a racionalidade instrumental da sanção e o respeito aos direitos fundamentais, emerge perniciosa a absolutização das garantias em detrimento da salvaguarda de bens jurídicos coletivos. Em seguida, afirma que a conformação técnico-jurídica que assumem as garantias penais não deve ser rígida e imodificável. O que pode permanecer é a exigência de garantia, podendo mudar o meio para a sua realização. Assim, se os princípios fundamentais estão expostos a mudanças históricas em sua conformação, o autor conclui que, no atual momento histórico-social, certas alterações do caráter clássico do direito penal são necessárias. Em suma, Palazzo defende que não se pode renunciar à tutela penal, em nome de uma suposta intangibilidade das garantias fundamentais.⁴⁷

⁴⁶ Leia-se, por exemplo: "Cuando la escuela de Frankfurt postula la reconducción, por principio, del Derecho Penal a los delitos de resultado, está abogando por una negativa a la modernización del Derecho Penal, negativa que necesariamente ha de fracasar en la finalidad del Derecho Penal de proteger bienes jurídicos, al ignorar las condiciones de actuación de la sociedad moderna". SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Buenos Aires, n. 2, abr. 1996, p. 31.

⁴⁷ Cf. PALAZZO, Francesco. Principios fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia. *Revista Penal*. Barcelona, n. 4, jul. 1999, p. 68-91.

Cite-se, ainda, a posição radical dos autores italianos Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini que criticam, duramente, as formulações do direito penal mínimo, manifestando-se favoravelmente à expansão do direito penal. Na opinião desses autores, a retração do direito penal é realizada em detrimento dos interesses coletivos agredidos pelos poderosos da economia, pela criminalidade organizada, pelos subversores das instituições democráticas. O direito penal deve corrigir a sua natural tendência à hipertrofia, mas deve, ao mesmo tempo, realizar uma tutela equilibrada de todos os bens fundamentais, individuais e coletivos. E a doutrina penalista, precisamente no momento em que a justiça penal começa a orientar suas atenções também aos grandes da economia e da política, não pode patrocinar um retorno ao passado, que significaria a restauração de um estereótipo de delinqüente recortado sobre classes perigosas.⁴⁸

Assim, sob os influxos de demandas preventivas e desse tipo de formulação teórica acerca da função de governo social do direito penal, a evolução presente da política-criminal aponta para a adequação da racionalidade penal, ansiando por eficácia em face dos novos riscos e impondo a transformação ou mesmo a preterição das características clássicas do direito penal.

Entretanto, a ampliação dos critérios de bem protegido e o modo como se viabiliza a atuação do direito penal na seara preventiva dos novos riscos são objeto de relevantes questionamentos. De fato, a busca do aparato penal por eficiência no combate aos problemas da sociedade do risco, em detrimento do seu arcabouço principiológico, provoca certa deterioração na base de legitimação do discurso jurídico penal até então vigente. Esse processo acaba incitando um movimento de recusa das novas tendências e de afirmação do arcabouço axiológico e dos critérios dogmáticos do direito penal tradicional. Ilustra esse raciocínio a manifestação de Figueiredo Dias, no sentido de que se deve "recusar uma 'evolução' do paradigma penal que passe por pôr

⁴⁸ MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Diritto penale mínimo e nuove forme di criminalità. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 3, jul.-set. 1999, p. 802-829.

em causa a defesa consistente e efetiva dos direitos humanos, o pluralismo ideológico e axiológico, a secularização. Por isso, numa palavra, deve manter-se a recusa de qualquer concepção penal baseada na *extensão* da criminalização, onde o direito penal se transforme em instrumento diário de governo da sociedade e em promotor ou propulsor de fins de pura política estadual”.⁴⁹

Dessa forma, parte significativa da doutrina propõe a manutenção do enfoque garantista, defendendo que a aplicação dos instrumentos penais de atribuições de responsabilidades às novas realidades deve se restringir aos casos em que há compatibilidade com seus princípios clássicos. Na maior parte das novas situações, entretanto, assume-se, sem intenções de mudanças, a incapacidade do direito penal moderno de dar respostas eficazes contra os novos fenômenos da sociedade do risco. Renuncia-se, portanto, à expansão dos preceitos penais a esses novos âmbitos, em prol da proteção de seus princípios conformadores – ditos *patrimônio ideológico inalienável do Iluminismo penal*.⁵⁰

Por essa via, se a complexidade dos fenômenos do risco, as imbricações causais e os contextos massivos e coletivos de ação são insuscetíveis de ser trabalhados pelos instrumentos do direito penal, disso não deriva, automaticamente, que o direito penal deva transformar-se para absorver essa nova competência. Pelo contrário, para esses autores, isso confirma a idéia de que os problemas da sociedade do risco devem ser resolvidos por meio de outros instrumentos.⁵¹ Mais do que nunca, defende-se que o direito penal deve afastar-se da flexibilização de seus conceitos e manter-se fiel a seus princípios e ao seu papel de protetor subsidiário de bens jurídicos individuais.

⁴⁹ DIAS, *Temas básicos da doutrina penal...*, p. 169.

⁵⁰ Expressão utilizada por Figueiredo Dias. Cf. DIAS, *Temas básicos da doutrina penal...*

⁵¹ Cf. LÜDERSSEN, Klaus. El derecho penal entre el funcionalismo y el pensamiento vinculado a los principios “europeos tradicionales”. O: ¿Adiós al derecho penal “europeo tradicional”? *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Buenos Aires, n. 5-9A, set.1999, p. 59-94.

Consoante a visão de Hassemer, os efeitos de um direito penal preventivo aos riscos tecnológicos ultrapassam os limites da política criminal, para atingir também a teoria da pena e a doutrina do bem jurídico, produzindo, ao final, uma verdadeira funcionalização do direito penal, ou seja, sua instrumentalização com vistas a fins político-criminais. A incorporação ao recente desenvolvimento político-criminal das idéias de insegurança, complexidade social, necessidade de orientação, estabilização de expectativas e proteção dos bens jurídicos das grandes perturbações supõe uma ameaça ao direito penal, pois implica o abandono de sua tarefa de assegurar o mínimo ético, para transformá-lo em instrumento de controle dos grandes problemas sociais, passando da tarefa de reprimir lesões pontuais a bens jurídicos concretos, para prevenir, em grande escala, situações problemáticas, inclusive potenciais. Assim, conclui, o direito penal deixaria de tutelar bens jurídicos concretos para proteger vagas e indeterminadas funções. Para sintetizar seu raciocínio, o autor retoma a consideração de Franz Von Listz, de que o direito penal constitui a barreira infranqueável da política criminal, para afirmar que, no direito penal do risco, ocorre o contrário: o direito penal aparece como instrumento da política criminal.⁵²

Nesse sentido, o autor defende que, justamente nos contextos de elevada complexidade social, o direito penal deve proteger e assegurar firmemente os elementos pessoais e, assim, exercer sua função que, em última instância, não é a seguridade geral ou a diminuição social do dano ou do risco, mas a imputação de um fato punível a uma pessoa. É exatamente a de individualizar um problema que, por certo, sempre é social.

Dessa linha de pensamento decorre a posição firme do autor contrária à extensão da tutela penal a bens jurídicos supra-individuais. Mais especificamente, defende que os interesses gerais ou estatais tão-somente ganham importância na esfera penal na

⁵² Cf. HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma política criminal. In: HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: FESMP, 1993.

medida em que corresponderem aos interesses imediatos dos indivíduos.⁵³

Compreende-se, assim, a postura conservadora de alguns teóricos, principalmente os representantes da denominada *Escola dos penalistas de Frankfurt*,⁵⁴ contra a atribuição ao direito penal da função de tutelar a sociedade perante os novos riscos, para a qual devem intervir outros instrumentos de ordenação social ou outros ramos do direito, em especial, o administrativo. Segundo Köhler, por exemplo, deve-se rechaçar a funcionalização do direito penal como um meio de ordenação total, pois esse ramo do direito é apenas uma reação a graves lesões de bens jurídicos e, portanto, pressupõe que para os demais casos haja uma racional organização da justiça por meio do direito privado e público. Não se trata, pois, de rechaçar a regulação jurídica, mas de utilizar, também, formas de controle que podem ser mais adequadas, razoáveis e proporcionais.

Sobre esse aspecto, Silva Sánchez enfatiza que, no processo expansivo do direito penal, a demanda por proteção e controle dos riscos não vem sendo encaminhada ao seu lugar natural, pois essa seria uma questão genuína para o direito administrativo e não uma

⁵³ Cf. HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. In: *Doctrina Penal*. Buenos Aires, n. 12, abr.-set. 1989, p. 275-285.

⁵⁴ Incluem-se aqui: Prittwitz, Hassemer, Lüderssen, Herzog e Albrecht. Este último mantém a postura mais radical, afirmando que o direito penal não é meio adequado para o controle dos novos riscos em âmbitos como a proteção ao meio ambiente ou à economia, por sua incapacidade estrutural para regular conflitos do sistema. Cf. ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In: *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2000; HERZOG, Felix. Límites al control penal de los riesgos sociales. Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, n° 46, jan.-abr. 1993, p. 317-327 e HERZOG, Felix. Miscelánea sobre la dialéctica del esclarecimiento del delito. In: *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2000.

tarefa para o aparato penal.⁵⁵ Nos termos de sua explanação, há uma diferença qualitativa entre a intervenção penal e o intervencionismo estatal que se expressa na legislação administrativa. A primeira persegue a proteção de bens concretos em casos concretos e segue critérios de imputação individual, lesividade ou periculosidade concreta. O segundo persegue a ordenação, de modo geral, de setores de atividades; não segue critérios firmes de lesividade ou periculosidade, mas de afetação geral da globalidade do sistema. Por meio do direito administrativo, não se almeja tratar de ações imputáveis pessoalmente a um sujeito determinado, mas de um gênero de condutas que represente, em termos estatísticos, um perigo para um determinado modelo setorial de gestão. Trata, portanto, de questões macrossociais, sistêmicas e estruturais.⁵⁶

Percebe-se, a partir dessas considerações, que as mudanças propostas ao aparelho penal para enfrentar os novos riscos tratam, em sua maioria, de incutir nesse sistema características do modelo administrativo. Sánchez chega a ponderar que o direito penal não só vem assumindo o modo de racionalizar e operar do direito administrativo, como vem se convertendo em um *direito de gestão ordinária de problemas sociais*.⁵⁷ Daí a origem da sua afirmação de que a demanda por regulamentação tem sido endereçada a lugar equívoco.

A propósito da perda da idéia de subsidiariedade pensada até hoje como inerente à atuação penal, confira-se, ainda, a opinião paradigmática de Hassemer:

Las nuevas incriminaciones en la Parte Especial del Código Penal y de la legislación penal especial conllevan

⁵⁵ Nas palavras de Sánchez, "la solución a la inseguridad, además, no se busca en su, por así decirlo, clásico 'lugar natural' – el Derecho de policía –, sino en el Derecho penal. Así, puede advertirse que, frente a los movimientos sociales clásicos de restricción del Derecho penal, aparecen cada vez con mayor claridad demandas de una ampliación de la protección penal que ponga fin, al menos nominalmente, a la angustia derivada de la inseguridad". SANCHEZ, *La expansión*..., p. 30.

⁵⁶ Cf. SANCHEZ, *La expansión*..., p. 103-104.

⁵⁷ Cf. SANCHEZ, *La expansión*..., p. 107.

una importante ampliación del Derecho Penal, reduciendo en consecuencia la importancia de su núcleo tradicional. El Derecho Penal deja de ser un instrumento de reacción frente a las lesiones graves de la libertad de los ciudadanos, y se transforma en el instrumento de una política de seguridad. Con ello se pierde su posición en el conjunto del Ordenamiento jurídico y se aproxima a las funciones del Derecho civil o administrativo.

En relación con esto aparece la tendencia antes mencionada de utilizar el Derecho Penal no como última, sino como primera o sola ratio, haciéndolo intervenir, en contra del principio de subsidiariedad, siempre que parezca rentable políticamente. Este cambio coincide con la pretensión de hacer del Derecho Penal un instrumento de transformación. Las ventajas que en el Derecho Penal clásico ofrecían las reacciones jurídico-penales, el distanciamiento igualitario y la proporcionalidad, pasan a un segundo plano. En lugar de respuesta al delito y retribución justa del mismo, se pone el acento en la prevención del delito futuro o de futuras perturbaciones de gran magnitud. Dicho de forma gráfica, en el Derecho Penal ya no preocupa tanto una respuesta adecuada al pasado, como prevenir el futuro. Tanto la teoría, como la praxis jurídico-penal, transforman los modelos normativos en modelos empíricos.⁵⁸

Como se vê, de um modo geral, a crítica desses autores volta-se com muita veemência à utilização do direito penal para a satisfação das grandes necessidades sociais de atuação, mediante o afastamento, com crescente rapidez, de seu centro ideal, formado por garantias materiais e processuais. Essa evolução, segundo Hassemer, vem trazendo problemas sérios ao direito penal, cujos meios só são idôneos para resolver poucos problemas, sob pena de perda da sua tradicional força de convicção. Conclui, dessa

⁵⁸ HASSEMER, Winfried. Crisis y características del moderno derecho penal. *Actualidad Penal*. Madrid, n. 43/22, 1993, p. 635-646.

forma, que o direito penal deve afastar-se do direito penal do risco, cujos proveitos são poucos, a custos muito altos, como, por exemplo, o de abdicar da defesa das garantias e liberdades individuais.⁵⁹

Em resumo, ainda que apresentem diferenças, os críticos voltam suas objeções ao fato de que o intento de adaptar ou adequar o direito penal às demandas da sociedade do risco traz graves seqüelas: a desformalização e a flexibilização que, em última análise, produzem uma erosão do direito penal garantista do Estado de Direito, além de deslocá-lo de seu tradicional posto de atuação, que é o da *ultima ratio*. Nesse ponto, Blanca Mendoza Buergo parece sintetizar essa visão:

Esa ausencia de límites claros a la intervención del legislador penal, junto con la configuración de la protección penal prioritaria de bienes tan amplios y faltos de referencias precisas que propone, cae sin duda de lleno en uno de los mayores defectos de la tendencia dominante actual, acertadamente denunciado por los críticos, esto es, la utilización del Derecho penal no ya como ultima sino como prima ratio. Más allá de la configuración y jerarquización de bienes jurídicos como las que sugiere – según la cual la existencia y preservación de un medio ambiente propicio a la vida y en el que ésta pueda desarrollarse en condiciones favorables, es el bien jurídico que ocupa el segundo lugar en la jerarquia de valores, después de la existencia y preservación de la especie homo sapiens –, Schünemann, al igual que otros autores que llegan a parecidas conclusiones, parece no tomar suficientemente en cuenta la existencia de otros medios de control social y jurídico además de la utilización de la pena criminal.⁶⁰

⁵⁹ Cf. HASSEMER, Winfried. El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz". *Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. 13, p.193-204, 1990.

⁶⁰ BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo...*, p. 151.

A crítica consiste, também – embora de forma secundária –, em questionar a capacidade do direito penal de regular as novas ameaças tecnológicas e denunciar o caráter simbólico da resposta do direito penal do risco. Aponta-se que a atuação do aparato penal, no campo dos novos riscos, desembocaria em uma utilização meramente simbólica, pela qual as funções encobertas ou latentes – como, por exemplo, a demonstração de prestígio e força pelo Estado e a satisfação de uma demanda por atuação dura – se sobreporiam às funções manifestas da pena. Nesse movimento, “el derecho penal es visto por el legislador, más que como medio para la protección subsidiaria de bienes jurídicos, como un instrumento más para la obtención de una fácil ganancia política a corto plazo, dando respuesta a las demandas sociales de solución rápida de los problemas. Asistimos a una práctica política dirigida no a modificar la realidad, sino la imagen de la realidad en los ciudadanos, a la que Baratta denomina ‘política como espectáculo’”.⁶¹

⁶¹ PAZ, Isabel Sánchez García de. La incriminación en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea. In: OLIVARES, *El nuevo derecho penal español...*, p. 720. No mesmo sentido é o diagnóstico de Hassemer: “... há uma tendência do legislador em termos de política criminal moderna em utilizar uma reação simbólica, em adotar um Direito Penal simbólico. Quero dizer com isso que os peritos nessas questões sabem que os instrumentos utilizados não são aptos para lutar efetiva e eficientemente contra a criminalidade real. Isso quer dizer que os instrumentos utilizados pelo Direito Penal são ineptos para combater a realidade criminal. Por exemplo: aumentar as penas não tem nenhum sentido empiricamente. O legislador – que sabe que a política adotada é ineficaz – faz de conta que está inquieto, preocupado e que reage imediatamente ao grande problema da criminalidade. É a isso que eu chamo de reação simbólica, que, em razão de sua ineficácia, com o tempo a população percebe que se trata de uma política desonesta, de uma reação puramente simbólica, que acaba se refletindo no próprio direito penal como meio de controle social”. HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma política criminal. In: HASSEMER, *Três temas...*, p. 86. Ver, também: VILLEGAS, Maurício. *La eficacia simbólica del derecho*. Santafé de Bogotá: Ediciones Uniandes, 1993.

Herzog afasta a entrada da política criminal no terreno da luta contra a desordem e a desorientação da sociedade do risco, alertando a respeito de uma tendência populista consistente na utilização do direito penal para acalmar, momentaneamente, os medos da população acerca dos riscos:

Mi observación en Alemania – pero intuyo que esto no es distinto en otros países –, es que a un ritmo semestral se discute sobre nuevas adaptaciones y medidas para endurecer el Derecho penal. Asistimos a trueques políticos indignos, debates con ejemplos bizarros, arreglos sórdidos, pero ningún impulso real hacia una solución de los problemas sociales planteados. El Derecho penal – permítaseme la alusión a una cita de Carlos Marx – se convierte así en un médico que, en el lecho de enfermo del capitalismo global tardío, sin diagnóstico, trata inútilmente de curar los síntomas con medios cada vez más severos. La delegación de los más graves problemas sociales en el Derecho penal y la Justicia penal aparece demasiado a menudo como una forma de populismo, con el cual la política quiere simbolizar la tenacidad y capacidad de actuación sin hacer frente a su auténtica tarea de organización de la sociedad mediante la política económica y social. Naturalmente, resulta además mucho más barato, y provoca menos conflictos, endurecer el Derecho penal del medio ambiente, en lugar de obligar mediante una política de impuestos y de infraestructuras a las grandes industrias a un cambio ecológico.⁶²

Devem ser mencionados, também, autores que não se apegam, integralmente, a nenhum desses marcos teóricos e entendem ser necessário, dentro de certos limites, compor os dois modelos e proceder a algumas adequações no modelo clássico vigente. Surgem,

⁶² Cf. HERZOG, Félix. Algunos riesgos del derecho penal del riesgo. *Revista Penal*. Barcelona, n. 4, jul. 1999, p. 54-55.

assim, posturas intermediárias, que reconhecem os problemas e as necessidades suscitadas pela sociedade mundial do risco, porém, impõem limites sérios às teses do direito penal em expansão, principalmente no que se refere ao respeito aos princípios básicos de garantia.

Prittwitz, por exemplo, afirma que o fim de minimizar os riscos por meio da utilização do direito penal pode e deve ser mantido, mas apenas na medida em que for compatível com os princípios de atribuição de responsabilidade individual justa.⁶³ Nessa mesma linha cautelosa, há os que postulam uma adequada proteção penal dos bens jurídicos supra-individuais, desde que operada em um regime de subsidiariedade reforçada.⁶⁴ Figueiredo Dias entende que, de acordo com os princípios da subsidiariedade e da *ultima ratio*, cabe um papel fundamental a meios não penais e mesmo não jurídicos no domínio e controle das fontes dos *megarriscos*. Entretanto, em certos casos mais graves, estes meios de controle não são suficientes e, então, faz-se necessária uma punição criminal às violações das normas de comportamentos. Com isso, esse

⁶³ Cf. PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und risiko: Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*. Frankfurt am Main: [s.n.], 1993, p. 385 apud BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo...*, p. 179.

⁶⁴ Nesse sentido: “Não se trata, por outro lado, de negar a dignidade de tutela penal relativamente aos bens jurídicos ambientais, mas tão-somente de, aceitando o merecimento penal da tutela desses bens, ser particularmente exigente quanto às ‘técnicas de tutela’ e à respectiva eficácia. Os bens jurídicos nesta área são efectivamente merecedores de tutela penal, mas esta deve articular-se com outros sectores do ordenamento jurídico de forma a conseguir delimitar um espaço de intervenção subsidiária onde a necessidade de tutela penal e a sua idoneidade sejam evidentes. Trata-se, no fundo, de sujeitar a um crivo crítico as ‘técnicas de tutela penal’ do ambiente de forma a conseguir que, na área em que o Direito Criminal intervenha, seja efectivamente assegurada a idoneidade e a eficácia dessa tutela penal. Decisivo, nesta matéria como em tantas outras, é tentar punir pouco, mas de forma eficaz”. PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. Sentido e limites da protecção penal do ambiente. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, n. 10, jul.-set. 2000, p. 371-387.

autor admite a utilização do direito penal no campo dos novos riscos, desde que a tutela jurídico-penal não surja na primeira linha, mas sim subordinada à exigência de abranger apenas ofensas inadmissíveis e, por isso, desde que esteja sujeita a uma estrita acessoriedade administrativa.⁶⁵

Busca-se, assim, mesmo nas questões novas e delicadas da sociedade do risco, manter a atuação do aparato penal nos moldes da *ultima ratio*. Em suma, é possível identificar, claramente, um grupo de autores que defendem uma postura conciliadora, que combine os princípios tradicionais da dogmática penal com as figuras novas que conferem proteção penal contra os novos riscos.⁶⁶

3.2.2 Direito penal de duas velocidades

No embate entre princípios penais e ampliação da proteção na sociedade do risco, Silva Sánchez é um dos autores que adota uma postura intermediária, denominada *expansão moderada*.⁶⁷ Em sua formulação, recusa o apego ao tradicionalismo clássico, ao mesmo tempo em que nega a adesão à flexibilização do direito penal e propõe um modelo dual para o sistema penal, o do *direito penal de duas velocidades*.⁶⁸

Silva Sánchez parte, assim, de duas premissas. A primeira se assenta na oposição da plena *modernização*⁶⁹ do direito penal –

⁶⁵ Cf. DIAS, *Temas básicos da doutrina penal...*, p. 166-167.

⁶⁶ Blanca Mendoza Buergo agrupa nessa corrente doutrinária intermediária os seguintes autores: Roxin, Hirsch, Frisch, Köhler e Prittwitz e, na doutrina espanhola, Silva Sánchez, Paredes, Rodríguez Montañés e Corcoy Bidasolo. Cf. BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo...*, p. 120.

⁶⁷ Conforme classificação de Alberto Silva Franco. Cf. FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 276.

⁶⁸ Cf. SÁNCHEZ, *La expansión...*, p. 115-127.

⁶⁹ Essa expressão é utilizada pelo autor, no mesmo sentido de Hassemer e Muñoz Conde, para denominar o fenômeno atual da expansão do direito penal na sociedade pós-industrial do risco. Cf. SÁNCHEZ,

caracterizada pela expansão e pela flexibilização de princípios político-criminais e regras de imputação do direito penal da pena privativa de liberdade. A segunda diz respeito à negação de uma volta ao direito penal clássico, que, segundo ele, nunca existiu. O autor alerta que o direito penal liberal, que certos autores conservadores pretendem reconstruir, em realidade, não existiu como tal. Por um lado, porque, ao contrário do que se diz sobre a exclusiva proteção de bens altamente pessoais, sempre houve nele a presença de uma rígida proteção do Estado, assim como de certos princípios de organização social e estatal. Por outro lado, a rigidez das garantias formais desse modelo não correspondia a uma inspiração ontológica do sistema; era, na verdade, apenas um contrapeso ao autoritarismo e ao extraordinário rigor das sanções impostas.

A partir da constatação de que o conjunto de garantias seria muito mais o reverso da pena de prisão do que algo inerente à identidade do modelo, Sánchez estabelece uma relação direta entre as garantias de determinado sistema e a severidade das sanções por ele infirmadas. Com isso, vê-se apto a concluir que o problema atual não é propriamente a expansão do direito penal, mas, especificamente, a expansão do direito penal da pena privativa de liberdade. Dessa forma, seria admissível a absorção de novas áreas de tutela menos garantísticas dentro do direito penal, desde que as sanções previstas para os ilícitos não incluíssem a privação da liberdade.

Em outras palavras, o autor assume que a resposta à demanda punitiva, no campo da chamada criminalidade moderna, deve resolver-se por intermédio de uma ampliação do direito penal. Assim, não questiona substancialmente que, dada a natureza dos objetos de proteção, a expansão resulte mesmo em flexibilização de regras de imputação e princípios de garantias, desde que essa

La expansión..., p. 121-122 e HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia: T. lo Blanche, 1995, p. 22 e ss. Note-se, entretanto, que no presente trabalho utilizamos a expressão "direito penal moderno" para nos referirmos ao paradigma clássico, forjado na modernidade.

ampliação não baseie sua força comunicativa na imposição de penas de prisão.

Essa formulação permitiu que Silva Sánchez propusesse uma divisão do direito penal em dois modelos dogmáticos e político-criminais: o *direito penal nuclear*, no qual seriam mantidos os princípios do direito penal liberal, e o *direito penal periférico*, no qual esses princípios seriam flexibilizados ou mesmo transformados, a fim de viabilizar a proteção penal das novas áreas arriscadas. Em consequência, a fim de salvaguardar os direitos, liberdades e garantias individuais, haveria uma reserva absoluta da pena restritiva de liberdade ao direito penal nuclear. Com isso, a proteção de bens pessoais seria operada por meio do núcleo duro do direito penal, consoante as garantias clássicas, enquanto a proteção dos bens jurídicos coletivos diante dos novos riscos dar-se-ia na zona periférica, caracterizada por uma menor intensidade garantística e pela cominação de sanções patrimoniais e restritivas de direitos.⁷⁰

Nas palavras de Silva Sánchez: "... en la medida en que la sanción sea privativa de libertad, una pura consideración de proporcionalidad requeriría que la conducta así sancionada tuviera una significativa repercusión en términos de afectación o lesividad individual; a la vez, procedería – precisamente por lo dicho – mantener un claro sistema de imputación individual (personal). Ahora bien, en la medida en que la sanción no sea privativa de libertad, sino privativa de derechos o pecuniaria, parece que no habría que exigir tan estricta afectación personal; y la imputación tampoco tendría que ser tan abiertamente personal. La ausencia de penas 'corporales' permitiría flexibilizar el modelo de imputación. Con todo, para dotar de sentido a este nivel sí sería importante que la sanción se impusiera por una instancia judicial, de modo que retuviera (en la medida de lo posible) los elementos de estigmatización social y de capacidad simbólico-comunicativa propios del Derecho penal".⁷¹

Com esse modelo, segundo Sánchez, a função racionalizadora do Estado sobre a demanda social de punição dá lugar a uma

⁷⁰ Cf. SÁNCHEZ, *La expansión...*, p. 115-116.

⁷¹ SÁNCHEZ, *La expansión...*, p. 126-127.

resposta simultaneamente funcional e garantista. De um lado, assegura-se o modelo clássico de princípios para o núcleo dos delitos e, de outro, a propósito das novas demandas dirigidas ao direito penal, se aceita a flexibilização dos critérios de incriminação e dos princípios político-criminais, a fim de proporcionar uma tutela dita eficiente por meio de sanções alternativas.

3.2.3 Direito de intervenção

Opondo-se a todas as tendências do direito penal do risco, Hassemer defende a redução do direito penal a um *direito penal nuclear*, formado apenas por delitos de lesão a clássicos bens jurídicos individuais ou a bens jurídicos supra-individuais estritamente vinculados à pessoa, delitos de perigo concreto graves e evidentes e por regras de imputação rígidas e princípios de garantia clássicos. Dessa forma, a proteção aos bens jurídicos supra-individuais em face dos novos riscos tecnológicos seria definitivamente afastada do direito penal, evitando-se, assim, qualquer tentativa de expansão da tutela penal – e, também, não ficaria, simplesmente, a cargo do direito administrativo. A proposta de Hassemer diverge do modelo de Silva Sánchez, pois remete essa nova seara de tutela não a uma área diferenciada dentro do próprio direito penal, mas a um novo campo jurídico denominado *direito de intervenção*.

Em outras palavras, ao lado da descriminalização de condutas, necessária para a redução do direito penal a esse núcleo básico de proteção, dar-se-ia a criação de um sistema de direito novo, livre das rigorosas exigências principiológicas e das formalidades para atribuição de responsabilidades; mais apto, portanto, para lidar com as situações da sociedade do risco.

Esse campo de regulação, que estaria localizado entre o direito penal e o direito administrativo e entre o direito civil e o direito público, atuaria no combate aos novos focos de insegurança – especialmente em matéria de drogas, delitos econômicos e ecológicos – de modo prioritariamente preventivo. Além disso, tal sistema, por ser muito mais flexível em relação às garantias

materiais e processuais, disporia de sanções menos intensas que as penas tradicionais, renunciando definitivamente à imposição de penas privativas de liberdade.

Na opinião de Hassemer, um modelo de direito de intervenção assim configurado seria, pragmaticamente, mais adequado para responder aos problemas específicos das sociedades pós-industriais.⁷² De outro lado, poder-se-ia liberar o direito penal de expectativas de prevenção que não pode cumprir e que, segundo o autor, o arruinam.⁷³

Por fim, diante dessas breves considerações, e procurando estabelecer um balanço da reflexão sobre as perspectivas do direito penal na sociedade do risco, parece adequado localizar o cerne da discussão na polêmica relação entre a estabilização de um direito penal do risco e a violação dos princípios político-criminais liberais e das regras clássicas de imputação. Embora as manifestações não sejam homogêneas, é possível identificar dois blocos claramente contrapostos: os que defendem a funcionalização do direito penal e os que se apegam aos princípios do direito penal como *ultima ratio*; e uma corrente intermediária. Com relação a esta última, as manifestações tendem a variar em função dos critérios de fixação das condições de proteção legítima da segurança por meio do direito penal, isto é, de acordo com as diferentes combinações entre avanços em prol da segurança e manutenção deste ou daquele princípio fundamental.

⁷² Cf. HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad...*, p. 35.

⁷³ Cf. HASSEMER, Winfried. *Perspectivas del derecho penal futuro. Revista Penal*. Barcelona, n. 1, 1998, p. 37-41.

CONSIDERAÇÕES FINAIS ■

O caminho percorrido até aqui procurou mostrar como a idéia de riscos da modernização foi percebida, a partir de um ponto de vista dogmático, pelo sistema jurídico-penal.

O panorama trazido da sociologia de que vivemos hoje em uma sociedade mundial do risco prenunciou o fim da sociedade industrial e a sua substituição por uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, configurada pela socialização da natureza e pelo avanço tecnológico e marcada pelas repercussões desses avanços tanto para o bem-estar da humanidade, como para a criação de riscos altamente destrutivos. Nesse novo paradigma social, a ação humana, na maioria das vezes anônima, revela-se suscetível de produzir riscos globais, passíveis de serem produzidos em tempo e em lugar largamente distanciados da ação que os originou ou que para eles contribuiu e que podem ter como consequência, até mesmo, a extinção da vida humana.¹

A imponderabilidade dos novos riscos destoa do conceito de risco concebido durante a primeira modernidade, que exprimia um fator previsível, calculável e quantificável, por meio do qual era possível compor elementos da realidade e formalizar cálculos de probabilidades, de modo a fornecer garantias (dentre elas a reparação e a indenização) em face dos efeitos adversos.² A idéia de risco, assim, estava ligada às possibilidades de racionalização das incertezas, com vistas à ordenação.

¹ Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade do risco". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 33, jan.-mar. 2001, p. 43-44.

² Cf. EWALD, François. La société assuranticielle. *Risques, les cahiers de l'assurance*. Paris, n. 1, 1990, p. 5-23.

Na sociedade do risco, essa construção social do seguro é fundamentalmente abalada. Os novos riscos – que não puderam ser antevistos, calculados ou reparados – evidenciaram que todos os mecanismos de previsão e ordem da primeira modernidade falharam em seus objetivos de segurança. Decorre disso a deslegitimação da ciência, das instituições de controle e dos mecanismos do seguro, que estenderam suas garantias sobre os mais variados campos sociais e foram pouco eficientes para proteger a sociedade dos efeitos desses novos fenômenos. Ao contrário, tais instituições são hoje acusadas de ter contribuído e legitimado o surgimento de ameaças tecnológicas em larga escala.

Nesse contexto, a perda de operacionalidade do conceito de risco como fator de antecipação e certeza, os fracassos da tecnologia do seguro, da ciência e do direito aliam-se a fatores característicos dos novos tempos, como a complexidade, a globalidade e o dinamismo social, e acabam determinando um elevado nível de insegurança social.

Ocorre que, em uma sociedade mediatizada como a de hoje, tais condições de autoprodução da vida social convertem-se em um tema público. Assim, a busca de novos mecanismos de controle dos riscos é fortemente influenciada pelos processos de *sentimentalização* e *juridicização* da opinião pública e, com isso, acaba redundando em demanda por regulação penal das atividades capazes de produzir riscos. Em outras palavras, na sociedade do risco tem-se a pretensão de minimizar a insegurança, o que acabou se traduzindo na disposição de conter a formação de riscos em uma etapa muito primitiva de seu desenvolvimento, com a ajuda preponderante do direito penal.

Para tanto, se o instrumental do direito penal tradicional não se afigurou como o mais adequado para combater os riscos fabricados, tratou-se de articular, no seio de uma política criminal voltada à prevenção dos riscos, mudanças em sua estrutura de incriminação. Ou seja, em vista das novas necessidades e exigências de proteção, propõe-se uma mudança da racionalidade punitiva do direito penal liberal para que este funcione como meio de defesa da sociedade contra os novos riscos tecnológicos. Temos aí a primeira constatação deste trabalho: a de que a percepção dos

fenômenos da sociedade do risco exerce forte influência na conformação de uma política criminal voltada ao controle desses fenômenos.

De fato, as discussões sobre as novas condições de desenvolvimento das sociedades pós-industriais são refletidas, no campo jurídico-penal, por uma tendência à expansão do alcance do aparato penal. O direito penal passa a abarcar a tutela a bens jurídicos supra-individuais, sob um enfoque eminentemente preventivo. Por isso, acentua-se o emprego de incriminações de mera conduta e, com notável frequência, lança-se mão do adiantamento da tutela penal proporcionado pelos tipos de perigo abstrato. Ao lado disso, são utilizados critérios bem mais flexíveis de interpretação de certas categorias e regras de imputação penal de responsabilidades, contexto em que se inserem a mitigação da certeza na identificação do nexo de causalidade, a proliferação dos tipos omissivos e culposos e a responsabilização penal das pessoas jurídicas. Dessa forma, desapegado do pressuposto de que apenas a lesão aos bens individuais autoriza a sua intervenção e sem as rígidas exigências de prova, de individualização de condutas e de observância aos princípios de garantia iluministas, o aparato penal adquire, em determinados setores de regulação, um modo de atuação muito semelhante ao dos órgãos da administração: passa a atuar na gestão global dos riscos, muito mais do que na repressão de condutas singulares.

A partir dessas linhas essenciais, restaram delineados neste trabalho a forma de desenvolvimento político-criminal e o conjunto de modificações estruturais que vem sofrendo o direito penal, que são atualmente pensadas pela dogmática penal como uma adaptação do aparelho punitivo estatal ao fenômeno da sociedade do risco, a fim de intervir em determinados setores ora ameaçados.

Entretanto, verificou-se que a índole desse novo modelo de intervenção estatal colide com os postulados formadores da base de legitimação do direito penal moderno. A proteção a bens jurídicos universais e de conteúdo vago, por meio de modelos típicos que não se relacionam com o critério da ocorrência da lesão aos bens individuais, confunde-se com o asseguração de patamares de segurança que têm uma relação meramente hipotética.

tética com o bem jurídico. Desse modo, a atuação do direito penal acaba afastando-se dos princípios da lesividade, da proporcionalidade, da subsidiariedade e da fragmentariedade. Além disso, o movimento expansionista caracterizado pela criminalização de condutas não lesivas, pela antecipação da tutela ao perigo meramente abstrato e pela invasão do direito penal a áreas antes regulamentadas pelo direito administrativo denota uma atuação distinta da idealizada para um instrumento de *ultima ratio*. De outra parte, a aceitação da presunção e da estatística na prova do nexo de causalidade inverte o princípio do ônus da prova e os postulados da presunção de inocência. E, ainda, a introdução da punição penal das pessoas jurídicas vê-se em conflito com o conceito tradicional de culpabilidade, de pessoalidade da pena e com as regras de individualização de responsabilidades. Por fim, vale mencionar que a excessiva utilização pelo legislador penal de normas penais em branco e tipos abertos mitiga o postulado clássico da reserva legal.

A partir daí, se continuarmos no mesmo marco teórico tomado de empréstimo pela dogmática penal, podemos compreender esses problemas e desafios do direito penal à luz do conceito de reflexividade de Beck. Se Beck define reflexividade como confrontação da sociedade consigo mesma, podemos afirmar que as mudanças do direito penal na nova ordem do risco integram esse mesmo processo. Trata-se da confrontação do direito penal da sociedade do risco com os próprios pressupostos da racionalidade penal. Em outras palavras, o surgimento de propensões político-criminais adaptadas ao fenômeno do risco, que emergem em situação de conflito com o programa de intervenção penal da sociedade industrial, pode ser traduzido como uma manifestação, no interior do sistema penal, do processo de reflexividade institucional da segunda fase da modernidade.

A vivência desses choques da reflexividade, segundo Beck, conduz à auto-reflexão da sociedade sobre seus pressupostos de organização e funcionamento. A reflexividade da modernidade produz não somente uma crise cultural de orientação, mas uma crise institucional fundamental dos sistemas da sociedade moderna. Nesse processo, os riscos da modernização e as novas formas

de organização e atuação social são alçados à discussão pública, desencadeando uma grande crise de identidade e um movimento de reformulação dos objetivos e das bases institucionais. A partir dos autores estudados neste trabalho, pode-se dizer que esse momento de reflexão também se dá no âmbito do aparato penal, por meio da discussão dogmática acerca do papel do direito penal na sociedade do risco.

Da análise do cabedal doutrinário produzido a esse respeito, é possível construir o diagnóstico de que a evolução atual do direito penal desembocou em um momento de crise do seu modelo teórico. Primeiro, porque se exige do direito penal uma atuação com relação aos novos riscos, para a qual seu aparato instrumental não se apresenta condizente. Segundo, porque as vias de adequação do direito penal aos novos fenômenos do risco contrapõem-se aos princípios fundamentais e às regras clássicas de imputação.

A reflexão sobre esse panorama – que se deu mais amplamente na doutrina européia – produziu basicamente duas grandes vertentes de pensamento e algumas posições intermediárias, que conjugam elementos dessas linhas principais. De modo a retratar o ponto forte desse debate, identifica-se que, de um lado, é atribuída ao direito penal a função de proteger os bens jurídicos universais necessários à manutenção de um padrão de vida saudável para as gerações futuras, por meio do controle gerencial das situações geradoras de riscos tecnológicos. Se o direito penal organizado em bases clássicas não dispõe do instrumental adequado para afrontar novos riscos e atender às necessidades de segurança, reivindica-se que se ultimem todas as mudanças necessárias para que tal desempenho se faça possível. De outra parte, defende-se que o direito penal não deve atuar no combate aos novos riscos, se para isso tiver que negar vigência aos princípios e regras que pautam e legitimam sua atuação. Nesse passo, o direito penal deve ver-se reduzido à proteção apenas fragmentária aos bens jurídicos individuais considerados essenciais ao desenvolvimento do homem e da sociedade e deve contemplar apenas a proteção contra determinados comportamentos lesivos graves – identificados por meio de regras rígidas de causalidade – fazendo valer os princípios da subsidiariedade e da *ultima ratio*.

A polêmica acerca da função do direito penal em face dos novos riscos está fortemente centrada no binômio segurança *versus* garantias de liberdade, que se revela na discussão acerca da legitimidade de um sistema penal voltado à busca de segurança e proteção contra os novos riscos, mediante o sacrifício dos pressupostos clássicos e garantias individuais em que se assenta a racionalidade penal moderna. Isso significa que o percurso pelo qual o sistema penal vem construindo seu horizonte na sociedade mundial do risco parte da contradição entre a adaptação às necessidades de combater os fenômenos do risco e o apego aos princípios e regras de imputação que sustentam o modelo concebido para a atuação penal no Estado de Direito moderno.

Em suma, o desafio tematizado a partir da idéia do direito penal na sociedade mundial do risco está em harmonizar os anseios de uma política criminal protetiva contra os riscos, com a conservação das liberdades e garantias penais individuais. Esse é o debate que se abre a partir das constatações feitas neste trabalho.

Quaisquer que sejam as decisões tomadas nesse âmbito, certo é que a dogmática – em especial a brasileira, que reluta em entrar nesse debate – deve refletir sobre essas questões e se repensar, fornecendo ao aplicador critérios e instrumentos para resolver os novos problemas que não podem ser os do século passado. Ou seja, não conseguiremos avançar nenhum passo no debate sobre o que deve fazer o direito penal diante dessas novas áreas de regulação se não assumirmos que boa parte das tendências aqui retratadas já está em curso em nossa legislação e não enfrentarmos todas as questões que elas suscitam em nosso sistema.

Jamais conseguiremos estabelecer limites ao direito penal do risco se continuarmos bradando por princípios de um paradigma garantista que talvez nunca tenha existido no Brasil, sem pesquisar a fundo as tendências inscritas em nossa legislação e na prática concreta do sistema penal e suas conseqüências reais. Conseqüências tanto no que diz respeito ao grau de intromissão na esfera de liberdade dos indivíduos, como a sua verdadeira capacidade para lidar com problemas coletivos.

Talvez devamos precisamente problematizar a premissa do debate tal como está colocado, ou seja, de que, efetivamente, está-

se a sopesar garantias de *segurança* em oposição a garantias de *liberdade*. Nesse sentido, supõe-se que a primeira tese – que propõe a absorção do paradigma do direito penal do risco – é verdadeiramente capaz de cumprir com seus enunciados de controle das ameaças fabricadas. E que o dito paradigma garantista do direito penal é suficiente para garantir a liberdade e a integridade dos cidadãos.

Esta última questão talvez traduza o maior dos dilemas a ser enfrentado pela ciência do direito penal nesse momento de mudanças e não teremos condições de tratá-la aqui. Entretanto, parece importante apenas levantar algumas observações – o que faremos sem pretender chegar a nenhuma conclusão – sobre a outra questão subjacente ao debate: se a proposta de ampliação do direito penal seria, de fato, capaz de gerar maiores cotas de segurança em face dos riscos tecnológicos.

É verdade que essa preocupação chega a ser esboçada por alguns autores. Hassemer, por exemplo, mostra-se cético sobre o êxito do direito penal do risco.³ Na mesma linha, Albrecht argumenta sobre a incapacidade estrutural do direito penal para regular conflitos do sistema.⁴ Chega-se, ainda, a advertir que os desenvolvimentos da dogmática penal do risco produziram efeitos meramente simbólicos, o que, de certa forma, conduz ao questionamento acerca das possibilidades de atuação do aparato penal na seara da regulamentação das atividades geradoras dos novos riscos. Entretanto, o questionamento acerca da adequação e da eficiência do direito penal do risco é assunto que, no atual momento reflexivo, ocupa uma posição bastante periférica, em relação ao ponto principal da necessária conservação das garantias materiais e processuais penais.⁵

³ Cf. HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 8, out-dez. 1994, p. 41-51.

⁴ Cf. ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In: *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2000.

⁵ Cf., dentre outros: PAZ, Isabel Sánchez García de. La incriminación en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea.

O que nos inclinamos a cogitar é se não estaria precisamente aí um dos pontos mais cruciais do debate: compreender se as mudanças propostas pelo direito penal do risco são capazes de conduzir à eficiência do aparato penal no combate aos novos fenômenos da sociedade contemporânea, dentro de uma perspectiva maior em que se questione a própria adequação do direito penal como instrumento adequado para dar conta de problemas tão complexos. Isso traria o debate de um nível teórico mais abstrato, aproximando-o dos problemas concretos e das soluções concretas, já que pouco adiantaria discursar sobre o papel do direito penal na conservação das gerações futuras e a legitimidade de tal pretensão, em prol da qual se poderiam mitigar princípios e regras penais tradicionais, se, ao cabo de todo o processo de transformação e choques estruturais, viesse à tona a ineficiência do aparato penal no controle dos fenômenos perigosos do desenvolvimento tecnológico-industrial.

Evidentemente, não se pretende que a perspectiva da eficiência supere o caráter ético do instrumento penal, mas, apenas, que se permita, no atual momento de discussão acerca do papel do seu aparato, uma abertura do discurso jurídico-penal às considerações sobre as suas conseqüências, de modo a poupar o sistema penal de empreitadas estéreis ou contraproducentes. Não se trata, também, de manter uma postura conservadora. Ao contrário, entendemos conveniente uma aproximação ainda maior do novo paradigma da sociedade do risco, atitude que permitiria compreender melhor os problemas atuais e pensar, sem a sombra da moldura conceitual do paradigma regulatório da primeira modernidade, soluções mais adequadas e sensíveis aos desafios da modernidade reflexiva.

Duas possíveis justificativas para que se passe a desconfiar da eficiência do direito penal do risco são, de um lado, a existência

In: OLIVARES, *El nuevo derecho penal español*, p. 720; HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma política criminal. In: HASSEMER, *Três temas*, p. 86; VILLEGAS, Maurício. *La eficacia simbólica del derecho*. Santafé de Bogotá: Ediciones Uniandes, 1993; HERZOG, Félix. Algunos riesgos del derecho penal del riesgo. *Revista Penal*. Barcelona, n. 4, jul. 1999, p. 54-55.

de indícios de incontrollabilidade dos novos riscos tecnológicos por meio do instrumento penal e, de outro, a incongruência da proposta de expansão do direito penal em face do declínio das soluções regulatórias no atual cenário de complexidade social.

Dentro da primeira vertente de raciocínio, importa destacar características inerentes aos riscos fabricados, que impõem dificuldades à lógica do controle e da ordem da primeira modernidade. De início, vale notar que, na sociedade do risco, o auto-arrisca-mento da civilização dá-se de maneira global e que a dinâmica do risco não obedece fronteiras. É a partir dessa constatação que Beck deduz o que denomina uma das lições essenciais da crise ecológica: a de que, no atual sistema de industrialização perigosa, as estratégias para assegurar a saúde e a segurança não podem ser realizadas no âmbito do Estado-nação, e que, destarte, o impulso de controle dos riscos só poderá ser integralmente satisfeito por meio de instituições internacionalmente cooperativas.⁶ Tudo leva a crer, assim, que a proposta de combate aos riscos por meio do direito penal não terá resultados se se limitar a mudanças ao nível das estruturas dogmáticas do direito interno, prescindindo-se de uma organização interestatal – a qual, no atual cenário, não se vê suficientemente articulada para compensar as deficiências nacionais de regulação.

Em seguida, observa-se que a indelimitação das origens, dos processos causais e das conseqüências dos riscos tecnológicos subverte as regras mínimas de atribuição de responsabilidades que, por mais flexíveis que sejam, devem guardar alguma lógica de causalidade entre as origens e as conseqüências do evento. Note-se, por exemplo, o caso dos *normal accidents*, ocorrências desastrosas que derivam de sucessões de eventos absolutamente inesperados e imprevisíveis durante o funcionamento normal dos sistemas complexos, que não podem ser imputados a uma causa individualizada, a uma determinada atitude dolosa, a uma decisão específica ou mesmo à violação de normas de cuidado e vigilância.

No caso dos riscos decorrentes de ações repetitivas, a regulação das ações e a identificação de responsáveis são tarefas igualmente

⁶ Cf. BECK, *World risk society...*, p. 23-32.

complicadas. A ausência de certeza sobre o grau de acumulação que tornou maléficas atitudes em si não prejudiciais e sobre a contribuição de cada fator para a compleição do todo arriscado torna pouco confiável, do ponto de vista dos critérios adotados e dos resultados a serem alcançados, a intervenção de um instrumento eminentemente repressivo e individualizador para imputar responsabilidades e penas pelo resultado global alcançado.

Além disso, o aparecimento dos riscos tecnológicos como efeitos colaterais imprevisíveis de ações legítimas voltadas ao progresso e à prosperidade, em consonância com os ditames das instituições garantidoras da lei e da ordem, torna inviável a imputação de responsabilidades, uma vez que não se vislumbra o prévio conhecimento acerca das conseqüências da ação.⁷

Afastada a possibilidade de imputações *ad hoc*, pouco se pode fazer com relação ao surgimento de suspeitas acerca de condutas antes consideradas legítimas. Isso significa que, de acordo com a dinâmica de aparecimento desses riscos, as condutas são normalmente praticadas sem qualquer desconfiança de que, no futuro, redundarão em efeitos indesejáveis. Tal fato indica a existência de um ciclo difícil de vencer: podemos lutar para tentar controlar determinados ramos de atividades, na medida em que forem se revelando lesivos, mas, na prática, o que sucederá é que sempre descobriremos *a posteriori* que ações praticadas lícitamente e valoradas positivamente podem redundar em riscos de danos irremediáveis.

E mais, o fato de que os riscos de destruição derivam de atividades inseridas nos padrões científicos e legais revela que o direito e a ciência, em vez de controlar, apenas fizeram aparentar que os perigos produzidos pela indústria eram inofensivos, desempenhando, assim, função de normalização e legitimação desses riscos.

⁷ Corcoy Bidasolo aponta essa questão, afirmando que, "si entendemos que la posibilidad de motivación es lo único que legitima la intervención penal no es lícito prohibir al autor crear un riesgo, no ordenarle controlarlo, cuando ni tan siquiera la ciencia conocía la existencia de ese riesgo en ese momento". BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, p. 54.

Em virtude disso, tanto as razões dos *experts* como as promessas de controle por meio de mecanismos jurídicos tendem a ser vistas, hoje em dia, com desconfiança. Na opinião de Beck, “o horizonte se obscurece à medida que os riscos crescem. Pois os riscos nos dizem o que não deve ser feito, mas não o que se deve evitar. Alguém que considera o mundo como um risco vai finalmente se tornar incapaz de agir. O ponto que se destaca aqui é que, por fim, a expansão e a intensificação da intenção do controle terminam produzindo o oposto”.⁸

Tal panorama denuncia o desgaste da credibilidade da ciência e do direito. De fato, é mesmo difícil tornar a confiar na possibilidade de que essas mesmas instituições, com algumas modificações, exerçam, agora, o controle dos riscos, sem que redundem, mais uma vez, no círculo da produção e normalização do perigo.

O segundo vértice das observações propostas refere-se ao fato de que o direcionamento da missão de controle dos riscos ao direito penal, bem como a maximização desse aparato a fim de abarcar as novas áreas de controle, segue na contramão dos movimentos recentes experimentados pelas demais áreas do direito.

A idéia de crise aporta ao campo jurídico a partir da pouca aptidão dos conceitos, categorias e instrumentos do direito para dirimir os conflitos de uma sociedade complexa, dinâmica e globalizada, o que traz como consequência o esvaziamento da sua própria funcionalidade. No cenário cambiante e ambivalente da sociedade contemporânea, o direito positivo “passou a enfrentar um dilema cruel: se permanecer preocupado com sua integridade lógica e com sua racionalidade formal, diante de todas essas mudanças profundas e intensas, corre o risco de não acompanhar a dinâmica dos fatos, de ser funcionalmente ineficaz e, por fim, de acabar sendo socialmente desprezado, ignorado e (numa situação-limite) até mesmo considerado descartável; caso se deixe seduzir pela tentativa de controlar e disciplinar diretamente todos os setores de uma vida social, econômica e política cada vez mais tensa, instável, imprevisível, heterogênea e complexa, substituindo

⁸ BECK, *O que é globalização?...*, p. 20-21.

a preocupação com sua unidade dogmática pela ênfase a uma eficiência instrumental, diretiva e regulatória, corre o risco de ver comprometida sua identidade sistêmica e, como consequência, de terminar sendo desfigurado como referência normativa”.⁹

Nesse contexto dilemático, a instrumentalização política dos mecanismos jurídicos e as manifestações de hiper-regulação jurídica do Estado keynesiano foram, recentemente, denunciados como fatores causadores de disfunções, incongruências, resultados contraproducentes e efeitos perversos ligados tanto à desagregação social como à ruptura da organicidade e da unidade lógico-formal do ordenamento jurídico.

As limitações da regulação jurídica nos moldes em que estava sendo praticada foram apontadas por inúmeros teóricos do Direito. Para ficar com exemplo de um deles, mencione-se que Teubner sintetiza essas críticas a partir do denominado *trilema regulatório*, composto por três situações de falhas regulatórias: a indiferença recíproca entre o direito e a sociedade – em razão da qual a autoridade institucional do direito fica relegada à produção de efeitos apenas simbólicos; a sobre-juridicização da sociedade – que leva à destruição da autenticidade e da identidade das esferas sociais e, conseqüentemente, à desintegração dos seus padrões tradicionais de regulação; e a sobre-socialização do direito – que conduz à perda da racionalidade sistêmica e da identidade do próprio direito, na medida em que este é capturado pela lógica da política ou do próprio sistema regulado, que lhe impõem tarefas que não pode cumprir.¹⁰

Diante dessas hipóteses de desarmonias, que acabam sempre redundando na inefetividade do direito, Teubner propõe uma reestruturação da intervenção jurídica, direcionando-a menos à consecução de resultados concretos, obtidos por meio da disciplina conformadora, padronizadora e tipificadora, e mais à coordenação e à integração das organizações e à manutenção de um certo

⁹ FARIA, *O direito na economia globalizada...*, p. 9.

¹⁰ Cf. TEUBNER, Gunther. *Dilemmas of law in the welfare state*. Nova York: W. de Gruyter, 1985, p. 319-322. O *trilema regulatório* também é tratado em: FARIA, *O direito na economia globalizada...*, p. 139.

equilíbrio do sistema social, voltando-se apenas aos *conflitos-limite*, ou seja, àqueles capazes de levar à ruptura de sua matriz organizacional. Esse novo modelo, denominado *reflexivo* ou *relacional*, tem como paradigma a norma procedimental, que não se destaca pela sua imperatividade, ou melhor, “não é capaz de atuar como um comando, por meio da ameaça de sanções punitivo-repressivas com o objetivo de prescrever comportamentos obrigatórios e/ou proibidos. Pelo contrário, como se limita a estabelecer premissas para decisões, a facilitar entendimentos, a estimular negociações e a viabilizar soluções adaptáveis para cada situação específica, introduzindo na ordem jurídica uma flexibilidade inédita e desconhecida pelos padrões legais prevalecentes tanto no Estado liberal quanto no Estado intervencionista, essa norma nem estabelece *a priori* a regra do jogo nem, muito menos, impõe a consecução de resultados com base numa racionalidade substantiva ou material. Por isso mesmo, ela não ‘estrutura’ a sociedade, delimitando as diferentes esferas de ação. E também não a ‘dirige’, no sentido de lhe impor um rumo ou um destino e regulando os comportamentos sociais de modo direto. Expressando-se sob a forma de indicações não-coativas, quando muito aspira promover uma regulação indireta e descentralizada da vasta gama de centros de poder e autoridade existentes no âmbito da ‘sociedade de organizações’”.¹¹

Essa nova organização do sistema jurídico afasta-se da coerção e da regulação direta de comportamentos por meio do binômio proibido/permitido, ao qual é impossível reduzir a complexidade da sociedade atual.

Sem pretender aderir ao modelo proposto por esse autor, mas apenas aproveitando o seu diagnóstico, é possível perceber que as propostas de ampliação das funções do direito penal a fim de abarcar a regulação dos novos riscos seguem, fundamentalmente, o caminho inverso do que está acontecendo em outras áreas do direito.¹²

¹¹ FARIA, *O direito na economia globalizada...*, p. 185.

¹² Com efeito, diagnostica José Eduardo Faria que, “enquanto no âmbito dos direitos basicamente sociais e econômicos se vive hoje um período de reflexo e flexibilização, no direito penal se tem uma

É curioso observar, entretanto, que o resgate da operatividade do instrumento jurídico para regular tais situações complexas se dê pela via sancionatória. Em realidade, é incompreensível que a solução para os fenômenos da sociedade do risco articule-se exatamente pelo direito penal, que é o ramo do direito menos flexível, de natureza eminentemente repressiva e reativa, que atua por meio de dispositivos sancionatórios ligados à pena afliitiva e que não só regula diretamente as condutas, como pressupõe a sua clara e taxativa tipificação.

Note-se, ainda, que as mudanças de urgência idealizadas para *adequar* o direito penal ao paradigma da sociedade do risco, em realidade, não alteram a sua natureza, a sua estrutura e o seu modo de funcionamento simplificado, concentrado na incriminação, na imputação de responsabilidades e na imposição de penas. Ao contrário, buscam intensificar a utilização dessas mesmas soluções, cuja adequação para lidar com a complexidade do entorno social, repita-se, é altamente questionável.¹³ Em suma, se o direito penal

situação diametralmente oposta: veloz e intensa definição de novos tipos penais; crescente jurisdicização e criminalização de várias atividades em inúmeros setores na vida social; enfraquecimento dos princípios da legalidade e da tipicidade, por meio do recurso a normas com *textura aberta* (isto é, regras porosas, sem conceitos precisos); ampliação do rigor de penas já cominadas e de severidade das sanções; encurtamento das fases de investigação criminal e instrução processual, inversão do ônus da prova, passando-se a considerar culpado quem, uma vez acusado, não provar sua inocência". FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos e globalização econômica*: notas para uma discussão. São Paulo: Estudos Avançados, 1997, p. 50-51.

¹³ A esse propósito, adverte Wilke: "...we have experimented a lot with primitive routines, with the use of public power to obtain public obedience. In circumstances themselves primitive, this method is efficient enough, as traditional criminal law shows. But when situations or circumstances are not that simple or trivial, laws of this type cause problems, and no one can tell precisely what effects they can bring about". WILKE, Helmut. *Autonomy of law and contextual transfer: the autopoietic theory of law*. In: AMSELEK, Paul; MACCORNICK, Neil (Orgs.). *Controversies about law's ontology*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1991, p. 109 apud FARIA, *O direito na economia globalizada...*, p. 184.

dispõe de poucos instrumentos e, por isso, coloca todos os conflitos em um mesmo nível, é possível antever limitações significativas para lidar com os intrincados fenômenos da sociedade do risco. Na metafórica assertiva de Pires, seria como se, dispondo de apenas duas ferramentas simples, tivéssemos que construir um avião supersônico.¹⁴

Ademais, constatados os efeitos perversos da inflação legislativa e da hiper-regulação, não há motivos para supor que, em vista de um modelo baseado na expansão da tutela, tais problemas não se dariam no campo da regulação penal.

É inegável que o direito penal tem um potencial simbólico muito mais acentuado que outras áreas do direito. Se, por um lado, isso é inerente ao seu normal funcionamento, por outro, representa uma tentação à sua instrumentalização política. Assim, não é difícil imaginar que, não obstante os limites de suas possibilidades, o aparato penal possa ser posto em ação apenas para acalmar, momentaneamente, os medos e as inseguranças da população.

E o que é mais grave, na falta de um substrato social de conformidade com a norma, é muito mais factível que o direito penal, em vez de inculcar o reconhecimento social da mesma, acabe por mitigar os próprios métodos sociais de controle e por resultar em desagregação de valores, especialmente graças à violência que lhe é inerente.

Por fim, persiste o perigo de, mais cedo ou mais tarde, perceber-se que a falta de sensibilidade aos limites do aparato penal e a ausência de racionalização das demandas sociais acarretam, a longo prazo, um aumento da crise da credibilidade no Estado e no direito, e muito mais insegurança.

À luz dessas breves ponderações, parece-nos essencial e oportuno que, em um momento como esse de auto-reflexão sobre os fundamentos das instituições de proteção social e, particularmente, sobre o papel do aparato repressivo, a discussão se aprofunde e caminhe para uma avaliação mais ampla das consequências da

¹⁴ "Entrevista a Alvaro Pires". Disponível em: <www.derechopenalonline.com/ensayos/Pires.htm>. Acesso em 21 de outubro de 2002.

expansão do direito penal, que também aborde a questão sob o prisma de sua real capacidade de lidar com os fenômenos complexos da nossa sociedade. Sem perder de vista o custo democrático e de limitação das liberdades individuais, interessa também trazer ao debate crítico a seguinte indagação: o instrumento penal, ainda que submetido às mudanças consideradas necessárias para a sua adequação ao novo paradigma, estará apto a lidar, de maneira eficiente, com os novos fenômenos do risco?

Essa questão, automaticamente, nos conduz a muitas outras, que envolvem desde o futuro do direito positivo, dos meios de controle e do ordenamento político da sociedade industrial até a avaliação de novos caminhos, distintos das soluções de ordem, para resolver os conflitos da sociedade do risco. Mas, de qualquer modo, a perspectiva dos resultados da atuação penal não pode ser negligenciada, se pretendemos levar a sério a proposta da reflexão e buscar saídas reais para os novos problemas.

BIBLIOGRAFIA ■

- ADAM, Barbara; BECK, Ulrich; LOON, Joost Van. *The risk society and beyond: Critical issues for social theory*. London: Sage Publications, 2000.
- ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In: *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2000.
- ALONSO, Esteban Juan Pérez. Las revoluciones científicas del derecho penal: Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, tomo L, p. 185-209, 1997.
- ALTVATER, Elmar et al. *A crise dos paradigmas em ciências sociais e os desafios para o século XXI*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.
- ALVARADO, Yesid Reyes. *Imputación objetiva*. 2. ed. Colômbia: Temis, 1996.
- ANDERSEN, Gosta Esping et al. *Presente y futuro del estado de bienestar: el debate europeo*. Buenos Aires: Miño y Dávila, 2001.
- ANDERSON, Digby; MULLEN, Peter. *Faking it: The sentimentalisation of modern society*. London: The Social Affairs Unit, 1998.
- ANDRADE, Manuel da Costa et al. *Ciclo de estudos de direito penal econômico*. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985.
- ARZAMENDI, José Luis de la Cuesta. Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental. *Revista Penal*, Barcelona, n. 4, p. 30-53, 1999.

- ARZT, Gunther; ROXIN, Claus; TIEDEMANN, Klaus. *Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal*. Barcelona: Editorial Ariel, 1989.
- AYRES, José Ricardo de C. M. *Sobre o risco: para compreender a epidemiologia*. São Paulo: Hucitec, 1997.
- AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Pessoa jurídica: ação penal e processo na lei ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 12, p. 106-124, out.-dez. 1998.
- BACIGALUPO, Silvina. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un problema del sujeto del derecho penal. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, n. 9, p. 205-233, set. 1999.
- BAIGÚN, David. La categoría responsabilidad social en la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 18, p. 299-325, abril-jun. 1997.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: Introdução à sociologia do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.
- . Criminologia crítica e política penal alternativa. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 23, p. 7-21, jul.-dez. 1976.
- . Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica. *Pena y Estado*, Barcelona, n. 1, p. 37-55, 1991.
- BASOCO, Juan M. Terradillos. Función simbólica y objeto de protección del derecho penal. *Pena y Estado*, Barcelona, n. 1, p. 9-22, set.-dez. 1991.
- . Terradillos. Peligro abstracto y garantías penales. In: OLIVARES, Gonzalo Quintero; PRATS, Fermín Morales. *El nuevo derecho penal español*. Estudios penales en memoria del professor José Manuel Valle Muñiz. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2001.
- BAUMAN, Zygmunt. *Community: Seeking safety in a insecure world*. Cambridge: Polity Press, 2001.

- BECK, Ulrich. De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo. Cuestiones de supervinencia, estructura social e ilustración ecológica. *Revista de Occidente*, Madrid, n. 150, p. 28 ss., 1993.
- . *Ecological enlightenment: Essays on the politics of the risk society*. New York: Humanity Books, 1995.
- . *Ecological politics in an age of risk*. Cambridge: Polity Press, 1995.
- . *La sociedad del riesgo: Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.
- . *O que é globalização?: Equívocos do globalismo, respostas à globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- . *The reinvention of politics: Rethinking modernity in the global social order*. Cambridge: Polity Press, 1999.
- . *World risk society*. Cambridge: Polity Press, 1999.
- ; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: Política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.
- BENÍTEZ, José Manuel Gómez. Sobre lo interno y lo externo, lo individual y lo colectivo en el concepto penal de culpabilidad. In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (Org.). *Política criminal y nuevo derecho penal*. Barcelona: Editorial Aranzadi, 1997.
- BERIAIN, Josetxo (Org.). *Las consecuencias perversas de la modernidad*. Barcelona: Anthropos, 1996.
- BIANCHINI, Alice. *Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*. Valencia: T. lo Blanche, 1999.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de direito penal: Parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 1.
- BOSCHI, Marcus Vinícius et al. Culpabilidade em crise? A responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, n. 4, p. 79-98, set.-dez. 2001.

- BOTTKE, Wilfried. La actual discusión sobre las finalidades de la pena. In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (Org.). *Política criminal y nuevo derecho penal*: Libro homenaje a Claus Roxin. Barcelona: Bosch, 1997.
- BUERGO, Blanca Mendoza. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.
- . *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*. Granada: Editorial Comares, 2001.
- CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 84, p. 31-47, out.-dez. 2000.
- CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Contradições da modernidade e direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 16, p. 114-126, out.-dez. 1996.
- . *Culpabilidade e reprovação penal*. São Paulo: Sugestões Literaris, 1994.
- . *Imputação objetiva e direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.
- CAPELLER, Wanda de Lemos. *L'engrenage de la repression: strategies sécuritaires et politiques criminelles: L'exemple du Brésil 1890-1990*. Paris: L.G.D.J., 1995.
- CAPELLI, Silvia. Responsabilidade penal da pessoa jurídica em matéria ambiental: uma necessária reflexão sobre o disposto no art. 225, § 3.º, da Constituição Federal. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 1, p. 100-106, jan.-mar. 1996.
- CASABONA, Carlos Maria Romeo. Aportaciones del principio de precaución al derecho penal. *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001.
- . Aportaciones del principio de precaución al derecho penal. *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000.

- CASTAÑÓN, José Manuel Paredes. El limite entre imprudencia y riesgo permitido en derecho penal: ¿Es posible determinarlo com criterios utilitarios? *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, tomo XLIX, fasc. 3, p. 909-942, set.-dez. 1999.
- . Responsabilidad Penal y “nuevos riesgos”: el caso de los delitos contra el medio ambiente. *Actualidad Penal*, Madri, n. 10/3, p. 217-227, mar. 1997.
- CERLETTI, Marco L. La realización de riesgos prohibidos. *Cuadernos de Doutrina y jurisprudencia penal*, Madrid, n. 3, fasc. 6, p. 211-234, ago. 1997.
- CHO, Byung-Sun. Cuestiones de causalidad y autoría en el derecho penal del medio ambiente coreano y japonés desde la perspectiva del derecho comparado. *Revista Penal*, Barcelona, n. 4, p. 42-53, jul. 1999.
- CONDE, Francisco Muñoz. *Derecho penal y control social*. Santafé de Bogotá: Temis, 1999.
- . Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal. *Revista Penal*, Barcelona, n. 5, p. 44-51, jan. 2000.
- CONTRERAS, Diego. Cuando las emociones mandam. Los riesgos de la sociedad sentimentalizada. *Aceprensa net*, n. 126/98. Disponível em <<http://www.geocities.com/Athens/Olympus/8168/temtrab70.htm>> Acesso em 5 de novembro de 2001.
- CONTRERAS, Guillermo Portilla. Principio de intervencion minima y bienes juridicos coletivos. *Cuadernos de Política Criminal*. Madrid, n. 39, p. 723-748, 1989.
- . Tratamiento dogmatico-penal de los supuestos de puesta en peligro imprudente por un tercero com a aceptacion por la victima de la situacion de riesgo. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 45, p. 695-738, 1991.
- CONTRERAS, Joaquim Cuello. El significado de la moderna teoría de la culpabilidad frente al concepto de delito en la tradición jurídico-penal española. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, série 1, n. 3, p. 837-861, set.-dez. 1986.

- . La justificación del comportamiento omisivo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, tomo XLIII, fasc. 1, jan.-abril 1990.
- CÓRDOBA, Fernando. Consideraciones en torno a la teoría de la imputación objetiva en el sistema de Claus Roxin. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, n. 1 e 2, p. 113-145, abr. 1996.
- COSTA, Daniela Carvalho Almeida da. *Desenvolvimento sustentável e proteção penal do meio ambiente no Mercosul*. São Paulo, 2001. 213 f. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.
- COSTA, José de Faria. A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade das pessoas coletivas, à luz do direito penal). *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 4, p. 537-559, out.-dez. 1992.
- . Breves reflexões sobre o Decreto-lei 201-B/75 e o direito penal econômico. *Revista de Direito e Economia*, Coimbra, n. 2, p. 42, 1976.
- COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- DANNECKER, Gerhard. Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Penal*, Barcelona, n. 7, p. 40-54, jan. 2001.
- DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: Vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- . O risco na sociedade contemporânea. *Revista Sequência. Revista do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina*, Florianópolis, n. 28, p. 45-54, jun. 1994.
- DENNINGER, Erhard. Racionalidad, tecnológica, responsabilidad ética y derecho postmoderno. In: LUNO, Antonio-Enrique Perez. *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

- DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade do risco". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 33, p. 45, jan.-mar. 2001.
- . Para uma dogmática do direito penal secundário: contributo para a reforma do direito penal econômico e social português. *Separata de Direito e Justiça*, Coimbra, p. 7-57, 1989/1990.
- . *Temas básicos da doutrina penal*: Sobre os fundamentos da doutrina penal, sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- DOBON, Maria del Carmen Alastuey. Delitos de comisión por omisión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, tomo XLV, fasc. 3, p. 969-1.021, set.-dez. 1992.
- DOMINGUES, José Maurício. Reflexividade, individualismo e modernidade. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Bauru, v. 17, n. 49, p. 55-70, jun. 2002.
- DONNA, Edgar Alberto. El concepto de autoría y la teoría de los aparatos de poder de Roxin. *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000.
- DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (Uma perspectiva do direito brasileiro). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 11, p. 184-207, jul.-set. 1995.
- . Os atentados ao meio ambiente: responsabilidade e sanções penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 7, p. 117-139, jul.-set. 1994.
- EWALD, François. *Foucault, a norma e o direito*. 2. ed. Lisboa: Vega, 2000.
- . La société Assurancielle. *Risques, les cahiers de l'assurance*, Paris, n. 1, p. 5-23, 1990.
- FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos e globalização econômica*: notas para uma discussão. São Paulo: Estudos Avançados, 1997.

- . *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- . O judiciário após a globalização. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 16, p. 162-168, out.-dez. 1996.
- FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal*. Panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.
- FERNANDEZ, Miguel Bajo. De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, tomo XXXV, fasc. 2 e 3, p. 371-379, maio-dez. 1981.
- . Hacia un nuevo derecho penal: el de las personas jurídicas. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, n. 5, fasc. 9A, p. 113-132, set. 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERREIRA FILHO, Edward. As pessoas jurídicas como sujeito ativo de crime na Lei 9.605/1998. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 10, p. 21-34, abril-jun. 1998.
- FERREIRA, Ivete Senise. *Tutela penal do patrimônio cultural*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de; SILVA, Solange Teles da. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público na Lei 9.605/1998. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 10, p. 42-59, jan.-mar. 1999.
- FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. In: PODVAL, Roberto (Org.). *Temas de direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*: De acordo com a Lei 9.605/1998. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

- GARAPON, Antoine. *Juez y democracia: una reflexión muy actual*. Buenos Aires: Ed. Flor del Viento, 1997.
- GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: Editora da Unesp, 1991.
- . *Em defesa da sociologia: ensaios, interpretações e réplicas*. São Paulo: Editora Unesp, 2001.
- . *Runaway world: How globalizations is reshaping our lives*. New York: Routledge, 2000.
- ; PIERSON, Christopher. *Conversas com Anthony Giddens: O sentido da modernidade*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2000.
- GODARD, Olivier (Org.). *Le principe de précaution: dans la conduite des affaires humaines*. Paris: INRA Editions, 1997.
- GOMES, Luiz Flavio Gomes; MOLINA, Antonio García-Pablos. *Criminologia: Introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/1995, lei dos juizados especiais criminais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- GOTI, Jaime E. Malamud. Las penalidades a sociedades y sus directivos por el hecho del agente (dos modelos del derecho comparado: la República Federal Alemana y los Estados Unidos). *Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. 9 a 12, p. 555-581, 1980.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.
- GUIRAO, Rafael Alcácer. ¿Protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia del ordenamiento jurídico? *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, n. 11, p. 293-335, 2001.
- . ¿Protección de bienes jurídicos o protección de la vigencia del ordenamiento jurídico? *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, n. 3, p. 149-167, maio-ago. 2001.

- GÜNTHER, Klaus. De la vulneración de un derecho a la infracción de un deber. ¿Un "cambio de paradigma" en el derecho penal? *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Editorial Comares, 2000.
- HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. *Império*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2001.
- HASSEMER, Winfried. Crisis y características del moderno derecho penal. *Actualidad Penal*, Madrid, n. 43/22, p. 635-646, 1993.
- . Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. *Pena y Estado*. Barcelona, n. 1, p. 23-35, 1991.
- . El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal "eficaz". *Doctrina Penal*. Buenos Aires, n. 13, p. 193-204, 1990.
- . Límites del Estado de Derecho para el combate contra la criminalidad organizada. Tesis y razones. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 23, p. 25-30, jul.-set. 1998.
- . Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. 12, p. 275-285, abr.-set. 1989.
- . *Persona, mundo y responsabilidad*: Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Santafé de Bogotá: Editorial Temis, 1999.
- . Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 8, p. 41-51, out.-dez. 1994.
- . Perspectivas del derecho penal futuro. *Revista Penal*, Barcelona, n. 1, p. 37-41, 1998.
- . Segurança pública no Estado de Direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 5, p. 55-69, jan.-mar. 1994.
- . *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: FESMP, 1993.
- ; CONDE, Francisco Munõz. *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*. Valencia: T. lo Blanche, 1995.
- ; LARRAURI, Elena. *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal*. Madrid: Editorial Tecnos, 1997.

HEINE, Günter. Derecho penal del medio ambiente: especial referencia al derecho penal alemán. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 61, p. 51-67, 1997.

HERZOG, Félix. Algunos riesgos del derecho penal del riesgo. *Revista Penal*, Barcelona, n. 4, p. 54-55, jul. 1999.

———. Límites al control penal de los riesgos sociales. Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, n. 46, p. 317-327, jan-abril 1993.

———. Miscelánea sobre la dialéctica del esclarecimiento del delito. In: *La insostenible situación del derecho penal*. Granada: Editorial Comares, 2000.

HIRSCH, Hans Joachim. Acerca del estado actual de la discusión sobre el concepto de bien jurídico. *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000.

———. Peligro y peligrosidad. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Madrid, tomo XLIX, fasc. 2, p. 509-528, 1996.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 2.

———; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. v. I.

IBAMA. *Geo Brasil 2002: Perspectivas do meio ambiente no Brasil*. Brasília, 2002.

JAKOBS, Günter. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Madrid: Editorial Civitas, 1996.

———. ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, n. 11, p. 23-41, 2001.

———. El concepto jurídico-penal de acción. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 3, p. 67-98, jan.-jun. 1994.

———. El delito imprudente. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, n. 4 e 5, p. 19-56, mar. 1997.

- JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1981. v. 1.
- KINDHÄUSER, Urs Konrad. Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto em el âmbito del derecho penal econômico. *Hacia um derecho penal econômico europeo, jornadas en honor del Prof. K. Tiedemann*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.
- KUHLEN, Lothar. "Umweltstrafrecht – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik". *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 105, 1993.
- KURZ, Robert. O desenvolvimento insustentável da natureza. *Caderno Mais*, Folha de S. Paulo, 6 de outubro de 2002.
- LATOUR, Bruno. *A esperança de Pandora: Ensaio sobre a realidade dos estudos científicos*. Bauru: Edusc, 2001.
- LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.
- LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. As bases de uma nova modalidade de direito sancionador. *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, n. 1, p. 169-198, set.-dez. 2000.
- LÜDERSEN, Klaus. El derecho penal entre el funcionalismo y el pensamiento vinculado a los principios "europeos tradicionales". O: ¿adiós al derecho penal "europeo tradicional"? *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, n. 5, fasc. 9-A, p. 59-94, set. 1999.
- LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. New York: A. de Gruyter, 1993.
- LUISI, Luiz. *Os principios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- MAIER, Julio B. J. (Org.). *Cuestiones particulares de la imprudencia en el derecho penal*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999.

- MAIWALD, Manfred. De la capacidad de rendimiento del concepto de "riesgo permitido", para la sistemática del derecho penal. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, n. 1 e 2, p. 113-145, abr. 1996.
- MALARÉE, Hernán Hormazábal. El principio de lesividad y el delito ecológico. In: OLIVARES, Gonzalo Quintero; PRATS, Fermín Morales (Coords.). *El nuevo derecho penal español: Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Pampolona: Editorial Aranzadi, 2001.
- . Imputación objetiva y principio de lesividad. In: MIR, José Cerezo et al. *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos: Libro homenaje al Professor Doctor Don Ángel Torío López*. Granada: Editorial Comares, 1999.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: Conceito e legitimação para agir*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MANZANO, Mercedes Pérez. Aportaciones de la prevención general positiva a la resolución de las antinomias de los fines de la pena. In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (Org.). *Política criminal y nuevo derecho penal: Libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch, 1997.
- . La responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Actualidad Penal*. Madrid, n. 2/9, p. 15-27, jan. 1995.
- MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Diritto penale mínimo e nuove forme di criminalità. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*. fasc. 3, p. 802-829, jul.-set. 1999.
- MARQUES, Pedro Maranhão. Crimes ambientais e comportamento omissivo. *Revista do Ministério Público*. Lisboa, n. 77, p. 105-138, jan.-mar. 1999.
- MARTIN, Luis Gracia. Instrumentos de imputación jurídico penal en la criminalidad de empresa y reforma penal. *Actualidad Penal*, Madrid, n. 16/19, p. 213-233, abr. 1993.
- . La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 4, p. 469-511, jul.-dez. 1994.

- MATA BARRANCO, Norberto J. de la. *Protección penal del ambiente y accesoriedad administrativa*: Tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados em una autorización administrativa ilícita. Barcelona: Cedes, 1996.
- MEIRELES, Mário Pedro. Sanções das (e para as) pessoas coletivas. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 4, p. 511-535, out.-dez. 2000.
- MEZGER, Edmund. *Modernas orientaciones de la Dogmática jurídico-penal*. Valencia: Tirant lo Blanche, 2000.
- MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones postmodernas y reflujos iliberales. In: SÁNCHEZ. *Política criminal y nuevo derecho*, p. 113-142.
- MONSALVE, Julio César Rodas. *Protección penal y medio ambiente*. Barcelona: Ed. PPU, 1993.
- MONTALVO, José Antonio Choclán. Sobre la evolución dogmática de la imprudencia. *Actualidad Penal*, Madrid, n. XLIX, p. 981-998, 1998.
- MONTAÑÉS, Teresa Rodríguez. Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del "caso de la colza" (Primera parte). In: PUIG, Santiago Mir; PEÑA, Diego-Manuel Luzón (Coords.). *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*. Barcelona: Bosch, 1996.
- MONTEIRO, Manoel Ignácio Tores; ZAGO, Andrea Steuer. Crimes ambientais – a nova responsabilidade da empresa. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 12, p. 100-105, out.-dez. 1998.
- MÜSSIG, Bernd. Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema. *Revista de Derecho penal y Criminología*, Madrid, n. 9, p. 169-208, jan. 2002.
- . Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, n. 11, p. 229-272-335, 2001.

- O'MALLEY, Pat. *Crime and the risk society*. Hants: Dartmouth, 1998.
- ORDEIG, Enrique Gimbernat. Causalidad, omisión y imprudencia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 17, p. 32-74, jan.-mar. 1997.
- . Sobre los conceptos de omisión y de comportamiento. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, tomo XL, fasc. 3, set.-dez. 1987.
- O'RIORDAN, Timothy; CAMERON, James. *Interpreting the precautionary principle*. London: Earthscan Publications, 1994.
- PABLOS, Antonio García. Tendencias del actual derecho penal. *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000.
- PALAZZO, Francesco. Principios fundamentales y opciones político-criminales en la tutela penal del ambiente en Italia. *Revista Penal*, Barcelona, n. 4, p. 78-79, jul. 1999.
- PAUL, Wolf. Megacriminalidad ecológica y derecho ambiental simbólico. Una intervención iusfilosófica en el sistema de la organizada irresponsabilidad. *Pena y Estado*, Barcelona, n. 1, p. 111-121, set.-dez. 1991.
- PAZ, Isabel Sánchez García de. La incriminación en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea. In: OLIVARES, Gonzalo Quintero; PRATS, Fermín Morales. *El nuevo derecho penal español: Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2001.
- PAZ, Maria Isabel Sánchez García. *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1999.
- PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a des-criminalização*. São Paulo, IBCCrim, 2002.

- PEÑA, Diego-Manuel Luzón. Función simbólica del derecho penal y delitos relativos a la manipulación genética. *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000.
- . La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, tomo XLII, fasc. 2, maio-ago. 1989.
- PERROW, Charles. *Normal Accidents: Living with high-risk Technologies*. New York: Basic Books, 1984.
- PIEDRECASAS, José Ramón Serrano. Crítica formal del concepto de la omisión. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, tomo XLVVI, fasc. 3, p. 981-1.008, set.-dez. 1993.
- PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. Sentido e limites da protecção penal do ambiente. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra, n. 10, p. 371-387, jul.-set. 2000.
- PIRES, Álvaro Penna. La "ligne Maginot" en droit criminel: la protection contre le crime versus la protection contre le prince. *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, Bruxella, n. 81-82, p. 146-147, fev. 2001.
- PIRES, Álvaro. Entrevista a Alvaro Pires. Disponível em: <www.derechopenalonline.com/ensayos/Pires.htm> Acesso em 21 de outubro de 2002.
- . La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique. Disponível em: <<http://www.erudit.org/revue/socsoc/2001/v33/n1/001562ar.pdf>> Acesso em 09.07.2002.
- PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente: anotações à Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998: doutrina, jurisprudência, legislação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- . El nuevo derecho penal brasileño del ambiente: cuestiones fundamentales. *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000.

- QUERALT, Joan J. El delito ecológico en España: situación actual y perspectivas de reforma. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 4, p. 549-569, jul.-dez. 1994.
- QUIROGA, Jacobo López Barja de. El delito imprudente en el Código Penal español de 1995. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, n. 4 e 5, p. 361-385, mar. 1997.
- . El moderno derecho penal para una sociedad de riesgos. *Poder Judicial*. Madrid, n. 48, p. 289-321, 1997.
- RAMÍREZ, Juan Bustos. Necesidad de la penal, función simbólica y bien jurídico medio ambiente. *Pena y Estado*, Barcelona, n. 1, p. 101-109, set.-dez. 1991.
- REALE JÚNIOR, Miguel. *Parte geral do Código Penal: Nova interpretação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- REIS, Rômulo Resende. A responsabilidade penal das pessoas jurídicas e a lei dos crimes ambientais. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, p. 371-383, 2002.
- RIBAS, Lúcia Maria Lopes Rodrigues. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 25, p. 95-107, jan.-mar. 2002.
- RIBEIRO, Lucio Ronaldo Pereira. Da responsabilidade penal da pessoa jurídica e a nova lei dos crimes ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 12, p. 84-93, out.-dez. 1998.
- RIEZU, Antonio Cuerda, Estructura de la autoría en los delitos dolosos, imprudentes y de omisión en derecho penal español. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, tomo XLV, fasc. 2, p. 491-514, mai.-ago. 1992.
- RIPOLLÉS, José Luis Díez. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000.
- RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga; RODRÍGUEZ, Cristina Méndez; DÍAZ-SANTOS, María Rosário (Coords.). *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*. Madrid: Colex, 2001.

- ROTHENBURG, Walter Claudius. A responsabilidade criminal da pessoa jurídica na nova lei das infrações ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 9, p. 59-66, jan.-mar. 1998.
- ROXIN, Claus. La problemática de la imputación objetiva. *Cuadernos de Política Criminal*, Madri, n. 39, p. 749-769, 1989.
- . *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986.
- et al. *Sobre el estado de la teoría del delito: seminario en la Universitat Pompeu Fabra*. Madrid: Civitas, 2000.
- RUSCONI, Maximiliano Adolfo. La relevancia del comportamiento alternativo conforme a derecho en la imputación objetiva del delito imprudente. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, n. 3, p. 102-118, 1996.
- SÁ, Elida et al. Comentários à lei dos crimes ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 11, p. 58-68, jul.-set. 1998.
- SAGAN, Scott Douglas. *The limits of safety: Organizations, accidents, and nuclear weapons*. New Jersey: Princeton University, 1993.
- SALLES, Carlos Alberto de. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e a proteção ao meio ambiente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 36, p. 51-67, out.-dez. 2001.
- SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. Los límites político-criminales de la responsabilidad por imprudencia: la imprudencia leve como hecho punible. *Revista Ibero-americana de Ciencias Penais*, Porto Alegre, n. 6, p. 113-157, maio-ago. 2002.
- . Cuestiones básicas sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de otras personas morales y de agrupaciones y asociaciones de personas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 27, p. 20-48, jul.-set. 1999.
- . La responsabilidad penal de las personas jurídicas, ¿un medio eficaz de protección del medio ambiente? Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las agrupaciones y asociaciones de personas. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, Lima, n. 9, p. 235-293, 1999.

SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch Editor, 1992.

———. ¿Política criminal “moderna”? Consideraciones a partir del ejemplo de los delitos urbanísticos en el nuevo código penal español. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, n. 9-A, p. 655-674, set. 1999.

———. *Delitos contra el medio ambiente*. Valencia: T. lo Blanch, 1999.

———. Eficiencia e derecho penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, tomo XLIX, fasc. 1, p. 93-127, jan.-abr. 1999.

———. El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 24, p. 23-92, out.-dez. 1998.

———. *La expansión del derecho penal*: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas Ediciones, 1999.

———. Nuevas tendencias político-criminales y actividad jurisprudencial del Tribunal Supremo Español. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 15, p. 39-50, jul.-set. 1996.

———. Preterintencionalidad y otras cuestiones en la nueva jurisprudencia del tribunal supremo. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, tomo XXXXVIII, fasc. 1, jan.-abr. 1985.

SANCINETTI, Marcelo A. ¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados? *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, n. 2, fasc. 1/2, p. 51-72, abr. 1996.

SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANDS, Philippe. *Principles of international environmental law: Frameworks, standards and implementation*. Manchester: Manchester University Press, 2000.

SANTOS, António Almeida. Novo mundo, novo crime, nova política criminal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, n. 10, fasc. 3, p. 351-387, jul.-set. 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Globalização: fatalidade ou utopia?* Porto: Edições Afrontamento, 2001.

———. *A crítica da razão indolente: Contra o desperdício da experiência*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

———. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 1996.

SANTOS, Marcos André Couto. Responsabilidade penal das pessoas jurídicas de direito público por dano ambiental. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 24, p. 117-143, out.-dez. 2001.

SANTOS, Marino Barbero. ¿Responsabilidad penal de la empresa? *Actualidad Penal*, Madrid, n. 23, p. 1.081-1.098, semana 1-7, jun. 1987.

———. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? *Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. 33 a 36, p. 397-413, 1986.

SCHÜNEMANN, Bernd. Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, n. 2, p. 17-49, abr. 1996.

———. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, n. 41, p. 529-531, maio-ago. 1988.

———. Sobre la crítica a la teoría de la prevención general positiva. In: SÁNCHEZ, Jesús-María Silva (Org.). *Política criminal y nuevo derecho penal: Libro homenaje a Claus Roxin*. Barcelona: Bosch, 1997.

———. Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente. *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, n. 9, p. 627-653, set. 1999.

SEELMANN, Kurt. Societat de risc i dret. *Iuris. Quaderns de Política Jurídica*. Barcelona, n. 1, 1994.

SGUBBI, Filippo. *El delito como riesgo social: Investigación sobre las opciones en la asignación de la ilegalidad penal*. Buenos Aires: Editorial Ábaco, 1998.

- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*: de acordo com a Lei 9.605/1998. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. A construção do bem jurídico espiritualizado e suas críticas fundamentais. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 122, jan. 2003.
- . *Tutela penal e interesses difusos*. São Paulo, 2001. 255 f. Tese (Doutorado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela penal dos interesses difusos*. São Paulo, Atlas, 2000.
- SOUZA, José Carlos Rodrigues de. Responsabilidade penal da pessoa jurídica e sua justificativa social. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 3, fasc. 9, p. 138-144, jan.-mar. 1998.
- TAVARES, Juarez. Alguns aspectos da estrutura dos crimes omissivos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 15, p. 125-157, jul.-set. 1996.
- TEUBNER, Gunther. *Dilemmas of law in the welfare state*. Nova York: W. de Gruyter, 1985.
- THOUVENIN, Dominique. Construction sociale des risques et contrôle du vivant. *Soigner sans risques?* Paris: Presses Universitaires de France, p. 157-169, 2002.
- TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. *Revista Peruana de Ciencias Penales*. Lima, n. 6, p. 783-803, jun. 1998.
- . *Lecciones de derecho penal económico*. Barcelona: PPU, 1993.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- TOMILLO, Manuel Gómez. Consideraciones en torno al campo límite entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal. *Actualidade Penal*, Madrid, n. 4, p. 69-89, jan. 2000.

- TORIO, Angel. Sobre los límites de la ejecución por imprudencia. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, tomo XXV, fasc. 1, p. 53-88, jan.-abr. 1972.
- VADILLO, Enrique Ruiz. La persona jurídica y el derecho penal. *Anuário de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, tomo XXXV, fasc. 2 e 3, p. 769-793, maio-dez. 1981.
- VALLE, Carlos Pérez del. Sociedad de riesgos y reforma penal. *Poder Judicial*, Madri, n. 43/44, p. 61-73, 1996.
- VALLÈS, Ramon Ragués. Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales – problemas de imputación subjetiva. *Revista Ibero-americana de Ciências Penais*, Porto Alegre, n. 6, p. 183-205, maio-ago. 2002.
- VEGA, Dulce Maria Santana. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000.
- VILLEGAS, Maurício. *La eficácia simbólica del derecho*. Santafé de Bogotá: Ediciones Uniandes, 1993.
- VÍQUEZ, Jorge Luis Arce; SÁNCHEZ, Alfredo Chirino. Los problemas de la política criminal del peligro: consideraciones en torno a la punibilidad de los llamados “actos preparatorios” como delitos independientes. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, fasc. A, p. 3-54, 1999.
- WALLERSTEIN, Immanuel. *Após o liberalismo: Em busca da reconstrução do mundo*. Petrópolis: Vozes, 2002.
- WELZEL, Hans. *Un Nuevo sistema del derecho penal*. Madrid: Tecnos, 1966.
- WESSELS, Johannes. *Direito penal. Parte geral: Aspectos fundamentais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1976.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. *Nueva Doctrina Penal*, Buenos Aires, fasc. A, p. III-XXIV, 1999.
- . *Manual de derecho denal: Parte general*. Buenos Aires: Ediar, 1997.
- ZOMER, Ana Paula. *Ensaaios criminológicos*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.