

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL E OS “SISTEMAS PERITOS”

FÁBIO ANDRÉ GUARAGNI

Promotor de Justiça, Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais (UFPR). É Professor de Direito Penal Econômico do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. É Professor de Direito Penal do UNICURITIBA, FEMPAR, ESMAE, CEJUR e LFG. Atualmente Coordena a Pós-Graduação em Direito Criminal e Processo Penal do UNICURITIBA.

IRENE PORTELA

Doutora em Direito Constitucional pelo departamento de Direito Público e Teoria do Estado, pela Universidade de Santiago de Compostela. Mestre em Administração Pública, pela Universidade do Minho. Pós-graduada em Direito da Comunicação, pelo Instituto Jurídico da Comunicação, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Exerce vários cargos na Escola Superior de Gestão do IPCA, tendo sido até à data a docente responsável pela Unidade Curricular de Direito Constitucional e de Direitos Fundamentais, aos cursos de Solicitadoria e de Fiscalidade. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3570-2200>

RESUMO

No texto, firmam-se de início as razões pelas quais a sociologia mostra-se fundamental para fixar as funções do direito penal. Após, efetua-se um breve corte sociológico cuja pretensão é apresentar a idéia de sociedade de risco. Em seguida, situam-se os sistemas peritos dentro do universo da sociedade de risco, como mecanismos essenciais ao desenvolvimento do capitalismo globalizado de mercado, fundantes de um novo modo de forjarem-se as relações de confiança no tecido

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

social. Por fim, manejam-se as conexões entre os sistemas peritos e as funções (acrescentadas) do direito penal, bem como seu espaço (aumentado) de atuação.

PALAVRAS-CHAVE: direito penal; direito penal econômico; direito penal ambiental; funcionalismo; funções do direito penal; teoria do delito; sociedade de risco; risco; sistemas peritos; sociologia e direito penal.

1 O RECURSO À SOCIOLOGIA PARA IDENTIFICAÇÃO DAS FUNÇÕES DO DIREITO PENAL

Dentre as linhas de pensamento dogmático jurídico-penal posteriores ao finalismo, as correntes funcionalistas são as mais destacadas. Todas têm o caráter comum de construir o sistema analítico de crime a partir das funções que são atribuídas ao direito penal.

É certo que referidas funções sofrem grande variação de autor para autor. Isto explica a existência de vários funcionalismos, inclusive antagonistas entre si. Os modelos funcionalizados propostos por JAKOBS e ZAFFARONI dão boa mostra disso. Para aquele, o direito penal pune para reafirmar a confiança na norma, estabilizando-a novamente contra os fatos que a desafiaram. Pena é uma “mostra da vigência da norma às custas de um responsável”¹. Um direito penal que a todo tempo reconstrói a si mesmo.

Já para ZAFFARONI, o exercício do poder punitivo deve ser minimizado, sempre com vistas a reduzir o estado de polícia, aumentando o estado de direito. Um direito penal que se auto-reduz, a partir do emprego da teoria do delito. Para ele, o conceito de crime deve ser elaborado como “um sistema orientado pela idéia

¹ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 9.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

reitora de sua intencionalidade redutora do poder punitivo”², levando o direito penal a cumprir sua função política de “dique colocado pelo estado de direito para conter a pressão do estado de polícia”³. É uma visão agnóstica tanto da pena como do próprio exercício do poder punitivo.

Conquanto proponham para o direito penal funções diversas e verdadeiramente opostas, os dois modelos igualam-se na alocação da função cometida ao direito penal como autêntico princípio unificador do conceito analítico de crime.

A utilização da função do direito penal como princípio unificador do sistema de análise de crime subjuga todas as idéias que o compõem. Todas devem estar a serviço da função do direito penal. Cada categoria dogmática opera de modo a otimizar a realização destas funções, somando-se às demais categorias dogmática, num exercício de esforço comum. Esta funcionalidade das categorias dogmáticas erige autêntica condição para que sejam válidas: somente o são quando auxiliam na realização das tarefas atribuídas ao direito penal. Ao revés, se não viabilizam as funções jurídico-penais ou com elas colidem, devem ser extirpadas do sistema de análise de crime. Isto, em grandes linhas, é o funcionalismo jurídico-penal.

Neste panorama, a idéia de política-criminal ganha força. É que – para além dos modelos teóricos de análise de crimes e penas construídos pela doutrina em torno das funções – os programas político-criminais das agências estatais atribuem funções ou tarefas ao direito penal, enquanto conjunto normativo. Funções que são idéias fundantes para o discurso jurídico penal. Daí o debate em torno de questões político-criminais ocupar, na atualidade, o centro da cena literária especializada. Vem de 1970 a obra inaugural do funcionalismo, em que ROXIN quebra a máxima lisztiana de que o “direito penal é a barreira intransponível da política criminal”⁴,

² ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Derecho Penal: Parte General*. Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 371.

³ Idem, p. 371.

⁴ Apud ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Trad. LUIZ GRECO. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000, p. 1.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

proclamando que “deve ser reconhecido também no direito penal (...) que problemas político criminais constituem o conteúdo próprio também da teoria geral do delito”.⁵

No mesmo compasso, torna-se robusta a necessidade de estabelecerem-se pontes entre o direito penal e outras disciplinas. Somente recorrendo-se a campos de conhecimento extrapenais – em particular, à filosofia e à sociologia - é possível definir as carências de proteção havidas pelos membros de uma dada sociedade. A partir disso, dá para definir as tais funções de que o direito penal deve se ocupar, permitindo a construção e reconstrução de institutos dogmáticos. A dogmática jurídico-penal, mais do que nunca, evidencia seu caráter instrumental e o estudioso do direito penal ata-se, por necessidade, à interdisciplinariedade (BUSTOS e HORMAZÁBAL)⁶.

Aqui, interessa-nos o contributo da sociologia recente para atribuir tarefas ao direito penal e conferir-lhe um novo espaço. O primeiro contributo provém da sociologia do risco, que põe em evidência o descontrole dos riscos procedentes de tecnologias humanas como marca característica dos nossos tempos, conforme evidencia ULRICH BECK: “Nas sociedades de risco as conseqüências dos êxitos da modernização se converteram, por causa de sua velocidade e radicalidade, em tema. O risco adquire um novo caráter porque parte das condições de seu cálculo e processamento institucional falha”⁷. A segunda contribuição concerne à percepção sociológica de que as relações de confiança, na modernidade exaltada dos dias atuais, apóiam-se em “sistemas peritos”, na sugestão de ANTHONY GIDDENS⁸.

⁵ ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico Penal*. Trad. LUIZ GRECO. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2000, p. 14.

⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Nuevo Sistema de Derecho Penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2004, pp. 61-62.

⁷ BECK, Ulrich. *La sociedad del Riesgo Mundial*. Barcelona: Paidós, 2008, p 23

⁸ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991, p. 30.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

2 SOCIEDADE DE RISCOS E DIREITO PENAL

A sociologia do risco constata a decadência do encantamento humano com a razão técnico-instrumental, de cunho cartesiano. A fé na ciência impeliu a humanidade a apostar num promissor mundo de confortos para todos. A perspectiva de tornarmo-nos homens cercados de bens e serviços facilitadores do dia-a-dia, de um jamais visto universo de confortos, gerava fascínio no fim do século XIX. O homem auto-exaltava a capacidade inventiva. As feiras industriais mundiais eram exercícios exibicionistas⁹. Em 1900, a “Exposição de Paris foi uma vitória triunfal da eletricidade, da calçada rolante (...) e dos imensos dínamos do salão industrial alemão”¹⁰. Este ambiente foi bem retratado na pena do escritor carioca JOÃO DO RIO (1881-1921). Cronista dos jornais do Rio de Janeiro, capital brasileira no início do XX, registrava o furor em torno das novas tecnologias com um olhar cáustico, revelado de modo brilhante na crônica “O Dia de um Homem em 1920”. É quase profética sua epígrafe:

Dentro de três meses, as grandes capitais terão um serviço regular de bondes aéreos denominados aerobus. O último invento de Marconi é máquina de estenografar. As ocupações são cada vez maiores, as distâncias menores e o tempo cada vez chega menos. Diante desses sucessivos inventos a nevrose de pressa hodierna, é fácil imaginar o que será o dia de homem superior dentro de dez anos, com este vertiginoso progresso que tudo arrasta...”¹¹

A fé na razão escondia, porém, tanto a potência letal destes mesmos instrumentos tecnológicos, que seria dada a conhecer nos conflitos armados que

⁹ FERNÁNDEZ-ARRESTO, Felipe. *Milênio: uma história de nossos últimos mil anos*. São Paulo- Rio de Janeiro: Record, 1999, p. 613, sobre a feira mundial no *Crystal Palace* de Londres, em 1851.

¹⁰ SCHWARTZ, Hillel. *Fim de século*. Trad. Virgílio Freire. 5ª. Ed. São Paulo: Cultura, 1995, p. 250.

¹¹ DO RIO, João. *João do Rio – Uma antologia*. Org. Luís Martins. Rio de Janeiro: José Olympio, 2005, p. 50. Hoje, o tempo é instante e a distância é nada, por força da internet. Daí a conhecida alusão de BAUDRILLARD à hiper-realidade, no lugar de uma realidade que morreu: “a função do virtual é proscrever o real” (BAUDRILLARD, Jean. *A ilusão vital*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001, p. 56).

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

pontuaram o transcurso do século XX¹², como os riscos que portavam como efeitos colaterais, capazes, v.g., de tornar temerária a preservação de ecossistemas (no sul do Brasil, em particular, no estado do Paraná, calha o exemplo da devastação do bioma mata atlântica – ao qual pertence sua árvore símbolo, o pinheiro-araucária - pela indústria moveleira, entre as décadas de 50 e 70) ou ameaçar coletivamente a saúde humana (recorde-se o impacto do uso da talidomida, proposto pela indústria farmacêutica às mulheres grávidas, na década de 70). São exemplos que confirmam a constatação de BECK: a sociedade do risco “...surge através do funcionamento automático de processos autônomos de modernização que são cegos e surdos às conseqüências e perigos”, pondo em xeque “a base da sociedade industrial”¹³.

É oportuno estabelecer que risco e perigo não se confundem. O risco representa a projeção de conseqüências futuras indesejáveis a partir de decisões humanas¹⁴. Quando há uma tomada de decisão, o risco é vislumbrado na potencial concomitância de eventos negativos. “O risco será sempre uma qualidade do agir humano diante de diversas opções colocadas”¹⁵, conclui BOTTINI.

Dentro de um paradigma de pensamento racionalista, confiante na ciência, esta concomitância potencial de efeitos não queridos era suscetível de ser submetida a cálculo, medida, controlada pela matemática. A possibilidade de uma “matematização” do mundo anuncia-se em GALILEU, simbólico representante do início do racionalismo científico. Em “O Ensaaiador”, afirmava a necessidade de

¹² HOBBSAWM, Eric. *Guerra y paz en el siglo XXI*. Trad. BEATRIZ EQUIBAR *et alii*. Barcelona: Crítica, 2007, p. 1: “O século XX foi o mais sangrento na história conhecida da humanidade. A cifra total de mortos (...) pelas guerras se eleva a uns 187 milhões de pessoas...” A perspectiva para o século XXI é pessimista a medida em que “estamos em um mundo onde as operações armadas já não estão fundamentalmente nas mãos dos governos e de seus agentes autorizados”, desaparecendo progressivamente “a linha que separava os combatentes dos não combatentes” (op. cit., pp. 3-4). Aliás, a expressão famosa de HOBBSAWM designativa do século XX como *era dos extremos* liga-se justamente à contradição entre o progresso técnico angariado no período e o efeito destrutivo que esta mesma técnica propiciou.

¹³ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Trad. JESUS ALBORÉS REY. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002, p. 114.

¹⁴ LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*. 3ª. ed. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, 2006, p. 67.

¹⁵ BOTTINI, Pierpaolo. *Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na sociedade de risco*. São Paulo: RT, 2007, p. 32.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

compreender o universo através de sua linguagem e caracteres. E qual a “língua” do universo? Respondia: “Está escrito na língua da matemática e os seus caracteres são triângulos, círculos e outras figuras geométricas, sem o concurso das quais é humanamente impossível compreender uma única obra sua.”¹⁶ Isto levou CHÂTELET à conclusão de que “Galileu pode afirmar que a realidade sensível é inteligível, contanto que se efetuem as análises necessárias e que haja um esforço de aperfeiçoamento do instrumento matemático”¹⁷. Nestas bases, nada fugiria “à inteligência humana”¹⁸.

A estatística, enquanto ciência, sustentou inclusive a expansão da exploração econômica da controlabilidade dos riscos, representada pela indústria dos seguros. Atualmente, constata-se:

a) que a existência de ganhos de conforto provenientes de novas tecnologias não se distribuiu de modo igualitário nem gerou o ambiente de felicidade pretendido. Afinal, a razão técnico-instrumental foi apropriada pelos empreendedores empresariais e submetida à meta de lucro das corporações. Daí decorre que cada nova tecnologia dá-se ao mercado como produto ou serviço, cujo acesso exige dinheiro, distribuído de modo desigual. A exclusão, neste contexto, revela-se pela impossibilidade cotidiana das pessoas atingirem os patamares de consumo que, na sociedade de consumo, forjam a “felicidade” humana. A tônica do *marketing*, no mundo de economia globalizada, vem pela noção de que ser feliz é consumir bem. E a conseqüente impossibilidade de que todos o façam de modo igual gera um ambiente coletivo de decepção, sempre reforçada, mais e mais, pelo mesmo *marketing*, ao enfatizar que tudo o que se possui já está superado e necessita substituição. “Quanto mais os imperativos do bem-estar e do bem-viver são fixados como meta imprescindível, mais intransitáveis se tornam as alamedas do

¹⁶ Apud CHÂTELET, François. *Uma História da Razão. Entrevistas com Émile Noël*. Lisboa: Editora Presença, 1993, p. 63.

¹⁷ CHÂTELET, François. *Uma História da Razão. Entrevistas com Émile Noël*. Lisboa: Editora Presença, 1993, p. 64.

¹⁸ Idem, p. 64.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

desapontamento”¹⁹, observa LIPOVETSKY. Se toda felicidade está em consumir bem e muito, tanto mais infeliz é aquele que não acede o banquete do consumo. Os inventos técnicos, neste contexto, tornam-se fetiches – inatingíveis, para a maioria.

b) que as conquistas geradas por uma dada tecnologia, restrita a alguns, vêm acompanhadas de riscos que são distribuídos em desfavor de todos (por exemplo, nem todos fazem uso de telefonia celular, mas a emissão dos sinais eletromagnéticos das respectivas torres, reconhecidamente cancerígenos, submete todos a riscos – situação intensificada no Brasil, por se sobrecarregarem as torres emissoras de sinais para contenção de custos, evitando-se a construção de novas). Produz-se um problema inerente às sociedades modernas, consistente na dúvida acerca do modo mais adequado de distribuição do controle dos riscos, i.é, do modo como serão gerenciados;

c) que, portanto, os riscos não enxergados ao cabo do século XIX e início do XX ganham, cerca de cem anos depois, visibilidade por refletirem contra a própria humanidade (é o primeiro momento da modernidade reflexiva de BECK)²⁰;

d) que este quadro suscita um segundo momento da modernidade reflexiva. Provém de um conjunto de reflexões, questionamentos e debates produtores - dentre outros - dos efeitos de: 1) duvidar-se da validade do discurso científico como roteiro condutor do futuro humano; 2) pretender-se uma redução dos riscos derivados de novas técnicas²¹. Para tanto, recorre-se aos sistemas de controle social disponíveis, dentre eles, o tradicional sistema de controle operado a partir do discurso do dever-ser jurídico-penal. Noutros termos: identifica-se uma nova função para o direito penal. Após, dá-se a instrumentalização de seus recursos dogmáticos para que esta função se realize, enquanto meta político-criminal. Trata-se do agir do direito penal na cena da sociedade de risco.

¹⁹ LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade da decepção*. Barueri: Manole, 2007, p. 6.

²⁰ BECK, Ulrich. *Modernização Reflexiva*. São Paulo: UNESP, 1995, p. 16.

²¹ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002, p. 114-116, explicativo dos dois momentos da modernização reflexiva, como “auto-confrontação”.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

3 SISTEMAS PERITOS E DIREITO PENAL

A modernidade é um modo de vida com gênese na Europa do século XVII. Está delineada pelo encontro entre o modelo econômico capitalista e o incremento da produção de bens e serviços mediante o emprego de fontes inanimadas de energia (originado na Revolução Industrial)²². Unidos, estes aspectos forjam o pano-de-fundo da existência humana, particularmente no hemisfério ocidental, há cerca de trezentos anos. Sem relações de confiança fundadas nos *sistemas peritos*, a modernidade não seria possível, na correta percepção de GIDDENS.

Os *sistemas peritos* são “sistemas de excelência técnica ou competência profissional que organizam grandes áreas dos ambientes material e social em que vivemos hoje”²³ (GIDDENS). São conjuntos de conhecimento nos quais a humanidade deposita confiança. Cada um de nós acessa várias vezes ao dia um sistema perito e adapta-se ao ambiente depositando confiança nele. É possível reconhecer que os instrumentos tecnológicos, enquanto resultados do empenho técnico-profissional, sintetizam objetivamente os sistemas peritos ou, ao menos, consolidam uma espécie de retrato ou fotografia dos sistemas. Afinal, se é fato que os sistemas peritos transcendem os instrumentos técnicos, também é fato que estes promanam daqueles e dão-lhes corpo (materialidade, *corpus*).

Avence-se. Os sistemas peritos permitem o fenômeno do desencaixe das relações de confiança tanto em relação ao tempo, como no tocante ao espaço (GIDDENS)²⁴. A rigor, quando consome tecnologias, o homem torna-se independente do tempo e do espaço na proporção em que – fiduciário da razão técnico-científica – confia não em outro homem, mas num dado conjunto de conhecimentos operados por homens desconhecidos. O sistema perito fornece...

²² Tudo cf. GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: UNESP, p. 61.

²³ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: UNESP, p. 35.

²⁴ Idem, p. 36.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

[...] garantias de expectativas através de tempo-espço distanciados. Este 'alongamento' de sistemas sociais é conseguido por meio da natureza impessoal de testes aplicados para avaliar o conhecimento técnico e pela crítica pública (...) Para a pessoa leiga (...) a confiança em sistemas peritos não depende nem de uma plena iniciação nestes processos nem do domínio do conhecimento que eles produzem. A confiança é inevitavelmente, em parte, um artigo de 'fé'²⁵.

Recorro ao exemplo de uma embalagem longa-vida de leite, consumido pela manhã. Não estive no local em que foi produzida a embalagem; tampouco presenciei o momento em que foi produzida. Ausente do local e alheio ao momento da produção, nada testemunhei acerca da fabricação. Desconheço a técnica, quem fez, como e quando. Tampouco entendo da engenharia empenhada no processo fabril da embalagem. Porém, consumo o leite nela embalado, há semanas, confiando na capacidade que possui de preservar um alimento altamente perecível e cujo consumo, acaso arruinado, pode gerar-me grave consequência para a saúde. Consumo porque confio não em quem fez (não sei quem foi), mas no conjunto de conhecimentos que o processo fabril sintetiza.

Firma-se uma curiosa relação de confiança não entre homem e homem, mas entre homem e objeto. Para o objeto converge todo um caudal de conhecimentos técnicos no qual tenho fé. Isto, de um lado, ratifica o objeto como fotografia do sistema perito que o produz (um *corpus* emblemático); de outro, é consequente com o fenômeno da globalização, dando-lhe parcial explicação.

Acaso as relações de confiança não se travassem entre homens, de um lado, e objetos sínteses de sistemas-peritos, de outro, seria impossível o desencaixe tempo-espacial. Só confiaríamos na embalagem tipo "longa-vida" se testemunhássemos, pessoalmente ou por um especialista que nos representasse, sua regular fabricação (simultaneidade, encaixe temporal). Teríamos que estar no lugar de fabricação da caixa do leite. Preferiríamos comprar o leite embalado por aquele que fosse nosso conhecido pessoal, julgado digno de nossa confiança

²⁵ Ibid., p. 36.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

(encaixe espacial). Fossem assim as coisas, a produção, distribuição e consumo de bens e serviços que se opera no ambiente da economia de mercado não seria viável, sobretudo nos patamares globalizados atuais.

Em síntese, os *sistemas peritos* são essenciais para o crescimento escalonado do ciclo econômico da produção, distribuição e consumo de bens e serviços no ambiente de mercado. Além disso, emolduram um dado modo de vida. Vivemos numa autêntica sociedade tecnológica. As tecnologias nos cercam, independentemente de classe social. Meios de transporte como aviões, ônibus, automóveis, metrô; meios de comunicação como telefones, televisão, rádio, internet; fontes de energia, como hidrelétricas, termoelétricas; manipulação industrial de alimentos, roupas, medicamentos, etc, são todos sínteses corporificadas dos conhecimentos expertos que constituem os *sistemas peritos*. Este cerco de objetos, cujo consumo é exigente de confiança nos *sistemas peritos*, afigura-se em boa medida irrenunciável.

De fato, a redução do emprego de tecnologias não se apresenta como meta política, em geral e, muito menos, como meta político-criminal. Porém, isto não significa que o direito penal não se relacione com as tecnologias, que encerram o quanto “podem” os sistemas peritos. Pretende-se o gerenciamento dos riscos procedentes dos sistemas peritos, de modo a minorá-los, mantendo-se os ganhos tecnológicos. Aqui se inscreve uma função que, para além de outros meios de controle, também vem sendo atribuída ao direito penal.

Na suma: a necessidade de que os sistemas peritos operem dentro dos patamares de risco tolerado – condição essencial para que sejam merecedores de “fé” - aliada ao processo de descontrolo de riscos tecnológicos assinalados no item anterior, converge para atribuir-se ao direito penal a função de contenção de riscos. O direito penal ocupa, então, novo espaço e nova tarefa.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

4 CONCLUSÃO: UM NOVO ESPAÇO E UMA NOVA TAREFA PARA O DIREITO PENAL

Acerca do novo espaço: não era da índole do direito penal clássico - forjado como caudatário do jusnaturalismo, do contratualismo e do estado liberal burguês, para tutela de bens eminentemente individuais - antecipar-se aos danos, atuando somente após a efetiva lesão dos bens jurídicos que tinha por horizonte proteger. O crime de dano figurava como regra, e os crimes de perigo, como exceções.

Agora, para redução de riscos tecnológicos e controle das operações dos *sistemas peritos* em níveis de segurança, o momento da intervenção penal dá-se antes do dano efetivo ao bem da vida tutelado. Isto leva à mudança do paradigma de tipificação: mingam os crimes de dano, incham os crimes de perigo. A mera colocação do bem tutelado sob ameaça já leva o legislador a lançar mão do direito penal para repressão do comportamento. Há conseqüente aumento do campo de atuação do poder punitivo estatal²⁶.

No Brasil, são bastante representativos deste fenômeno os tipos penais que tutelam as relações de consumo, em particular o art. 7º, Lei 8137/90, incisos II e IX. A cabeça do artigo anuncia: “constituem crimes contra as relações de consumo”. A seguir, enumera nove hipóteses. O inciso II incrimina o comportamento de “vender ou expor a venda mercadoria cuja embalagem, tipo, especificação, peso ou composição esteja em desacordo com as prescrições legais, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial”. Já o inciso IX reza: “vender, ter em depósito para vender ou expor à venda, ou de qualquer forma, entregar matéria-prima ou mercadoria, em condições impróprias ao consumo.” Ambos admitem forma culposa.

²⁶ A propósito dos motivos deste aumento, é obrigatória a obra de SILVA SÁNCHEZ, cuja edição brasileira corresponde, ainda, à 2ª. Edição espanhola. Trata-se do livro *A expansão do Direito Penal*. São Paulo: RT, 2002, *passim*.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

A ligação dos dispositivos exemplificados com sistemas peritos é evidente. A violação de prescrições administrativas atinentes à embalagem, tipo, especificação, peso e composição, bem como classificações oficiais, acaba por atingir os esforços de estado que buscam dar contornos aos sistemas peritos, organizando-os de maneira a serem merecedores de confiança por parte de pessoas leigas. De fato, assinala GIDDENS: “...há freqüentemente forças reguladoras além e acima das associações profissionais com o intuito de proteger os consumidores de sistemas peritos – organismos que licenciam máquinas, mantêm vigilância sobre os padrões dos fabricantes de aeronaves, e assim por diante.”²⁷ Quando são violados estes esforços, periclita a fidúcia nos sistemas peritos, constitutivos da base da vida econômica numa sociedade capitalista globalizada. Atinge-se, última análise, a ordem econômica, para além de bens como a saúde pública e outros aspectos abrangidos no conceito de incolumidade pública.

Já a exposição de mercadoria em condições impróprias ao consumo fica vedada, dentre outros motivos, porque a pessoa leiga, mesmo desconhecendo as condições apropriadas para consumo de um dado produto, pode fazê-lo pelo simples fato de que crê nos cuidados dos agentes produtores e distribuidores: raciocina que, se está à disposição, é porque o consumo do produto mostra-se viável. Do contrário, não teria, ainda na etapa fabril, ultrapassando os quesitos de controle de qualidade e inspeção. Ou, após, não seria distribuído à venda, atividade que também passa por critérios de controle e atos de fiscalização, em etapas anteriores à oferta em mercado. É desta maneira que deve ser compreendida a violação do bem jurídico imediato “relações de consumo”, anunciado na já citada cabeça do art. 7º: “constituem crime contra as relações de consumo”.

Quanto à nova tarefa do direito penal, liga-se à não controlabilidade de riscos provenientes de novas tecnologias. Esta, a seu turno, deriva de vários aspectos. A título não exaustivo, pense-se:

²⁷ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991, p. 37.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

a) no fato de que são desenvolvidas antes para a obtenção do lucro do que para o bem comum, conquanto possam aliar ambos os fins;

b) que as agências estatais, encarregadas do controle da produção, distribuição e consumo de bens e serviços que embutem riscos, não cumprem esta tarefa, por força do desmonte do Estado próprio dos anos 90 marcadamente neoliberais. No Brasil, produziu-se amplo recuo da atuação estatal nos campos estratégicos da economia, com a concessão, em favor da iniciativa privada, das atividades atinentes a telecomunicações, produção de energia elétrica, fornecimento de água, manutenção e construção de estradas, exploração de ferrovias, dentre outros setores. Além disso, operou-se a pura e simples privatização de atividades empresárias que o Estado levava a termo, ora enquanto monopólio, ora de modo concorrente com os particulares, como a mineração, a siderurgia e serviços bancários;

c) que o respeito, guardado por agentes individualmente considerados, dos patamares de risco permitido para bens como a saúde pública e o meio ambiente, não é suficiente para coibir o perigo de dano derivado da soma das atividades. Daqui provém a figura dos “bens jurídicos ofensíveis por acumulação”, ou “delitos por acumulação”, cuja abordagem escapa aos limites do texto, tendo com ele, porém, conexão clara: a confiabilidade em um dado sistema perito exige que seu acesso intensivo, por várias pessoas, simultânea e continuamente, não seja danoso nem arriscado, em patamares insuportáveis para bens caros à existência humana, v.g., como o já citado meio ambiente. Do contrário, míngua a confiança depositada no sistema perito;

d) que há ganhos de escala cada vez mais consistentes na produção, distribuição e consumo de bens e serviços envolventes de riscos, empregando-se meios tecnológicos velozmente fungíveis e globalizando-se todo o reportado ciclo da economia. O vetor do lucro igualmente comanda a disponibilização, no mercado, de

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

novos sistemas peritos, tanto quanto o declínio da agência de poder estatal atenua a possibilidade de que sejam controlados, sobretudo pelo direito administrativo²⁸.

Não cabe ao direito penal, decerto, resolver todas estas questões. Todavia, tampouco é razoável que se lhe negue todo e qualquer papel em face desta realidade de mundo, diagnosticada pelos sociólogos. Portanto: a) sem exclusividade; b) somando esforços com outros ramos do direito e com mecanismos de controle social, institucionalizados ou não; c) mantidos princípios guias tradicionais da intervenção penal, como a intervenção mínima, a lesividade (*nulla poena sine injuria*), a legalidade e a culpabilidade, é possível atribuir-se ao direito penal as tarefas: 1- de contenção de riscos provenientes de tecnologias; 2- de controle social da operação de sistemas peritos, incrementando os cuidados objetivos devidos pelos respectivos operadores e exaltando a condição de garantes que assumem quanto a resultados lesivos oriundos das atividades de operação. Há conseqüente inclinação do direito penal para tipos penais culposos e omissivos impróprios.

Por fim, fica a advertência de que a seleção dos riscos a serem contidos e dos *sistemas peritos* exigentes de intervenção penal de controle deve ser submetida a critérios preocupados em compensar e conter a natural expansão do poder punitivo que o quadro desenhado acarreta. Assim, a só percepção subjetiva de riscos, desprovida de correlativos riscos objetivos, não justifica a intervenção punitiva. Sabe-se que o risco, enquanto fato futuro projetado, só existe como imagem cultural. Bem elucida ULRICH BECK que o risco é “antecipação da catástrofe”²⁹, de modo que o risco mundial é, na verdade, a “cenificação da realidade do risco mundial”³⁰ no plano das nossas mentes. Isto não significa que o risco seja uma espécie de fantasma. É certo que pode se apresentar como fantasmagoria, isto é, destituído de possibilidade objetiva de que obtenha concretude. Mas o avesso é

²⁸ Evidente que o sistema penal, estatal, também é atingido pelo enfraquecimento do Estado. Nesta toada, parece razoável que se some, em casos graves, ao direito administrativo, como mecanismo de controle social.

²⁹ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial*. Barcelona: Paidós, 2008, p. 27.

³⁰ Idem, p. 27.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

possível: o risco, enquanto certificação de tragédias futuras, bem pode guardar plausibilidade sustentada em marcos objetivos.

Assim, o acesso a um sistema perito, desde que não balizado dentro dos patamares normativos de segurança operativa, só se mostra efetivamente ameaçador quando esta conclusão deriva de fatores de diagnóstico sólidos. Aponto três exemplos de fatores de diagnóstico: a) a recusa de atuação da indústria de seguros em determinadas hipóteses; b) a conversão do risco em tragédia efetiva em momentos passados (fatos que servem como atestados); c) a solidez das bases científicas indicativas da potência de geração de resultados danosos provenientes de um dado sistema perito. Assim, não se propõe que a meta do direito penal esteja concentrada numa exclusiva preocupação com geração de confiança e segurança em face de sistemas peritos, sem quaisquer barreiras. Existem critérios objetivos que permitem evocar, ou não, a presença do direito penal.

Quanto aos crimes culposos, sugere-se que a matéria de proibição indique o *standard* de comportamento, evitando-se tanto quanto possível o apelo aos tipos penais abertos. Estes tipos são ofensivos ao princípio da taxatividade da norma penal, vertente da reserva legal, enunciado sob a parêmia *nullum crimen, nulla poena sine lege certa*.

Na mesma toada, a atribuição da posição de garante ao operador do *sistema perito*, com o encargo de impedir resultados que importem em dano ou perigo de dano para terceiros, não pode ser feita de modo a inviabilizar a própria realização da atividade ou - extremando-se - sufocar o destinatário da norma penal em termos tais que torne a preocupação com o outro uma espécie de razão de existir, tão presente a todo o tempo que mine a auto-realização e impeça o livre desenvolvimento da personalidade.

São prudências que, naturalmente, demandam decida ao plano concreto de intervenção penal e discussão caso a caso. Aqui, fica gizada a advertência, incidente primordialmente nos marcos do direito penal econômico e ambiental,

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

ambos setores em que o alargamento de espaço e a assunção da anunciada nova tarefa, pelo direito penal, vem se mostrando mais freqüente.

REFERÊNCIAS

BAUDRILLARD, Jean. **A ilusão vital**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

BECK, Ulrich. **Modernização Reflexiva**. São Paulo: UNESP, 1995.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002.

BECK, Ulrich. **La sociedade del riesgo mundial**. Barcelona: Paidós, 2008.

BOTTINI, Pierpaolo. **Crimes de Perigo Abstrato e Princípio da Precaução na sociedade de risco**. São Paulo: RT, 2007.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. e HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. **Nuevo Sistema de Derecho Penal**. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

CHÂTELET, François. **Uma História da Razão**. Entrevistas com Émile Noël. Lisboa: Editora Presença, 1993.

FERNÁNDEZ-ARMESTO, Felipe. **Milênio**: uma história de nossos últimos mil anos. São Paulo- Rio de Janeiro: Record, 1999.

GIDDENS, Anthony. **As conseqüências da modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.

HOBBSBAWM, Eric. **Guerra y paz en el siglo XXI**. Trad. Beatriz Equibar *et alii*. Barcelona: Crítica, 2007.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: Marcial Pons, 1995.

RIO, João do. **Uma Antologia**. Org. Luis Martins. 3ª. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2005.

LIPOVETSKY, Gilles. **A sociedade da decepção**. Barueri: Manole, 2007.

Personalidade Acadêmica Homenageada:

Rubén Miranda Gonçalves (Universidade de Santiago de Compostela – Espanha)

LUHMANN, Niklas. **Sociología del Riesgo**. 3ª. ed. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, 2006.

ROXIN, Claus. **Política Criminal e Sistema Jurídico Penal**. Trad. LUIZ GRECO. São Paulo: Renovar: Rio de Janeiro e São Paulo: 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal**. São Paulo: RT, 2002.

SCHWARTZ, Hillel. **Fim de século**. Trad. Virgílio Freire. 5ª. Ed. São Paulo: Cultura, 1995.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Ediar, 2000. Chatelet .