



UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
LUÍS DE CAMÕES

DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO – ESPECIALIZAÇÃO
EM CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS

RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS COLECTIVAS:
UMA REVISITAÇÃO À LUZ DA TEORIA DO RISCO

DISSERTAÇÃO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE

ORIENTADOR: DOUTOR MÁRIO FERREIRA MONTE
MESTRANDO: HERMÍNIO CARLOS SILVA RODRIGUES

JANEIRO DE 2016

Para o Frederico.

O meu sincero agradecimento ao meu orientador, Sr. Doutor Mário Ferreira Monte, pelo impulso, constante incentivo e inestimável orientação no labor de progredir por esta vereda sinuosa que é a temática da responsabilidade penal das pessoas colectivas. Graças ao seu conselho avisado avançámos, uma e outra vez, nas horas de maior quebranto.

Aqui deixo uma palavra de apreço a todos os meus Professores, em especial ao Sr. Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, por cuja mão me apaixonei pelo direito penal.

Ex immo corde, o agradecimento devido aos meus Pais, Alfredo e Otília, à minha mulher, Josefa, ao José Barbosa da Costa, amigo de todas as horas, e à Patrícia Araújo, pelo exemplo que para mim foram e pelas lutas que travámos juntos. Sem eles, este trabalho não teria sido possível.

Por último, a devida contrição para contigo, Frederico, pelas brincadeiras que não tivemos. Como disse o poeta, este é *o livro que te deixo*.

RESUMO

A modernidade foi uma época de desencanto e de ruptura com a idiossincrasia medieval. Mas a felicidade baseada na crença racionalista na onnipotência do Homem foi curta. A emergência de riscos incalculáveis e incontroláveis, os *grandes e novos riscos*, tendo como pano de fundo a sociedade global, confrontou a humanidade com a inexorável falência da razão instrumental e calculadora em que assentaram os paradigmas da sociedade industrial. Na pós-modernidade, a crise da *fê inabalável* na capacidade do ser humano para prevenir danos e perigos face aos *riscos globais*, desencadeou uma *fuga para o direito penal*. Os cidadãos não reclamam já do Estado a protecção dos seus bens jurídicos individuais e a garantia de um mínimo ético, mas sim o garante do valor máximo da segurança. A sociedade pós-industrial tornou-se uma «sociedade do risco». Em consequência, novos movimentos sociais influenciam propostas tendentes à flexibilização das categorias dogmáticas tradicionais, numa clara deriva securitária marcada pelo abandono e substituição de princípios tão caros à matriz liberal do direito penal, como o da protecção exclusiva de bens jurídicos, da subsidiariedade e da mínima intervenção. Está em desenvolvimento um *direito penal do risco* cujo missão principal é a máxima eficácia na supressão das fontes de risco, redundando esse esforço numa intolerável antecipação da tutela penal. O direito penal tende a perder a sua finalidade material, representada pela protecção de bens jurídicos, para se funcionalizar à máxima eficácia preventiva e repressiva de comportamentos de risco. Mas há caminhos alternativos para responder às exigências da sociedade pós-moderna. Os novos riscos que nos ameaçam no quotidiano e que nos ameaçarão no futuro incidem, essencialmente, sobre as condições básicas da vida humana, sendo, então, bens jurídicos colectivos que, mais do que nunca, ascendem à dignidade penal. Por isso, o carácter instrumental e subsidiário do direito penal não é anacrónico. Por outro lado, os principais agentes propulsores dos grandes riscos para os bens jurídicos colectivos são os entes colectivos que actuam à escala global, constituindo uma criminalidade própria da «sociedade do risco». O combate à emergência e à concretização dos *grandes e novos riscos* passa, hoje, indubitavelmente, pela efectivação da responsabilidade penal de entes colectivos. Tal desiderato impõe, por certo, novas concepções político-criminais e dogmáticas. No entanto, pensamos que o direito penal do futuro, um direito para a «sociedade do risco», poderá, ainda e sempre, conceber-se dentro do ideário iluminista, conservando, no essencial, o seu carácter de *ultima ratio*.

Pós-modernidade; Risco; Responsabilidade; Entes colectivos.

ABSTRACT

Modernity has proved to be a time of disenchantment and rupture with the medieval idiosyncrasies. However, happiness based on the rationalist belief in the omnipotence of man was short. With the emergency of incalculable and uncontrollable risks, large and new risks, with global society as background, mankind was confronted with the inexorable collapse of instrumental reason, former paradigm of industrial society. In post-modernity, the crisis of unshakable faith in the ability of human beings to prevent damage and dangers facing global risks, triggered an urge towards criminal law. A citizen no longer appeals the state to protect their individual legal interests and to ensure an ethical minimum, but rather to ensure the maximum security value. The post-industrial society has become a "risk society". As a result, new social movements demanded the easing of traditional dogmatic categories, a clear security-drift marked by abandonment and replacement of principles dear to the liberal array of criminal law, as the exclusive protection of legal interests, subsidiarity and minimum intervention. It is now developing a criminal law for the global risk society, a criminal law which mission is the most effective elimination of the risk sources, resulting in an intolerable effort in anticipating the legal intervention. Criminal law tends to lose its custody purpose, represented by the protection of legal interests, becoming, more and more, a repressive instrument of risk behaviors. But there are alternative ways to meet the demands of the postmodern society. The new risks that threaten us in everyday life, and will threaten us in the future, focus mainly on the basic conditions of human life, thus, being collective legal interests that, more than ever, demand legal protection. Therefore, the instrumental and subsidiary nature of criminal law is not anachronistic. On the other hand, the agents that expose collective legal interests to harm are, mainly, collective entities that operate on a global scale, forming its own 'risk society' criminality. Now-a-days, the fight against the emerging new risks passes, undoubtedly, by the enforcement of criminal liability of collective entities. This aim requires, of course, new criminal policies and dogmatic views. However, we think the criminal law of the future, a criminal law to the 'risk society' may still be conceived within the liberal and rational ideals, maintaining its character as a last resort.

Post-modernity; Risk; Liability; Corporations

ÍNDICE GERAL

DEDICATÓRIA.....	2
AGRADECIMENTOS.....	3
RESUMO.....	4
ABSTRACT.....	5
ABREVIATURAS.....	8
SIGLAS.....	9

INTRODUÇÃO

A. PROBLEMA.....	11
B. SISTEMATIZAÇÃO.....	14

CAPÍTULO I

A INCURSÃO DO DIREITO PENAL NOS DOMÍNIOS DO RISCO

1. Globalização, «sociedade do risco» e a <i>fuga para o direito penal</i>	16
2. A (provável) falência dos modelos actuais perante a realidade emergente.....	21
3. Um direito penal para a «sociedade do risco»: perspectivas doutrinárias.....	24
3.1. <i>A Escola de Frankfurt</i>	25
3.2. “ <i>Actuarial Justice</i> ”: a tendência securitária norte-americana.....	35
3.3. SILVA-SÁNCHEZ: um direito penal “ <i>a duas (ou três) velocidades</i> ”.....	38

CAPÍTULO II

SOBREVIVÊNCIA DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO NUM PARADIGMA PENAL PARA A SOCIEDADE DO RISCO

1. Adequação do paradigma penal à «sociedade do risco»	40
2. Ainda o carácter instrumental do direito penal no contexto da pós-modernidade?.....	43
3. Teorias explicativas do bem jurídico como <i>topos</i> do direito penal moderno.....	45
3.1. Teoria monista-pessoal dos bens jurídicos.....	45
3.2. Teoria personalista dos bens jurídicos <i>supra-individuais</i>	47

3.3. Teoria dos bens jurídicos «meios» ou instrumentais.....	48
3.4. Teoria dos bens jurídicos colectivos.....	49
3.5. STRATENWERTH: A protecção de contextos da vida enquanto tais.....	50
4. Um caminho: os delitos cumulativos como crimes de perigo abstracto.....	51
5. A sobrevivência do conceito de bem jurídico: uma abordagem crítica sobre o papel do bem jurídico no direito penal do futuro.....	56

CAPÍTULO III

ENTES COLECTIVOS: OS NOVOS AGENTES DO CRIME

1. A globalização e a criminogénese no âmbito das organizações.....	59
2. Entes colectivos e criminalidade (altamente) organizada: traços de um paralelismo.....	63
3. Os entes colectivos como agentes de condutas abrangidas pela categoria criminológica do <i>white-collar crime</i>	66
4. A emergência de uma nova <i>subcultura delinquente</i>	72

CAPÍTULO IV

NECESSIDADE POLÍTICO-CRIMINAL DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DAS PESSOAS COLECTIVAS

1. Introdução.....	81
2. Imperativos de política criminal.....	82
3. A insuficiência e inadequação dos modelos tradicionais de imputação.....	87
CONCLUSÃO.....	94
BIBLIOGRAFIA.....	103

ABREVIATURAS

cfr.	- Conferir
cit.	- Citado
coord.	- Coordenado
CPenal	- Código Penal
D.L.	- Decreto-Lei
ed. policop.	- Edição policopiada
etc.	- <i>Et caetera</i>
f.	- Folhas
i.e.	- Isto é
n.º	- Número
Op. cit.	- Obra citada
org.	- Organizado
p.	- Página
p. ex.	- Por exemplo
pp.	- Páginas
séc.	- Século
ss.	- Seguintes
trad.	- Traduzido
vol.	- Volume

SIGLAS

AA.VV.	- <i>Autori Vari</i>
AAFDL	- Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
AIDP	- Associação Internacional de Direito Penal
BFD	- Boletim da Faculdade de Direito
CEDOUA	- Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente
CEJ	- Centro de Estudos Judiciários
CIIDPE	- <i>Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico</i>
DAESH	- <i>al-Dawla al-Islamiya fi al-Iraq wa al-Sham</i>
ETA	- <i>Euskadi Ta Askatasuna</i>
FARC	- <i>Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia</i>
FDUC	- Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
IBCCRIM	- Instituto Brasileiro de Ciências Criminais
IDPEE	- Instituto de Direito Penal Económico e Europeu
IRA	- Ireland Republican Army
ISIL / ISIS	- <i>Islamic State of Iraq and the Levant / Islamic State of Iraq and Syria</i>
ONG	- Organização Não Governamental
ONU	- Organização das Nações Unidas
PIB	- Produto Interno Bruto
RCEJ	- Revista do Centro de Estudos Judiciários
RDE	- Revista de Direito e Economia
RMP	- Revista do Ministério Público
ROA	- Revista da Ordem dos Advogados
RPCC	- Revista Portuguesa de Ciências Criminais

“Hard Times (For These Times)”.

Charles DICKENS

*“Criminalidade e medo da criminalidade
marcam a contemporaneidade. A Globalização é
o seu cenário.”*

Anabela MIRANDA RODRIGUES, *Política
Criminal – Novos Desafios, Velhos Rumos.*

*“El ciudadano anónimo se dice: “nos están
«matando», pero no acabamos de saber a
ciencia cierta ni quién, ni cómo, ni a qué ritmo.”*

SILVA-SÁNCHEZ, *La Expansión del
Derecho Penal.*

INTRODUÇÃO

A. Problema

A temática da responsabilidade penal das pessoas colectivas não é recente. É uma questão que remonta à década de sessenta do séc. XX¹. No entanto, nunca, até hoje, houve consenso na doutrina acerca da sua admissibilidade em face de princípios básicos da dogmática da infracção criminal, nem, entre aqueles que a admitem, acordo acerca dos seus pressupostos.

No contexto da sociedade pós-industrial e pós-moderna em que vivemos, colocam-se novos desafios para o direito penal, pelo qual as sociedades clamam e ao qual, por conseguinte, os estados recorrem cada vez mais no sentido de dar resposta aos “novos e grandes riscos” emergentes, geradores da chamada «sociedade do risco» (expressão cunhada por Ulrich BECK), muitas das vezes ultrapassando os próprios limites da sua função de protecção exclusiva de bens jurídicos. Este ramo do direito, de natureza eminentemente subsidiária, é, demasiadas vezes, funcionalizado a programas de política criminal securitária, cujo escopo principal é o de garantir a segurança e a paz social, recorrendo a soluções de clara antecipação da tutela penal, esquecendo os princípios do direito penal do facto. Tal tendência deriva da emergência de novos bens jurídicos que, ao contrário do bem jurídico do paradigma penal iluminista, não possuem um substrato onto-antropológico imediato. Falamos dos bens jurídicos colectivos, cujo perigo de lesão não provem das condutas individualmente consideradas, mas dos comportamentos em massa. Daí que a sua protecção seja, tendencialmente, garantida por uma nova construção jurídica – os delitos de acumulação, crimes em que o desvalor da acção não está no resultado dano/perigo concreto, mas na perigosidade da conduta individual que, praticada em massa, lesa o bem jurídico colectivo.

Um dos mais sérios desafios que se colocam ao direito penal nesta era pós-moderna provém da emergência de novos actores na cena do crime. Diversa é a sua natureza e diversas são as formas do seu agir penalmente relevante. Os entes colectivos colocam à prova a dogmática penal, em particular as categorias da acção e da culpa, ao envolverem fenómenos

¹ Apontamos a década de sessenta, muito embora o problema pudesse já colocar-se a partir da teoria do *white-collar crime* de SUTHERLAND, particularmente no que concerne ao *corporate crime*. O autor chama atenção para o facto de que os criminosos podem ser (e são) pessoas singulares e colectivas bem inseridas na comunidade, que não apresentam qualquer factor determinante do ponto de vista psicossociológico para a delinquência, mas que são, muitas vezes, aqueles que maior dano social causam com a sua actuação. A interrogação sobre um modelo de prevenção e/ou de repressão que tenha em conta a dimensão colectiva do crime de colarinho branco pressupõe uma interrogação prévia sobre a possibilidade de as pessoas jurídicas serem agentes de crime.

criminógenos em complexas estruturas de poder onde a estratificação dos níveis de decisão facilita a diluição de responsabilidades, tornando praticamente impossível distinguir quem é o cérebro por detrás da resolução criminosa, e impossibilitando que, na maioria dos casos, as penas aplicadas aos titulares dos órgãos dos entes colectivos possam sortir os seus efeitos, dada a complexidade das teias de poder e a indiferenciação e fungibilidade do indivíduo perante a organização.

Usa dizer-se que vivemos numa sociedade global. Não foi só a sociedade que se globalizou. Com ela, também o crime se tornou global. Verifica-se uma “multiplicação da criminalidade organizada em redes altamente densificadas que percorrem todos os sectores da sociedade”². Perante o sentimento global de insegurança que as transformações sociais trouxeram, principalmente no decorrer de acontecimentos como o «11 de Setembro» e com o emergir do terrorismo como nova ameaça global, ocorre o movimento de «fuga para o direito penal». Este encara agora a sua prova de fogo. Nunca como agora o direito penal foi posto à prova. Dele se esperam respostas rápidas e eficazes.

Neste contexto, ao direito penal de cariz liberal, cujo paradigma antropológico iluminista coloca o ser humano individualmente considerado como medida da dogmática jurídico-penal, exige-se a superação dessa dogmática antropológicamente fundada. Não são poucos os que apontam a insuficiência do modelo individual da responsabilidade penal para colmatar as necessidades de uma política criminal da «sociedade do risco». Estruturada segundo um modelo individual de culpa, a teoria da infracção criminal encerra pressupostos que apenas são susceptíveis de ser preenchidos por uma dimensão antropológica do agir, na medida em que se baseia na vontade livre e na consciência do ilícito para fazer incidir um juízo ético-jurídico de reprovação sobre o agente.

Com a Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro, o legislador português pôs termo a uma posição de alguma relutância de ordem político-criminal e de hesitações técnico-legislativas no tocante à responsabilidade criminal dos entes colectivos. Na esteira das opções que, nos últimos vinte e cinco anos, tem tomado no âmbito do direito penal secundário, em alguns aspectos do direito penal da empresa e, ao nível contra-ordenacional, no seio do direito administrativo sancionatório, o legislador consagrou a responsabilidade penal dos entes colectivos agora também no âmbito do direito penal clássico ou de justiça.

Não obstante, é hoje um facto (afirmado pelo próprio legislador) que os entes colectivos são agentes de crime, com responsabilidade penal verdadeira e própria, capazes de ofender

² Paulo S. FERNANDES, *Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal*, Almedina, Coimbra, 2001.

também os bens jurídicos relacionados com direitos, liberdades e garantias individuais e já não apenas bens jurídicos instituídos por direitos económicos sociais e culturais constitucionalmente consagrados.

Deste modo, embora longe de ser novidade, a matéria suscita, hoje, uma outra reflexão. A admissão inequívoca dos entes colectivos como agentes do crime à luz do Código Penal implica o repensar de todo o sistema jurídico-penal até então construído à luz de um modelo estritamente antropológico da responsabilidade penal. Envolve também a necessidade de reequacionar outras soluções consagradas em direito penal secundário, não inteiramente compagináveis com a nova formulação do art.º 11.º do Código Penal.

Num momento que é, ainda, de viragem para o nosso direito penal, é importante, contextualizando o problema na temática mais vasta do «sociedade de risco» e no âmbito dos novos desafios que se põem ao direito penal, passar em revista as mais relevantes teorias acerca dos novos rumos que o direito penal deverá seguir no futuro próximo, recordando os seus princípios fundamentais e apontando as suas insuficiências face ao estado actual da problemática objecto da investigação. Os entes colectivos, como novos agentes do crime na sociedade pós-industrial e pós-moderna colocam especiais dificuldades ao direito penal. Impõe-se, hoje, um repensar das funções do direito penal num contexto assumidamente diverso daquele em que os seus contornos actuais foram talhados, passando esse esforço por uma séria tentativa de superação das questões controvertidas acerca das categorias dogmáticas, o que poderá passar pela mudança radical de paradigma de imputação jurídico-penal, ou apenas pela construção de uma nova dogmática exclusiva para os entes colectivos. Não é nosso objectivo apontar caminhos concretos para a concepção de novos paradigmas dogmáticos. Tal desiderato transcende a brevidade e superficialidade de um trabalho desta natureza. Outrossim, pretendemos revisitar o problema do futuro do direito penal no contexto da sociedade pós-moderna: a «sociedade do risco». Pensamos que um dos problemas mais candentes que o direito penal terá de resolver a breve prazo é o da mudança radical da tipologia dos agentes, pois é, justamente, essa nova tipologia que levará a política criminal a sujeitar o direito penal a autênticos testes de *stress*.

B. Sistematização

O nosso trabalho está estruturado em quatro capítulos. No primeiro capítulo, situamos a problemática no contexto mais vasto em que se desenvolve: a sociedade pós-moderna e pós-industrial que BECK chamou de «sociedade do risco». Nesta nova ordenação social, o direito penal é chamado a novas tarefas das quais esteve, tradicionalmente, arredado. Com a superação da crença outrora inabalável na técnica e na ciência, que julgávamos capazes de prever e controlar todos os riscos, surge a consciencialização de que a maioria das actividades que sustentam o nível de bem-estar e progresso que o ser humano logrou atingir no séc. XXI comportam a assunção de riscos que o Homem não consegue, de facto, controlar e que, quando se concretizam, provocam verdadeiras catástrofes ambientais, económicas e, por tudo isso, também humanas. O direito penal tem sido chamado a dar resposta na prevenção e repressão desses “*grandes e novos riscos*”, verificando-se, segundo alguma doutrina, uma autêntica «*fuga para o direito penal*». Significa isto que o direito penal é cada vez menos subsidiário nesta sociedade emergente. Mas significa, também, que esta intervenção em problemas que lhe eram, até há pouco, estranhos, coloca desafios prementes que evidenciam a desadequação dos modelos tradicionais de raiz iluminista, liberal e humanista, tão caros ao direito penal. Por isso, como último ponto deste primeiro capítulo, abordamos algumas das propostas mais significativas que a doutrina tem avançado para a superação dos modelos tradicionais, no sentido de dar resposta aos novos desafios colocados pela «sociedade do risco».

No segundo capítulo procuramos demonstrar o perigo de funcionalização e de deriva securitária que o chamamento do direito penal ao controlo dos «grandes e novos riscos» importa. Muitas das propostas avançadas pela doutrina, bem como algumas das soluções adoptadas pelo legislador, deixam transparecer uma tendência para uma brutal antecipação da tutela penal a meros estádios de risco, havendo mesmo autores que propugnam o abandono do carácter instrumental do direito penal. Perante estas tendências, pensamos ser curial reafirmar que um direito penal para a «sociedade do risco» não poderá deixar de ter como referente e justificação fundamental para a sua intervenção o conceito de bem jurídico. Só a lesão ou a colocação em perigo de interesses e valores fundamentais de uma dada comunidade poderá justificar a restrição de direitos e liberdades fundamentais. No contexto da aludida sociedade pós-moderna, a protecção de bens jurídicos colectivos, ou supra-individuais, contra o fenómeno que tem vindo a ser designado como delito de acumulação assume especial relevância como tarefa primordial do direito penal do futuro.

No terceiro capítulo, abordamos uma nova forma de criminalidade, produto da actuação das organizações transnacionais à escala global: a específica criminalidade das organizações, ou, como designam CLINARD e QUINNEY, *corporate crime*. Procuraremos demonstrar que, nesta nova sociedade, global e globalizante, emerge um novo tipo de agente criminoso e, por conseguinte, um novo tipo de criminalidade altamente organizada subsumível na categoria criminológica *white collar crime* (SUTHERLAND), com características tão próprias que justificam mesmo que a consideramos uma espécie de nova *subcultura delinquente*.

No capítulo quarto apontaremos as razões que sustentam a afirmação da necessidade político-criminal de um rompimento definitivo com o dogma da irresponsabilidade penal de entes colectivos. Por outro lado, procuraremos demonstrar a inadequação dos modelos tradicionais de imputação penal para efectivar a responsabilização penal de entes colectivos, dada a complexidade das estruturas humanas, altamente hierarquizadas e marcadas pela multiplicação de níveis de responsabilidade, o que faz com que seja muito difícil (senão impossível) apontar um autor ou um participante dentro dessas estruturas.

CAPÍTULO I

A INCURSÃO DO DIREITO PENAL NOS DOMÍNIOS DO RISCO

“Angst und Unsicherheit (sind) zum Thema des 20. Jahrhunderts geworden.”³

PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*.

1. Globalização, «sociedade do risco» e a fuga para o direito penal

Tem sido frequente, na esteira de BECK, qualificar a sociedade pós-industrial, *multicomplexa*, global (ou globalizante) como uma «sociedade de risco» (*Risikogesellschaft*).⁴ Nas palavras de Mário FERREIRA MONTE⁵, “trata-se de um fenómeno hodierno emergente da sociedade pós-moderna, pós-industrial, caracterizada fundamentalmente pela imprevisibilidade, pelo risco ou, *rectius*, o aparecimento de novos riscos, a insegurança, a globalização, a integração supranacional^{6,7}, a identificação dos agentes com as vítimas, a identificação da maioria social com a vítima⁸, o predomínio do económico sobre o político, o reforço da criminalidade organizada, o descrédito nas instâncias de protecção, a maior relevância do crime «macro-social», etc.” Diz-nos FIGUEIREDO DIAS⁹ que este fenómeno “anuncia o fim de uma sociedade industrial (...) e a sua substituição por uma sociedade

³ “O medo e a incerteza tornaram-se o tema dominante do séc. XX”.

⁴ Ulrich BECK, *La Sociedad del Riesgo. Hacia una Nueva Modernidad*, Paidós, 1998, *apud*, Paulo S. FERNANDES, *Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 34.

⁵ Mário FERREIRA MONTE, *O Futuro tem Direito Penal? O Direito Penal tem futuro? Apontamento introdutório à obra de Paulo S. FERNANDES, Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal*, Almedina, Coimbra, 2001.

⁶ Cfr. Francisco LUCAS PIRES, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 11 e ss.

⁷ Impressionantes são as palavras de Augusto SILVA DIAS (*Protecção Jurídico-Penal dos Interesses dos Consumidores*): “Os novos riscos, pelo seu carácter global e inapreensível, atacam as auto-evidências do nosso mundo da vida, pois escapam à nossa percepção quotidiana e quebram seguranças indispensáveis à integração e coesão sociais”. Observa José Manuel PUREZA (*O Património Comum da Humanidade – Rumo a um Direito Internacional da Solidariedade*, Afrontamento, Lisboa, 1998, p. 17): “a mudança em que estamos hoje envolvidos” parece “realizar-se no sentido de um progressivo abandono da descentralização territorial e de um regresso a uma forma de direcção central (ou global) desterritorializada. O esvaziamento da capacidade regulatória do Estado-nação face às novas dimensão e natureza dos fluxos comerciais, monetários ou de pessoas e face a todos os novos fenómenos de dimensão global, e o povoamento da paisagem internacional por entidades não estatais de alcance transnacional, demonstram-no claramente.”

⁸ Cfr., sobre a temática, Jesús María SILVA-SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 52 e ss.

⁹ Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral – Tomo I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 127 e ss.

exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a acção humana, as mais das vezes anónima, se revela susceptível de produzir riscos globais ou tendendo para tal”.

O tempo em que vivemos assiste à erosão dos princípios do Estado de Direito social e à expansão universal da lógica do mercado e da racionalidade que lhe subjaz. O desenvolvimento desmedido, norteado pela busca incessante do progresso e orientado por uma «racionalidade calculadora e instrumental», conduz à crescente tecnificação, cientificação, economização, burocratização e juridificação do mundo e faz surgir uma nova espécie de riscos: os chamados “grandes e novos riscos”¹⁰, aqueles que ameaçam as sociedades pós-industriais e cuja verificação não pode ser antecipada pela razão calculadora de riscos, nem travada nos seus «macro efeitos» pelas técnicas actuais.

GIDDENS considera que a globalização gerou uma sociedade global marcada pela “intersecção da presença e da ausência”¹¹, uma pós-modernidade caracterizada pelo “entrelaçamento de eventos sociais e relações sociais que estão à distância de contextos locais”¹², fenómeno esse só possível pelos avanços tecnológicos, mormente no que concerne aos meios de comunicação. Não restam dúvidas de que esse fenómeno sociopolítico trouxe progressos à humanidade. No entanto, tal aproximação de povos e culturas num grande espaço de contacto e miscigenação a todos os níveis, trouxe riscos desconhecidos e, consequentemente, as sociedades tendem para a incerteza, a insegurança e a instabilidade.

Ora, esta nova realidade, a de um mundo em constante aceleração e mutação, obliterando com uma velocidade vertiginosa todas as estruturas que possibilitavam um controle mínimo dos acontecimentos¹³, arrasta consigo a noção de que a tecnociência, outrora panaceia para tantas agruras do viver humano, pode afinal ser um factor de destruição incontrolável. O novo paradigma¹⁴ talhado por BECK¹⁵, chama a atenção, precisamente, para o lado mais pernicioso do desenfreado desenvolvimento da técnica (aquilo a que expressivamente chama “*o lado obscuro do progresso*”), com a falácia consequente do seu sistema de cálculo de riscos, o que implica consequências negativas susceptíveis de fazer

¹⁰ Ulrich BECK, *ibidem*.

¹¹ Anthony GIDDENS, *As Consequências da Modernidade*, Celta, Lisboa, 1992, p. 27.

¹² *Idem*, *ibidem*.

¹³ Refere Paulo S. FERNANDES (*Op. cit.*, p. 35) que “decisões de peso em matéria de ambiente, economia, ou armamento, são hoje tomadas à escala internacional, se não mesmo mundial, dada a capacidade de tais decisões poder vir a afectar, se não todos os estados envolvidos, pelo menos uma significativa parte deles.”

¹⁴ Guindando à noção de paradigma a caracterização feita por BECK, pronuncia-se Rodrigo CARDOZO POZO (*Bases de La Política Criminal e Protección Penal de la Seguridad Vial*, Universidad de Salamanca, 2009, 509 f., tese de doutoramento, p. 106): “*Esa sociedad del riesgo, cuya denominación a partir de la obra de BECK alcanzó el carácter de «paradigma» y, por lo mismo, una nueva plataforma para ver y comprender la sociedad*”.

¹⁵ Ulrich BECK, *Op. cit.* p. 46.

perigar a continuidade da própria sociedade, enquanto estrutura organizatória da convivência entre os humanos. Como afirma BECK¹⁶, as sociedades modernas confrontam-se com os fundamentos e limites do seu próprio modelo e, ao mesmo tempo que conservam as suas estruturas, não reflectem sobre os seus efeitos. É a dimensão esmagadora dos efeitos secundários de longo prazo que faz com que a sociedade pós-industrial tome consciência dos grandes riscos promovidos pela sua racionalidade fundante e se transforme em uma “sociedade do risco», num processo a que BECK chama de “modernização reflexiva”¹⁷.

A sociedade pós-industrial é obrigada a tomar consciência da globalidade e incontrollabilidade dos grandes riscos reconhecendo que a assunção do risco social, económico, ambiental, biológico, de saúde pública, advém necessariamente do próprio processo de modernização que, dado o contexto global em que se processa, faz com que os efeitos nocivos de tal processo se manifestem globalmente e a longo prazo, irrompendo de modo automático e irreflectido. A este propósito reflecte FIGUEIREDO DIAS¹⁸: “Perante esta situação, ao pensamento, à ciência, à acção, exige-se que dêem passos radicais: trata-se de ganhar a consciência, porventura dolorosa, de que a crença na razão técnico-instrumental calculadora morreu. Esta crença filha da racionalidade que nos iluminou durante três séculos, trouxe um progresso espiritual e material espantoso à humanidade e lhe deixou um legado irrenunciável de razão crítica, de secularização, de direitos humanos; mas que ao mesmo tempo a colocou nos becos sem saída do modelo do *homo economicus* e da crença ingénua no progresso material ilimitado. Não é preciso indicar outros exemplos que o da terrível crise ecológica actual para oferecer base incontroversa a esta afirmação”.

Pode, é certo, perguntar-se se a sociedade não terá sido sempre uma sociedade de riscos, se os riscos não são intemporais e inerentes ao decurso da vida e às decisões tomadas?¹⁹ Não viveremos, ao invés, num tempo caracterizado por uma redução dos riscos e por um aumento da confiança nas soluções da técnica e da ciência? JAKOBS afirma que “não é possível uma sociedade sem riscos”²⁰. Em resultado da realidade socioeconómica e cultural dos novos tempos, a vida é uma sucessão aleatória de acontecimentos que implica a criação de novos riscos e o agravamento de outros já existentes, em decorrência dos avanços tecnológicos da

¹⁶ Ulrich BECK, *Die Erfindung des Politischen*, apud Augusto SILVA DIAS, *Protecção Jurídico-Penal dos Interesses dos Consumidores*, ed. policop., IDPEE, Coimbra, 2001.

¹⁷ Ulrich BECK, *D’Une Théorie Critique de la Société*, p. 338 e ss., apud Augusto SILVA DIAS, *Op. cit.* p. 4.

¹⁸ Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *O Papel do Direito Penal na Protecção das Gerações Futuras*, in: *Direito Penal Económico e Europeu – Textos Doutrinários*, IDPEE, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

¹⁹ Sobre esta questão, aponta PRITTWITZ (*Strafrecht und Risiko*, p. 318 apud SILVA SÁNCHEZ. *Op. cit.*, p. 57, nota 119.): “así, no es sólo que en la sociedad del riesgo se incrementen los riesgos, sino que lo que varía sobre todo es el conocimiento y la «percepción» de dichos riesgos.”

²⁰ Günther JAKOBS, apud Jesus María SILVA-SÁNCHEZ, *Op. cit.*, p. 58.

modernidade, sobretudo ao nível da electrónica, da informática e da cibernética, mas também (e com um carácter que suscita alguma apreensão) ao nível da biogenética. Tal percepção provoca uma omnipresente sensação de insegurança²¹. No entanto, uma parte significativa desses riscos são inerentes à socialização e, muito embora devam ser enquadrados normativamente pelo Estado, haverão de ser suportados, dentro de limites razoáveis, atenta a sua utilidade social. O Direito não toma em conta os riscos mínimos socialmente adequados que estão implícitos na vivência quotidiana. Conclui-se, pois, que certos riscos, por serem inerentes a actividades socialmente úteis, são tolerados, desde que o seu potencial de concretização seja mantido dentro de níveis considerados seguros.²² Já se ofenderem bens jurídicos ou valores essenciais da comunidade em grau que excede o necessário para a sobrevivência da própria sociedade, são alvo da tentativa de contenção, ou mesmo supressão, por parte do ordenamento jurídico. Estes «*novos riscos*» são denominados por BECK como riscos da segunda modernidade para os distinguir dos riscos calculáveis e controláveis criados pela sociedade industrial do séc. XIX, eventualmente expandidos no séc. XX pela teoria do risco permitido como resposta à utilidade social de algumas actividades perigosas e às adaptações na teoria da imputação objectiva que essa resposta exigiu.

Esta «sociedade do risco» traz, então, um outro dado novo: a diferenciação entre *risco* e *perigo*, noções não inteiramente coincidentes. A potenciação dos novos riscos decorre sempre de decisões humanas, podendo perspectivar-se como auto-agressões da sociedade sobre si mesma, já os perigos, enquanto dramas humanos, não resultam de decisões baseadas em critérios de oportunidade técnico-económica²³. Conforme aponta LUHMANN²⁴, vivemos

²¹ Diz SILVA-SÁNCHEZ (*La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales...*, cit., p. 37): “...la vivencia subjetiva de los riesgos es claramente superior a la propia existencia objetiva de los mismos. Expresado de otro modo, existe una elevadísima sensibilidad al riesgo”. No mesmo sentido, cfr. José BRANDARIZ GARCÍA, *Política Criminal de la Exclusión*, Comares Granada, 2007, pp. 53-65.

²² Segundo Augusto SILVA DIAS, podemos apontar cinco características fundamentais dos novos riscos que os distinguem dos anteriores: em primeiro lugar, resultam de causas não intencionais, de processo de irreflexão; em segundo, o seu carácter global e transgeracional, que lhes não permite uma contextualização precisa num espaço e num tempo; em terceiro, esses riscos não podem ser controlados e reabsorvidos pela sociedade através dos institutos do seguro e da previdência; as suas específicas características que provocam uma acentuada dificuldade do seu enquadramento e compreensão por parte das categorias dogmáticas tradicionais da infracção criminal; por último, a própria dificuldade da percepção desses mesmos riscos por parte da sociedade, uma vez que, tendencialmente, os seus efeitos fazem-se sentir em relação a interesses difusos ou a bens jurídicos colectivos. Cfr. Augusto SILVA DIAS, *Delicta in se e delicta mere prohibita...*, cit., FDUL, Lisboa, 2003, pp. 230 e ss.

²³ Como adverte Augusto SILVA DIAS, (*Protecção Jurídico-Penal do Interesses dos Consumidores*, Op. cit., p. 5), as grandes catástrofes naturais do passado, de que são exemplo as epidemias que dizimaram milhões de pessoas na idade média e mesmo ainda na 1ª metade do séc. XX, não resultam de riscos, mas sim de perigos próprios da impotência do Homem perante a força da Natureza. Esses perigos foram sendo convertidos em riscos calculáveis com o progresso da ciência e da técnica.

²⁴ LUHMANN, *Risk: A Sociological Theory*, p.23, apud Paulo S. FERNANDES, Op. cit., p. 50.

actualmente em um contexto societário no qual se perspectiva o futuro com base numa lógica do «risco das decisões». O risco é um elemento das decisões, as quais só podem ser tomadas no presente, sendo o risco “uma forma de descrição presente do futuro, desde o ponto de vista de que, tendo em conta os riscos, é possível optar por uma via alternativa.”²⁵ E este problema do “risco das decisões” pode tornar-se exponencial à medida que mais decisões são tomadas em cadeia, como consequência umas das outras.

O efeito Globalização acarreta para este contexto outro elemento decisivo para a incontrollabilidade dos novos riscos: a sua ubiquidade. Hoje, ao contrário dos primeiros tempos do progresso da tecnociência nas sociedades pré-industrial e industrial, os riscos não são delimitáveis a um espaço e a um tempo, “os seus efeitos expandem-se por extensões consideráveis do planeta, arrastam-se por períodos mais ou menos longos e impossibilitam a determinação do círculo dos afectados”²⁶. A este respeito, refere-se BECK²⁷ ao fenómeno que designa por «efeito boomerang», processo através do qual agentes do crime e vítimas do mesmo se confundem pela indeterminação do espaço em que os efeitos nocivos se fazem sentir e pela absoluta imprevisibilidade do número de pessoas que poderão afectar. Também a este propósito diz Paulo S. FERNANDES²⁸, muito expressivamente, que “é caso para dizer que a sociedade do risco coloca por terra todas as distinções e (...) formula uma síntese do mundo, retirando-a precisamente de esbatidas teses e antíteses naturais-culturais.”²⁹ Daí que, como nota Susana AIRES DE SOUSA³⁰, haja uma tendência para controlar os novos riscos através de uma atitude colectiva positiva, respaldada no alargamento do catálogo de crimes de comissão por omissão. Recordemos as palavras de Bill Clinton, proferidas no seu discurso por ocasião do 50.º aniversário da ONU: “Na nossa aldeia global, o progresso pode espalhar-se rapidamente, mas os problemas também. Um problema no limite extremo da cidade cedo se torna uma praga em casa de cada um”.³¹

²⁵ LUHMANN, *Observaciones de la Modernidad*, apud Paulo S. FERNANDES, *ibidem*.

²⁶ Augusto SILVA DIAS, *Op. cit.*, p. 4.

²⁷ Ulrich BECK, apud Augusto SILVA DIAS, *ibidem*.

²⁸ Paulo S. FERNANDES, *Op. cit.*, p. 69.

²⁹ Realidade esta que contrasta com aquela descrita por DUPUY (apud José Manuel PUREZA, *Op. cit.*, p. 25): “Vasto mundo, rico em países longínquos, vivendo na feliz ignorância uns dos outros”.

³⁰ Susana AIRES DE SOUSA, *Os Crimes Fiscais...*, cit., Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 203.

³¹ Bill CLINTON, apud Paulo S. FERNANDES, *Op. cit.*, p. 37.

2. A (provável) falência dos modelos actuais perante a realidade emergente

Começamos, hoje, a questionar-nos se, na verdade, a amplitude e incontroabilidade dos efeitos da decisão técnica, económica e científica, não tornarão inadequadas as categorias jurídicas tradicionais pensadas segundo um modelo liberal, ancorado no modelo do “Contrato Social”, fundamento de princípios jurídico-penais essenciais, como o princípio da função exclusivamente protectora de bens jurídicos (marcadamente individuais) e o princípio da subsidiariedade³². Por outro lado, questionam-se os autores se não terá o direito penal do futuro de abandonar este paradigma jurídico-político do individualismo liberal em favor de critérios puramente funcionalista de uma político-criminal securitária³³. Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS³⁴: “No momento presente, porém, começa a perguntar-se com insistência crescente, se um tal paradigma terá capacidade para persistir no século que iniciámos. Ou se, pelo contrário, existem no horizonte sinais de uma nova *revolutio* nas concepções básicas, nomeadamente no que toca às finalidades a assinalar à aplicação das penas e das medidas de segurança e, em definitivo, à função do direito penal no sistema social.”

O direito penal transformar-se-á em «*direito penal do risco*» quando colocar a criação ou o aumento dos riscos no centro das reflexões dogmáticas. Na tentativa de se moldar à nova «sociedade de risco», a dogmática penal e a política criminal passam a admitir novos candidatos no círculo de bens jurídicos, a reduzir a fronteira entre o comportamento punível e não punível, a reduzir as exigências de censurabilidade, a flexibilizar os critérios de imputação etc. O «*direito penal do risco*» rejeita, deste modo, o modelo do «*direito penal do resultado*», que actua repressivamente, após a conformação do dano, sendo mais conveniente a este modelo criminal, a antecipação da protecção penal a esferas anteriores, em certos casos, ao dano e ao próprio perigo concreto.

³²A este propósito, observa Cláudia SANTOS (*O crime ambiental: crime organizacional ou crime organizado*, in: *CEDOUA – Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, Ano III, n.º2, 2002, pp. 83): “de facto, o desenvolvimento económico interliga-se aos processos científicos e tecnológicos e o mundo dos negócios (...) escapa ao controlo de todos os que não possuírem os conhecimentos muito específicos inerentes ao exercício de cada actividade. E, sendo a evolução, a este nível, constante, a rapidez com que tudo muda faz com que as instâncias de controlo acabem por estar, quase sempre, um passo atrás.”

³³Nas palavras de Manuel CANCIO MELIÁ (Günter JAKOBS; Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del Enemigo*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2003, p. 60): “*Los cambios frente a la praxis político-criminal que ha sido la habitual hasta el momento, no solo se refieren a los tiempos y las formas, sino que también en los contenidos van alcanzando paulatinamente tal grado de intensidad que se impone formular la sospecha (...) de que asistimos a un cambio estructural de orientación.*”

³⁴Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral – Tomo I - Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 127.

O direito penal nunca foi um repositório de paradigmas incontroversos. Já na segunda metade do séc. XX o direito penal sofreu mutações através de dois movimentos de sinal contrário: primeiro, de descriminalização, com o abandono da incriminação de comportamentos censurados por uma moral pública ultrapassada de que são exemplo certos crimes sexuais, e de condutas que, pela evolução do conceito material de crime conexo com a evolução do conceito de bem jurídico com dignidade jurídico-penal, foram sendo consideradas como bagatelas penais, algumas despromovidas a infracções de carácter administrativo sancionatório, outras simplesmente eliminadas da tipicidade. Por outro lado, o direito penal expandiu-se com a crescente intervenção do Estado como agente regulador da economia, a que não é estranha a emergência do Estado de Direito social, prestador, cuidador, e já não mero árbitro. A intervenção do Estado na economia revelou novos bens jurídicos e trouxe a neocriminalização com o advento do direito penal económico, um direito penal materialmente secundário, por proteger outros bens jurídicos que não aqueles próprios do direito penal clássico ou de justiça, protector dos Direitos, Liberdades e Garantias constitucionalmente consagrados. Esta expansão do direito penal está, hoje, longe de terminar, pois o clamor da sua intervenção em áreas nas quais a doutrina sempre a recusou é cada mais acentuado. O problema que hoje se coloca é, precisamente, saber se ao direito penal, tal como o conhecemos, cabe algum papel na defesa das gerações futuras, ou se terá de se tornar em um «*direito penal do risco*».

Na esteira de STRATENWERTH³⁵, FIGUEIREDO DIAS³⁶ não tem dúvidas em assinalar, perante as evidências demonstradas, por exemplo, por acontecimentos recentes a nível ambiental e pelos últimos desenvolvimentos a nível da biogenética, que ao direito penal não caberá qualquer papel relevante na protecção das gerações vindouras se mantiver os princípios liberais que o enformam. E isto quando SILVA DIAS³⁷ nos dá conta que “as preocupações de segurança desencadearam uma «fuga para o direito penal» que é responsável pelas tendências de *sobre-criminalização* (...), antecipação da tutela penal, etc.”

Ainda segundo SILVA DIAS³⁸, à dinâmica do progresso técnico e científico é inerente uma tenção dialéctica entre a institucionalização de esquemas de segurança e o aumento da insegurança colectiva”, tensão dialéctica essa, acrescentaríamos nós, intensificada pela falibilidade dos mecanismos de prevenção criados para lidar com riscos calculáveis, o que

³⁵STRATENWERTH, “*Zukunftssicherung durch die Mitteln des Strafrechts?*”, apud Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral – Tomo I...*, cit., Coimbra Editora, Coimbra, p. 128.

³⁶ Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *O Papel do Direito Penal na Protecção das Gerações Futuras*, BFD, LXXV, 2002.

³⁷ Augusto SILVA DIAS, *Op. cit.*, p. 21.

³⁸ *Idem, ibidem*, p. 20.

resulta num paradoxo em que o direito penal se vê envolvido: a intensificação da tutela securitária e o crescimento exponencial do sentimento de insegurança pela falência da «razão calculadora». Esta realidade tem um reflexo muito claro, p. ex., na falência do instituto do seguro. A este propósito diz, expressivamente, SILVA DIAS³⁹ que: “a sociedade de risco começa onde termina a disposição das seguradoras privadas para cobrir certos domínios do risco. As companhias de seguros, orientadas, essencialmente, pela razão calculadora, tendem a cobrir apenas os riscos calculáveis e não embalam, por isso, no discurso de segurança dos produtores do risco. Onde estes diagnosticam risco mínimo, aquelas prevêem risco máximo.” A grande consequência disto é o desenvolvimento de um sentimento de insegurança e incerteza globais, gerador da tal «fuga para o direito penal» de que nos fala o autor.

A mais pungente questão que alguma doutrina chega a colocar ao direito penal neste dealbar do séc. XXI é se ele deve, sequer, sobreviver nesta nova ordem mundial⁴⁰. ROXIN pronuncia-se sobre a questão dizendo que “o certo é que não se poderá renunciar à intervenção do direito penal neste campo.”⁴² Pensamos que, de acordo com a distinção operada *supra*, a noção de risco não é coincidente com a noção de perigo por ser diversa a sua origem. Daí que, se na sociedade industrial era tolerável um certo grau de risco pela sua calculabilidade, previsibilidade e contenção, na sociedade pós-industrial globalizada o risco enraizou-se⁴³ e tornou-se algo que não pode gerir-se de acordo com teorias de risco permitido ou tolerável, pois a sua concretização e efeitos são, em cada momento, incalculáveis. Assim, pensamos, com Mário FERREIRA MONTE⁴⁴ que, mantendo-se o princípio de intervenção subsidiária do direito penal como deve manter-se, é a este ramo do Direito que cabe o papel

³⁹ Augusto SILVA DIAS, *Op. cit.*, p. 5.

⁴⁰ Como informa Mário FERREIRA MONTE (*Op. cit.*, p. 23), alguns autores profetizaram já o fim do direito penal. Tal é o caso de RADBRUCH (*Filosofia do Direito*, 6.^a edição, Arménio Amado, Coimbra, 1979, p. 324, *apud* Mário FERREIRA MONTE, *Op. cit.*, p. 23) e RAMÓN CAPELLA (*Sobre a Extinção do Direito e a Supressão dos Juristas*, Perspectiva Jurídica, Centelha, Coimbra, 1977, p. 9, *apud* Mário FERREIRA MONTE, *Ibidem*).

⁴¹ Não questionando a sobrevivência do próprio direito penal, mas apontando um desafio paralelo, adverte Anabela MIRANDA RODRIGUES (*A Globalização do Direito Penal – Da Pirâmide à Rede ou da Unificação à Harmonização*, in: *Direito Penal Económico e Europeu - Textos Doutrinários*, IDPEE, Coimbra, Coimbra Editora, p. 86): “no novo mundo aberto e complexo, o fenómeno criminal tornou evidente que os sistemas penais, individualmente considerados, são inoperantes para responder ao desafio de o combater e que é inevitável libertar o direito penal das suas referências estaduais. O direito penal está em processo de «desnacionalização» ou «desestadualização». No tempo actual, tende a tornar-se comum.”

⁴² Claus ROXIN, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Traducción de LUZÓN-PEÑA; García CONLLEDO; Vicente REMESAL, Civitas, Madrid, 1997, p. 61.

⁴³ Jesús María SILVA-SÁNCHEZ (*Op. cit.*, p. 22) considera que há que fazer uma configuração do risco como sendo um fenómeno social estrutural.

⁴⁴ Mário FERREIRA MONTE, *O futuro tem Direito Penal? O Direito Penal tem futuro? Apontamento introdutório à obra de Paulo S. FERNANDES, Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 29.

principal na contenção dos novos e grandes riscos no contexto da *risikogesellschaft*⁴⁵, embora tal papel requeira um esforço de adaptação dogmática. Em face do carácter inaceitável e não gerível dos novos riscos, acompanhamos o autor quando nos diz que a protecção da sociedade perante tais riscos não é, de todo, tarefa para meios sancionatórios de carácter administrativo, a não ser admitindo a penetração do direito administrativo no campo da actuação eticamente relevante, atribuindo-lhe, então, uma carga ético-jurídica que não tem.

Mas de que forma se fará tal adaptação do direito penal à nova realidade? Se a sociedade em que vivemos é uma «sociedade do risco», terá o direito penal do futuro de ser um «*direito penal do risco*» preordenado a fins securitários ou meramente funcionalistas? Que dogmática penal responderá aos imperativos político-criminais emergentes? ROXIN⁴⁶ assinala que, ao combater os novos riscos através da intervenção do direito penal, há que preservar a subordinação dessa intervenção ao princípio da protecção do bem jurídico e aos demais princípios de imputação jurídico-penal próprios de um Estado de Direito. Onde tal desígnio não seja possível, o direito penal deve abster-se de nele intervir.

Outros autores defendem uma expansão do direito penal para domínios que nunca foram os seus⁴⁷, mediante a flexibilização de algumas das suas categorias dogmáticas, adaptando-se às novas necessidades. Perante a (aparente) falência dos modelos tradicionais, que direito penal para o futuro?

3. Um direito penal para a «sociedade do risco»: perspectivas doutrinárias

Um dos mais pungentes debates da ciência penal dos últimos anos gravita em torno da questão de saber se o direito penal que começa a desenvolver-se é, ou não, um direito penal do risco, isto é, um direito penal próprio de uma sociedade cuja dinâmica ameaça seriamente a sua própria existência e que tem como objectivo o controlo dessa ameaça, na medida em que ela provém de decisões humanas. Nessa senda, o direito penal do futuro abandonará o seu carácter subsidiário de protecção exclusiva de bens jurídicos com dignidade jurídico-penal para se tornar num instrumento de prevenção e repressão ao serviço dos Estados que se sentem ameaçados pela probabilidade de um ataque terrorista, ou mesmo pela possibilidade de uma catástrofe ambiental provocada pela concretização de um risco que todos os dias e em

⁴⁵ “Sociedade do risco”.

⁴⁶ Claus ROXIN, *Op. cit.*, p. 61.

⁴⁷ Cfr. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Algumas reflexões sobre o Direito Penal e a sociedade de risco*, Conferência proferida no Seminário Internacional de Direito Penal, Universidade Lusíada, Lisboa, Março de 2000, in: *Problemas Fundamentais de Direito Penal – Colóquio de Homenagem a Claus Roxin*, Almedina, Coimbra, 2002.

todas as sociedades se aceita gerir perigosamente, para satisfação de necessidades comuns e quotidianas?⁴⁸

A doutrina não alcança consenso quanto a esta questão. O que se coloca em discussão é precisamente saber se o direito penal deve ser chamado à tarefa de controlar os grandes riscos e, se sim, se a pode desempenhar sem sacrificar os seus princípios essenciais, ou se, ao invés, a assunção de tal propósito exige uma transformação total do direito penal tal como o conhecemos. Duas tendências se divisam na doutrina: as propostas da *Escola de Frankfurt*, oferecem resistência às alterações de cunho legislativo e dogmático propostas pela tendência expansionista, partindo da premissa de que o direito penal deve ser mínimo, o que implica a sua incidência apenas sobre aquelas condutas que violem, de maneira agressiva, os bens indispensáveis para a vida em comum, como a vida, a integridade física, a propriedade etc., deixando a protecção contra os novos riscos a cargo de outros instrumentos legais. Já as teorias «expansionistas» defendem um direito penal dividido em dois níveis, um «núcleo central», correspondente ao direito penal clássico, e um direito penal «periférico», caracterizado pela relativização de certos princípios dogmáticos e processuais próprios do direito penal iluminista, racionalista e liberal.

3.1. A *Escola de Frankfurt*

A *Escola de Frankfurt* foi pioneira na transposição do conceito de «sociedade do risco» para a ciência penal e, em articulação com ele, no lançamento da discussão em torno de um «direito penal do risco», a qual se centra fortemente na legitimidade de um tal direito. Os autores da *Escola de Frankfurt*, entre os quais avultam HASSEMER, NAUCKE, HERZOG e PRITTWITZ, apontam duas grandes consequências da intervenção penal no domínio do risco: a *funcionalização* e a *desformalização* do direito penal, adivinhando nelas sinais da sua adulteração. Para esta doutrina, o «direito penal do risco» como forma de governo social e instrumento de uma política criminal de controlo e minimização das situações de risco é um quadro totalmente incompatível com a matriz liberal do direito penal.

A funcionalização do direito penal manifestar-se-ia, essencialmente, pela sua expansão e *administrativização* em detrimento de princípios como o da protecção exclusiva de bens jurídicos, princípio da subsidiariedade, ou o princípio da mínima intervenção, aproximando-se da ideia de um direito de mera ordenação social, marcado pela excessiva antecipação da tutela

⁴⁸ Exemplo disto é a gestão do risco no uso de energia nuclear, na indústria petroquímica, na manipulação genética de micro organismos letais para espécie humana, etc.

penal, através da eleição de bens jurídicos vagos, ou mesmo através da proliferação de crimes de perigo abstracto e crimes de perigo comum, e na enfatização da prevenção geral positiva ou integradora como fim da pena, postergando o enfoque no agente, do qual, aliás, se faz uma catalogação por categorias, numa reaproximação à teoria dos tipos penais de agente. Referimo-nos, concretamente, à noção de inimigo e do sistema paralelo para ele proposto. Por outro lado, uma outra tendência será o aumento do chamado direito penal simbólico, com a criação de tipos penais que protegem supostos bens jurídicos de valor social duvidoso e que, por isso mesmo, fazem parte da estatística das «cifras negras».⁴⁹

Por sua vez, a *desformalização* revelar-se-ia, quer no recurso a técnicas legislativas obscuras, caracterizadas pelo uso corrente de conceitos indeterminados, cláusulas gerais e normas penais total ou parcialmente em branco, quer na flexibilização das categorias dogmáticas tradicionais, como a culpa, objectivando a responsabilidade penal.

Quanto a este último ponto, afirma HASSEMER⁵⁰ que, nos dias de hoje, os pressupostos da imputação individual clássica representam um obstáculo à ordenação social por meio do direito penal, já que o impedem de se adaptar e ser aplicado aos contextos de risco da sociedade actual, pois neles, com frequência, se verifica que o factor criminógeno reside em decisões colectivas não propriamente reconduzíveis a uma actuação e intencionalidade individuais. Daí que, para HASSEMER, não é ao direito penal (muito menos ao direito penal clássico de raiz iluminista, caracterizado pela protecção exclusiva de bens jurídicos, que cabe a tarefa de conter os riscos da sociedade pós-moderna, mas sim a novas formas de controlo social, essas sim, marcadas por uma funcionalização administrativa e *desformalização* no que à vertente garantística diz respeito.

Assim, como diz SILVA DIAS⁵¹, os penalistas da *Escola de Frankfurt* apenas admitem a intervenção do direito penal no domínio dos grandes riscos nos moldes de uma concepção jurídico-penal de matriz estritamente liberal, caracterizada pela protecção de bens jurídicos individualizáveis, pela restrição da responsabilidade penal às pessoas singulares e por critérios de imputação rigorosamente individuais, pelo que, para assegurar a protecção perante os «mega-riscos» da sociedade pós-industrial, há que lançar mão de outros ramos do Direito e, sobretudo, de meios não jurídicos de controlo social.^{52,53} O ponto de partida de todos os

⁴⁹ Augusto SILVA DIAS (*Protecção Jurídico Penal...*, cit, p. 18.) aponta como exemplo desta tendência alguns tipos do chamado direito penal económico, como seja o art. 32.º do DL n.º 28/84.

⁵⁰ Winfried HASSEMER, *Kennzeichen und Krisen*, p. 382, apud Augusto SILVA DIAS, *Op. cit.*, pp.18-19.

⁵¹ Augusto SILVA DIAS, *Op. cit.*, p. 19.

⁵² Cfr. Felix HERZOG, *Limites del Derecho Penal para controlar los riesgos sociales*, in: *Poder Judicial* n.º 32, 1993, pp. 80 e ss. Contra, FIGUEIREDO DIAS, (*Direito Penal, Parte Geral – Tomo I...*, cit., Coimbra

autores que se inserem na *Escola de Frankfurt* é a recusa de adaptação do próprio direito penal aos novos desafios da sociedade de risco, preferindo construir outros ordenamentos sancionatórios paralelos, subordinados a diferentes lógicas e princípios enformadores, dotados de maior eficácia preventiva decorrente, sobretudo, de uma capacidade de antecipação face aos riscos sociais. Analisemos as mais significativas de entre essas propostas.

a) HASSEMER: o *Direito de Intervenção*

Exemplo da corrente de pensamento da *Escola de Frankfurt*, HASSEMER está convencido de que, em face dos inúmeros exemplos da falência da tecnociência no cálculo e controlo dos riscos da sociedade pós-industrial e pós-moderna, adicionados da aproximação nunca antes experimentada pela humanidade, tornando os fenómenos globais, as pessoas reclamam, do direito penal, respostas tendentes à antecipação cada vez maior da tutela dos seus bens jurídicos. Em face disto, os diversos legisladores, muitas vezes por propósitos populistas de aproveitamento político, utilizam instrumentos jurídicos tendentes ao apaziguamento social, o que redundará numa cada vez mais acentuada expansão do direito penal. Emergem novos tipos penais, endurecem-se as penas, simplificam-se os processos, antecipa-se, sempre que possível, a tutela, restringem-se direitos, liberdades e garantias individuais, sem que, em substância, se verifiquem mudanças significativas no tecido social. Nota-se, hoje, a tendência generalizada para o simbolismo penal, marcado por soluções inadequadas ao combate efectivo e eficaz dos novos riscos, mais destinados a assegurar uma paz pública, conseguida à custa da ilusão de que os riscos foram afastados. No entanto, HASSEMER adverte que o aproveitamento do direito penal como meio de controlo e de transformação social ofende, claramente, os princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade e da mínima intervenção, já que, segundo tal modelo, a sua actuação ocorre *prima ratio*. O direito penal não mais se destina à tutela exclusiva de bens jurídicos concretos, tornando-se, assim, num instrumento de desmedida política criminal, ao contrário do que preconizou LISZT, ao afirmar que o direito penal era a barreira intransponível da política criminal. Para

Editora, Coimbra, 2004, p. 131 e ss.) apontando a insuficiência do recurso a outras formas de tutela que não a tutela penal para o acautelamento dos novos riscos, bem como redução inaceitável do papel do direito penal no corpo social. Por outro lado, sustenta que o recurso a sanções civis, ou mesmo administrativas, ainda que intensificadas, significaria subverter os princípios da subsidiariedade e da mínima intervenção do direito penal. Quer o autor referir, precisamente, a falácia que significaria atirar para domínios não penais aquelas condutas que se revestem de maior gravidade e que, justamente por isso, têm uma acentuada dignidade penal. Cfr., também, Augusto SILVA DIAS, *Op. cit.*, p. 28.

⁵³ Também Claus ROXIN se afasta inequivocamente das concepções da *Escola de Frankfurt*, tendentes a manter o direito penal afastado das temáticas do risco (cfr. Claus ROXIN, *Derecho Penal – Parte General...*, cit., pp. 61-62).

HASSEMER, esta tendência dever ser contrariada. O direito penal deve restringir-se à proibição de condutas de lesão ou perigo concreto a bens jurídicos individuais, não sendo a sua vocação a promoção da segurança das gerações futuras. Para HASSEMER⁵⁴, o combate às novas formas de criminalidade própria da «sociedade do risco» não deveria ser confiado ao direito penal, mas sim a um instrumento a que chama “*direito de intervenção*”. O autor constata que, especialmente para os novos tipos de criminalidade, o direito penal, mantendo-se fiel aos seus princípios, apenas pode exercer uma função meramente simbólica, sendo os seus instrumentos absolutamente ineficazes face à nova realidade criminal. No entender de HASSEMER, a solução passa por encetar um processo de redução do direito penal àquilo que chama de “direito penal básico”⁵⁵, cuja única função seria proteger os bens jurídicos individuais, enquanto, paralelamente, seria potenciada a criação de um direito intermédio, entre o direito penal clássico e o direito administrativo sancionatório, que, sendo menos garantístico mas também impondo sanções menos intensas, permitisse cumprir uma função preventiva dos novos riscos que apenas de maneira forçada se pode acometer ao direito penal. Segundo HASSEMER⁵⁶, esse direito intermédio seria um direito “mais orientado em termos preventivos, renunciando à reprovação pessoal e à imposição de penas privativas da liberdade.”

Há, então, que escolher entre dois caminhos: ou se moderniza o direito penal clássico, dotando-o de mecanismos adequados para o combate às novas formas de criminalidade (correndo-se assim o risco da sua descaracterização pela *funcionalização* dos seus instrumentos e pela *desformalização* dos seus princípios), ou se cria um “direito de intervenção” (que FIGUEIREDO DIAS qualifica de “tutela administrativa intensificada”⁵⁷) orientado por princípios bem menos garantísticos, mas também por sanções menos intensas. HASSEMER justifica a necessidade de um sistema sancionatório alternativo ao direito penal apontando os “défices de execução” como factor de abrandamento das respostas punitivas àqueles que, ocasionalmente, são apanhados nas malhas da justiça, à margem das «cifras

⁵⁴ Winfried HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp.67-73, *apud* Paulo S. FERNANDES, *Op. cit.*, p. 76.

⁵⁵ Nas palavras de HASSEMER (*Perspectivas de uma política criminal. Três temas de direito penal*, FESMP, Porto Alegre, 1993.): “Acho que o direito penal tem que abrir mão dessas partes modernas que examinei. O direito penal deve voltar ao aspecto central, ao direito penal formal, a um campo no qual pode funcionar, que são os bens e direitos individuais, vida, liberdade, propriedade, integridade física, enfim, direitos que podem ser descritos com precisão, cuja lesão pode ser objecto de um processo penal normal. (...) Acredito que é necessário pensarmos em um novo campo do direito que não aplique as pesadas sanções do direito penal, sobretudo as sanções de privação de liberdade e que, ao mesmo tempo possa ter garantias menores. Eu vou chamá-lo de Direito de Intervenção.”

⁵⁶ Winfried HASSEMER, *Person, Welt und Verantwortlichkeit. Prolegomena einer Lehre von der Zurechnung im Strafrecht*, *apud* Mário Ferreira MONTE, *Op. cit.*, p. 25.

⁵⁷ Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Op. cit.*, p. 131.

negras» existentes graças à ineficiência do sistema. O autor exemplifica, fazendo notar que, no tráfico de drogas, nos crimes ambientais, nos delitos económicos apenas são, normalmente, identificados agentes de menor importância, permanecendo os principais responsáveis imunes ao direito penal⁵⁸.

Sobre a solução avançada por HASSEMER se pronunciou, expressivamente, FIGUEIREDO DIAS: “uma tal solução significaria pôr o princípio jurídico-penal da subsidiariedade e da *ultima ratio* «de pernas para o ar»”⁵⁹ ao subtrair à tutela e às sanções penais as condutas que se revestem de uma mais acentuada dignidade penal.⁶⁰

A substituição do direito penal no combate aos “grandes e novos riscos”⁶¹ por uma espécie de ordenamento sancionatório «híbrido» (algo entre o formalmente administrativo e o supostamente penal), não parece, porém, a melhor solução. Quanto a nós, o direito de resposta aos novos desafios pertence ainda ao âmbito do direito penal, especialmente considerando a relevância dos bens jurídicos em jogo⁶². Connosco, SILVA-SÁNCHEZ⁶³ discorda da tese de HASSEMER, advogando a desnecessidade de uma alternativa ao direito penal, bastando uma regulamentação especial para certos casos (crime organizado, crimes ambientais de grande porte, criminalidade económica, crimes praticados por entes colectivos, lavagem de dinheiro etc.), com base num critério de proporcionalidade. É um modelo com menores garantias, mas dentro do sistema penal. Esse modelo poderia conviver com o chamado «núcleo duro do direito penal» que “repele, em princípio, qualquer intento de flexibilizar regras de imputação ou princípios de garantia”. Diferentemente de HASSEMER, SILVA-SÁNCHEZ prefere não deslocar o problema para as proximidades de um direito administrativo punitivo, mas mantê-lo dentro do âmbito do direito penal.

b) JACKOBS: o *Direito Penal do Inimigo*

Apontando a incapacidade do direito penal tradicional e da dogmática penal finalista para responder de forma eficaz ao sentimento generalizado de insegurança no universo da globalização, JAKOBS preconiza o advento de uma nova lógica sancionatória de pendor fortemente funcionalista. O seu ponto de partida é, precisamente, a recusa de que as categorias

⁵⁸ Cfr. Winfried HASSEMER, *Perspectivas de uma moderna política criminal*, Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, RT, n.º 08, 1994, p. 49.

⁵⁹ Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Op. cit.*, pp. 131-132.

⁶⁰ Em sentido concordante, cfr. Paulo S. FERNANDES, *Op. cit.*, p. 74.

⁶¹ Augusto SILVA DIAS, *Delicta in se e delicta mere prohibita...*, *cit.*, p. 230.

⁶² Connosco, Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Op. cit.*, p. 131.

⁶³ Jesus María SILVA-SÁNCHEZ, *Op. cit.*, pp. 115 e ss.

dogmáticas do direito sancionatório para a «sociedade de risco» hajam de ser ontologicamente fundadas. Idealizando um sistema dualista, alicerçado em critérios de eficácia preventiva postos em prática numa tutela antecipatória da integridade das normas, JAKOBS aposta num sistema axiologicamente neutro onde o valor supremo é a integridade da norma. A esse sistema chamou: “direito penal do inimigo”.

Em total oposição com uma política criminal fundada na tutela de direitos fundamentais dos cidadãos, o “direito penal do inimigo” despreza o critério da protecção do bem jurídico e elege a tutela da validade da norma como propósito fundamental. Assim, a natureza intrínseca do conceito de direito penal do inimigo está em ser uma reacção violenta do ordenamento jurídico contra indivíduos especialmente perigosos, aplicando medidas de segurança de modo a conter ao máximo o espaço de livre actuação desses indivíduos, apostando tudo numa antecipação da tutela penal. Segundo JAKOBS⁶⁴, o direito penal do inimigo, caracteriza-se, essencialmente, por três elementos, sendo o primeiro deles a antecipação da tutela penal⁶⁵, ou seja, trata-se de um direito penal cujo referente essencial é o perigo (risco mesmo!) do cometimento do delito, a iminência real ou conjectural do crime, e não o facto criminoso, tratando-se, assim, de um direito penal que não se funda no facto cometido mas na probabilidade ou propensão para o cometer.⁶⁶ Trata-se, então, de um direito penal que rompe com a matriz retrospectiva do direito penal tradicional para se tornar num direito penal prospectivo. Em segundo lugar, trata-se de um direito penal cujas penas não são proporcionais à gravidade do delito. O terceiro elemento diz respeito à relativização (e *desformalização*) das tradicionais garantias processuais.

A fim de evitar uma (con)fusão entre essa espécie de «direito penal de emergência» para a «sociedade de risco» e o direito penal tradicional, JAKOBS propõe uma divisão em duas áreas normativas, de modo a assegurar, sobretudo, a vigência e integridade da ordem jurídico-estatal. Dessa forma, JAKOBS⁶⁷ defende a aplicação de um “direito penal do inimigo” àqueles indivíduos considerados perniciosos ao convívio social, àqueles delinquentes

⁶⁴ Günther JAKOBS; Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del inimigo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 30 e ss.

⁶⁵ A respeito da tendência para a antecipação da tutela penal, veja-se, com muito interesse, o filme de ficção de Steven SPIELBERG “*Minority Report*” (2002) (argumento de Scott FRANK/ Jon COHEN, baseado na obra de Philip K. DICK) em que, num futuro próximo, equipas policiais de «*pré-crime*» apoiadas pela premonição (ou *pré-conhecimento*) de crimes a cometer, intervêm no (supostamente) futuro *locus delictii*, evitando o cometimento do crime e detendo o «autor» pela «tentativa» (?) do mesmo.

⁶⁶ A este respeito observa Susana AIRES DE SOUSA (*Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 226): “Também por esta via fica vulnerado um direito penal assente no facto e se afirma (...) um direito penal cada vez mais dirigido para o autor”. Aponta, então, a autora, para um retomar das tendências do direito penal do agente, embora com novos traços. Neste sentido, cfr. Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho Penal del Inimigo...*, cit., pp. 100 e ss.

⁶⁷ Günther JAKOBS; Manuel CANCIO MELIÁ, *Op. cit.*, pp. 30 e ss.

contumazes que praticam crimes de forma habitual e reincidente, ameaçando destruir o equilíbrio baseado na tese do contrato social. Para JAKOBS, há indivíduos incapazes de uma sã convivência social. A esses indivíduos faltam qualidades essenciais para lhes reconhecer um pleno estatuto de cidadania, de modo a que possam beneficiar, em pleno, dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados. Tais indivíduos são o que chama de “inimigos”⁶⁸. Por outro lado, JAKOBS questiona sobre a responsabilidade da própria sociedade na origem dos seus “inimigos”. Reincidente no crime, o “inimigo” é, por diversas vezes sujeito ao poder judicial e às penas, sem que o sistema consiga produzir a ressocialização pretendida. Pelo contrário, em boa parte dos casos, o encarceramento é criminógeno⁶⁹. Para JAKOBS, isto importa o reconhecimento imediato do completo fracasso do sistema penal tradicional na recuperação dos delinquentes mais perigosos, na tentativa de apresentação de uma solução para a criminalidade em geral⁷⁰. Daí que o autor proponha uma solução diferenciada para os diferentes tipos de agente.

Em contraposição ao “direito penal do inimigo” e às concepções a ele subjacentes, está o «direito penal do cidadão». O «direito penal do cidadão» é um sistema penal baseado no integral cumprimento das garantias tradicionais, aplicável, todavia, apenas aos indivíduos que cultivem o respeito pelo contrato fundador: o Contrato Social. Estes merecem ser qualificados de cidadãos, pois, apesar de poderem delinquir, conservam o respeito pelos valores essenciais da comunidade. Isso significa, nas palavras de JAKOBS, que aquele delito praticado por um

⁶⁸ Estamos em crer que este novo conceito de agente foi pensado por JAKOBS para enquadrar aqueles que, associando-se em (a ou) grupos ou organizações com fins extremistas, de motivação ou pendor religioso, étnico, político ou até económico, não se enquadram no conceito tradicional de delinquentes intra-estadual, nem nas formas já conhecidas de agressor interestadual. O “inimigo” de que nos fala JAKOBS é uma força sem rosto, sem bandeira, com uma causa dúbia e difusa, que actua na penumbra, utilizando tácticas operacionais atípicas até há pouco completamente desconhecidas das forças de segurança e dos serviços de informação. É uma força que se infiltra nos diversos sectores sociais, recrutando os seus «homens de mão» nos grupos mais insuspeitos, fazendo-os revoltar-se contra o seu próprio meio. É, no fundo, uma nova face do terrorismo: um terrorismo global, onnipresente, altamente organizado, com operacionais de todas as nacionalidades, com uma capacidade operacional de infiltração e camuflagem nunca antes vista, possuidor dos mais recentes avanços tecnológicos, comunicando-se globalmente pelas redes sociais. É um «inimigo» tão capaz que nos levanta até a suspeita de se tratar de uma criação propositada de interesses inconfessos sob a capa de governos e organizações.

⁶⁹ É nossa convicção que, desde o advento do terrorismo como forma de luta e prossecução de uma causa e, principalmente, com a sua expansão à escala global protagonizada por grupos terroristas como a *Al-Kaeda*, o *Boko-Haram* e, mais recentemente, o ISIL (ISIS ou DAESH), a adopção de certas medidas por parte de alguns estados, bem ao arremio de instrumentos de direito internacional, acaba por consistir na adopção de soluções próprias de um *direito penal do inimigo*, ainda que *avant la lettre*. Sirva de exemplo ilustrativo a detenção de pessoas na base militar de Guantánamo, em Cuba, por parte dos Estados Unidos da América.

⁷⁰ Por outro lado, e paradoxalmente, o “inimigo” pode ser o indivíduo mais insuspeito, relativa (e aparentemente) bem inserido no seu meio social, mas que, fruto do desenraizamento, exclusão social ou falta de projecto de vida, abraça uma causa criminosa em persecução de um ideal. Muito diferente do que sucedia com os grupos terroristas do séc. XX, como os movimentos independentistas (IRA, ETA, Córsega, etc.), os grupos terroristas de carácter étnico/religioso (*Hezbollah*, *Hamas*, *Fatah*, etc.) ou mesmo político (*Bader Meinhoff*, *FARC*, *Khmers Vermelhos*, *Sendero Luminoso*, *Contras*, etc.), entre cujos membros havia, à partida, um denominador comum.

ciudadão “no aparece como principio del fin de la comunidad ordenada, sino sólo como irritación de ésta, como desliz reparable”.⁷¹

Assim, o sistema preconizado por JAKOBS propõe um direito penal direccionado aos cidadãos e outro para o “inimigo”⁷². A partir dessa perspectiva, afirma que o “direito penal do inimigo” jurídico-positivo cumpre uma função distinta do direito penal do cidadão. O “direito penal do inimigo” seria, portanto, um verdadeiro modelo de *direito penal parcial*⁷³, com o qual se pune de forma antecipada e mais dura, restringindo-se a liberdade de agir e até mesmo de pensar. Surge, então, o rompimento e a incompatibilidade estrutural-dogmática com o direito penal do facto, dando espaço a um direito penal do autor (ou do agente)⁷⁴.

O “direito penal do inimigo” é criticado por ROXIN⁷⁵, que o apelida de “direito penal simbólico”. Segundo o autor – o opositor mais veemente das ideias de JAKOBS – o “direito penal do inimigo” não surte efeitos concretos de protecção, destina-se antes a beneficiar certos grupos políticos ou ideológicos e a apaziguar o cidadão, fazendo-o crer que medidas positivas estão sendo tomadas quando, na verdade, trata-se de uma nefasta saída selectiva para o direito penal, assegurando apenas o cumprimento de meras tarefas político-sociais.

Da mesma forma, Alessandro BARATTA⁷⁶ questiona essa função simbólica do “direito penal do inimigo”, indicando que ela tende a prevalecer sobre a função instrumental e não realiza efectiva protecção de bens jurídicos. Tal défice seria compensado pela criação de uma ilusão de segurança e de um sentimento de confiança do público no ordenamento e nas instituições assentes numa base real cada vez mais escassa⁷⁷. Sobre o “direito penal do

⁷¹ Günther JAKOBS / Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 35.

⁷² Cfr. Günther JAKOBS, *La Ciencia Penal ante los Retos del Futuro*, in: Albin ESER / Winfried HASSEMER / Björn BURKHARDT, *La ciencia del Derecho Penal ante el cambio de Milenio*, Trad. de Teresa MANZO, Francisco MUÑOZ CONDE (Coord.), Valencia, 2004, p. 59.

⁷³ Cfr. Cornelius PRITZWITZ, *O Direito Penal entre o Direito Penal do Risco e o Direito Penal do Inimigo: Tendências Actuais em Direito Penal e Política Criminal*, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais; IBCCRIM, n.º 47, Mar/Abr. 2004.

⁷⁴ Após os atentados de 11 de Setembro de 2001, os Estados Unidos da América encetaram uma «guerra contra o terror». A partir de então, passaram a transferir guerrilheiros talibãs e elementos supostamente ligados à *Al-Qaeda*, detidos no Afeganistão, para a base de *Guantánamo*, onde os mantinham presos em compartimentos exíguos, com o direito a sair somente alguns minutos por dia. Além de não lhes serem reconhecidos direitos fundamentais, foram omitidas garantias básicas de um processo justo, como a de ser julgado por um tribunal formal e legítimo e ter conhecimento dos factos de que vai acusado. Esta realidade demonstra bem uma aplicação prática da teoria do direito penal do inimigo nos dias de hoje. A este propósito veja-se, com interesse, o filme “*The Road to Guantánamo*” de Michael Winterbottom (2006).

⁷⁵ Claus ROXIN, *Qué puede reprimir penalmente el Estado? Acerca de la Legitimación de las conminaciones penales*, in: *Problemas actuales de Dogmática Penal*, Ara, Lima, 2004, p. 20.

⁷⁶ Alessandro BARATTA, *Criminologia Crítica y Crítica del Derecho Penal - Introducción a la Sociología Jurídico-Penal*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2004.

⁷⁷ Observa Manuel CANCIO MELIÁ (*Op. cit.* p. 61): “Sin embargo, enquanto Derecho positivo, el Derecho penal del enemigo sólo forma parte nominalmente del sistema jurídico-penal real: Derecho penal del ciudadano es un pleonasmo, Derecho penal del enemigo, una contradicción en los términos.”

inimigo” pronunciou-se, também, FARIA COSTA⁷⁸ dizendo que “seria um direito penal com uma existência e uma vigência para todos aqueles que violassem o pacto fundamental do viver comunitário – deveria manifestar-se como um direito penal a aplicar (...) aos agentes do terrorismo” e que “basta enunciar estes pressupostos para ver quanto é perigoso este caminho. Perigoso porque quer definir, a partir de um determinado ponto de vista axiológico e valorativo, quem está dentro e quem está fora, quem é amigo e quem é inimigo. Perigoso e insustentável porque aceita que há homens e mulheres que estão fora do pacto. Perigoso, democraticamente deficitário e eticamente reprovável porque concebe o outro, não como elemento essencial da minha identidade, de ser pessoa como o outro, mas concebe-o como um objecto.”

Aceitamos que o avanço da «*macro-criminalidade*», traduzida em fenómenos como o terrorismo internacional, gera nas sociedades um clamor por segurança, levando os Estados a uma deriva securitária. Porém, o que não podemos aceitar é que, em nome de uma «cruzada» contra os «inimigos da sociedade» se adoptem formas de actuação que implicam a supressão de direitos e garantias fundamentais de determinados grupos de pessoas, a fim de se privilegiar uma maioria. O Estado de Direito Democrático deve promover políticas de combate à criminalidade sem ir contra os seus princípios basilares.

Pensamos que qualquer direito sancionatório excessivamente amplo, ocasiona um aumento da insegurança jurídica, pois atende a fins basicamente simbólicos e, por não ter eficácia prática, acaba por despertar um sentimento de impunidade generalizado na sociedade. Esta teoria do “direito penal do inimigo” preconiza a legitimação de um sistema agressor dos direitos fundamentais e, apesar de se demonstrar eficaz em alguns casos pontuais, não encontra a sua legitimação em subjugar a justiça a critérios de mera eficácia na aplicação de ideais programáticos ligados ao sentimento de segurança.

c) PRITTWITZ: o direito penal do risco

Pensador da *Escola de Frankfurt*, PRITTWITZ antecipou a paulatina transformação do direito penal finalista num “direito penal do risco” com forte tendência para a absolutização da sua intervenção social, transformando um instrumento de carácter fragmentário e, por isso, votado à protecção subsidiária de bens jurídicos, num autêntico instrumento de governo social, preordenado a garantir a máxima segurança. Para o autor, na tentativa de resposta ao

⁷⁸ José de FARIA COSTA, *A Criminalidade em um Mundo Globalizado: ou Plaidoyer por um Direito Penal Não Securitário*, in: *Direito Penal Económico e Europeu – Textos Doutrinários*, Vol. III, IDPEE, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

novo paradigma social, o direito penal sofrerá uma transformação ao nível da sua dogmática, que se transformará naquilo que chama “dogmática do risco”, marcada por um “manuseamento das categorias dogmáticas”⁷⁹ tendo como ideia central, no juízo de censura, a chamada “decisão de risco”. NAVARRO CARDOSO descreve esta ideia de PRITTWITZ da seguinte forma: “*El derecho penal del riesgo se caracteriza por pretender desarrollar un Derecho penal preventivo (mega-preventivo según los más críticos) que afronte los nuevos grandes riesgos de la sociedad moderna, acudiendo a la tutela anticipada de los bienes jurídicos universales mediante las técnicas de peligro, fundamentalmente, a través de los delitos de peligro abstracto*”.⁸⁰

Segundo PRITTWITZ⁸¹, o próprio direito penal pode tornar-se num risco para a sociedade⁸² se, na tentativa de responder com eficácia à demanda securitária, se tornar num “direito penal do risco”. Adaptando-se à óptica da «sociedade do risco», o direito penal recebe a função de um eminente instrumento de prevenção dotado de uma função meramente simbólica. Em outras palavras, se se analisar os fins aos quais o “direito penal do risco” pretende servir sociologicamente - por um lado, a minimização do risco e, por outro, a produção do sentimento de segurança - constata-se que ele está subordinado a ideais de prevenção, atingíveis pelo cálculo do risco, e a fins de estabilização da norma. Assim, para PRITTWITZ, paralelamente à racionalidade do risco – criadora e ao mesmo tempo eliminadora dos riscos – a «sociedade do risco» tem elaborado um direito penal do risco, racional e funcional, uma autêntica “dogmática do risco” posta em prática ao serviço de uma criminalização de condutas não tidas como socialmente inadequadas (conceito ético-social de crime) mas que passam a sê-lo pelo facto de serem tipificadas. A motivação ética desta nova criminalização tem que ver com comportamentos cujas consequências transcendem a criminalidade clássica violenta e cuja perigosidade, que funda a própria intervenção, não é, aliás, algo evidente. Nesse sentido, o princípio da protecção dos bens jurídicos passa de uma “estrita proibição de punição a um mandato de punição, de um critério negativo a um critério positivo de autêntica criminalização.”⁸³ Não teria qualquer importância se com o risco se

⁷⁹ Augusto SILVA DIAS, *Op. cit.*, p.19.

⁸⁰ Fernando NAVARRO CARDOSO, *apud* Rodrigo CARDOZO POZO, *Bases de la Política Criminal e Protección Penal de la Seguridad Vial*, Universidad de Salamanca, 2009, 509 f., tese de doutoramento, p. 121.

⁸¹ Cornelius PRITTWITZ, *apud* Blanca MENDOZA BUERGO, *El derecho penal en la sociedad del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001.

⁸² Da mesma visão partilha Felix HERZOG (*Algunos riesgos del Derecho Penal del Riesgo*, RP, n.º 4 (1999) p. 56). O autor adverte que a intervenção forçada do Direito para provocar mudanças sociais pode conduzir à indiferença progressiva e recíproca entre Direito e sociedade e mesmo à desintegração do próprio Direito através das expectativas excessivas da sociedade.

⁸³ Cornelius PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, *apud* Jesús Maria SILVA-SÁNCHEZ, *Op. cit.*, p. 57, nota 119.

poderia realizar um dano, pois em um direito penal como este, fundado em um modelo extremamente normativo, a ilicitude não depende da ocorrência do resultado danoso.

Para PRITTWITZ, a tendência do moderno direito penal – para a «sociedade do risco» - é a de substituir, como seu fim último, a tutela do bem jurídico pela gestão do risco. Em face da demanda social pela segurança, fruto da substituição do «paradigma do perigo» (calculável, gerível e previsível) para o «paradigma do risco», o direito penal é chamado, em *prima ratio* (senão mesmo em *sola ratio*) a desempenhar tarefas de prevenção e gestão do risco. Nesse processo de transformação, os tipos penais apresentar-se-ão sob a forma de crimes de perigo abstracto, que exigem somente a prova de uma conduta potencialmente perigosa. Para além disso, tais tipos penais são veiculados em leis penais em branco⁸⁴ que renunciam a todos os pressupostos clássicos da *lex certa*, prejudicando a certeza e segurança jurídicas, e, com isso, naturalmente, também reduzem as respectivas possibilidades de defesa, reduzindo-se, assim, a função do tipo-de-garantia ao mínimo.

Outrossim, nos campos da moderna política criminal, como a criminalidade organizada, o meio ambiente, a corrupção, o tráfico de drogas ou a criminalidade económica, encontram-se, cada vez mais, novos tipos penais e agravamentos de pena, aspectos que resultam do “discurso social do risco”⁸⁵ e que, intermediados através deste, levaram ao discurso jurídico-penal, político-criminal e populista do risco, justificando a sordidez dos meios com a necessidade imperiosa dos fins. Daí que PRITTWITZ entenda que o “direito penal do risco” é moderno também em relação ao modo como ele é compreendido e legitimado.

3.2. “*Actuarial Justice*”: a tendência securitária norte-americana

Precisamente nos antípodas das teses da *Escola de Frankfurt*, que preconizam a entrega da prevenção dos novos riscos a formas de protecção de carácter não penal, encontram-se aqueles que defendem a mudança de perspectiva do direito penal para uma lógica inteiramente funcionalizada às exigências próprias da «sociedade do risco», uma lógica de controlo social marcado pela atenuação grave de princípios básicos do direito penal de raiz iluminista e liberal, pela recusa total do reconhecimento da ordem axiológica que advém do

⁸⁴ Lothar KUHLEN (*Zum Strafrecht der Risikogesellschaft*, in GA, 1994, n.º 8 pp. 360 e ss. *apud* Jesus María SILVA-SANCHEZ, *La Expansion...*, cit. p. 27) refere que “A adaptação do Direito Penal à mudança técnica exige uma forma abstracta de lei penal que possa ser mantida nesta abstracção de forma constante e por muito tempo, ao passo que sua concretização leve em conta o rápido desenvolvimento dos modernos riscos. Uma possibilidade, ao legislador, relativa a uma abstracção desta espécie, consiste na elaboração de leis penais em branco.”

⁸⁵ Cornelius PRITTWITZ, *apud* Jesús María SILVA-SÁNCHEZ, *Op. cit.*, p. 195.

*axioma onto-antropológico do direito penal*⁸⁶ e pela eleição da gestão do risco, pela neutralização de certos grupos de risco, como fim último da ordem punitiva. Tal direito penal teria ínsita uma concepção jurídico-penal de extensão da criminalização, o que o transformaria em instrumento de governo social por inocuização de grupos de risco. Esta corrente tem feito curso no pensamento penal norte-americano⁸⁷. É uma concepção baseada na aplicação do dogma da razão técnico-instrumental na prevenção dos novos (e dos velhos) riscos, levando-o ainda mais longe, sob a forma de uma razão calculadora probabilística, falando-se já de uma “*actuarial justice*”⁸⁸, cujo propósito seria já o de regular certos grupos como parte de uma estratégia de prevenção dos riscos^{89,90}. Tal desiderato significaria uma total substituição do paradigma penal de raiz iluminista e da sua base de legitimação, fundando-se, agora, a legitimidade do sistema na máxima eficiência “em matéria de redução dos danos globais inerentes ao crime, através de uma adequada redistribuição dos riscos, tanto no plano da prevenção como da repressão”⁹¹. É nesta concepção que a ideia do reforço da norma em detrimento da protecção do bem jurídico encontra a máxima força. Na base desta doutrina há como que uma eleição da integridade do sistema no seu todo, a qualquer custo, em detrimento da protecção fragmentária de bens jurídicos. O sistema cuida para que jamais haja uma brecha no seu seio e tal propósito é assegurado pela identificação (eleição) e controlo apertado de grupos/indivíduos de risco em relação aos quais não há a mínima crença na respectiva ressocialização, não servindo a intervenção penal, portanto, qualquer finalidade

⁸⁶ Jorge FIGUEIREDO DIAS, *Op. cit.*, p. 132.

⁸⁷ Cfr., por todos, M. FREELEY / J. SIMON, *Actuarial Justice: The Emerging New Criminal Law*, in *Crime and the Risk Society*, O'MALLEY (org.) 1998, p. 375.

⁸⁸ Para uma abordagem completa desta concepção político-criminal, vide Bernardo del ROSAL BLASCO, *Hacia un Derecho Penal de la Postmodernidad?*, in: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2009, n.º 11-08, p. 08:35 e ss.

⁸⁹ Lógica que teve já a sua concretização em programas de combate ao crime como o denominado “*Law and Order*”, em voga na década de setenta do séc. XX, pela qual se procurou sustentar a proliferação do crime elegendo com alvos a «abater» indivíduos pertencentes a determinadas classes sociais e grupos étnicos referenciados: afro-americanos, hispânicos, etc. No passado mais distante, podemos vislumbrar uma manifestação embrionária desta ideia na *lei seca*. Mais recentemente, após 11 de Setembro de 2001, implementaram-se estratégias de «tolerância zero» numa tentativa de pacificar a opinião pública na busca desesperada pela tão ambicionada segurança (ou, pelo menos, o sentimento dela), que, numa deriva claramente securitária, se associam determinadas confissões religiosas e os seus cultores a um fanatismo exacerbado que os leva a práticas terroristas como modo de combater o «*free world*». Aliás, este rótulo de «*enemys of the free world*» tem servido a todos quantos, ao longo da história do séc. XX têm colocado em perigo interesses norte-americanos. Esta «deriva securitária» tem conduzido ao atropelo gritante dos mais básicos direitos humanos em exemplos como o de Guantánamo ou das ocorrências nas prisões do Iraque e do Afeganistão, onde, sem qualquer definição concreta da situação jurídica dos detidos, se exerce uma jurisdição cuja legitimidade é, para dizer o mínimo, duvidosa, e que aparece travestida de um *tertium genus*: nem arguidos, nem prisioneiros de guerra. É caso para dizer: antes pelo contrário...

⁹⁰ Acerca das teorias securitárias de “*tolerância zero*” no contexto da “*sociedade de risco*”, vide Rodrigo CARDOZO POZO, *Bases de La Política Criminal e Protección Penal de la Seguridad Vial*, Universidad de Salamanca, 2009, 509 f., tese de doutoramento, pp. 127 e ss.

⁹¹ Pedro CAEIRO, *Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema*, RMP 84, 2000, p. 31 e ss.

de prevenção. Trata-se de uma espécie de «gestão de resíduos»⁹², tentando evitar que contaminem a outra parte sã da sociedade. Exemplo prático deste sistema penal é a chamada *Megan's Law*, uma prática legal, instituída em muitos estados norte-americanos, de registo local e controlo institucional de movimentos dos condenados por crimes sexuais⁹³. Trata-se da implementação de medidas de localização do indivíduo referenciado, no sentido de poder transmitir à comunidade onde o mesmo se encontra inserido um aviso sobre o perigo que aquele indivíduo representa. Esta concreta forma de lidar com a criminalidade resulta, a nosso ver, numa espécie de medida de segurança imposta a imputáveis, baseada, não em concreta perigosidade, mas no risco indiciado por uma categorização, sem que o sistema tome a responsabilidade pela ressocialização e recuperação do criminoso, antes deixando à sociedade a tarefa de gerir o risco da criminogénese, com base em cálculos de probabilidade fornecidos pelo Estado.

É, no fundo, um sistema de justiça que privilegia a tomada de decisões com base em dados estatísticos em detrimento das características concretas do agente. Aplica-se uma fórmula fixa, baseada na natureza do delito e no registo criminal, que tem, apenas, uma finalidade: fazer com que o condenado não tenha oportunidade de delinquir novamente, controlando os seus movimentos da forma mais eficaz possível.

Aplicado à responsabilidade penal dos entes colectivos, este modelo politico-criminal deu origem a uma dogmática penal praticada nos ordenamentos da *Common Law* chamada de *corporate liability*, segundo a qual as colectividades societárias, associativas, enfim, toda a espécie de empresa (no sentido de comunhão de esforço de vários indivíduos para um fim comum), desde que disponha de um qualquer substracto apreensível, pode sofrer uma sanção de carácter penal pelas infracções penais praticadas pelos titulares dos seus órgãos, pelos seus agentes ou representantes, num sistema de pura responsabilidade vicarial, pois nem o legislador nem a doutrina (nomeadamente norte-americanos) curam de saber como imputar subjectivamente o delito ao ente colectivo.

⁹² M. FREELEY / J. SIMON (*The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications*, 30 *Criminology* 449, 470 (1992)): “to a significant extent, the laws serve “a kind of waste management function, massive corrections experiment taking place beyond prison walls.” Vide, também KEMPF-LEONARD / PETERSON, *Expanding Realms of the New Penology - The Advent of Actuarial Justice for Juveniles*, *Punishment & Society*, vol. 2, n.º1, January 2000, p. 66-97.

⁹³ Note-se que uma medida análoga a esta foi proposta, bem recentemente, em Portugal. Tratou-se, então, da Proposta de Lei n.º 305/XII, com vista à alteração do Código Penal e da Lei n.º 113/2009 de 17 de setembro e criação do sistema de registo de identificação criminal de condenados pela prática de crimes contra a autodeterminação sexual e a liberdade sexual de menor. Pretendia-se criar um registo de identificação criminal de condenados por crimes sexuais que, inclusive, poderia ser consultado livremente por qualquer cidadão. Tal medida, por prosseguir claras finalidades de antecipação da tutela penal, foi rejeitada por consenso social.

3.3. SILVA-SANCHÉZ: um direito penal “a duas (ou três) velocidades”

Partindo da convicção de HASSEMER de que a configuração e as aspirações das novas sociedades exigem uma expansão do direito penal e que este não poderá, por muito mais tempo, conservar as mesmas exigências dogmáticas^{94,95}, SILVA-SANCHÉZ procura responder ao problema através de uma política de expansão do direito penal consubstanciada numa dogmática dualista que resulta naquilo que chama de “direito penal de (ou a) duas velocidades”⁹⁶. O autor delimita o termo «*expansão*» dizendo que o mesmo importa uma “*creación de nuevos bienes jurídico-penales, ampliación de los espacios de riesgo jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político criminales de garantía no serían sino aspectos de esta tendencia general, a la que cabe referirse con el término de expansión.*”⁹⁷

Na senda da teoria da *sectorialização* do direito penal, consoante os tipos de criminalidade (TIEDEMANN)⁹⁸, SILVA-SANCHÉZ propõe uma divisão do direito penal em dois níveis que correspondem a outras tantas lógicas de intervenção. Deve, segundo o autor, manter-se a existência de um cerne de direito penal, relativamente ao qual valham, imodificados, os princípios do direito penal clássico, dirigido à protecção subsidiária e fragmentária de bens jurídicos individuais, assente na individualização da responsabilidade e consequentemente na acção, na imputação objectiva e subjectiva e na autoria também puramente individuais. Mas, considera o autor, deve existir também uma periferia jurídico-penal, especificamente dirigida à protecção contra os “grandes e novos riscos”, onde aqueles princípios se encontrem esbatidos ou mesmo transformados. Para tanto, propõe um modelo de “flexibilização controlada”⁹⁹ das regras de imputação (responsabilidade das pessoas colectivas, ampliação dos critérios da autoria e da comissão por omissão, etc.) e dos princípios de garantia do direito penal clássico como forma de responder às necessidades de protecção das sociedades actuais.

⁹⁴ Jesús María SILVA-SANCHÉZ (*La Expansión del Derecho Penal...*, cit., pp. 65 e ss.) diz: “*La visión del Derecho penal como único instrumento eficaz de pedagogía político-social, como mecanismo de socialización, de civilización supone una expansión ad absurdum de la otrora ultima ratio.*”

⁹⁵ O autor fala num dismantelamento da teoria do delito, assim como do edifício conceitual constituído pelas garantias formais e materiais do direito penal. Cfr. Jesús María SILVA-SÁNCHEZ, *Op. cit.*, p. 75.

⁹⁶ Jesús María SILVA-SANCHÉZ, *La Expansión del Derecho Penal...*, cit., pp. 121 e ss.

⁹⁷ *Idem*, *ibidem*, p. 20.

⁹⁸ Cfr. Augusto SILVA DIAS, *Op. cit.*, p. 36.

⁹⁹ Jesús María SILVA-SÁNCHEZ, *Op. cit.*, p. 125, nota 85. O autor propõe, principalmente no âmbito do direito penal económico, uma “flexibilização controlada das regras de imputação como também dos princípios político-criminais.” Pensamos que o autor se refere, precisamente, a uma relativização dos princípios da dogmática penal, nomeadamente no que concerne ao princípio da culpa.

Até aqui, o autor revela-se concordante com a posição de HASSEMER. No entanto, e aqui reside a especificidade da sua concepção, SILVA-SÁNCHEZ propõe este segundo nível de intensidade, imbuído daquela menor intensidade garantística, ainda formalmente dentro do direito penal, embora substancialmente semelhante ao direito sancionatório de carácter administrativo. Assim, de um lado, ficariam os factos atingíveis por um direito penal “nuclear” (HASSEMER), de penas privativas de liberdade para as condutas mais graves, a merecer todas as garantias do direito penal clássico, do outro, pontificariam factos cujas consequências jurídicas estariam mais distanciadas do “núcleo duro (clássico) do direito penal”.¹⁰⁰

Enquanto no modelo do “direito de Intervenção” propugnado por HASSEMER, se situa fora do direito penal, aparentado, dir-se-ia, com o direito administrativo sancionatório, SILVA-SÁNCHEZ deslocou o modelo menos garantístico para dentro do direito penal.

FIGUEIREDO DIAS¹⁰¹ vê nesta espécie de “*direito penal a duas velocidades*” algumas vantagens no que toca às dificuldades dogmáticas que se suscitam, quando ao direito penal se queira acometer a função de contenção dos grandes e novos riscos que ameaçam a sociedade pós-moderna. No entanto, para o autor, persiste na tese de SILVA-SÁNCHEZ uma contradição, ao impedir que às condutas que encerram maior potencial de risco sejam aplicadas as penas mais graves e de maior eficácia preventiva. Para além de que tal sistema constitui uma espécie de «burla de etiquetas», considera o autor que ele acaba por trazer para o seio do direito penal dois paradigmas diferentes e incompatíveis, o que conduzirá ao domínio de um sobre o outro sobre a forma de uma “invasão incontrolável do cerne pela periferia”^{102 103}. Para mais, o próprio SILVA-SÁNCHEZ¹⁰⁴ admite que o plano de “expansão” do direito penal admite ainda uma “terceira velocidade” como momento culminante do seu processo de modernização. Este terceiro estágio não seria mais do que um «*direito penal do inimigo*», tal como proposto (ou muito aproximado) por JAKOBS¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral – Tomo I...*, cit., Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 134.

¹⁰¹ *Idem*, *ibidem*.

¹⁰² Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Op. cit.*, p. 134, *in fine*.

¹⁰³ No mesmo sentido, Augusto SILVA DIAS, *Op. cit.*, pp. 36 e ss.

¹⁰⁴ Jesús María SILVA-SÁNCHEZ, *Op. cit.*, pp. 163 e ss.

¹⁰⁵ Em sentido inteiramente concordante, Manuel CANCIO MELIÁ (*Derecho Penal del Enemigo?...*, cit., p. 88) identifica esta terceira velocidade como uma versão espanhola do *direito penal do inimigo*.

CAPÍTULO II

SOBREVIVÊNCIA DO CONCEITO DE BEM JURÍDICO NUM PARADIGMA PENAL PARA A SOCIEDADE DO RISCO

“Se se tiver uma compreensão monista-pessoal do bem jurídico e que os bens jurídicos da comunidade são, apenas, meros mediadores, igualmente com interesses das pessoas individuais, então, nesse caso a inserção da «sociedade do risco» no Direito Penal significaria o fim da protecção de bens jurídicos.”

Gonçalo MELO BANDEIRA,
“Responsabilidade” Penal Económica e Fiscal
dos Entes Colectivos

1. Adequação do paradigma penal à «sociedade do risco»¹⁰⁶

Traço comum das propostas dos autores da *Escola de Frankfurt*, com especial incidência em PRITTWITZ, bem como no ideário de SILVA-SÁNCHEZ, é que a nova realidade emergente requer uma resposta diferenciada (podendo mesmo ser paralela) em relação ao direito penal de raiz iluminista. Essa diferença radica, em geral, na emergência de um novo objecto para o direito penal, qual seja o controlo dos riscos e, já não, a protecção exclusiva e subsidiária de bens jurídicos contra a sua lesão ou perigo de lesão. É, então, a questão da manutenção do bem jurídico como razão primordial da intervenção penal um dos pontos centrais na discussão sobre o rumo a tomar pelo direito penal do futuro.

No entanto, contra as vozes mais alarmistas que advertem para um direito penal fortemente funcionalizado, *desformalizado* e até *administrativizado*, levantam-se outras mais apaziguadoras dos ânimos. Autores como SILVA DIAS¹⁰⁷ reconhecem que o aumento do risco é um marco dos nossos dias, e que, embora a segurança seja, também, maior do que nunca, a complexidade e universalidade dos processos geradores desses riscos tornam o sentimento de segurança incerto e aparente. Os dias do presente são marcados por uma constante dialéctica entre a desconfiança e a tentativa generalizada de controlo dos grandes riscos. Ora, tal *status quo* tem conduzido a uma «fuga para o direito penal», potenciadora de fortes tendências de *sobre-criminalização* e de antecipação da tutela penal, com a subsequente

¹⁰⁶ Vide, sobre esta temática, a excelente abordagem de Gonçalo de MELO BANDEIRA, *Responsabilidade Penal Económicas de Entes Colectivos*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 31 e ss.

¹⁰⁷ Cfr. Augusto SILVA DIAS, *A Protecção Jurídico-Penal...*, cit., pp. 20 e ss.

flexibilização da dogmática penal, subvertendo o seu pendor garantístico, eternizado no epíteto cunhado por LISZT, segundo o qual a dogmática penal seria a “barreira intransponível da política criminal”.¹⁰⁸ Todavia, esta doutrina toma uma atitude crítica e cautelosa na abordagem do papel do direito penal como o conhecemos na prevenção dos novos riscos. Na verdade, aponta¹⁰⁹ que, muitas das características que, nomeadamente, os autores da *Escola de Frankfurt*, atribuem, quase em exclusivo, às propostas dogmáticas para a «sociedade do risco» já se verificavam antes do seu advento. As leis penais simbólicas, por exemplo, que certos autores associam a uma funcionalização do direito penal, também existem no direito penal clássico ou de justiça, onde o tipo penal tem, por vezes, uma função fortemente instrumental. Outrossim, há, no «direito penal do risco», casos de grande eficácia na protecção de bens jurídicos.¹¹⁰ Por outro lado, o recurso a conceitos indeterminados, cláusulas gerais e leis penais em branco não é exclusivo do «direito penal do risco», pois há muito que a necessidade de o Estado intervir em sectores complexos das actividades socioeconómicas ditou a elaboração de tipos penais de forma relativamente ampla (tipos abertos) que remetem a sua complementaridade para normas extrapenais. CASTANHEIRA NEVES¹¹¹ aponta que o uso de tal técnica legislativa moderna não significa, necessariamente, o esboroar dos princípios da legalidade e da tipicidade, tão caros ao direito penal de matriz iluminista, mas é necessário, inclusive, para a realização de valores de equidade e de justiça material. Em boa verdade se diga que, embora sejam apanágio cada vez mais notório no direito penal secundário (materialmente secundário, se quisermos), podemos encontrar muitos exemplos no direito penal de justiça.¹¹²

¹⁰⁸ François OST (*apud* SILVA DIAS, *Op. cit.*, p. 21) escreveu, a propósito: “Os movimentos de sobrepenalização e de deslize securitário convergem e reforçam-se para fazer da norma penal e da justiça repressiva o baluarte último de uma sociedade carente de referências.”

¹⁰⁹ Cfr., por todos, Augusto SILVA DIAS, *Op. cit.*, p. 23.

¹¹⁰ Augusto SILVA DIAS (*Op. cit.*, p. 23, nota 48) chama a atenção para a profusão de jurisprudência dos tribunais superiores acerca dos crimes dos arts. 23.º e 24.º do DL 28/84. A propósito, *vide* SILVA DIAS, Augusto, *Entre «Comes e Bebes», Debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor (a propósito do Acórdão da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996)*, in: *RPCC*, ano 8 (1998), n.º 4, p. 517 e ss.

¹¹¹ Cfr. António CASTANHEIRA NEVES, *O princípio da legalidade criminal – o seu problema jurídico e o seu critério dogmático*, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Eduardo Correia*, Vol. I, Coimbra, 1984, p. 336 e ss.

¹¹² Augusto SILVA DIAS (*Op. cit.*, p. 26) dá-nos, como exemplos, os arts. 132.º, n.º 1 do CPenal – “especial censurabilidade ou perversidade”; 154.º n.º 3 al. a) do CPenal – “censurável”; 163.º do CPenal – “acto sexual de relevo”; art. 235.º n.º 1 do CPenal – “regras económicas de uma gestão racional”; remissões para “normas ou princípios de direito internacional geral ou comum” - art. 241.º n.º 1 e 242.º do CPenal – “regras legais, regulamentares ou técnicas” - art. 277.º n.º 1 a) do CPenal, e, ainda, “disposições legais ou regulamentares” - art.º 278.º n.º 1 do CPenal.

Outro ponto crítico, na óptica de SILVA DIAS¹¹³, reside na pretensa novidade alarmante que vai ínsita na crítica que, nomeadamente, PRITTWITZ faz ao «direito penal do risco» como sendo um direito penal de âmbito demasiadamente alargado, antecipador da tutela penal por recurso à tipificação de crimes de perigo abstracto, e que isso consistiria numa nova *dogmática do risco* para a «sociedade do risco»¹¹⁴. É verdade que, como diz OST¹¹⁵, “os novos riscos são virtuais, sem serem quiméricos, improváveis, sem serem fantasiosos, infiguráveis, sem serem irreais”. Muito diferentes, portanto, dos riscos que basearam a dogmática da sociedade industrial e a teoria da imputação objectiva como a conhecemos. Mas isso não significa que a noção de risco seja desconhecida, de todo, dos legisladores e da doutrina. No entanto, do que PRITTWITZ fala é de uma noção de risco não coincidente com a noção de risco cara à dogmática tradicional¹¹⁶. É que este risco é aquele que se pode materializar na lesão de um bem jurídico individual, através da prática de um crime de resultado. Já o risco de que nos fala, em geral, a *Escola de Frankfurt* é susceptível de abranger um número incalculável de sujeitos, não sendo, de todo, controlável senão no próprio comportamento que o pode originar. Não quer isto dizer, como admite SILVA DIAS¹¹⁷, que a teoria do risco não haja de ser tida em conta na concepção de uma dogmática do «direito penal do risco». Simplesmente, há-de operar-se uma mudança de perspectiva no sentido de valorar, sem perder de vista o carácter instrumental do tipo incriminador, a criação de riscos incontrolláveis para verdadeiros bens jurídicos. Isto sem que se recaia na substituição da imputação objectiva causal por juízos de probabilidade, como adverte SILVA-SÁNCHEZ¹¹⁸, ao falar de «dogmática da globalização».

Afinal, pouco daquilo que se aponta ao «direito penal do risco» é verdadeiramente novo. O que leva a crer que não há obstáculos de maior à elaboração de uma dogmática da responsabilização penal de entes colectivos, numa lógica de resposta aos novos desafios que a

¹¹³ Cfr. Augusto SILVA DIAS, *Op. cit.*, p. 27.

¹¹⁴ Gonçalo MELO BANDEIRA (*Responsabilidade Penal Económicas de Entes Colectivos*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 39) pronuncia-se de forma muito crítica, sobre esta matéria: “Parece que o direito penal do perigo se poderá transformar – ele mesmo – num grave perigo para as conquistas do direito penal de garantia: são os riscos do próprio direito penal do risco.” No mesmo sentido, vide Félix HERZOG, *Alguns riesgos del Derecho Penal de Riesgo*, Revista Penal, n.º4, Ediciones Praxis, Huelva-Salamanca, 1999.

¹¹⁵ François OST, *Le Temps du Droit*, apud Augusto SILVA DIAS, *Op. cit.*, p. 27.

¹¹⁶ Já na última década do séc. XX, Jorge de FIGUEIREDO DIAS (*Oportunidade e Sentido da Revisão do Código Penal Português*, in: *Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal*, Vol. I, CEJ, Lisboa, 1996, p. 32) alertava para a separação entre os problemas ligados à «sociedade do risco» e ao direito penal do risco, do papel que a noção de risco desempenha na dogmática da ilicitude penal.

¹¹⁷ Augusto SILVA DIAS, *Op. cit.*, p. 27.

¹¹⁸ Jesús María SILVA-SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho Penal...*, cit., p. 83 e ss.

criminalidade da empresa¹¹⁹ nos coloca no contexto da sociedade do risco, sem abandonar o paradigma da protecção exclusiva de bens jurídicos. Resta saber se, na verdade, a lesão (ou perigo de lesão) do bem jurídico sobreviverá como factor do desvalor do resultado, posto que o desvalor da acção não pode, no contexto da «sociedade do risco», radicar senão na criação de um risco incontroável, condutível, não já à actuação das pessoas físicas, mas à actuação perigosa dos entes colectivos enquanto estruturas organizadas e complexas potenciadoras desse risco.

2. Ainda carácter instrumental do direito penal no contexto da pós-modernidade?

Ao longo da evolução recente do direito penal na segunda metade do séc. XX percebe-se uma erosão da noção de bem jurídico tal como preconizado pelo direito penal clássico. Com o advento da pós-modernidade e consequentes transformações sociais, assiste-se a uma tendência de neocriminalização decorrente do fenómeno que usa designar-se por *fuga para o direito penal*. Neste processo, novos bens jurídicos têm surgido por efeito de incriminação de condutas que, *per se*, não têm dignidade jurídico-penal, mas que, por efeito dessa mesma incriminação, trazem para a discursividade penal os valores a que estão associadas. Assim aconteceu, por exemplo, no direito penal económico, do qual muitos dos bens jurídicos acabaram por ser identificados, como tal, através da tipificação de *delicta mere prohibita*¹²⁰. Portanto, o bem jurídico, como *ratio essendi*¹²¹ da intervenção do direito penal é um conceito que tem sofrido alguma relativização¹²².

Alguma doutrina propõe mesmo o abandono da teoria do bem jurídico propugnando que o direito penal, se quer ter algum papel na protecção das gerações futuras¹²³, terá de adoptar uma óptica normativa e punir, essencialmente, modos de actuar que extravasem os limites impostos, independentemente da lesão de um bem jurídico concreto. Para este sector da

¹¹⁹ Criminalidade da empresa designa os ilícitos criminais que são cometidos pelos titulares dos órgãos, agentes e representantes daquela (ou, alargando o conceito, dos entes colectivos) no seu interesse e que lesam bens jurídicos que são alheios à empresa. Cfr. Raul CERVINI / Gabriel ADRIASOLA, *El Derecho Penal de la Empresa desde una Visión Garantística*, apud Germano MARQUES DA SILVA, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Verbo, Lisboa, 2009, p.10, nota1.

¹²⁰ Em rigor, o fenómeno até nem é novo. A maioria das contravenções que vigoraram no ordenamento jurídico-penal português até 1982, por mor dos Códigos Penais de 1852-1886, mais não eram do que delitos penais consistentes em meras opções político-criminais repressivas de comportamentos, fundadas, quando muito, no risco de lesão de bens jurídicos abstratamente considerados. Eram, portanto, *delicta mere prohibita*.

¹²¹ Paulo S. FERNANDES, *Op. cit.*, p. 84.

¹²² Cfr. também Susana AIRES DE SOUSA, *Os crimes fiscais - Análise Dogmática e Reflexão sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 203-204.

¹²³ Pedimos emprestada esta eloquente expressão a Jorge de FIGUEIREDO DIAS (*O Papel do Direito Penal na Protecção das Gerações Futuras*, in: *Direito Penal Económico e Europeu – Textos Doutrinários*, Vol. III, IDPEE, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 603 e ss.).

doutrina, o fim primordial do direito penal do futuro seria já o assegurar da vigência efectiva das normas, garantindo-se assim, a estabilidade das mesmas e a subsistência do sistema garantidor da segurança colectiva. Autores como STRATENWERTH propõem um modelo totalmente normativo para a protecção dos interesses colectivos e assinalam que o conceito de bem jurídico não é imutável, resulta antes de uma criação teórica do ser humano e que pode (e deve) adaptar-se (ou mesmo extinguir-se) conforme as necessidades de política criminal¹²⁴, nada obstando, portanto, a que se protejam esses bens jurídicos no seu conjunto, na medida em que a ameaça aos mesmos só é perceptível na sua verdadeira dimensão quando perspectivada sob a forma de delitos de acumulação¹²⁵. SILVA-SÁNCHEZ refere que “a combinação da introdução de novos objectos de protecção com a antecipação das fronteiras de protecção penal propiciou uma transição rápida do modelo «*delito de lesão de bens individuais*» para o modelo «*delito de perigo de bens supraindividuais*»”.¹²⁶

Para outros autores é, ainda, possível manter o foco no conceito de bem jurídico, criando novos bens jurídicos ligados aos actuais movimentos sociais no contexto da globalização e dos novos riscos: é o que propõem as teorias ditas “expansionistas” e, em certos aspectos, as teorias que defendem uma intensificação da tutela penal. No entanto, uma boa parte da doutrina continua resistente ao abandono do conceito de bem jurídico como *alfa* e *omega* do direito penal¹²⁷.

O fenómeno de erosão do conceito de bem jurídico decorre paralelamente à emergência do valor da segurança como desiderato fundamental das sociedades. Logo, o paradigma dos fins das penas (e das consequências jurídicas dos factos típicos em geral) deixa de ser orientado para a ressocialização e recuperação, para guindar o controlo e a inocuidade dos agentes disruptivos do sistema como seu referente fundamental. Decorre daqui um tendencial abandono do desvalor do resultado como critério orientador da elaboração dos tipos penais e doseador da medida das penas e medidas de segurança, substituindo-o por uma intervenção penal baseada na ideia de prevenção ou supressão do risco. Tal significa a progressiva erosão do conceito tradicional de ilícito. A finalidade da intervenção penal já não é, assim, orientada à prevenção geral e especial, positiva e negativa, mas sim à busca pela máxima segurança

¹²⁴ Em sentido semelhante, admitindo a mutabilidade do conceito de bem jurídico, pronuncia-se Claus ROXIN, *Op. cit.*, p. 58: “A concepção de bem jurídico (...) não é estática, mas antes, embora dentro do marco das finalidades constitucionais, está aberta às alterações sociais e aos progressos do conhecimento científico.”

¹²⁵ Sobre os delitos de acumulação, vide Guilherme Costa CÂMARA, *O Direito Penal do Ambiente e a Tutela das Gerações Futuras: Contributo ao Debate Sobre o Delito Cumulativo*, tese de doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.

¹²⁶ Jesús Maria SILVA-SÁNCHEZ, *Op. cit.*, p. 98.

¹²⁷ Cfr. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal; Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal; Sobre a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 167 e ss.

(afinal, o oposto de risco), controlando e minimizando os factores geradores de riscos, designadamente fazendo incidir o sistema penal sobre as categorias de agentes que, estatisticamente, mais comprometem essa segurança. A máxima segurança emerge, assim, como o novo arquétipo de bem jurídico para o direito penal moderno¹²⁸.

Em contraste, o art. 40.º n.º1 do Código Penal Português ainda reza: “a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos (...). Perguntamo-nos, com Susana AIRES DE SOUSA¹²⁹, se a resposta do direito penal na defesa social contra os «novos riscos» “ancorar-se-á ainda no direito penal clássico e na categoria de dano, ou implicará um novo modelo em que se acentua o direito penal do comportamento?” Em que medida há, ou não, razões para começar a acreditar que “a introdução do *topos* da sociedade do risco no direito penal tem, por força, de significar o fim da protecção de bens jurídicos?”¹³⁰.

Em busca de respostas para estas e outras questões que uma eventual mudança de paradigma coloca, façamos, agora, uma abordagem perfunctória das várias teses que têm sido avançadas no que concerne à sobrevivência do bem jurídico como *ratio essendi* do direito penal para a «sociedade do risco».

3. Teorias explicativas do bem jurídico como *topos* do direito penal moderno

3.1 A teoria monista-pessoal dos bens jurídicos

Esta tese é defendida por penalistas da *Escola de Frankfurt* como HASSEMER, NAUCKE, ALBRECHT, e seguida por autores como PRITTWITZ e HERZOG. Partindo da tese de que os princípios do direito penal iluminista, bem como as regras liberais da causalidade, da culpabilidade e da responsabilidade, não se coadunam com os riscos emergentes na sociedade pós-moderna, pós-industrial e globalizada, estes autores acreditam ser impossível ao direito penal desempenhar qualquer papel na contenção dos riscos globais decorrentes de fenómenos massificados. Esta incapacidade de prevenção e de repressão dos novos riscos teria origem nos específicos instrumentos (penas e medidas de segurança) e numa actuação puramente retrospectiva do direito penal, bem como na insistência em

¹²⁸ Winfried HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*, trad. de F. Muñoz Conde y M.M. Díaz Pita, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 81, *apud* Bernardo del ROSAL BLASCO, *Hacia un Derecho Penal de la Postmodernidad?*, in: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2009, núm. 11-08, p. 08:20.

¹²⁹ Cfr. Susana AIRES DE SOUSA, *Op. cit.*, p. 204.

¹³⁰ Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral...*, *cit.*, p. 135.

modelos de responsabilização antropológicamente fundados, zelando-se até ao limite pelos direitos dos indivíduos perante a «máquina» do Estado e até, se necessário, contra o Estado¹³¹. Para estes autores, a regulação dos processos «macro-sociais» através do direito penal e a consequente expansão da responsabilidade criminal conduziria a que aquele perdesse as suas características liberais, passando a privilegiar um *modus operandi* voltado para a prevenção, isento de limites garantísticos, abandonando sua função básica de protecção das esferas pessoais de liberdade. Para ALBRECHT¹³², a evolução do direito penal em direcção ao paradigma do risco concretiza-se no “abandono do bem jurídico individual e no caminho para uma clara concepção de protecção do sistema (...)” Assim, propugnando um direito penal de intervenção mínima, a *Escola de Frankfurt* elege o bem jurídico como a categoria dogmática capaz de operar a destriça entre o comportamento disruptivo com dignidade penal e a simples patologia social penalmente irrelevante. Só ascende à discursividade penal a conduta capaz de lesar, ou colocar em perigo, autênticos bens jurídicos penais¹³³, pelo que esta teoria monista do bem jurídico apenas admite, no catálogo de funções do direito penal, a protecção subsidiária e exclusiva de bens jurídicos individuais¹³⁴, a desempenhar através da estrita tipificação dos chamados *delicta in se*, com clara preferência pela violação de tipo resultado-dano em detrimento do tipos de resultado-perigo, particularmente de perigo abstracto¹³⁵. Na melhor das hipóteses, admitem a consagração de tipos penais destinados à protecção de bens jurídicos colectivos, na medida em que, pela violação destes, se afectem interesses de raiz marcadamente individual¹³⁶. A não ser assim, adverte esta doutrina, corre-se “o risco de aceitar o direito penal não já como *ultima ratio*, mas como *prima* ou *sola ratio*” na protecção dos bens jurídicos¹³⁷.”

¹³¹ Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *apud* Susana AIRES DE SOUSA, *Os Crimes Fiscais...*, cit., Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 205.

¹³² Peter Alexis ALBRECHT, *El Derecho Penal en la intervención de la política populista*, in: *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Comares, Granada, 2000, pp. 474-475.

¹³³ Cfr. Susana AIRES DE SOUSA, *Op. cit.*, p. 207.

¹³⁴ Cfr. Gonçalo MELO BANDEIRA, “Responsabilidade” *Penal Económica de Entes Colectivos...*, cit., p. 45.

¹³⁵ Susana AIRES DE SOUSA, *Idem, ibidem*.

¹³⁶ Cfr. Paulo S. FERNANDES, *Op. cit.*, p. 86.

¹³⁷ Cfr. Winfried HASSEMER, *Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico*, DP, Año 12(1989), p. 284. LÜDERSEN (*apud* Cornelius PRITTWITZ, *El Derecho Penal Alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal*”, in: *La insostenible situación del Derecho penal*, AA. VV., trad. Maria Teresa Castiñeira Palou, Granada, Comares, 2000, p. 433), afirma que o direito penal não é um mero instrumento de controlo social mas que, devido às suas especificidades, requer rodear-se de garantias especiais. Luigi FERRAJOLI (*apud* Susana AIRES DE SOUSA, *Op. cit.*, p. 209) faz notar que “um programa de Direito Penal mínimo deve pautar-se por uma maciça deflação dos bens penais” e que só devem assumir-se como bem jurídico-penal aqueles bens “cuja lesão de concretiza numa ofensa danosa para outras pessoas em carne e osso”.

3.2 A teoria personalista dos bens jurídicos *supra-individuais*

Na senda da *Escola de Frankfurt*, admitindo, no entanto, que possa haver respostas adequadas para o combate aos novos riscos no seio do direito penal, esta teoria aponta que a capacidade de resposta do direito penal ao contexto da pós-modernidade será nula se não forem operadas reformas e adaptações profundas nos princípios e categorias dogmáticas fundamentais. Porém, não consideram que essa evolução do direito penal no sentido da adaptação aos «grandes e novos riscos» conduza, necessariamente, ao abandono da teoria do bem jurídico. Pelo contrário: no contexto actual, há um tipo de bem jurídico-penal que sai reforçada na sua importância: o bem jurídico *supra-individual*. Para SILVA DIAS¹³⁸, os novos riscos fazem emergir bens jurídicos com características novas, bens jurídicos de carácter colectivo que, apesar de difusos e plásticos nos seus limites, permitem, ainda assim, a identificação de um núcleo essencial: um referente pessoal. A protecção destes novos bens jurídicos deverá ter por base a ofensividade que para eles representam os comportamentos geradores de grandes riscos¹³⁹, o que, para o autor, não implica, necessariamente, o desenho normativo do tipo como crime de perigo¹⁴⁰. Neste sentido, SILVA DIAS aponta como essencial à dignidade penal do bem jurídico colectivo que este tenha um referente pessoal, que proteja um interesse ou valor individualmente fruível, ou seja, quando o respectivo dano afecte pessoas ou interesses pessoais. Seria a ausência deste referencial pessoal que impediria a sua tutela penal.^{141, 142}

SILVA DIAS constrói, assim, uma concepção dualista¹⁴³ acerca dos bens jurídicos com dignidade penal, alicerçada numa base antropocêntrica: por um lado, considera os bens jurídicos individuais, por outro, os bens jurídicos *supra-individuais* dotados de um referente pessoal. De fora ficam os meros interesses funcionais pelo facto de a respectiva lesão apenas

¹³⁸ Augusto SILVA DIAS, *Op. cit.*, p. 29. *Vide*, no mesmo sentido, Paulo S. FERNANDES, *Op. cit.*, pp. 86 e ss.

¹³⁹ Cfr. Susana AIRES DE SOUSA, *Op. cit.*, p. 212.

¹⁴⁰ “(...) a designação «grandes riscos» não impõe a qualificação das condutas como crime de perigo, posto que ela apenas exprime o enquadramento social da danosidade e não já o seu modo de ser normativo.” (Augusto SILVA DIAS, *Op. cit.*, p. 32).

¹⁴¹ Augusto SILVA DIAS, *Op. cit.*, p. 30.

¹⁴² Diz Augusto SILVA DIAS (*Op. cit.*, p. 33): “Procurando a ofensividade típica dos comportamentos geradores de grandes riscos, recuperam-se as matrizes referenciais do Direito Penal esmaltadas nos princípios da protecção subsidiária dos bens jurídicos e do dano, afinal, duas colunas ligadas e encimadas por uma abóbada: a pessoa como ser individual e como ser social. Intuitivamente, só há dano e só há experiência social do dano onde são afectadas pessoas e interesses ou valores pessoais, individuais ou sociais: e onde se não descortina um dano, um sentido de perda, não se vislumbra a existência de um verdadeiro bem jurídico.”

¹⁴³ Concepção semelhante é proposta, em Espanha, por Mirentxu CORCOY BISADOLO (*Delictos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-penales Supraindividuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 139 e ss.). Diz a autora que o referente pessoal garante aos bens jurídicos *supra-individuais* um critério de necessidade, utilidade e legitimidade da incriminação da sua violação.

se reflectir numa “perturbação ou entropia ao funcionamento regular do sistema”¹⁴⁴. Para o autor, “não há bens jurídico-penais sem titulares e esses titulares não podem ser senão pessoas, encaradas na sua individualidade ora na sua sociabilidade.”¹⁴⁵ No entanto, e aqui se afasta da concepção monista-pessoal dos bens jurídicos, para SILVA DIAS a protecção dos bens jurídicos supra-individuais não se encontra dependente nem funcionalizada à tutela de bens jurídicos individuais¹⁴⁶. Pelo contrário, considera que os bens jurídicos supra-individuais são autênticos bens jurídicos merecedores de tutela penal e não apenas bens jurídicos intermédios ou instrumentais. O que lhes confere essa dignidade penal é, precisamente, o seu referente pessoal, consubstanciado no facto de esses bens jurídicos poderem ser fruídos individualmente, muito embora esteja excluído o seu uso exclusivo. Também é essa susceptibilidade de fruição individual que está na base da distinção que SILVA DIAS opera entre bens jurídicos supra-individuais e bens jurídicos colectivos, estes últimos, para o autor, insusceptíveis de se lhes reconhecer um referente pessoal.

3.3 A teoria dos bens jurídicos «meios» ou instrumentais

Para esta teoria, há bens jurídicos que, atento o seu carácter essencial para a preservação das condições necessárias à sobrevivência da própria humanidade, assumiriam relevância penal, sendo a sua protecção uma técnica de antecipação da tutela dos “valores-fins” essenciais¹⁴⁷. SCHÜNEMANN e ROXIN¹⁴⁸, ao tratarem a questão das modalidades de perigo abstrato, apontam que a lesão de certos bens jurídicos «intermédios» encerra um desvalor próprio, capaz de sustentar um juízo de lesão. A protecção desses bens jurídicos acaba por consistir numa certa antecipação da tutela penal relativamente aos interesses estritamente pessoais, numa dualidade «bem jurídico-meio» e «bem jurídico-fim». Não obstante não sejam um objecto político-criminal em si mesmos, estes valores representam um meio para atingir um fim, ou seja, um meio de assegurar, de modo mediato, protecção a outros bens jurídicos com dignidade penal. Tal carácter instrumental destes bens «jurídicos-meio» é “circunstância que justifica a sua absorção pelo direito penal e a correspondente qualificação como bens

¹⁴⁴ Augusto SILVA DIAS, *Delicta in se...*, cit., p. 690.

¹⁴⁵ Augusto SILVA DIAS, *Op. cit.*, p. 822.

¹⁴⁶ Cfr. Susana AIRES DE SOUSA, *Op. cit.*, p. 211.

¹⁴⁷ Cfr. Fernando MANTOVANI, *Diritto Penale*, Pádova, CEDAM, 2001, *apud* Susana AIRES DE SOUSA, *Op. cit.*, p. 215.

¹⁴⁸ Cfr. Claus ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., pp. 410-411, *apud* Susana AIRES DE SOUSA, *Os Crimes Fiscais...*, cit., pp. 215-216. Entre nós, vide Augusto SILVA DIAS, *Delicta in Se...*, cit., pp. 820 e ss.

jurídico-criminais”.¹⁴⁹ Para esta teoria, portanto, um direito penal para a «sociedade do risco» deveria assumir como sua função primordial assegurar as condições essenciais, de uma perspectiva *macro-social*, para que os bens jurídicos individuais possam ser fruídos. Essa função seria prosseguida, justamente, pela redução do grau de risco de lesão destes bens jurídicos individuais, o que passaria, necessariamente, por uma intensificação da tutela preventiva em relação à lesão dos bens jurídicos instrumentais. No fundo, o que esta doutrina propõe é uma dogmática paralela, com princípios de actuação diferenciados para diversas categorias de bens jurídicos.

3.4 A teoria dos bens jurídicos colectivos

Esta teoria reconhece, ao lado dos bens jurídicos individuais, a existência de verdadeiros bens jurídicos colectivos, bens jurídicos de carácter social, *trans-individuais*, capazes de fundar a incriminação de comportamentos. Entre os defensores deste entendimento encontra-se FIGUEIREDO DIAS, para quem “o direito penal serve a tutela subsidiária, a par de bens jurídicos individuais, de bens jurídicos colectivos como tais”¹⁵⁰. Para este autor, “a verdadeira característica do bem jurídico colectivo ou universal reside no facto de poder ser gozado por todos e por cada um, sem que ninguém deva ficar excluído; nessa possibilidade de gozo reside o legítimo interesse individual na integridade do bem jurídico colectivo”¹⁵¹.

Por isso, FIGUEIREDO DIAS rejeita qualquer concepção de bem jurídico presa a um paradigma “exasperadamente” antropocêntrico “que de bem jurídico só permite falar quando estejam em causa interesses reais, tangíveis e, por consequência, também actuais do indivíduo”¹⁵², ou mesmo uma concepção moderada de bem jurídico colectivo que só lhe atribua relevância penal na medida em que o mesmo seja reconduzível a um interesse individual (teoria do “referente pessoal” propugnada por SILVA DIAS). Esta necessidade de reconhecer os bens jurídicos colectivos como valores e interesses dignos de protecção penal, ao lado dos bens jurídicos estritamente individuais, decorre, inexoravelmente, dos problemas com que o direito penal se depara na protecção dos pilares axiológicos que sustentam as sociedades pós-modernas. Sobre a protecção a dispensar aos bens jurídicos colectivos, diz Susana AIRES DE SOUSA: “uma adequada protecção penal destes bens jurídicos colectivos

¹⁴⁹ António Manuel ALMEIDA E COSTA, *Sobre o crime de corrupção. Breve retrospectiva histórica. Corrupção e concussão. Autonomia típica das corrupções “activa” e “passiva”. Análise dogmática destes dois delitos*, BFD, *Estudos em homenagem ao Prof. Eduardo Correia*, Coimbra, 1984, pp. 81 e ss.

¹⁵⁰ Cfr. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *O Papel do Direito Penal...*, cit., p. 1129.

¹⁵¹ Cfr. Susana AIRES DE SOUSA, *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 219.

¹⁵² Cfr. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *ibidem*, p. 1130.

supõe que o ilícito material desses crimes seja visto como residindo na verificação de condutas que, em si mesmas consideradas ou em associação a condutas ocorridas em quantidade inumerável e com uma frequência devastadora, lesam ou põem em sério perigo aqueles bens jurídicos, o que (...) há-de ter consequências ao nível da estrutura típica destes delitos”.¹⁵³ Consequências essas que, segundo FIGUEIREDO DIAS, devem ser, substancialmente, delitos contra bens jurídicos colectivos, mas, do ponto de vista formal, a sua conceptualização deve andar mais próxima dos delitos de desobediência a prescrições administrativas¹⁵⁴.

Também HEFENDEHL¹⁵⁵ propugna que podemos considerar um bem jurídico como colectivo ou universal, sempre que nenhum indivíduo seja afastado da respectiva fruição e desde que essa fruição não impossibilite que todos os outros indivíduos possam dele beneficiar sem maior prejuízo. Reconhecida a dignidade penal dos bens jurídicos colectivos, HEFENDEHL defende que o paradigma actual do delito penal, ao basear a ofensividade da conduta na lesão ou no perigo de lesão, não é adequado nem suficiente para proteger os bens jurídicos colectivos.

3.5 STRATENWERTH: a protecção de contextos da vida enquanto tais

Face aos novos desafios que se colocam ao direito penal pós-moderno, este autor prevê a falência do bem jurídico como referente fundacional da dignidade penal da conduta e justificação primeira da intervenção penal¹⁵⁶. Caberá, então, à ciência penal a espinhosa tarefa de construir um novo paradigma penal capaz de proteger a humanidade face aos «*grandes e novos riscos*» da contemporaneidade.

Partindo da ideia de que, perante a complexidade e constante modificação das condutas lesivas dos interesses colectivos e uma cada vez maior indeterminabilidade do conceito de bem jurídico individual, pela erosão do seu referente pessoal, uma protecção penal de interesses colectivos eficaz exige que o ilícito material respectivo tenha de ser ancorado em condutas socialmente irrelevantes ou insignificativas na sua singularidade, só se tornando socialmente danosas em associação com condutas análogas ocorridas em massa. STRATENWERTH propõe, então, a substituição da função de protecção de bens jurídicos individuais, segundo o autor, demasiado presa a uma concepção jurídico-penal

¹⁵³ Susana AIRES DE SOUSA, *ibidem*.

¹⁵⁴ Cfr. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Op. cit.*, p. 1135.

¹⁵⁵ Roland HEFENDEHL, *apud* Susana AIRES DE SOUSA, *Op. cit.*, p. 220.

¹⁵⁶ Cfr. Susana AIRES DE SOUSA, *Os Crimes Fiscais...*, *cit.*, p. 223.

antropocêntrica revelando-se incapaz de dar resposta aos novos desafios da modernidade, pela tutela directa de *relações da vida como tais*, dispensando-se a recondução da necessidade de protecção a interesses de qualquer dos participantes num dado contexto, embora tal não signifique, necessariamente, atribuir ao direito penal um cariz funcionalista.

Para STRATENWERTH, a solução está em substituir o dano ou o perigo de dano como referente incriminador, pela técnica do «valor-limite», critério accionador da norma penal. Entrevemos nesta ideia uma certa relação com a teoria do risco permitido, na medida em que um comportamento perigoso é permitido até ao ponto em que viole o limite estabelecido normativamente. Significa isto, no entanto, o assegurar de “normas gerais de comportamento” e, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS¹⁵⁷, o abandono do paradigma jurídico-penal iluminista, abraçando-se um direito penal de protecção da moral e propulsor de fins puramente ideológicos. Sobre o tema, observa SILVA DIAS: “É certo que os bens jurídicos protegidos no âmbito do direito penal de controlo dos grandes riscos possuem contornos algo imprecisos” e “parecem ter perdido a univocidade.”¹⁵⁸ Eles apresentam, contudo, a seguinte particularidade: são bens colectivos dotados de referente pessoal que correspondem (...) a novas necessidades humanas. (...) São bens jurídicos da pessoa, não enquanto ser individual, mas como indistinto ser social. É nesta qualidade que podem ser vítima dos grandes perigos e é nela, pois, que carecem de protecção.”¹⁵⁹ FIGUEIREDO DIAS¹⁶⁰ admite, porém, que a tutela dos grandes riscos pode passar, em parte, pela assunção de um “*direito penal do comportamento*”, tal como preconizado por STRATENWERTH, na medida em que isso não signifique uma derrogação completa do papel do direito penal como instrumento de protecção de bens jurídicos, ao menos, colectivos.

4. Um caminho: os delitos cumulativos como crimes de perigo abstracto

A aceitação, por uma parte da doutrina, e a recusa, por outra parte, da existência de autênticos bens jurídicos colectivos levantou questões delicadas ao nível da dogmática penal. A questão da imputação objectiva do resultado danoso - quais as acções suficientemente ofensivas para violar um bem jurídico colectivo – e a questão da estrutura do tipo de ilícito protector de tais bens jurídicos têm dado lugar a uma acesa discussão. Segundo Susana

¹⁵⁷ Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Op. cit.*, p. 140.

¹⁵⁸ Neste sentido, DAMM, *apud* Augusto SILVA DIAS, *Op. cit.*, p. 29.

¹⁵⁹ Augusto SILVA DIAS, *ibidem*.

¹⁶⁰ Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Op. cit.*, p. 142.

AIRES DE SOUSA¹⁶¹, o problema que tem preocupado a doutrina prende-se com a possibilidade de sancionar uma conduta individual que, só por si, não tenha uma ofensividade suficiente de modo a que possamos afirmar que ela é passível de lesar, ou colocar em perigo concreto de lesão, um determinado bem jurídico colectivo, verificando-se, no entanto, a forte probabilidade de que a mesma conduta seja realizada por outros sujeitos. A concretização dessa probabilidade significaria, numa perspectiva cumulativa, uma grave lesão para o bem jurídico em causa. Portanto, o problema coloca-se da seguinte forma: como proteger bens jurídicos colectivos penalmente relevantes através da elaboração de tipos penais, quando uma conduta individual, por si só e individualmente considerada, não tem potencial lesivo suficiente para justificar a imputação objectiva de um *resultado-dano* ou *resultado-perigo* ao autor da acção típica? Nas palavras de SILVA DIAS¹⁶², trata-se de “acções em si mesmas inofensivas, como por exemplo, um acto de poluição mínima (urinar para um rio, circular de automóvel numa determinada via), que, uma vez praticadas de forma generalizada, podem, numa avaliação realista, produzir um evento danoso (a contaminação das águas do rio, a saturação do ar da via)”.

É no contexto desta problemática que emerge a ideia dos delitos cumulativos, baseada na premissa de que as condutas individuais devem ser sancionadas mesmo que, por si só, não tenham o potencial danoso suficiente para lesar ou colocar em perigo o bem jurídico. KUHLEN¹⁶³ foi um dos precursores desta ideia, a propósito da tutela penal do ambiente, afirmando que os tipos cumulativos abrangem factos que, por si mesmos, são incapazes de causar lesão ou perigo, embora possam potenciar uma situação de efectiva lesão ou perigo de lesão. Destarte, KUHLEN entende que estas condutas devem ser tipificadas com recurso aos crimes de perigo abstracto, baseando-se essa incriminação no potencial danoso das mesmas quando praticas em massa¹⁶⁴. Para HEFENDEHL, “a verdadeira razão para que os bens jurídicos colectivos sejam protegidos por crimes de acumulação reside no facto de, na lógica de violação de tais bens jurídicos, não cabe uma causalidade lesiva real (...), pelo que a ideia de acumulação serve de equivalência material à relação que, no seio da causalidade lesiva, há-de dar-se entre acção e bem jurídico”¹⁶⁵.

¹⁶¹ Cfr. Susana AIRES DE SOUSA, *Op. cit.*, p. 226.

¹⁶² Cfr. Augusto SILVA DIAS, *Delicta in se...*, *cit.*, p. 824.

¹⁶³ Cfr. Lothar KUHLEN, *apud* Susana AIRES DE SOUSA, *Op. cit.*, p. 227.

¹⁶⁴ Cfr. Joel FEINBERG, *Harm to others. The moral limits of criminal law*, *apud* Susana AIRES DE SOUSA, *Op. cit.*, p. 227, nota 508. Para o autor, o legislador, antes de tipificar condutas individuais que, em si mesmas, não são suficientemente lesivas de bens jurídicos colectivos, deveria atingir um alto grau de probabilidade de que tal conduta seja praticada em massa.

¹⁶⁵ Susana AIRES DE SOUSA, *Op. cit.*, p. 230.

Em relação à estrutura dos tipos de ilícito, grande parte da doutrina aponta no sentido de que os crimes de acumulação têm acentuada tendência para revestir a natureza de crimes de perigo abstracto. Os crimes de perigo abstracto são caracterizados pela incriminação de condutas consideradas perigosas, sem que, no caso concreto, tenha ocorrido uma efectiva colocação em perigo, isto é, não se produziu o resultado perigo para o bem jurídico protegido, mas praticou-se uma conduta que, de acordo com a experiência, é adequada a produzir um resultado danoso. SCHÜNEMANN considera que os crimes de perigo abstracto abarcam várias situações de perigo, das quais faz uma análise tripartida: uma primeira modalidade diz respeito à protecção de bens jurídicos intermédios (ou «*meios*») subordinada à protecção de bens jurídicos «*fins*»; uma segunda modalidade de crimes de perigo abstracto prende-se, acima de tudo, com razões preventivas, para afirmar o carácter absoluto de algumas condutas a observar em contexto de acumulação de actuações, como, por exemplo, o tráfego rodoviário; a terceira modalidade diz respeito às condutas que consistem numa simples violação da proibição. É, então, perante a possibilidade de massificação de certos comportamentos tidos, numa perspectiva puramente unitária, como inócuos, mas que, em contexto de acumulação revelam todo o seu potencial danoso que se justificam os delitos cumulativos como instrumento apto a proteger os bens jurídicos colectivos face aos novos riscos emergentes nesta sociedade pós-moderna, sendo os delitos cumulativos um subtipo dos crimes de perigo abstracto.^{166, 167}

Em oposição à legitimidade destes delitos cumulativos, encontram-se, entre outros, SILVA DIAS¹⁶⁸ e SILVA-SÁNCHEZ¹⁶⁹, com o argumento de que existe uma incompatibilidade insanável entre os delitos cumulativos e o princípio da ofensividade, dado que, sendo a actuação singular, por si só, incapaz de lesar ou colocar em perigo o bem jurídico e se apenas a conjugação de múltiplas actuações singulares congéneres é susceptível de produzir essa ofensa, trata-se de uma conduta desprovida de uma dimensão de negação do valor do bem jurídico capaz de a guindar à discursividade penal¹⁷⁰. Daí que SILVA DIAS afirme que, sendo a disfuncionalidade do comportamento individual e não a sua efectiva lesividade que fundamenta a incriminação, a punição de tais condutas está mais próxima da natureza do direito de mera ordenação social.¹⁷¹

¹⁶⁶ Cfr. Claus ROXIN, *Derecho Penal...*, cit., p. 410. Vide, também, Augusto SILVA DIAS, *Delicta in Se...*, cit., p. 820.

¹⁶⁷ Cfr. Susana AIRES DE SOUSA, *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 229.

¹⁶⁸ Cfr. Augusto SILVA DIAS, *Delicta in Se...*, cit., pp. 595 e ss.

¹⁶⁹ Cfr. Jesús María SILVA-SÁNCHEZ, *La Expansión...*, cit., pp. 110 e ss.

¹⁷⁰ Cfr. Susana AIRES DE SOUSA, *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 236.

¹⁷¹ Cfr. Susana AIRES DE SOUSA, *ibidem*, p. 237.

Para SILVA DIAS, basear a ofensividade da conduta individual na figura da acumulação viola o princípio constitucional-penal da proporcionalidade, na medida em que sancionar penalmente uma actuação que, em si mesma, é inofensiva para qualquer bem jurídico, viola o princípio da proibição do excesso. Ademais, SILVA DIAS adverte que a figura da acumulação subverte o paradigma do *direito penal da culpa* e, de certa forma, do próprio *direito penal do facto* ao fundar o juízo ético-jurídico de reprovação da conduta individual na previsão de que outros agentes actuarão de modo coincidente.^{172, 173} Não se trata, portanto, de uma actuação retrospectiva sobre a prática de um facto danoso ou gerador de perigo, mas sim de uma actuação prospectiva, fortemente antecipatória da tutela penal.

Em defesa do conceito de delito cumulativo, como concepção de tipo de ilícito mais indicada para a protecção dos bens jurídicos colectivos, sai MENDONZA BUERGO. Para a autora, o problema que está na base da discussão em torno da propriedade dos delitos cumulativos é um problema de perspectiva. De facto, admite que “a diferença de escalas entre a acção individual e a magnitude do bem jurídico tutelado”¹⁷⁴ é o que está na base da ideia da não ofensividade da actuação individual em relação ao bem jurídico colectivo. No entanto, para a autora, o entendimento de que a acção individual, ou a conduta de um agente isolado, não é suficientemente ofensiva para lesar o bem jurídico protegido por um delito cumulativo nem sempre é correcto. “Antes acontece que, tendo em conta a absoluta desproporção entre aquela e este é possível falar, não tanto do seu carácter absolutamente inofensivo, mas da dificuldade de chegar, *por si mesma*, a um afectar suficientemente do bem jurídico considerado na sua magnitude. Trata-se, pois, na maioria dos casos, de uma insuficiente carga lesiva da conduta individual perante a magnitude do bem jurídico correspondente.”¹⁷⁵ Assim, para MENDONZA BUERGO, é necessário compreender a necessidade dos delitos cumulativos colocando o enfoque na natureza lesiva do comportamento individual, sem olhar tanto à desproporção entre este comportamento e o bem jurídico protegido. Digamos que a lógica dos delitos cumulativos está na compreensão de que cada conduta individual, isoladamente considerada, é inofensiva, mas “desloca a situação do bem jurídico colectivo para um ponto mais próximo do dano.”¹⁷⁶ Guilherme CÂMARA entende que “o dano-violação deve permanecer, pese a forte e crescente presença dos delitos de perigo abstrato,

¹⁷² Cfr. *Idem, ibidem*, p. 236-237.

¹⁷³ Para uma abordagem mais aprofundada da teoria dos delitos cumulativos e da posição de Augusto SILVA DIAS, vide “*What if everybody did it – sobre a (in)capacidade de ressonância do Direito Penal à figura da acumulação*”, RPCC, ano 13, 2003, pp. 213 – 245.

¹⁷⁴ Susana AIRES DE SOUSA, *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 232.

¹⁷⁵ Blanca MENDONZA BUERGO, *Limites Dogmáticos y Político Criminales de los Delitos de Peligro Abstracto*, Granada, 2001, p. 494, *apud* Susana AIRES DE SOUSA, *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 232.

¹⁷⁶ Susana AIRES DE SOUSA, *Os Crimes Fiscais...*, cit., p. 234.

como o eixo matricial da ideia de ofensividade (...).”¹⁷⁷ Para o autor, esta ofensividade essencial à intervenção do direito penal, encontra a necessária concretização nos delitos cumulativos, fortemente associados ao potencial danoso que a actuação colectiva assume no contexto da «sociedade do risco».

Em relação a esta ideia, contrapõe a doutrina mais crítica que, nos crimes de acumulação, só a soma objectiva da acção individual com outros contributos singulares pode produzir o resultado típico, daí que um agente isolado não seja capaz de realizar o tipo.¹⁷⁸ A doutrina favorável¹⁷⁹ à teoria dos delitos cumulativos responde que o problema da realização do ilícito típico corresponde ao problema de imputação de um facto próprio, o que significa que a ideia de acumulação não funciona ao nível da construção do crime, apenas subjaz à necessidade político-criminal da criminalização¹⁸⁰. Com relação ao potencial lesivo das actuações meramente individuais face à dimensão social e axiológica dos bens jurídicos colectivos, pensamos que o agir próprio das pessoas colectivas, tal como o temos caracterizado no contexto da pós-modernidade, com o seu impacto transnacional e globalizante, pode relançar esta temática a uma outra luz. Se, face a agentes puramente individuais, antropologicamente caracterizados, os delitos de acumulação podem parecer uma concepção algo voluntarista, já perante a capacidade e dimensão actuante das pessoas colectivas essa concepção parece fazer todo o sentido. É que, atenta a magnitude dos efeitos da actuação de certos entes colectivos, basta apenas a concreta actuação de um deles para colocar em causa condições essenciais à vivência colectiva de uma sociedade. Pense-se, por exemplo, numa empresa especializada em material genético ou biológico, que desenvolveu um novo tipo de micro-organismo, por hipótese, um vírus letal. A dissipação accidental desse micro-organismo, para o qual o ser humano ou mesmo a biodiversidade não tem defesas, pode significar uma catástrofe de dimensões incomensuráveis. Pensamos que a acção individual de certos entes colectivos é suficiente, em casos extremos, para gerar o contexto de acumulação necessário para que o bem jurídico colectivo possa ser efectivamente lesado ou colocado em perigo, afastando-se, assim, as críticas que normalmente recaem sobre a doutrina do delito

¹⁷⁷ Guilherme CÂMARA, *O Direito Penal do Ambiente e a Tutela das Gerações Futuras: Contributo ao Debate Sobre o Delito Cumulativo*, tese de doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.

¹⁷⁸ Guilherme CÂMARA (*O Direito Penal do Ambiente e a Tutela das Gerações Futuras...*, cit.) refere dois elementos fundamentais do delito cumulativo: 1 – A significância mínima da actuação individual do agente, o que implica a ultrapassagem de um valor-limite previamente fixado; 2 – A inserção da actuação individual num contexto instável de acumulação. Entende o autor que só com a reunião destes elementos é possível apontar o necessário dano-violação, resultante da concretização do risco criado.

¹⁷⁹ Cfr., por todos, Augusto SILVA DIAS, *What if everybody did it...*, cit., p. 342.

¹⁸⁰ Cfr. Augusto SILVA DIAS, *ibidem*, p. 238.

cumulativo, apontando que se trata de uma antecipação da tutela penal ainda mais intensa do que aquela produzida pelos crimes de perigo abstrato.

5. A sobrevivência do conceito de bem jurídico: uma abordagem crítica sobre o papel do bem jurídico no direito penal do futuro

Em face dos riscos que emergem nesta sociedade pós-moderna, riscos que ameaçam a sobrevivência da própria sociedade no seu todo, a insuficiência do paradigma do bem jurídico individual é evidente. Qualquer tentativa de envolver o direito penal como instrumento de protecção subsidiária de bens jurídicos individuais no combate aos “novos riscos” falhará nos seus intentos, pois os «*mega-riscos*» inscrevem a incerteza e a insegurança a um nível «*macro-social*», a sua ameaça não é perceptível no indivíduo isoladamente considerado. Daí que a protecção de interesses unicamente centrados no indivíduo resultará inócua. Impõe-se, então, o reconhecimento da existência de uma categoria de bens jurídicos que não pode estar demasiado presa ao “axioma onto-antropológico”¹⁸¹ do direito penal tradicional. Entendemos, com FIGUEIREDO DIAS, que, se cabe ao direito penal um qualquer papel na protecção das gerações futuras contra os “grandes e novos riscos”, impõe-se a elevação à dignidade jurídico-penal de “bens jurídicos sociais, trans-individuais, transpessoais, colectivos, ou como quer que prefiramos exprimir-nos a propósito.”¹⁸²

É claro que a aceitação da existência de verdadeiros bens jurídico-penais não ligados a um (patente) referente pessoal implica a criminalização dos comportamentos violadores de tais bens jurídicos. A doutrina divide-se quanto a este aspecto, mas estamos em crer que outro caminho não haverá, perante a natureza «*parcial-ofensiva*» que as condutas individuais revestem face ao bem jurídico colectivo, do que adoptar a técnica dos crimes cumulativos. É certo, como aponta FIGUEIREDO DIAS, que qualquer tipo de ilícito não poderá “eliminar a aludida distância entre condutas na sua singularidade insignificantes e lesões certas ou muito prováveis de bens jurídicos colectivos”. No entanto, tal significa apenas uma tendência para a estrutura de crimes de perigo abstracto, o que obrigará o legislador a uma maior preocupação com o princípio da determinabilidade dos tipos penais.

Em nosso entender, mesmo quando falamos de delitos cumulativos, expressão da necessidade colectiva de contenção de «*mega-riscos*» globais, estamos ainda a falar de uma punição imediata de certos comportamentos em nome da tutela de bens jurídicos colectivos,

¹⁸¹ Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral...*, cit., p. 136.

¹⁸² *Idem*, *ibidem*.

que só nessa medida se encontra legitimada. Somos, neste sentido, frontalmente contra qualquer proposta que se alicerce numa ideia de funcionalização intensificada do direito penal, que pretenda transformá-lo num instrumento de ordenação social através de uma actuação marcadamente antecipatória na sua tutela, materializada na proliferação de crimes de perigo abstracto, sem que o fim último seja a protecção de bens jurídicos colectivos. Tal como SILVA DIAS¹⁸³, não subscrevemos a tese de que, em um direito penal para a «sociedade do risco», o “bem jurídico conta pouco, quer como fundamento, quer como finalidade e se resume a um papel emblemático”¹⁸⁴. Pensamos que, muito embora o conceito jurídico-penal, iluminista e fundacional, de bem jurídico tenha, no contexto da «sociedade do risco», necessariamente, outros contornos, nomeadamente uma natureza supra-individual ou colectiva, a sua exclusiva protecção não pode deixar de ser o fim último e o pensar fundamental¹⁸⁵ do direito penal do futuro.

Assim, temos por certo que a protecção de bens jurídicos colectivos contra os “grandes e novos riscos” pode ser assegurada por normas penais cujo critério funcional seja a conduta perigosa em relação a determinado bem jurídico colectivo. Pode argumentar-se contra esta ideia, invocando o largo espectro de protecção penal que se atingiria por esta via. No entanto, há que ter em conta que os bens jurídicos colectivos são, na «sociedade do risco», ameaçados por condutas individuais que só atingem a verdadeira danosidade material através de uma «concausalidade» com outras condutas perigosas. Dada a dificuldade de uma imputação individual de um resultado-perigo concreto, talvez não reste melhor solução que incriminar condutas potencialmente perigosas¹⁸⁶, logo que, motivado por imperativos de política criminal coerente com a protecção de bens jurídicos, ao legislador se mostre, com alto grau de probabilidade, que essas condutas, livremente praticadas pela generalidade dos indivíduos, terão um potencial ofensivo importante para bens jurídicos colectivos, dos quais o ambiente tem sido exemplo de escola. KINDHÄUSER¹⁸⁷ fala mesmo num “conceito amplo de dano” para justificar a antecipação da tutela do bem jurídico colectivo à esfera do perigo abstracto.

¹⁸³ Cfr. Augusto SILVA DIAS, *Protecção Jurídico-Penal de Interesses dos Consumidores...*, cit., p. 30.

¹⁸⁴ Opinião contrária tem STRATENWERTH (*apud* SILVA DIAS, *Protecção Jurídico-Penal dos Interesses dos Consumidores...*, cit., p. 30, nota 61) para quem os crimes que visam assegurar o futuro serão construídos em redor da noção de «normas gerais de comportamento».

¹⁸⁵ Hans JESCHECK (*Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1981, pp. 9-10) considera que a toda a norma jurídico-penal estão subjacentes juízos de valor sobre condições vitais para a convivência humana em sociedade, que são, por isso, bens que não podem deixar de considerar-se merecedores de protecção através do poder coactivo do Estado, representado pela proibição insita nos tipos penais e pelas penas.

¹⁸⁶ No mesmo sentido, Klaus GÜNTHER, *De la vulneración de un derecho a la inflación de un deber...*, *apud* Paulo S. FERNANDES, *Op. cit.*, p. 91. Contra, Félix HERZOG, *Limites al control penal de los riesgos sociales...*, *apud* Paulo S. FERNANDES, *Op. cit.*, p. 91.

¹⁸⁷ KINDHÄUSER, *apud* Paulo S. FERNANDES, *Op. cit.*, p. 95.

Para o autor, o dano que uma pessoa pode sofrer consiste, não só na efectiva lesão de um bem jurídico, mas também na privação da possibilidade de dispor de forma segura desse mesmo bem.

Isto para que, ao menos em relação à grande criminalidade organizada e transnacional da qual os entes colectivos estruturados em complexas organizações são, hoje, os principais actores, não se caia numa funcionalização capaz de postergar as próprias garantias do Estado de Direito, mas que também não se crie um direito penal com uma mera função simbólica, que, paradoxalmente, redunde num efectivo abolicionismo, indo muito além da mínima intervenção do direito penal, dando origem a uma autêntica desregulação penal. Sobre isto diz, peremptoriamente, FIGUEIREDO DIAS: “O direito penal deve continuar a resguardar-se de tentativas de instrumentalização como forma de governo, de propulsão e promoção de finalidades de política estadual, ou de tutela de ordenamentos morais (...). 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 (Joachim Hirsh...); mas, sem, por isso, ceder à tentação de “dogmáticas alternativas” que podem, a todo o momento, volver-se em “alternativas à dogmática”, incompatíveis com as regras do Estado de Direito e, como tal, democraticamente ilegítimas”¹⁸⁸.

Assim, pensamos que, num direito penal para o futuro, continuará a ser o conceito de bem jurídico a iluminar os princípios de actuação desse ramo de direito. Será, ainda e sempre, a concreta ofensividade aos interesses fundamentais da sociedade que ditará a dignidade penal da conduta, permitindo conservar a identidade do direito penal num equilíbrio entre a mínima intervenção e a antecipação da tutela ao limiar do risco.

¹⁸⁸ Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Temas Básicos da Doutrina Penal...*, cit., p. 179.

CAPÍTULO III

ENTES COLECTIVOS: OS NOVOS AGENTES DO CRIME

“A delinquência é o reflexo da sociedade. No mundo contemporâneo, aberto e complexo, a criminalidade mudou de forma: tornou-se colectiva e participa, doravante, no funcionamento económico, político e social (...)”.

JEAN DE MAILLARD, *Crimes e Leis*.

1. A globalização e a criminogénese no âmbito das organizações

“Nesta sociedade «nova» desenvolve-se uma criminalidade «nova»”¹⁸⁹. A lógica da economia de mercado que emergiu da queda do bloco de leste, trouxe consigo a globalização económica e com ela a circulação de bens e capitais à escala mundial, aproveitando os canais das redes de comércio internacional. Esta mudança de paradigma económico e político, que significou uma alteração radical da geoestratégia mundial, potenciou uma mudança de paradigma também ao nível da fenomenologia criminosa, na medida em que coloca ao dispor das organizações criminosas uma plêiade de novos palcos de actuação. Os riscos que ameaçam bens jurídicos colectivos como o ambiente¹⁹⁰, mas também o tráfico de armas, o tráfico de pessoas e órgãos humanos, a exploração de mão-de-obra escrava, o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo decorrem de formas de criminalidade que têm uma característica comum: aproveitam as redes de comércio internacional e a facilidade com que pessoas, bens e capitais circulam, hoje, praticamente à escala planetária para exponenciar os seus lucros obtidos através de economias paralelas e ilícitas, nas quais a lógica do aumento da margem de risco importa também uma muito maior margem de lucro. A sociedade de hoje convive com uma criminalidade estrutural¹⁹¹, estruturada e pior do que tudo, global¹⁹². Os

¹⁸⁹ Anabela MIRANDA RODRIGUES, *Política Criminal – Novos Desafios, Velhos Rumos*, in: *Liber Discipulorum para Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 207.

¹⁹⁰ Recorde-se a recente catástrofe ecológica no estado brasileiro de Minas Gerais, com a brutal aniquilação da biosfera do Rio Doce, devido ao deslizamento das lamas ferrosas da barragem de Mariana, construída pela empresa mineira SAMARCO para depositar e reter os resíduos da actividade de extracção mineira.

¹⁹¹ Diz-nos Jesús María SILVA-SÁNCHEZ (*Op. cit.*, p. 86): “(...) *Los fenómenos económicos de la globalización y de la integración económica dan lugar a la conformación de modalidades nuevas de delitos clásicos, así como a la aparición de nuevas formas delictivas. Por lo demás, genera la aparición de una nueva concepción de lo delictivo, centrada en elementos tradicionalmente ajenos a la idea de delincuencia como fenómeno marginal; en particular, los elementos de organización, transnacionalidad y poder económico. Criminalidad organizada, criminalidad internacional y criminalidad de los poderosos son, probablemente, las expresiones que mejor definen los rasgos generales de la delincuencia de la globalización.*”

fenómenos económicos da globalização geram o aparecimento de uma nova concepção da criminalidade, alicerçada em elementos tradicionalmente alheios à ideia de delinquência como fenómeno marginal, em particular, os elementos de organização, transnacionalidade e poder económico. Criminalidade organizada, criminalidade internacional (e transnacional) e criminalidade dos poderosos são, provavelmente, as expressões que melhor definem os traços gerais da delinquência da globalização. Afirma, a propósito, Anabela MIRANDA RODRIGUES: “a nova criminalidade é expressão deste novo modelo de organização social para que tendem as sociedades contemporâneas.”¹⁹³

Esta criminalidade, muito diferente do modelo que esteve na base do direito penal iluminista, não é apenas “normal, como já hoje é adquirido”, e revela-se um “instrumento auto-organizado de regulação social”¹⁹⁴, tal é a sua influência nas opções quotidianas a nível político e económico em grande parte das sociedades humanas globalizadas¹⁹⁵. JEAN ZIEGLER¹⁹⁶ profetiza uma “ruptura civilizacional”, em que o crime organizado se instala como a fase última do capitalismo. Hoje fala-se de “*crimes of the powerful*” ao invés de

¹⁹² Interessante é a observação de PRITTWITZ (*Sociedad del Riesgo y Derecho Penal*, in: ARROYO ZAPATERO / NEUMANN / NIETO MARTÍN, *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 149): “com cada vez mais frequência nos deparamos com o conceito de globalização no contexto do apelo ao (necessário) combate à criminalidade (supostamente) global”, embora nos parece entrever um tom de alguma ironia na afirmação do autor, denunciando, talvez, um certo cepticismo quanto à efectiva relação entre globalização e criminalidade globalmente organizada, bem como ao relevante papel do direito penal no combate a tal criminalidade. Claramente a favor de uma relação estreita entre globalização e criminalidade global pronuncia-se DIAS DUARTE (*Branqueamento de Capitais, O Regime do D. L. 15/93 de 22 de Janeiro e a Normativa Internacional*, Porto, Universidade Católica, 2002, p. 17): “Actualmente, com os cada vez mais nítidos resultados da **globalização**, da livre circulação de capitais, pessoas e bens e consequente permeabilização das diversas economias – que, cada vez mais, constituirão «uma só economia» à escala planetária, foi-se ganhando consciência de que a criminalidade se havia também globalizado.” No mesmo sentido, diz Vitalino CANAS (*O Crime de Branqueamento de Capitais – Regime de Prevenção e Repressão*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 10): “Se já hoje é possível dizer que as técnicas de branqueamento mudam a toda a hora, facilitadas por recursos e imaginação inesgotáveis, a chegada de um mundo *desmaterializado* e *globalizado* tornará a situação ainda mais difícil para as autoridades de combate ao crime.” Sobre este tema tem interesse a observação de JEAN DE MAILLARD (*Crimes e Leis*, Lisboa, Piaget 1995, p. 32): “Hoje torna-se necessário descrever os efeitos da criminalização, antes de mais, em termos de universalização. Isto significa que o crime se infiltrou no conjunto das engrenagens da sociedade ao ponto de aí se tornar um dado permanente, um elemento necessário à compreensão das relações económicas, políticas e sociais, mesmo normalmente alheias ao fenómeno criminal. O crime insinuou-se em todas as actividades, em todos os mecanismos sociais. Até esta reorganização, os «mercados» criminais evoluíam cada um na sua esfera e não se encontravam senão episódica ou marginalmente.”

¹⁹³ Anabela MIRANDA RODRIGUES, *Criminalidade Organizada – Que Política Criminal?* In: *Direito Penal Económico e Europeu – Textos Doutrinários*, III Vol., IDPEE, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 187.

¹⁹⁴ Anabela MIRANDA RODRIGUES, *ibidem*, p. 183.

¹⁹⁵ Observa CUNHA RODRIGUES (*Os Senhores do Crime*, in: *RPCC*, ano 9.º, Fasc. 1.º, 1999, pp. 7 e ss.): “O crime não é cometido apenas no âmbito das profissões; ganha o estatuto de profissão. Deixou de ser um subproduto dos negócios para ser um negócio em si mesmo. Não é estranho à economia: funciona segundo as suas regras, organiza-as e modela-as. Passa frequentemente de patologia do poder a forma de exercício do poder”.

¹⁹⁶ Jean ZIEGLER, *Os Senhores do Crime – As Novas Máfias Contra a Democracia*, Terramar, Lisboa, 1999.

“*crimes of the powerless*” à volta dos quais foi construído o direito penal clássico¹⁹⁷, sinal claro de uma mudança de paradigma.

De facto, a transformação sociopolítica que vivemos trouxe consequências criminológicas importantíssimas, decorrentes da génese de um novo equilíbrio de poderes. Como aponta Mário FERREIRA MONTE¹⁹⁸ “o poder de outrora foi dividido, de acordo com a *magna carta* tripartida, pelo executivo, pelo deliberativo e pelo judicial. Funcionando num equilíbrio perfeito, deu lugar, no Estado providência, à intensificação do poder executivo, como não podia deixar de ser, poder esse que, compreendendo hoje que os actores principais no mercado já não são os indivíduos, nem tão pouco as classes, mas sim as organizações, permite – porque não tem outro remédio – que o eixo de poder passe pelas empresas e pelos organismos.” Em consequência, adverte o autor, “perante todo este cenário, é impensável admitir que os Estados serão os únicos a regulamentar. Os Estados, hoje, em muitos casos, não só têm de negociar com as empresas, como também têm que permitir (...) que as próprias empresas regulamentem, num sistema de auto-regulação”.¹⁹⁹ Na verdade, as tradicionais formas de controlo da economia pelo Estado têm cedido perante uma irresistível expansão do liberalismo económico. Essa libertação de «economia legal» tem facilitado o oportunismo da criminalidade organizada para utilizar os seus meios para «lavar» enormes receitas provenientes de actividades ilícitas.²⁰⁰ Esta exposição das instâncias formais do Estado à penetração dos interesses ligados à criminalidade nos seus próprios tecidos espelha a fragilidade, diante desta «nova» criminalidade, de um dos pilares do Estado de Direito: o primado da Lei.²⁰¹

A criminalidade mudou de rosto e também de natureza. Hoje, são outras as suas estratégias. As novas formas de criminalidade recorrem à engenharia financeira, à fraude fiscal e ao branqueamento através das tecnologias de informação e comunicação,

¹⁹⁷ Jesús María SILVA-SÁNCHEZ, *La Expansión...*, cit., p. 83.

¹⁹⁸ Mário FERREIRA MONTE, *O Futuro tem Direito Penal? O Direito Penal tem futuro? Apointamento introdutório à obra de Paulo S. FERNANDES, Globalização, Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 17. O autor faz ainda um apontamento muito interessante sobre o impacto económico que alguns grupos empresariais têm, comparando o seu volume de negócios com o PIB de alguns países, o que, no nosso entender, atesta bem o poderio e a influência que esses entes colectivos, convertidos em novos agentes do crime, podem usar e exercer sobre as instâncias formais de controlo.

¹⁹⁹ No mesmo sentido, Jorge dos REIS BRAVO, *Critérios de imputação jurídico-penal de entes colectivos*, in: *RPCC*, ano 13, n.º2, Abril – Junho de 2003, p. 209.

²⁰⁰ Cfr. Jorge dos REIS BRAVO, *ibidem*, p. 210.

²⁰¹ Observa, eloquentemente, Manuel CASTELLS (*A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. O Fim do Milénio*, Vol. III, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003, p. 260): “Ao apostar na flexibilidade e na complexidade internacional, a economia do crime escapa das tentativas de controlo por parte das rígidas instituições estatais circunscritas às suas fronteiras que, por enquanto, sabem que estão a perder a batalha. Com isso perdem, também, um elemento essencial da soberania e legitimidade do Estado: a capacidade de impor a lei e ordem. Talvez, por isso, se verifique a tendência para os ordenamentos jurídicos dos Estados optarem por critérios de conexão das suas normas penais com factos praticados no território de Estados terceiros.

desterritorializando-se. SILVA DIAS²⁰² interroga-se: “Por que razão, 70 anos depois de SUTHERLAND nos ter alertado para o surgimento de uma nova forma de criminalidade - a criminalidade de *white-collar* - havemos de conservar uma imagem do direito penal feita à medida do facínora impiedoso, do burlão sem escrúpulos ou do carteirista profissional?”²⁰³ REIS BRAVO chama a atenção para a necessidade de o direito penal encarar as novas manifestações da criminalidade, mormente económica, desenvolvida dentro de estruturas empresariais, adoptando outros mecanismos “na luta contra um tipo de criminalidade que interfere nos próprios centros de decisão (leia-se centros de poder) das sociedades contemporâneas.”²⁰⁴ Estas novas formas de criminalidade, não obstante a sua novidade, adoptam esquemas de actuação conhecidos, o que, em toda a medida, confunde as instâncias formais de controlo que, a dado ponto, já não sabe bem se, efectivamente, existem novos actores no mundo do crime, ou se são apenas os mesmos com novas roupagens. JEAN ZIEGLER, baseando-se na lenda de Hércules e do Leão de Nemeia, estabelece um paralelo entre a sociedade contemporânea e o herói da mitologia grega, e observa: “as sociedades democráticas do Ocidente procedem frequentemente da mesma forma em relação ao crime organizado: a presença do monstro no seu seio é tão evidente que não dão por ela. Continuam a dormir acariciando o inimigo.”²⁰⁵ Que fará o direito penal do século XXI frente ao seu *Leão de Nemeia*? Tomará o inimigo pelos pêlos da sua própria barba? Acordará *in extremis*? Ou começará, desde já, a construir as bases de uma actuação eficaz contra a «nova» criminalidade organizada?²⁰⁶ Estamos em crer que uma parte dessa resposta reside na adequação com o que o direito penal reaja a essa criminalidade das grandes organizações.

²⁰² Augusto SILVA DIAS, *Op. cit.*, p. 29.

²⁰³ Advogando uma mudança de paradigma no enquadramento da criminalidade, Jean de MAILLARD (*Crimes e Leis*, Editora Piaget, Lisboa, 1995, p. 20) escreve: “As novas formas de criminalidade impõem, com efeito, uma abordagem diferente da delinquência tradicional, até pelo facto de adoptarem um carácter organizacional.” Numa perspectiva mais pessimista e paradoxal, alerta José de FARIA COSTA (*A Criminalidade em um Mundo Globalizado...*, *cit.*, p. 113): “Como se pode ter a veleidade de tentar perceber o que é a corrupção, a fraude, o branqueamento de capitais, a criminalidade exasperadamente organizada, o terrorismo, em um mundo globalizado, se nos fogem, nos escapam os conceitos, as matrizes, e, mais prosaicamente, até escasseiam os normais meios de perseguição da criminalidade comum?”

²⁰⁴ Jorge dos REIS BRAVO, *Op. cit.*, p. 209.

²⁰⁵ Jean ZIEGLER, *Os Senhores do Crime...*, *cit.*, p. 14.

²⁰⁶ Jorge dos REIS BRAVO (*Op. cit.*, p. 59) observa: “Um outro fenómeno, que vem corroborar e fortalecer a dificuldade de detecção, investigação e perseguição de tais actividades é o estilhaçar das fronteiras convencionais e a fácil mobilidades das pessoas, bens e capitais, o que implica uma desactualização do próprio conceito de crime organizado.”

2. Entes colectivos e criminalidade (altamente) organizada: traços de um paralelismo

A resposta à questão que deixámos em aberto passa pela identificação precisa das novas fontes, estruturas organizativas e meios de acção da criminalidade organizada da actualidade. A noção de criminalidade organizada, pela sua complexidade²⁰⁷ e polimorfismo, não reúne consenso²⁰⁸. Daí que a compreensão da fenomenologia que lhe está associada, quer o crime, como produto, quer os custos sociais, como subproduto, não seja tarefa fácil. No entanto, há determinadas características que os autores usualmente apontam como marcando de forma indelével a sua natureza e *modus operandi*: prossecução de um objectivo comum (embora as motivações intrínsecas pessoais de cada um possam ser as mais variadas), uma forte implantação e simbiose com o meio em que operam, numerosos actores organizados em rede ou em sistemas, a altíssima fungibilidade desses actores²⁰⁹, divisão e atribuição de tarefas de forma bem definida, partilha de valores e norma de comportamento de acordo com um «código deontológico» comum, esquemas de branqueamento de capitais ilícitos que envolvem, não raras vezes, o uso dos meios das comunidades em que operam, envolvendo as pessoas dessas comunidades em relações forçadas com o mundo do crime, uma relação privilegiada com os governos de diversos países marcada pelo financiamento de campanhas, pelo tráfico de influências e pela corrupção no seu sentido mais vasto, etc. Estes são traços comuns da criminalidade organizada. Mas o efeito globalização junta-lhes um dado novo. Não só a criminalidade organizada opera à escala global (internacionalização²¹⁰), como é, agora, uma criminalidade dos poderosos²¹¹. E os poderosos do ocaso de séc. XX e do primeiro quartel do séc. XXI são os grandes grupos económicos, empresariais e financeiros. A real

²⁰⁷ Para Hans SCHNEIDER (*Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada*”, in: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3, 1993, p. 723) a dificuldade na definição de crime organizado deriva da sua heterogeneidade e do facto de este “adaptar as suas múltiplas actividades como muita flexibilidade às mudanças da estrutura socioeconómica e reagir às medidas de controlo adoptadas pela sociedade, escapando-lhes agilmente”.

²⁰⁸ O XVI Congresso Internacional de Direito Penal, realizado em Budapeste em Setembro de 2009, tratou o tema “Os sistemas de justiça penal perante o desafio do crime organizado”. No âmbito da discussão, chegou a definir-se as características básicas do crime organizado: a) A divisão do trabalho e a dissolução da responsabilidade individual no seio da organização; b) A indiferenciação e intercâmbio dos indivíduos que a compõem; c) O encobrimento das operações; d) A mistura entre actividades lícitas e ilícitas; e) A capacidade de neutralizar a aplicabilidade da lei (através da intimidação e da corrupção); f) Especial facilidade de movimentação e branqueamento dos lucros. Cfr. Laura ZÚÑIGA RODRIGUEZ, *Redes Internacionales y Criminalidad: A Propósito del Modelo de Participación en Organización Criminal*, in: *El Derecho Penal ante La Globalización*, Laura ZÚÑIGA RODRIGUEZ / Cristina MÉNDEZ RODRIGUEZ / María Rosario DÍAZ-SANTOS (coords.), Colex, Madrid, 2002.

²⁰⁹ Jean ZIEGLER (*Os Senhores do Crime*, *Op. cit.*, p. 255.) caracteriza a criminalidade organizada comparando-a à *Hidra de Lerna*, figura *pluricéfala* da mitologia grega que, cortando-se-lhe uma cabeça, de pronto nasciam duas em lugar dela, exigindo que, enquanto Hércules cortava as cabeças, Iolas cauterizava as feridas com um ferro em brasa.

²¹⁰ Jesús María SILVA-SÁNCHEZ, *La Expansión del Derecho Penal*, Civitas, Madrid, 1999, p. 70.

²¹¹ Cfr. PIERCE / WOODINIS, *apud* Anabela MIRANDA RODRIGUES, *Op. cit.*, p. 189.

capacidade de domínio que os grandes grupos empresariais e financeiros demonstram, quer a nível dos mercados, quer ao nível do tráfico de influências e *lobbying* político, coloca-os no centro da temática da criminalidade organizada. Podemos afirmar, sem grande margem para dúvidas, que a «nova criminogénese» provém da criminalidade organizada, empresarial, transnacional.²¹² A propósito da relação entre a criminalidade transnacional e organizada na «sociedade do risco», afirma REIS BRAVO que “(...) um tal estado de coisas nunca seria possível sem a constituição e efectiva utilização (e controlo) de entes colectivos enquanto instrumentos de propósitos e verdadeiros programas criminosos, assumindo aí particular realce a figura das sociedades e mesmo outras entidades associativas e fundações, ainda que aparentemente, sem fins lucrativos.”²¹³

Já em 1928, FERRI²¹⁴ sustentava que “há pessoas jurídicas que, ou se constituem ficticiamente, ou no decurso da sua vida acabam por cometer crimes (falência dolosa, fraude, abuso de confiança, falsificações várias, etc.) e que, em tais crimes, pode existir uma vontade criminosa colectiva e comum, além das intenções e acções particulares deste ou daquele sócio.” A constituição de entes colectivos com o único propósito de servirem de estrutura organizatória para o cometimento de crimes não é, assim, um fenómeno novo. Decorre, essencialmente, do protagonismo que os entes colectivos têm vindo a assumir numa economia globalizada. Pelo menos desde a I Guerra Mundial, assiste-se a um progressivo protagonismo dos grandes grupos empresariais, mormente no contexto do crime económico²¹⁵. A própria natureza das grandes empresas mudou no sentido da adaptação à «nova ordem mundial». Referindo-se aos grandes grupos empresariais, diz Boaventura SOUSA SANTOS: “A própria evolução do nome por que são conhecidas, assinala a constante expansão da actividade destas empresas com actividades em mais de um Estado nacional: de empresas multinacionais para empresas transnacionais e, mais recentemente, para empresas globais.”²¹⁶

O fenómeno da utilização, por parte da criminalidade organizada, de estruturas empresariais lícitas no sentido de obter proveito económico (aparentemente lícito) que lhes sirva para financiar actividades ilícitas, significa que a criminalidade organizada não actua só

²¹² Connosco, Laura ZUÑIGA RODRIGUEZ (*La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido*, in: *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, María Rosario DÍAZ-SANTOS; Eduardo A. FABIÁN CAPARRÓS (coord.), Colex Madrid, 2003 p. 5).

²¹³ Jorge dos REIS BRAVO, *Op. cit.*, p. 59.

²¹⁴ Enrico FERRI, *Princípios de Direito Criminal*. Trad. de Paolo Capitanio, 2.^a edição, Bookseller, Campinas, 1999, p. 25.

²¹⁵ No mesmo sentido, cfr. Mário FERREIRA MONTE, *Da Protecção Penal do Consumidor*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 233. Não será estranho este súbito protagonismo, pois a I Guerra Mundial permitiu, através do esforço de guerra, o agigantar de grupos empresariais. O mesmo veio a verificar-se com a II Guerra Mundial.

²¹⁶ Boaventura de SOUSA SANTOS, *Pela Mão de Alice. O Social e o Político na Pós-Modernidade*, Ed. Afrontamento, Porto, 1994, p. 250.

nos meandros do submundo do crime, mas também na economia legalmente enquadrada, imiscuindo-se nos esquemas jurídico-legais implementados, disfarçando-se, assim, de actividade legal. É cada vez mais evidente que a grande criminalidade económica (mas não só) se serve das empresas, actuando em mercados internacionais onde a empresa serve de «testa de ferro», facilita o branqueamento de capitais e o financiamento de actividades criminosas e até mesmo do terrorismo internacional. Existe, então, uma interligação estreita entre as organizações criminosas e os entes colectivos²¹⁷. Aquelas adoptam como referência organizatória as estruturas dos entes colectivos para neles melhor se fundirem: hierarquia, divisão de tarefas, profissionalização dos seus membros, etc. Até no modo de actuar o crime organizado cada vez mais se confunde com as empresas: racionalização de recursos humanos e meios logísticos, prossecução de fins de natureza económica, expansão das suas actividades à escala internacional ou mesmo global, inter-relacionamento com outras organizações, criminosas e não criminosas, tendência para o reinvestimento de parte dos lucros. Esta descrição corresponde àquilo que alguns autores têm chamado «a indústria do crime».²¹⁸ Esta nova criminogénese envolve na sua teia as estruturas empresariais «lícitas» que, fruto de uma espécie de «(res)socialização do crime» de que fala Anabela MIRANDA RODRIGUES²¹⁹, dela não podem escapar. É a lógica do mundo em «rede» em que o próprio crime se adapta às novas formas de socialização²²⁰.

Significa isto que podemos identificar um factor criminógeno nas empresas (leia-se: nos entes colectivos)? ZÚÑIGA RODRIGUEZ chama a atenção para um factor, o qual ousamos introduzir no conceito criminológico de «atitude criminal do grupo» que, segundo a autora, seria um dos factores que estaria na base do desenvolvimento da criminalidade associada às empresas: *“la psicología de grupos enseña que los comportamientos humanos de los sujetos cambian cuando están al interior de un grupo. Sujetos que no se atreverían a realizar determinadas conductas en solitario, sí las realizan cuando están al interior del grupo, al sentirse amparados por la cobertura que le da su pertenencia al mismo”*.²²¹ Associando este

²¹⁷ Refere, a respeito, José de FARIA COSTA (*O Fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico*, in: *Direito Penal Económico e Europeu – Textos Doutrinários*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 99 nota 12): “O que se nota (...) é que um tão desmesuradamente grande fluxo ilícito de capitais não pode subsistir se não tiver na retaguarda apoio do próprio sistema bancário.”

²¹⁸ Cfr., por todos, Laura ZÚÑIGA RODRIGUEZ, *Redes Internacionales y Criminalidad...*, cit., p. 3.

²¹⁹ Anabela MIRANDA RODRIGUES (*Criminalidade organizada – que política criminal?...*, cit., p. 188) refere: “A criminalidade deixa de situar à margem da sociedade, já que está em todo o lado. Uma multiplicidade de grupos sociais constitui-se e reconstitui-se, criminosos ou não, todos funcionando da mesma maneira.”

²²⁰ Cfr. Anabela MIRANDA RODRIGUES, *ibidem*, p. 187.

²²¹ Laura ZÚÑIGA RODRIGUEZ, *Criminalidad Organizada, Unión Europea y Sanciones a las Empresas*, in: *Criminalidad organizada: reunión de la sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, Universidad de Castilla La Mancha, 1999, p. 58. Consciente desta realidade parece estar Nuno BRANDÃO (*O Regime Sancionatório das Pessoas Colectivas na Revisão do Código Penal*,

factor à já mencionada adopção das estruturas empresariais como nova forma de organização da criminalidade²²², dificultando, em muito, o estabelecimento das fronteiras entre a actuação lícita na economia e a pura ilegalidade, desenha-se um panorama em que as empresas assumem um papel de relevo como factor criminógeno²²³, propiciando o desenvolvimento de redes criminosas²²⁴ e recrudesendo o crime «macro-social».

3. Os entes colectivos como agentes de condutas abrangidas pela categoria criminológica do *white-collar crime*

Concluimos já que os entes colectivos actuam num cenário macro social marcado por uma criminalidade global e pela destacada influência das organizações empresariais sobre o governo dos Estados, sobre o qual exercem um fortíssimo *lobbying* no sentido de realizar os seus intentos. Dissemos, também, que as empresas servem, por vezes, propósitos ilícitos, albergando no seu seio organizações criminosas que, servindo-se dos seus meios privilegiados de acção, prosseguem fins criminosos. Esta criminogénese empresarial chega mesmo ao ponto de serem criadas estruturas empresariais com o único fim de encapotar actuações ilícitas, com destacado impacto no âmbito do crime económico. Apontámos, ainda, a recente

in: *RCEJ* n.º8, 1º semestre, 2008, pp. 51-52) quando afirma que “(...) A pena de dissolução está (reservada) para as situações extremas em que a pessoa colectiva é instrumentalizada, *ab initio* ou em momento ulterior, para a prática dos referidos crimes, pelas pessoas que nelas exercem liderança. (...) A redacção legal inculca a ideia de uma preferência pela pena de dissolução em detrimento da pena de multa nestas situações em que a pessoa colectiva é transformada em instrumento para a prática de crimes às mãos daqueles que nele detêm uma posição de liderança.”

²²² Laura ZÚÑIGA RODRIGUEZ (*Redes Internacionales y Criminalidad...*, cit., p. 3): “*La similitud estructural entre una organización criminal y la empresa – principal agente económico de la sociedad moderna, otorga a las primeras cierta funcionalidad para moverse fácilmente por el mundo social y económico*”. A autora estabelece, de forma muito clara, uma relação entre a estrutura organizatória das empresas e a facilitação dos propósitos da criminalidade organizada. No mesmo sentido se pronuncia ZAFFARONI (“*Crime Organizado: uma categorização frustrada*” in: *Discursos sediciosos*, ano 1, n.º1, pp. 46 e 47, *apud* Cláudia Cruz SANTOS, *O Crime de Colarinho Branco*, *Studia Iuridica* n.º 56, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 84, nota 187), dizendo que o crime organizado não pode ser compreendido independentemente de dois elementos: a estrutura empresarial e o mercado ilícito.

²²³ Laura ZÚÑIGA RODRIGUEZ (*La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido*, in: *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, María Rosario DÍAZ-SANTOS; Eduardo A. FABIÁN CAPARRÓS (coord.), Madrid, Colex, 2003 p. 3): “*La criminalidad organizada e el terrorismo, puesto que en el núcleo de ambos tipos de delincuencia está la persona jurídica y las organizaciones*.” A autora chega mesmo a identificar criminalidade organizada com criminalidade empresarial quando diz: “*Previamente a analizar el proceso de desconstrucción y construcción de las respuestas penales a propósito de la nueva criminalidad organizada - lo que tradicionalmente se conoce como la cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas...*” (Laura ZÚÑIGA RODRIGUEZ, *ibidem*, p. 4).

²²⁴ Os espectaculares escândalos financeiros que, recentemente, têm eclodido nos Estados Unidos da América, são o exemplo marcante do que, no berço do capitalismo, acontece quando mega-estruturas financeiras e empresariais são usadas com fins ilícitos, mostrando apenas a ponta de um enorme *iceberg* onde actividades lícitas e ilícitas se entrecruzam, esbatendo as suas diferenças.

tendência para que os próprios entes não individuais incorporem e prossigam um escopo intrinsecamente criminoso.

Perante este cenário, impõe-se uma tentativa de enquadramento criminológico dos entes colectivos para uma melhor compreensão de factores criminógenos a eles associados e mesmo para responder a uma complexa questão: que tipo de criminoso é, hoje, o ente colectivo? A resposta a esta questão é decisiva para a escolha das melhores estratégias político-criminais de combate à específica criminalidade potenciada pelos entes colectivos, no contexto da sociedade de risco, bem como desempenha um papel chave no enquadramento dogmático-penal dos entes colectivos como agentes, matéria ainda marcada por muitas incertezas e indefinições.

A percepção de que as abordagens criminológicas baseadas na fenomenologia criminal que subjaz ao direito penal clássico, materializada nos “*crimes of the powerless*”²²⁵, é insuficiente para explicar o crime na sua globalidade remonta a tempos imemoriais. Pensadores como Aristóteles, Thomas More, Montesquieu e Beccaria recusaram a ideia de que toda a criminalidade pode ser explicada pela pobreza das classes sociais mais desfavorecidas.²²⁶ No entanto, tal entendimento não teve qualquer eco relevante na sociologia criminal até 1939, quando Edwin SUTHERLAND avançou o conceito de *white-collar crime* perante a *American Sociological Association*. Até à publicação da obra seminal de SUTHERLAND²²⁷, esta concepção de que crime não é apanágio exclusivo da *working class*, sempre foi claramente marginal, se comparada com a visão claramente dominante no seio da sociologia criminal de que grande parte da criminalidade pode ser explicada pela pobreza dos membros das classes sociais mais desfavorecidas²²⁸. Esta perspectiva da temática demonstra, mais do que a vontade da compreensão do *modus operandi* dos *white-collar criminals*, a indignação do autor perante o tratamento de favor que o sistema lhes concede²²⁹, pelo que esta abordagem criminológica do problema sempre mereceu o reparo de que laborava num erro de perspectiva, pois a raiz do crime de colarinho branco reside no facto de que o Estado liberal não consegue combater formas de actuação na vida económica que aparecem como inerentes

²²⁵ Jesús María SILVA-SÁNCHEZ, *La Expansión...*, cit., p. 83.

²²⁶ Cláudia Cruz SANTOS, *O Crime de Colarinho Branco*, *Studia Iuridica*, 56, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 39 e ss.

²²⁷ Referimo-nos à obra de Edwin SUTHERLAND, *White-Collar Crime*, 1949.

²²⁸ Já em 1935 MORRIS falava em *criminals of the upperworld*, colocando a tónica na privilegiada imunidade conferida aos seus agentes. Cfr. Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 40.

²²⁹ LASCOUMES (*apud* Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 42, nota n.º 74) refere-se ao «moralismo pragmático» de SUTHERLAND. No mesmo sentido, referindo-se à indignação com que o autor perspectiva o tratamento social do crime de colarinho branco, vide Maurice PUNCH, *Dirty Business: Exploring Corporate Misconduct*, Sage, 1996, p. 39.

à própria estrutura política, económica e social característica do sistema capitalista²³⁰. No entanto, estamos em crer que SUTHERLAND, quer com a teoria do “crime de colarinho branco” quer com a teoria (mais vasta) da “associação diferencial”, deu um contributo assinalável para a compreensão do fenómeno, em particular na forma em que ele se apresenta mais pernicioso: o *corporate crime* - a delinquência dos entes colectivos. *White-collar crime* é a delinquência impune, socialmente suportada e com elevada danosidade macrosocial dos mais aptos, daqueles que gozam de maior estatuto social e que a desenvolvem no exercício das suas profissões de considerável prestígio.²³¹ Este tipo de criminalidade das elites progride no seio social com surpreendente facilidade, não só pelo poder dos seus autores mas também pela passividade (e, por vezes, permissão) das instâncias formais de controlo. Por outro lado, a inconsciência dos seus efeitos lesivos, levou a que, durante muito tempo, a sociedade permanecesse indiferente a este tipo de criminalidade, daí que este tipo de comportamentos só fosse envolvido num conceito material de crime de forma muito marginal e incipiente, dando origem a tipos penais simbólicos.

Interpretando a criminogénese no âmbito dos entes colectivos à luz das teorias da sociologia criminal, não se trata, efectivamente, de *blue collar crime*, pois as características deste tipo de criminalidade não se vislumbram no fenómeno em estudo. Podemos dizer que se trata de “crime de colarinho branco”? Estamos em crer que os entes colectivos do séc. XXI, com as características que lhe apontámos, encaixam na perfeição no conceito de *white collar criminals* proposto por SUTHERLAND. Aliás, o autor, para provar a sua tese do tratamento iníquo do “crime de colarinho branco” pelas instâncias formais de controlo, recorre, precisamente, a exemplos envolvendo várias dezenas de empresas e o tratamento privilegiado que mereceram em comparação com os *blue-collar criminals*.

Do recurso à análise das condutas disruptivas dos entes colectivos (e no seio dos entes colectivos) para o aprofundar do alcance do conceito de *white-collar crime* nasceu, pela mão de CLINARD e de QUINNEY²³², o conceito de *corporate crime*, como aquela conduta delituosa cometida pelo funcionário *sob as ordens e no interesse* de uma organização. Apesar de o produto desta actividade delituosa no seio da organização beneficiar, *prima facie*, a própria colectividade e o interesse colectivo que ela representa, os titulares dos seus órgãos

²³⁰ Cfr. por todos, TAYLOR / WALTON / YOUNG, *The New Criminology*, 1973, pp. 268-282, *apud* Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 42, nota 75.

²³¹ Esta descrição tem por base a concepção «tradicional» de *white-collar crime* proposta por SUTHERLAND: “*White-Collar Crime may be defined, approximately, as crime committed by a person of respectability and high social status in the course of his occupation*” (*White-Collar Crime – The Uncut Version*, Yale University Press, 1983, p. 7, *apud* Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 45).

²³² Cfr. Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 75.

cimeiros podem retirar, residual ou indirectamente, benefícios acrescidos.²³³ Daí que não seja fácil resumir a relevância da criminalidade das (e nas) organizações em um conceito unívoco. É que, às actividades de uma mesma organização, subjazem interesses diversos das mais variadas espécies. Por exemplo, o interesse da empresa mercantil é o lucro económico, o interesse do trabalhador que cede a sua força de trabalho é o salário que aufer e a sobrevivência que este lhe possibilita. Assim nem sempre é possível traçar, com exactidão, as fronteiras entre a criminalidade *da* empresa e a criminalidade *na* empresa²³⁴. Esta temática, conhecida como «criminalidade *desde* a empresa» envolve a consideração de duas manifestações distintas de *white-collar crime*: o *corporate crime*, expressão da criminalidade *da* empresa, e o *occupational crime*, produto da actividade do funcionário contra os interesses da sua entidade patronal, usando dos meios técnicos e da informação privilegiada de que dispõe, bem como das infracções cometidas por pessoas individuais no exercício das suas actividades profissionais de grande prestígio. O *corporate crime* será, assim, a específica forma de crime de colarinho branco praticada por entes colectivos no seu próprio interesse.

Já aqui demos conta da estreita ligação entre o crime organizado e os entes colectivos, na medida em que, nos dias de hoje, estes são o grande veículo daquele fenómeno criminoso. A questão que se coloca, agora, é saber se esse facto contribui ou não para a classificação dos entes colectivos como *white collar criminals*. A resposta será evidente pela relação estreita entre crime organizado e crime de colarinho branco. A ligação entre os entes colectivos, mormente as empresas, e o crime organizado é tal (como ficou demonstrado e é, hoje,

²³³ Cláudia Cruz SANTOS, *Ibidem*, p. 76, nota 166: “Se é certo que beneficiadas por elas são, em primeira linha, as corporações, também não se exclui a possibilidade de um benefício mediato para os detentores das mais importantes posições dentro das mesmas. A força motriz e o desiderato primeiro destas infracções relaciona-se sempre, todavia, em primeira linha, com o interesse da organização.”

²³⁴ SCHÜNEMANN (*apud* José de FARIA COSTA, *A Responsabilidade Jurídico-Penal da Empresa e dos seus Órgãos...*, cit., p. 505) propôs que a «criminalidade empresarial» deve ser dividida em duas realidades: a criminalidade *a partir da empresa* (criminalidade da empresa), por um lado, e a criminalidade *dentro da empresa* (criminalidade na empresa), por outro. A primeira acepção do conceito, mais preocupante do que a segunda, materializa o ponto de que criminalidade pode alcançar quando o próprio ente colectivo é centro de imputação dos lucros das actividades ilícitas, ou seja, o produto do crime reverte a favor do interesse colectivo e não dos agentes individuais. Partindo destas ideias, criminalidade *a partir da empresa* corresponderia à soma dos delitos cometidos com recurso às normais regras de funcionamento da empresa, aproveitando a sua capacidade para penetrar nos centros económicos fulcrais e aí manobrar à vontade. Já a criminalidade *dentro da empresa*, ocorreria quando a sua estrutura organizativa é usada por agentes individuais que, procurando obter dividendos próprios, causa dano a terceiros e mesmo ao próprio ente colectivo. Esta doutrina corresponde, *mutatis mutandis*, ao que preconizou SUTHERLAND acerca da criminalidade de colarinho branco envolvendo entes colectivos. Cfr., também, Bernd SCHÜNEMANN, *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*, in: ADPCP nº 41, 1988, pp. 529 – 531; Percy García CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 61 e ss.

amplamente reconhecido²³⁵), que é inegável que, ao menos, uma boa parte da criminalidade dos entes colectivos é altamente organizada. Se podemos dizer, sem grandes hesitações, que a criminalidade dos entes colectivos que temos em vista corresponde ao fenómeno que SUTHERLAND e os seus seguidores chamaram de *corporate crime* (crime organizacional) e se os entes colectivos são, hoje, agentes de criminalidade organizada, então é justamente através do *corporate crime* que se dá a ligação da categoria criminológica do crime de colarinho branco ao crime organizado²³⁶. É por muitos autores reconhecido que o estabelecimento de uma distinção precisa entre crime organizado e crime de colarinho branco é muito mais difícil no que toca à criminalidade das organizações,²³⁷ na medida em que estas são uma das principais manifestações da criminalidade organizada à escala internacional. Tanto o crime organizado como o crime organizacional pressupõem o funcionamento, em moldes empresariais, de organizações formadas por complexas redes estruturadas e racionalizadas. Há quem objecte a esta aproximação, apontando como factor distintivo o escopo primário de ambas as organizações. Para esta doutrina, se bem que a estrutura organizativa é um factor que aproxima os dois fenómenos, eles seriam manifestações de criminalidade totalmente diversas na medida em que, no crime organizado, o crime é a actividade fundamental e o escopo último da organização, ao passo que no crime organizacional (*corporate crime*) o crime é um elemento accidental, ocasional, que muitas vezes serve apenas de facilitador de actividades lícitas²³⁸. No entanto, no entender de Cláudia SANTOS²³⁹, este critério diferenciador mostra-se falacioso dado que muito do crime organizado está encapotado sob o manto dourado de actividades legítimas e socialmente enquadradas, quanto mais não seja pelo simples propósito de branquear lucros provenientes do crime. Por outro lado, mesmo no seio de organizações cujo escopo inicial é lícito, a persecução desenfreada do lucro pode derivar em práticas ilícitas de forma habitual e mais ou

²³⁵ Sobre o recurso ao “paradigma empresa” na definição da criminalidade organizada, vide Umberto SANTINO, *La criminalità organizzata – moderne metodologie di ricerca e nuove ipotesi esplicative*, Milano, Giuffrè Editore, 1993, p. 95 e ss., *apud* Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 86 e ss.

²³⁶ Note-se que MALTZ trata o crime de colarinho branco como uma modalidade da categoria mais vasta do crime organizado. Cfr. Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 89 nota 198.

²³⁷ O próprio SUTHERLAND considerou, não só, o *corporate crime* como uma forma de crime organizado, mas também toda a categoria criminológica do *white collar crime*. Cfr. Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 88, nota 196.

²³⁸ Neste sentido, ao que nos parece, CUNHA RODRIGUES (*Os Senhores do Crime*, *Op. cit.*, p. 9). Será, também, a visão de MALTZ ao propor, como definição do crime organizado, uma organização de duas ou mais pessoas que têm a intenção de permanecer associadas com o objectivo de cometer crimes. Cfr. Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 89, nota 199.

²³⁹ Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 88.

menos neutralizada do ponto de vista da percepção da sua ilicitude.^{240,241} É esse mesmo cenário que se nos apresenta no contexto da «sociedade do risco», na qual o risco advém, precisamente, da relação simbiótica entre actividades lícitas essenciais ao progresso e constantes ameaças para os bens jurídicos supra-individuais. O limite da licitude é cada vez mais difícil de vislumbrar na actuação dos entes colectivos.

De um outro ponto de vista, à aproximação entre crime organizado e crime de colarinho branco costumam opor-se fortes objecções assentes em duas ordens de ideias: o facto de o crime organizado se distinguir de outras formas de criminalidade pela especial relação que mantém com o poder, e a noção de que, no crime organizado, é sempre o interesse pessoal dos membros da organização que move a mesma, enquanto no crime organizacional (*corporate crime*), a finalidade primária que justifica as actividades da organização é a prossecução dos seus interesses. De facto, uma das características do crime organizado é a forma privilegiada como se relaciona com os poderes do Estado, subjugando-os, por vezes²⁴². No entanto, esse não é um traço exclusivo do crime organizado, dado que também o crime de colarinho branco, em particular o crime económico, possuiu “especiais canais de comunicação com o poder”²⁴³, muito embora esses canais sejam utilizados de uma forma muito mais discreta, muito por conta da posição socioeconómica e do prestígio social de que os seus autores gozam, garantindo-lhes uma reacção mais branda, tímida e até mesmo tolerante face às suas condutas delituosas. Pensamos que um dos factores que mais potencia a perpetuação do crime de colarinho branco é a actuação dos mecanismos de neutralização que concorrem a seu favor. Por outro lado, o critério distintivo da finalidade primária, o qual, para alguns autores, permite traçar uma linha divisória entre crime organizado e crime organizacional, é bastante falível, o que se torna evidente se tivermos em conta que uma distinção rigorosa entre os interesses dos sujeitos singulares que actuam no interesse do ente colectivo e os interesses do próprio ente colectivo só é possível num plano puramente ideal. Isto porque os actores individuais, ao

²⁴⁰ Joel BAKAN (*A Corporação – A Busca Patológica por Lucro e Poder*, Novo Conceito, São Paulo, 2008) guinda a questão a outro nível, questionando se a empresa não deve ser, actualmente, considerada e enquadrada pelas instâncias formais de controlo como um sujeito intrinsecamente criminoso. O autor defende que as *corporations* são, hoje, instituições patológicas, perigosas e detentoras de um grande poder que emanam sobre a sociedade.

²⁴¹ Este critério de distinção é, também, desvalorizado por SUTHERLAND (*White Collar Crime – The Uncut Version*, p. 227, *apud* Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 89) que aponta uma taxa de reincidência criminosa de 97,1% por parte das empresas, o que mostra que o critério da intenção primordial é inadequado.

²⁴² Entende Manuel CASTELLS (*A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. O Poder da Identidade*, Vol. II, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003, p. 313), que o fenómeno do crime transnacional e globalizado subverte e subjugam o Estado-Nação “transformando de forma profunda os processos de governação e deixando o Estado, em muitos casos, efectivamente, de mãos atadas.”

²⁴³ Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 90.

prosseguir o interesse do ente colectivo, estão conscientes que os benefícios assim obtidos também poderão, de alguma forma, reverter a seu favor.

Significa isto que criminalidade organizada e criminalidade organizacional são sinónimos, devendo ser objecto do mesmo enquadramento político-criminal? Não defendemos tal ideia. O que pretendemos demonstrar é que a criminalidade que envolve os entes colectivos é uma criminalidade complexa que reúne elementos de várias categorias criminológicas, desde o *organized crime* ao *corporate crime* (crime da empresa), passando pelo *occupational crime* (criminalidade na empresa). Ocupamo-nos nesta sede apenas do crime da empresa e da necessidade de o compreender à luz do papel que hoje tem na criminalidade transnacional. Sem dúvida que o *corporate crime* está hoje muito próximo da noção de crime organizado, devido ao *modus operandi* dos entes colectivos transnacionais que, operando à escala global, geram uma complexa teia organizacional que, fazendo uso do seu poderio económico e financeiro, envolve e domina, não raro, os poderes institucionais, tornando-os complacentes com actuações que percorrem a linha divisória entre o lícito e o ilícito, propendendo ora para um, ora para outro lado, com as suas estruturas são cada vez mais complexas e as teias de interesses cada vez mais intrincadas.

4. A emergência de uma nova subcultura delincente

Por todo o que dissemos, cremos que a criminalidade dos entes colectivos que faz curso nesta sociedade do risco é parte de uma espécie de *nova subcultura delincente*²⁴⁴, de uma lógica económico-financeira em que tudo vale em nome do lucro a qualquer custo. Ao

²⁴⁴ Recuperamos a expressão “*subcultura delincente*”, não com o preciso sentido que lhe dá a teoria da *Deviance* da sociologia criminal norte-americana, mas para significar que, no âmago desta criminalidade dos entes colectivos está um subsistema delincente que se substitui ao sistema geral de ordenação económico-social. Há como que um código de actuação próprio, um subsistema pelo qual se pauta a actuação desses entes colectivos no qual a *pedra de toque* é o lucro à escala dos negócios de biliões de Dólares norte-americanos. Segundo FIGUEIREDO DIAS / COSTA ANDRADE (*Criminologia – O Homem Delincente e a Sociedade Criminógena*, 2.^a reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1997., p. 288 e ss.), cultura, em sentido sociológico, corresponde ao “conjunto de critérios de valor capazes de orientar eficazmente a acção social. (...) A cultura, estende-se, pois, a todos os modelos colectivos de acção, identificáveis nas palavras e na conduta dos membros de uma determinada comunidade, dinamicamente transmitidos de geração para geração e dotados de certa durabilidade.” Para estes autores, a noção de subcultura não dispensa uma certa continuidade em relação à cultura dominante, muito embora a subcultura rompa com os padrões comportamentais e normativos predominantes e identitários na cultura dominante.. Milton YINGER (*Counterculture and Subculture*, American Sociological Review, Vol. 25, 1960, pp. 625-635) introduz, a este propósito, a noção de *contracultura* referente àquela situação em que os padrões de comportamento de uma subcultura são reacção a uma situação de colectiva de frustração ou conflito interior de uma dada cultura. Daí que esta subcultura a que nos referimos seja mais uma *contracultura*, segundo a noção de YINGER, pois os padrões de actuação dos entes colectivos são uma forma de subversão sofisticada do sistema de ordenação socioeconómica que os impede de colocar em prática as suas formas de actuação guiadas por princípios egoísticos.

contrário da realidade que esteve na origem das teorias da subcultura delinquente da sociologia criminal norte-americana, esta *nova subcultura delinquente* não parte dos *blue collar criminals*, pois esta subcultura não nasce dos *ghettos*, no seio de grupos desfavorecidos nem das classes trabalhadoras que, privados de ascender a um determinado estatuto social pelos entraves que o sistema social lhes coloca, procuram fazê-lo à margem do sistema²⁴⁵. Neste caso, a *subcultura delinquente* é própria dos mais aptos, dos mais favorecidos, dos grandes grupos económicos, industriais e financeiros cujas opções são orientadas por uma lógica de custo-benefício. Ora, o problema coloca-se quando a eleição dos critérios que presidem à definição dos limites da sobreposição do benefício sobre o custo não é orientada pelos valores correctos. Ora, a este nível ganha importância a *subcultura* de que falámos. Cremos que ela coloca os entes colectivos em choque com o sistema social vigente quando estes, na prossecução dos seus intentos esquecem a importância de certos bens jurídicos que, em nome de outros princípios guindados ao absoluto, são, simplesmente negligenciados²⁴⁶. A criminalidade dos entes colectivos revela-se em acções e omissões consideradas meios inevitáveis para atingir um fim, em si mesmo, lícito: o melhor desempenho no mercado, ou seja, a maximização do lucro. Isto decorre da sedimentação de um conjunto de valores numa determinada cultura: individualismo liberal, ideologias baseadas na competitividade e no “endeusamento do enriquecimento pessoal”²⁴⁷.

Dizer que criminosos de colarinho branco partilham uma subcultura delinquente pode parecer paradoxal, de acordo com as respectivas teorias criminológicas tomadas à letra²⁴⁸. Na base da teoria do *white-collar crime* como SUTHERLAND a desenvolveu, está a origem de

²⁴⁵ Pensamos que, ao contrário dos *outsiders* de Becker, os entes colectivos fundam uma *subcultura delinquente* de *insiders*, pois, ao invés de se revoltarem contra o sistema social, político e jurídico instituído, eles são o próprio sistema.

²⁴⁶ Daí que reconheçamos na lógica de actuação dos entes colectivos no contexto da sociedade globalizada e globalizante alguns traços apontados por MERTON na sua teoria da anomia. Muitos dos bens jurídicos lesados pelas actuações desta *nova criminalidade* associada a entes colectivos são consequência de uma indiferença perante esses mesmos bens jurídicos, numa lógica de danos colaterais inevitáveis em ordem a atingir propósitos economicistas.

²⁴⁷ Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 277. Para autores como ROSOFF / PONTELL / TILLMAN (*Profit Without Honor – White-Collar Crime and the Looting of America*, New Jersey, Prentice Hall, 1998, pp. 397 e ss., *apud* Cláudia Cruz SANTOS, *ibidem.*) a hipervalorização da riqueza nas sociedades contemporâneas é uma das causas do crime de colarinho, pois, muito embora se dê um grande valor à riqueza como símbolo de sucesso, atribui-se pouca importância à forma como é obtida.

²⁴⁸ Na verdade, como ensinam FIGUEIREDO DIAS / COSTA ANDRADE (*Criminologia - O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena...*, *cit.*, p. 291), “segundo as teorias da subcultura delinquente, o crime resulta da interiorização e da obediência a uma código moral ou cultural que torna a delinquência imperativa. A semelhança do que acontece com o comportamento conforme à lei, também a delinquência significa a conversão de um sistema de crenças e valores em acções. Não é só delinquente que é visto com normal. Igualmente normal é o seu processo de aprendizagem, socialização e motivação. Com efeito, ao obedecer às normas *subculturais*, o delinquente mais não pretende do que corresponder às expectativas dos outros significantes que definem o seu meio cultural e funcionam como grupo de referência para efeito de *status* e de sucesso”.

tal fenómeno numa «associação diferencial» de indivíduos por um processo de imitação²⁴⁹. Não há qualquer elemento sociológico associado, como a pertença a um determinado grupo. No entanto, pensamos que a criminalidade dos entes colectivos poderá ter origem numa síntese dos dois processos em que se forma uma *subcultura* que tem origem numa associação diferencial, tal como SUTHERLAND a concebe. A dada altura, no fulgor da busca desmedida pelo sucesso, as «definições negativas» são *isoladas* orientando-se a conduta do agente para o rompimento da conformidade com o sistema. Trata-se, efectivamente, de uma delinquência por imitação. Imitação de quê? Do comportamento dos outros entes colectivos nos grandes mercados, imitação dos mais aptos, dos que obtêm mais ganhos, dos que vencem. A cultura delinquente que resulta deste processo de imitação não é uma força externa irresistível que leva o ente colectivo a delinquir, é uma lógica de actuação voluntariamente criada, um código de conduta que actua por mecanismos de neutralização, tanto a nível externo como interno. A nível externo, nas relações do ente colectivo com a sociedade, actuam as técnicas de neutralização referidas quer por SUTHERLAND, quer por MATZA e SYKES²⁵⁰: a negação da responsabilidade, diluindo-se esta na complexa estrutura do ente colectivo, a obediência desculpante no sentido da preservação do posto de trabalho, a alienação dos benefícios da actividade ilícita em proveito da colectividade, a negação do dano provocado em interesses difusos por inexistência de vítima concreta, e a invocação de que se trata de crimes sem vítima. A nível interno, a multiplicação de níveis hierárquicos exige a formação de uma atitude criminal de grupo. Esta atitude grupal tem o seu elemento agregador na imitação das chefias por parte dos hierarquicamente inferiores, imitação essa que haverá de gerar uma subcultura delinquente no seio do ente colectivo. Esta subcultura é caracterizada, a nível individual, pelo conformismo e pela obediência no sentido da preservação do posto de trabalho e a nível colectivo, por uma complacência latente em relação às actividades ilícitas do ente. É, no fundo, o recuperar da perspectiva «organizacional» na explicação do *white-collar crime*. Esta teoria parte da ideia de que, apesar de, em última instância, os agentes do

²⁴⁹ As diferenças entre as teorias da *subcultura delinquente* e a teoria da *associação diferencial* são mais de cariz terminológico, do que real. A teoria da *associação diferencial* é, na opinião de Cláudia Cruz SANTOS (*Op. cit.*, p. 127), uma “teoria cognitiva baseada na transmissão de uma tradição criminógena”, pelo que a sua proximidade com o núcleo das teorias da *subcultura delinquente* é patente. Por outro lado, na medida em que a teoria da associação diferencial de SUTHERLAND parte de uma teoria de base que é a da *desorganização social*, tendo esta por base as teorias da Escola da Ecologia Criminal, podemos mesmo dizer que a teoria do crime de colarinho branco deriva de uma síntese e contributos das diversas teorias da Sociologia Criminal. *Vide* Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, pp. 125 e ss. A autora é mesmo da opinião que, entre o pensamento de SUTHERLAND e as restantes teorias da sociologia criminal norte-americana, há muito em comum. Cfr. Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 127.

²⁵⁰ SYKES e MATZA (*apud* Manuel COSTA ANDRADE, *A Vítima e o Problema Criminal*, Separata do vol. XXI do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, FDUC, Coimbra, 1980, p. 156), consideram que o comportamento delituoso é aprendido num processo de interacção social.

comportamento criminoso continuarem a ser os agentes individuais, as organizações têm uma «vida» própria e a sua estrutura e funcionamento ultrapassam os interesses de cada sujeito. Assim, no seio da organização, há como que uma “institucionalização de padrões de conduta que passam a ser incindíveis da vontade individual”²⁵¹. Esses padrões de conduta colectivizados são colocados em prática sempre que se interpõem barreiras legais entre a vontade colectiva²⁵² e o proveito económico, guindado, como sabemos, ao propósito fundamental da actuação dos mesmos no tráfico jurídico negocial. Sempre que se impede o acesso aos lucros por meios legítimos, reforça-se o estímulo para os atingir por meios ilegítimos. Esta concepção da origem da delinquência no âmbito dos entes colectivos tem por base a crença de que as manobras delinquentes dos *white-collar criminals* têm origem nas dificuldades sentidas na realização dos seus intentos, perante a vigilância das instâncias formais de controlo. Aqui ganha força a teoria de BOX²⁵³ que explica o *corporate crime* como sendo uma resposta racional das organizações quando o sistema não lhes permite atingir os seus fins por meios legítimos²⁵⁴.

No entanto, como NEEDLEMAN e COLEMAN²⁵⁵, pensamos que a explicação está alhures. Hoje é mais pertinente falar, em relação à específica criminalidade dos entes colectivos, em sistemas «*facilitistas*» do crime, do que em sistemas repressivos do mesmo. A criminalidade relacionada com os entes colectivos tem, hoje, mais que ver com o papel que desempenham na geoestratégia política e económica mundiais do que com a necessidade de

²⁵¹ Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 281.

²⁵² Para ERMANN e LUNDMAN (*apud* Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 281, nota n.º 183) os dois traços mais marcantes da criminalidade organizacional são a violação de uma norma sancionada por uma entidade exterior e o suporte da infracção pelas normas internas da organização, quer seja pelos pares do titular do órgão que, efectivamente pratica a acção no interesse da organização (*peer support*), quer seja pelos superiores hierárquicos (*elite support*), ou seja, pelos níveis mais altos da direcção ou administração. Pensamos que, neste último caso, não se trata de mero apoio, mas até de incitamento subliminar de inferiores hierárquicos à prática das condutas que conduzem à infracção, no sentido propositado da diluição das responsabilidades em graus inferiores da cadeia hierárquica, sacrificando-se, se necessário, o trabalhador como «bode expiatório», inculcando-lhe toda a responsabilidade pelo sucedido, dizendo que ele é que não soube executar as ordens correctas que recebeu. Diríamos mesmo que, no âmbito de alguns entes colectivos que lidam, por exemplo, com actividades perigosas para bens jurídicos *supra-individuais*, mas também cujo escopo é a actividade especulativa nos mais importantes meandros dos mercados financeiros, há trabalhadores colocados na posição de executantes de políticas selvagens, sob as ordens dos órgãos dirigentes das respectivas instituições que, aquando da assunção de responsabilidades, estão na primeira linha em casos de abuso de confiança, burla, fraude fiscal, *insider trading*, etc.

²⁵³ Steven BOX, *Power, Crime and Mystification*, Travistock, Londres, 1983, p. 34 e ss., *apud* Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 282. COLEMAN (*The Criminal Elite*, p. 176 e ss., *apud* Cláudia Cruz SANTOS, *ibidem*) considera que o crime de colarinho branco tem origem em três elementos fundamentais, que se entrecruzam: a *motivação*, a *neutralização* e a *oportunidade*.

²⁵⁴ No mesmo sentido, PASSAS (*Anomie and Corporate Deviance – Contemporary Crises*, 14, 1990, pp. 157 e ss., *apud* Cláudia Cruz SANTOS, *ibidem*) para quem o crime de colarinho branco surge como resposta do mundo dos negócios à pressão social para o atingir do sucesso usando meios legítimos.

²⁵⁵ COLEMAN, *The Theory of White Collar Crime*, in: *White Collar Crime Reconsidered*, p. 60, *apud* Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 282, nota n.º 185.

ultrapassar barreiras legais. É “o excesso de facilidades de confiança na auto-regulação, bem como a ausência de normas limitadoras da actividade, que propiciam os comportamentos ilícitos”.^{256, 257} Trata-se, de certa forma, de recuperar a teoria da oportunidade de CLOWARD e OHLIN. Estes autores defendem que o crime de colarinho branco não se explica apenas pela desproporção entre os objectivos culturais e os meios considerados socialmente legítimos para os atingir.²⁵⁸ É necessário também que exista a oportunidade para usar de meios ilegítimos. Ora, os *white-collar criminals* não só estão em posição privilegiada para usar dos meios ilegítimos à sua disposição, como estão em condições de «fabricar» a própria oportunidade, o que significa que não estão limitados a contingências exteriores, antes podem criar novas oportunidades ilegítimas.²⁵⁹

Tudo isto surge contextualizado na «sociedade do risco», globalizada e globalizante. Ora, recuperamos também, a propósito, a teoria da organização social diferencial²⁶⁰ de SUTHERLAND como suporte desta *nova subcultura delinquente*. Para este autor, em cujas teorias baseamos o nosso raciocínio, é o menor controlo social de determinados grupos que permite o surgimento, ou a acentuação, da delinquência no seio desses grupos. Em relação ao *white-collar crime*, SUTHERLAND explica a sua origem lembrando que o mundo dos negócios vive numa situação de anomia a partir do momento em que o liberalismo económico começou a ser confrontado com a emergência das lógicas do *welfare state* e com o intervencionismo do Estado na economia. O mundo dos negócios passa, então, a viver um conflito de valores. Este conflito, a nosso ver, atinge a actualidade na medida em que hoje, tal como então, ainda persiste uma discrepância visível entre a capacidade de organização do mundo dos negócios em torno de práticas violadoras das regras que regem as suas actividades económico-financeiras e a capacidade da sociedade dotar as instâncias formais de controlo dos mecanismos e das armas eficazes para o controlo dessas práticas.²⁶¹

²⁵⁶ Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 282.

²⁵⁷ Relembremos, a este propósito, o que dissemos no n.º 2 do capítulo III.

²⁵⁸ Cfr. Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 279.

²⁵⁹ No mesmo sentido, vide BRAITHWAITE (*Poverty, Power and White-Collar Crime in White-Collar Crime Reconsidered*, p. 79 *apud* Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 280) para quem “o capital pode ser usado para criar oportunidades ilegítimas e, quanto maior for o capital, maiores são as oportunidades”, pelo que “(...) a riqueza que cria oportunidades legais cria, ao mesmo tempo, oportunidades ilegais para atingir o mesmo resultado.”

²⁶⁰ SUTHERLAND usou a expressão “*organização social diferencial*” para substituir a expressão “desorganização social” pois, para o autor, mais do que uma falta de organização, numa dada sociedade coexistem várias organizações em torno de diferentes interesses, objectivos e valores. Cfr. Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 50, nota n.º 99.

²⁶¹ Para VOLD e BERNARD é mesmo esta discrepância que explica a prevalência do *white-collar crime* na sociedade. Estes autores exprimem a convicção de que tais práticas negociais ilegais irão continuar até que a sociedade se organize devidamente contra elas, instituindo os mecanismos de combate ao crime no seio, designadamente, das empresas. Cfr. Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 51.

Pensamos que a realidade actual, em que os entes colectivos desempenham um papel fulcral na génese da criminalidade que marca a *Risikogesellschaft*, tem a sua raiz numa «desorganização» da sociedade pós-moderna que, na transição entre a tardo-modernidade e a pós-modernidade deixou alguns ideais pelo caminho. A complexidade e a tecnicidade dos comportamentos negociais em pleno séc. XXI, a rapidez das mudanças sociais que potenciam os conflitos de valores num tempo em que tudo é *global, macro, giga (e tera!)*, na era de «*o mundo num segundo*», requer-se um esforço de adaptação dos mecanismos de controlo que se não poderá conformar com a inexistência de uma situação de real conflito entre os criminosos de colarinho branco e a sociedade, aparentemente compreensiva em relação aos seus comportamentos, não obstante os seus elevados custos sociais.

Concluir que a específica criminalidade dos entes colectivos cumpre todos os pressupostos da categoria criminológica *white-collar crime*, significa, antes de mais, afirmar que se trata de uma delinquência com tratamento privilegiado por parte das instâncias formais de controlo. Nem de outra forma poderia ser, uma vez que a segunda conclusão necessária a partir daquela afirmação é que a sociedade é permissiva em relação a essa específica forma de criminalidade. No entanto, em face dos impactos²⁶² que o *corporate crime* tem no contexto da sociedade do risco, urge mudar de atitude.

Ponto assente é que partimos, neste raciocínio, da asserção de que o crime de colarinho branco é tratado de forma diferenciada pelo sistema, não só no que concerne ao seu tratamento privilegiado em face do *blue-collar crime*, mas, essencialmente, no tema de que nos ocupamos, em termos da sua punição enquanto *organizational crime* ou *corporate crime*. O «crime da empresa» tem, na tradição jurídica europeia continental uma tímida abordagem, dado o paradigma *societas delinquere non potest* e o pejo que uma boa parte dos ordenamentos tem em ultrapassá-lo.

Vários são os modelos possíveis na reacção contra a criminalidade dos entes colectivos. Tal como Cláudia SANTOS, estamos em crer que “no âmbito do crime de colarinho branco, a importância da prevenção é (...) acrescida”²⁶³. E isto por três ordens de razão: em primeiro lugar, porque o custo social da delinquência dos entes colectivos é, em geral, muito elevado,

²⁶² Pense-se, por ex., nos efeitos devastadores das crises económicas originadas por especulações financeiras irresponsáveis, nos impactos globais de falências de grandes grupos de investimento (Lehman Brothers, p. ex.), nos efeitos incalculáveis de um *stock market crash* nas maiores bolsas mundiais, nos custos sociais do rebentamento da «bolha imobiliária» dos grandes mercados (veja-se o caso recente dos Estados Unidos da América e dos desequilíbrios que gerou a nível mundial). Hoje em dia, sendo a economia uma complexa estrutura global de interdependências, relações de solidariedade / parasitismo e outras estratégias pouco claras, a teoria do «efeito borboleta» de Edward LORENZ (*Deterministic Nonperiodic Flow*, 1963) nunca fez tanto sentido. Hoje mesmo, e já desde 2008, vivemos as consequências cíclicas de um mercado global marcado pela especulação como seu elemento impulsionador e, ao mesmo tempo, seu elemento aniquilador.

²⁶³ Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 294.

numa perspectiva da sociedade global e dos impactos económicos, financeiros e políticos (e, logo, sociais), sendo os efeitos visíveis a médio/longo prazo²⁶⁴. Em segundo lugar, porque uma estratégia de repressão, pura e simples, saldar-se-á por um número expressivo de «*cifras negras*», dadas as dificuldades práticas que a punição dos entes colectivos conhece, pelos múltiplos factores que aqui já fomos apontando. Em terceiro lugar, porque é mais fácil motivar racionalmente o autor do crime de colarinho branco para o respeito pela norma do que o delinquente que comete homicídio, pelo que se tornará mais fácil uma prevenção situacional²⁶⁵.

No que toca, especificamente, à intervenção preventiva junto dos entes colectivos, certa doutrina preconiza, já há alguns anos, a adopção de medidas de controlo interno impostas pelo próprio Estado como contrapartida do seu licenciamento, quando não mesmo do reconhecimento da sua personalidade jurídica colectiva. STONE²⁶⁶ defendeu a imposição de medidas intrusivas na estrutura da organização no intuito de condicionar o próprio processo de tomada de decisão dentro da mesma. Esta tendência intrusiva como medida acentuada de prevenção conhece já concretizações práticas no sistema penal norte-americano, no qual o *corporate criminal liability* é exemplo da implementação de sistemas de fiscalização interna nas organizações²⁶⁷. Outra doutrina refere como muito adequados os mecanismos de auto-regulamentação, meios empregados, no seu seio, pela própria organização, no sentido de controlar as práticas lesivas dos seus interesses. Cremos que este expediente revelar-se-á útil apenas no controlo do *occupational crime* (crime nas empresas), uma vez que, no *corporate crime* (crime da empresa) esses mecanismos de controlo funcionam exactamente em sentido inverso, ou seja, instituindo as subculturas (e contraculturas) delinquentes no sentido de garantir à organização o sucesso a qualquer preço no mercado mais competitivo²⁶⁸.

²⁶⁴ Trata-se, geralmente, de efeitos cuja força é potenciada pelo efeito «*bola de neve*», cujo impacto só vem a sentir-se algum tempo depois da infracção e, geralmente, acumulando os seis efeitos com as consequências de outras actividades semelhantes. Estamos a falar, designadamente de factores que despoletam crises económicas com a que se vive desde 2008 por todo o mundo ocidental (e, por arrastamento, em todo os resto do mundo), das quais o passado, desde a década de 30 do Séc. XX, conhece vários exemplos.

²⁶⁵ Cfr. Cláudia Cruz SANTOS, *ibidem*.

²⁶⁶ Christopher STONE, *Where the Law Ends: The Social Control of Corporate Behaviour*, Nova Iorque, Harper and Row, 1975, pp. 179 e ss. e pp. 203 e ss. O autor defende, ainda, que deveriam ser obrigatórios uma série de registos em relação a decisões de risco, responsabilização cumulativa daqueles que detêm os cargos mais importantes na estrutura hierárquica, incitando-os ao conhecimento detalhado de tudo o que se passa nos seus sectores, a obrigatoriedade dos centros de decisão terem lugares destinados a representantes dos consumidores, etc.

²⁶⁷ Cfr. W. LAUFNER, *Corporate Bodies and Guilty Minds. The Failure of Corporate Criminal Liability*, The University of Chicago Press, Chicago, 2006.

²⁶⁸ Cláudia Cruz SANTOS chama a atenção para o facto de que os mecanismos de auto-regulamentação podem revelar-se eficazes mesmo em sede de combate ao *corporate crime*, uma vez que a imagem exterior da empresa pode ser colocada em causa pela sua reputação delitiva. No entanto, dado o conceito de ente colectivo que temos em consideração, multinacional e globalizado, pensamos que esse efeito não se verifica. Esse

Um modelo de repressão, no combate à criminalidade dos entes colectivos, encontra algumas dificuldades de índole técnica. Por um lado, há uma percepção social dicotómica acerca da necessidade de ressocialização do criminoso de colarinho branco. Há crimes que a sociedade sanciona gravemente, comparando-os, p. ex., com o desvalor do homicídio, e outros que a sociedade praticamente tolera. No entanto, como é evidente, todo o sistema penal deve actuar segundo um princípio de necessidade²⁶⁹. Neste sentido, está mais que ultrapassada a visão do criminoso de colarinho branco com alguém que dispensa a ressocialização²⁷⁰, mesmo tendo em conta a relativa brandura com que o cidadão comum sanciona condutas como os delitos fiscais, por exemplo, ou a surpresa com que ainda lida com a noção de delito cometido por entes colectivos²⁷¹. No entanto, a implementação de um sistema repressivo, aplicador de verdadeiras penas aos entes colectivos como estratégia político-criminal de combate ao crime de colarinho branco²⁷², encontrará uma barreira intransponível nas categorias dogmáticas penais tradicionais, em particular a acção e a culpa. A prossecução do ideal de um sistema de justiça mais justo passa, necessariamente, pela reposição da igualdade no tratamento do crime de colarinho branco face às restantes categorias sociológico-criminais. É nossa convicção que, sejam quais forem as condicionantes, impõe-se uma superação da actual impunidade de muitos dos comportamentos criminosos no seio dos entes colectivos como condição necessária da reposição daquela igualdade. Dizer que os entes colectivos não

processo de salvaguarda é assegurado por cuidadosas e dispendiosas operações de marketing social apostadas em dourar a imagem de entes colectivos cujas actividades subliminares causa muito mais dano que benefício às populações. Muitas das vezes, essas operações aparecem travestidas de iniciativas de solidariedade social, de patrocínio de eventos culturais, de donativos vários e apoio a ONG's, etc. Como exemplo evidente deste problema veja-se o caso das recentes fraudes na medição de emissão de gases no Grupo Volkswagen.

²⁶⁹ Sobre os requisitos da intervenção penal, vide Manuel da COSTA ANDRADE, “*Dignidade penal*” e a “*carência da tutela penal*” como referência de uma doutrina teleológica-racional do crime, in: RPCC, 2, 1992, p. 173 e ss.

²⁷⁰ Jorge de FIGUEIREDO DIAS (*Direito Penal – Questões Fundamentais, a Doutrina Geral do Crime*, 1996, p. 119, *apud* Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 303, nota n.º 214) aponta o equívoco que subjaz à ideia de que “ao menos na generalidade dos casos, o colarinho branco não é carente de socialização, dado, precisamente, o seu *status* económico-social, a respeitabilidade do seu modo de vida e a estabilidade da sua inserção comunitária”. “Esta alegação deve ser contraditada por ter na sua base um deficiente e, em definitivo, errado entendimento do que seja a socialização que constitui finalidade da pena. Também o crime económico – desvio de subvenções, fraude fiscal, actuações ilícitas sobre o mercado, contrabando, etc. – revela, em princípio, um defeito de socialização do agente, de onde promana para o Estado o dever de lhe oferecer os meios de prevenir a reincidência.” Qual a melhor forma de o fazer em relação aos entes colectivos? Embora a questão seja por todos reputada pertinente, já a resposta não reúne consenso, mesmo porque, do ponto de vista das concepções tradicionais dos fins das penas, a ressocialização de uma pessoa jurídica oferece dúvidas.

²⁷¹ John BRAITHWAITE (*White-collar Crime*, in: *White-Collar Crime – Classic and Contemporary Views*, Eds. GEIS/MEIER/SALINGER, The Free Press, New York, 1995, p. 126) cita estudos empíricos acerca da diferente percepção da comunidade acerca da gravidade de determinadas infracções. De acordo com o autor, alguns delitos fiscais e outros relativos à concorrência foram relativamente desconsiderados como delitos, em comparação a outros crimes de colarinho branco “*that cause severe harm to persons*”.

²⁷² Como, pensamos, hoje se impõe numa estratégia séria de combate ao crime de colarinho branco, uma vez que os entes colectivos são os seus principais e mais sérios cultores na sociedade globalizada no dealbar do séc. XXI.

cometem crimes pode até ser um axioma no âmbito teórico do direito penal, mas não na realidade criminológica.²⁷³ E, se assim é, impõe-se assumir, do ponto de vista político-criminal, a necessidade do combate a uma nova criminogénese.

²⁷³Cfr. Celia WELLS, *Corporations and Criminal Responsibility*, 2nd ed., Oxford University Press, 2001, pp. 8 e ss. A propósito, a autora diz, expressivamente: “*Corporate bodies are more corrupt and profligate than individuals, because they have more power to do mischief, and are less amenable to disgrace or punishment. They neither feel shame, remorse, gratitude nor goodwill.*” Cfr. Celia WELLS, *Op. cit.*, p. 1. Em concordância se exprime Paulo de SOUSA MENDES (*A Responsabilidade de Pessoas Colectivas no âmbito da Criminalidade Informática em Portugal*, in AA.VV., *Direito da Sociedade da Informação*, vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2003): “Existem certas práticas comerciais nas quais se manifesta uma cultura criminal de empresa (criminologicamente falando).”

CAPÍTULO IV

NECESSIDADE POLÍTICO-CRIMINAL DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DAS PESSOAS COLECTIVAS

“Não vale sequer a pena assinalar ao Direito Penal 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”.

FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral, Tomo I.*

1. Introdução

“A legitimação da intervenção do direito penal não pode ser hoje vista como advinda de qualquer ordem transcendente e absoluta – como derivada, *hoc sensu*, de exigências «metafísicas» – mas unicamente de critérios funcionais de necessidade (e de consequente utilidade) social”.²⁷⁴ Mais de vinte anos volvidos, a asserção de FIGUEIREDO DIAS não podia ser mais actual. Hoje, a política criminal²⁷⁵ deve assumir a sua função conformadora.

Antes mesmo da questão da admissibilidade dogmática do instituto (e da miríade de escolhos que essa questão envolve, principalmente no que concerne à capacidade de acção e de culpa), a primeira interrogação que pode colocar-se face à punibilidade das pessoas colectivas e entidades equiparadas é a da sua necessidade. A questão revela-se ainda pertinente em face do carácter fragmentário e de *ultima ratio* que se assinala ao direito penal, bem como em face da existência de múltiplas outras formas de repressão da delinquência dos entes colectivos, designadamente ao nível do direito penal administrativo²⁷⁶. Por outro lado, a afirmação peremptória da necessidade da punição directa dos entes colectivos pode encontrar alguns escolhos numa outra questão: não será a punição individual dos titulares dos seus

²⁷⁴ Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Sobre o Estado Actual da Doutrina do Crime* – 1.^a Parte, in: RPCC, 1, Ed. Notícias, 1991, p. 17.

²⁷⁵ MEZGER (*Kriminalpolitik auf Kriminologische Grundlage*, apud João de CASTRO E SOUSA, *As Pessoas Colectivas em Face do Direito Criminal e do Chamado «Direito de Mera Ordenação Social»*, Coimbra Editora Coimbra, 1985, p. 85) define esta ciência como a totalidade das medidas estaduais destinadas à prevenção e combate das infracções. De igual forma, MAURACH (*Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, apud João de CASTRO E SOUSA, *ibidem*) considera a política criminal como a doutrina da prevenção das infracções.

²⁷⁶ Além da «terceira via» sancionatória preconizada por HASSEMER: o *interventionsrecht*, que se afigura de difícil concretização, não só em face da flexibilização das garantias que impõe, mas também da inexistência de uma criminalidade específica dos entes colectivos, ou seja, de um grupo de delitos, perfeitamente identificável, que seja apanágio exclusivo dos mesmos. Cfr. Jorge dos REIS BRAVO, *Op. cit.*, p. 66.

órgãos e dos seus agentes ou representantes suficiente para atingir os propósitos político-criminais?

São questões cujas implicações e respostas procuraremos neste capítulo.

2. Imperativos de político-criminal

Por tudo o que ficou dito no capítulo anterior, pensamos que a intervenção do direito penal, como instrumento de controlo dos novos riscos, tem, como um dos seus motivos fundantes, o rosto da criminalidade globalizada: os entes colectivos. A sua responsabilização, antes de ser um problema dogmático, é uma instantânea questão de política criminal que radica na potencialidade criminógena de tais entes e que justifica a atenção que lhes tem sido votada pela dificuldade que o sistema vigente demonstra em minimizar eficazmente essa potencialidade danosa²⁷⁷. São, portanto, imperativos indefectíveis de política criminal que movem o direito penal na direcção dos entes colectivos. Viver, hoje, implica gerir uma constante tensão dialéctica risco/segurança, ante a dependência que a sociedade apresenta em relação a actividades, geradoras de riscos²⁷⁸. Esta tensão manifesta-se num paradoxo: assunção quotidiana de riscos por conta dos benefícios que essa assunção pode trazer, *versus* a necessidade de manter o controlo do risco assumido, na tentativa de evitar danos para bens jurídicos individuais e *supra-individuais*. Neste contexto, a principal fonte de riscos para os bens jurídicos colectivos é, hoje, a actividade das empresas (leia-se grandes organizações com

²⁷⁷ “En los albores del nuevo milenio el establecimiento por parte del Derecho Penal de un sistema adecuado de reacción contra los hechos delictivos procedentes de las personas jurídicas resulta ya una exigencia político criminal inaplazable, a la vista de la expansión de la «delincuencia corporativa».” (GARRIDO / STANGELAND / REDONDO, *Principios de Criminología*, Valencia, 1999, p. 616). Observa, também, a propósito, José Luís de la CUESTA (*Una «nueva» línea de intervención penal: el Derecho Penal de las personas jurídicas*, in: *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, 2001, pp. 65 e ss.): “Son muchos y muy graves, en efecto (también en el marco del crimen organizado), los hechos delictivos que se producen en la actualidad en el entorno o a través de entidades legalmente constituidas”.

²⁷⁸ Quando estão em causa actividades socialmente úteis, mas geradoras de graves riscos de dano para bens jurídicos pessoais e *supra-individuais*, é comum o recurso, por parte do legislador, à figura da responsabilidade objectiva em direito civil, solução fortemente questionável se aplicada, *tout court*, em sede de responsabilidade jurídico-criminal. Seria uma solução que jogaria por terra todo o edifício conceptual-dogmático da infracção criminal, baseado na censura pessoal-individual de um comportamento. É certo que, pelo menos, algumas soluções preconizadas por ordenamentos jurídicos da *Common Law* para a punição do *corporate crime* passam pela responsabilidade vicarial (*vicarious liability*). No entanto, na tradição europeia continental, a reacção penal apenas se pode alicerçar numa actuação jurídico-penalmente relevante a nível da censurabilidade do comportamento pessoal ou da perigosidade. Para além disso, face à nova *subcultura delinvente* que, cremos, a criminalidade dos entes colectivos globalizados materializa, trata-se de um erro de perspectiva responsabilizar objectivamente o ente colectivo pelos actos dolosos e negligentes dos seus órgãos, pois que a delinquência (numa perspectiva sociológica-criminal) é do próprio ente colectivo e não, propriamente, de cada um dos titulares dos seus órgãos. As acções criminosas no contexto da actuação dos entes colectivos a que nos referimos imbricam-se numa teia de interesses onde avulta o interesse colectivo do ente e das suas complexas redes de interdependências, em detrimento de interesses puramente individuais.

poder económico e que exercem forte influência política - *lobbying*). As acções contra bens jurídicos ligados ao meio ambiente e à saúde pública são cometidas, principalmente, no seio de empresas²⁷⁹ (*organizational crime*), quer em benefício da própria empresa (*corporate crime*), quer aproveitando as suas estruturas para camuflar o cometimento de ilícitos por parte de agentes individuais, muitas vezes contra a própria empresa (*occupational crime*).

Com alguma frequência se invoca, em defesa da desnecessidade de uma responsabilização penal dos entes colectivos, o facto de, na maioria dos casos, os danos causados se deverem a actuações negligentes dos titulares dos seus órgãos, agentes ou representantes. Porém, se assim era no passado recente, quando os holofotes da política criminal se voltaram para o impacto social dos ilícitos negligentes que, por acções e omissões cometidas pelos titulares dos órgãos, agentes e representantes de pessoas colectivas, começaram a atingir proporções graves, ao atingirem, em escalas inusitadas, bens jurídicos colectivos, com especial incidência no ambiente, hodiernamente, reflexo da apontada relação entre o crime organizado e as pessoas colectivas (mormente grandes empresas multinacionais de ramo industrial em geral, petroquímico, farmacêutico, biogenético e financeiro), a criminogénese das entidades colectivas deixou de ser apenas negligente, passando a compreender danos e perigos dolosamente provocados que, na sua maioria, admitimos, são efeito colateral necessário e negligenciável (dolo necessário ou pelo menos eventual²⁸⁰, mas em alguns casos, com intenção clara e directa de os ocasionar), com patente indiferença perante as consequências nefastas. Esta indiferença decorre da diluição dessas consequências que apenas são perceptíveis numa lógica de efeitos cumulativos. É o problema de tais condutas lesarem, na sua grande parte, bens jurídicos *supra-individuais*, o que faz com que a sua incriminação resulte em delitos sem vítima imediata, ou com vítima difusa²⁸¹. Cláudia SANTOS²⁸² refere mesmo uma “comum inconsciência da qualidade de vítima do crime de colarinho branco” para ilustrar o modo como o cidadão em geral sente os efeitos deste tipo de

²⁷⁹ Anabela RODRIGUES (*Comentário Conimbricense do Código Penal*, tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, p. 955) chama a atenção para o facto de que os entes colectivos são, justamente, o maior foco de problemas ambientais na actualidade, o que implica uma outra compreensão desta criminalidade e da protecção dos bens jurídicos envolvidos. Para nós, os entes colectivos são, hoje, a grande fonte dos problemas relacionados com o direito penal económico em geral. No mesmo sentido, José de FARIA COSTA, *A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos*, in: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários, Vol.I – Problemas Gerais*, IDPEE – Coimbra Editora, Coimbra, 1998, p. 504, nota 3; Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Sobre o papel do direito penal na protecção do ambiente*, in: *RDE*, IV, 1978, p.12.

²⁸⁰ Não nos referimos aqui ao dolo do ente colectivo, pois essa categoria depende da afirmação prévia de que o ente não individual tem a necessária capacidade volitiva para que se possa afirmar que decide, livremente, de forma preordenada a atingir um resultado danoso ou à colocação de um bem jurídico em perigo. Dedicaremos atenção a este aspecto mais adiante.

²⁸¹ Sobre estes tipos penais e as suas características, *vide* capítulo II.

²⁸² Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 103.

criminalidade protagonizada pelos entes colectivos. Esta inconsciência e incompreensão da qualidade de vítima podem explicar-se, também, por dois factores de sinal inverso: por um lado, a dispersão e insignificância dos efeitos da criminalidade em questão face ao indivíduo (em si mesmo considerado), faz com que a mesma gere pouco ou nenhum alarme social, o que dificulta, em muito, a reacção (e ainda mais a prevenção) contra tais comportamentos por parte dos sistemas de justiça²⁸³. Muito embora, numa perspectiva global e cumulativa, esses efeitos sejam geradores de danos avultados. Por outro lado, mesmo quando a actuação dos entes colectivos tem efeitos directos e visíveis sobre o Estado e os interesses públicos, é «*neutralizada*» pela disparidade de poder entre o Estado e o agressor, ou seja, o normal cidadão não percebe os delitos que vitimam o interesse público como sente o crime que vitima o interesse individual. Há como que uma diluição do impacto axiológico do comportamento por toda a colectividade porque “não é possível individualizar uma vítima que simbolize o sofrimento provocado pela infracção”²⁸⁴, o que em muito contribui para a noção de que a criminalidade dos entes colectivos não é bem criminalidade, ou, pelo menos, tem uma gravidade bastante inferior.²⁸⁵ Trata-se, efectivamente, de uma dificuldade em incluir num conceito material de crime actuações de entes colectivos, o que retardou a reacção dos sistemas penais.²⁸⁶ Além disso, há ainda uma tendência latente para uma certa simpatia para com aqueles que, enfrentando o poderio do Estado, conseguem obter dele uma vantagem ilícita, designadamente no que toca ao domínio da fiscalidade onde os infractores são, por alguns extractos da população, vistos como pessoas de sucesso, como os mais aptos²⁸⁷.

²⁸³ Em relação ao papel desempenhado pelas vítimas no *corporate crime*, salientando a sua inacção, SUTHERLAND (*White-Collar Crime – The Uncut Version*, p. 237 *apud* Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 103) notou que “nenhum consumidor sofre uma perda numa específica transacção que justifique a acção individual.” Esta inacção, ao que parece, está directamente relacionada com a fraca percepção dos efeitos nefastos da acção.

²⁸⁴ Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 104. Daí que os novos movimentos de *sobrecriminalização* sejam marcados, essencialmente, por tipos de crime sem vítima, o que não demonstra, por si só, o carácter funcionalista de uma tal concepção de ilícito com dignidade penal, mas, pelo menos, aponta essa tendência.

²⁸⁵ Refere BOX (*apud* Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 104, nota n.º 226) “o público entende mais facilmente o que significa para uma velha senhora ver cinco libras arrebatadas da sua carteira do que a importância financeira de vinte e cinco milhões de consumidores que pagam um centavo a mais pelo sumo de laranja diluído para além do nível permitido pela lei”. Além do mais, diz CROALL (*apud* Cláudia Cruz SANTOS, *ibidem*), o impacto do crime será muito mais sentido pela senhora do que pelo consumidor que, provavelmente, nem se aperceberá de nada.

²⁸⁶ Daí que alguma doutrina defenda o recuo do direito penal, deixando de este de intervir na área dos crimes sem vítima, reforçando a validade dos princípios da subsidiariedade e da mínima intervenção. No entanto, esta tendência de neutralização tem vindo a modificar-se a passos largos, muito por causa dos grandes escândalos financeiros postos a descoberto nas últimas duas décadas. Realce-se o papel da comunicação social na cada maior reprobção social sobre as condutas criminógenas no âmbito do *corporate crime*. Depois de escândalos, como o caso *Watergate*, que expuseram a impunidade dos poderosos, a atenção social começou a voltar-se para o *white-collar crime*.

²⁸⁷ Autores como QUINNEY (cfr. Cláudia Cruz SANTOS, *Op. cit.*, p. 290) consideram mesmo que a criminalidade dos *white-collars* é algo de intrínseco e indispensável ao próprio sistema capitalista e que se trata

Também o fenómeno dos delitos cumulativos contribui para a compreensão da relativa indiferença a que a sociedade vota o *corporate crime*. Vista como uma espécie de «*costume*» do sector, em que os comportamentos delitivos são vistos como um dado adquirido, a lógica dos delitos cumulativos joga em benefício dos entes colectivos. Só muito recentemente se começou a desenhar na sociedade, com reflexos no ordenamento jurídico sancionatório, os traços de uma contracultura sociojurídica de condenação de tais práticas²⁸⁸.

Se e como esses resultados danosos (ou condutas perigosas apenas) podem, tecnicamente, ser imputados directamente ao ente colectivo já é uma resposta a conferir em sede dogmático-penal. No entanto, se o hão-de ser, é uma necessidade instante de política criminal. Vejamos: é, hoje, um dado adquirido que, nas sociedades da era pós-industrial, a importância social e criminológica da criminalidade da empresa tende a ultrapassar a da criminalidade clássica, mesmo tendo em conta as «*cifras negras*» que, em grande medida, ainda encobrem a sua real dimensão. A esse défice de eficácia penal contra a criminogénese no seio das empresas não é estranho o enquadramento socioeconómico da mesma: relacionamento próximo com as próprias instâncias formais de controlo, prestígio social dos perpetrantes e baixo grau de reprobção social da conduta (*white-collar crime*), ao que anda associada a tradicional concepção de que o crime é um fenómeno puramente onto-antropológico. E, no entanto, este tipo de criminalidade não-individual é aquele que representa um maior risco social, na medida em que ameaça directamente bens jurídicos colectivos. Deixar os entes colectivos de fora da discursividade penal significa deixar os mais importantes infractores da nossa era fora do alcance do instrumento sancionador mais grave ao dispor dos Estados.

Considerando o exposto, afirmamos com convicção que, na sociedade contemporânea, se manifesta uma específica criminalidade dos entes colectivos em sentido sociológico-criminal e que apenas não se pode afirmar uma criminalidade própria desses entes, em sentido jurídico e dogmático, porque a política criminal ainda não ditou, de modo instante, a sua necessidade.²⁸⁹ A única manifestação do legislador nesse sentido consiste na admissibilidade

de um fenómeno indefectível no seio das sociedades contemporâneas. Partilhamos a visão do autor no que se refere à criminalidade dos entes colectivos, que compreendemos dentro da noção mais lata de *corporate crime*. Muito embora os seus comportamentos criminógenos não derivem, pensamos, de uma atitude propositadamente dirigida ao crime, resultam muitas vezes na lesão de bens jurídicos como operador menor de um cálculo de custo-benefício, critério maior das decisões económicas em capitalismo.

²⁸⁸ Sobre os delitos cumulativos, vide Augusto SILVA DIAS, *What if everybody did it?: sobre a «(in)capacidade de ressonância» do Direito Penal à figura da acumulação*, RPCC, ano 13, 2003.

²⁸⁹ Em 1972, João de CASTRO E SOUSA (*As Pessoas Colectivas em face do Direito Criminal...*, cit., p. 86) lança a interrogação sobre a existência de uma específica criminalidade das pessoas colectivas em sentido jurídico, concluindo que ela não existe, tanto a nível do direito português como em face dos modernos princípios da dogmática penal. O autor considera, no entanto, na esteira de SEILER, que esse fenómeno existe em termos

pontual da responsabilidade dos entes colectivos em direito penal secundário (mormente no direito penal económico) e na formulação generalista do art. 11.º do Código Penal. Não existe, porém, uma concepção do ente colectivo como agente do crime, tal conceito ainda não tem os seus traços definidos em termos dogmáticos, o que, estamos em crer, ao dificultar a relação dos mesmos com as instâncias jurídico-penais, contribui, em grande medida, para a neutralização e consequente indiferença da sociedade em relação a esta específica criminalidade e seus efeitos. Não é que a sociedade não reconheça a criminalidade dos entes colectivos em termos sociológicos e criminológicos²⁹⁰, sucede apenas que não acredita na efectiva repressão e prevenção da mesma.

Pensamos, no entanto, que incorrerá em erro de perspectiva quem negar a necessidade de encarar o ente colectivo como agente de factos ilícitos penais. Argumentar-se-ia, nesta sede, que a criminalidade é obra dos titulares dos órgãos da pessoa colectiva, que instrumentalizam (ou são instrumentalizados por interesses e pressões exteriores para usar) os entes colectivos e respectivo potencial para cometer ilícitos impunemente, e que não existe verdadeira *criminalidade de empresa*; o que existe é, isso sim, *criminalidade na empresa* ou através da empresa. Mas esta argumentação é, hoje, debelada pela doutrina penal e pela sociologia criminal, bem como é ultrapassada pela própria realidade. *Brevitatis causa*, não nos permitimos grande excursão sobre a problemática em questão²⁹¹. No entanto, não podemos deixar de notar uma ligação lógica entre a instrumentalização do ente colectivo e a dificuldade que existe para distinguir, dentro das suas estruturas complexas, quem é o verdadeiro detentor do domínio do facto no sentido de se poder imputar a autoria de crimes²⁹². O ente colectivo pode, assim, revelar-se como uma construção jurídica, logística e económica que dificulta enormemente o estabelecimento da responsabilidade individual, aumentando essa dificuldade

sociológico-criminais, o que demonstra que, há quase quarenta anos, já existia a consciência da percepção social do fenómeno, ao qual, hoje, a política criminal já vai reagindo, mas a dogmática penal permanece estranhamente indiferente.

²⁹⁰ Actualmente é já perceptível uma reacção social contra esta criminalidade, muito por culpa da eficácia (des)informativa da comunicação social que, trazendo a lume os escândalos financeiros e seus actores, acicuta a revolta social e a reprovação daqueles que nada têm e que, reflectindo sobre a suas vidas, começam a reprovar as atitudes daqueles que colocam em causa as suas oportunidades de uma vida melhor.

²⁹¹ Ao tema já lhe dedicámos o ponto 3. do Capítulo III.

²⁹² Um verdadeiro *case study* sobre esta matéria é o recente caso do Grupo Espírito Santo, no qual é patente a dificuldade de imputar responsabilidades, em virtude da moderna e complexa estruturação dos grupos societários, bem como pela multiplicação dos níveis decisórios. A haver prática de ilícitos criminais, nomeadamente no âmbito da gestão danosa, falência dolosa, crimes fiscais, abuso de confiança, etc., será muito difícil imputar responsáveis individuais, mesmo lançando mão das actuais teorias de imputação dentro de um aparelho organizado de poder. Um outro caso, mais recente, envolve fraude e burla no Grupo Volkswagen, sem que se consiga apurar, com exactidão, quem detinha o controlo efectivo sobre a opção de instalação dos controladores de emissões fraudulentos.

à medida que as estruturas hierárquicas e funcionais se vão multiplicando e complexificando.²⁹³

3. A insuficiência e inadequação dos modelos tracionais de imputação penal

A moderna organização do mundo empresarial, complexificada numa teia que comporta uma miríade de relações de dependência funcional entre sedes e sucursais, filiais, associadas, subsidiárias, *joint ventures*, *holdings* e toda a sorte de estruturas e agrupamentos de empresas conhecidos pelo Direito que, facilitando aos detentores do capital a optimização dos recursos, a diminuição dos custos e a repartição de riscos e responsabilidades, dificulta, em muito, a determinabilidade dos agentes, do *locus* e do *tempus delictii* às instâncias formais de controlo. Nas palavras de FEIJOO SANCHEZ²⁹⁴: “*Dentro de las empresas y personas jurídicas que son potencialmente peligrosas para bienes jurídicos básicos, se presenta una atomización o fragmentación de movimientos corporales, (...) de tal manera que, a partir de cierto grado de complejidad, ya no es posible encontrar dentro del entramado empresarial en la que coincidan creación de riesgo e participación en el mismo con representaciones sobre dicho riesgo, ni nadie que disponga de una información global sobre la actividad empresarial*”.

Isto importa, as mais das vezes, entraves decisivos em termos processuais penais, no que toca à prova, mas também, em termos substantivos, na aplicação das categorias dogmáticas da culpa e da imputação objectiva, pois as cadeias hierárquicas de muitas empresas não são, nas estruturas mais complexas, transparentes o suficiente para se saber ao certo quem faz o quê, ou quem é comitente e quem é comissário num determinado acto. Acerca deste problema diz Germano MARQUES DA SILVA: “Na generalidade dos crimes praticados no âmbito das empresas, as condutas lesivas dos bens jurídicos não se produzem pela concreta decisão de uma só pessoa ou de várias pessoas facilmente individualizáveis (...). A estrutura das empresas (...) produz contextos de risco muito específicos para os bens

²⁹³ “Estas entidades ponen en «crisis» la filosofía del sujeto individual (autoconsciente), tradicional en Derecho Penal, y - creadas no pocas veces con objeto prioritario de maximizar beneficios y amparar y ocultar a las personas físicas responsables - se alzan como una barrera casi imposible de superar a la hora de indagar sobre la responsabilidad penal en hechos por sí mismos frecuentemente difíciles de investigar: desbaratando, por ejemplo, toda posibilidad de determinación de los verdaderos dueños del proceso, cuando la ejecución material, el conocimiento de la información necesaria y hasta los centros decisionales están fragmentados y el iter formativo de la voluntad parcializado en el seno de unas complejas estructuras de enmarañada y variable distribución de funciones” (José Luis de la CUESTA, *Op. cit.*, p. 69).

²⁹⁴ Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación de Hechos Delictivos en Estructuras Empresariales Complejas*, CIIDPE – Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, p. 5.

jurídicos, em razão da fragmentação das decisões (...).”²⁹⁵ O problema relativo à individualização dos responsáveis por uma determinada conduta delituosa é grandemente dificultado pela grande separação funcional entre o centro das decisões e o ponto de execução das mesmas.

Neste aspecto, assumem particular relevância os problemas da imputação da autoria individual, delimitação entre autoria imediata e mediata, bem como a destrição de situações de participação criminosa, pois, quer no âmbito de aparelhos organizados de poder, quer no contexto mais amplo de «organização», há sempre aqueles que planeiam e aqueles que executam, sendo que os primeiros raramente têm um contacto directo com as circunstâncias em que o delito é cometido. Por outro lado, note-se o acréscimo de um outro factor: no âmbito das organizações, dotadas ou não de personalidade jurídica, pode surgir uma atitude criminal de grupo que faz emergir um interesse colectivo não redutível à mera soma, e nem sempre coincidente, com os interesses individuais de cada um dos indivíduos que agem em benefício da organização. Germano MARQUES DA SILVA faz notar que “as modernas empresas, sobretudo as de grande dimensão, constituem sistemas fechados e auto-suficientes que criam os seus próprios estímulos (...). Isso determina que para o direito penal empresarial o decisivo para explicar a causa do crime seja frequentemente o espírito de grupo estabelecido numa determinada empresa.”²⁹⁶

Acresce que, reflexo da globalização da economia, a moderna organização empresarial privilegia o funcionamento em pequenas unidades autónomas sem ligação imediata à «casa mãe» o que multiplica os centros de risco e dilui as responsabilidades por vários possíveis centros de imputação. E a gravidade do problema acentua-se quando as empresas em relação de grupo são multinacionais, envolvendo, pois, vários ordenamentos jurídicos. Tudo isto dificulta muito, ou impede mesmo, “a determinação jurídico-penalmente consistente, dos concretos e eventuais agentes da infracção ou infracções praticadas no âmbito da pessoa colectiva ou empresa.”^{297, 298}

²⁹⁵ Germano MARQUES DA SILVA, *Responsabilidade Penal das Sociedades...*, cit., p. 15.

²⁹⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 117. No mesmo sentido aponta Bernd SCHÜNEMANN, *La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea*, in AA. VV., *Hacia un Derecho penal económico europeo*, *Jornadas en honor del Professor Klaus Tiedemann*, Madrid, 1995, pp. 571- 572.

²⁹⁷ José de FARIA COSTA, *Direito Penal Económico*, Coimbra, Quarteto, 2003, p. 53.

²⁹⁸ No mesmo sentido, aponta Laura ZUÑIGA RODRIGUEZ (*Criminalidad Organizada, Unión Europea y Sanciones a las Empresas...*, cit., p. 2): “Las agrupaciones de empresas (Holdings) y los grupos económicos también son entes del mercado cuyas formas jurídicas pueden prestarse para la corrupción y la intervención de las redes ilícitas, porque en ellos se diluye la responsabilidad individual, las conductas de personas concretas individuales, pasando a ser entes, grupos organizados del mundo empresarial, una unidad económica que actúa de acuerdo a políticas económicas de grupo, pero manteniendo las sociedades integrantes su independencia jurídica.”

Assim, como adverte FARIA COSTA²⁹⁹, muito embora as suas mais imediatas repercussões se façam sentir no âmbito probatório, esta indeterminação dos sujeitos da infracção é uma característica estrutural do tipo de crimes cometidos no seio das pessoas jurídicas. Como há muito apontam autores como MUÑOZ CONDE e HASSEMER, este é, precisamente, um dos sintomas da tão propalada «*crise do direito penal*»: a impossibilidade de imputar a responsabilidade em sistemas complexos, onde as vítimas são difusas e, portanto, indeterminadas, onde existe uma pluralidade de nexos causais relacionada com uma pluralidade de condutas, umas dolosas, outras negligentes, umas activas, outras omissivas³⁰⁰.

No direito penal tradicional vigora um modelo de infracção que trata as acções dos indivíduos como actuações isoladas, o que compromete em muito a adequada compreensão do fenómeno criminal no âmbito de uma estrutura empresarial hierarquizada. Por outro lado, no âmbito da estrutura hierarquizada, existe também a tendência para associar os resultados, em termos de imputação objectiva, à actuação do funcionário subalterno que, habitualmente, tem uma posição de pouca ou nenhuma relevância na estrutura decisória que conduziu ao cometimento do ilícito. Tal situação gera a aplicação de uma sanção penal a quem actuou dentro de uma estrutura de poder, nas mais das vezes sem consciência da ilicitude do seu comportamento, no estrito cumprimento de ordens de superiores hierárquicos. Por outro lado, no complexo da estrutura colectiva, os sectores intermediários nem sempre têm uma noção clara e um domínio da organização que lhes permita suportar a imputação das acções praticadas. Outrossim, os sectores superiores do ente colectivo, apesar de terem, estatutariamente e normativamente, o domínio da organização, nem sempre o têm de facto e nem conhecem a extensão dos actos que os inferiores hierárquicos praticam na execução das suas directrizes. Em muitos casos será mesmo impossível reunir, no mesmo indivíduo, a prática da acção, o conhecimento da ilicitude e a livre decisão necessárias à imputação do ilícito. É, assim, comum, deixar na impunidade os superiores hierárquicos pela estrutura hierárquica atrás da qual se escondem, quando deles partiram as ordens (ou orientações gerais) para o cometimento da conduta típica ou da actuação que deu origem ao resultado típico, o que consiste num dos problemas mais comuns no tratamento de crimes cometidos no seio de entes colectivos: o deslocamento da responsabilidade penal para os níveis inferiores da hierarquia, já que são eles que levam a cabo, pela sua mão, a conduta típica. Assim

²⁹⁹ José de FARIA COSTA, *Direito Penal Económico*, cit., pp. 53-54. Vide, ainda, Mário FERREIRA MONTE / P. PALERMO / Flávia LOUREIRO / Pedro M. FREITAS, *Série Pensando o Direito*, n.º 18, Marta R. A. MACHADO, (coord.), Escola de Direito da Universidade de S. Paulo, São Paulo, 2009, p. 461.

³⁰⁰ Vide Laura ZUÑIGA RODRIGUEZ, *Criminalidad Organizada...*, cit., p. 3.

proliferam as «*cifras negras*» da criminalidade associada aos entes colectivos, isto porque as categorias tradicionais da imputação conduzem a esse resultado.

Também a alegação da suficiência de outros mecanismos sancionatórios não afasta a necessidade do enfoque criminal sobre os entes colectivos, muito embora, admitamos que os pressupostos de algumas categorias dogmáticas da responsabilidade contra-ordenacional, por exemplo, são mais fáceis de preencher, seja porque as formas de imputação subjectiva são diferentes, seja porque o conceito de culpa se aproxima mais de um conceito puramente normativo.

Assim, é nossa convicção que a necessidade de ultrapassagem do paradigma da responsabilidade individual e a aceitação da responsabilização jurídico-penal dos entes colectivos encontra apoio em três ordens de razão: em primeiro lugar, as relações hierárquicas, a indiferenciação e a substituição dos responsáveis no seio da organização empresarial colocam muitos problemas ligados às exigências probatórias em processo penal, decorrentes dos princípios *in dubio pro reo*, da culpa, e da causalidade em geral. Em segundo lugar, a diluição do efeito preventivo especial das penas aplicadas aos indivíduos que, devido ao efeito «*bode expiatório*» acabam por não atingir o âmago da organização, perdendo-se, assim, o efeito da censura jurídico-penal, mesmo em termos de estabilização contrafáctica da norma, pelo facto de a pena não surtir o suficiente impacto social.³⁰¹ Em terceiro lugar, só um enquadramento jurídico-penal da actuação dos entes colectivos pode satisfazer a necessidade de reintegração e reafirmação social da validade e do respeito pelos bens jurídicos violados, bem como garantir a tutela dos bens jurídicos colectivos, mais expostos aos chamados delitos de acumulação, cuja autores são, hoje, de modo mais destacado, os entes colectivos.

No âmbito desta discussão coloca-se frequentemente a questão de saber se, de um ponto de vista político-criminal, faz sentido punir o ente colectivo quando bastaria punir os seus órgãos, agentes, representantes ou simples auxiliares. Diríamos que tal argumento não colhe, dado que tal medida não surtiria o “efeito preventivo e intimidativo suficientemente dissuasor para empreender um eficaz combate à criminalidade desenvolvida ou potenciada pela actividade das pessoas colectivas”³⁰², até porque, como temos vindo a salientar, o grau de fungibilidade das estruturas hierárquicas e organizatórias dentro de determinados entes

³⁰¹ Cfr. Paulo S. FERNANDES, *Op. cit.*, p. 104. Ideia semelhante exprimiu já António Simões de CARVALHO (*A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas*, Justiça Portuguesa, Ano 4.º, n.º 43, Julho, 1937 a Ano 7.º, n.º 74, Fevereiro, 1940, pp. 97 e ss.): “(...) as pessoas colectivas podem praticar crimes”, sendo a sua “punibilidade imposta por uma necessidade social”.

³⁰² Cfr. Jorge dos REIS BRAVO, *Op. cit.*, p. 65.

colectivos pura e simplesmente inviabiliza a identificação do concreto titular do órgão ou a individualização do agente ou auxiliar que actuou.³⁰³

Uma objecção que costuma ser apontada à responsabilização criminal dos entes colectivos prende-se com os efeitos colaterais que implica, designadamente por atingir, de forma indirecta, pessoas inocentes que em nada contribuíram para a actividade delituosa, sejam os trabalhadores, as respectivas famílias, sócios anónimos, sócios que não deram o seu assentimento na deliberação, etc.³⁰⁴ Os autores que tomam esta posição defendem mesmo tratar-se de uma ofensa aos princípios da pessoalidade das penas (por oposição à pura responsabilidade vicarial) e da intransmissibilidade das penas. Na medida em que, ainda que de modo indirecto, os efeitos das penas aplicáveis aos entes colectivos se fazem sentir em terceiros, tal implica que essa pena não se restringe à pessoa do autor da infracção que, de modo individual, ilícito e culposo praticou a infracção.

No entanto, tal argumentação não merece a nossa adesão. Por um lado, é inevitável que, em sociedade, os efeitos de uma pena sobre um indivíduo não se façam sentir também naqueles que o rodeiam, pelo menos naqueles que lhe são mais próximos. Aponta a doutrina mais céptica, quanto a esta questão, que, p. ex., no caso da família de arguido sentenciado em pena de prisão, os efeitos colaterais são indirectos e inevitáveis de uma condenação imposta a uma pessoa singular, enquanto na condenação do ente colectivo, os efeitos da pena recaem directamente e imediatamente sobre todos os seus membros e não apenas sobre aqueles que de forma individual, ilícita e culposa praticaram a infracção. Também este argumento não é de aceitar pois o destinatário da pena ou da medida de segurança é o próprio ente colectivo que, dotado de personalidade jurídica, é um centro autónomo de responsabilidade. Os reflexos da condenação nos interesses dos seus membros são, também, meramente indirectos e mediatos. Já maiores reservas se colocam quanto às entidades equiparadas a pessoas colectivas: as associações sem personalidade jurídica, as sociedades irregulares e as

³⁰³ Foi já este motivo que a presidiu às escolhas do legislador belga, suíço e italiano, conforme se pode depreender da análise do art. 5.º do Código Penal belga, do art. 102.º n.º1 do Código Penal suíço e do Decreto Legislativo italiano n.º 231/2001 de 8 de Julho.

³⁰⁴ É o caso de autores como Manuel CORTES ROSA (*O Problema da Aplicabilidade de Multas às Pessoas Colectivas por Violação de Deveres Fiscais*, in: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra 1999, p. 48); Marcello CAETANO (*Lições de Direito Penal*, 1936-1937, p. 297, *apud* Jorge REIS BRAVO, *Op. cit.*, p. 41); BELEZA DOS SANTOS (*apud* Jorge REIS BRAVO, *Op. cit.*, p. 42) e João de CASTRO E SOUSA, *As Pessoas Colectivas em Face do Direito Criminal...*, *cit.*, pp. 117-118., para quem a aplicação de sanções penais às pessoas colectivas é uma solução iníqua, pois faz sofrer, de igual modo, culpados e inocentes; Também Cláudia Cruz SANTOS (*O Crime de Colarinho Branco...*, *cit.*, p. 119) chama a atenção para as possíveis consequências indesejáveis para terceiros das penas pecuniárias, muito embora considere tais inconvenientes ultrapassáveis mediante “uma adequada ponderação, em sede de determinação do quantitativo diário da multa, da situação económica do agente, de modo a garantir uma condenação (...) que não impeça o funcionamento da dita unidade empresarial.”

comissões especiais a quem, porque desprovidas de personalidade jurídica, é mais difícil imputar directamente os efeitos da sanção penal bem como justificar o seu merecimento, por lhe faltar a dimensão subjectiva que a pena supõe³⁰⁵.

No entanto, mesmo nos casos em que podemos divisar efeitos colaterais na punição directa de entes colectivos, designadamente, nos interesses dos sócios, associados ou cooperantes, ainda aqui não vemos óbice significativo. Na verdade, o objectivo dos membros dos entes colectivos, *maxime*, os sócios e accionistas das sociedades comerciais, caracteriza-se pela prossecução de ganhos económicos. Logo, não seria difícil compensá-los à custa do património colectivo quando se mostrassem alheios à actividade criminosa do ente colectivo, por exemplo, porque não participaram na tomada de decisão ou porque votaram contra aquela proposta em concreto, dado que o prejuízo que aos membros «*inocentes*» pode advir da aplicação de uma pena (mesmo a de dissolução) ao ente colectivo não terá outro impacto que não de carácter económico. Admitindo até que o titular da participação tenha um grau de envolvimento emocional com o ente colectivo, porque o fundou, porque o construiu (em sentido económico-financeiro) à custa do seu esforço, também essa perda pode ser reparável em sede, por exemplo, de responsabilidade civil por danos não patrimoniais do ente colectivo para com esse membro, cujo dever compensatório deverá ser satisfeito à custa do seu património. Assim, não concordamos, em definitivo, com CORTES ROSA quando diz não ser aceitável a aplicação indiferenciada de penas a culpados e a inocentes³⁰⁶. Até porque, salvo melhor opinião, quem sofre a pena não são os membros, mas sim o ente colectivo. Os membros podem sofrer reflexamente os efeitos da pena. Se perspectivarmos o impacto de uma pena de dissolução sob o ponto de vista social, é certo que os trabalhadores de uma empresa e mesmo a comunidade local podem ser afectados. Está aqui implícita uma ideia de risco social que, de resto, é uma constante em todas as actividades socioeconómicas. Não está implícita uma ideia de assunção de risco na acepção em que BUSCH e WEBER³⁰⁷ a ela se

³⁰⁵ Daí que seja nosso entendimento que a responsabilidade penal não individual se deva referir apenas às pessoas colectivas, embora esse não seja, em geral, o entendimento do legislador português. É que a responsabilização de entes não personalizados vem associada a uma concepção de responsabilidade penal despida de uma dimensão pessoal (princípio da responsabilidade penal estritamente pessoal e da intransmissibilidade das penas). Pensamos que o assacar de responsabilidade penal exige um centro de imputação ético-jurídico próprio, o que, salvo melhor opinião, só acontece nos entes personalizados, ao menos com personalidade jurídica colectiva. Não cabe no âmbito deste trabalho aprofundar esta temática. Procuraremos fazê-lo numa outra oportunidade.

³⁰⁶ Manuel CORTES ROSA, *O Problema da Aplicabilidade de Multas às Pessoas Colectivas...*, cit., p. 48.

³⁰⁷ *Apud* João de CASTRO SOUSA, *Op. cit.*, p. 120. Estes autores defendem que os indivíduos podem (e devem) suportar indirectamente as consequências das penas aplicadas ao ente colectivo porque, aos criarem a pessoa colectiva ou ao associarem-se em torno de um fim comum admitido por lei, assumem o risco de a «*vontade colectiva*» dar origem à prática de infracções, ou seja, cada membro participa, com a sua entrada para a

referiram, mas sim o risco normal dos acontecimentos, a imprevisibilidade do futuro. Trata-se de um risco similar àquele que o titular da participação social corre de perder a sua quota parte no capital ou até mesmo o seu património pessoal por falência da pessoa colectiva.

colectividade, na criação de uma situação perigosa. Ora, quem beneficia dos riscos, deve suportar as consequências nefastas da sua efectiva concretização numa violação de bens jurídicos com dignidade penal.

CONCLUSÃO

O paradigma penal até agora vigente nas sociedades democráticas hodiernas, radicado na doutrina jurídico-política do individualismo liberal e em uma mundividência antropocêntrica e humanista, materializa-se na proeminência da política criminal no seio da ciência conjunta do direito penal, na função primacialmente preventiva das sanções penais e na atribuição ao direito penal de uma tutela subsidiária dos bens jurídicos individuais³⁰⁸.

No entanto, a transformação radical da sociedade pós-industrial em que vivemos numa «sociedade do risco», aliada às problemáticas conexas da pós-modernidade e da globalização, ditou uma *fuga para o direito penal*, reflexo da necessidade de protecção sentida pela sociedade contra riscos incalculáveis e incontrolláveis. Aos «riscos globais» contrapõe a sociedade o valor máximo da segurança. Instala-se a tendência para o abandono do critério do dano (ou do perigo concreto de lesão) como centelha desencadeadora da reacção penal, substituindo-o pelo paradigma do risco como critério determinante da intervenção preventiva do direito penal. O que está, agora, em causa, não é prevenir nem reprimir a causação de danos futuros através de uma actuação retrospectiva da norma penal (prevenção negativa geral e especial), mas sim garantir a máxima segurança, minimizando ou neutralizando os factores de risco. Desta forma, a nova política criminal para a «sociedade do risco» é orientada para a supressão do espaço de acção de certos indivíduos ou grupos de pessoas cujo perfil se ajusta à descrição do indivíduo perigoso. Concomitantemente, como avisa PRITTWITZ, surgirá uma dogmática para a «sociedade do risco», marcado pela flexibilização das categorias dogmáticas tradicionais, como a imputação objectiva e subjectiva.

Do direito penal se espera uma resposta. Mas, em que moldes? Terá essa resposta de passar, como diz OST³⁰⁹, por movimentos de *sobre-penalização* e de *deslize securitário* que se reforçam para fazer da norma penal e da justiça repressiva o último bastião de uma sociedade carente de referências? Implicará necessariamente uma flexibilização da dogmática preordenada à prossecução de objectivos de gestão e condução social, abandonando a sua vertente garantística que LISZT apelidou de “barreira intransponível da política criminal”? Com REIS BRAVO³¹⁰, questionamos se a resposta do direito penal implicará uma antecipação da tutela penal através da formulação de bens jurídicos vagos não radicados num substrato ontológico individual, na criação de leis penais simbólicas (funcionalizando-se

³⁰⁸ Cfr. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral*, Tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p.127.

³⁰⁹ François OST, *Les Temps du Droit*, p. 295 e ss., *apud* Augusto SILVA DIAS, *Op. cit.*, p. 21.

³¹⁰ Jorge dos REIS BRAVO, *Critérios de Imputação Jurídico-Penal de Entes Colectivos*, in: *RPCC*, ano XIII, n.º2, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 214 e ss.

assim as normas penais e aumentando, porventura, as chamadas «cifras negras»), instituindo certas concepções dos fins das penas predominantemente orientadas para a prevenção geral positiva, *i.e.*, votadas à afirmação única e exclusiva da vigência do sistema? Ou, ao invés, deverá o direito penal conservar a sua matriz liberal?

Perante esta dialéctica, impõe-se redefinir o sistema penal. Para REIS BRAVO “a opção terá de fazer-se entre as teses da chamada *Escola de Frankfurt*, para a qual o direito penal não deve extrapolar do seu âmbito clássico de tutela, mantendo-se num nível de intervenção mínimo na defesa dos bens jurídicos individuais, e uma posição doutrinal que admite a funcionalização do direito penal pelas exigências de prevenção dos «mega-riscos», antecipando a tutela penal a estados ainda muito distantes da efectiva lesão dos interesses socialmente relevantes.”³¹¹ Outras propostas tentam estabelecer o compromisso entre a conservação do direito penal de raiz iluminista e a funcionalização intensificada da tutela penal. Ainda segundo o mesmo autor, referindo-se às teses de HASSEMER e de SILVA-SÁNCHEZ, “uma corrente intermédia, preconiza a adopção de uma política criminal e de uma dogmática jurídico penal *dualistas*, com um *centro*, onde manteriam validade todos os princípios dogmáticos clássicos do direito penal (para a protecção subsidiária dos bens jurídicos individuais) e de uma *periferia*, vocacionada para a protecção dos «riscos globais», na qual aqueles princípios se encontram amortecidos, permitindo a introdução de outros, designados por flexibilização controlada dos grandes princípios garantísticos do direito penal, direccionados para a protecção antecipada de interesses colectivos ou difusos, de «*menor intensidade garantística*», devendo, relativamente aos comportamentos a que sejam cominadas penas privativas da liberdade, valer irrestritamente os princípios da dogmática penal clássica (...)”³¹².

Estamos com FIGUEIREDO DIAS³¹³ quando defende que a adequação do direito penal à «sociedade do risco» implica uma nova política criminal, propulsora de valores orientadores da acção humana na vida comunitária, e uma nova visão da dogmática jurídico-penal disposta a abandonar e substituir princípios até aqui tão essenciais, como o da individualização da responsabilidade penal, e a considerar, sob uma outra luz, questões como as da causalidade, da imputação objectiva, da culpa, etc. Mais do que isso, reclama uma superação da razão técnico-instrumental própria da sociedade industrial, o que envolve, segundo ANSELMO BORGES³¹⁴, pôr fim à «cegueira ontológica» em que radica a tentativa

³¹¹ Jorge dos REIS BRAVO, *Op. cit.*, p. 121.

³¹² *Idem*, *ibidem*, p. 122.

³¹³ Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Op. cit.*, p. 128.

³¹⁴ Anselmo BORGES, *O crime económico na perspectiva filosófico-teológica*, in: *RPCC*, 10, 2000, p. 7.

de substituir o *transcendental ontológico* pelo *transcendental gnosiológico*, como meio de domínio do mundo pela tecnociência, e também o reconhecimento da impossibilidade da cisão total entre sujeito e objecto. FIGUEIREDO DIAS³¹⁵ fala mesmo no estabelecimento de um «novo contrato social» como forma de consenso alargado sobre o sistema de valores individuais e colectivos, perante os grandes riscos ecológicos, técnicos e sociais.

Não julgamos, porém, que isto tenha de significar o abandono total do paradigma jurídico-penal iluminista, e muito menos que haja de propalar-se um *direito penal do perigo*, marcado pelo recurso à tipificação de crimes de perigo abstracto e pela proliferação de *delicta mere prohibita*. Não defendemos um modelo baseado na antecipação da protecção penal a esferas anteriores ao dano e ao próprio perigo concreto, ou seja, um *direito penal do comportamento*.

Defendemos um direito penal (ainda e sempre) do facto e da protecção dos bens jurídicos, ainda que colectivos ou *supra-individuais*, temperado na sua intervenção pelo ideário da subsidiariedade e mínima intervenção. No mesmo sentido aponta SILVA DIAS³¹⁶ quando conclui pela importância do conceito de bem jurídico ao nível político-criminal (constituindo ainda tal noção a base de um programa político criminal) rejeitando, assim, a tese de um novo *direito penal do risco* conduzir à “liquefacção do bem jurídico e à sua substituição por uma *tutela de perigos indeterminados*.”³¹⁷ BARJA DE QUIROGA³¹⁸ alerta para o facto de que o traço essencial do direito penal do futuro terá de ser a sua capacidade de manter uma *situação de equilíbrio* na utilização das técnicas de resposta aos novos riscos, fazendo um balanceamento constante entre a necessária antecipação da tutela penal e uma função securitária. Paulo S. FERNANDES³¹⁹ relembra a necessidade da manutenção dos princípios da intervenção mínima, da subsidiariedade e da matriz garantística do direito penal de raiz iluminista e liberal como coordenadas essenciais para a construção de um novo direito penal, ao invés da opção por um direito penal “máximo (...) onnipresente e híbrido”.

Não obstante a manutenção da função material do direito penal, pensamos que, perante a ameaça característica dos novos riscos, é necessário o reconhecimento da dignidade penal dos bens jurídicos colectivos, aqueles bens jurídicos que não têm necessariamente um

³¹⁵ Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Op. cit.*, p. 130.

³¹⁶ Augusto SILVA DIAS, *Op. cit.*, p. 30.

³¹⁷ Vide, com interesse, Mirentxu CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. Vide, tb., Fernando TORRÃO, *Os novos campos de aplicação do direito penal e o paradigma da mínima intervenção (perspectiva multidisciplinar)*, in: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

³¹⁸ BARJA DE QUIROGA, *El Moderno Derecho Penal para una Sociedad de Riesgos*, p. 306, apud Paulo S. FERNANDES, *Op. cit.*, p. 100.

³¹⁹ Paulo S. FERNANDES, *Op. cit.*, p. 100.

“referente pessoal”, mas cuja característica essencial é, embora não sendo titulados por ninguém, poderem ser usufruídos por todos e qualquer um, sem que ninguém seja excluído. A protecção destes bens jurídicos recorrerá, fatalmente, aos chamados delitos de acumulação, pois as acções individuais são, quando em si mesmas consideradas, desprovidas de um desvalor exposto no dano ou no perigo efectivo causado ao bem jurídico, por clara inidoneidade ofensiva. Daí que, de acordo com as conclusões tiradas *supra*, acreditemos ser inevitável que, no âmbito de um direito penal de combate aos novos riscos, que ameaçam mormente os bens jurídicos colectivos, se lance mão destes tipos incriminadores, ainda que, na sua maioria, eles incorporem uma imputação objectiva de um perigo abstracto³²⁰. Embora este expediente signifique, de alguma forma, uma antecipação da tutela penal para domínios anteriores ao dano (actuação prospectiva) pensamos ser esta a mudança de atitude necessária em face das exigências político-criminais impostas pela «sociedade do risco». Como aponta FIGUEIREDO DIAS: “ainda aqui, a punição imediata de certas espécies de comportamentos é feita em nome da tutela de bens jurídicos colectivos e só nesta medida se encontra legitimada.”³²¹ Temos para nós que a dogmática penal tradicional, ainda que com alguns ajustes de pormenor, continuará a assegurar a adequada e suficiente protecção dos interesses e valores essenciais para cada sociedade sem romper com os direitos, liberdades e garantias estabelecidos pelo Estado de Direito democrático e sem fraccionar o direito penal.

Tudo o que vem sendo dito não representa, necessariamente, uma postura conservadora estática³²², perante os desafios seríssimos que os novos tempos colocam à dogmática penal, nem significa que não tenham de ser encontradas novas soluções e novas figuras dogmático-penais capazes de responder aos novos desafios que se colocam ao direito penal. Quer apenas dizer que qualquer inovação neste domínio não deve ser feita em prejuízo dos conceitos dogmáticos sedimentados, descaracterizando-os, e deve manter-se dentro daquilo a que SILVA DIAS chama de “*quadro matricial da intervenção penal*”, constituído pelos princípios da legalidade, subsidiariedade, proporcionalidade, da exclusiva protecção de bens jurídicos, da culpa, do facto^{323, 324}, etc. Nas palavras do autor: “este quadro matricial não é estático e

³²⁰ No mesmo sentido, cfr. Paulo S. FERNANDES, *Globalização, Sociedade de Risco e o Futuro do Direito Penal...*, cit., p. 89.

³²¹ Cfr. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal – Parte Geral...*, cit., p. 143.

³²² Connosco, Augusto SILVA DIAS, *Op. cit.*, p. 35.

³²³ Aliás, já Jesús María SILVA-SÁNCHEZ (*Op. cit.*, p. 113), embora proponha uma solução «dualista», enveredando pela solução das “*duas velocidades*”, reconhece que “*es en este punto en el que la concepción de un Derecho penal funcional ha de hacerse compatible con una vocación lo más restrictiva posible de la intervención punitiva*”.

³²⁴ Recordando as palavras de MUÑOZ CONDE: “A mim preocupa-me que, mesmo para um sector da criminalidade, se possa renunciar aos princípios do garantismo.” Cfr. Francisco MUÑOZ CONDE, *El nuevo*

intemporal mas, como produto da modernidade, forma também um projecto inacabado, cujas energias estão longe de ser esgotadas”.^{325, 326}

No nosso entender, o dinamismo do quadro matricial da intervenção penal deve demonstrar-se, agora, adaptando-se à nova realidade nos limites expostos. No que concerne às pessoas colectivos e ao seu enquadramento, pensamos que, sem que se perca de vista a função do bem jurídico, a sua responsabilidade penal há-de fundar-se na criação de risco incalculável e incontrolável de lesão ou perigo de lesão, sem que isso signifique uma antecipação insuportável da tutela penal, já que, sendo incontrolável e imprevisível nas suas consequências, a lesão está tão iminente como se de um perigo concreto se tratasse. Neste sentido, a função preventiva perderia relevo em favor de uma função social-protectora, pois a efectiva reacção penal se deve mais à perigosidade do ente colectivo enquanto instrumento deficitário potenciador de riscos, do que à censura que recai sobre o infractor consciente que urge ressocializar.

É que aqui que os *grandes e novos riscos* se entrecruzam na contemporaneidade. A prossecução de interesses económicos comuns pela associação do trabalho e do capital constitui um factor histórico do desenvolvimento das sociedades humanas. Neste contexto, a pessoa colectiva, enquanto criação jurídica, tem sido um dos instrumentos mais utilizados para atingir os objectivos que apenas uma conjugação de vontades é susceptível de alcançar. Esse fenómeno associativo adquiriu, na sociedade industrial, o seu grande apogeu. No entanto, a sua relevância socioeconómica assume hoje outros contornos. Para os compreendermos, não podemos alhear-nos da realidade que caracteriza as sociedades modernas, marcadas pela lógica da globalização e da “integração supranacional”³²⁷. A liberalização do comércio mundial, a ampliação dos espaços de actuação no mercado, a globalização como *leit motiv* de tudo quanto se passa hoje, tem alterado de forma substancial as “formas tradicionais de intercâmbio internacional, informacional, comercial e económico, o

Derecho penal autoritario, in: *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, AA. VV., Tirant lo Blanch Valencia, 2004.

³²⁵ Augusto SILVA DIAS, *Op. cit.*, p. 36.

³²⁶ Dizem-nos Winfried HASSEMER e Francisco MUÑOZ CONDE (*Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1989, p. 387): “*Los principios elementales del Estado de Derecho, de legalidad, de intervención mínima y proporcionalidad, represunción de inocencia, control jurisdiccional etc., deben ser siempre tenidos en cuenta, igual que el respeto a los derechos humanos, también a los derechos del delincuente, porque esto es, por encima de todo, por encima de cualquier eficacia coyuntural de medidas extralegales, lo único que puede asegurar la continuidad de un modelo de convivencia democrático ordenado jurídicamente*”.

³²⁷ Jesús María SILVA-SANCHEZ, *Op. cit.*, pp. 63 e ss.

que justifica novas (mas sempre desactualizáveis) perspectivas de abordagem sobre alguns temas relativos às formas de criminalidade a eles associadas.”³²⁸

Os *novos e grandes riscos* que ameaçam a sociedade pós-industrial, e que ameaçarão de modo exponencial as sociedades futuras, pertencem ao domínio da tecnociência e são a consequência da disputa pelo domínio dessa técnica e dos seus proventos pelos grandes grupos económicos, industriais e financeiros. A multiplicação da criminalidade organizada em redes altamente densificadas, que percorrem todos os sectores da sociedade, e a criação de pessoas colectivas com o único intuito de praticar crimes ou facilitar a sua execução são vectores essenciais da criminalidade da «sociedade do risco», onde os impactos desse risco, assim criado, são, muitas vezes, imprevisíveis e incalculáveis.

Desde a década de sessenta do séc. XX que a doutrina, no âmbito do chamado *white-collar crime*, tem vindo a chamar a atenção para o papel criminógeno que os entes colectivos podem assumir,³²⁹ devido às características próprias da sua organização e às subculturas que dentro dela se desenvolvem. Em meados da década de oitenta, CASTRO E SOUSA³³⁰ refere uma “criminalidade das pessoas colectivas em sentido sociológico”, que seria a expressão de uma potencialidade criminógena da pessoa colectiva enquanto estrutura, pois essa criminalidade seria formada pelo conjunto das infracções individuais cometidas por pessoas singulares, com o auxílio do poderio dos meios ao dispor da pessoa colectiva (instrumentalizando-a). Nas palavras de CASTRO E SOUSA: “(...) podemos definir a criminalidade das pessoas colectivas (em sentido sociológico) como a soma de todas as infracções individuais praticadas no interesse e no domínio da actividade de tais entes, desde que tais infracções sejam cometidas com o auxílio do poderio das pessoas colectivas por pessoas que a elas se encontrem ligadas por uma relação de carácter permanente.”

Na verdade, a constituição e o funcionamento dos entes colectivos facilitam o desabrochar de actividades ilícitas que, em face da diluição das responsabilidades, são mais dificilmente controláveis. A estrutura que lhes é própria facilita a execução de decisões com vasto impacto socioeconómico, financiadas pelo grande capital, apoiadas em poderosos *lobbies* com influência económico-financeira, política e, inclusive, judicial. A capacidade de pressão e de domínio sobre os mais importantes sectores da sociedade faz com que os entes colectivos, *maxime*, as grandes multinacionais, possam encerrar focos de criminalidade cuja

³²⁸ Jorge dos REIS BRAVO, *Direito Penal de Entes Colectivos – Ensaio sobre a Punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 55.

³²⁹ Para uma abordagem do tema: Cláudia Cruz SANTOS, *O Crime de Colarinho Branco*, *Studia Iuridica*, 56, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 281 e ss.

³³⁰ João de CASTRO E SOUSA, *As Pessoas Colectivas em face do Direito Criminal e do chamado “Direito de Mera Ordenação Social”*, Coimbra Editora, Coimbra, 1985 pp. 86 e ss.

visibilidade social é fortemente atenuada por mecanismos sociais, económicos, jurídicos (e até políticos) de neutralização. Tal como apontou SUTHERLAND, o *corporate crime*, manifestação da delinquência dos próprios entes colectivos, tem origem numa organização social diferencial que potencia o aparecimento de tais fenómenos. Sendo o *corporate crime* uma criminalidade de colarinho branco, não só é mais tolerada, como pode enraizar-se devido à actuação branqueadora de mecanismos de neutralização. E, de entre estes, o mais eficaz para os interesses dos entes colectivos que perseguem o *profit* a qualquer custo decorre do facto de que o próprio crime se ter tornado global e, deste modo, se ter transformado num subsistema económico à escala planetária. Os entes colectivos são movidos, então, por uma lógica muito própria de actuação em que nos atreveríamos a ver uma *nova subcultura delinquente*, orientada por princípios utilitaristas baseados no rácio custo-benefício, tendo como fim último o lucro. O que dificulta a compreensão da dimensão da criminalidade dos entes colectivos é que ela deixou de ser apenas a criminalidade dos titulares dos seus órgãos para se tornar numa criminalidade da própria organização, para além, portanto, da mera lógica dos interesses pessoais de quem a representa e que, aproveitando as suas estruturas difusas, comete o ilícito.

É, assim, no contexto da criminalidade própria da moderna «sociedade do risco» que os entes colectivos se afirmam com agentes privilegiados do crime, actuando à escala global, fazendo estender os meios, os actos de execução e os resultados das suas actividades atentatórias de bens jurídicos individuais e colectivos a todo o mundo. Mário FERREIRA MONTE³³¹ diz mesmo que hoje se trava uma “batalha da globalização” onde os intervenientes são estados e empresas, algumas delas com um PIB (produto interno bruto) superior ao de muitos estados, aludindo, pensamos, ao poderio económico, político e de tráfico de influências ao dispor dessas empresas.

É, precisamente no calor dessa batalha, buscando o progresso económico e tecnológico a todo o custo, que os entes colectivos contribuem para a construção de uma «sociedade do risco», pois propiciam o desenvolvimento de crime em rede ou «*macro-crime*», fundante de um novo fenómeno que ousamos chamar de *intercultura delinquente*.

Destarte, como novos agentes do crime, os entes colectivos provocam também uma necessária mudança de perspectiva e enquadramento por parte das instâncias formais de controlo, mudança essa que reclama novas concepções jurídico-materiais capazes de melhor enquadrar as especificidades da pessoa jurídica como sujeito alvo de uma reacção jurídico-

³³¹ Mário FERREIRA MONTE, *O Futuro tem Direito Penal? O Direito Penal tem futuro? Aparentamento introdutório à obra de Paulo S. FERNANDES, Globalização, Sociedade de Risco e o Futuro do Direito Penal*, Almedina, Coimbra, 2001.

penal, posto que o seu enquadramento por um (qualquer) sistema sancionatório é uma necessidade imperiosa³³².

“Novo crime, novo Direito”³³³. A questão está, pois, em saber se esse direito deverá ser, justamente, o direito penal. À questão formulada respondemos de forma afirmativa, pois entendemos que é ao direito penal que cabe, mesmo no contexto da pós-modernidade, proteger as fundações essenciais da sociedade humana, fundada em pilares humanistas herdados do iluminismo setecentista. Como tal, deve adaptar-se à nova criminogénese sem abandonar os seus padrões garantísticos.

Esse esforço de adaptação poderá exigir um repensar de algumas categorias dogmáticas, pois, como vimos, a criminalidade que se desenvolve através e no seio dos entes colectivos é, do ponto de vista estrutural, uma criminalidade organizada. A complexidade hierárquica que marca a organização interna de muitos dos grandes grupos económicos e industriais que dominam a economia mundial provoca uma dissociação inultrapassável entre execução material e responsabilidade pelos resultados, fazendo com que a imputação objectiva dos resultados seja feita à conduta do funcionário que directamente executou a acção no cumprimento de ordens superiores, chamando-se-lhe, em tantos e tantos casos, erro humano, como é costume acontecer com as grandes catástrofes ambientais de origem humana.

Por outro lado, esta crescente estratificação e complexificação dos níveis de decisão dentro dos operadores, faz com que, adoptando um modelo de responsabilidade individual, se aumentem os números das chamadas «*cifras negras*» que tanto têm atormentado no direito penal secundário.

É certo que múltiplas interrogações se colocam diante da afirmação da necessidade político-criminal de desenvolver o combate contra o grande crime organizado, contra a «*macro criminalidade*» das sociedades pós-industriais. No entanto, esta é uma questão onde a política-criminal, como ponte entre a criminologia e a dogmática penal, não pode ceder perante os escolhos teórico-práticos³³⁴. Perante os sérios desafios que hoje saem ao caminho do direito penal enquanto ordenamento jurídico chamado a defender a sociedade de novos e

³³² Paulo de SOUSA MENDES advoga que o enquadramento penal não é a melhor solução, afirmando que “é muito possível que a aplicação dessas sanções fosse compatível com um direito administrativo sancionatório, que é menos garantista e seria mais eficaz”. Cfr. Paulo de SOUSA MENDES (A *Responsabilidade de Pessoas Colectivas no Âmbito da Criminalidade Informática em Portugal*, in: AA.VV., *Direito da Sociedade da Informação*, vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2003).

³³³ Jean de MAILLARD, *Op. cit.*, p. 120.

³³⁴ Ultrapassada fica, assim, interrogação de que dá conta Jorge dos REIS BRAVO (*Direito Penal dos Entes Colectivos...*, *cit.*, p. 52) sobre se “uma tal opção consiste num dado materialmente fundamentado em certo sistema valorativo ou axiológico (...) ou se, pelo contrário, se trata de mera opção pragmática, derivada da emergência utilitária de lançar mão de um instrumento político-criminal mais ou menos adequado a alcançar certos desideratos.”

grandes riscos, protagonizados, na sua maioria, por entes colectivos, é opinião de largo sector da doutrina que não devemos perder tempo confrontando argumentos político-criminais de eficácia preventiva com impossibilidades de ordem dogmática. Hoje em dia, é comumente aceite que as soluções dogmáticas passam pela integração de imperativos de ordem político-criminal.

Estamos convictos de que, definindo-se uma responsabilidade penal dos entes colectivos que, ao serviço de verdadeiras exigências político-criminais, seja norteadada pelos princípios da protecção de bens jurídicos (individuais e colectivos), da intervenção em *ultima ratio* (o direito penal não poderá nunca ser uma forma de governo social) e verdadeiramente adaptada à específica forma de agir dos entes colectivos, podem ser afastados os receios da doutrina mais renitente. Não concordamos, em absoluto, com SARAGOÇA DA MATTA quando afirma consistir a responsabilização penal dos entes colectivos em uma “dogmática penal paralela, que continue a ser penal quanto aos efeitos, mas que perca os atributos da justiça penal clássica”³³⁵. Não é, pois, esse modelo que propugnamos. Aceitamos, naturalmente, as dificuldades que se levantam na tentativa de conciliar a necessidade da responsabilização penal de entes não individuais com um sistema penal construindo em torno de uma concepção onto-antropológica do agir. No entanto, pensamos que ficaram suficientemente demonstradas as insuficiências de um modelo de responsabilidade penal antropológicamente fundado quando posto à prova pelas novas formas de criminalidade organizada, empresarial e transnacional, na qual os entes colectivos desempenham um papel destacado como agentes de crime, pelo que não é demasiado concluir que a definição e consolidação de uma estrutura dogmática para a responsabilização penal das pessoas colectivas constitui um dos maiores desafios para que o direito penal possa afirmar o seu papel como garante dos valores e interesses fundamentais no contexto da «sociedade do risco». Tal como Mário FERREIRA MONTE, colocamos a questão: “O futuro tem direito penal? O direito penal tem futuro?”³³⁶. Estamos convictos de que sim e sempre dentro da matriz racional-humanista que lhe deu forma, muito embora o direito penal do futuro tenha como destinatário privilegiado das suas normas, entes não individuais e deva eleger como missão a protecção de *macro-interesses* elevados à dignidade penal como bens jurídicos colectivos.

³³⁵ Paulo Saragoça da MATTA, *Op. cit.*, p. 132.

³³⁶ Mário FERREIRA MONTE, *O Futuro tem Direito Penal? O Direito Penal tem futuro? Aparentamento introdutório à obra de Paulo S. FERNANDES, Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal*, Almedina, Coimbra, 2001.

BIBLIOGRAFIA

- ALBERGARIA, Pedro Soares de. *A posição de garante dos dirigentes no âmbito da criminalidade da empresa*, in: RPCC, ano 9, fasc. 4.º, Outubro – Dezembro de 1999.
- ALBRECHT, Peter Alexis. *El Derecho Penal en la intervención de la política populista*, in: *La Insostenible Situación del Derecho Penal*, Comares, Granada, 2000.
- ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de. *Comentário ao Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 2.º ed., UCP Editora, 2011.
- _____. *A Responsabilidade Criminal das Pessoas Colectivas e Equiparadas*, in: ROA, Ano 66, n.º 2, Setembro de 2006.
- _____. *Introdução à Actual Discussão Sobre o Problema da Culpa em Direito Penal*, Almedina, Coimbra, 1994.
- ALMEIDA, Luís Duarte de. *Direito Penal e Direito Comunitário*, Almedina, Coimbra, 2001.
- ANDRADE, Manuel de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I, reimpressão, Almedina, Coimbra, (1974) 1997.
- ANDRADE, Manuel da Costa. *A Dignidade Penal e a Carência da Tutela Penal como Referência de uma Doutrina Teleológico-Racional do Crime*, in: RPCC, ano 2, fasc. 2.º, 1992.
- _____. *A Vítima e o Problema Criminal*, Separata do vol. XXI do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: FDUC, 1980.
- ANDRADE, Manuel da Costa/COSTA, José de Faria. *Sobre a Concepção e os Princípios do Direito Penal Económico*, in: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. 1 – Problemas Gerais, IDPEE, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.
- ANTUNES, Maria João. *A Responsabilidade Criminal das Pessoas Colectivas entre o Direito Penal Tradicional e o Novo Direito Penal*, in: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. III, IDPEE, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

- ARROYO ZAPATERO, Luiz / NEUMANN, Ulfrid / NETO, Adam M. *Crítica y Justificación del derecho penal en el cambio de siglo*. In: *Análisis crítica de la Escuela de Frankfurt*. Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, Cuenca, 2003.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil - Teoria Geral*, I, 2.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2000.
- ASSUNÇÃO, Maria Leonor. *Do lugar onde o sol se levanta, um olhar sobre a criminalidade organizada*, in: *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Curso de Derecho Penal Económico*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- BACIGALUPO SAGESSE, Silvina. *Autoría y participación en los delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*. Madrid, Marcial Pons, 2007.
- _____ *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Barcelona, Bosch, 1998.
- _____ *La crisis de la filosofía del sujeto individual y el problema del sujeto del derecho penal*, in: *Cuadernos de Política Criminal*, n.º67, Madrid, 1999.
- BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Derecho penal económico*, Madrid, Ed. Ceura, 2001.
- _____ *Hacia un nuevo Derecho Penal: el de las personas jurídicas*, in: PRADA, J. L. Iglesias (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, IV, Madrid, 1996,
- BAJO FERNANDEZ / PEREZ MANZANO / SUAREZ GONZALEZ. *Manual de Derecho Penal - Parte Especial, Delitos patrimoniales y económicos*, 2.^a Ed. 1993.
- BAKAN, Joel. *A Corporação - A Busca Patológica por Lucro e Poder*, São Paulo, Novo Conceito, 2008.
- BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo. *Responsabilidade Penal, Económica e Fiscal dos Entes Colectivos – À Volta das Sociedades Comerciais e Sociedades Cívis sob a Forma Comercial*, Coimbra, Almedina, 2004.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica y Crítica del Derecho Penal - Introducción a la Sociología Jurídico-Penal*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2004.

_____. *Funciones instrumentales y simbólicas del derecho penal: una discusión en la perspectiva de la criminología crítica*, in: *Pena y Estado*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Cono Sur, 1995.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo. Hacia una Nueva Modernidad*,. Barcelona, Paidós, 1998.

BELEZA, José Manuel Merêa Pizarro. *Notas sobre o direito penal especial das sociedades comerciais*, in: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

BELEZA, Teresa Pizarro. *Direito Penal*, Vol. II, AAFDL, Lisboa, 1985.

BELEZA DOS SANTOS. *Ensaio sobre a introdução ao direito criminal*, Atlântida, Coimbra, 1968.

BLASCO, Bernardo del Rosal. *Hacia un Derecho Penal de la Postmodernidad?*, in: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2009, n.º 11-08, [consultado em 23/12/2015], disponível em: <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-08.pdf>.

BORGES, Anselmo. *O Crime Económico na Perspectiva Filosófico-Teológica*, in: RPCC n.º 10, 2000.

BRAITHWAITE, John. «*White-collar Crime*» in: *White-Collar Crime – Classic and Contemporary Views*, Eds. Geis/Meier/Salinger, The Free Press, New York, 1995.

BRANDÃO, Nuno. *O Regime Sancionatório das Pessoas Colectivas na Revisão do Código Penal*, in: RCEJ n.º8, 1º semestre, 2008, pp. 41-54.

BRANDARIZ GARCÍA, José. *Política Criminal de la Exclusión*, Comares, Granada, 2007.

BRAVO, Jorge dos Reis. *Direito Penal dos Entes Colectivos – Ensaio Sobre a Punibilidade de Pessoas Colectivas e Entidades Equiparadas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

- _____. *Crítérios de Imputação Jurídico-Penal do Entes Colectivos – Elementos para uma Dogmática Alternativa para uma Responsabilidade Penal dos Entes Colectivos*, in: RPCC, ano 13, Fasc. 2.º, 2003.
- BRITO, Teresa Quintela, de. *A Responsabilidade Criminal de Entes Colectivos – Algumas questões em torno da interpretação do art. 11.º do Código Penal*, in: RPCC, ano 20, Janeiro-Março de 2010.
- BUERGO, Blanca Mendoza. *El derecho penal em la sociedade del riesgo*, Civitas, Madrid, 2001.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan. *Perspectiva actuales del Derecho Penal Económico*, in: *Política Criminal y Reforma Penal, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal*, Madrid, 1993.
- CAEIRO, Pedro. *Legalidade e Oportunidade: a Perseguição Penal entre o Mito da “Justiça Absoluta” e o Fetiche da “Gestão Eficiente” do Sistema*, in: RMP n.º 84, 2000.
- CÂMARA, Guilherme Costa. *O Direito Penal do Ambiente e a Tutela das Gerações Futuras: Contributo ao Debate Sobre o Delito Cumulativo*, tese de doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.
- CANAS, Vitalino. *O Crime de Branqueamento: Regime de Prevenção e de Repressão*, Coimbra, Almedina, 2004.
- CARDOZO POZO, Rodrigo. *Bases de La Política Criminal e Protección Penal de la Seguridad Vial*, Universidad de Salamanca, 2009, 509 f., tese de doutoramento.
- CARVALHO, António Crespo Simões de. *A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas*, Justiça Portuguesa, Ano 4.º, n.º 43, Julho, 1937 a Ano 7.º, n.º 74, Fevereiro, 1940.
- CASTRO E SOUSA, João. *As Pessoas Colectivas em Face do Direito Penal e do Chamado “Direito de Mera Ordenação Social”*, Coimbra Editora, Coimbra, 1985.
- CASTANHEIRA NEVES, António. *O princípio da legalidade criminal – o seu problema jurídico e o seu critério dogmático*, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Eduardo Correia*, Vol. I, Coimbra, 1984.

- CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. O Poder da Identidade*, Vol. II, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2003.
- CAVALEIRO DE FERREIRA, Manuel. *Lições de Direito Penal, Vol. I*, Lisboa, 1992.
- CAVERO, Percy Garcia. *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Bosch, Barcelona, 1999.
- CEBALLOS, Elena Marin de Espinosa. *Criminalidad de Empresa. La Responsabilidad Penal en las Estructuras Jerárquicamente Organizadas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.
- CEPEDA, Ana Isabel Pérez. *Criminalidad de empresa: problemas de autoria y participación*, in: *Revista La Ley Penal*, Barcelona, n.º9, Enero de 2002.
- CORCOY BIDASOLO, M. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*, Tirant lo Blanc, Valencia, 1999.
- CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal I, reprint*, Almedina, Coimbra, 1997.
- _____. *Introdução ao Direito Penal Económico*, in: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I – Problemas Gerais, IDPEE, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.
- CORTES ROSA, Manuel. *O Problema da Aplicabilidade de Multas às Pessoas Colectivas por Violação de Deveres Fiscais*, in: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. II, IDPEE, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.
- COSTA, António Manuel de Almeida e. *Sobre o crime de corrupção. Breve retrospectiva histórica. Corrupção e concussão. Autonomia típica das corrupções “activa” e “passiva”. Análise dogmática destes dois delitos*, BFD, Estudos em homenagem ao Prof. Eduardo Correia, Coimbra, 1984.
- CUESTA, José Luis de la. *Personas jurídicas, consecuencias accesorias y responsabilidad penal*, in: L. Arroyo ZAPATERO; I. Berdugo Gómez de la TORRE, (Dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In Memoriam*, Vol. I, Cuenca, 2001, [consultado em 03/02/2015] disponível em <http://aidpespana.uclm.es/pdf/barbero1/50.pdf>.

- _____. *Una “nueva” línea de intervención penal: el Derecho Penal de las personas jurídicas*, in: A. MESSUTI; J. A. Sampedro ARRUBLA (Coord.), *La Administración de Justicia en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, 2001, [consultado a 03/02/2015] disponível em <http://www.ehu.eus/documents/1736829/2010409/CLC+51+Una+nueva+linea+intervencion+penal.pdf>.
- CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. *Constituição e Crime. Uma perspectiva da Criminalização e Descriminalização*, Universidade Católica Portuguesa Editora, Porto, 1995.
- CUNHA RODRIGUES. *Os Senhores do Crime*, in: RPCC, ano 9.º, Fasc. 1.º, 1999.
- DAVID, Larry; SEINFELD, Jerry. *Guião da série televisiva: Seinfeld – Episódio n.º 112 – “The Postponement”*, 1995.
- D’AVILA, Fábio Roberto. *Ontologismo e ilícito penal. Algumas linhas para uma fundamentação onto-antropológica do direito penal*, in: SCHMIDT, Andrei Zenkner (org.), *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.
- DELMAS-MARTY, Mireilli. *Os Grandes Sistemas de Política Criminal*, Manole, São Paulo, 2004.
- DIAS DUARTE, Jorge Manuel Vaz Monteiro. *Branqueamento de Capitais, O Regime do D. L. 15/93 de 22 de Janeiro e a Normativa Internacional*, Porto, Publicações Universidade Católica, 2002.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José L. *De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: Un Debate Desenfocado*, in: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-01, [consultado em 20-04-2009] disponível em <http://criminnet.ugr.es/recpc/067/recpc07-01.pdf>.
- FARIA COSTA, José de. *A criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um direito penal não securitário*, in: *Direito Penal Económico e Europeu – Textos Doutrinários*, IDPEE, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

- _____ *O Fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico*, in: *Direito Penal Económico e Europeu – Textos Doutrinários*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- _____ *O Fenómeno da Globalização e o Direito Penal Económico*, in: *AA.VV., Estudos em Homenagem ao Dr. Rogério Soares*, Coimbra, 2000.
- _____ *Direito Penal Económico*, Coleção Textos Jurídicos, Quarteto, Coimbra, 2003.
- _____ *A Responsabilidade Jurídico-Penal da Empresa e dos seus Órgãos*, in: *Direito Penal Económico e Europeu - Textos Doutrinários - Vol. I – Problemas Gerais*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.
- _____ *Algumas reflexões sobre o estatuto dogmático do chamado «direito penal informático», agora em Direito penal da comunicação – Alguns escritos*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998.
- _____ *A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social*, in: *Direito Penal Económico e Europeu (textos doutrinários)*, vol. I, Coimbra Editora, 1998).
- _____ *A Caução de Bem Viver. Um Subsídio para o Estudo da Prevenção da Criminal*, Coimbra, 1980.
- FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. *Derecho Penal de la empresa y imputación objetiva*, Reus, Madrid, 2007.
- _____ *Autoria e Participação em Organizações Empresariais Complexas*, trad. de Vânia C. Ramos, IDPCC – FDUL, Lisboa, [consultado em 30/01/2015] disponível em: <http://www.mfd.ulisboa.pt/LinkClick.aspx?fileticket=ApAM47Ugro%3D&tabid=374>.
- _____ *Imputación de Hechos Delictivos en Estructuras Empresariales Complejas*, CIIDPE – Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, [consultado em 30/01/2015] disponível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/FCP_MA_13094.pdf.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal*, Almedina, Coimbra, 2001.

FERREIRA, José Medeiros. *Os acontecimentos do 11 de setembro: que leituras?* In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano 44, n.ºs 1 e 2, 2003.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal*. Tradução de Paolo Capitanio, 2.ª edição, Campinas, Bookseller, 1999.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Penal, Parte Geral – Tomo I*, 2.ª Ed. (reimp.), Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

_____ *O Papel do Direito Penal na Protecção das Gerações Futuras*, in: *Direito Penal Económico e Europeu – Textos Doutrinários*, IDPEE, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

_____ *Direito Penal, Parte Geral – Tomo I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

_____ *O Papel do Direito Penal na Protecção das Gerações Futuras*, BFD, LXXV, 2002.

_____ *O Direito Penal entre a Sociedade Industrial e a Sociedade do Risco*, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, BFDUC n.º61, 2001.

_____ *Sobre a Tutela Jurídico-Penal do Ambiente – um quarto de século depois*, in: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues* (separata), Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

_____ *Temas Básicos da Doutrina Penal; Sobre os Fundamentos da Doutrina Penal; Sobre a Doutrina Geral do Crime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

_____ *Algumas reflexões sobre o Direito Penal e a sociedade de risco*, Conferência proferida no Seminário Internacional de Direito Penal, Universidade Lusíada, Lisboa, Março de 2000.

_____ *Autoria y Participación en el Dominio de la Criminalidad Organizada: El Dominio de la Organización*, in: OLIVE/BORRALLLO (coord.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999.

- _____*Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário*, in: *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, IDPEE, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.
- _____*Oportunidade e Sentido da Revisão do Código Penal Português*, in: *Jornadas de Direito Criminal – Revisão do Código Penal*, Vol. I, CEJ, Lisboa, 1996.
- _____*Liberdade, Culpa e Direito Penal*, 3.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- _____*Direito Penal Português. Parte Geral II: As Consequências jurídicas do Crime*, Aequitas, Lisboa, 1993.
- _____*Sobre o Estado Actual da Doutrina do Crime – 1.^a parte*, in: RPCC, 1, 1991, e 2.^a parte, in: RPCC - Janeiro-Março, s.l., Editorial Notícias, 1992.
- _____*Pressupostos da Punição e Causas que Excluem a Ilícitude e a Culpa*, in: *Jornadas de Direito Penal*, CEJ, Lisboa, 1983.
- _____*Sobre o papel do direito penal na protecção do ambiente*, RDE, ano IV, n° 1 (Janeiro-Junho de 1978).
- _____*Direito Penal*, Ed. Policop. da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1976.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia – O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, 2.^a reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- FRANCO, Alberto Silva. *Globalização e Criminalidade dos Poderosos*, in RPCC, ano 10, fasc. 2º, Abril – Junho de 2000.
- FREELEY, M./SIMON, J. *The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications*, 30, Criminology 449, 470 (1992).
- GANDARA VALLEJO, Beatriz de la. *El sujeto del derecho penal económico y la responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas: derecho vigente y consideraciones de lege ferenda*, in *Curso de Derecho Penal Económico* (coord. Enrique Bacigalupo), Madrid – Barcelona, Marcial Pons, 1998.
- GARRIDO, V. / STANGELAND, P. / REDONDO, S. *Principios de Criminología*, Valencia, 1999.

GIDDENS, Anthony. *O Mundo na Era da Globalização*, Lisboa, Edições Presença, 2000.

GIMBERNAT ORDEIG, José. *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Civitas, 1976.

_____ *¿Tiene Futuro la Dogmatica Juridico-Penal?*, en Problemas actuales de Derecho penal y procesal, Salamanca, 1971.

GODINHO, Inês Fernandes. *Responsabilidade Solidária das Pessoas Colectivas em Direito Penal Económico*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

GÓMEZ-JARA DIÉZ, C. *La responsabilidad penal de la empresa en los EEUU*, Editorial Ramón Areces, Madrid, 2005.

HASSEMER, W. *Perspectivas de uma moderna política criminal*, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, n.º 08, Out. 1994.

_____ *A Segurança Política no Estado de Direito*, Lisboa, AAFDL, 1995.

_____ *A Preservação do Ambiente através do Direito Penal*, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 6º, n.º22, 1998.

_____ *Crisis y características del moderno derecho penal*. In: *Actualidad Penal*, Madrid, n.º 43/22 de 1993.

_____ *Perspectivas de uma política criminal*. Três Temas de Direito Penal, Porto Alegre, FESMP, 1993.

_____ *Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico*, DP, Año 12, 1989.

HASSEMER, W./ MUÑOZ CONDE, F. *La Responsabilidad por el Producto en Derecho penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

_____ *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Valencia, Editorial Tirant Lo Blanch, 1989.

HEFENDEHL, Roland. *Debe ocuparse o direito penal de riscos futuros?*, in: *Anales de Derecho*, n.º 19, Universidad de Murcia, 2001.

HEINE, Günther, *Derecho penal del medio ambiente: Especial referencia al derecho penal alemán*, in: *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 61, Madrid, 1997.

HERZOG, Felix. *Los límites del Derecho Penal para controlar los riesgos sociales*, in: *Poder Judicial*, n.º 32, 1993.

_____ *Alguns riesgos del Derecho Penal de Riesgo*, Revista Penal, n.º4, Ediciones Praxis, Huelva-Salamanca, 1999.

HIRSCH, H. J. *La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1993.

HÖRSTER, Heinrich Ewald. *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1992.

HUXLEY, Aldous. *Admirável Mundo Novo*, Livros do Brasil, Lisboa, 1999.

ISASCA, Frederico. *Responsabilidade Civil e Criminal das Pessoas Colectivas: Conteúdo da Illicitude*, in: Textos da AAFDL, Lisboa, 1988.

JAKOBS, Günter. *La Ciencia Penal ante los Retos del Futuro*, in: Albin ESER / Winfried HASSEMER / Björn BURKHARDT, *La ciencia del Derecho Penal ante el cambio de Milenio*, trad. de Teresa MANZO, Francisco MUÑOZ CONDE (Coord.), Valencia, 2004.

_____ *Qué protege el Derecho Penal, bienes jurídicos o la vigencia de la norma?* (Traducción de Manuel Cancio Meliá), Madrid, Civitas, 2001.

_____ *La normativación del Derecho Penal en el ejemplo de la participación*, in: *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho Penal y en la Criminología*, UNED, Madrid, 2001.

_____ *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación* 2.ª ed., Trad. Joaquín Cuello Contreras e José Luis Serrano González de Murrillo, Marcial Pons Madrid, 1997.

JAKOBS, Günter/CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Inimigo*, Cuadernos Civitas Madrid, 2003.

JESCHECK, Hans Heinrich. *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1981.

KARAM, Maria Lúcia (Org.). *Seminário Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

KEMPF-LEONARD / PETERSON. *Expanding Realms of the New Penology - The Advent of Actuarial Justice for Juveniles*, Punishment & Society, January 2000, vol. 2, n.º 1 66-97.

KUHLEN, Lothar. *Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto*, in: MIR PUIG/LUZON PEÑA (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996.

KUNZ, Karl-Ludwig. *Kriminologie*. Stuttgart-Wien, Paul Haupt, 1994.

LAUFNER, W. *Corporate Bodies and Guilty Minds. The Failure of Corporate Criminal Liability*, Chicago, The University of Chicago Press, 2006.

LEITE, André Lamas. *As Posições de Garantia na Omissão Impura - Em Especial, a Questão da Determinabilidade Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

LOPES ROCHA, Manuel A. *A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas – Novas Perspectivas*, in: *Direito Penal Económico – Ciclo de Estudos*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, 1985.

LORENZ, Edward. *Determinist Nonperiodic Flow*, *Jornal of Atmospheric Sciences*, Vol. 20, 1963, [consultado a 20/01/2015], disponível em http://eaps4.mit.edu/research/Lorenz/Deterministic_63.pdf.

MAILLARD, Jean de. *Crimes e Leis*, Colecção Biblioteca Básica de Ciência e Cultura 24, Ed. Instituto Piaget, Lisboa, 1995.

MACHADO, Miguel Pedrosa. *Direito Penal do Ambiente – Bens Jurídicos Difusos*, Edições Cosmos, Lisboa, 1992.

_____ A propósito da revisão do Decreto-Lei n.º28/84 de 20 de Janeiro (Infracções antieconómicas), in: *Temas de Direito Penal Especial*, Edições Cosmos, Lisboa, 1992.

MATTA, Paulo Saragoça da. *O Art. 12.º do Código Penal e a Responsabilidade dos Quadros das Instituições*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

MEIRELES, Mário Pedro Seixas. *A responsabilidade penal das pessoas colectivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao Código Penal ditada pela Lei n.º 59/2007 de 4 de Setembro: algumas notas*, in: *Julgar*, Maio – Agosto, n.º 5, 2008.

_____. *Pessoas Colectivas e Sanções Criminais: Juízos de Adequação*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Teoria Geral do Direito Civil*, Tomo I, 2007.

MONTE, M.; PALERMO, P.; LOUREIRO, F. N.; FREITAS, P.M. *Série Pensando o Direito*, n.º 18, MACHADO, Marta R. A. (coord.), Escola de Direito da Universidade de S. Paulo, São Paulo, 2009.

MONTE, Mário Ferreira. *Da Protecção Penal do Consumidor*, Coimbra, Almedina, 1996.

_____. *O Futuro tem Direito Penal? O Direito Penal tem Futuro?*, in: Paulo Silva FERNANDES, *Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

_____. *Da autonomização do direito penal face à sua eventual instrumentalização*, in: *Scientia Iuridica*, n.º 300, Tomo LIII, Setembro-Dezembro, 2004, pp. 489-498.

_____. *Responsabilidade e punição criminal das pessoas colectivas: assomo em prol de uma protecção adequada dos consumidores*, in: *Revista Portuguesa de Direito do Consumo*, n.º 3, Julho de 1995.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Ed. (reimpr.) Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

MUÑOZ CONDE, *El nuevo Derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado Derecho penal del enemigo*, in *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, AA. VV., Akal, Madrid, 2005.

_____. *El nuevo Derecho penal autoritario*, in *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, AA. VV., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- _____. *Problemas de autoria y participación en la criminalidad organizada*, in: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos; BORRALLO, Enrique Anarte (Coord.), *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCIA ARAN, Mercedes. *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- NIETO MARTIN, Adan. *¿Americanización o europeización del derecho penal económico?*, Madrid, Revista Penal. Vol. 19. Enero 2007.
- PÉREZ MANZANO, M. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Actualidad Penal, 2, 1995.
- PEREZ, Carlos Martinez-Bujan. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal*, in: RPCC, ano 7, fasc. I (Janeiro-Março) 1997.
- PIRES, Francisco Lucas, *Introdução ao Direito Constitucional Europeu*, Coimbra, Almedina, 1997.
- PRITTWITZ, Cornelius. *Sociedad del riesgo y Derecho penal*. In: ARROYO ZAPATERO, L.; NEUMANN, U.; NIETO MARTÍN, A., *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2003.
- _____. *Derecho penal del enemigo: ¿análisis crítico o programa del Derecho penal?*, in: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. (Coord.). *La política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, 2004.
- _____. *O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências actuais em direito penal e política criminal*, in: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n.º 47, São Paulo, RT, 2004.

- _____ “*El Derecho penal alemán: ¿fragmentario? ¿subsidiario? ¿ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho penal*”, in: *La insostenible situación del Derecho penal*, AA. VV., trad. Maria Teresa Castiñeira Palou, Granada, Comares, 2000.
- PUNCH, Maurice. *Dirty Business: Exploring Corporate Misconduct*, Sage, 1996, p. 39.
- PUREZA, José Manuel. *O Património Comum da Humanidade: Rumo a um Direito Internacional da Solidariedade?*, Ed. Afrontamento, Lisboa, 1998.
- REMÉDIO, Alberto Esteves. *Sobre a Responsabilidade Criminal das Pessoas Colectivas*, in: RMP, n.º53, ano 14, 1994.
- RODRIGUES, Anabela M. *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo II, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.
- _____ *A Globalização do Direito Penal – Da Pirâmide à Rede ou entre a Unificação e a Harmonização*, in: *Direito Penal Económico e Europeu – Textos Doutrinários*, Vol. III, IDPEE, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- _____ *Criminalidade Organizada – Que Política Criminal?* In: *Direito Penal Económico e Europeu – Textos Doutrinários*, Vol. III, IDPEE, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- _____ *Política Criminal – Novos Desafios, Velhos Rumos*, in: *Direito Penal Económico e Europeu – Textos Doutrinários*, Vol. III, IDPEE, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- _____ *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária*, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. *Societas delinquere potest! Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión*, La Ley, 3, Octubre, 1996.
- ROXIN, Claus. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, 3.^a ed., Veja, Lisboa, 2004.
- _____ *Qué puede reprimir penalmente el Estado? Acerca de la Legitimación de las conminaciones penales*, in: *Problemas actuales de Dogmática Penal*, Ara, Lima, 2004.

- _____ *La ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro*, in: *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*, A. ESER; W. HASSEMER; B. BURKHARDT (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- _____ *Política criminal y sistema del derecho penal* (trad. de F. Muñoz Conde), 2.^a ed., reimpr., Hammurabi, Buenos Aires, 2002.
- _____ *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*, 7.^a ed. (1999), (trad. de Joaquín Cuello Contreras/José Luis González de Murillo), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2000.
- _____ *La evolución de la política criminal, el Derecho Penal y el proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- _____ *Derecho Penal – Parte General*, Tomo I, Traducción de LUZÓN-PENÑA; García CONLLEDO; Vicente REMESAL, Civitas, Madrid, 1997.
- _____ *Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal* (trad. de Muñoz Conde), Reus, Madrid, 1981.
- _____ *Culpabilidad y Responsabilidad como Categorías Sistemáticas Juridicopenales*, in: ROXIN, Claus, *Problemas Básicos de Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1976.
- SANTOS, Cláudia Cruz, *O Crime de Colarinho Branco*, *Studia Iuridica* 56, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.
- _____ *O crime ambiental: crime organizacional ou crime organizado*, in: CEDOUA – *Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, Ano III, n.º2, 2002.
- SCHNEIDER, Hans. (*Recientes investigaciones criminológicas sobre la criminalidad organizada*), in: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3, 1993.
- SCHÜNEMANN, Bernd, *Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal después del Milenio*, Madrid, Editorial Tecnos, 2002.
- _____ *El dominio sobre el fundamento del resultado: base lógico-objectiva común para todas las formas de autoria incluyendo el actuar en lugar de outro*, in: JORGE

BARREIRO, A. (coord.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodriguez Mourullo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005.

_____ *Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación*, in: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, Vol. LV, 2002.

_____ *Críticas sobre la situación espiritual de la ciencia juridico-penal alemana*, in: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* n.º 49, s.l., 1996.

_____ *La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea*, in: AA. VV., *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann, Madrid, 1995.

_____ *Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*, in: ADPCP, n.º 41, 1988.

SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Verbo, Lisboa, 2009.

_____ *Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas (...)*, in: RCEJ, n.º8 [Edição Especial], Lisboa, CEJ, 2008.

_____ *Direito Penal Português*, Vol. II, Verbo, Lisboa, 1998.

_____ *Direito Penal Português*, Vol. I, Verbo, Lisboa, 1997.

SILVA, Isabel Marques da. *Responsabilidade Fiscal Penal Cumulativa das Sociedades e dos Seus Administradores e Representantes*, Universidade Católica Ed., Lisboa, 2000.

SILVA, Franklin Leopoldo e. *Conhecimento e razão instrumental*, Psicol., USP, vol. 8, n.º.1, São Paulo, 1997, [consultado a 29/12/2015], disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65641997000100002.

SILVA DIAS, Augusto. *Delicta in se e delicta mere prohibita: uma análise das discontinuidades do ilícito penal moderno à luz da reconstrução de uma distinção clássica*, Lisboa, FDUL, 2003.

- _____. *Protecção Jurídico-Penal dos Interesses dos Consumidores*, ed. policop., 3.^a ed., Coimbra, FDUC - IDPEE, 2001.
- _____. *What if everybody did it?: sobre a «(in)capacidade de ressonância» do Direito Penal à figura da acumulação*, RPCC, ano 13 (2003).
- _____. *Entre «comes e bebes»: debate de algumas questões polémicas no âmbito da protecção jurídico-penal do consumidor (a propósito do acórdão da Relação de Coimbra de 10 de Julho de 1996)*, in: RPCC, ano VIII, 1998, n.º4 e RPCC, ano 9, 1999, n.º1.
- SILVA SANCHÉZ, Jesús María. *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, 2.^a ed. revisada y ampliada, Civitas, Madrid, 2001.
- _____. *La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las Sociedades Postindustriales*, Civitas, Madrid, 1999.
- _____. *Delitos Contra el Medio Ambiente*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- _____. *Responsabilidad penal de las empresas y de sus órganos en Derecho español*, in: SILVA-SÁNCHEZ (ed. española) / SCHÜNEMANN-FIGUEIREDO DIAS (coord.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*. Barcelona 1995.
- _____. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.
- SOUSA, João de Castro. *As pessoas colectivas em face do Direito Criminal e do chamado «Direito de Mera Ordenação Social»*, Coimbra Editora, Coimbra, 1985.
- SOUSA, Susana Aires de. *Os Crimes Fiscais – Análise Dogmática e Reflexão sobre o Discurso Criminalizador*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- SOUSA E BRITO, José de. *A Medida da Pena no Novo Código Penal*, in: *Textos de Direito Penal – Tomo II*, AAFDL, Lisboa, 1983.
- SOUSA MENDES, Paulo. *A Responsabilidade de Pessoas Colectivas no âmbito da Criminalidade Informática em Portugal*, in AA.VV., *Direito da Sociedade da Informação*, vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

- _____. *Responsabilidade criminal das sociedades comerciais*, BFDB, n.º 2, 1993.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Pela Mão de Alice. O Social e o Político na Pós-Modernidade*, Ed. Afrontamento, Porto, 1994.
- SPIELBERG, Steven. *Minority Report* (filme), 20th Century Fox / Dreamworks, 2002.
- STONE, Christopher. *Where the Law Ends: The Social Control of Corporate Behaviour*, Harper and Row, Nova Iorque, 1975.
- TEIXEIRA, Carlos Adérito. *A pessoa colectiva como sujeito processual – ou a «descontinuidade» processual da responsabilidade penal*, in: *Revista do CEJ*, 1.º Semestre de 2008, n.º 8 (Especial), 2008.
- TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho penal económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona: PPU, 1993.
- _____. *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, in: *Anuario de Derecho Penal*, Université de Fribourg, 1996, [consultado em 30/01/2015] disponível em https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf.
- TORRÃO, Fernando. *Os novos campos de aplicação do direito penal e o paradigma da mínima intervenção (perspectiva multidisciplinar)*, in: *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- VEJA, Dulce Santana. *La Protección Penal de los Bienes Jurídicos Colectivos*, Madrid, Ed. Dickinson, 2000.
- VITAL MOREIRA. *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- WEBER, Max. *Interpretação racional e causalidade histórica*, tradução Artur Morão, Covilhã: Lusosofia, 2010, [consultado em 30/12/2015], disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/weber_max_interpretacao_e_causalidade_historica.pdf.
- WELLS, Celia. *Corporations and Criminal Responsibility*, 2nd ed. Oxford University Press, 2001.

ZIEGLER, Jean. *Os Senhores do Crime*, Terramar, Lisboa, 1999.

ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. *Derecho Penal, Parte General*, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

_____ *Las penas previstas en el artículo 129 del Código Penal para las personas jurídicas*, in: *Revista del Poder Judicial*, n.º 46, 3.^a época, 1997.

ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura del Carmen. *La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, un punto y seguido*, in: Maria do Rosário DÍAZ-SANTOS / E.A. Fabián CAPARRÓS, *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, Colex, Madrid, 2003.

_____ *Redes Internacionales y Criminalidad: a Propósito del Modelo de Participación en Organización Criminal*, in: *El Derecho Penal Ante La Globalización*, Laura ZUÑIGA RODRIGUEZ, Cristina MENDEZ RODRIGUEZ, M. Rosario DÍAZ-SANTOS (coord.), s.l., Madrid, Colex, 2002.

_____ *Política Criminal*, Madrid, Colex, 2001.

_____ *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*, in: *Revista de Derecho y Proceso Penal*, Aranzadi Editorial, Navarra, 2000.

_____ *Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal*, in: J. Ferré OLIVÉ; E. Anarte BORRALLO (eds.), *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva, 1999.

_____ *Criminalidad Organizada, Unión Europea y Sanciones a las Empresas*, in: *Criminalidad organizada: reunión de la sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, Universidad de Castilla La Mancha, 1999.