

ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E A (IN)ADEQUAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NA ESFERA PENAL

ADMINISTRATIVIZATION OF CRIMINAL LAW AND THE (IN)ADEQUACY OF THE PRECAUTIONARY PRINCIPLE IN THE CRIMINAL SPHERE

Marine Morbini Durante¹

Fábio André Guaragni²

RESUMO

A partir do conceito de sociedade de risco, este artigo tem como objetivo analisar em que medida o princípio da precaução pode ser utilizado (ou não) dentro do direito penal através do direito administrativo como técnica de reenvio para proteção de bens jurídicos, criando o fenômeno da administrativização do direito penal. Para isso, foi utilizada a pesquisa bibliográfica e o método hipotético-dedutivo.

A sociedade de risco que vivemos atualmente trouxe como consequência a administrativização e a expansão do direito penal. Neste contexto, o legislador com o objetivo de trazer mais sensação de segurança à sociedade cria tipos penais de perigo abstrato e crimes baseados em princípio da precaução, sendo que estes últimos não possuem maturidade científica para se afirmar que dado tipo de comportamento gera dado tipo de resultado. Com isso, chega-se a conclusão de que o Princípio da Precaução não pode estar dentro da seara do Direito Penal, porque este último possui a lesividade e ofensividade como norte, o que escapa ao referido princípio precautório.

Palavras-chave: Sociedade de risco; Administrativização do Direito Penal; Princípio da Precaução, Incompatibilidade.

ABSTRACT

Based on the concept of risk society, this article aims to analyze to what extent the precautionary principle could be used (or not) within criminal law through administrative law as a referral technique for the protection of legal assets, creating the phenomenon of administration of criminal law. For this, bibliographical research and the hypothetical-deductive method were used. The risk society we currently live in has resulted in the administrativeization and expansion of criminal law. In this context, the legislator, with the aim of bringing a greater sense of security to society, creates criminal types of abstract danger and crimes based on the precautionary principle, the latter of which do not have the scientific maturity to state that a given type of behavior generates a given type of result. With this, one comes to the conclusion that the Precautionary Principle cannot be

¹ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba. Pós graduada em Direito Constitucional na ABDCConst (2020). Pós graduada em Direito Penal Econômico e Macrocriminalidade na ESMAFE (2020). Pós graduada em Direito Penal e Criminologia no ICPC (2021).

² Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1992), graduação em Administração de Empresas pela Universidade Federal do Paraná (1991), Mestrado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1998) e Doutorado em Direito das Relações Sociais, com ênfase em Direito Penal, pela Universidade Federal do Paraná (2002). Realizou pesquisa Pós-Doutoral na Università degli Studi di Milano (2012).



within the scope of criminal law, because the latter has harmfulness as its guiding principle, which escapes the precautionary principle.

Key-words: Risk society; Administrativeization of Criminal Law; Precautionary Principle, Incompatibility.

1 INTRODUÇÃO

O que será demonstrado nesse trabalho é a possibilidade da aplicabilidade do Princípio da Precaução dentro do Direito Penal, através do direito administrativo, como técnica de reenvio, fruto das inseguranças trazidas pela sociedade de risco.

A pesquisa se mostra importante na medida em que o Direito Penal não pode extrapolar suas competências em obediência especialmente ao Princípio da *ultima ratio*, ou seja, ele não pode ser chamado todo o tempo para resolver questões que podem ser solucionadas em outros ramos do Direito, o que faz com que se torne um ramo expandido em demasia, autoritário, excessivo.

Por outro lado, não se pode negar o mandamento do art. 225 § 3 da Constituição da República Federativa do Brasil que afirma: “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.” Ou seja, parece perfeitamente possível e desejável que o Direito Penal atue no caso de Brumadinho, mas parece ser um excesso que seja necessária a utilização de norma penal para o caso do uso de motosserra sem licença.

As contribuições esperadas são as de verificar em que medida o Princípio da Precaução pode ser utilizado dentro do Direito Penal como técnica de reenvio sem ferir os princípios basilares deste ramo, mas ao mesmo tempo sem se encontrar dentro de um contexto de proteção insuficiente, visto que a própria Constituição demanda a criação de sanções penais em casos de desastres ambientais.

Para responder a essa questão de pesquisa será utilizada a pesquisa bibliográfica e o método hipotético-dedutivo, ou seja, se verificará a seguinte hipótese: Pode o Princípio da Precaução estar dentro do campo do Direito Penal como tentativa para amenizar a sensação de insegurança dentro de uma sociedade de risco, mesmo não havendo certeza científica quanto à lesividade da conduta?

Passa-se agora ao desenvolvimento.

2 ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL COMO FENÔMENO DA SOCIEDADE DE RISCO

2.1 SOCIEDADE DE RISCO

Ulrich Beck, um dos grandes pesquisadores da modernidade, na obra intitulada Sociedade de Risco, aponta como vivemos expostos ao risco o tempo todo, o que faz com que tomemos medidas excepcionais a fim de evitá-los.

O autor faz uma análise de que o risco é permanente na história humana, mas antes da chegada da modernidade os riscos eram de ordem natural, ou seja, aquilo que ameaçava a existência dos seres humanos era a natureza, com tempestades, terremotos, pragas e doenças. Nesse contexto, a fim de tentar controlar os riscos naturais ameaçadores, o homem usou a ciência e a técnica, tentando com isso gerar mais segurança e previsibilidade.

O que Beck aponta é que houve uma dupla falha nessa tarefa: Além de não ter havido êxito em tentar controlar os riscos já existentes, novos riscos foram criados, que até então eram desconhecidos pela humanidade, como poluição, tragédias nucleares, armas químicas, guerras virtuais, visto que toda nova tecnologia cria também problemas antes nunca enfrentados. Todo saber produz um novo não saber.

Assim, o que ameaçava a vida do ser humano era a natureza, e o que ameaça o ser humano agora é o próprio ser humano através da tecnologia criada. Compartilhando do mesmo raciocínio, escreve Anthony Giddens:

O mundo em que nos encontramos hoje, no entanto não se parece muito com o que eles previram (George Orwell e Max Weber). Em vez de estar cada vez mais sob nosso comando, parece um mundo em descontrole. Além disso, algumas das influências que, supunha-se antes, iriam tornar a vida mais segura e previsível para nós, entre eles o progresso da ciência e da tecnologia, tiveram muitas vezes o efeito totalmente oposto. ¹

O ser humano não está no controle da natureza e perdeu o controle da tecnologia criada por ele mesmo. A aposta feita na ciência deu errado, o que se percebeu foi o oposto: se tem cada vez menos controle e previsibilidade. A saber, o autor se atenta a três principais dimensões de perigo,

1- crise ecológica, 2- crise financeira e global, 3- perigo terrorista, que ficou marcado após o 11 de setembro.

Esse momento em que se percebe que perdemos o controle dos riscos é chamada por Beck de Modernidade Reflexiva: uma modernidade que percebe que esta cada vez mais em risco e que tem de ser vigilante o tempo todo. Assim nasce a sociedade global do risco, uma sociedade onde cientistas, políticos e governos percebem que o risco é constante, e que perderam completamente o controle, a nível global. Ele aponta que se houver vazamento de radiação em uma usina nuclear, é possível sentir seus efeitos do outro lado do mundo porque desastres ambientais não possuem limitação territorial, e esse é o grande desafio da sociedade de risco. Mesmo que haja uma mínima segurança ambiental dentro de um país, as terríveis consequências de um desastre natural podem ainda ser sentidas, por este motivo o problema é de ordem global.

Esta é, aliás, a noção de a noção de “glocalidade”: problemas que são globais e que se repetem de local em local, derivados das mesmas razões.

No entanto, se deve ter em mente que a ideia central de Beck não é em relação à quantidade de riscos. Riscos sempre existiram e sempre existirão. O ponto em que ele quer chegar em sua teoria é demonstrar sobre a **qualidade do controle dos riscos**, e não sobre a quantidade de riscos. Esta é a grande novidade.

A sociedade de risco, inserida na segunda modernidade traz a ideia de que a tecnologia não produz confortos, ela produz é riscos. Os riscos são democráticos, mas os benefícios não são destinados todos. A sociedade de risco não considera importante os ganhos vindos da tecnologia como considerava a primeira modernidade, que estava encantada com o desenvolvimento tecnológico e científico. O que muda é a percepção do risco, que antes era minimizados, e agora é maximizados. Em vez de achar que um acidente é uma externalidade, um infortúnio, agora é algo que se busca uma redução de patamar. Nem todos possuem o privilégio de poder viajar de avião, no entanto todos estamos reféns de acidentes aéreos e poluição derivada destes.

Mas o autor atenta que o risco não possui somente uma vertente negativa, mas também uma positiva. Na verdade, em sua origem, a palavra risco era usada para designar a emoção, a aventura de navegar em águas ainda desconhecidas.

Assim, o risco não possui sempre uma conotação negativa. É possível que se tenha boa experiência a partir dele, como aconteceu com a criação de medicamentos que fizeram com que

muitas pessoas não perdessem suas vidas ao longo da história humana. Isto se deve à cientistas e experimentos que trouxeram risco, mas no final produziram bons resultados.

Uma abordagem positiva de risco é a da origem da energia que cria liberdade e riqueza no mundo moderno. A principal questão é sobre a aceitação do risco e as suas condições. A aceitabilidade do risco depende se aqueles que perdem também recebem os benefícios. Não sendo esse o caso, o risco será inaceitável para aqueles afetados. E se mesmo o benefício estando na disputa - como no caso de alimentos geneticamente modificados.²

Dessa forma, como os riscos possuem também uma faceta positiva, há que se fazer uma ponderação se aquele determinado risco é aceitável socialmente ou não. Segundo ele, a aceitabilidade do risco depende se aqueles que perdem também recebem seus benefícios. Caso contrário, o risco seria inaceitável.

De acordo com o autor, mesmo o risco objetivo contém julgamentos implícitos sobre o que é certo e o que é errado, fazendo com que a aceitabilidade ou não de determinado risco seja ditado muito mais pela cultura do local do que por especialistas técnicos. É o que aconteceu no caso da Vaca Louca, em relação à venda de carne inglesa depois de um surto ocorrido entre a década de 1980 e 1990:

Na União Europeia, que provavelmente fez o maior progresso em estabelecer juntas de decisão transnacionais, estados-membros ainda aceitaram ou rejeitaram certificados de liberação da carne britânica de acordo com as suas próprias ideias (...) Indicações de risco são baseadas em padrões culturais, expressadas tecnicamente, sobre o que ainda é e o que não é mais aceitável

Dessa forma se pode constatar que cada país, cada governo e indivíduo possui seu senso do que é um risco aceitável e o que não é. O risco não pode ser considerado por si só, ele está sempre emoldurado pelo critério usado na sua avaliação e influenciado pelas suposições culturais que o cercam. Ou seja, o risco é sempre subjetivo.

De acordo com o autor, a inabilidade de gerenciar incertezas fabricadas nacionalmente e globalmente pode se tornar uma das principais forças contrárias ao neoliberalismo.

São responsáveis por essas mudanças a globalização e o globalismo. Segundo Beck, o globalismo:

Designa a concepção de que o mercado mundial bane ou substitui, ele mesmo, a ação política; trata-se, portanto, da ideologia do império do mercado mundial, da ideologia do neoliberalismo.³

O globalismo seria, então, a ideologia que orienta as políticas estatais contemporâneas dentro da globalização.

É que o neoliberalismo precisa dessa transnacionalidade para operar, precisa de uma supervalorização do mercado e da economia. Vale tudo para a quebra das barreiras internacionais, vale tudo para o lucro a curto prazo, mesmo que isso signifique desmatar florestas, desregular biomas, fazer o mundo inteiro sentir os efeitos de um desastre nuclear.

Com esse pensamento, a soberania dos Estados Nacionais perde espaço, ocorrendo privatizações e desregulamentações. Assim, nenhum Estado está no controle dos riscos globais das atividades econômicas, e os efeitos desses riscos escapam às mãos de todos, porque não é mais o Estado que dirige a economia, mas a economia que dirige o Estado.

Nesse contexto, o Estado “se torna fraco, que fica muitas vezes reduzido à função de um distrito policial, responsável pela manutenção da ordem econômica.”⁴. O velho estado nação é um mecanismo anacrônico para tentar dar conta de amenizar os riscos, as agências de controle são territoriais e os riscos são globais.

Diante desse cenário, na tentativa de controlar riscos, se observa dois principais efeitos: o compliance como gerenciamento de risco e a utilização do direito penal administrativizado. Se democratizou a gerência dos riscos, visto que quem são os grandes produtores de risco são os particulares.

Segundo o pensamento de Becker e Giddens, a produção industrial é acompanhada por um universalismo de perigos independentemente dos lugares de sua produção, e diante desse descontrole e tentando evitar que os riscos se materializem, o Estado, através do Poder Legislativo, usa o Direito Penal, seu instrumento mais repressivo, para coibir certos comportamentos, criando tipos penais para tentar conter determinados comportamentos previstos como perigosos, utilizando os crimes de perigo abstrato, perigo concreto e crimes baseados no princípio da precaução, o que causa uma gigante expansão do Direito Penal.

Uma das teses mais frequentemente utilizadas como explicação para as transformações sociais recentes é a sociedade de risco, concebida originalmente por Ulrich Beck. Nela, este sociólogo alemão expôs a crise em que nossos institutos sociais se encontram, frente à aparição dos denominados riscos globais, que colocam em perigo até mesmo as condições de vida humana em nosso planeta, sobre os quais não se pode falar em seguro, já que podem causar danos irreversíveis, e contra os quais os institutos sociais de proteção até aqui conhecidos são ineficazes.⁵

É o que passaremos a analisar no próximo tópico.

3 CRIMES DE PERIGO ABSTRATO E CRIMES CRIADOS COM BASE NO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Diante do que foi exposto no primeiro capítulo, observa-se que o legislador, com o objetivo de contenção de riscos, infla o Direito Penal como tentativa de evitar determinadas condutas de risco, é a chamada Administrativização do Direito Penal.

3.1 CRIMES DE PERIGO CONCRETO E CRIMES DE PERIGO ABSTRATO

Os crimes podem ser classificados quanto à sua lesividade ao bem jurídico, nesta escala, do maior para o menor: Crimes de Dano, Crimes de Perigo Concreto, Crimes de Perigo Abstrato e os Crimes baseados no Princípio da Precaução.

Primeiramente, há que se diferenciar os crimes de dano dos crimes de perigo.

Segundo Aníbal Bruno⁶, os crimes de dano são aqueles que “Só se consumam com a lesão efetiva de um bem ou interesse jurídico, enquanto os crimes de perigo aperfeiçoam-se com a probabilidade de dano ao bem jurídico.”

Crime de perigo seria aquele injusto penal que se consuma com a mera ameaça de lesão (ou perigo de lesão) ao bem jurídico tutelado.

De acordo com Pierpaolo Bottini⁷, “o perigo diz respeito à apreensão subjetiva do acontecimento danoso, que só existe porque o homem não conhece a relação de causalidade precisa decorrente dos fatos.

Demonstrada a diferença entre crimes de dano e crimes de perigo, passamos a diferenciar os crimes de perigo concreto e os crimes de perigo abstrato.

Segundo Heleno Cláudio Fragoso⁸, tratar-se-á de crime de perigo concreto quando “a realização da conduta típica traz consigo real probabilidade de dano, de cuja verificação depende a existência do crime”.

Os crimes de perigo concreto possuem presunção relativa de perigo, já que essa presunção cede nos casos concretos em que há dúvida de que o perigo realmente existiu, ou seja, se faz uma análise *ex post factum*.

Para que o réu venha a ser condenado por um crime de perigo concreto, o Ministério Público terá que provar que o perigo de fato ocorreu, visto que se ficar provado que o fato não apresentou perigo, o juiz está autorizado a absolver o réu, sendo a presunção do legislativo afastada.

É o caso, por exemplo, do crime de incêndio:

PENAL – INCÊNDIO – CRIME NÃO CONFIGURADO – RECURSO PROVIDO. Sem a existência de perigo para a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, não se configura o crime de incêndio.⁹

Ou seja, em resumo, para que haja uma condenação pelo cometimento de um crime de perigo concreto, faz-se necessário que haja um perigo concretamente provado, e não somente presumido.

Já nos crimes de perigo abstrato a presunção de perigo é **absoluta**, ou seja, não cede diante de evidência de que o fato em si não apresentou perigo. Não adianta verificar *ex post factum* se o fato foi ou não perigoso, pois sua presunção é absoluta.

Possuem essa técnica legislativa as leis (Lei n. 11.705/2008 – Lei Seca, Lei n. 11.343/2006 – Lei Antidrogas, Lei n. 11.105/2005 – Lei de Biossegurança, Lei n. 10.826/2003 – Estatuto do Desarmamento).

Nesses crimes há uma causalidade geral, ou seja, uma correlação ente uma classe de comportamentos que habitualmente desaguam numa classe de resultados que o legislador quer evitar.

Em geral, os crimes de perigo abstrato não apresentam menoscabo para o bem jurídico, mas há o perigo de dano. Quando no tipo penal o legislador cita o bem jurídico protegido, se trata de crime de perigo concreto.

Os crimes de perigo abstrato possuem desvalor de resultado. É que quando o tipo penal não cita o bem jurídico, há uma presunção absoluta de que há perigo, afinal o judiciário não pode analisar se houve mesmo ou não perigo, porque a presunção é absoluta, visto que o legislador se apega a uma **causalidade geral**: correlação de uma espécie de comportamento que desagua num grupo de resultados lesivos. Essa causalidade geral pode vir da estatística, regras de experiência e ciência, como por exemplo dirigir embriagado.

É com razão que o legislador incrimina a conduta desta forma: alguém pode querer afirmar que é muito cuidadoso quando está dirigindo bêbado (até mais cuidadoso do que quando não bebe, porque sabe da sua condição comprometida), e conta com isso para que não bata o carro e machuque alguém.

Mas o direito penal não pode ser o direito penal da sorte. Não cabe ao judiciário decidir se naquele específico caso concreto houve de fato um perigo ou não, porque é uma presunção absoluta do legislador, levando em conta os 3 filtros, de que a conduta é perigosa.

É evidente que a prova de perigo concreto seria um caminho inviável. No entanto, esses filtros da causalidade geral têm que ser verificados. Por exemplo, o crime ambiental de venda de motosserra sem licença, não há nenhum índice afirmando que há mais desmatamento com o uso de motosserra com ou sem licença. O que se protege aqui, não é o meio ambiente, e sim a licença, porque não há correlação estatística entre a licença e a taxa de desmatamento.

Um exemplo de perigo abstrato é o caso do crime de dirigir sob influência do álcool, artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Para que haja a condenação por este crime, basta que seja constatado o álcool no sangue enquanto o sujeito dirige, não importando ou não se ele está de fato produzindo perigo no caso concreto.

No entanto, para estabelecer essa relação entre comportamento e resultado, o legislador precisa utilizar 3 filtros: Estatística, Regras de experiência, e Ciência, sendo necessário apenas um desses filtros.

O legislador não pode simplesmente inventar que determinado comportamento é perigoso, ele precisa ter uma base firme. No caso de dirigir embriagado, há estatísticas demonstrando que o risco de ocorrer acidentes é maior, assim como a ciência e as regras de experiência demonstram como nossos reflexos ficam mais lentos.

No entanto, os crimes baseados no princípio da precaução não precisam se enquadrar em nenhum dos 3 filtros indicados, e por isso, segundo alguns autores, não poderiam ser aceitos como crimes, visto que lhes falta a tipicidade material. É o que abordaremos no próximo capítulo.

3.2 CRIMES BASEADOS NO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

O princípio da precaução na verdade tem origem no Direito Ambiental, ramo este que se preocupa muito em impedir que desastres naturais ocorram, visto que muitos destes podem ser

ambientalmente irreversíveis. Ele surge na Alemanha na década de 60, onde “era determinada uma obrigação de agir diante de uma ameaça de danos ambientais irreversíveis, mesmo que os conhecimentos científicos até então acumulados não confirmassem tal risco”.¹⁰

Com a sociedade contemporânea e o modo de produção capitalista atual, os riscos se tornaram incontrolláveis e desconhecidos, dessa forma, passou-se a utilizar este princípio, como uma alternativa de regular os riscos das atividades.

No Brasil este princípio foi sendo adotados aos poucos, sendo incorporado na legislação e na construção de decisões judiciais primeiramente com a Lei de Biossegurança, 11.105/2005.

Internacionalmente, esse princípio já apareceu desde a Declaração de Estocolmo de 1972 (Declaração sobre o Ambiente Humano), e posteriormente, na Carta de Direito e Deveres Econômicos dos Estados, da ONU, de 1974, aparecendo posteriormente também na Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, no Princípio 15: “A fim de proteger o meio ambiente, abordagem preventiva deve ser amplamente aplicada pelos Estados, na medida de suas capacidades.”¹¹

Os crimes baseados no princípio da precaução são criados diante de incerteza científica de que dada classe de comportamento seja capaz de produzir dada classe de resultado, mas havendo possibilidade de sua ocorrência, a lesão pode ser de tanta magnitude que se tornará irreparável.

Portanto, diante de uma questão de sustentabilidade, se proíbe o comportamento desde já. É o exemplo do uso tecnologia de uso restrito, as OGM, que são usadas para tutelar o meio ambiente, a reprodução das plantas, regeneração das espécies nativas.

Não é certo que proibi-los possa um dia afetar tanto o meio ambiente a ponto de acabar com a reprodução da planta. Mas se isso acontecer, geraria um dano gigantesco, irreparável. Observa-se que não há maturidade científica até o presente momento para informar se a conduta é ou não é perigosa, o que afrouxa tanto a lesividade a ponto de ser questionável a sua constitucionalidade. Por isso que alguns autores, o princípio da precaução representa a morte do princípio da lesividade.

É importante frisar, no entanto, que os crimes criados diante do princípio da precaução são o oposto dos crimes de perigo abstrato. É que nos crimes de perigo abstrato há certeza científica baseada em fatos, estatística, e se não houver, o crime não é legítimo. Mas quando se trata de princípio da precaução, desde já não há certeza de lesão ao bem jurídico, visto que para ele existir há justamente essa incerteza, porque se houver certeza, será crime de perigo abstrato.

A grande reflexão que a doutrina se presta a fazer é quanto ao princípio da lesividade, visto que a possível lesão é tão distante do dano que nem se sabe se ele ocorrerá, portanto como poderemos punir uma conduta em meio a tanta dúvida? Será que há violação ao princípio da lesividade?

4 HÁ POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO DENTRO DO DIREITO PENAL?

Diante dos princípios fundamentais do Direito Constitucional Penal, como Legalidade, Vedação ao excesso, Lesividade, parece muito estranho que um crime possa ser considerado legítimo diante dessa ausência de confirmação científica de que realmente seja capaz de lesionar algum bem jurídico, visto que não pode haver pena sem lesão. É que nesse caso afasta-se a tipicidade material, e se exclui o crime.

Em Direito Penal, a lesão pode ocorrer por dano ou perigo de dano, mas no princípio precautório não se tem certeza nem do perigo, o que existe é uma presunção de perigo:

Não será arbitrária e, portanto, indevidamente ofensiva ao direito fundamental à liberdade a incriminação baseada numa presunção de perigo a um bem jurídico? Mas, por outro lado, não será ineficaz um direito penal que desconsidere novas e variadas formas de agressão de novos e variados bens jurídicos como o meio ambiente e a ordem econômica, sem olvidar de tradicionais bens como a fé pública e a saúde pública, os quais não raramente reclamam uma tal forma de tutela? ¹²

Autores que defendem esse instituto afirmam que o conhecimento científico não consegue acompanhar a tecnologia produzida em seus variados aspectos, o que torna impraticável as estratégias públicas e privadas de contenção do risco com as informações que possui, por isso devemos contar com o princípio da precaução, ainda mais vivendo numa sociedade de risco.

Mas como o Direito Penal pode conviver harmonicamente com o Princípio da Precaução, sendo que não há certeza científica de que tal crime possa causar alguma lesão a bens jurídicos? Afirma-se que no princípio da precaução se exige a constatação de um indício de risco, uma suspeita de periculosidade, percepções de risco. Por conta dessa subjetividade, há dificuldade de se encontrar a medida certa de onde há justificativa para a criação de norma proibindo ou restringindo o produto ou serviço que está sendo suspeito e quando não. Dessa forma, o discurso

político, econômico e social obtém controle do que deve ser ampliado ou limitado, dependendo do seu interesse.

Assim, diante das possíveis medidas de precaução (restrição ou vedação), caberá ao gerente de riscos determinar a mais adequada, sob um prisma de razoabilidade e proporcionalidade, porque segundo BOTTINI¹³, “quanto menor o indício de periculosidade, menor a intensidade e a drasticidade das medidas impingidas.”

Mas o autor atenta que é impossível a aplicação da proporcionalidade, porque o risco do produto ou serviço é desconhecido. Logo, “a ausência de conclusões definitivas sobre os riscos impede que sejam adotados critérios claros de proporcionalidade para quantificar e qualificar as medidas de precaução impostas”¹⁴

O que é central nessa análise do princípio da precaução é a utilização do direito penal como mecanismo de efetivação das normas, para fortalecer o sistema de gerenciamento de riscos, e para responder às demandas sociais por mais controle. Assim, a tutela penal não antecipa somente o resultado lesivo, mas antecipa-se a própria constatação do risco.

Segundo Pierpaolo¹⁵, “o tipo penal da precaução afetará, justamente, as atividades cuja periculosidade não é reconhecida pela ciência nem pelas evidências estatísticas, mas cuja contenção é exigida por uma sociedade apavorada com os efeitos potenciais e ocultos das novas tecnologias”.

O mesmo autor afirma que o Direito Penal de um Estado Democrático de Direito tem por missão proteger a dignidade humana, de forma que o conceito de bem jurídico está atrelado a isso, ou seja, bem jurídico será todo elemento indispensável ao livre desenvolvimento do indivíduo dentro de um sistema social orientado para a autodeterminação, para a garantia da pluralidade e da liberdade democrática.

Nota-se, portanto, que bens jurídicos supraindividuais, como o meio ambiente e a ordem econômica são protegidos mediante tutela de perigo, e não de dano: a antecipação do momento da tutela penal, em vez de se esperar pelo dano ou mesmo pelo perigo concreto já se ataca antes na perspectiva do perigo abstrato e ainda antes do perigo abstrato, se abre a possibilidade de proibir o comportamento em nome do princípio da precaução- coíbem comportamentos que não se sabe se podem ser lesivos ou não – e não sabendo já se pune, porque uma vez lesiva a magnitude de lesão é muito grande:

Quanto aos bens jurídicos coletivos, há forte embate entre respeitadores autores, no que diz com sua tutela por meio da intervenção penal, recebendo expressiva e especial contestação da Escola de Frankfurt. No entanto, cabe referir que doutrinadores, mesmo aqueles adeptos do direito penal liberal-garantista e do direito penal mínimo, têm ressaltado a importância dos bens coletivos ou transindividuais e os considerados como de hierarquia superior.¹⁶

A interpretação mais acertada acerca do tema parece ser a de que o princípio da precaução não pode estar dentro do Direito Penal. O direito penal só pode ir até o perigo abstrato, onde há certeza científica sobre o resultado da conduta.

Quando se fala em não utilização do Direito Penal, não se está falando que não haverá nenhum tipo de responsabilidade, apenas se está dizendo que não será uma responsabilidade penal. Dependendo do contexto, uma sanção administrativa pode servir como freio ao cometimento da conduta.

O que não se pode fazer é bagunçar toda uma estrutura principiológica com buscas a punir comportamentos a qualquer custo. Outros ramos do direito podem dar conta disso.

Talvez seja mais interessante à sociedade uma reparação monetária por parte da Vale do que a prisão dos responsáveis no caso de Brumadinho, visto que a prisão dos mesmos não faz com que se volte ao *status quo ante*.

Dessa forma, não parece haver espaço dogmático para encaixar o Princípio da Precaução, vazio de lesividade, dentro do Direito Penal.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Fica demonstrado, diante do contexto da sociedade de risco, a necessidade de se proteger a vida humana e o meio ambiente das agressões externas que fogem do nosso controle.

Para tal finalidade, a sociedade conclama mais proteção através do ramo penal, que é o ramo mais repressivo do Direito, e que possui as penas mais restritivas. O legislador brasileiro, tentando resolver o pleito social, cria crimes de perigo abstrato e crimes tipificados através do princípio da precaução, causando a expansão do Direito Penal e a sua Administrativização.

É que o Direito Penal não pode ser usado como meio para fazer com que o Direito Administrativo seja respeitado, porque possui princípios próprios incompatíveis com o outro ramo,

e por ter as penas mais invasivas à liberdade humana, precisa que seus princípios sejam duramente respeitados a fim de evitar arbitrariedade e lesões ao Estado Democrático de Direito.

Como demonstrado no terceiro capítulo, os crimes tipificados através do Princípio da Precaução se mostram ilegítimos porque carecem de tipicidade material, visto que possuem seu conteúdo de injusto completamente esvaziado, afinal de contas nem a ciência tem conhecimento se aquele comportamento tipificado pode causar alguma lesão à algum bem jurídico, o que apunhala o princípio da lesividade, tão caro ao Direito Penal.

Em resumo, os crimes baseados em precaução são ilegítimos porque carecem de tipicidade material, e em relação àqueles que já existem no ordenamento jurídico, enquanto não for declarada sua inconstitucionalidade, caberá ao intérprete (juiz) avaliar se no caso concreto houve ou não efetiva periculosidade ao bem jurídico, só assim respeitando a dignidade humana, o meio ambiente e o Estado Democrático de Direito.

O Direito administrativo pode utilizar o Princípio da Precaução, não existe nenhum impasse. Mas o Direito Penal só pode ir até o perigo abstrato, onde há certeza científica.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. Entrevista com Ulrich Beck: Incertezas fabricadas. Sociedade do risco: O medo na contemporaneidade. São Leopoldo, 22 de maio de 2006. p.8. Disponível em: <https://www.ihuonline.unisinos.br/media/pdf/IHUOnlineEdicao181.pdf>.

BECK, Ulrich. **O que é globalização?** 2. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1999. p. 41

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Op cit., p. 23.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal- Parte Especial**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1996. p. 222.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 9ª edição, 1985, pág. 174.

GIDDENS, Anthony. **O mundo em descontrole**. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007. p. 14.

ROSSATO, Elisiane Rubin. **Os direitos fundamentais como amparo ao princípio da precaução**. Estudos jurídicos, Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale dos Sinos, vol. 35, n. 94, p. 5-26, 2002.)

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. Op Cit.,p. 15.

SZESZ, André. A segunda velocidade do direito penal (Jesús- María Silva Sanchez): Crítica a partir de uma ótica latino-americana. In: CÂMERA, Luiz Antonio. **Crimes contra a ordem econômica e tutela de direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 57

TJ-SC – APR: 103069 SC 1997.010306-9, Relator: Amaral e Silva, Data de Julgamento: 26/02/1998, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação criminal n. 97.010306-9, de Capinzal.)