

RESPONSABILIDADE E DIREITO PENAL: DISCUSSÃO JURÍDICO-SOCIOLÓGICA

LIABILITY AND CRIMINAL LAW – LEGAL AND SOCIOLOGICAL DISCUSSIONS

*Rafael Diniz Pucci**

Resumo:

O problema que se pretende discutir neste artigo decorre de uma pergunta na qual estão inseridas duas tensões. Por um lado, a tensão social, que consiste em saber como proteger as “gerações futuras” na chamada “Sociedade de Risco”; por outro, a tensão teórica, que decorre da discussão entre diferentes Escolas Penais acerca do tema – estaria o Direito Penal preparado para lidar com os riscos? Seria instrumento necessário e, mesmo, indispensável? Ou, pelo contrário, sua utilização, longe de representar uma garantia de que a produção dos riscos seria punida ou evitada, seria um recurso simbólico e ineficaz?

Palavras-chave: Responsabilidade. Risco. Responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Abstract:

The present paper is aimed in a question that comprehends two sides. The first one, which is called “social tension”, basically investigates how to protect “future generations” in the so-called Risk Society; the second side, called “theoretical tension”, arises from the discussion between different authors about the role of criminal law as an instrument to the mentioned purpose: is Criminal Law prepared to deal with risks? Would it be a necessary instrument and, even, indispensable? Or, rather, its use, far from avoiding risk production, would only represent an ineffective symbolic source.

Keywords: Risk society. Risk. Responsibility. Liability. Criminal liability of corporations.

Nota metodológica

O problema que se pretende discutir neste artigo decorre de uma pergunta na qual estão inseridas duas tensões. Por um lado, a tensão social, que consiste em saber como proteger as “gerações futuras” na chamada “Sociedade de Risco”; por outro, a tensão teórica, que decorre da discussão entre diferentes Escolas Penais acerca do tema – estaria o Direito Penal preparado para lidar com os riscos? Seria instrumento necessário e, mesmo, indispensável? Ou, pelo contrário, sua utilização, longe de representar uma garantia de que a produção dos riscos seria punida ou evitada, seria um recurso simbólico e ineficaz?

* Rafael Diniz Pucci é graduado e pós-graduado em Direito pela Universidade de São Paulo.

S. Bacigalupo diz que é a partir da idéia de sujeito que são elaborados os conceitos jurídico-dogmáticos penais,¹ sendo certo que a questão da responsabilidade coletiva, hoje, deve ser discussão sobre a teoria do sujeito de Direito Penal. E o tema da responsabilidade penal passa por perguntas como “por que penamos?”; “quando utilizamos o Direito Administrativo Sancionador ou o Direito Penal para sancionar uma conduta?”; “o que justifica a intervenção penal?”; “quando um instrumento é mais idôneo que outro para sancionar determinadas condutas?”.²

De fato, ao observar a substituição da “sociedade de indivíduos” para uma “sociedade de organizações”, Faria diz que a natureza e o “alcance das diferentes interconexões organizacionais exponenciadas pelo fenômeno da globalização” impediriam “os Estados nacionais de programar com exclusividade as ações, as decisões, os planos e as políticas públicas, por meio de seus governos”.³ E mais: o Estado-nação, neste modelo pós-fordista, passaria a dispor de menos condições “para fazer prevalecer os interesses públicos sobre os interesses específicos dos agentes produtivos, para prescrever o sentido dos comportamentos individuais e para exigir respeito às regras de seu ordenamento”, o que esvaziaria “a hierarquia como princípio de ordem” e aceleraria “a conversão da sociedade contemporânea num intrincado conjunto de sistemas plurificados e policêntricos”.⁴

Em outro contexto, observa Faria que

enquanto nos demais ramos do direito positivo vive-se uma fase de desregulamentação, deslegalização e desconstitucionalização, no âmbito do direito penal verifica-se justamente o inverso. Ou seja: sua instrumentalização com vistas a fins claramente políticos, mediante a criminalização de várias atividades e comportamentos em inúmeros setores da vida social; a eliminação dos marcos mínimos e máximos na imposição de penas de privação de liberdade, para aumentá-las indiscriminadamente; a relativização dos princípios da legalidade, da tipicidade, da lesividade e da imputação de responsabilidade individual, por meio da utilização de regras com conceitos deliberadamente indeterminados e ambíguos, ampliando extraordinariamente a discricionariedade das

¹ BACIGALUPO, Silvina. *La crisis de la filosofía dei sujeto individual y el problema dei sujeto dei derecho penal. Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 67, p. 11-36, 1999. p. 28-29. Para ela, “hoy no es posible negar que las organizaciones aparecen cada vez más como unidades de imputación, determinando el cuestionamiento sobre el significado jurídico de la mediatización de la relación entre los individuos y el Estado”.

² ZÚNIGA RODRIGUEZ, Laura dei Carmen. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Madrid: Editorial Aranzadi, 2000. p. 22-23.

³ Cf., no mesmo sentido, BAUMAN, Zygmunt. *Globalização. As conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, s.d. p. 131-136.

⁴ FÁRIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 180-181; p. 137; 177; 195-196.

autoridades policiais e, com isso, permitindo-lhes invadir esferas de responsabilidade do Poder Judiciário; e, por fim, a redução de determinadas garantias processuais, pela substituição de procedimentos acusatórios por mecanismos com feições inquisitórias, das quais o melhor exemplo é o progressivo desfiguramento do princípio da presunção de inocência e a subsequente possibilidade de inversão do ônus da prova, passando-se a considerar culpado quem não provar sua inocência.⁵

É, pois, para a crise institucional que vive a civilização industrial (em que – nas palavras de Baratta ao comentar a obra de Beck – os riscos gerados pela indústria são externalizados pela economia, individualizados pelo direito, legitimados pelas ciências naturais e minimizados pela política⁶) que buscaremos respostas.

Conforme Rocha, “concordamos com Luhmann e De Giorgi, no sentido de que a pesquisa jurídica deve ser dirigida para uma nova concepção de sociedade centrada no postulado de que o risco é uma das categorias fundamentais para a sua compreensão”. Para ele o risco traria a importância de uma nova racionalidade na tomada de decisões na sociedade, transformando a filosofia analítica, a hermenêutica e a pragmática jurídicas.⁷

1. Introdução

O *topos* “Sociedade de Risco” é usado na teoria político-sociológica para descrever o estágio atual da sociedade, diferenciando-se do paradigma anterior, a “Sociedade Industrial”. O que ocorre, em verdade, é a transição, devida ao progresso tecnológico, de um modelo ao outro. Para Beck, a sociedade pré-industrial foi a sociedade da catástrofe; com a industrialização a catástrofe é controlada e surge a sociedade do risco calculável. A Sociedade de Risco nasce quando as bases de cálculo da sociedade industrial se modificam e são eliminadas.

Ao lado de benefícios, o progresso trouxe para a sociedade a produção de riscos que não podem ser delimitados quer no plano local, temporal ou social, pondo em xeque as atuais regras de causalidade, culpabilidade e responsabilidade. Assim que, consciência destes efeitos perversos trazidos pela modernização contínua, a “Sociedade de

⁵ FARIA, José Eduardo. *Qual o futuro dos direitos?* São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 119.

⁶ BARATTA, Alessandro, WAGNER, H. *Débat: Société du Risque et Contrôle Social. Risque, Sécurité et Démocratie. Déviance et Société*, v. 18, n. 3, p. 331-332, 1994.

⁷ ROCHA, Leonel Severo. *Direito, complexidade e risco. Seqüência*, n. 28, p. 1-12, 1994. p. 12.

Risco” inicia uma espécie de auto-análise de seus perigos. É a “Modernização Reflexiva”.⁸ Isto faz surgir um novo *topos*, “gerações futuras”.⁹

Neste sentido, Luhmann sustenta estar o conceito de risco inexoravelmente atrelado às decisões presentes dos seres humanos; de tais decisões dependeriam, pois, as gerações futuras.¹⁰ De Giorgi diz que a sociedade “usa um ‘medium’ ou seja, uma forma da constituição de formas para a representação do futuro e para produzir vínculos com o futuro. A forma dessa representação e a modalidade da produção destes vínculos com o futuro chama-se risco. O ‘medium’ no qual o risco possibilita a construção de outras formas é o ‘medium’ probabilidade/improbabilidade”.¹¹ A pergunta a ser proposta diante deste cenário seria a de como lidar com o futuro uma vez impossível saber o que é certo ou errado, mas apenas o que é mais ou menos provável.

Respostas aos riscos e danos, que porventura possam causar, começam a serem pensadas. Uma das respostas é criminalizar a produção de determinados riscos. Isto

⁸ BECK, Ulrich. *D'une theorie critique de la societe vers la theorie d'une autocritique sociale. Déviance et Société*, 1994, v. 18, n. 3, p. 333-344, 1994. p. 339-342, em que o autor discute os elementos da modernização reflexiva, nos seguintes termos: “La modernisation réflexive comprend deux éléments, à savoir, dans un premier temps la mise en péril par réflexe des bases de la société industrielle due à une modernisation continue, couronnée de succès et aveugle face aux dangers, et deuxièmement la prise de conscience, la réflexion par rapport à cet état de faits”. Beck mostra, ainda, como a teoria crítica da sociedade, especialmente notável na teoria marxista, hoje se transforma, com a sociedade do risco e sua modernização reflexiva, em teoria auto-crítica da sociedade.

⁹ LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. New York: Aldine de Gruyter, 1993. p. VIII-XII. GÜNTHER, Klaus. *Responsabilização na sociedade civil*. *Revista Novos Estudos*, São Paulo, n. 63, p. 105-118, jul. 2002. p. 106, mostra que os riscos provenientes de intervenção humana na natureza tornam público o tema da responsabilidade da geração presente, encarregada da sobrevivência das gerações sucessoras.

¹⁰ Cf., ainda, SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansion del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2001. p. 22, em que o autor chama a atenção para o fato de que “buena parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos provengan precisamente de decisiones que otros conciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos”. BECK, Ulrich. *La sociedad dei riesgo*. Madrid: Siglo Veintiuno de Espana Editores, 2002. p. 217, estabelece como marco para a distinção entre risco e perigo a “acessibilidade ao conhecimento” da potencialidade de dano. Assim, quando se tem conhecimento do perigo, podemos tomar decisões com relação a eles, que passam a ser, então, riscos, não mais perigos.

¹¹ DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. *Seqüência*, n. 28, p. 45-54, 1994. p. 50. Ainda, *Direito, democracia e risco*. Vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

faz que o Direito Penal seja considerado por certas correntes em relação à Sociedade de Risco,¹² como ferramenta apropriada,¹³ mas refutado com veemência por outras.¹⁴

Inevitável, então, o surgimento de um dilema – é que o paradigma criminalizador liberal, atualmente vigente, foi foijado sob razão técnico-instrumental de cariz individualista, que teria de ser superada para adequá-lo à “Sociedade de Risco”.

Pondera Figueiredo Dias¹⁵ que “não vale sequer pensar em assinalar ao direito penal capacidade de contenção dos mega-riscos próprios da sociedade atual se, do mesmo passo, se persistir em manter o dogma da individualização da responsabilidade penal”, princípio que guardaria raiz exageradamente antropocêntrica. Tornar-se-ia, então, “necessário e urgente saber muito mais sobre a desimplicação prático-normativa e as relações com a responsabilidade individual, seu adequado sancionamento e as exigências no plano do direito a se constituir”, da responsabilidade dos entes coletivos. Isto porque muitas das alterações dogmáticas poderiam ser evitadas com a resolução dos problemas do direito penal do risco no âmbito da responsabilização dos entes coletivos.

Com efeito, os danos trazidos pela “Sociedade de Risco” são provenientes de decisões tomadas por entes coletivos economicamente poderosos.¹⁶

A Sutherland atribui-se a criação do conceito do crime de colarinho branco e a percepção de que os poderosos cometem crimes. Se a tese de Sutherland¹⁷ por um lado foi boa para denunciar a imunidade das classes abastadas e a discriminação das classes baixas com a cumplicidade existente entre economia, política e justiça, atualmente ela não dá conta de explicar a nova criminalidade econômica.

¹² PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko* – Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft. Vittorio Klostermann: Frankfurt am Main, 1993. p. 176-183.

¹³ SCHÜNEMANN, Bernd. *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*. Goldammer's Archiv für Strafrecht, n. 5, p. 201-229, 1995. p. 221, onde o autor tacha a corrente oposta como “*die folgenlose Dogmatik*”, ou seja, dogmática sem conseqüências. DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Diritto penale Mínimo e Nuove Forme di Criminalità*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fase. 3, p. 802-820, lugl./set. 1999. p. 815, contundentemente afirmam que “Le prospettive per i ‘colletti bianchi’ diventano ancora più rosee quando si propone di trasferire in blocco i reati economici e i reati ambientali nel diritto sanzionatorio amministrativo”.

¹⁴ Dentre eles, WINFRIED HASSEMER, CORNELIUS PRITTWITZ e seus discípulos da chamada ESCOLA DE FRANKFURT. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria, *La expansión dei Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Cuadernos Civitas, 2001. p. 124-127, em que o autor sustenta a criação de uma dogmática penal de duas velocidades – na primeira remanesceria o Direito Penal Clássico, ao passo que na segunda estaria um Direito Penal flexibilizado, aplicável aos novos crimes incluindo os da “Sociedade de Risco”.

¹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. 1, p. 139.

¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *O direito penal na sociedade de risco*. Temas básicos da doutrina penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 155-185, p. 178.

¹⁷ E. H. Sutherland desenvolveu o conceito primeiramente em dois artigos, (SUTHERLAND, E. H. *White-collar criminality*. *American Sociological Review*, Nova York, v. 5, p. 1-12, 1940) e (_____. *Is ‘white-collar crime’ crime?* *American Sociological Review*, Nova York, v. 10, p. 132-139, 1945). Posteriormente, escreveu o livro (_____. *White-collar crime*. New Haven: Yale University Press, 1948).

Em verdade a Criminologia sofreu, desde os anos 1960, a transformação ocorrida na sociologia estadunidense com o construtivismo (paradigma subjetivista) em oposição ao realismo (modelo objetivista).¹⁸ Então, com o advento do construtivismo, o papel das instituições punitivas no campo da criminalização começa a ser tomado em consideração e o crime, nesta concepção, passa a ser tido como uma construção feita por aquelas instituições, não como um ente real, assim como o agente do crime não é mais o criminoso nato *1 ombro si ano*.

Neste sentido, H. J. Albrecht observa que as teorias clássicas da criminologia como a associação diferencial, a anomia e psicologia da aprendizagem social não são mais suficientes para explicar a criminalidade econômica moderna. Teorias tentando estabelecer relações com a teoria individualista do controle, em que a criminalidade econômica estaria relacionada à maximização dos benefícios ao agente, tampouco seriam suficientes.¹⁹ E que a pessoa do autor não tem mais papel central no Direito Penal Econômico.²⁰

Assim, S. Bacigalupo mostra que embora a idéia de um sujeito individual tenha influenciado os conceitos de culpabilidade e ação em Direito Penal até o momento, os novos conflitos sociais, por terem como *background* ações coletivas, não podem ser tomados sob a óptica do sujeito individual, devendo, antes, ter em conta o coletivo.²¹ Com efeito, outro não é o debate que divide os teóricos da Escola de Frankfurt (do Direito Penal) daqueles considerados como defensores do discurso penal modernizador.

E a ação atual do ente coletivo também assumiu padrão distinto. Até o momento a criminalidade organizada podia ser distinguida facilmente da criminalidade de empresas (enquanto esta praticava atividades *ab initio* lícitas, aquela operava à margem da lei). Ocorre, todavia, que as novas formas de criminalidade organizada também utilizam-se de meios legais para alcançar seus objetivos.²²

De acordo com Faria, o crime organizado dissolve a materialidade das infrações devido à rede que forma nas diferentes classes sociais, dentro e fora das fronteiras dos estados nacionais.²³ Assim, a imposição do direito penal nacional é atingida

¹⁸ ACOSTA, Fernando; PIRES, Álvaro Pena. Constructivisme versus realisme – Quelques réflexions sur les notions de crime, deviance et situations problématiques. In: CARTUYVELS, Yves; DIGNEFFE, Françoise; PIRES, Álvaro; ROBERT, Philippe (Orgs.). *Politique, police et justice au bord du futur*. L'Harmattan: Paris–Montréal, 1997. p. 21-44.

¹⁹ Neste sentido, BECKER, Gary S. Crime and punishment: an economic approach. *The Journal of Political Economy*, v. 76, n. 2, p. 169-217, 1968.

²⁰ ALBRECHT, Hans-Jörg. Investigaciones sobre criminalidad económica en Europa: conceptos y comprobaciones empíricas. In: MODERNAS tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000. p. 278-279.

²¹ BACIGALUPO, Silvina. La crisis de la filosofía del sujeto individual y el problema del sujeto del derecho penal. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 67, p. 11-36, 1999. p. 12.

²² ALBRECHT, Hans-Jörg. *Investigaciones sobre criminalidad económica en Europa...* op. cit., p. 275.

²³ FARIA, José Eduardo. *Prefácio*. In: DIAS NETO, Theodomiro. Segurança urbana: o novo modelo de

pelo processo globalizador, sendo certo que a harmonização internacional de normas seria uma das ferramentas viáveis para combater o problema. P. A. Albrecht esclarece: “locally appearing problems have world-wide correlating conditions (ecology, peace) and can, thus, be solved only with globally turned strategies”.²⁴

“Sociedade de Risco” e garantia das “gerações futuras” impõem um dilema a ser pensado – se, para o construtivismo, tudo é um problema de definição, como seria possível melhorar as condições reais de vida na sociedade que tem seus comportamentos problemáticos?²⁵ Deveria o Direito Penal exercer algum papel face aos novos comportamentos problemáticos do risco?

No presente trabalho, através da análise das correntes teóricas surgidas para discutir o papel do direito penal na sociedade de risco, vai-se buscar saber se este ramo do direito poderia dar conta do recado de proteção das gerações futuras.²⁶

2. Direito Penal do Risco, responsabilidade coletiva e reflexividade

P. A. Albrecht, ao comentar as mudanças no desenvolvimento legal europeu, sustenta que “Individual accountability is not regarded as the obligation standard in a developing European criminal law. Instead, the writers of some drafts focus on the untying of individual responsibility. The intent is the blanket coverage coping with the risks of ‘modern industrial society’”.²⁷

Conforme postula Figueiredo Dias,²⁸ a racionalidade penal do final do século XX está pautada pelo paradigma filosófico ocidental moderno construído a partir do século XVII, cujas características centrais encontram sua sede: 1) expressa no racionalismo

prevenção. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 7-12. Na mesma linha DELMAS-MARTY, Mireille. Vers un droit penal européen commun? *Archives de Politique Criminelle*, n. 19, 1997.

²⁴ ALBRECHT, Peter-Alexis. The forgotten freedom. September 11” as a Challenge for European Legal – Principles. Berlin: Berliner Wissenschafts Verlag, 2003. p. 73.

²⁵ ACOSTA, Fernando, PIRES, Alvaro P. Constructivisme versus réalisme. Quelques réflexions sur les notions de crime, déviance et situations problématiques. In: CARTUYVELS, Yves, DIGNEFFE, Françoise, PIRES, Álvaro, ROBERT, Philippe (Orgs.). *Politique, Police et Justice au bord du futur*. L’Harmattan: Paris-Montréal, 1997. p. 21-44. p. 34.

²⁶ Para FIGUEIREDO DIAS: “A crise ecológica é o exemplo por excelência: perante a ameaça comum de que todos somos objeto impõe-se que a humanidade, se quiser ter futuro, se tenha de tornar, antes de tudo, sujeito comum da responsabilidade pela vida”. Na mesma linha, DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Diritto Penale ‘Minimo’ e Nuove Forme di Criminalità*. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fase. 3, Luglio-Settembre, p. 802-820, 1999. p. 805, onde sustentam que “il mancato rispetto da parte delle imprese industriali delle cautele messe a disposizione dalla tecnica per minimizzare i rischi ambientali offende interessi vitali dei singoli e della collettività”.

²⁷ ALBRECHT, Peter-Alexis. The Forgotten Freedom. September II” as a Challenge for European Legal – Principles. *Berliner Wissenschafts Verlag*, Berlin, 2003, p. 72.

²⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. O direito penal na “sociedade de risco. In: *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 155.

cartesiano; 2) pautando-se pela doutrina jurídico-política do individualismo liberal que encontrou na Revolução Francesa seu ápice e 3) no antropocentrismo e humanismo, que impõem-se e conduzem a movimento radical a favor dos direitos.

Em sede penal esta racionalidade busca filiar-se, pois, ao Iluminismo, resultando em: 1) função exclusivamente protetiva do direito penal face ao sistema social; 2) natureza unicamente preventiva deste direito; 3) e função penal de tutela subsidiária de bens jurídico-penais,²⁹ além 4) da proeminência da política criminal no seio da ciência conjunta do Direito Penal – *gesamte Strafrechtswissenschaft*.

Este seria o quadro do direito liberal e antropocêntrico capaz de “conter” a sociedade industrial em que os danos à existência, individual ou comunitária, provinham de ações próximas e definidas, sendo bastante a isto a tutela de bens jurídicos individuais como a vida, o corpo, a saúde, a propriedade e o patrimônio.

Beck observa, porém, que este modelo de sociedade industrial é marcado por

“conflitos de repartição de bens sociais (ganhos, empregos e segurança social), que constituíram o problema principal que as instituições da sociedade industrial clássica teriam que resolver”. No entanto, na sociedade de risco, o problema passa a ser a divisão dos males criados, mais que a divisão de bens (comment peut-on repartir, éviter, contrôler et légitimer les conséquences des risques inhérents à la fabrication de produits au niveau de la technologie atomique et chimique, de la recherche génétique, de la pollution de l’environnement, de la course à l’armement militaire et de la misère croissante des hommes vivant à l’extérieur de la société industrialisée occidentale?), seria a nova pergunta a ser feita). Além disto, a interdependência crescente faz com que cada vez mais a indenidade de bens jurídicos esteja a depender de condutas positivas de terceiros;³⁰ nas palavras de LAD EUR “la distribuzione dei diritti individuali è espressione dell’impossibilità di scegliere le condizioni sociali; queste si generano piuttosto perché dipendono sempre dal comportamento di una molteplicità di agenti”.³¹

Para Beck, a sociedade industrial clássica estaria enquadrada à fase de evolução em que “danos e consequências são criados de maneira sistemática”, sem que

²⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*: parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. 1, p. 127.

³⁰ SILVA-SANCHEZ, Jesús-María, La expansion del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. cit., p. 23.

³¹ LADEUR, Karl-Heinz. Superamento della complessità attraverso la capacità di apprendimento del diritto. L’adeguamento del diritto alle condizioni del Postmoderno. Una critica alla teoria giuridica del discorso di Jürgen Habermas, Firenze, separata, p. 480-511.

sejam, todavia, objeto de tematização pública, nem se encontrem no centro dos conflitos políticos. Aqui, os riscos seriam residuais e controláveis.

Em oposição a esta fase, há a “Sociedade de Risco” que “define uma fase de evolução da sociedade moderna na qual os riscos sociais, políticos, ecológicos e individuais, criados pela dinâmica da renovação, se subtraem cada vez mais das instâncias de controle e segurança da sociedade industrial”. Aqui, “as instituições da sociedade industrializada se tornam produtoras e legitimadoras de risco que não podem mais controlar”, inclusive, a própria sociedade “se considera como sociedade do risco e se critica enquanto tal”. Surge, pois, a “modernização reflexiva”. Tal modernização não significa reflexão, mas confrontação consigo própria. É que a transição da sociedade em direção à fase do risco é operada de maneira involuntária e inevitável, produzida por efeitos secundários latentes, sendo certo que esta modernização se desenvolve de forma autônoma. Desta maneira a sociedade se vê confrontada com esta dinâmica de desenvolvimento: aqui reside a reflexividade, não na “reflexão”. Observa Günther o fato de que a sociedade tem “exigência ativista” (*aktivistische Zumutung*) destinada a que os cidadãos renovem e revejam seus princípios elementares a partir de seus conflitos. “Tradições e culturas perdem força formadora de identidade e determinadora de formas de vida para os indivíduos, que precisam escolher por si mesmos seus vínculos sociais e filiações, os quais se submetem, como mostraram Ulrich Beck e Anthony Giddens, a um processo de ‘modernização reflexiva’”.³²

Beck esclarece que a Sociedade de Risco reflexiva faz de si própria um sujeito e um problema ao reconhecer que os perigos do desenvolvimento industrial são incalculáveis, o que ensejaria a auto-reflexão “sur les bases de la cohésion sociale” e também sobre os “fondements de la rationalité”.³³ A modernização reflexiva compreenderia, assim, a transformação da sociedade industrial em sociedade do risco e a disfuncionalização e irracionalidade de tudo que antes era funcional e racional. A reflexividade, enfim, se percebe quando a sociedade industrial considera-se como Sociedade de Risco, critica-se e reforma-se enquanto tal. É que a diferença entre a Sociedade Industrial e a Sociedade do Risco situar-se-ia, em nível de saber, na auto-reflexão que a sociedade faz sobre riscos que dependem de decisão, portanto a teoria da Sociedade de Risco seria teoria do saber político da época moderna, crítica a si própria.³⁴

³² GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. *Revista Novos Estudos*, São Paulo: n. 63, p. 105-118, jul. 2002. p. 111, 113. “O conceito de pessoa é caracterizado de modo diverso de acordo com o contexto ... para a mútua imputação de pretensões de validade falante e ouvinte recorrem simultaneamente a um conceito de pessoa implícito que inclui, por exemplo, suposições acerca da imputabilidade a ser pressuposta ... um falante assume a responsabilidade quando é capaz de prestar conta de seus proferimentos”.

³³ BECK, Ulrich. D’Une théorie critique de la société vers la théorie d’une autocritique sociale. *Déviance et Société*, v. 18, n. 3, p. 333-344, 1994. p. 337.

³⁴ Id. *Ibid.*, p. 339.

Para Günther “o eu individual corre então o risco de acabar em um estado de sobrecarga constante, diante do qual o sofrimento com a individualização no século XIX parece um idílio”. E termina por concluir que “na medida em que os cidadãos discutem seu conceito de pessoa explícita e publicamente, a própria responsabilidade se torna reflexiva”.³⁵

Günther observa que o caráter “deliberativo do processo público de formação da opinião e da vontade fica claro na medida em que as respectivas preferências individuais devem ser expostas a um procedimento de crítica e refutação”, sendo certo que “o dever de obediência externa à norma funda-se exclusivamente sobre o direito e a possibilidade fática que cada indivíduo possui de tomar parte no processo de formação da vontade”.³⁶ A medida que as normas e conceitos são defensáveis, a responsabilidade tornar-se-ia reflexiva.

A responsabilização não deve ser encarada como requisito à pena (rompimento do vínculo entre culpa e pena),³⁷ mas como ação social, ato performativo. “As funções simbólicas atribuídas à pena já podem ser preenchidas pelo significado comunicativo da sentença condenatória ... a eficácia da prevenção geral e da especial permanece ausente”, assim não haveria justificativa para a manutenção da pena, o que “abre espaço para as reações alternativas”.³⁸ O Tribunal Constitucional alemão já teria destacado em julgado a independência da sentença condenatória em relação à pena. Na “sociedade da responsabilidade” a sentença condenatória já seria, por si, mais importante que a pena, à medida que transmitiria a mensagem de manutenção da validade da norma, por um lado, e atribuiria ao autor do ilícito o erro, não às circunstâncias ou à sociedade, por outro lado.

2.1. Risco, Construtivismo e Direito Penal

É nos anos 60 que fica clara a oposição construtivismo *versus* realismo, com o surgimento de três perspectivas teóricas na sociologia estadunidense, a saber: o interacionismo simbólico, a etnometodologia e a teoria pluralista do conflito. As pesquisas, então, passam a ser dirigidas não mais aos comportamentos, mas às formas de reação social,³⁹ de modo que o dilema passou a ser os processos de criminalização e construção do

³⁵ GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. *Revista Novos Estudos*, São Paulo: n. 63, p. 105-118, jul. 2002. p. 112.

³⁶ Id. *Ibid.*, p. 114-115.

³⁷ Álvaro Pires é crítico da racionalidade penal moderna justamente por ela atrelar de maneira inexorável crime e pena. Cf., neste sentido, PIRES, Álvaro P. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Revista Novos Estudos*, n. 68, p. 39-60, mar. 2004.

³⁸ GÜNTHER, Klaus. *Responsabilização na sociedade civil*. op. cit., p. 116.

³⁹ ACOSTA, Fernando; PIRES, Álvaro P. op. cit., p. 32.

desvio. Desta maneira, a teoria do conflito transformou-se em sociologia crítica do direito, antes que sociologia do desvio.⁴⁰ Nesta linha, a criminalização somente existiria à medida que os atos do indivíduo são postos em conflito com aqueles que têm o poder de definir o que é o desvio. As situações existem no plano fático (como a morte, por exemplo), mas não como crime, que apenas surge quando há intervenção institucional.

Para as teorias criminológicas construtivistas, pois, o crime é fenômeno que comporta uma dimensão fática (que compreende os comportamentos tidos por problemáticos), uma dimensão axiológica (que reside no plano da avaliação ética) e uma dimensão normativa (que compreende a construção jurídica).⁴¹

E, neste mister, a criminalidade da “Sociedade de Risco” filia-se à sociologia construtivista dos problemas sociais, conforme mostra P. A. Albrecht: “the focus of criminal law on the consequences is turning from the individual perpetrator to social problems: organized crime, environmental destruction and economic crisis”.⁴²

Beck se diz acusado de ser adepto do realismo, ao que rebate afirmando que realismo e construtivismo não são alternativas excludentes. Para ele, se por um lado somente é possível se pensar na “Sociedade de Risco” em termos de uma construção (perspectiva construtivista), não se pode entender os riscos fora de sua materialização concreta, científica, política, econômica ou popular (perspectiva realista),⁴³ de maneira que o ideal seria conciliar realismo e construtivismo.

Para Prittwitz não existiria consenso sobre a dimensão real do perigo da Sociedade de Risco, a despeito disto ser defendido por determinados teóricos.⁴⁴ Neste sentido, Prittwitz questiona se o Direito Penal do Risco seria necessário àqueles que serão sancionados.⁴⁵ Afirma, ainda, que os comportamentos da Sociedade de Risco não são maus em si, mas perigosos quando somados em massa, o que inviabilizaria a eficácia das penas, ainda que a teoria da pena seja hoje questionada pela Criminologia.⁴⁶ No mesmo sentido, Silva-Sánchez sustenta que a vivência subjetiva dos riscos acaba sendo superior à

⁴⁰ Id. *Ibid.*, p. 34-35, para quem “La théorie du conflit tend alors à devenir une sociologie critique du droit plutôt qu’une sociologie de la déviance”.

⁴¹ ACOSTA, Fernando; PIRES, Álvaro P. *op. cit.*, p. 43.

⁴² ALBRECHT, Peter-Alexis. The Forgotten Freedom. September 11th as a Challenge for European Legal – Principles. *Berliner Wissenschafts Verlag*, Berlin, p. 74, 2003.

⁴³ JAKOBS, Günther. *El derecho como sujeto epistémico: Hacia una Epistemología Constructivista del Derecho. Revista Doxa*, p. 533-572, p. 568, onde o autor mostra que na construção do conceito de risco confluem diversos interesses dos agentes envolvidos com este ou aquele risco.

⁴⁴ PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und risiko: untersuchungen zur krise von strafrecht und kriminalpolitik in der risikogesellschaft. op. cit.*, p. 65.

⁴⁵ Id. *Ibid.*, p. 375.

⁴⁶ Id. *Ibid.*, p. 226-235.

própria existência deles no plano fático,⁴⁷ o que levaria à falta de correspondência entre a insegurança subjetiva e os riscos objetivamente considerados.⁴⁸

Segundo Beck – agora em perspectiva construtivista – os efeitos secundários imprevistos da produção industrial não são problemas reais, senão uma crise institucional da própria sociedade industrial. A importância disto apareceria somente nos conceitos da Sociedade de Risco, o que provocaria a necessidade de auto-definição e reflexão dos conceitos.⁴⁹

3. O ente coletivo e a superação da associação diferencial

3.1. Associação diferencial

Se bem que a existência de *criminals of the upperworld* tenha sido constatada em 1935 por Morris, consoante pondera H. J. Albrecht,⁵⁰ o ponto de partida histórico para a investigação da criminalidade econômica é a obra de E. H. Sutherland.⁵¹ Para este autor,

⁴⁷ SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. La expansion del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedadespostindustriales. op. cit., p. 26.

⁴⁸ BECK, Ulrich. *La sociedad dei riesgo*. Madrid: Siglo Veintiuno de Espana Editores, 2002. p. 218, afirma que o conceito de risco inverte a relação entre passado, presente e futuro, já que o passado perderia o poder de determinar o futuro, ao passo que o futuro, que ainda não existe, é objeto de uma construção que adotaria como causa a experiência e a ação atuais.

⁴⁹ BECK, Ulrich. D'Une Théorie Critique de la Société vers la Théorie D'Une Autocritique Sociale. *Déviance et Société*, v. 18, n. 3, p. 333-344, 1994. p. 337. SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansion del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. op. cit., p. 27, a par disto, registra que na teoria de luhmanniana a sociedade da informação, associada à sociedade de risco, contribui para a auto-compreensão e auto-descrição sociais.

⁵⁰ ALBRECHT, Hans-Jörg, Investigaciones sobre criminalidad económica en Europa: conceptos y comprobaciones empíricas. In: *Modernas tendencias en la ciência dei derecho penal y en la criminologia*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000. p. 262.

⁵¹ E. H. Sutherland desenvolveu o conceito primeiramente em dois artigos, (SUTHERLAND, E. H. White-collar criminality. *American Sociological Review*, Nova York, v. 5, p. 1-12, 1940) e (_____. Is 'white-collar crime' crime? *American Sociological Review*, Nova York, v. 10, p. 132-139, 1945). Posteriormente, escreveu o livro (_____. *White-collar crime*. New Haven: Yale University Press, 1948). ACOSTA, Fernando; PIRES, Alvaro Pena. *Constructivisme versus realisme...* op. cit., p. 40, ao analisarem a impunidade das classes poderosas chamam de "illégalismes privilegies" aos delitos por elas praticados, que podem ser tidos tanto como crimes, ou infrações administrativas ou, puramente, imperativo da vida em sociedade ou do progresso, de acordo com o interesse subjacente.

Pesquisando os julgados do Tribunal do Júri da cidade de São Paulo no período compreendido entre janeiro de 1984 a julho de 1988, ADORNO, Sérgio. Crime, justiça penal e desigualdade jurídica. As mortes que se contam no tribunal do júri. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 132-151, 1994; constatou que a maior incidência de condenação ali recaía sobre réus cujas atividades eram "mal-definidas", o que realça a seletividade operada pela instância julgadora sobre a inferioridade sócio-econômica.

Em sentido diverso, mostrando a dificuldade de se punir os crime "dourados", cf. CASTILHO, Ela Wiecko V. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional. Lei 7.492, de 16 de junho de 1986*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1998, em que a autora mostra que de todos os processos criminais por crimes contra o sistema financeiro, de 1986 até 1998, menos de 0,5 por cento levaram à condenação dos réus.

“*White-collar crime may be defined approximately as a crime committed by a person of respectability and high social status in the course of his occupation*”.⁵²

Este conceito tem por trás o enfoque individualizador da aprendizagem social e a associação diferencial.⁵³ Teria assim, servido, inclusive, para demonstrar a imunidade dos poderosos e a discriminação de classes baixas, mediante a cumplicidade entre Economia, Política e Justiça. A comparação entre *crime in the streets* e *crime in the suites* traz para o debate criminológico, assim, a tematização do lugar do controle penal no sistema global de controles jurídicos e sociais, sendo a investigação criminológica hodierna, no campo econômico, uma investigação sobre os limites do Direito Penal tradicional e a imputação em contextos complexos e inseguros.⁵⁴

3.2. Criminalidade organizada atual

Para S. Bacigalupo, a idéia de sujeito individual que norteou até agora a dogmática da culpabilidade e da ação já não dá conta dos conflitos sociais atuais, desencadeados de forma majoritária por condutas coletivas.⁵⁵ Além disto, a influência criminógena que o grupo empresarial exerce traz dificuldades atinentes à determinação normativa de competências, imputação jurídico-penal, bem como averiguação do verdadeiro responsável.

Com efeito, P. A. Albrecht sugere que “the common criminology focusing on the perpetrator is at the end of its tether”.⁵⁶

H. J. Albrecht anota, nesta linha, que as teorias tradicionais da criminalidade – associação diferencial, anomia, enfoque psicológico da aprendizagem – não são capazes de alcançar a criminalidade econômica moderna. Tampouco seria suficiente à explicação ensaios que tentam explicar a criminalidade econômica com a integração das teorias da criminalidade, as teorias que estabeleçam paralelos com a teoria individualista do controle, segundo a qual a criminalidade econômica estaria relacionada à maximização

⁵² SUTHERLAND, E. H. *White-collar crime*: The uncut version. New Haven: Yale University Press, 1983. p. 7-9.

⁵³ Cf. SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 193, diz que a teoria da associação diferencial tem por base o fato de que “o crime não pode ser definido simplesmente como disfunção ou inadaptação de pessoas de classes menos favorecidas, não sendo ele exclusividade destas”. Observa, no entanto, que Sutherland teria ido além deste conceito ao considerar a existência de uma organização diferencial e de uma aprendizagem dos valores criminais.

⁵⁴ GIDDENS, Anthony. Desvio e criminalidade. *Sub Júdice*: justiça e sociedade, Coimbra, v. 13, p. 9-30, 1998. p. 13.

⁵⁵ BACIGALUPO, Silvina. La crisis de la filosofía dei sujeto individual y el problema dei sujeto dei derecho penal. *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, n. 67, p. 11-36, 1999. p. 12.

⁵⁶ ALBRECHT, Peter-Alexis. *The forgotten freedom*. September 11”as a Challenge for Europecin Legal. Principles. Berliner Wissenschafts Verlag: Berlin, 2003. p. 75.

do benefício.⁵⁷ Para ele, é a regulação e a normatização da Economia que requerem explicação. Assim, a formação de auto-compromissos e auto-controles e a percepção das normas econômicas como legítimas resultaria em formação de subcultura de concorrência ou subcultura de resistência às regulações da Economia que se percebem como ilegítimas. A regulação do mercado facilita a criminalidade econômica na forma de inserção de estímulos ou falta de controles.

Assim, a pessoa do autor em Direito Penal Econômico não ocupa mais papel central, como poderia se depreender de Sutherland. Para Albrecht “las comprobaciones sobre la persona y el perfil social del autor de delitos economicos que em otros tiempos se entendían como susceptibles de generalización no ofrecen realmente más que conocimientos banales que no acarrear la comprensión y el esclarecimiento de la criminalidad económica. Lo mismo vale para datos relativos a formación, el status profesional y la vida comercial, la pertenencia a una clase social y a los antecedentes penales de los autores de delitos económicos. En una contemplación global, en el análisis de las condiciones de formación de la criminalidad económica la persona dei autor dei delito pasa a un segundo plano detrás de estructuras normativas, sociales, económicas y organizativas”.⁵⁸

Para Shecaira, “o que faz com que se decida a natureza da reprovação estatal é a qualificação jurídica do interesse violado, não a natureza do sujeito que cometeu a infração”.⁵⁹

Todavia, se o indivíduo não mais tem grande relevância, certo é que as infrações provenientes de fatos econômicos continuam a ser as que oferecem maior dificuldade à punição. Albrecht mostra que os processos penais por delitos econômicos têm grande duração média, massivos problemas de imputação e prova, problemas de economia processual e déficit contínuo de denunciante. Algumas práticas no âmbito europeu têm colaborado para a reversão deste fato, como redução de provas, imputação antecipada e extensão da punibilidade às empresas e grupos e as tentativas de resolver os delitos sem vítimas.

⁵⁷ Cf. FARIA. Prefácio, cit., em que o autor atribui esta pretensão aos economistas neo-clássicos. Sobre o mesmo tema BICUDO, Tatiana Viggiani. *O direito penal: os fundamentos da punição hoje*. 2004. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. p. 103, ao analisar os fundamentos da punição em Jeremy Bentham, pondera que “O cálculo aritmético do prazer e da dor visa a orientar o legislador, dando-lhe uma base racional para decidir se deve proibir uma ação ou um ato. Ao contrário de Beccaria, que apenas mencionava o princípio da utilidade como sendo o norteador para a construção do sistema legal racional, Bentham tece minúcias, indicando quais os elementos devem ser tidos como balizas para orientar o legislador neste cálculo.

⁵⁸ ALBRECHT, Hans-Jörg. Investigaciones sobre criminalidad económica en Europa: conceptos y comprobaciones empíricas. In: *Modernas tendencias en la ciencia dei derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000. p. 278-279.

⁵⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 101.

Para se contextualizar a superação da teoria da associação diferencial, enfocada no indivíduo, há que se adentrar na discussão da teoria do desvio em criminologia, cuja tendência a partir dos anos 60 começa a opor as correntes sociológicas do realismo (objetivismo) e construtivismo (nominalismo ou idealismo).⁶⁰ Enquanto a posição realista preocupar-se-ia, em sede penal, com a gênese do comportamento criminal, o construtivismo se ocuparia do uso científico desta noção e enfatizaria a impossibilidade ou inutilidade de estudar os comportamentos ou situações problemáticas. O crime passa, então, a ser visto como um processo de produção ou construção sócio-legal, à medida que a atenção se volta às atividades dos agentes de controle penal.⁶¹ Assim, para o paradigma construtivista, o crime é uma realidade construída pelo sistema penal, ao passo que o paradigma realista encara as situações problemáticas como dado ontológico, fato bruto, assim, como o suicídio e a morte⁶² (parte-se desta premissa e investiga-se as causas específicas do comportamento e a resposta possível para solucionar o problema – os autores deste paradigma querem ver o delito no delinqüente e separar os criminosos dos não-criminosos⁶³). A isto, os construtivistas opõem uma questão: como seria possível sustentar a tese do criminoso nato ou mesmo a da anormalidade psicológica dos delinqüentes se a definição do crime depende do ponto de vista do legislador? Três correntes surgem tentando dar conta deste problema. Uma primeira, diz que haveria um núcleo duro de verdadeiros crimes, que seriam universais. Uma segunda afirma que definem-se como crime todos os atos que tenham a mesma característica externa (a pena ou a qualificação penal dada pelo legislador: não seria a pena que caracterizaria o crime, mas seria ela que o revelaria exteriormente a nós, e é a partir dela que se deve partir para a compreensão do crime; assim também a lei penal seria nada mais que a forma concreta de exteriorizar aquilo que se reprovaria por crime).

Vê-se que estas duas orientações mantêm o primado epistemológico do crime sobre a lei penal, que nada mais seria que um conceito legal a cobrir uma realidade humana e social, que seria anterior à lei e a motivaria.

A terceira tentativa é a que nos interessa aqui, pois é a que dá ensejo ao surgimento do modelo de análise do comportamento desviante, tendo como pilar a teoria de Merton, que surge como desenvolvimento das Escolas de Louvain e Chicago.

Para Merton, o objeto passa a ser menos o crime que a *deviate behavior*, ou seja, uma resposta normal aos problemas colocados pela estrutura social à adaptação dos indivíduos. O desvio é visto, então, como um comportamento, uma regra de conduta, sendo o crime um dos diversos códigos sociais existentes na noção de desvio. Todavia,

⁶⁰ ACOSTA, Fernando; PIRES, Alvaro P. ACOSTA, Fernando, PIRES, Álvaro P. Constructivisme versus realisme. Quelques reflexions sur les notions de crime, deviance et situations problematiques cit., p. 21-44.

⁶¹ Id. Ibid., p. 22.

⁶² Id. Ibid., p. 24.

⁶³ Id. Ibid., p. 25.

em que pese reconhecer a influência da estrutura na construção do desvio, esta noção de sociologia normativa não se dá conta da especificidade do sistema penal e a influência por ele exercida sobre o comportamento desviante.

Assim que a perspectiva construtivista, por ter em conta não só a concepção do desvio como problema posto pela estrutura social, mas também a perspectiva de que o comportamento desviante é fruto de interação com o aparato penal, é o paradigma que melhor explica o desenrolar da criminalidade econômica da sociedade atual. A pergunta posta pelos construtivistas na criminologia seria: “o crime é um problema social? E, em caso positivo, o que constituiria o problema social do crime?”.⁶⁴ A esta pergunta, Spector & Kitsuse responderiam, à primeira parte, com um sim contundente, ao passo que a segunda parte demandaria mais reflexão: pelo fato de os crimes dos poderosos serem ignorados pelo sistema penal, eles não seriam um problema social? Para eles, os órgãos do sistema penal, contribuem para a construção no imaginário das pessoas dos problemas sociais tidos como crimes.

Buscando traçar um panorama de como se desenrola a complexa teia de relações entre o desvio, as relações de poder e as instituições, Albrecht elabora os pontos principais da investigação criminológica no campo econômico, hoje, a saber: 1) a vida econômica está repleta de infrações às normas; 2) a empresa econômica adquire cada vez mais poder em relação ao Estado, no processo globalizatório, o que torna o controle das infrações pelo Direito nacional cada vez mais difícil; 3) não obstante, a criminalidade econômica gera danos materiais e imateriais enormes. Depende para seu controle da atenção e sensibilização sociais; 4) a investigação criminológica depara-se com a ausência de dados confiáveis, até porque a criminalidade econômica se subtrai com frequência da atenção policial. Além disto, ocorre nestes casos uma “volatização” da qualidade de vítima. A investigação de zonas obscuras não existe aqui (até hoje não se desenvolveu para a criminalidade econômica nenhum sistema de estatística equivalente ao policial e judicial da criminalidade clássica de rua, até porque não há interesse político para investir nisto. Há pouca especialização na inspeção deste tipo de criminalidade, sendo que a descrição da estatística criminal clássica não é apropriada para esta área. Por ser criminalidade de controle, a criminalidade econômica depende de investimento em investigação penal);⁶⁵ 5) há relevantes conexões entre a criminalidade organizada e a criminalidade econômica;

⁶⁴ SPECTOR, Malcolm,;KITSUSE, John. *Constructing social problems*. Menlo Park, Calif, Cummings Publishing Company, 1977, p. 2. Tradução livre de: “Is crime a social problem, and if so, what constitutes the social problem of crime?”.

⁶⁵ ALBRECHT, Hans-Jörg. op. cit., p. 264. Por conta deste fato, a criminalidade organizada não é alcançada pelo sistema penal. Na Alemanha, em 1999 apenas 0,6% (36.000 fatos) do total de crimes (6.3 milhões de atos) foi imputada ao crime organizado. A despeito disto, conforme assevera o autor, os prejuízos patrimoniais causados pela criminalidade econômica superam largamente a criminalidade patrimonial clássica.

6) a criminalidade econômica é a criminalidade do futuro e contém risco muito maior à sociedade moderna do que a criminalidade tradicional;⁶⁶ 7) na maior parte dos casos são infrações cometidas por firma individual ou sociedade mercantil.⁶⁷

Neste sentido, a criminalidade econômica atual há de ser considerada desde os pontos político-jurídico e político-econômico, dadas as novas formas que têm conexões inter-sistêmicas. As grandes organizações transnacionais – não mais o indivíduo singularmente considerado – são responsáveis pela criminalidade que se organiza dentro dos sistemas político, econômico, social e jurídico, em nível internacional, sendo responsáveis pela criminalidade ambiental, lavagem de dinheiro, corrupção, espionagem, fraudes fiscais e cartões de crédito, e a criminalidade do mercado negro.

O controle penal da criminalidade econômica voltou-se, então, para a cooperação policial e judicial internacional e, na Europa, para a criminalidade e o Direito Penal econômico. Aqui, destaca-se a importância da punibilidade das pessoas jurídicas e do debate para um Direito Penal especial para empresas e grupos.

Conforme aponta Albrecht, se as iniciativas jurídico-políticas buscam a mobilização e a compensação de interesses, a formação de conceitos jurídico-penais busca a segurança e a previsibilidade jurídicas. Hoje os elementos centrais da teoria econômica seriam 1) a empresa ou organização; 2) a atividade econômica; 3) o mercado; 4) a volatilização da qualidade da vítima, assim como 5) a mínima perceptibilidade da violação do Direito, performada por formas ilegais de influência no processo econômico e político.

4. Novos modelos penais e responsabilidade

Segundo Günther,⁶⁸ o conceito de responsabilidade na sociedade atual acha-se arraigado à medida que seu uso é freqüente na comunicação cotidiana e não provoca qualquer objeção. Com efeito, este autor pondera que para estipular o que seja responsabilidade são estabelecidas regras e instituições para distribuir estas mesmas responsabilidades entre o Estado e a sociedade. Hassemer diz, assim, que os conceitos básicos do mundo jurídico, como a responsabilidade, são dados pelas construções hodiernas da vida, de modo que o *status* da teoria da imputação seria o discurso construído

⁶⁶ ALBRECHT, Hans-Jörg. Investigaciones sobre criminalidad económica en Europa: conceptos y comprobaciones empíricas. In: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000. p. 262-263.

⁶⁷ ALBRECHT, Hans-Jörg. *Investigaciones sobre criminalidad económica en Europa: conceptos y comprobaciones empíricas*. op. cit., p. 268, onde mostra que na Alemanha aproximadamente dois terços dos casos são atos de agrupamentos.

⁶⁸ GÜNTHER, Klaus. op. cit., p. 105-106.

pelas pessoas de acordo com sua cultura e mudando no mesmo passo em que esta se transforma.⁶⁹

A responsabilidade seria atribuída por meio de comunicações: “uma pessoa é feita responsável por algo por parte de outrem ou faz-se responsável a si mesma perante outrem”. Assim, a atribuição de responsabilidade ao indivíduo, por meio da estrutura da comunicação social, importa em que a ação não seja imputada “às circunstâncias, à situação, a outras pessoas, à sociedade ou simplesmente ao destino”. Günther dá como exemplos a pobreza e o comportamento criminoso, que não se cuidariam de situações criadas pela sociedade, mas sim imputações devidas unicamente ao indivíduo.

Assim, no plano da denominada Sociedade de Risco, o avanço tecnológico, o dinamismo econômico e as intervenções no meio-ambiente teriam feito da responsabilidade um tema público. O princípio da responsabilidade atribuiria à geração presente “o dever de zelar pelas gerações seguintes”. É neste contexto que se desenvolve “amplo movimento de juridicização com o fim último de determinar quem é o responsável pelo controle de riscos e a quem e como são imputados os prejuízos”.

4.1. Responsabilidade penal individual *versus* responsabilidade penal coletiva – a crise do sujeito individual

Para S. Bacigalupo, a idéia de sujeito individual que norteou até agora a dogmática da culpabilidade e da ação já não dá conta dos conflitos sociais atuais, desencadeados de forma majoritária por condutas coletivas.⁷⁰

Para além disto, a autora observa que os delitos econômicos estão, hoje, inexoravelmente relacionados à responsabilidade penal dos entes coletivos, especialmente da empresa. E, por empresa, a autora entende toda unidade organizada e determinada por fim econômico, o que implica ter em conta também empresas não legalizadas. Fato é que o poder econômico destas coletividades traz como problemas a influência criminógena do poder econômico, a dificuldade para determinação de competências, para imputação jurídico-penal, bem como para averiguação de responsabilidade.

De acordo com Hassemmer a responsabilidade coletiva seria “imputación de un resultado a un grupo de personas, sin que sea posible establecer una diferenciación entre los distintos grados de participación”, de modo que “lanza una única red sobre

⁶⁹ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 1999. p. 159.

⁷⁰ BACIGALUPO, Silvina. op. cit., p. 12. Cf., ainda, ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura del Carmen. *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Madrid: Editorial Aranzadi, 2000. p. 24, para quem o “sistema penal de responsabilidad individual, tal y cual ha sido concebido hasta ahora, no es un instrumento idóneo para dar respuestas a a las demandas de prevenir la criminalidad cometida por entes colectivos”.

muchas personas y bajo esa rede es imposible diferenciar variantes de participación de cada individuo”⁷¹.

S. Bacigalupo elenca quatro âmbitos em que geralmente a coletividade causa danos, quais sejam, perigos contra o meio ambiente, do produto, transporte e dentro da própria empresa, sendo que estes âmbitos podem aparecer ao mesmo tempo.

A dificuldade de efetivar a responsabilidade do ente coletivo estaria relacionada ao problema que o sujeito, tradicionalmente individual, traz para a culpabilidade, ação e função da pena. A eleição de um ou outro tipo de sujeito traz reflexos sobre estas categorias dogmáticas.

Bacigalupo observa que este é um problema jurídico e meta-jurídico, à medida que pensa o lugar da pessoa jurídica na vida social contemporânea. Ela lembra que Habermas teorizou a mudança do paradigma do conhecimento dos objetos para o modelo do entendimento entre sujeitos capazes de comunicação mediante a ação e a linguagem.

Assim, o problema dogmático penal atual não advém apenas da evolução social, mas residiria também na crise da filosofia do sujeito individual, não sendo mais capaz de explicar os conflitos sociais contemporâneos. A renúncia ao sujeito individual seria evidente tanto na teoria da ação comunicativa habermasiana, em que o sujeito é visto como intersubjetividade constituída pluralmente, quanto na teoria dos sistemas de Luhmann, em que se pretende a auto-descrição do Direito como sistema autônomo que não tomaria o sujeito individual como origem do ordenamento jurídico.

Neste sentido, Beck observa que os efeitos secundários e as conseqüências imprevisíveis a longo prazo tornam difícil a imputação de responsabilidade, culpabilidade e causalidade, bem como o processo de decisão política não serve mais a legitimar tal imputação.⁷² Assim, defende que há de se “redefinir as regras para as decisões, os campos de aplicação e a crítica, dadas as conseqüências imprevisíveis da tecnologia de ponta, conseqüências para as quais não se pode mais assumir a responsabilidade”,⁷³ e conclui ponderando que a reflexividade da sociedade perpassa os diversos domínios sociais, limites regionais, nacionais, políticos e econômicos, o que significaria que todos seriam, sem exceção, atingidos pelos novos riscos, tendo por corolário o fato de que todas as pessoas, uma vez cientes desta ameaça, teriam de agir de maneira responsável.⁷⁴

⁷¹ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación em Derecho Penal. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 1999. p. 180-181.

⁷² BECK, Ulrich. op. cit., p. 337.

⁷³ Id. *Ibid.*, p. 338. Tradução livre: “... il faut plutôt redéfinir les règles et les bases pour les décisions, les champs d application et la critique vu les conséquences imprévisibles de la technologie de pointe pour lesquelles on ne peut plus assumer la responsabilité”.

⁷⁴ BECK, Ulrich. *D’Une Théorie Critique de la Société vers la Théorie D’Une Autocritique Sociale*. op. cit., p. 333-344, p. 338.

E Günther⁷⁵ observa que a privatização dos serviços públicos e a desregulação do sistema econômico teriam transferido a responsabilidade pela garantia do futuro, antes atribuição do Estado, para o indivíduo, que agora teria de assumir a “responsabilidade pela garantia de suas condições de vida”.

Assim que, em sede de regulação jurídica meio-ambiental passa a ser considerada a possibilidade do controle auto-responsável.

No âmbito do Direito Penal, Günther diz que o autor de ato ilícito tem sido “cada vez mais responsabilizado de maneira claramente individual, sobretudo perante a vítima”.⁷⁶

Da perspectiva do Direito Penal do Risco, a peculiaridade em relação à sociedade industrial atual estriba-se no extraordinário incremento das interconexões causais. A densa rede de industrialização existente, em muitos âmbitos torna impossível explicar, por exemplo, a produção de danos à saúde dos habitantes pela emissão de substâncias tóxicas por parte de determinada fábrica como causa. É característico da sociedade atual a existência de relações causais múltiplas cujo esclarecimento em detalhe é de todo impossível com os métodos e instrumentos científico-naturais atuais à causa de sua inter-relação e complexa confluência. O segundo elemento da sociedade de risco é a substituição dos contextos de ação individuais por contextos de ação coletivos, nos quais o contato inter-pessoal é substituído por uma forma de comportamento anônimo e estandardizado.

Embora, uma vez filiado à Escola de Frankfurt, Günther atribua clara importância ao protagonismo individual, parece deixar evidente que na “Sociedade de Risco” não se pode prescindir do contexto de ação coletivo.

4.2. As escolas penais e o tratamento do risco

Bernd Schünemann⁷⁷ começa sua análise da situação atual da ciência jurídico-penal cotejando-a com a análise feita nos anos 50 por Thomas Würtenberger acerca do mesmo tema.

Para Würtenberger, a idéia que deveria predominar na teoria penal seria a da personalidade humana, isto é, a personalidade individual que na sua dignidade e responsabilidade é proposta como ponto angular tanto do ordenamento de bens jurídicos do Direito Penal como do sistema de sanções deste. Propôs, assim, remodelação do ordenamento de bens jurídicos com base na posição primordial da dignidade humana; com

⁷⁵ GÜNTHER, Klaus. op. cit., p. 106.

⁷⁶ Id. Ibid.

⁷⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, n. 5, p. 201-229, 1995. p. 201-203.

respeito ao sistema de sanções exigiu profunda individualização. Considerava o delito, em primeiro lugar, como produto da personalidade infratora do Direito e sua investigação empírica seria tarefa fundamental da criminologia.

Estas posições fundamentais de Würtenberger, que escreveu sob a cultura dos anos cinquenta, conservando, pois, a herança cultural e social do século XIX (substituída nos anos sessenta pela sociedade pós-moderna que vivemos hoje), seriam, hoje, os pólos, a vanguarda ou o contraponto da mais recente evolução do Direito Penal. Schönemann relaciona os postulados de Würtenberger à situação atual.⁷⁸

Por um lado, haveria a concepção dos antigos e atuais autores da Escola de Frankfurt, que adotam a postura de Direito referido exclusivamente ao indivíduo, o que se manifesta de maneira clara na teoria do bem jurídico e da política processual penal de Hassemer e discípulos.⁷⁹ Os interesses coletivos seriam funções, e não bens coletivos, cuja tutela poderia ser assegurada por outros ramos do Direito.

Por outro, o sistema normativista de Direito Penal de Jakobs, orientado com base na teoria funcional dos sistemas, que se concebe a si mesmo como pólo oposto.⁸⁰

4.2. A “Dogmática sem conseqüências” (Die folgenlose Dogmatik)

4.2.1. Escola Penalista de Frankfurt⁸¹

Sustenta Prittwitz que o Direito Penal do Risco não seria eficaz no combate aos danos da sociedade. Isto porque o Direito Penal aplicado a esta situação não seria capaz de solucionar os problemas do futuro à medida que não satisfaria à proposta de

⁷⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, n. 5, p. 201-229, 1995. p. 202, em que o autor se diz espantado com este fato: “Es ist faszinierend, dass man von diesen Grundpositionen Würtenbergers aus jeweils eine gerade Linie zu denjenigen beiden strafrechtstheoretischen Konzepten ziehen kann, die man als die Pole, die Avantgarde oder auch als den Kontrapunkt der jüngsten Entwicklung ansprechen kann”.

⁷⁹ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. op. cit., p. 809, mostram que Frankfurt pugna por tutela dos bens jurídicos exclusivamente voltada a interesses individuais, já que os bens coletivos seriam entidades vagas, em que a vítima não poderia ser claramente definida. “Da questo diritto penale ridotto, secondo Hassemer, al suo núcleo essenziale (Kernstrafrecht) dovrebbero perciò essere estromessi, fra l'altro, i reati economici, i reati tributari, i reati ambientali, i reati in materia di stupefacenti, il traffico illegale di armi, etc”.

⁸⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. op. cit., p. 202-203, em que o autor se refere às duas correntes como filiadas aos postulados: “Ich meine damit zum einen das von heutigen und früheren Frankfurter Autoren favorisierte, rein auf das Individuum bezogene Strafrechtskonzept, welches am prononciertesten in der Rechtsguttheorie und der Strafprozesspolitik von Winfried Hassemer und seine Schülern ausgeprägt ist; und zum anderen das an der funktionalen Systemtheorie geschulte normativistische Strafrechtssystem von Günther Jakobs, welches sich selbst als den Gegenpol zum sachlogischen Denken versteht”.

⁸¹ Os principais expoentes desta Escola são Winfried Hassemer, Peter-Alexis Albrecht, Dirk Fabricius, Klaus Günther, Herbert Jäger, Walter Karge, Klaus Lüderssen, Wolfgang Naucke, Ulfrid Neumann, Ernst Amadeus Wolff, Felix Herzog e Cornelius Prittwitz.

prevenção de comportamentos nocivos:⁸² é que a micro-criminalidade, para a qual se aplicam os fins de prevenção geral e especial, em muito difere da macrocriminalidade; isto inviabilizaria, para o autor, a proposta do Direito Penal de proteção do bem jurídico, pois o Direito Penal puniria sabendo que a resposta não resultaria positiva à efetiva proteção deste bem. Prittwitz, apesar de preferir as sanções civis e administrativas, reconhece que em determinados âmbitos a alternativa penal poderia ser necessária.⁸³

Hassemer resume: “Para poder se tratar estas nuevas formas de delito se debería construir un sistema en el que se contengan elementos punitivos diseñados de forma estrictamente preventiva y que renunciara a un reproche personal y a la pena privativa de libertad. Una forma así de derecho de intervención podría integrar tipos de imputación colectiva”.⁸⁴

Conforme observa Figueiredo Dias, a Escola de Frankfurt sustenta que o Direito Penal não pode ser instrumento de tutela dos novos e grandes riscos próprios da sociedade atual, nem garante da sociedade futura.⁸⁵ Deveria, pelo contrário, resguardar-se ao âmbito clássico de tutela (direitos individuais, por oposição a coletivos) e aos critérios experimentados de aplicação. Os frankfurtianos postulariam a ilegitimidade do Moderno Direito Penal por três razões básicas, a saber, primeiro, por pretender atribuir culpa a indivíduos frente a desenvolvimentos sociais defeituosos pelos quais nenhum ser humano poderia ser individualmente responsabilizado; em segundo lugar, por exagerar na utilização do Direito Penal como meio de controle social, sem limitação do clássico grupo de bens jurídicos individuais e, por fim, por decorrência da renúncia aos bens jurídicos individuais, ativaría uma antecipação de punibilidade não tolerável em uma sociedade liberal.

Figueiredo Dias concorda que os bens jurídicos coletivos têm por escopo final o homem. Coisa diferente, para ele, seria a intenção de Frankfurt, ao pretender que dentre os bens supra-individuais somente poderiam ser elevados a bens jurídicos aqueles cuja tutela seria reportável à proteção de bens individuais, possuindo, por força de conclusão, referência pessoal.⁸⁶ No entanto, assevera Figueiredo Dias cuidar-se de bem jurídico penal à medida que é função exclusiva do direito penal a tutela subsidiária de bens jurídicos.

Hassemer chama de Direito Penal Clássico aquele que teria se desenvolvido com a morte do Direito Natural, como consequência da filosofia idealista alemã e sob

⁸² PRITTWITZ, Cornelius. op. cit., p. 255-260. Sustentando também a ineficácia do Direito Penal como meio idôneo ao combate dos novos riscos, cf. BUERGO, Blanca Mendoza. *El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo*. Madrid: Civitas, 2001.

⁸³ Id. Ibid., p. 308.

⁸⁴ HASSEMER, Winfried. op. cit., p. 182.

⁸⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit., p. 130-131.

⁸⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. 1, p. 134.

a base do contrato social na filosofia política da Ilustração. Esta contraposição entre Direito Natural e Ilustração resulta pouco evidente para Schünemann, que aponta outras imperfeições da tese de Frankfurt.

A presença do indivíduo como construção histórica, é marcante para Frankfurt. Nas palavras de Lüderssen, a fundamentação do bem jurídico reside nas “evoluciones históricas tenidas por relevantes, cuya percepción adquiere la forma de autocomprensión humana, autocomprensión que garantiza intersubjetividad”.⁸⁷

Assim, Peter-Alexis Albrecht associa Direito Penal Clássico à Ilustração e diz que este é o momento da chegada da Teoria absoluta da pena. Schünemann, por outro lado, sustenta que na realidade a Teoria da Pena da Ilustração consistia em mescla de prevenção geral e especial, contra a qual se dirigia Kant na Metafísica dos Costumes.

Hassemer e discípulos deduzem teoria do bem jurídico puramente individualista que denominam pessoal. Segundo eles, o Direito Penal moderno se caracteriza pela contínua criação de novos tipos penais destinados à proteção de bens jurídicos universais definidos de modo vago, sendo degradado, desta maneira, a categoria de instrumento habitual (apesar de carregado de déficits crônicos de execução) para a assunção política interna de um futuro incerto. Seria necessário eliminar a crise produzida por esta expansão incontrolada e a sobrecarga do Direito Penal nuclear no sentido de uma Teoria Pessoal do bem jurídico.

Esta Teoria Pessoal do bem jurídico postula que deve-se reconhecer como bem jurídico um interesse humano necessitado de proteção jurídico-penal, de modo a passar a um primeiro plano bens jurídicos individuais; a proteção de bens jurídicos universais remanescentes se levaria a cabo somente em interesse imediato dos indivíduos afetados, pelo que estes bens deveriam acomodar-se à função de proteção dos indivíduos. Assim, a maioria dos tipos do Direito Penal do Meio-Ambiente deveria ser eliminada do Código Penal, sendo transformados em injustos administrativos – postura tomada também pelos discípulos Herzog y Hohmann, que postulam a inidoneidade do Direito Penal do Meio-Ambiente vigente e seu grande distanciamento dos delitos contra a vida e a integridade física.

A Teoria monista-individualista do bem jurídico constitui o contraponto mais destacado às tendências legislativas modernas, que praticamente estabeleceram o delito de perigo abstrato como instrumento *standard* para a proteção de bens jurídicos universais.

⁸⁷ LÜDERSEN, Klaus. El derecho penal entre el funcionalismo y el pensamiento vinculado a los principios “europeus tradicionales”. O adiós al derecho penal “Europeo tradicional”? In: *Cuadernos Doctrina y Jurisprudencia Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, s.d. p. 81.

A concepção de contrato de Hassemer seria, para Schünemann,⁸⁸ muito estreita, pois:

I) ao contrário do que diz, não se pode restringir a participação no contrato social aos indivíduos que vivem em determinado momento, pois a cada morte e nascimento haveria um novo contrato social e poder-se-ia legitimar genocídio e escravidão dos povos que vivam fora das fronteiras do Estado ou mesmo das gerações futuras;

II) o contrato somente pode ser concebido se tiver como parte toda a Humanidade, incluindo as gerações futuras. É a sobrevivência da espécie humana o que constitui valor supremo, valor este que desde o ponto de vista das pessoas que vivem no momento atual não é individual, mas sim universal;

III) existiria um direito de todas as gerações a uma parte relativamente igual de recursos naturais e a vida deve poder desenvolver-se em condições favoráveis no bem jurídico meio ambiente; o conceito pessoal de bem jurídico não tem em conta as dimensões das distintas potencialidades de lesão de uma determinada sociedade em função de seu estado de desenvolvimento tecnológico.

4.2.2. Direito Penal Mínimo

Assemelhando-se aos pressupostos de Frankfurt no que tange à negação da tutela dos bens jurídicos coletivos, estão os teóricos do chamado Direito Penal Mínimo, cujos principais representantes são Alessandro Baratta e Luigi Ferrajoli.⁸⁹

A teoria de Baratta, partindo do correto pressuposto de que o Direito Penal seria uma violência institucional a serviço de grupos de poder, selecionando os setores frágeis da população para o aparato penal, principalmente o cárcere, chega a conclusão de que os bens jurídicos coletivos não deveriam estar sob a tutela do Direito Penal.

De fato, os direitos individuais ligados às normas penais (como reserva de legalidade, taxatividade e irretroatividade da lei penal), bem como aqueles ligados à política criminal (subsidiariedade, proporcionalidade, efetividade e responsabilidade pessoal) são válidos quando se cuida dos indivíduos hipossuficientes em relação aos aparatos estatais de repressão, principalmente os fragilizados socialmente escolhidos pelo aparato penal.

No entanto, a crítica feita a Baratta refere-se ao fato de querer manter tais pressupostos quando se cuida de entes coletivos cujo poder atual é em muito superior aos poderes dos Estados-nação.⁹⁰ Em que pese a filiação de Baratta à Criminologia Crítica, de

⁸⁸ SCHÜNEMANN, Bernd *Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft. Goldammer's Archiv für Strafrecht*, n. 5, p. 201-229, 1995. p. 210-217.

⁸⁹ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. *Diritto penale 'minimo' e nuove forme di criminalità. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 3, p. 802-820, lugl./sett., 1999. p. 809-810.

⁹⁰ Cf. CHRISTIE, Nils. *Una sensata cantidad de delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005. p. 127-128. Os

raízes profundamente marxistas, neste ponto o autor parece ter seguido a linha conservadora frankfurtiana. Apontando este paradoxo do autor, Marinucci e Dolcini,⁹¹ afirmam que embora tenha concebido sua tese com base na denúncia da seletividade da justiça penal, voltada quase exclusivamente aos grupos sociais mais frágeis da população, a despeito das violações mais graves partirem dos grupos de poder dominantes de organismos estatais ou privados, legais ou ilegais, Baratta não defende o que seria de se esperar, ou seja, ou a abolição completa do Direito Penal ou a intensificação do controle penal sobre as classes dominantes.⁹²

Ferrajoli, na mesma linha, desenvolve sua teoria com base nos princípios iluministas do Direito Penal Liberal. Rivaliza com os abolicionistas por julgar indispensável o recurso à pena. Todavia, sustenta que para os novos crimes as penas de interdição de direitos seriam “più adeguata ed efficaci di una genérica pena restrittiva della libertà personale”.⁹³

Assim, aproximando-se da concepção individualista frankfurtiana, Ferrajoli conclui que o Direito Penal somente deveria ter como bem-jurídicos “quelli la cui lesione si concreta in un’offesa in danno di altre persone in carne ed ossa”.⁹⁴

Curioso notar, no entanto, que no plano internacional Ferrajoli demonstra preocupação com a criminalidade “dei potere”, chamando a atenção para a necessidade de criação de uma esfera pública mundial para o combate dos crimes da globalização.⁹⁵

Por outro lado, Ferrajoli, Baratta e a Escola de Frankfurt (esta com seu Direito de Intervenção), ressaltam a importância de se sancionar administrativamente os novos delitos contra a economia, o ambiente, evasão fiscal, tráfico de drogas e armas. Com

defensores do Direito Penal Mínimo, conquanto tidos por progressistas e democráticos, em verdade terminam por legitimar um discurso que termina com o controle e punição da pobreza, mantendo as classes poderosas impunes. Estes teóricos podem se qualificados como o “centro” do Direito Penal, por serem abolicionistas moderados.

O abolicionismo é termo herdado pela criminologia das lutas contra a escravidão. Assim como nestas lutas havia aqueles que queriam abolir por completo a escravidão, mas também aqueles que desejavam tão-somente contê-la, no Direito Penal os minimalistas representam este último grupo, moderado.

Cf., ainda, acerca do abolicionismo, RUGGIERO, Vincenzo. *Delitos de los débiles y de los poderosos*. Ejercicios de anticriminologia. Buenos Aires: Ad Hoc, 2005. p. 18-27.

⁹¹ Criticando o pensamento de Marinucci e Dolcini, cf. FRANCO, Alberto Silva. Globalização e criminalidade dos poderosos. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, n. 10, p. 183-228, 2000. p. 219. Para ele, parafrazeando Marx, com o fenômeno expansivo do Direito Penal, este converter-se-ia “num médico, que, no leito de enfermo do capitalismo global tardio, sem diagnóstico, trata inutilmente de curar os sintomas com meios cada vez mais severos”.

⁹² DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. op. cit., p. 816.

⁹³ FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Teoria deigarantismopenale. Roma: Laterza, 1996. p. 417.

⁹⁴ Id. *Ibid.*, p. 481. Aqui, defende o autor que para os para os novos fenômenos criminológicos, consubstanciados nos delitos associativos, não deveria intervir o Direito Penal, porquanto bastaria a punição individual do delito-fim.

⁹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Criminalità e globalizzazione*. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 42, p. 79-91, 2003. p. 87.

efeito, nesta linha conservadora, a sanção experimentalista grande redução, ao passo que as garantias do Direito Penal Liberal (princípio da legalidade, irretroatividade, culpabilidade) permaneceriam os mesmos.

Para Marinucci e Dolcini, o Direito Penal Mínimo serve hoje, em verdade, com “la parola d’ordine ‘meno intervento punitivo dello Stato’”, à impunidade “delia ‘gente perbene’, dei ‘delinquenti in guanti gialli’, o, come si. usa dire da sessanfanni a questa parte, sulla ‘criminalità dei colletti bianchi’”.⁹⁶

4.2.3. Funcionalismo

Na perspectiva funcionalista, o ponto de partida da culpabilidade e da responsabilidade do ente coletivo é a finalidade da pena, não sendo possível, pois, trabalhar com conceito unicamente voltado ao indivíduo – afinal, a “Sociedade de Risco” é pautada precipuamente por ações coletivas.⁹⁷

Esta perspectiva assume duas correntes no Direito Penal: uma baseada na prevenção especial⁹⁸ (Claus Roxin); e outra baseada na idéia de prevenção geral positiva (Günther Jakobs). Assim, a primeira corrente, por ter como base a idéia de ressocialização, essencialmente individual, não permite cogitar de mudança na responsabilização coletiva. No que tange ao funcionalismo de Jakobs, porquanto sua teoria de ação e culpabilidade seja voltada aos diferentes papéis que os sujeitos das normas assumem em relação a elas, permitiria cogitar da responsabilização coletiva, dependendo da idéia de sujeito que se adote (de modo que o indivíduo não seria o único sujeito de Direito Penal). Ser sujeito seria exercer um papel descrito pela norma (portanto sendo reconhecido como pessoa), dentro do âmbito por ela determinado (competência). Este papel exercido pelo sujeito não corresponde a sua expressão subjetiva real, sendo, antes, a criação normativa.

Para Jakobs, o Direito Penal seria sistema de comunicação cuja função seria confirmar a identidade normativa, a constituição e a sociedade.⁹⁹ O delito é, então, uma afirmação defeituosa em contradição com a norma, sendo a pena a resposta que confirmaria a vigência desta norma. O conflito penal, assim, não é um conflito sobre bens, mas um conflito simbólico, envolvendo signos, significantes e significados.¹⁰⁰

⁹⁶ DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Diritto penale ‘minimo’ e nuove forme di criminalità. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 3, p. 802-820, lugl./sett., 1999. p. 814-815.

⁹⁷ BACIGALUPO, Silvina. op. cit., p. 25.

⁹⁸ A prevenção especial tem por fundamento a ressocialização do indivíduo, ao passo que a prevenção geral está ligada ao cumprimento da norma.

⁹⁹ JAKOBS, Günther. op. cit., p. 19.

¹⁰⁰ GARCÍA AMADO, Juan Antonio. Dogmática penal sistêmica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoria penal. *Revista Doxa*, n. 23, p. 233-264, 2000. p. 237.

Neste sentido, o indivíduo não seria o único sujeito possível em Direito Penal, podendo também o ente coletivo, por meio da competência atribuída normativamente, sê-lo.

A posição de Jakobs, denominada mono-normativista, tem sido objeto de infinitas críticas. Pondera Figueiredo Dias que os que defendem a funcionalização às exigências da sociedade de risco têm em vista 1) a alteração da produção legislativa em matéria penal, retirando do Parlamento a competência exclusiva neste domínio, atribuindo-a também ao Executivo; 2) a antecipação da tutela penal para estágios prévios da lesão de interesses socialmente relevantes, correndo o risco de perder o nexo causal entre a norma de proibição, a conduta proibida e o bem jurídico; 3) e o abandono de princípios dogmáticos básicos.¹⁰¹

Sob a perspectiva teórica não está em oposição aos membros da Escola de Frankfurt, já que o Direito Penal da Ilustração reconstruiu o Direito Penal como meio para evitar danos sociais, colocando-o deste modo sob base funcionalista. Também os princípios da Escola de Frankfurt são tratados de modo funcionalista ao sustentar que é a liberdade do indivíduo ou sua proteção que têm de ser garantidos como meios do Direito, isto é, sua função.

A determinação dos fins do Direito Penal obriga a ciência jurídico-penal, em seu ponto de partida, a um pensamento funcional. A Escola de Frankfurt limita esta funcionalidade a necessidades de proteção de indivíduos concretos, estabelecendo barreiras aos contextos funcionais coletivos (funcionalismo individualista). O funcionalismo somente coletivista teria como pressuposto, para Schünemann, uma limitação radical das funções coletivas, digna de ordenamentos jurídicos de Estados totalitários.

Caso se queira buscar um contra-ponto forçado, no entanto, encontrar-se-á da seguinte maneira: para o individualismo o importante é a proteção de indivíduos concretos e, assim, habitualmente seus conceitos se referem diretamente à realidade, têm núcleo significativo coincidente em grande medida com o significado natural das palavras. Assim, estes conceitos opõem resistência a interpretação teleológica orientada para o fim da norma; tampouco são de fácil integração com a funcionalidade do conjunto. Disto deriva a resistência da Escola de Frankfurt ao assim chamado Direito Penal moderno. Pensando desta forma o pólo oposto da Escola seria o funcionalismo normativista de Jakobs.

¹⁰¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. 1, p. 133. Jakobs sofre inúmeras críticas por teorizar um “Direito Penal do Inimigo”. Em seu livro *Derecho Penal dei enemigo*, Madrid, Civitas, 2003, Jakobs sustenta quem pratica comunicação oposta à determinada normativamente, quebra o pacto anteriormente estabelecido entre as pessoas, devendo sua conduta ser repelida para tutelar a segurança. Este indivíduo seria perigoso, devendo ser tratado como inimigo. Ainda, na crítica à Jakobs, cf. PRITTWITZ, Cornélius. op. cit., p. 31-45.

Jakobs proclamou a dogmática ontologizante de Welzel como pecado original. Desde então, depura sem descanso os conceitos básicos do Direito Penal de todo componente descritivo, isto é, referido à realidade.

Seu primeiro trabalho dirigiu-se contra o conceito de culpabilidade, entendida tradicionalmente como poder de atuar de outro modo. Para ele a culpa deveria obter seu conteúdo somente com o fim de prevenção geral.

Considera errada delimitação entre dolo e culpa em virtude de critério descritivo psicológico da consciência. Assim, para Jakobs, não se pode limitar o conceito de autor a um indivíduo que atua no âmbito social, mas sim defini-lo como sujeito de normas de imputação, aplicando-se, pois, também às pessoas jurídicas. Não só as denominações, mas também as formas dogmáticas para ação e culpabilidade são idênticas nas pessoas físicas e jurídicas.

Jakobs quer extrair conteúdo conceitual exclusivamente das funções do sistema social em questão. Sua concepção de Direito Penal se adapta a qualquer política criminal e pode assumir sem problema algum qualquer modernização deste Direito.

O método normativista de Jakobs remete à interpretação de conceitos exclusivamente à funcionalidade sistemática em relação com o sistema em cada momento que este seja utilizado como Direito Positivo. Para Schünemann isto possibilita uma série de argumentos circulares, servindo de fachada para tomada de decisões (decisionismo).

Portanto, o método normativo-funcionalista de Jakobs presume que se tem de, necessariamente, preencher o vazio mediante puras decisões, o que implica na abertura de comportas a decisões que tacitamente se tomam isto como pressuposto e transigir.

4.2.3. Velocidades

Para Silva-Sánchez há um processo de expansão em curso no Direito Penal que pode ser percebido pela aparição de novos bens jurídico-penais, flexibilização e relativização de regras de imputação e garantia e pela ampliação dos riscos considerados relevantes jurídico-penalmente.¹⁰²

Critica, assim, aqueles que defendem a reforma técnica dos delitos complexos para submetê-los às regras gerais de concurso de delitos (teóricos denominados no presente trabalho de modernizadores).

Paradoxal é que Silva-Sánchez reconheça de maneira taxativa que o Direito Penal, à medida que os *powerless* adquirem influência política e social, aumenta sua operatividade – antes restrita a estes – agora também contra os *powerful*. O Autor sugere,

¹⁰² SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansion del Derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2001. p. 18.

assim, a mudança da “espada dei Estado contra el desvalido delincuente” para “la espada de la sociedad contra la delincuencia de los poderosos”. Assim, nota o surgimento de novos gestores da moral coletiva, que adquirem relevância, como organizações ecologistas, feministas, de consumidores, vizinhos, pacifistas ou anti-discriminatórias. Para ele, as demandas criminalizadoras destas organizações seriam prejudiciais aos princípios gerais de Direito Penal. Conclui, nesta linha, afirmando que “quienes en su dia repudiaban el Derecho penal como brazo armado de las clases poderosas contra las subalternas ahora reclaman precisamente más Derecho penal contra las clases poderosas”.¹⁰³ Constata, ainda, o déficit de execução da normativa penal no âmbito dos crimes das classes poderosas.

Para explicar sua teoria do direito penal de duas velocidades, Silva-Sánchez estabelece que ante a nova criminalidade haveria duas alternativas: ou se criaria uma setorialização das regras da Parte Geral do Direito Penal (que implicaria na renúncia à teoria uniforme do ilícito penal), ou se assume que também as modalidades clássicas sejam modificadas.

A mais viável, conclui, seria a primeira. Criar-se-iam, deste modo, dois setores ou velocidades no Direito Penal: uma onde seriam mantidas as garantias e regras de imputação clássicas, sendo aplicável aos delitos convencionais; e uma segunda velocidade em que estes critérios seriam flexibilizados, o que teria por consequência a judicialização da questão e a manutenção do significado penal do injusto (com os elementos de estigmatização social e capacidade simbólico-comunicativa próprios do Direito Penal).¹⁰⁴

Segundo Figueiredo esta seria a via intermediária,¹⁰⁵ que postularia uma “periferia” jurídico-penal especificamente dirigida aos grandes e novos riscos, com menor intensidade garantística. Pertenceria ainda formalmente ao Direito Penal, mas seria “aparentada” aos princípios do direito sancionatório de caráter administrativo. Dias aponta que persistiria aqui a contradição de tese de Frankfurt de impedir a aplicação das penas mais graves e de maior eficácia preventiva às condutas de maior potencial de risco para os bens jurídicos mais relevantes.¹⁰⁶

4.3. Modernizadores

A linha que une os modernizadores, em oposição ao discurso de resistência da “dogmática sem consequências”, é a da evolução do Direito Penal, sem renunciar, no

¹⁰³ Id. *Ibid.*, p. 47-48.

¹⁰⁴ SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansion del Derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2001 p. 124-127.

¹⁰⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *op. cit.*, p. 133

¹⁰⁶ Id. *Ibid.*, p. 134.

entanto, aos princípios do Estado de Direito, como faz o funcionalismo no Direito Penal do Inimigo.¹⁰⁷

A ação humana revela-se, nas palavras de Figueiredo Dias, “susceptível de produzir riscos globais ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em tempo ou lugar largamente distanciados da ação que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como conseqüência, pura e simplesmente, a extinção da vida”.¹⁰⁸ Estes novos riscos não podem ser imputados segundo as regras convencionais de culpabilidade e responsabilidade.¹⁰⁹

Para a tutela destes riscos “não está preparado o direito penal, de decidida vertente liberal”.¹¹⁰ Para se adequar à sociedade de risco, a política criminal deveria, para o autor, abandonar a função minimalista de tutela de bens jurídicos, aceitando uma função “promocional e propulsora de valores orientadores da acção humana na vida comunitária”, e a dogmática jurídico-penal, por seu turno, deveria abandonar princípios como o da individualização da responsabilidade penal, considerando de maneira diferente a causalidade, a imputação objetiva, o erro, a culpa e a autoria.

Na concepção de Figueiredo Dias, o pensamento ocidental dos últimos três séculos foi conformado pela razão técnico-instrumental (instrumental calculadora ou atuarial), para a qual teria concorrido o idealismo e o naturalismo, que, “poderosa no domínio dos meios”, revela-se de “penúria extrema na ordem e no reino dos fins humanos”.¹¹¹

O controle das fontes dos novos riscos torna indispensável, em casos mais graves, a sanção penal. As sanções civis e administrativas não seriam bastantes, sendo que recorrer a estas esferas seria “pôr o princípio da subsidiariedade e da *ultima ratio* de pernas para o ar”, vez que subtrai da tutela e da sanção penal “condutas tão gravosas que põem do mesmo passo em causa a vida planetária, a dignidade das pessoas e a solidariedade” com as gerações futuras.

Para Figueiredo Dias o problema reside em saber a possibilidade de conservação dos bens públicos relativos aos fundamentos naturais da vida. A criminalização nesta sede encontraria legitimidade na ordem axiológica constitucional relativa aos direitos sociais, econômicos, culturais e ecológicos. Seria, outrossim, necessária do ponto de vista

¹⁰⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. *Presentación*. p. 13, in MARTÍN, Luis Gracia. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansion del derecho penal y para la crítica dei discurso de resistencia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

¹⁰⁸ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit., p. 127-128.

¹⁰⁹ BECK, Ulrich. op. cit., p. 336. O indivíduo se vê “confronté à ces libertés dangereuses sans qu’il soit à même en raison de la complexité considérable de la société de prendre des décisions incontournables de manière fondée et responsable, c’est-à-dire en mesurant les conséquences possibles”.

¹¹⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. op. cit., p. 128.

¹¹¹ Id. *Ibid.*, p. 129.

da prevenção geral negativa (intimidação), porquanto a punibilidade poderia influenciar o cálculo vantagem/prejuízo no sentido de promover obediência à norma.

Assim, os bens jurídicos coletivos são autênticos bens jurídicos dotados de universalidade, trans-pessoalidade ou supra-individualidade, o que não excluiria a existência de interesses individuais.

Dias reconhece haver certa funcionalização da noção de bem jurídico, o que não inviabilizaria, no entanto, os bens jurídicos coletivos, cuja relevância autônoma proviria da multiplicação indeterminada de interesses de todas as pessoas, ainda que não individualizável em concreto.

Quanto à crítica de que o delito coletivo seria de tal modo indeterminável que não resistiria ao princípio da legalidade, sendo o bem jurídico tornado imperscrutável, por cuidar de condutas socialmente irrelevantes ou insignificantes consideradas na sua singularidade, apenas se tornando danosa quando observadas conjuntamente e com frequência (o que teria levado Stratenwerth a postular a substituição da função de proteção de bens jurídicos pela tutela direta das relações da vida enquanto tais – *Lebenszusammenhänge als solche* –, o que de resto convergiria com a progressiva juridificação das relações sociais enquanto tais), Figueiredo defende que a construção típica dos delitos coletivos deve considerar a distância entre condutas insignificantes quando consideradas singularmente e lesões certas e prováveis ao bem jurídico coletivo, tendo, pois, estes crimes, natureza material análoga à dos crimes de perigo abstrato. Aqui, esclarece que não “tem sentido agitar a objeção de que uma responsabilização por comportamentos aditivos ou cumulativos significaria uma inadmissível responsabilização por fato de outrem. Como igualmente parece dispensável excogitar e acolher estruturas anômalas ou atípicas de imputação da responsabilidade penal”.¹¹²

Figueiredo Dias, assim, reconhece aproximar-se da concepção de Stratenwerth, para quem a tutela da sociedade de risco passaria por um direito penal do comportamento, em que seriam penalizadas e punidas “relações da vida como tais”¹¹³; esclarece não se tratar, todavia, de alternativa ao direito penal do bem jurídico, pois a punição imediata dos comportamentos seria feita e legitimada em nome da tutela dos bens jurídicos coletivos.

5. Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador

As teses clássicas que diferenciavam o Direito Administrativo do Direito Penal vislumbravam, primeiramente, uma lesão eticamente reprovável a bens jurídicos

¹¹² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal*. parte geral. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. 1, p. 141

¹¹³ Id. *Ibid.*, p. 142-143.

nestes, ao passo que naqueles haveria tão-somente desobediência à imposição neutra da administração. Posteriormente, a diferença passa a ser meramente quantitativa: no direito penal o conteúdo do injusto seria maior.¹¹⁴ Silva-Sánchez diz ser ultrapassada a primeira proposta e insuficiente a segunda. Para ele, seria decisivo à definição que se contemplassem os critérios de imputação do injusto, bem como as garantias formais e materiais, que na esfera penal seriam especiais, guardando grande carga comunicativo-simbólica. Importante, ainda, a finalidade de cada Direito: o Penal visaria à proteção de bens concretos, em casos concretos, segundo critérios de lesão ou perigo e imputação individual, enquanto o Administrativo buscaria a gestão de modo geral de setores de atividade, tendo feição genérica. Assim, o Direito Administrativo Sancionador não precisaria, ao sancionar, que a conduta seja relevante ao bem jurídico, prescindindo de análise de lesividade no caso concreto; ainda, não se regeria por critérios de legalidade, senão por critérios de oportunidade: importaria, isto sim, que a conduta representasse perigo ao modelo setorial de gestão.

Silva-Sánchez conclui que os o Direito Administrativo Sancionador é fundamentalmente o Direito dos delitos de acumulação (*Kumulationsdelikte*), sendo positivos para a gestão setorializada, mas inadmissível enquanto critério de imputação penal, por constituir punição “*ex iniuria terti*” (já que não haveria como deduzir elementos de lesão indivíduo-pessoal concreta ao bem jurídico, além de que os grandes riscos seriam problemas sistêmicos que não poderiam ser atribuídos a ações individuais, sendo que o Direito Penal deveria ocupar-se tão-somente dos riscos juridicamente relevantes). Do contrário, em se facultando ao Direito Penal a punição destas infrações acumulativas, estar-se-ia convertendo-o em Direito de gestão ordinária dos problemas sociais.¹¹⁵

A objeção que se faz, no entanto, é de que a acumulação não é elemento hipotético, mas real nestes delitos, devendo o Direito Penal, a fim de preservar o bem

¹¹⁴ BACIGALUPO, Silvina. *La Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Bosch, 1998. p. 236-237. A autora sustenta que, no fundo, a decisão sobre o que se deve ou não sancionar pelo direito penal ou que se configura infração administrativa cabe ao legislador, tendo em vista a importância do interesse que se visa a proteger.

¹¹⁵ SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. op. cit., p. 104-120. Para o autor, o problema não seria a expansão do Direito Penal, mas sim a expansão de uma sanção específica do Direito Penal, a pena privativa de liberdade; pois, do contrário, caso fossem flexibilizadas as garantias, mas com aplicação de sanções pecuniárias ou privativas de direitos “no tendría por qué preocupar, pues no sería sino manifestación dei mismo fenómeno que explica que la dogmática en el *Ordnungswidrigkeitenrecht* (Derecho de las infracciones de orden; Derecho penal administrativo alemán)”, sendo certo que “um sistema jurídico que prescindiera por completo de la sanción – incluso de la pecuniária –, como es lo característico de la responsabilidad civil, puramente reparatório, podría reducir al mínimo las exigências de garantía político-jurídicas”, porém, “tan pronto como el Derecho civil assume elementos punitivos (como ocurre en el *tort law*, con los *punitive damages*) se admite que también este habría de empezar a tener más garantías así como ser más riguroso a la hora de efectuar juicios de imputación”.

jurídico meio-ambiente, por exemplo, contra os grandes riscos, introduzir custos que superem os benefícios da ação individual.

E certo que a maior parte do consumo de recursos da atualidade se produz com base em autorizações administrativas, de modo que o Direito Penal do Meio-Ambiente orientado com base no princípio da acessoriedade administrativa criminaliza de modo predominante supostos de bagatela. Todavia, é preciso trabalhar com perspectiva de Direito Penal ambiental mais eficiente e igualitário, de modo a abarcar a grande escala. Anteriormente trabalhava-se com a doutrina da acessoriedade administrativa, de modo que o Direito Penal teria de respeitar inclusive aquelas autorizações de emissões contaminantes realizadas pela autoridade administrativa que sejam anti-jurídicas; tal fundamentação fazia remissão ao princípio da unidade do ordenamento jurídico, tendo sido dominante por longo tempo. Hoje foi substituída pela teoria do abuso de direito, pouco coerente do ponto de vista dogmático, mas muito eficiente do ponto de vista prático. Segundo ela, o sujeito favorecido não pode invocar em Direito Penal um ato administrativo alcançado por ele através de fraude ou coação. Somente por este caminho o Direito Penal pode voltar a fazer justiça a sua tarefa fundamental de prevenção de danos sociais.

Tiedemann identifica três formas de acessoriedade administrativa: uma mais fraca, em que a autoridade administrativa serve apenas de causa de justificação específica; outra, forte, em que a lesão de deveres jurídico-administrativos constitui elemento da tipicidade objetiva da conduta; e, finalmente, a mais forte, em que a norma penal prescreve a observância de determinada decisão administrativa, de modo que o injusto administrativo é o próprio objeto do tipo.¹¹⁶

No modelo em que há absoluta dependência do Direito Penal em relação ao Administrativo, as sanções criminais são usadas para compelir o ofensor a agir de acordo com as diretivas da administração. Já na hipótese de haver relativa independência da administração, dependências básicas são criadas para que a administração também seja levada em conta. Por último, no modelo baseado na independência absoluta, serviria para incriminar ‘behaviour creating actual serious threats to human life or health, which by no means could be eligible for administrative permits or other interventions’.¹¹⁷

Neste sentido, Marinucci e Dolcini criticam a transferência dos delitos econômicos e administrativos ao direito administrativo sancionador, conforme postulado

¹¹⁶ Cf. TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Lima: IDEMSA, 2000. p. 218. FAURE, Michael; HEINE, Günther. *Environmental criminal law in the European Union: documentation of the main provisions with introductions*. Freiburg i. Br.: Ed. Max-Plank-Inst. für Ausländisches und Internat. Strafrecht, 2000. p. 3-4. Também, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 139-140.

¹¹⁷ ALBRECHT, Hans-Jörg. *The role of administrative agencies and the judiciary in the prevention and suppression of environmental crimes*. Helsinki: MPI, 1992. p. 2-4.

por Frankfurt e os defensores do Direito Penal Mínimo. Para eles, isto seria bagatelizar fatos de danosidade relevante, evitando que as pessoas de colarinho branco sejam punidas e relegando o preço da conduta deles à coletividade.

Conquanto a posição frankfurtiana seja de que o Direito Administrativo, embora tenha punição menos severa, tem flexibilizadas suas garantias, autores como S. Bacigalupo divergem, sustentando que, porquanto ambos os ramos sejam manifestações do Estado, obedientes aos princípios da legalidade, devido processo legal e garantia de defesa, não haveria que se cogitar de que as garantias no processo administrativo sejam menores que no penal.¹¹⁸

A diferença da sanção penal frente ao Direito Civil¹¹⁹ é, primeiro, sua dimensão sancionatória e, segundo, o maior rigor da persecução às infrações, o que lhe confere “dimensão comunicativa superior”. Em relação ao Direito Administrativo, o penal tem maior neutralidade se comparado à forte presença política na administração, e também maior imparcialidade, característica do jurisdicional, tornando mais difícil ao infrator utilizar expedientes de neutralização, como a politização do fato.¹²⁰

Finalmente, ao cogitar da responsabilidade penal da pessoa jurídica, Shecaira sustenta que seria um contra-senso dizer que a pessoa jurídica tem capacidade nas esferas civil e administrativa, mas não na penal.¹²¹ “As respostas administrativa e civil são insuficientes em face da moderna criminalidade, praticada através do poderio das empresas”.¹²²

6. Conclusão

Quando se cogita da responsabilização coletiva na “Sociedade de Risco” há que se ter presente que as características dos conflitos decorrentes deste modelo social

¹¹⁸ BACIGALUPO, Silvina. op. cit., p. 245.

¹¹⁹ BAIGÚN, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000. p. 2-3, cotejando a evolução do Direito Civil e do Direito Penal face aos danos macrosociais modernos e a responsabilidade das pessoas jurídicas, sustenta que aquele ramo do direito, ao tratar de forma diferente os princípios da prevenção e restituição, sem prescindir da culpa, tem superado a evolução do Direito Penal, que ainda não se adequou aos novos tempos. Em outra ocasião, BAIGÚN, David. *El Fraude en la Administración Societaria*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1991. p. VII-XI, o mesmo autor demonstrou a necessidade de integração do Direito Penal com o Direito Civil, Comercial e Administrativo, para combater os novos danos sociais. Postulando a maior proteção das vítimas –individualmente consideradas – pelo Direito Civil e Administrativo, ver STELLA, Federico. *Giustizia e modernità*. La protezione deli'innocente e la tutela delle vittime. Milano: Giuffrè Editore, 2003.

¹²⁰ SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. op. cit., p. 121.

¹²¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 94.

¹²² Id. *Ibid.*, p. 107.

fazem com que sejam protagonistas atores normalmente não incriminados pelo aparato penal – os entes coletivos em situação de poder.

Por isto, não se pode confundir o que já se chamou “clamor social” atendido pelo Estado com o recurso à legislação penal, o que traria solução simbólica e ineficaz, como ocorre com a criminalização da pobreza, via de regra.¹²³

Conforme demonstraram Spector e Kitsuse, quando se cuida de crimes de colarinho branco, não há clamor social pela punição dos infratores;¹²⁴ pelo contrário, há todo um processo para que os ditos *illégalismes privileges* sejam descaracterizados enquanto crimes e tidos, isto sim, como infrações administrativas ou imperativos da modernização, como mostrou Acosta.¹²⁵

Os capítulos II e III cuidam da tensão social proposta ao início do trabalho. Assim, busca pensar a nova dinâmica dos entes coletivos tendo em vista as mudanças trazidas pela “Sociedade de Risco”.

Por outro lado, os capítulos IV e V, trabalhando com a tensão teórica, indicam as principais vertentes que se ocupam das respostas aos desafios postos pela complexidade social.

São Paulo, maio de 2008.

Referências

ACOSTA, Fernando; PIRES, Alvaro Pena. Constructivisme versus realisme. Quelques reflexions sur les notions de crime, deviance et situations problématiques. In: CARTUYVELS, Yves, DIGNEFFE, Françoise, PIRES, Álvaro, ROBERT, Philippe (Orgs.). *Politique, police et justice au bord du futur*. L’Harmattan: Paris-Montréal, 1997. p. 21-44.

ALBRECHT, Hans-Jörg. Investigaciones sobre criminalidad económica en Europa: conceptos y comprobaciones empíricas. In: *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminologia*. Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000. p. 278-279.

ALBRECHT, Peter-Alexis. *The forgotten freedom*. September 11th as a Challenge for European Legal-Principies. Berlin: Berliner Wissenschafts Verlag, 2003.

BACIGALUPO, Silvina. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Barcelona: Bosch, 1998.

¹²³ Em sentido oposto, SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansion del Derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2001. p. 19.

¹²⁴ SPECTOR, Malcolm; KITSUSE, John. *Constructing social problems*. Menlo Park, Calif, Cummings Publishing Company, 1977. p. 4-5.

¹²⁵ ACOSTA, Fernando; PIRES, Álvaro Pena. op. cit., p. 40.

- BARATTA, Alessandro, WAGNER, H. Débat: société du risque et contrôle social. Risque, sécurité et démocratie. *Déviance et Société*, v. 18, n. 3, p. 331-332, 1994.
- BECK, Ulrich. *La Sociedad del riesgo*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002.
- CHRISTIE, Nils. *Una sensata cantidad de delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *O direito penal na sociedade de risco*. Temas Básicos da Doutrina Penal. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 155-185.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. t. 1.
- DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Diritto penale 'minimo' e nuove forme di criminalità. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, n. 3, p. 802-820, lugl./sett. 1999.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FAURE, Michael; HEINE, Günther. *Environmental criminal law in the European Union: documentation of the main provisions with introductions*. Freiburg i. Br.: Ed. Max-Planck-Inst, für Ausländisches und Internat Strafrecht, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale. Roma: Laterza, 1996.
- GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. *Revista Novos Estudos*, São Paulo, n. 63, p. 105-118, jul. 2002.
- HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 1999.
- JAKOBS, Günther. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.
- LADEUR, Karl-Heinz. *Superamento della complessità attraverso la capacità di apprendimento del diritto*. L'adeguamento del diritto alle condizioni del Postmoderno. Una critica alla teoria giuridica del discorso di Jürgen Habermas. Firenze: s.c.p., s.d. p. 480-511.
- LUHMANN, Niklas. *Risk: a sociological theory*. New York: Aldine de Gruyter, 1993.
- MARTIN, Adán Nieto. *Fraudes comunitários*. Derecho penal económico europeo. Barcelona: Editorial Práxis, 1996.
- PRITTWITZ, Cornelius. *Strafrecht und Risiko – Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1993.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Kritische Anmerkungen zur geistigen Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft. *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, n. 5, p. 201-229, 1995.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 2001.

SUTHERLAND, Edwin. *White-collar crime*. New Haven: Yale University Press, 1948.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Lima: IDEMSA, 2000.

