

1. DOUTRINA INTERNACIONAL

1.2

O DIREITO PENAL ENTRE A “SOCIEDADE INDUSTRIAL” E A “SOCIEDADE DO RISCO”*

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

Resumo: Para fazer face à sociedade do risco, deve o Direito Penal renunciar ou modificar o paradigma atual? O novo século e o novo milénio devem assistir à persistência da função do direito penal de exclusiva tutela subsidiária de bens jurídico-penais, tanto individuais e pessoais como sociais e transpessoais? Ou deve o Direito Penal instrumentalizar-se como forma de governo, de propulsão e promoção de finalidades de política criminal ou de tutela de ordenamentos morais? Essas são as questões básicas tratadas, concluindo-se no sentido de que “a dogmática penal deve evoluir, fornecendo ao aplicador critérios e instrumentos que não podem ser decerto os dos séculos passados como formas adequadas de resolver os problemas do século XXI, mas sem por isso ceder à tentação de ‘dogmáticas alternativas’ que podem, a todo momento, volver-se em ‘alternativas à dogmáticas’, incompatíveis com a regra do Estado de direito e, como tal, democraticamente ilegítimas”.

Palavras-chave: Sociedade do risco – Função do Direito Penal – Paradigmas.

O doutor Rogério Soares escreveu, vão lá três décadas, um livro notabilíssimo no conspecto do pensamento juspublicista mundial – se bem que o reconhecê-lo possa custar à sua modéstia intelectual e ao seu impenitente (mas benfazejo) relativismo perante “as coisas” do Direito.¹ Desse estudo disse Aníbal Almeida, em justa apreciação, “que, a ter tido a fortuna de ser escrito em inglês e lançado lá fora, seria hoje, seguramente, um ‘clássico moderno’ sobre as vicissitudes do ‘espírito público’ nas actuais *sociedades técnicas* com a complexidade própria da nossa *aldeia global* delineada por Marshall McLuhan, ao mesmo título que o são as obras conhecidas de Jürgen Habermas ou de Norberto Bobbio...”.² Nele se leva a cabo uma síntese do estado do direito público na transição da sociedade liberal “clássica” para a sociedade técnica de massas, caldeada pela certa premonição dos problemas fulcrais que a sociedade industrial avançada teria de defrontar e resolver um dia para manutenção e

(*) O presente texto foi originariamente escrito como contributo para o livro de homenagem ao Prof. Dr. Rogério Guilherme Erhardt Soares, em vias de publicação pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

(1) Rogério Soares. *Direito público e sociedade técnica*. Coimbra : Atlântida, 1969.

(2) Aníbal Almeida. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra (=BFD)*, 1993, p. 761.

reforço do ideal democrático. Até ao ponto de se poder asseverar que nas páginas de *Direito público e sociedade técnica* – ou sob elas – se contém já, claramente presente, o *paradigma juspublicista* próprio da sociedade industrial acabada do fim do século XX.

Esta convicção dá-me ensejo para tomar uma tal síntese como pressuposto das considerações que em seguida bordarei sobre o *paradigma penal* neste dobrar do século e sobre as suas esperanças de poder subsistir nos tempos que se avizinham ou em que já está imerso. Deixarei implícito o aludido paradigma juspublicista, na certeza de que por todos será reconhecido que ele se interpenetra estreitamente com o paradigma penal e, em muitos pontos essenciais, constitui mesmo o seu suposto subjacente; e que, assim, aquele continuará presente nos momentos essenciais das considerações posteriores. Que elas, na sua singeleza, possam ser gratas ao nobre espírito de Rogério Soares, para quem foram pensadas desde o primeiro instante³ e a quem as dedico com a amizade e a admiração da primeira hora, acompanhadas do sinceríssimo voto *ad multos et bonos*.

I. A reforma do Código Penal português de 1982, que teve lugar em 1995, introduziu no articulado um novo preceito – aquele que reputo o mais importante de todo o diploma, o do novo art. 40.º – subordinado à epígrafe “Finalidades das penas e das medidas de segurança” e que reza assim: “1 – A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade. 2 – Em caso algum a pena pode ultrapassar a medida da culpa. 3 – A medida de segurança só pode ser aplicada se for proporcionada à gravidade do ilícito e à perigosidade do agente”.

Este preceito culmina, em minha opinião, toda uma evolução político-criminal e dogmática, cujo primeiro esboço sistemático talvez possa ancorar-se na publicação na Alemanha, em 1966, da Parte Geral do Projecto Alternativo de um Código Penal;⁴ mas, mais do que isso, ele consubstancia, de forma exacta, o *paradigma penal* das sociedades democráticas industriais do fim do séc. XX. Um paradigma cujas raízes mais longínquas devem procurar-se no pensamento filosófico ocidental moderno a partir do séc. XVII e se exprimem por excelência no racionalismo cartesiano; na doutrina jurídico-política do individualismo liberal cunhada pelos pensadores europeus coevos, sobretudo ingleses e franceses, e que teve na Revolução Francesa a sua máxima realização política e social; e na mundividência antropocêntrica e humanista que, por entre teses e

(3) Se bem que uma versão preparatória deste escrito tenha servido à minha intervenção no Colóquio organizado pela Universidade Lusfada por ocasião do doutoramento *honoris causa* de Claus Roxin (mar., 2000) e posteriormente a uma conferência que proferi no Brasil, em Recife, no I Congresso das Américas de Ciências Criminais, que teve como tema central “As ciências criminais e a realidade social do terceiro milénio” (maio, 2000).

(4) *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil*, Tübingen : Mohr, 1996.

antíteses aparentemente irreductíveis, haveria de se impor no nosso século e conduzir o movimento formidável a favor dos direitos humanos e da sua afirmação em todos os tempos, lugares e condições. Um paradigma, por outro lado, que no âmbito jurídico-penal deve reivindicar-se da sua filiação no movimento do Iluminismo Penal e em muitas das suas teses centrais, em particular as da função *exclusivamente protectiva* do direito penal no sistema social, da natureza puramente *secular* deste direito, da *intervenção mínima* e da sua *necessidade*.

Um tal paradigma – de que o notabilíssimo *Tratado de direito penal* de Claus Roxin oferece agora o mais qualificado testemunho político-criminal e dogmático⁵ – corresponde, nas teses essenciais que o perpassam e lhe dão fundamento, àquilo que eu mesmo venho, modestamente, pensando e ensinando ao longo das últimas três décadas.⁶ Se quiser desimplicar um tal paradigma – embora quanto em seguida afirme só a mim me vincule e não necessariamente ao pensamento de Roxin –, talvez que me atreva a fazê-lo por meio das seguintes teses:

1.ª tese: Na inter-relação das três disciplinas que conformam a “ciência conjunta do direito penal” – correspondente a um entendimento renovado da *gesamte Strafrechtswissenschaft* de que há um século falou v. Liszt –, o primeiro e indisputável lugar deve ser concedido à *política criminal*. Por duas razões principais: porque é à política criminal que pertence hoje definir o *se* e o *como* da punibilidade, isto é, nesta acepção, os seus *limites*; e porque (de algum modo, conseqüentemente) os conceitos básicos da doutrina do facto punível, muito para além de serem “penetrados” ou “influenciados” por considerações político-criminais, devem pura e simplesmente – e foi mérito indeclinável de Roxin tê-lo posto em evidência⁷ – ser *determinados* e *cunhados* a partir de proposições político-criminais e da função que por estas lhes é assinalada no sistema.

2.ª tese – Função do direito penal é, *exclusivamente*, a *protecção subsidiária de bens jurídicos*, tal como Roxin a vem definindo há longo tempo.⁸ Apenas acrescentarei que se não trata da tutela de *quaisquer* bens jurídicos, mas só de bens jurídico-penais, entendendo por tais os bens jurídicos fundamentais à vida comunitária e ao livre desenvolvimento da pessoa e que, por isso mesmo, hão-de encontrar refracção no texto e na intencionalidade da Constituição, em

(5) C. Roxin. *Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, München: Beck,³ 1997, sobretudo § 2. Há tradução espanhola da 2.ª ed. por Luzón Peña, Díaz e García Conlledo e De Vicente Remesal, Madrid : Civitas, 1977.

(6) Já em “A reforma do direito penal português. Princípios e orientações fundamentais”. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* XLVIII, 1972, p. 117 *et seq.* e, por último, em *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*. São Paulo : RT, 1999, Capítulos 1, 2 e 3.

(7) C. Roxin. *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*,² 1973. Há tradução espanhola da 1.ª ed. alemã (1970) por F. Muñoz Conde, Barcelona : Bosch, 1972.

(8) C. Roxin, como na nota 5, § 2.

matéria seja de direitos individuais, seja de direitos sociais, seja de organização política e económica.⁹

3.^a tese – A aplicação de penas e de medidas de segurança é comandada *exclusivamente* por finalidades de prevenção, nomeadamente de *prevenção geral positiva* ou de *integração* e de *prevenção especial positiva* ou de *socialização*; a culpa, segundo a função que lhe é político-criminalmente determinada, constitui somente condição necessária de aplicação da pena e limite inultrapassável da sua medida. Enfatizarei, neste contexto, somente dois pontos que não encontram paralelo na doutrina roxiniana. É um o de que, dentro do limite máximo permitido pela culpa, a pena deve ser determinada – como desde há muito defendo¹⁰ e em data recente, de forma pormenorizada e concludente, demonstrou Anabela Rodrigues¹¹ – no interior de uma “moldura de prevenção geral positiva”, cujo limite superior é oferecido pelo ponto óptimo de tutela dos bens jurídicos e cujo limite inferior é constituído pelas exigências mínimas de defesa do ordenamento jurídico; dentro desta moldura de prevenção geral positiva a medida da pena será encontrada em função de exigências de prevenção especial, *maxime*, de socialização. O outro ponto – que pode soar estranhamente aos ouvidos de quem desconheça o sistema legislativo português, mas que, no contexto internacional, já hoje encontra suporte em jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem¹² – é o de que considerações de prevenção *geral* positiva, nomeadamente sob a forma de manutenção da tranquilidade social e de tutela da confiança comunitária nas normas, podem desempenhar papel essencial também no domínio da aplicação das *medidas de segurança*, nomeadamente das privativas da liberdade.

Nestas três teses político-criminais se consubstancia essencialmente, em meu modo de ver as coisas, o paradigma penal que nos acompanha neste fim de século. Mas no momento que passa é natural – e salutar – que perguntemos: estará ele destinado a acompanhar-nos no século e no milénio que se avizinham? Ou haverá já no horizonte sinais da necessidade de uma nova *revolutio* nas concepções básicas, nomeadamente no que toca ao modo de produção da legislação penal, à função deste ramo de direito no sistema social e às finalidades a assinalar à aplicação dos seus instrumentos naturais, as penas e as medidas

(9) J. de Figueiredo Dias, como na nota 6, 1999, p. 65 *et seq.*

(10) J. de Figueiredo Dias. *Direito penal português. As consequências jurídicas do crime*. Lisboa : Editorial Notícias, 1993, § 301 *et seq.*

(11) Anabela Rodrigues. *A determinação da medida da pena privativa de liberdade*, Coimbra : Coimbra Editora, 1993.

(12) Cf. “Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, caso Silva Rocha c. Portugal. Decisão de 15 de novembro de 1996”, com “Anotação” de A. Henriques Gaspar e de Maria João Antunes, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (=RPCC)* 7, 1997, p. 131.

de segurança? E, conseqüentemente, sinais de uma “nova” política criminal” e de uma “nova dogmática jurídico-penal?

II. As perguntas que acabei de formular põem hoje qualquer estudioso perante o *topos* que, na esteira do sociólogo Ulrich Beck, se tornou conhecido como o da “sociedade do risco”.¹³ Não posso aqui discutir a questão (aliás interessante e, julgo, particularmente significativa para filósofos e juspublicistas) de saber se este *topos* se não inclui na problemática mais vasta da *pós-modernidade*, quando não mesmo com ela se confunde.¹⁴ Como tão-pouco poderei analisar o problema de saber se e como o fenómeno da *globalização*¹⁵ se correlaciona e interage com a sociedade do risco. Seja como for quanto a estes pontos, parece-me hoje indiscutível que a ideia da sociedade do risco suscita ao direito penal problemas novos e incontornáveis.¹⁶ Não cometerei a injúria de expor, sequer em breves palavras, o conteúdo essencial das ideias que presidem ao tópico da “sociedade do risco”. Direi apenas que, nas suas implicações com a matéria penal, ele quer pôr em evidência uma transformação radical da sociedade em que já vivemos, mas que seguramente se acentuará exponencialmente no futuro próximo. Uma tal ideia anuncia o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para a existência, individual e comunitária, ou provinham de acontecimentos naturais (para tutela dos quais o direito penal é absolutamente incompetente) ou derivavam de acções humanas próximas e definidas, para contenção das quais era bastante a tutela dispensada a clássicos bens jurídicos como a vida, o corpo, a saúde, a propriedade, o património...; para contenção das quais, numa palavra, era bastante o catálogo puramente

(13) U. Beck. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt : Suhrkamp, 1986. Há tradução espanhola de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás, Barcelona : Paidós, 1998.

(14) Sobre a experiência da modernidade como contributo para uma cultura pós-moderna v. B. de Sousa Santos. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. Porto : Afrontamento, 2000.

(15) Também ele tratado monograficamente por U. Beck. *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung*. Frankfurt : Suhrkamp, 1997. Há tradução espanhola de Bernardo Moreno e Maria Rosa Borrás, Barcelona : Paidós, 1998. Sobre o tema, nas suas relações com a criminalidade dos poderosos, cf. a excelente conferência de A. Silva Franco. “Globalização e criminalidade dos poderosos”, *RPCC* 10, 2000, p. 183 e J. Faria Costa. “O fenómeno da globalização e o direito penal económico”, neste mesmo livro.

(16) Diversamente do que afirmei em escritos anteriores, p. ex. em “Oportunidade e sentido da revisão do Código Penal português”, do Centro de Estudos Judiciários (Org.), *Jornadas de direito criminal. A revisão do Código Penal*, I, 1996, p. 30 *et seq.* e como na nota 6, 1999, p. 71 *et seq.* Criticou-me a este propósito, com razão, A. Silva Dias, *Protecção jurídico-penal dos interesses dos consumidores*. Coimbra : Faculdade de Direito, policopiado, 1999, p. 12, nota 22. Uma 2.^a ed. deste estudo (2000), onde o autor leva já em conta a versão deste artigo que utilizei no

individualista dos bens jurídicos penalmente tutelados¹⁷ e, assim, o paradigma de um direito penal liberal e antropocêntrico. Aquela ideia anuncia o fim desta sociedade e a sua substituição por uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a acção humana, as mais das vezes anónima, se revela susceptível de produzir riscos também eles *globais* ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em *tempo* e em *lugar* largamente distanciados da acção que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a *extinção da vida*.

Ora, diz-se, para tutela destes “novos” ou “grandes” riscos – afinal, dos riscos que ameaçam as *gerações futuras* e que suscitam ao direito penal, no exacto dizer de Schüller-Springorum a propósito do direito penal do ambiente, problemas de “*mega-dimensões*”) ¹⁸ – não está o direito penal que cultivamos, de decidida vertente liberal, suficientemente preparado.

Não o está – assevera-se –, desde logo, quanto ao *seu modo próprio de produção legislativa*:¹⁹ este não pode mais ser o da tradicional e geralmente aceite competência legislativa reservada dos Parlamentos, conducente a alterações na legislação penal politicamente difíceis, por isso mesmo raras e sofrendo quase sempre de um endémico atraso relativamente a uma transformação social que agora se processa à velocidade de uma comunicação global e instantânea e de um progresso científico e tecnológico acelerado, radical e imprevisível; e, por isso, um modo de produção inadequado a uma criminalidade organizada dominada por “senhores do crime”,²⁰ que ultrapassam já de muito a figuração clássica do *white-collar criminal*²¹ para se aproximarem do cenário catastrófico, imaginado por Ziegler, de “donos” de um crime organizado instalado à escala planetária, como fase última do capitalismo, que põe em sério risco a própria democracia e faz assim recear uma ruptura civilizacional.²²

Colóquio da Universidade Lusíada referido supra, nota 3, chegou ao meu conhecimento quando o presente artigo já estava praticamente concluído; é todavia a esta 2.ª edição que se referirão as citações posteriores.

- (17) Os “monolitos juridicamente corporizados” de que falou Rupp, *Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, 1965, p. 224.
- (18) Schüller-Springorum. *Kriminalpolitik für Menschen*, 1991, p. 236 *et seq.*, 364 *et seq.*
- (19) Sobre esta questão, em postura fortemente crítica, F. Mantovani, “Sobre a exigência perene da recodificação”, *RPCC* 5, 1995, p. 143 e J. de Figueiredo Dias, como na nota 16, p. 17 *et seq.*
- (20) De que na literatura portuguesa falaram com propriedade Cunha Rodrigues. “Os senhores do crime”, *RPCC* 9, 1999, p. 7 e A. Almeida Santos. “Novo mundo, novo crime, nova política criminal”, de próxima publicação na *RPCC*.
- (21) Desenhada pela primeira vez, como é sabido, por E. Sutherland, “White-collar criminality”, *American Sociological Review* 5, 1940.
- (22) Ziegler. *Les seigneurs du crime – Les nouvelles mafias contre la démocratie*, Paris : du Seuil, 1998.

Não está o direito penal, por outra parte – argumenta-se –, preparado para a tutela dos grandes riscos se teimar em ancorar a sua *legitimação substancial* no modelo do “contrato social” rousseauniano,²³ fundamento último de princípios político-criminais até agora tão essenciais como o da função exclusivamente protectora de bens jurídicos, o da secularização, o da intervenção mínima e de *ultima ratio*. Porque se se quiser manter estes princípios, tal significará – assinalou-o Stratenwerth em duas conferências a vários títulos notáveis²⁴ – a confissão resignada de que ao direito penal não pertence nenhum papel na protecção das gerações futuras; como, entre outros e principalmente, os temas dos atentados ao ambiente, da manipulação genética e da desregulação da actividade produtiva se vão encarregando já de mostrar ou de prenunciar. Não uma função minimalista de tutela de bens jurídicos na acepção moderna, constituintes do padrão crítico de legitimação, mas a atribuição sem reбуços, ao direito penal, de uma função promocional e propulsora de valores orientadores da acção humana na vida comunitária – eis a única via que se revelaria adequada aos desafios formidáveis da “sociedade do risco”.

Aqui chegados, só um passo mais se torna necessário para justificar a necessidade de uma *nova dogmática jurídico-penal*. Na verdade, como poderão os “novos” ou “grandes” riscos – que ameaçam grupos indeterminados de pessoas, quando não a generalidade delas ou mesmo a humanidade no seu todo, e têm origem em actuações profundamente diversificadas no espaço e no tempo, ocasionadas no âmbito de uma acentuadíssima repartição de funções, de tarefas e de competências – ser contidos ou obviados por um direito penal que continue a ter na individualização da responsabilidade o seu princípio precípua e cujo objecto de tutela seja constituído por bens jurídicos individuais reais e tangíveis (e portanto “actuais”), quando o problema posto por aqueles riscos é por essência indeterminado no seu agente e na sua vítima? Como poderão manter-se exigências – todavia postuladas por um princípio político-criminal da culpa isento de manobras dogmáticas manipuladoras – como as dos critérios de aferição da causalidade, da imputação objectiva, do dolo e da negligência, do erro e da consciência do ilícito? Como pode continuar a manter-se a ideia – que todavia, uma vez mais, parece implantada mesmo no cerne do princípio da culpa – de que o delito doloso de acção constitui a forma “normal” e paradigmática de aparecimento do crime, quando a contenção dos grandes riscos exige, pelo contrário, uma criminalização expansiva dos delitos de negligência e de omissão? Como poderão finalmente – para não alargar em demasia o rol das dificuldades – manter-se os princípios que presidem à definição da autoria singular, quando, como atrás ficou

(23) Jean-Jacques Rousseau. *Du contrat social ou principes du droit politique*. Paris : Classiques Garnier.

(24) G. Stratenwerth. “Zukunftssicherung durch die Mitteln des Strafrechts?”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (=ZStW)* 105, 1993, p. 679; e *Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft*, Rektoratsrede Basel, 1993.

já assinalado, existirá as mais das vezes uma radical distância temporal e espacial entre a acção e o resultado (trate-se de resultado de dano ou de resultado de perigo) em que se consubstanciam e se exprimem os grandes riscos?

III. Este requisito torna-se muito mais denso e convincente quando se recubra com a veste da transformação radical em curso das convicções filosóficas fundamentais que vêm conformando o pensamento ocidental dos últimos três séculos. Se me atrevesse a indicar a razão que está na base desta transformação, diria que ela se encontra na *crise ecológica* de que tomámos consciência pungente neste ocaso do século XX e que nos obriga a colocar em novos moldes – ou, em todo o caso, em moldes diferentes daqueles que até há pouco tomávamos quase por axiomáticos – toda a questão da relação entre o Homem e a Natureza. Com o que, no fundo, é toda a velha questão da relação entre sujeito e objecto que de novo ressurge em toda a sua problematicidade.

O que em tudo isto existe de essencial – como Stratenwerth, neste preciso contexto, justamente acentuou²⁵ – é nada menos que a inevitabilidade de superação do dogma da *razão técnico-instrumental* ou *razão instrumental calculadora*²⁶ que assim se proclama. Sobre uma tal inevitabilidade se pronunciou agora entre nós Anselmo Borges²⁷ em termos que, na perspectiva aqui interessante, me merecem uma adesão tão completa que não posso nem devo fazer mais do que atrever-me a sintetizar, com a fidelidade que estiver ao meu alcance, o seu pensamento. Tanto mais quanto os caminhos de superação preconizados por Anselmo Borges²⁸ tiveram o efeito de despertar em mim uma ressonância profunda, trazendo-me ao espírito uma linha de pensamento que, na companhia de Baptista Machado, eu próprio havia ensaiado nos finais dos anos 60²⁹ mas que, sem haver de todo abandonado,³⁰ me ficava de algum modo já guardada nos arcanos da memória.

Nota Anselmo Borges como na formação da razão técnico-instrumental concorreram, por paradoxal que possa parecer, o idealismo e o naturalismo, tanto num como no outro cabendo papel decisivo à concepção da objectividade científica como *Gegenstand* e à do sujeito como mera consciência universal,

(25) Como na nota anterior, sobretudo ZSrw, cit., p. 688 *et seq.*

(26) Também poderíamos dizer em português vernáculo “razão instrumental *actuarial*”.

(27) “O crime económico na perspectiva filosófico-teológica”, *RPCC* 10, 2000, p. 7. Cf. também agora, num diferente enquadramento, B. de Sousa Santos, como na nota 14.

(28) Que expressamente refere a necessidade de uma “superação” no preciso sentido da *Aufhebung* hegeliana: como na nota anterior, p. 21.

(29) J. Baptista Machado. *Antropologia, existencialismo e direito*, 1966. E depois o meu *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*,¹ 1969.

(30) Cf. o meus *Liberdade – Culpa – Direito penal*,¹ 1976, esp. p. 137 *et seq.* e agora “Dos factos de convicção aos factos de consciência”, na obra colectiva *Ab uno ad omnes. 75 Anos da Coimbra Editora*, 1998, p. 663.

intemporal e impessoal. Daqui uma razão instrumental de domínio, profundamente imperialista, que concebe o saber como poder segundo a expressão famosa de Bacon e vê no homem, inebriado por aquilo que Horkheimer chamou a "doença da razão", o dominador absoluto do mundo e da natureza; e que haveria de encontrar na racionalidade do *homo oeconomicus* e no espírito do capitalismo a sua versão sócio-económica acabada, assente no dogma do progresso material ilimitado da humanidade.³¹

Um ensaio de "superação" desta razão passa antes de mais, seguramente, pelo reconhecimento dos benefícios que, para a humanidade, a tecnociência permitiu. Mas também, e sobretudo, daquilo que constitui o legado da modernidade e das suas conquistas irrenunciáveis: os direitos humanos, a secularização, a razão crítica. Passa, por uma outra parte, pela consciência progressiva e cada vez mais clara dos perigos e ameaças que ela faz desabar sobre a humanidade e põem em risco a própria sobrevivência do planeta. Mas também, em definitivo, pela tomada de consciência de que, "extremamente poderosa no domínio dos meios, a razão instrumental é de uma penúria extrema na ordem e no reino dos fins humanos".³² Por isso aquela superação implica pôr fim á "cegueira ontológica" em que radica a já longa tentativa de substituir o transcendental ontológico pelo transcendental gnoseológico, como meio de domínio do mundo pela tecnociência.³³ Como implica reconhecer em definitivo, não importa em que domínio do pensamento ou da ciência, a impossibilidade da cisão absoluta entre sujeito e objecto com que se quis animar o "projecto da objectivação total e da plena transparência de pensar e ser".³⁴

Com isto toco o ponto que me parece verdadeiramente essencial no caminho da "superação" ensaiada. Reconhecido que não pode haver nem Filosofia, nem ciência de qualquer categoria, da natureza ou do espírito,³⁵ sem supostos básicos subjacentes, nestes entra, com importância decisiva, a *imagem* do homem, ou o *projecto de homem* como ser dotado de uma *liberdade* que o acompanha como seu característico e ineliminável modo-de-ser, de uma liberdade que se realiza no mundo e que o obriga, como *dever*, à "participação" na humanidade histórica. Justamente por aqui se tornando seu elemento determinante uma atitude de

(31) Anselmo Borges, como na nota 27, p. 13 *et seq.*

(32) Anselmo Borges, como na nota 27, p. 13.

(33) Digo-o aproximando-me, uma vez mais, de Anselmo Borges, como na nota 27, p. 22, embora colocando entre parênteses a questão religiosa da Divindade, para me ficar, com M. Heidegger, *Sein und zeit*,⁴ 1935 e com M. Müller, *Existenzphilosophie in geistigen Leben der Gegenwart*,² 1958, pela questão ontológica do Ser.

(34) Anselmo Borges, como na nota 27, p. 23.

(35) Incluídas, deste modo, tanto a ciência jurídico penal em sentido estrito (a "dogmática jurídico-penal) como a política criminal e a própria criminologia: cf. já J. de Figueiredo Dias/M. da Costa Andrade. *Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena*,¹ 1984, p. IX e 41 *et seq.*

“abertura” e de “solidariedade” – no preciso sentido do “reconhecimento do outro” –, através da qual ele não recuse o seu contributo para a humanização do mundo e da história.³⁶

Dentro desta perspectiva, por conseguinte, nada é neutro – e muito menos ciências do espírito, ou do homem, como as que compõem a “ciência conjunta do direito penal” – do ponto de vista axiológico-antropológico, a tudo estando subjacente aquela concepção do Homem e a correspondente ordem de valores individuais e colectivos, neste últimos incluída a natureza e todos os seus ecossistemas. Um quadro axiológico, este, sobre o qual os homens de hoje, perante os grandes riscos ecológicos, técnicos e sociais têm de lograr um consenso alargado, que haverá de ser transposto e concretizado nas leis fundamentais dos países. Só assim – para de novo me acolher, ao terminar esta parte das minhas considerações, ao pensamento de Anselmo Borges – se podendo ter a esperança de superar a crise da razão moderna e do seu imperialismo devastador: perante a ameaça comum de que somos objecto *todos*, e de que o serão seguramente ainda mais as gerações futuras, impõe-se que a humanidade, se quiser ter futuro, se tenha de tornar sujeito comum da responsabilidade pela *vida*.³⁷

IV. Isto dito, perguntemos de novo: a “superação” da razão técnico-instrumental, associada à emergência da “sociedade do risco”, implicará o abandono do paradigma penal actual, atrás sumariado, e a sua substituição/superação por outro? E se sim, por qual?

1. Numa postura acentuadamente conservadora há os que, perante o dilema descrito, defendem a necessidade de continuar a guardar para o direito penal o seu *âmbito clássico de tutela* e os seus *critérios experimentados de aplicação*. Não que sejam surdos ao ruído trazido pela emergência dos mega-riscos a que conduziu – e conduzirá potenciadamente no futuro – o modelo de desenvolvimento prosseguido pela sociedade industrial avançada. O que afirmam é que não pode – nem deve – pedir-se ao direito penal que se arvore em instrumento de tutela perante aqueles riscos, sob pena de nada se ganhar em mais efectiva protecção pessoal e social e de muito (ou tudo...) se perder na prossecução de uma defesa efectiva e consistente dos direitos, liberdades e garantias das pessoas que constitui o património ideológico inalienável do Iluminismo penal. Para aquela protecção deve intervir, não o direito penal – sendo por isso de recusar *in limine* a pretensão de construir um “direito penal do risco” –, mas outros ramos de direito, nomeadamente o direito administrativo, e (porventura sobretudo) outros meios de controlo social não jurídicos.³⁸

(36) J. de Figueiredo Dias, como nas notas 29 e 30.

(37) Anselmo Borges, como na nota 27, p. 31.

(38) A posição que aqui tentei resumir corresponde à que hoje é defendida – entre muitos outros – por autores como W. Hassemer, p. ex. “Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts”, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, p. 10 e “Perspectivas del derecho penal futuro”, *Revista Penal* 1, 1997, p. 37 e F. Herzog, p. ex. “Límites del

O que me afasta hoje radicalmente, em tese geral, desta via de (pretensa) solução do problema são duas considerações de índole bem diferente: é uma a de que uma tal via não parece reconhecer a indispensabilidade, neste nosso tempo pós-moderno, de superação dos dogmas da razão técnico-instrumental calculadora; é outra – a que, à falta de melhor, chamarei de índole “moral” – a de que não valerá a pena, nem sequer será socialmente aceitável, o cultivo de um direito penal que, seja em nome de que princípios for, se desinteresse da sorte das gerações futuras e nada tenha para lhes oferecer perante o risco existencial que sobre elas pesa.³⁹

Decerto, de acordo logo com o bom princípio da *ultima ratio* da intervenção penal, cabe um papel de primeira linha e fundamental a meios não penais e mesmo não jurídicos no domínio e controlo das fontes dos mega-riscos que pesam sobre a humanidade. Mas isto é uma coisa que sem mais deve ser reconhecida, outra diferente – e inadmissível – é esquecer que para tanto são indispensáveis, antes de tudo, normas de comportamento; e depois que estas, em si mesmas, não são suficientes, tornando-se em certos casos, *nos mais graves*, necessária a uma prevenção que se espere minimamente eficaz a punição criminal das suas violações. Em casos tais não vejo como possa pedir-se a (e esperar-se de) meios não jurídicos de política social, como o hoje tão reclamado⁴⁰ fomento das formas de *auto-protecção da vítima* (como pode ela, suposto que seja determinável, auto-protger-se da danificação da camada de ozono?) ou com o apelo patético (e com sabor a pesada ironia de pedir o remédio ao causador da doença!) às *forças auto-reguladoras do mercado*.

Se dos meios gerais de política social passarmos aos instrumentos jurídicos não penais, nem por isso o balanço se torna mais animador. Praticamente nada se poderá esperar da *tutela jurídico-civil*,⁴¹ submetida como se encontra a um estrito “princípio do pedido”. Se, dentro de 20 ou 30 anos, se verificarem danos

derecho penal para controlar los riesgos sociales”, *Poder Judicial* 32, 1993, e “Algunos riesgos del derecho penal del riesgo”, *Revista Penal* 4, 1999, p. 54 e se vai já imputando a uma chamada “Escola de Frankfurt”.

⁽³⁹⁾ Nesta parte e nesta medida encontro-me completamente de acordo com as críticas que G. Stratenwerth, *ZStW* como na nota 24, dirige a todos quantos se recusam a reconhecer a existência e/ou a especificidade do problema suscitado pela “sociedade do risco”. Uma viva crítica às teses da escola de Frankfurt encontra-se agora também em Marinucci/Dolcini, “Diritto penale ‘minimo’ e nuove forme di criminalità”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale* 1999, p. 808 *et seq.*

⁽⁴⁰⁾ Com boa razão político-criminal e criminológica, em todo o caso: desenvolvadamente, M. da Costa Andrade. *A vítima e o problema criminal*. Coimbra : Coimbra Editora, 1980, esp. p. 44 *et seq.* e 227 *et seq.* e, em súmula, J. de Figueiredo Dias/M. da Costa Andrade, como na nota 35, p. 393 e 411.

⁽⁴¹⁾ Menos pessimista, no que toca ao dano do ambiente, J. J. Gomes Canotilho. “Actos autorizativos jurídico-públicos e responsabilidade por danos ambientais”, *BFD* 69, 1993, p. 1 *et seq.*, 55 *et seq.*

civilmente avaliáveis no corpo ou na saúde de certas pessoas, comprovadamente (!) imputáveis a manipulações genéticas que hoje se operam sobre cereais, quem possuirá legitimidade (e contra quem?) para intentar uma acção de responsabilidade civil minimamente destinada ao sucesso? E ainda que a possua: constitui esta uma via razoavelmente eficaz de defesa da humanidade perante o risco pressuposto que pode advir da manipulação genética?

O único caminho apontado neste campo que parece ter alguma coisa por si é, assim, o da preconizada transferência da função de tutela jurídico-penal para o âmbito do *direito administrativo*, nele incluído o direito administrativo *sancionatório*, porventura sob uma forma reforçada como a que é hoje preconizada – embora eu deva confessar que não vejo ainda com um mínimo de clareza a definição do seu âmbito, da sua extensão e dos seus instrumentos⁴² – em nome de um *Interventionsrecht*, de um “direito de intervenção”. Este caminho, repito, tem alguma coisa por si, mas só na medida em que, sendo, como disse, os grandes ou novos riscos fruto as mais das vezes de acções humanas anónimas, quotidianas, socialmente insignificativas na sua individualidade e só socialmente relevantes pela sua repetição inumerável, a tutela jurídico-penal não poderá surgir as mais das vezes na primeira linha (e, nesta acepção, como “autónoma”), antes sim subordinada à exigência de que apenas abranja ofensas *inadmissíveis* e, por isso, sujeita a uma estrita *acessoriedade administrativa*. Mas isto é uma coisa, e exactíssima. Outra coisa, em minha opinião inexacta, é pensar que o sancionamento das ofensas *hoc sensu* “inadmissíveis” possa ser atribuído a sanções administrativas – no máximo, ao que vejo, de natureza contra-ordenacional –, ainda que “intensificadas”. Não falta quem a propósito lembre a velha crítica da “burla de etiquetas”; com razão até a um ponto em que eu me atreveria a falar de nada menos que de um pôr o princípio jurídico-penal de subsidiariedade ou de *ultima ratio* “de pernas para o ar”, ao subtrair à tutela penal precisamente as condutas socialmente tão gravosas que põem simultaneamente em causa a vida planetária, a dignidade das pessoas e a solidariedade com as outras pessoas – as que existem e as que hão de vir.

2. No outro extremo se colocam todos aqueles que preconizam a aceitação e o desenvolvimento de um direito penal absolutamente funcionalizado às exigências postas por uma tutela, que assim se espera efectiva, dos mega-riscos que ameaçam a subsistência da humanidade. Dispõe-se neste contexto já de uma diversidade de propostas e de ensaios de caminhos de solução que, todavia, eu julgo poder reconduzir com justeza às direcções que já atrás deixei referidas:⁴³

(42) Tranquiliza-me a circunstância de não ser só eu, mas os seus próprios propugnadores; leia-se a respeito W. Hassemer, *Revista Penal* como na nota 38, p. 40: “estes instrumentos ‘os de um *Interventionsrecht*’ estão ainda em gestação e têm de ser desenvolvidos, inclusive teoricamente”.

(43) Cf. supra p. 6 *et seq.*

alteração do modo próprio de produção legislativa em matéria penal, retirando cada vez mais aos Parlamentos a reserva de competência que em tal matéria normalmente lhes assiste, para a atribuir aos Executivos; antecipação da tutela penal para estádios prévios (e inclusivamente ainda muito distanciados) da eventual lesão de um interesse socialmente significativo, até ao ponto em que se perde, ao menos para a generalidade dos destinatários das normas, toda a ligação entre a conduta individual e o bem jurídico que em definitivo se intenta proteger; alterações dogmáticas básicas, no sentido do “enfraquecimento” ou “atenuação” de princípios como os que classicamente presidem à individualização da responsabilidade, à imputação objectiva, à culpa, à autoria; consequente extensão, em suma, do âmbito da tutela penal em assumida contradição com o princípio político-criminal da intervenção mínima ou moderada. Tudo em nome de uma função promocional de valores que tornaria o direito penal em instrumento de *governo* da sociedade e, por aqui, faria esbater – até ao desaparecimento – a linha de fronteira entre este direito e o direito administrativo. Tudo isto estaria, no todo ou em partes, na palavra ou no espírito do actual requisitório a favor de um *direito penal do risco*.

Devo com franqueza confessar que recuso tanto globalmente, como parcelarmente, toda esta perspectiva. Sem penetrar no mais fundo da questão que ela suscita – a famosa *questão da legitimação* da intervenção penal, já atrás também aludida,⁴⁴ a cujo entendimento iluminista mantenho integral fidelidade –, o que logo mais desfavoravelmente se me apresenta é a cegueira que me parece revelar perante a necessidade de superação da razão técnico-instrumental calculadora e o apego que, pelo contrário, manifesta à sua persistência e, se possível, à sua intensificação. Tendo eu, em escritos anteriores, por várias vezes e com insistência, manifestado a minha crença nos benefícios que um pensamento funcional traz à doutrina jurídico-penal, nunca quis ver nele o *alfa* e o *omega* da concepção penal⁴⁵ e sempre reafirmei, pelo contrário, a minha convicção de que é na preservação da dignidade da pessoa – da pessoa do delinquente e dos outros – “que radica o axioma onto-antropológico de todo o discurso jurídico-penal”.⁴⁶

⁽⁴⁴⁾ Cf. supra p. 4.

⁽⁴⁵⁾ Como justamente nota, em análise do meu pensamento penal, Maria Fernanda Palma, “Do sentido histórico do ensino do direito penal na universidade à actual questão metodológica”, *RPCC* 9, 1999, p. 418 *et seq.*

⁽⁴⁶⁾ J. de Figueiredo Dias, como na nota 10, p. 10. Que a via de compatibilização se possa encontrar, como sustentou Luhmann a partir do seu *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, 1984, através do reconhecimento de contacto entre o “sistema pessoal” e o “sistema social” (v. M. da Costa Andrade. *Consentimento e acordo em direito penal*, Coimbra : Coimbra Editora, 1991, p. 19, 35, 107), é uma hipótese aceitável mas que aqui não deve ser explorada.

No prosseguimento da via agora sob análise crítica não vejo eu, pois, nenhuma superação da razão técnico-instrumental, tal como ela se me afigura necessária. A *Aufhebung* é afirmação, negação, supra-assunção. Ela tem deste modo como momento essencial e irrecusável – disse-o já atrás – o reconhecimento das conquistas da modernidade e do património ideológico em que assentam. Por isso se tem de recusar uma “evolução” do paradigma penal que passe pelo pôr em causa a defesa consistente e efectiva dos direitos humanos, o pluralismo ideológico e axiológico, a secularização. Por isso, numa palavra, mantenho a ideia⁴⁷ de que se deve recusar qualquer concepção penal baseada na *extensão* da criminalização, em que o direito penal se transforme em instrumento diário de governo da sociedade e em promotor ou propulsor de fins de pura política estadual. Seria o agora tão apregoado *Estado-Intervenção* ou *Estado-Prevenção* que aqui reapareceria – estranhamente (ou talvez não!), o mesmo Estado que a dita Escola de Frankfurt também advoga, desde que ele seja radicalmente afastado do campo do direito penal e exclusivamente imputado ao âmbito do direito administrativo.⁴⁸

Neste contexto, creio, pode razoavelmente inserir-se também o teor que o tópico da sociedade do risco, no seu relacionamento com o problema criminal, assumiu em um certo pensamento anglo-saxónico, nomeadamente norte-americano. O que nele se indaga é a possibilidade de levar ainda mais longe, neste campo, o dogma da razão técnico-instrumental, sob a forma de uma razão *calculadora* ou *actuarial*. Até ao ponto de aí se falar já de uma *actuarial justice*,⁴⁹ cujo propósito não seria mais o de actuar sobre a vida de pessoas individuais, propondo-se definir a sua responsabilidade, fazendo os culpados “pagar pelos seus crimes” ou transformando-os, mas o de *regular certos grupos* (de pessoas “perigosas”) *como parte de uma estratégia de gestão dos riscos*. O que conduziria (muito para além do problema em análise), aqui sim, a uma radical substituição do paradigma penal que comecei por desenhar e da sua base de legitimação, agora procurada na máxima *eficiência do sistema* “em matéria – são palavras justas de Pedro Caeiro – de redução dos danos globais inerentes ao crime através de uma adequada redistribuição dos riscos, tanto no plano da prevenção, como no plano da repressão”.⁵⁰

(47) J. de Figueiredo Dias, como na nota 16, p. 31 *et seq.*

(48) Cf. W. Hassemer. “Prävention im Strafrecht”, *Juristische Schulung*, 1987, p. 257.

(49) Fundamentais muitos dos artigos inseridos na colectânea Pat O'Malley (Ed.), *Crime and the risk society*, 1998, em particular o de Malcom Feeley/Jonathan Simon, “Actuarial justice: the emerging new criminal law”, p. 375.

(50) Pedro Caeiro, “Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da ‘justiça absoluta’ e o fetiche da ‘gestão eficiente’ do sistema”, artigo de próxima publicação na *Revista do Ministério Público*; seguindo já de resto, nesta parte, um *paper* (não publicado) que serviu de guião à sua intervenção no I Programa de Doutoramento (11.04.2000) a decorrer na Faculdade de Direito da Universidade

O que, insisto, sobressai nesta concepção é a tentativa de levar ainda mais longe – até aos limites – o dogma da razão técnico-instrumental, em vez de reconhecer a necessidade urgente da sua superação. Mesmo não curando da questão prática de saber se os grandes riscos são susceptíveis de ser abarcados por uma razão actuarial e de ser integrados numa conta risco/prémio (se são susceptíveis, neste sentido, de “socialização”),⁵¹ o que para mim está aqui sobretudo em causa é, mais do que a “cegueira” de que atrás foi questão, a verdadeira “inimizade” pelo axioma onto-antropológico do direito penal e por uma ordem axiológica (mínima, mas nem por isso menos essencial) que daí há-de por força derivar para salvação da nossa sociedade e da sociedade futura. Nem a “eficiência” pode constituir base de legitimação democrática; nem vejo como um sistema de justiça actuarial possa eximir-se a cair numa nova e ainda mais contestável “justiça de classe”, com a consabida substituição dos antigos “explorados” pelos novos “excluídos”.⁵²

3. Entre os dois extremos referidos assiste-se hoje a uma tentativa de solucionar o problema através da construção de uma espécie de *via per mezzo* que corre sob o designativo geral de “*expansão do direito penal*”.⁵³ Aos problemas próprios da sociedade pós-industrial deveria o direito penal responder através de uma política criminal e de uma dogmática jurídico-penal *duais* ou *dualistas*. Dotadas de um cerne relativamente ao qual valeriam, imodificados, os princípios do direito penal clássico; e isto significaria um direito penal dirigido à protecção subsidiária de bens jurídicos individuais, assente na individualização da responsabilidade e conseqüentemente na acção, na imputação objectiva e subjectiva, na culpa e na autoria também puramente individuais. E com uma *periferia* ou um *âmbito lateral* especificamente dirigido à protecção contra os grandes e novos riscos, onde aqueles princípios se encontrariam amortecidos ou mesmo transformados, dando lugar a outros

de Coimbra, subordinada ao tema: “A relevância da ‘gestão de riscos’ na prevenção e repressão criminal. Em especial: a chamada Nova Penologia na experiência americana”.

(51) Negam a possibilidade, ao menos por agora, Hilgendorf, “Gibt es ein strafrecht der risikogesellschaft”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1993, p. 15 *et seq.* e *Strafrechtliche Produzentenhaftung in der “Risikogesellschaft”*, Berlin: Dunker & Humblot, 1998, p. 24 e A. Silva Dias, como na nota 16, p. 5, 10. Compartilho em absoluto esta convicção, dada, precisamente, a já também neste texto aludida indeterminação dos factos geradores, dos seus autores e, sobretudo, das suas vítimas, actuais e potenciais.

(52) Insiste, com razão, neste ponto A. Silva Franco, como na nota 15, p. 196 *et seq.*

(53) É este, de resto, o título do estudo de J.-M. Silva Sánchez. *La expansión del derecho penal – Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid: Civitas, 1999. Esta construção parece merecer, no essencial, a simpatia de A. Silva Franco, como na nota 15, p. 222 *et seq.*

princípios, de “flexibilização controlada”,⁵⁴ assentes na protecção antecipada de interesses colectivos mais ou menos indeterminados, sem espaço, nem tempo, nem autores, nem vítimas, definidos ou definíveis e por conseguinte, numa palavra, de “menor intensidade garantística”.⁵⁵ Mas princípios estes, em todo o caso – e aqui residiria o ponto principal e a especificidade desta concepção –, ainda formalmente pertencentes ao *direito penal*, embora substancialmente aparentados com os princípios do direito sancionatório de carácter *administrativo*. Com a reserva absoluta em todo o caso – segundo Silva Sánchez – de que todos os comportamentos ameaçados com penas privativas de liberdade deveriam ser imputados, por razões óbvias de defesa dos direitos, liberdades e garantias, ao núcleo duro (clássico) do direito penal, não à sua flexível periferia.

Serei o último a contestar o bom fundamento da divisão do direito penal em dois âmbitos relativamente autónomos. Desde há muito, com efeito, me propus desenhar, com a nitidez possível,⁵⁶ a distinção entre um direito penal clássico ou de justiça e um direito *penal* administrativo ou secundário (que nada tem a ver com as categorias das contra-ordenações ou mesmo das contravenções). Como serei o primeiro a defender que este último âmbito – dominado pela circunstância de os círculos dos bens jurídicos por ele protegidos deverem possuir uma relação de mútua referência funcional com a ordem jurídico-constitucional dos direitos económicos, sociais, políticos e culturais – deve ser penetrado com princípios dogmáticos relativamente autónomos; tendo sido precisamente nesta base que cheguei a propor formalmente, para a ordem jurídica portuguesa, a elaboração de uma lei-quadro do direito penal económico-social.⁵⁷

Não tenho com esta proposta porém em vista, por uma banda, a criação de um qualquer “direito penal a duas velocidades”,⁵⁸ de uma qualquer “periferia” que envolvesse o núcleo duro do direito penal clássico constituindo uma espécie de lugar à *mi-chemin* entre o direito penal e o direito administrativo sancionatório. Enquanto, por outro lado, uma tal proposta é pensada e tem, creio eu, todo o sentido relativamente ao direito penal económico-social próprio da sociedade industrial avançada, mas não se propõe defrontar o

(54) J.-M. Silva Sánchez, como na nota anterior, p. 125.

(55) A. Silva Franco, como na nota 15, p. 223.

(56) Mas em moldes diferentes dos que a doutrina corrente imputa às construções dos anos trinta de Goldschmidt e de Wolf de um “direito penal administrativo”. Com pontos essenciais da construção depara-se em J. de Figueiredo Dias, “Para uma dogmática do direito penal secundário”, sep. da *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 1984; “Vom Verwaltungsstrafrecht zum Nebenstrafrecht”, *Festschrift für Jescheck*, I, 1985, p. 79; e como na nota 6, 1999, Cap. 5.

(57) J. de Figueiredo Dias, como na nota anterior, 1984, p. 40.

(58) A expressão é, uma vez mais, de Silva Sánchez, como na nota 53, p. 124.

problema específico da “sociedade do risco” e constituir tutela capaz perante os mega-riscos ou os riscos globais que ameaçam a existência. Decerto que também a “sociedade do risco” tem que ver em boa parte com o modelo de desenvolvimento económico no seu mais amplo sentido, próprio da sociedade industrial, e, nesta medida, acarreta problemas que podem sem esforço incluir-se no âmbito do direito penal económico-social. Mas também aqui, de um ponto de vista problemático, tem sentido distinguir, para efeito de questionar a susceptibilidade da sua tutela penal, os problemas económicos da sociedade industrial avançada e os problemas económicos que reentram na sociedade do risco. Quanto a estes últimos, a proposta agora em análise parece-me equívoca e, em definitivo, inadequada: porque além de ficar, ao menos *in partibus*, de novo a um passo da insuportável “burla de etiquetas”, acaba por trazer para o direito penal dois paradigmas diferentes e incompatíveis, que a breve prazo haverão de conduzir ao domínio de um sobre o outro – quando não ao esmagamento de um pelo outro – sob a forma, muito provavelmente, de uma invasão incontrollável do “cerne” pela “periferia”.⁵⁹

V. A tutela dos novos ou grandes riscos típicos da “sociedade do risco” deve assim continuar a fazer-se (também e subsidiariamente) por intermédio do direito penal, para tanto me não parecendo, em definitivo, que se torne necessária uma mudança radical do paradigma penal, com uma nova política criminal e uma nova dogmática jurídico-penal. E nesta conclusão julgo convergir Silva Dias, o autor português que até agora mais aprofundadamente estudou o problema, a propósito dos grandes riscos suscitados em matéria de consumo.⁶⁰

1. De um ponto de vista político-criminal – mas, como sempre, com notórias e directas implicações dogmáticas –, a questão básica que aqui se suscita, como Roxin lapidariamente a definiu, reside em saber se a introdução do *topos* da “sociedade do risco” na função do direito penal tem por força de significar o fim da protecção de bens jurídicos, “das ende der Rechtsgüterschutzes”.⁶¹ Esta questão não pode ser nem contornada, nem escamoteada.

⁽⁵⁹⁾ Por isso me parecendo vã a esperança de W. Hassemer/ F. Muñoz Conde, “La responsabilidad por el producto en el derecho penal”, Valência : Tirant lo Blanch, p. 37 *et seq.*, 187 *et seq.*, de que uma construção “dualista” constitua uma forma de impedir que a “modernização” – aquilo que chamei a “periferia” – acabe por apoderar-se pouco a pouco de todos os âmbitos do direito penal clássico. Precisamente o contrário é, como disse em texto, aquilo que julgo que poderá acontecer! Na conclusão crítica agora também A. Silva Dias, como na nota 16, p. 35 *et seq.*

⁽⁶⁰⁾ Como na nota 16 e também, em certa medida, em “Entre ‘comes e bebes’: debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor”, *RPCC* 8, 1998, p. 515 e 9, 1999, p. 45.

⁽⁶¹⁾ C. Roxin, como na nota 5, § 2, n. m. 25 *et seq.*

Por mim, responderia afirmativamente à questão posta se considerasse que, para que o bem jurídico cumpra a função de critério legitimador e de padrão crítico da incriminação que por força lhe tem de ser assinalada dentro do paradigma penal actual, se torna indispensável guardar um seu carácter extremadamente *antropocêntrico*, que dele só permite que se fale quando estão em causa interesses reais, tangíveis e portanto também actuais do indivíduo. Um “entendimento *monista-pessoal* do bem jurídico”,⁶² este, que se reivindica como o único legítimo face a uma concepção liberal do Estado e se vem tornando, pelo menos até há bem pouco, cada vez mais insistente na literatura dogmática jurídico-penal, estando na raiz de alterações doutrinárias sensíveis a propósito dos mais diversos problemas dogmáticos.⁶³

E a resposta afirmativa persistiria ainda quando me devesse ligar à concepção segundo a qual bens jurídicos da comunidade só podem ser aceitáveis se e na medida em que eles se constituam em meros *mediadores* também com interesses das pessoas.⁶⁴ Tentemos entender-nos. Se com isto se quer dizer que os bens jurídicos colectivos existem *por causa do Homem*, então é difícil pôr em dúvida uma tal asserção: isso sucede com tudo que é fruto do espírito e do labor humano, com as suas construções e instituições, nelas incluído o próprio Estado. Mas isto é uma coisa – e evidente. Outra é pretender que, entre os bens supra-individuais, só possam ser erigidos em bens jurídicos aqueles cuja razão de tutela seja em último termo reconduzível à protecção de bens jurídicos individuais e que portanto (nesta acepção e como defende Silva Dias)⁶⁵ – se encontrem “dotados de referente pessoal”, possuam um “núcleo personalizável” ou sejam “unicamente... dedutíveis a partir de bens jurídicos individuais”:⁶⁶ com a inevitável consequência de que tais bens jurídicos estariam sempre hierarquicamente subordinados aos bens jurídicos individuais, sendo a sua violação, por princípio, menos gravosa. A ser assim, diria eu então que está aqui presente ainda – se bem que talvez só na “face oculta da lua”! – uma “concepção monista-pessoal do bem jurídico” perante a qual o tratamento jurídico-penal dos

(62) Hassemer, *NSrZ*, 1989, p. 90 *et seq.* e em *Alternativ-Kommentar zum StGB (= AK)*, 1990, vor § 1, n. m. 274 *et seq.*

(63) Alterações de que apresentarei aqui apenas um exemplo: o que se está a passar em matéria de fundamento e de âmbito da da legítima defesa: cf. só – ressalvadas todas as diferenças entre as diversas concepções – C. Roxin, como na nota 5, § 15, n. ms. 1 *et seq.* e 29 *et seq.* e, entre nós, Maria Fernanda Palma. *A justificação por legítima defesa como problema de delimitação de direitos*, 2 vol., Lisboa : AAFDL, 1990, e A. Taipa de Carvalho. *A legítima defesa*. Coimbra : Coimbra Editora, 1995.

(64) Cf. de novo Hassemer, *AK* como na nota 62.

(65) Como na nota 16, p. 29 *et seq.*, 31.

(66) Cf. p. ex. Hohmann. *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, 1991, p. 189. E no mesmo sentido Hassemer, in Scholler/Philipps, *Jenseits des Funktionalismus*, 1989, p. 85 e 92.

problemas da “sociedade do risco” parece implicar a alteração do paradigma penal assente na função de tutela subsidiária de bens jurídicos.

Mas à questão básica suscitada responderei definitivamente que *não*, enquanto puder conservar-me convencido do bom fundamento daquilo que a este propósito sempre pensei, a saber, que – sem prejuízo do axioma onto-anropológico sobre o qual repousa toda a matéria penal –, ao lado dos bens jurídicos individuais ou dotados de referente individual *e ao mesmo nível de exigência tutelar autónoma*, existem autênticos bens jurídicos sociais, trans-individuais, transpessoais, colectivos, ou como quer que prefiramos exprimir-nos a propósito.

Claro que isto não constitui nenhuma novidade para a dogmática jurídico-penal; e se da dogmática passarmos ao direito legislado, é seguro que a maioria dos códigos penais, entre os quais o nosso, assume a construção *dualista* do bem jurídico que acabei de delinear. Mas verdade é também que, sobretudo nos últimos tempos, cada vez mais a dogmática se centra (e progride) sobre os bens jurídicos individuais e cada vez menos sobre os colectivos. A tal ponto que talvez possa afirmar-se que, depois das investigações fundamentais de Klaus Tiedemann,⁶⁷ pouco se terá avançado na dilucidação da essência dos bens jurídicos colectivos. Decerto: tais bens apresentam-se, por sua própria natureza, como muito mais vagos e carentes de definição precisa, de mais duvidosa corporização ou mesmo de impossível tangibilidade. Mas nada disso impõe uma mudança ou um abrandamento na proposição penal básica segundo a qual é função exclusiva do direito penal a tutela subsidiária de bens jurídicos; porque também neste âmbito é de verdadeiros bens jurídico-penais que se trata. O que implica é que se trabalhe no aprofundamento do seu estudo, se progrida no estabelecimento dos seus contornos e se tome sempre a benefício de inventário, com o auxílio indispensável da ordem axiológica jurídico-constitucional, a erupção de novos bens jurídicos deste tipo que apelem para a tutela penal. Os progressos indiscutíveis alcançados em matéria, por exemplo, de direito penal económico, ou, de forma mais abrangente, de direito penal secundário ou económico-social, como mesmo em matéria de direito penal do ambiente,⁶⁸

⁽⁶⁷⁾ K. Tiedemann. *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen : Mohr, 1969 e *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, I-II, Hamburg : Rowohlt, 1976. E sem dúvida também agora – embora, como se viu, numa linha de todo não coincidente – de A. Silva Dias, como na 16, p. 38 *et seq.*, passim. Cf. do ponto de vista do direito público, J. J. Gomes Canotilho. “Tomemos a sério os direitos económicos, sociais e culturais”, *BFD* 1988, p. 40 e, por último N. López Calera. *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos colectivos*. Barcelona : Ariel, 2000. Fundamentalmente no sentido do texto também Marinucci/Dolcini, como na nota 39.

⁽⁶⁸⁾ Exemplar, a propósito, L. Kuhlen. “Umweltstrafrecht – Auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, *ZStW* 105, 1993, p. 697.

mostram perfeitamente que a tarefa, sendo difícil, não é de cumprimento impossível.

Sobretudo quando para o efeito se parta de uma reconsideração aprofundada dos chamados *bens colectivos*. Se quisermos conferir ao direito penal uma função de tutela perante os mega-riscos ameaçadores da subsistência da humanidade, ainda aí é preciso assentar em que o problema jurídico-penal é, modestamente, um problema de ordenação social, concretamente, o de saber como é possível promover ou conservar os bens públicos relativos aos fundamentos naturais da vida – face, nomeadamente, à natureza trágica da relação entre o agente racional em seu próprio proveito e os bens colectivos.⁶⁹ Ora, a criminalização é aqui legítima e pode afigurar-se necessária. Legítima, logo porque tais bens – como se torna particularmente visível numa lei fundamental como a CRP⁷⁰ – encontram refracção legitimadora mais que bastante na ordem axiológica constitucional relativa aos direitos sociais, económicos, culturais e ecológicos. Necessária, sem grande dúvida, de um ponto de vista de prevenção geral negativa, porque será razoável esperar que a punibilidade se revele susceptível de influenciar o cálculo vantagem/prejuízo – que pesem as teorias da escolha racional e as “técnicas de neutralização”,⁷¹ que nestes domínios intervirão com particular força – de modo a promover a obediência à norma. Mas também e sobretudo de um ponto de vista de prevenção geral positiva, de modo a reforçar a disposição de obediência à norma da parte do cidadão em geral fiel ao direito. Considerações estas que valem não só para a pessoa individual, mas também, e de modo muito particular, para a actuação dos *entes colectivos*.

Claro que se torna levar a reflexão muito mais fundo. Mas talvez o que fica pensado seja bastante para se concluir pela dispensabilidade de qualquer novo paradigma penal. Até porque, no fundo, do que se trata nesta visão da função do direito penal não é de nenhum problema especificamente pós-moderno, em especial da (muito invocada, para depois ser mais facilmente exautorada!) absorção *simbólica* das inseguranças comunitárias na sociedade do risco. Do que se trata antes é de uma *protecção efectiva de bens comunitários*, sejam eles ameaçados por acções individuais abstractamente perigosas ou por acções em si mesmo e individualmente destituídas de perigo. E isto não é nada de novo: não é nada, v. g., que não suceda com os crimes de corrupção no seu mais amplo sentido, ou contra a saúde pública, ou contra o fisco, embora as situações se não devam confundir.⁷² Por isso também, de

(69) Assim, e como se segue – a propósito, concretamente, do direito penal do ambiente –, L. Kuhlen, como na nota anterior, p. 720 *et seq.*

(70) Cf. M. da Costa Andrade, sobretudo como na nota 46, p. 51 *et seq.* e 180 *et seq.*

(71) Sobre elas J. de Figueiredo Dias/M. da Costa Andrade, como na nota 35, p. 235 *et seq.*

(72) Com efeito, existe entre elas proximidade, não identificação. Porque, desde logo, em crimes como p. ex. os da droga, o que está em causa não são bens públicos (como

resto, é que aqui não vale a fórmula optimista – cara à referida “Escola de Frankfurt” – da “protecção de bens jurídicos por meio da descriminalização”, muito menos, como já houve quem pretendesse, em nome de uma mais efectiva protecção da Humanidade! Este optimismo – baseado em que um egoísmo racional conduziria, mais facilmente do que a norma penal, à omissão de comportamentos perigosos – não se afigura dotado de qualquer fundamento.

Em conclusão quanto a este ponto fulcral: a ideia de Stratenwerth de, a partir do tópico da sociedade do risco, fazer dobrar os sinos pela noção do bem jurídico, substituindo-a pela tutela directa de “relações da vida como tais” (*Lebenszusammenhänge als solche*)⁷³ – e correndo nesta medida paralelamente ao movimento hoje em voga, neste preciso contexto, de uma progressiva juridificação das relações sociais enquanto tais –, essa ideia não precisa, em meu entendimento, de ser aceite como forma de preservação da função do direito penal perante os grandes e novos riscos. Como, de resto, o próprio Stratenwerth reconhece, ela conduziria no fundo a um requiem pela própria função do direito penal, pela questão da sua legitimação, e a um regresso a um direito penal moralista, protector da moral ou de uma certa moral⁷⁴ e, assim, a um pequeno passo de se tornar em promotor ou propulsor de fins puramente ideológicos. O que nada – mas rigorosamente nada – tem a ver com a por mim atrás preconizada assunção de um quadro de valores individuais e colectivos, correspondente a uma certa concepção do Homem, sobre o qual os homens de hoje, perante os grandes riscos ecológicos, técnicos e sociais têm de lograr um consenso alargado, que haverá de ser transposto e concretizado nas leis fundamentais dos países.

De pé continuará assim a atribuição às penas e às medidas de segurança criminais de finalidades exclusivamente preventivas, nomeadamente de prevenção geral e especial positiva: porque se não torna então necessária a ligação, à maneira exasperadamente normativista de Jakobs, da concepção da finalidade sancionatória penal como estabilização contrafáctica das expectativas comunitárias na validade da norma violada a uma função eminentemente *simbólica*; antes uma tal ligação deverá ser feita, numa postura que eu já uma vez caracterizei como sócio-axiológica,⁷⁵ à protecção de bens jurídicos não só individuais, mas também *sociais como tais*.

uma certa concepção paternalista pretende fazer crer), mas uma multiplicidade de bens jurídicos individuais: cf., por outros, J. de Figueiredo Dias, “Uma proposta alternativa ao discurso da criminalização/descriminalização das drogas”, *Scientia Iuridica* 250-2, 1994, p. 193.

⁽⁷³⁾ G. Stratenwerth, *ZStW*, como na nota 24, p. 692 *et seq.*

⁽⁷⁴⁾ G. Stratenwerth, *ZStW*, como na nota 24, p. 694 *et seq.*

⁽⁷⁵⁾ J. de Figueiredo Dias, como na nota 10, § 303.

2. Uma segunda ideia de primordial importância que aqui deve ser acentuada é a de que não vale sequer a pena pensar em assinalar ao direito penal a mínima capacidade de contenção dos mega-riscos próprios da sociedade do risco se, do mesmo passo, se persistir em manter o dogma da *individualização da responsabilidade penal*. Mas a verdade é que, já antes e independentemente de uma “dogmática do risco”, o preconceito do carácter individual de toda a responsabilidade penal (uma vez mais, um preconceito de raiz exasperadamente antropocêntrica!) havia feito o seu curso e havia sido definitivamente abalado. E aqui a doutrina penal portuguesa⁷⁶ encontra-se para tal bem melhor posicionada do que tantas outras que só muito recentemente ultrapassaram (quando tenham já ultrapassado...) os escolhos da incapacidade de acção e da incapacidade de culpa jurídico-penais que tradicional e axiomáticamente se considerava atingirem toda a responsabilidade penal de entes não individuais. Aceite, ao lado da responsabilidade penal individual (e não necessariamente a ela subordinado), o *princípio da responsabilidade penal dos entes colectivos*, torna-se todavia necessário e urgente saber muito mais sobre ele, sobre a sua desimplicação prático-normativa, sobre as suas relações com a responsabilidade individual, sobre as exigências que dele resultarão no plano do direito a constituir. Estou certo de que se verá então que muitos dos problemas do dito “direito penal do risco” podem encontrar aqui adequadas soluções, tornando menos instantes alterações, que agora parecem indispensáveis, na dogmática da imputação objectiva, da comprovação do dolo, da negligência e do erro, enfim, da autoria e da cumplicidade: se a chamada “criminalidade organizada”, o que quer que por ela deva entender-se em perspectiva dogmática, faz parte, ela também, do direito penal do risco, então ela mostra exemplarmente como o progresso da dogmática relativa à responsabilidade penal dos entes colectivos constitui uma exigência instantânea para a qual não existe alternativa.

3. Não poderei curar obviamente, um por um, dos problemas dogmáticos concretos atrás referenciados. Mas neles encontro um ponto comum, que de resto tem sido posto variamente em relevo pela dogmática do risco como sendo aquele que suscita mais instantaneamente uma “nova dogmática” e se poderá consubstanciar na circunstância de, dadas as características de anonimidade, de distância e as mais das vezes de insignificatividade social das acções que estão na base dos riscos e, eventualmente, dos danos resultantes da concretização destes para a humanidade, se tornarem necessários novos e (à luz da dogmática

⁽⁷⁶⁾ Cf. J. Castro e Sousa, *As pessoas colectivas em face do direito criminal e do chamado “Direito de mera ordenação social”*. Coimbra : Coimbra Editora, 1972 (mas publicado em 1985); J. de Figueiredo Dias, como na nota 56, 1984, p. 72 *et seq.*; J. de Faria Costa, “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos”, *RPCC* 2, 1992, p. 537 e T. Serra, “A autoria mediata através do domínio de um aparelho organizado de poder”, *RPCC* 5, 1995, p. 303 e “Contra-ordenações: responsabilidade de entidades colectivas”, *RPCC* 9, 1999, p. 187.

tradicional) *anómalos critérios de imputação*. Dito por outras palavras – e tomada a globalidade do problema pela sua parte essencial –, o que se passa é que nestes domínios se torna indispensável o reconhecimento de um acentuado enfraquecimento, atenuação ou “amolecimento” da relação entre a acção e o bem jurídico (não necessariamente o resultado!) protegido pelo tipo – mesmo para além do que era doutrinariamente aceite (com reservas ou mesmo à *contre-cœur*) em matéria de crimes de perigo abstracto.

O tema é demasiado largo para que eu possa considerá-lo nas suas incidências. Direi sobre ele apenas o seguinte: aceite, como sempre aceitei, a legitimidade e a constitucionalidade de princípio dos crimes de perigo abstracto – pressuposto que, como decidiu muito exactamente entre nós o Tribunal Constitucional a propósito de eventuais violações do princípio da legalidade penal (ao qual poderia acrescentar-se o princípio da culpa), o tipo contenha ou torne suficientemente compreensíveis “os critérios do ilícito penal – desvalor da acção proibida, desvalor do resultado lesivo e identificação do bem jurídico tutelado”⁷⁷ –, não vejo por que razão o “enfraquecimento” da relação entre acção e bem jurídico haja forçosamente de ir, no contexto em apreciação, ainda mais longe, conduzindo à necessária aceitação de “critérios atípicos de imputação” que, quantas vezes, acabariam por significar a postergação (ou, no mínimo, a colocação entre parênteses) do princípio da culpa e da sua função no sistema. O que me parece, sim, é que os critérios da dogmática mais recente podem aqui continuar a ser utilizados no essencial relativamente aos casos em que se indague da eventual responsabilidade jurídico-penal *individual*; enquanto, no capítulo já atrás reputado central de toda esta problemática, ainda estão por determinar com o necessário rigor e concreção os critérios de imputação sempre que se trate de indagar da eventual responsabilidade jurídico-penal de *entes colectivos*: nada porém permite afirmar *a priori* que os critérios dogmáticos que venham a ser considerados válidos, nesta matéria, para o direito penal tradicional, não possam também ser utilizados, com êxito, no âmbito do direito penal do risco.

Com isto, cada vez mais se reconhecerá – o que já hoje se pode dizer, todavia, uma conclusão dominante – que o problema da imputação objectiva se não confunde com o (se não reduz ao) problema da causalidade; e que tal não implica desvalorizá-lo para questão a decidir de acordo com o puro convencimento do juiz, antes implica a sua normatização definitiva, assente em uma objectivação mínima, de acordo com a função que a categoria assume no sistema; e para a qual o critério da criação ou da potenciação de um *perigo*⁷⁸

⁽⁷⁷⁾ Ac. 427/95, de 6 de julho, *Acórdãos do Tribunal Constitucional* 31, 1995, p. 703.

⁽⁷⁸⁾ Uso aqui a palavra “perigo”, em vez da mais frequentemente utilizada, “risco”, para sublinhar a evidência de que não há aqui sinonímia com o sentido que a mesma palavra assume quando se fala da “sociedade do risco”. Concorda com a separação das questões A. Silva Dias, como na nota 16, p. 26 e nota 55.

*não permitido*⁷⁹ me parece destinado a ganhar cada vez maior importância. Que, no domínio próprio do risco, intervenham com mais frequência formas de imputação paralela, acumulativa (nomeadamente em matéria de riscos para o ambiente)⁸⁰ e outras que venham a ser determinadas é coisa que poderá, em meu parecer, integrar-se sem contradição na suma de conhecimentos de que a este respeito já dispõe a dogmática jurídico-penal.

Isto dito, concluo que os perigos para a dogmática jurídico-penal tradicional resultantes da famosa “antecipação da tutela” podem ser, também no âmbito da sociedade do risco, esconjurados, em certos casos mesmo, se tanto se afigurar necessário, tornando em crimes formalmente de dano tipos que, substancialmente, são na realidade de perigo ou mesmo de perigo abstracto.⁸¹ Decisiva é a opção legislativa de valorar ou não valorar tais comportamentos como crimes; onde, há que reconhecê-lo, se torna particularmente sensível a “questão da legitimação”, mas onde também, como ficou dito, não pode negar-se a existência de bens jurídicos colectivos dignos e necessitados de tutela penal. Uma vez legitimamente tomada a decisão de criminalização, não vejo onde tenham necessariamente de intervir “critérios atípicos de imputação” que ponham definitivamente em causa os princípios da legalidade e da culpa jurídico-penal.

4. Para além dos problemas acabados de enunciar, muitos outros estão a ser trazidos a debate no requisitório a favor de uma nova dogmática jurídico-penal do risco.

Assim, desde logo, o da *imputação subjectiva*, nomeadamente as questões relativas à comprovação do *dolo* e do *erro*, mas relativamente às quais a situação não me parece substancialmente diferente (e porventura, de certos pontos de vista, até menos complexa) do que a que esbocei a propósito da imputação objectiva.

É verdade, por outra parte, que a definição da *autoria* parece poder suscitar, no âmbito em consideração, problemas de grande complexidade. Mas também estes estão longe de ser desconhecidos, em particular no que toca aos crimes chamados, em geral, *crimes de organização*. O que vale por dizer que a dogmática que cultivamos possui já instrumentos capazes de uma evolução que responda em parte a problemas específicos do direito penal do risco, nomea-

(79) Critério que tem o seu arauto mais qualificado e produtivo em C. Roxin, pela primeira vez em “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht”, *Festschrift für Honig*, 1970, p. 133 e, por último, como na nota 5, § 11, B.

(80) Aprofundadamente sobre este ponto Kuhlen, como na nota 68, p. 715 *et seq.* Cf. também já Maria Fernanda Palma, “A teoria do crime como teoria da decisão penal”, *RPCC* 9, 1999, p. 549 *et seq.*

(81) Na demonstração e na conclusão, muito exactamente, também A. Silva Dias, como na nota 16, p. 27 *et seq.*

damente⁸² através da ideia da autoria mediata por via do *domínio-da-organização*. Em 1998, em Huelva, tive ocasião de participar, com Claus Roxin e Muñoz Conde, em um *atelier* onde a questão foi discutida no contexto da criminalidade organizada. Facilmente concordarei que nenhum dos participantes se atreveu a defender que a categoria do domínio-da-organização seria por si mesma suficiente para atalhar aos complexos e graves problemas que, relativamente àquela espécie de criminalidade, se suscitam em matéria de autoria; mas também nenhum fechou definitivamente a porta a um paulatino desenvolvimento do conceito e a uma sua aplicação alargada a domínios diferentes daqueles para os quais ele foi inicialmente pensado por Roxin.⁸³ Se neste lugar fizermos intervir, uma vez mais, a ideia de que a dogmática presente pensa a questão da autoria, de forma exclusiva, para o caso da responsabilidade penal individual, mas que importa agora pensá-la também, em termos só relativamente diferentes, para a hipótese da responsabilidade penal colectiva, creio que ficam abertas boas perspectivas para que também neste ponto se encontrem respostas adequadas sem se tornar necessária qualquer dogmática alternativa.

É exacto, ainda por outra parte, que uma fatia substancialíssima dos crimes de que se quer ocupar a dogmática do direito penal do risco serão crimes de *omissão* e, sobretudo, crimes de *negligência*, sob a forma de *negligência grave* ou *grosseira*. Isso torna necessário e urgente reconhecer algumas deficiências da dogmática que aí está e trabalhar afincadamente na sua superação; mas, uma vez mais, não me parece exigir qualquer “dogmática alternativa”. Quero desde logo, neste contexto, juntar a minha voz à de todos quantos proclamam que a diferença de ilícito e de culpa entre dolo eventual e negligência consciente mal se compadece com a insegurança, a indeterminação e a obscuridade – sobretudo no momento da aplicação prática do direito – que acompanham uma tal distinção e tenho, por isso, a mais clara consciência de ser este um dos pontos em que precisamos de saber muito mais.⁸⁴ Como importa, por outra banda, rever os

(82) E ainda aqui o mérito da concepção cabe por inteiro a C. Roxin, na sua obra fundamental *Täterschaft und Tatherrschaft*,¹ 1963, especialmente p. 242 *et seq.*

(83) Cf. respectivamente C. Roxin, “Problemas de autoria y participación en la criminalidad organizada”, *Revista Penal* 2, 1998, p. 61; J. de Figueiredo Dias, “Autoria y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el ‘dominio de la organización’”. *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*. Huelva : Universidad, 1999, p. 99 e como na nota 6, 1999, Cap. X; F. Muñoz Conde. “¿Dominio de la voluntad en virtud de aparatos de poder organizados en organizaciones ‘no desvinculadas del Derecho’?”, *Revista Penal* 6, 2000, p. 104. Cf. ainda entre nós, a propósito do crime de poluição, Anabela Rodrigues. *Comentário conimbricense do Código Penal*, II, Coimbra : Coimbra Editora, 2000, art. 279.º, § 30 *et seq.*

(84) Cf. já Maria Fernanda Palma, como na nota 44, p. 441 *et seq.* e como na nota 80, p. 562 *et seq.*

limites mínimos e máximos das molduras penais dos crimes de negligência, quando não considerar com maior atenção e menor preconceito a sugestão, já antiga, de criar, a propósito de certos tipos objectivos de ilícito, crimes negligentes *sui generis*, ou mesmo um *tertium genus* de delitos abrangentes do dolo eventual e da negligência consciente grosseira e dotados de molduras penais substancialmente agravadas.⁸⁵

Não sendo lícito levar mais longe a minha consideração, fico-me por aqui. Com a consciência de que outros âmbitos existem onde as especificidades da sociedade do risco podem suscitar ao direito penal total novos e interessantes problemas: o da tipologia das *sanções* e, em geral, o do *direito processual penal*, nomeadamente em tudo quanto respeita à definição da *vítima* e à admissibilidade e aos modos da sua participação no processo; o que, quanto a este último ponto, assume entre nós particular interesse, perante a figura (com tendências ainda incipientes e relativamente imprecisas de alargamento)⁸⁶ dos *assistentes* como exclusivos titulares do bem jurídico protegido pela incriminação. Discutir a possibilidade de esta figura ter também – em termos ainda a precisar – lugar relativamente a certos crimes cujo bem jurídico protegido seja de natureza supra-individual ou mesmo colectiva⁸⁷ é decerto uma tarefa que os anos próximos tornarão particularmente instante e mesmo inevitável.

V. Permitirão as considerações anteriores retirar delas uma conclusão definitiva relativamente à questão posta – à questão de saber se a protecção das gerações futuras, face aos grandes e novos riscos da sociedade pós-industrial, exige, paralelamente à superação indispensável do reino da razão técnico-instrumental calculadora, uma mudança do paradigma penal e, por esta via, uma nova política criminal e uma nova dogmática jurídico-penal?

Face ao que deixei dito sobre a situação espiritual da sociedade industrial contemporânea – que, insisto, foi claramente intuída no estudo de Rogério Soares que comecei por citar –, fácil é concluir que recuso por igual (embora por razões diversas e mesmo opostas) tanto uma acentuação funcionalista, empirista e eficientista do paradigma penal, que se sustentaria numa tentativa de reforçar e levar ainda mais longe o dogma da razão técnica instrumental; como uma radicalização da perspectiva individualista e liberal, que porventura conduziria, no fim, ao retorno a uma função *moral* atribuível ao direito penal. Os caminhos do futuro direito penal passam antes pela superação daquela razão técnica instrumental e, assim, pela redescoberta do axioma onto-antropológico

(85) Concorde A. Silva Dias, como na nota 16, p. 35 *et seq.*

(86) Cf. J. de Figueiredo Dias/Anabela Rodrigues. “A legitimidade da sociedade portuguesa de autores em processo penal”, na colectânea *Temas de direito de autor*, III, Lisboa : SPA, 1989, p. 107.

(87) Como se ensaia já no processo administrativo relativamente à questão da legitimidade: cf. por último, J. Eduardo Figueiredo Dias. *Tutela ambiental e contencioso administrativo*. Coimbra : Coimbra Editora, 1997, especialmente p. 179 *et seq.*

que preside à função penal, produtor de uma imagem do Homem com ser-com e ser-para os outros. Nisto reside a melhor protecção que o direito penal pode oferecer às gerações futuras, sem que para tanto precise de renunciar ao (ou modificar o) paradigma estabelecido pela modernidade.

O novo século e o novo milénio devem, em conclusão, assistir à persistência da função do direito penal de exclusiva tutela subsidiária de bens jurídico-penais tanto individuais e pessoais, como sociais e trans-pessoais; porque essa função é exigida pela persistência do ideário personalista, pelo património irrenunciável dos direitos humanos, numa palavra, pelo quadro axiológico de valores que nos acompanha desde o século XVIII e deve ser aperfeiçoado no futuro – mesmo num futuro onde tenha mudado radicalmente a relação entre o Homem e a Natureza. O direito penal deve continuar a resguardar-se de tentativas de instrumentalização como forma de governo, de propulsão e promoção de finalidades da política estadual, ou de tutela de ordenamentos morais – porque aí mesmo abica o movimento de secularização que se apresenta como um dos factores mais importantes de superação da razão instrumental. A dogmática penal deve evoluir, fornecendo ao aplicador critérios e instrumentos que não podem ser decerto os dos séculos passados como formas adequadas de resolver os problemas do século XXI,⁸⁸ mas sem por isso ceder à tentação de “dogmáticas alternativas” que podem, a todo o momento, volver-se em “alternativas à dogmática” incompatíveis com a regra do Estado de direito e, como tal, democraticamente ilegítimas.

Deste modo há o direito de esperar que os novos e grandes perigos da sociedade pós-industrial possam ser contidos dentro de limites ainda comunitariamente suportáveis, num quadro axiológico regido pelos valores da vida, da dignidade humana e da solidariedade; e comunitariamente suportáveis tanto por nós próprios, como pelas gerações futuras que temos todos o dever indeclinável de, dentro das nossas forças e da nossa previsão, proteger. Tal como Anselmo Borges,⁸⁹ lembro os versos de Hölderlin no poema *Patmos*: “Wo aber Gefahr ist, wächst/das Rettende auch”: “Mas onde há perigo/Cresce também o que salva”. Todavia, nem por ser assim ganhamos o direito à resignação, à comodidade das coisas feitas, à imobilidade preguiçosa sobre os resultados já alcançados, à indiferença perante a novidade e a transformação. Antes importa acrescentar o nosso contributo, nas belas palavras de Baptista Machado,⁹⁰ “ao de todos quantos habitam pertinho das coisas e não podem deixar de proclamar, olhando a história e a vida: *eppur si muove*”!

(88) Nestes termos Hirsch. “Strafrecht als Nittel zur Bekämpfung neuer Kriminalitätsformen”, in Kühne/Miyazawa. *Neue Strafrechtsentwicklungen in deutsch-japanischen Vergleich*. Köln : Heymann, 1995. p. 13.

(89) Como na nota 27, p. 24.

(90) J. Baptista Machado. Nota prévia à tradução portuguesa de Engisch. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa : Gulbenkian, 1964. p. LXIV.