

A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PENAL COMO REFLEXO DA SOCIEDADE DE RISCO

THE ANTICIPATION OF CRIMINAL PROTECTION AS A REFLECTION OF THE RISK SOCIETY

Letícia Franchin¹

RESUMO: Vivemos em uma sociedade onde os riscos são sistematicamente produzidos e adquirem dimensões globais. As bases sociais reinventam-se a partir do próprio progresso, o que causa nítidos impactos no setor normativo-político, evidenciando o Direito Penal como ferramenta de gestão de situações de riscos através dos chamados crimes de perigo abstrato, cuja utilidade e impactos serão brevemente analisados no presente trabalho.

ABSTRACT: We live in a society where risks are systematically produced and take global dimensions. The social bases are reinvented from the progress itself, which causes clear impacts in the normative-political sector, evidencing Criminal Law as a tool for managing risk situations through the so-called abstract danger crimes, whose the usefulness and impacts will be briefly analyzed in the present work.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Crime de Perigo Abstrato. Sociedade de Risco. Prevenção. Precaução.

KEYWORDS: Criminal Law. Abstract Danger Crime. Risk Society. Prevention. Precautionary.

DATA DE RECEBIMENTO: 25/03/2020

DATA DE APROVAÇÃO: 18/06/2020

INTRODUÇÃO

Atualmente vivemos em uma sociedade onde os riscos são sistematicamente produzidos a partir da própria modernização. Neste contexto, as ameaças produzidas pela própria humanidade adquirem dimensões globais e acabam por reconfigurar toda a organização social, fazendo nascer o que Ulrich Beck chamou de sociedade de risco, cujos impactos são perceptíveis no ramo do Direito Penal. Isto porque o Direito Penal é o instrumento normativo e coercitivo do Estado fundamental na regulamentação da vida em sociedade, estabelecendo

¹ Advogada graduada em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (2016). Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior de Advocacia da OAB/SP (2019). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1490817917157453>. Contato: le.franchin@gmail.com.

íntima relação com as bases sociais. Assim, tal ramo do direito mostra-se indissociável das mudanças sofridas nas últimas décadas.

De maneira geral, as tendências da sociedade de risco fazem surgir novos aparatos repressores do Estado, refletindo na premente necessidade de antecipação de efeitos danosos a partir de riscos potenciais. Surge, então, a antecipação da tutela estatal a partir da tipificação de condutas que geram perigo abstrato ou presumido, um dos maiores símbolos deste novo estágio social em termos de normatividade criminal.

O presente trabalho busca, sobretudo, uma breve análise das mudanças deste aparato coercitivo num contexto global de risco, em especial quanto à necessidade de criação e manutenção de tais tipos incriminadores no ordenamento jurídico.

Ressalta-se que o tema é de suma importância para a atualidade, pois, em que pese uma análise pontual da problemática dos crimes de perigo abstrato, as implicações da sociedade de risco irradiam-se por toda a ciência jurídica penal, confrontando suas bases.

1 A SOCIEDADE DE RISCO

A teoria da sociedade de risco desenvolvida por Ulrich Beck nasce a partir de um contexto de globalização, isto é, tem como plano de fundo a integração internacional econômica e social. Afirma o autor que o conceito da sociedade de risco significa uma nova fase de desenvolvimento da sociedade moderna na qual os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem, cada vez mais, a escapar às instituições da sociedade industrial.²

Entre as características peculiares da sociedade de risco está a preocupação não com a distribuição de riquezas ou bens como até então ocorria, mas sim com a distribuição de ameaças sistematicamente produzidas, faceta que, aliás, confere aspecto democrático ao estágio social eis que as ameaças não se limitam a quaisquer barreiras sociais ou etnográficas.³

² BECK Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Oeiras: Celta, 2000. p. 05

³ GUIVANT, Julia. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. *In: Revista semestral de ciências sociais aplicadas ao estudo do mundo rural*.

A sociedade de risco surge, portanto, como um estágio em que os riscos industriais se tornam nítidos e suscitam acaloradas discussões sobre sua limitação, impondo a reflexão sobre os modelos de desenvolvimento e responsabilidade, o que impacta, sobretudo, a área do Direito⁴.

Além da distribuição e gerência de ameaças, a sociedade de risco, ao impor necessariamente a reconfiguração de estruturas organizacionais partir dos riscos que ela mesma produz, extrapola os ideais de segurança até então conhecidos resultando no abalo das certezas antes conhecidas. Assim, no contexto da sociedade globalizada de risco, os métodos das ciências sociais falham ante a imprevisibilidade e vastidão dos riscos que estão sendo constantemente produzidos pelo próprio processo de modernização⁵.

Em linhas gerais, a sociedade analisada por Beck pode ser entendida como um modelo social em que os riscos sistematicamente produzidos no período industrial adquirem contornos mais visíveis e acabam por questionar os paradigmas institucionais de segurança e responsabilidade até então utilizados. A partir de tal transformação, nota-se um fenômeno de constante modificação em que o desenvolvimento democrático toma o lugar dos conhecimentos científicos e políticos, o que, por sua vez, acarreta a produção de novos riscos.

1.2 MODERNIZAÇÃO REFLEXIVA E A CRIAÇÃO DE NOVOS RISCOS

O processo de emergência da sociedade de risco passa pelo que Beck chama de modernização reflexiva. O autor afirma que a modernização reflexiva significa a “possibilidade de uma (auto) destruição criativa de toda uma época: a da sociedade industrial. O ‘sujeito’ dessa destruição criativa não é a revolução, nem a crise, mas a vitória da modernização ocidental”⁶.

Sobre o processo de modernização reflexiva, este diverge substancialmente da modernização simples vivenciada no período industrial, uma vez que a modernização reflexiva representa uma quebra no próprio processo de

⁴ BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo, respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 178

⁵ BECK Ulrich; GIDDENSM, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva:** política, tradição e estética na ordem social moderna. Oeiras: Celta, 2000. p. 08

⁶ Ibid. p. 02

desenvolvimento, uma descontextualização seguida de uma recontextualização de formas e estruturas organizacionais sociais.⁷

No contexto de alteração de bases sociais, a sociedade de risco, impulsionada pelo sistema de produção capitalista, sofre a reformulação geral e abrupta de suas bases. O progresso assume um papel de destaque pois tende a se transformar em autodestruição em virtude do próprio processo de modernização e é neste ponto que se percebe a face peculiar da modernização reflexiva⁸.

A modernização reflexiva também é chamada por Beck de “modernização da modernidade” exatamente por representar a sucessão de mudanças sociais a partir da instalação de uma nova modernidade e, neste contexto, a própria atividade humana progressista gera a transposição de tipos organizacionais sociais, destruindo seus próprios fundamentos⁹.

Em outras palavras, a modernização reflexiva é um tipo de modernização na qual a destruição e a reintegração das formas sociais clássicas ocorrem pela própria modernidade. Destarte, pode-se afirmar que um tipo de modernidade destrói e consome a outra ao passo em que seus aspectos sociais e econômicos vão se desenvolvendo. Contudo, substancialmente diferente do que ocorreu na transição da sociedade agrária para a industrial, a modernização analisada por Beck conduz-se diretamente pelos resultados da própria modernização¹⁰.

Destaca-se ainda que, na sociedade de risco, a configuração da sociedade através da modernização reflexiva obedece a etapas distintas. Um primeiro momento é afeto à produção e legitimação dos riscos como residuais, sem que haja um debate público ou cognição política sobre o assunto. Avançando, o segundo estágio refere-se à eclosão de debates políticos e privados acerca dos riscos, contudo, sem que isto barre o modo de produção industrial¹¹.

Nota-se, portanto, que, superado o processo de modernização simples, a modernização reflexiva nos conduz para um tipo inédito de sociedade, com a prevalência de riscos até então despercebidos, em que os padrões institucionais de responsabilidade e contenção de ameaças são desafiados.

⁷ Ibid. p. 08

⁸ BECK Ulrich; GIDDENSM, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. Oeiras: Celta, 2000. p. 03.

⁹ *Id. Ibid.*, p. 04

¹⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e Direito Penal**: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 30

¹¹ BECK Ulrich; GIDDENSM, Anthony; LASH, Scott. *Op. Cit.*, p. 05

Modernamente, contudo, percebe-se um movimento ainda mais intenso de reformulação profunda do modelo organizacional social, o que é chamado por Beck de metamorfose do mundo. A ideia de metamorfose carrega consigo uma concepção de alteração muito mais profunda e abrupta que a de mera mudança social. Implica na ruptura de certezas mantidas inclusive em cenários de mudança social, o que conduz a um panorama completamente novo e diverso, sendo que o fator propulsor da metamorfose reside exatamente nos efeitos da própria modernização¹².

Neste contexto globalizado de produção de riscos, a partir de um processo reflexivo, verifica-se a transposição de barreiras fronteiriças entre países. A humanidade passa a orbitar e se organizar em torno do mundo de riscos, dissolvendo fronteiras geográficas para se converter em uma nova realidade completamente nova. O modelo tradicional de mundo subdividido em nações entra em declínio, perdendo as certezas e os estandartes de poder que antes mantinha como paradigma, organizando-se em uma nova lógica completamente globalizada, e neste ponto, aqueles que não se inserem no novo contexto são abandonados¹³.

Segundo Beck, a sociedade de risco é próprio produto e também agente da metamorfose, o que pode ser observado a partir da ocorrência de dois processos de criação distintos: a modernização relativa ao progresso, inovação e distribuição de benefício e, por outro lado, a modernização e criação de novos males. Ambos os processos, que ocorrem de maneira reflexa, apesar de direcionados de formas distintas, estão interligados não pelo fracasso do processo de modernização, mas pelo seu próprio sucesso¹⁴.

É a partir da síntese destes dois aspectos da modernização que é possível verificar a materialização da metamorfose do mundo¹⁵, ou seja, da transformação abrupta do modo de viver em sociedade a partir do próprio processo de modernização. Há de se destacar, no entanto, a existência de três aspectos, ou

¹² Pontua o autor que “A metamorfose do mundo significa mais do que um caminho evolucionário de fechado para aberto, e é também algo diferente disso; significa mudanças extraordinárias de visões de mundo, a reconfiguração da visão de mundo nacional. Não se trata, contudo, de uma mudança de visões de mundo causada por guerras, violência ou agressão imperial, mas pelos efeitos colaterais da modernização bem-sucedida, como digitalização ou a previsão de catástrofe climática para a humanidade.” *In*: BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo**: novos conceitos para uma nova realidade. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 18.

¹³ *Id. Ibid.* p. 19.

¹⁴ *Id. Ibid.* p. 94.

¹⁵ *Id. Ibid.* p. 94.

dimensões, distintas do processo de metamorfose: a metamorfose categórica, a institucional e a normativo-política.

A primeira delas se refere à própria visão de mundo e à reconfiguração das noções organizacionais a partir das classes de riscos. Assim, orientações geográficas não são mais as bases para análise da organização do planeta. Por outro lado, a metamorfose institucional refere-se ao estar no mundo e trata do fracasso das antigas instituições frente a um novo contexto, marcando-se pelo abismo entre expectativas e problemas percebidos¹⁶.

A vertente que aqui nos interessa diz respeito à normativo-política. Tal aspecto refere-se ao próprio processo de criação política e de normas a partir da antecipação de males e riscos globais¹⁷. No mundo em metamorfose, o próprio papel normativo se transforma e o antigo paradigma de criação e função das normas se quebra pois o processo de metamorfose significa, exatamente, o surgimento abrupto de situações impensadas, tornando certezas sólidas ineficazes frente às novas situações¹⁸.

É certo, portanto, que o processo de desenvolvimento acarretou a dificuldade de estabelecer critérios de responsabilização, contenção e legitimação de aparatos efetivos no combate de novas ameaças, o que certamente repercute na esfera do Direito Penal, impondo a necessidade de repensar os aparatos disponíveis até então para contenção de riscos.

Ao tentar explicar os conceitos envolvidos na construção da sociedade de risco e seu impacto, Luciana Carneiro da Silva destaca os desafios a serem enfrentados pelas instituições sociais em face do progresso tecnológico no processo de criação dos novos riscos, legitimando-os em prol da modernidade¹⁹.

A partir do momento em que estas ameaças são percebidas, elas se tornam questões políticas, fazendo nascer esforços para criação de mecanismos de controle e distribuição de riscos. Neste diapasão, é possível diferenciar os riscos controláveis

¹⁶ BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo**: novos conceitos para uma nova realidade. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 103.

¹⁷ Ibid. p. 103

¹⁸ Ibid. p. 58.

¹⁹ Afirma a autora que “exsurge a constatação de que tanto a emergência da sociedade do risco deuse sob a benção das instituições de controle e de proteção da sociedade industrial quanto a evidência de os riscos tecnológicos surgidos desafiarem hoje essas mesmas instituições, como ciência, administração estatal, política e *direito*, que, inclusive, legitimaram a criação desses riscos”. In: SILVA, Luciana Carneiro da Silva. Perspectivas Políticos-Criminais Sob o Paradigma da Sociedade Mundial do Risco. In: **Revista liberdades**. São Paulo: IBCCRIM, 2010. p. 90.

dos incontrolláveis e são estes últimos que colocam em questionamento toda a confiança no conhecimento científico até então desenvolvido²⁰, impondo a necessidade de criação de modelos de contenção, limitação e distribuição de riscos.

Surge, então, a problemática da aferição de responsabilidade pela criação dos riscos no bojo do processo de modernização, providência que é obstaculizada, além da mudança no perfil dos riscos, pela complexidade das relações de causalidade, o que representa um grande impasse em termos de responsabilização efetiva dos agentes causadores dos riscos.²¹

Neste mesmo sentido, pontua Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves que a transformação social analisada por Beck traz ao Direito Penal controvérsias a serem solucionadas, tornando os pressupostos penais clássicos insuficientes frente às novas situações a serem controladas²².

Assim, os instrumentos de normatização são impactados pelas novas tendências modernas porquanto não mais se adequam à complexidade que se desenvolveu nas relações de responsabilização. Tais mudanças transcendem os modelos já estabelecidos, o que pode levar ao surgimento de críticas ao modo de responsabilização vigente e, ainda, à criação de novos parâmetros a serem seguidos pelo Direito.

2 O DIREITO PENAL NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Diante do quadro social de produção em massa de riscos e a necessidade de transformações nas instituições a fim de conter as novas ameaças, o Direito Penal sofre impactos expressivos. Tal fato surge da percepção de que a clássica concepção de tutela penal repressiva é inconveniente em face das mudanças sociais, evidenciando a maior necessidade de integração entre valores oriundos da

²⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais.** p. 37

²¹ *Id. Ibid.*, p. 61

²² Afirma a que: “existe, nesse momento, a possibilidade de substituição de um paradigma mais antigo por um novo, incompatível com o anterior, podendo-se dizer que o direito penal está diante de uma possível revolução científica. Isto, porque a ideia da sociedade de risco, assim denominada por Ulrich Beck, suscita, para o direito penal, problemas inusitados e incontornáveis. Anuncia-se o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para a existência individual e comunitária ou provinham de acontecimentos naturais, para os quais a tutela do direito penal é incompetente, ou tinham origem em ações humanas próximas e definidas, onde era suficiente a tutela dispensada aos clássicos bens jurídicos individuais”. NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho das. *A criminalidade na sociedade pós-moderna: globalização e tendências expansionistas do direito penal.* In: **Revista de ciências penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais Online, 2006. p. 03.

política criminal na formação da teoria do delito, fator que torna o Direito Penal mais ventilado e aberto aos problemas da realidade, traduzindo-se na expansão do Direito Penal²³.

O modelo clássico de responsabilização penal adotado, pautado essencialmente nos princípios da mínima intervenção, subsidiariedade, taxatividade, proteção aos bens jurídicos individuais e presunção de inocência, em certa medida, representa óbice ao combate aos crimes dentro do contexto da sociedade de risco, onde predomina a maior complexidade entre os vínculos de nexo de causalidade e resultado danoso e a necessidade de antecipar lesões que podem gerar danos a níveis globais²⁴.

Na tentativa de elencar pontualmente os motivos pelos quais se faz imperiosa a mudança paradigmática no Direito Penal, Flávia Goulart Pereira destaca as principais causas do movimento expansionista do Direito Penal como: a aparição de novos bens jurídicos decorrentes de novas realidades; o surgimento de novos riscos a partir da sociedade pós-industrial; um processo de institucionalização da insegurança nas relações entre indivíduos e a difusão da sensação de insegurança, fato este que gera uma maior demanda social pela intervenção estatal; a configuração social majoritária de sujeitos passivos dos crimes praticados gerando uma maior identificação social com a vítima e; o descrédito em relação aos outros meios estatais de proteção²⁵.

O Direito Penal, portanto, necessita de medidas inovadoras para conter as novas demandas, o que pode traduzir-se em “criminalidade moderna”, conceito peculiar por possuir traços mais coletivos do que a concepção tradicionalmente fixada de criminalidade, atingindo bens jurídicos coletivos e causando danos pouco perceptíveis à primeira vista, caracterizando-se por um modo de execução não violento, tais como os crimes ambientais, a criminalidade econômica e o comércio ilegal internacional²⁶.

Assim, destacam-se entre as principais tendências do processo de adaptação dogmática do Direito Penal às expectativas da sociedade em meio a criminalidade moderna: (i) a ampliação da concepção de bem jurídico; (ii) o

²³ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Op. cit.* São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 92.

²⁴ *Id. Ibid.*, p. 97.

²⁵ PEREIRA, Flávia Goulart. Os crimes econômicos na sociedade de risco. *In: Doutrinas essenciais de direito penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais Online. p. 01.

²⁶ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Op. cit.*, p. 97.

alargamento da tutela penal a partir do abandono da lesão ao bem jurídico como fonte de gravitação da responsabilidade, antecipando possíveis danos; (iii) uma nova conceituação da “culpabilidade” que possa abranger não só a pessoa física mas também a jurídica²⁷.

Destarte, o movimento expansionista do Direito Penal decorre da clara necessidade social de abarcar situações desconhecidas de risco produzidos pelo próprio processo de modernização, evitando o colapso de suas bases, e entre as mais marcantes vertentes de tal tendência encontra-se a ampliação da tutela penal a partir do abandono da noção de dano efetivo e a valorização do caráter preventivo da norma, como se verá a seguir.

2.1 DA PREVENÇÃO DE NOVOS RISCOS A PARTIR DA TUTELA PENAL

Com a produção de novos riscos que podem levar a uma situação catastrófica de dano, a sociedade de risco demanda o estabelecimento de padrões de segurança de caráter antecipatório, exigindo esforços do poder estatal para prevenir riscos de lesão, o que pode ser chamado de antecipação da tutela penal.²⁸

Neste contexto, o Direito Penal orienta-se no sentido de atuar antes mesmo da concretização de um dano ao bem jurídico, criando tipos incriminadores pautados na antecipação da intervenção estatal, cujo maior exponencial no ordenamento é o tipo incriminador de perigo abstrato.

Os crimes de perigo abstrato podem ser definidos como tipos incriminadores que possuem o perigo inserido na própria conduta. Isto é, tratam de ações que possuem o risco de lesão como própria motivação, sendo qualificados pela doutrina majoritária como uma mera presunção jurídica da criação de um risco à determinado bem.²⁹

Pierpaolo Cruz Bottini define os crimes de perigo abstrato como uma “técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas independentemente da produção de um resultado externo”. Assim, nesta

²⁷ *Id. Ibid.* p. 99.

²⁸ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais.** p. 129.

²⁹ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 72.

modalidade delitiva sequer existe menção ao resultado externo que pode vir a ocorrer³⁰.

Um dos maiores exemplares dos tipos incriminadores de perigo abstrato é o delito previsto no art. 29 da Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, que trata da atividade predatória de espécimes da fauna de maneira irregular³¹. O bem jurídico expresso na norma é a fauna silvestre, de modo que a atividade predatória presume uma situação de perigo em relação ao ecossistema de modo geral, impondo a atuação preventiva do Estado³².

Sobre o tema, Bottini afirma que os crimes de perigo abstrato constituem elemento central do Direito Penal na modernidade, principalmente pelo alto potencial lesivo de certas atividades desenvolvidas modernamente. O que se busca na sociedade de risco é a contenção de novas condutas geradoras de risco, afastando-se o paradigma clássico de repressão de lesões a fim de evitar a própria conduta, em viés claramente preventivo³³. Neste contexto, a norma incriminadora surge como antecipação da tutela, sob uma ótica preventiva, o que se corresponde perfeitamente com o teorizado por Ulrich Beck.

A existência de tipos incriminadores pautados na criação abstrata de situações potencialmente perigosas alinha-se com a necessária adaptação do aparato repressor do Estado decorrente do processo de modernização, considerando ainda que as atividades de consumo, produção e circulação de mercadorias são, essencialmente, atividades causadoras de potenciais riscos, vez que atingem quantidade indeterminada de pessoas, demandando a adaptação do aparato repressor do Estado³⁴.

Tal medida justifica-se, sobretudo, pelo surgimento dos bens jurídicos coletivos, haja vista a dificuldade em limitar as vítimas do ato ilícito. Cita-se, por exemplo, as lesões ao meio ambiente, ordem tributária, saúde pública, conceitos que guardam certa abstração, o que se coaduna melhor com os objetivos pretendidos pelos crimes de perigo abstrato. É oportuno assinalar que, na atual sociedade, a intensificação das relações de consumo e produção não oferece

³⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 87.

³¹ BRASIL. **Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998**, 1998.

³² THOMÉ, Romeu. **Manual de direito ambiental**, p. 720.

³³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Op. cit.** p. 118.

³⁴ *Id. Ibid.* p. 118.

critérios seguros à responsabilização, fator que contribuiu imensamente para uma tutela penal diferenciada através da inibição da conduta³⁵.

A antecipação da tutela penal a partir da criação de delitos de perigo abstrato surge, portanto, como uma medida a potencializar a efetividade do Direito Penal como meio de contenção e repressão de riscos. A legitimidade do próprio delito de perigo abstrato reside na possibilidade de gozo pleno dos bens jurídicos de forma despreocupada e segura. Assim, a própria segurança converte-se em bem jurídico na sociedade de risco, justificando a antecipação da tutela penal a fim de resguardá-la³⁶.

Chama atenção, contudo, que a base do ideal de proteção contido na antecipação da tutela penal inevitavelmente repousa no princípio da precaução, segundo o qual as políticas públicas voltadas ao meio ambiente e proteção da saúde ou da segurança devem antecipar e prevenir eventuais lesões³⁷.

Historicamente, o princípio da precaução se desenvolveu na Alemanha, em torno dos anos 60, como um instrumento de proteção ambiental. Com o progresso científico e tecnológico, e a conseqüente incorporação de novos e maiores riscos à sociedade, os sistemas de gestão de risco tornaram-se obsoletos porquanto se apoiavam no patamar de risco conhecido. Assim, a orientação do Estado através do princípio da precaução surgiu como uma alternativa para administrar riscos, extrapolando a questão ambiental³⁸.

O princípio da precaução volta-se, portanto, ao dever estatal de antecipar riscos a um custo social e economicamente suportável, reduzindo as ameaças a um nível aceitável ou as eliminando completamente. Ocorre, entretanto, que o princípio da precaução não se baseia em certezas científicas, mas sim na eventualidade da concretização de danos graves e irreversíveis³⁹.

A precaução atua diante da ausência de certeza científica, sendo definida por um critério negativo, ou seja, engloba tudo aquilo em que não existe certeza⁴⁰. Neste diapasão, o princípio da precaução surge como um elemento central na

³⁵ *Id. Ibid.* p. 121.

³⁶ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005. p. 134.

³⁷ *Id. Ibid.*, p. 136.

³⁸ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 51

³⁹ CASABONA, Carlos María Romeo. Contribuições do Princípio da Precaução para o Direito Penal. *In: Revista de estudos criminais*, v. 5 Doutrina Estrangeira. p. 38.

⁴⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Op. cit.** p. 54

administração de novos riscos, mas guarda caráter duvidoso eis que a ausência de aparato científico pode ocasionar arbitrariedades por parte do poder estatal, permanecendo acaloradas as discussões sobre a viabilidade de sua inserção na esfera penal⁴¹.

Diante da tal problemática, imperioso chamar atenção para a diferenciação entre o que vem a ser prevenção e precaução. Neste sentido, Cláudio do Prado Amaral afirma que a prevenção, desde muito abraçada pelo ordenamento jurídico brasileiro nas questões de índole ambiental, possui um conceito mais restrito que o de precaução, pautando-se na certeza científica. A precaução, por outro lado, pressupõe a incerteza de um dano, ou seja, a antecipação de um estado mesmo antes de conhecer seus efeitos, repousando na ideia de ameaça⁴².

Assim, o princípio da precaução possui três divisões distintas, de acordo com sua extensão: a) Uma postura radical, simbolizando a maximização da antecipação da tutela penal para todos os tipos de riscos, propondo a inversão do ônus da prova; b) uma corrente conservadora, restringindo a aplicabilidade em situações de maior probabilidade de riscos e consequências mais gravosas, sem, contudo, inverter o ônus da prova de risco; c) interpretação intermediária em que a aplicação restringe-se à hipóteses em que a probabilidade de risco esteja amparado em constatações científicas, neste caso admite-se uma repartição do ônus da prova⁴³.

Pontua-se que a aplicação do princípio da precaução indiscriminadamente se revela temerosa em uma linha radical, simbolizando, em certo grau, uma supressão de garantias dos cidadão, uma vez que não possui uma natureza jurídica em si mesmo, mas constitui-se em verdadeiro princípio político-moral a fim de reproduzir uma política criminal preventiva⁴⁴.

Mesmo diante das incertezas que permeiam a atuação estatal pautada no princípio da precaução, a criação sistemática de novos riscos ainda exige a idealização de um modelo antecipatório na esfera penal. A solução que surge, então, é o necessário afastamento dos tipos incriminadores de perigo abstrato da

⁴¹ *Id. Ibid.* p. 206

⁴² AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea**: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco. São Paulo: IBCCRIM, 2007. p. 215.

⁴³ *Id. Ibid.*, p. 217.

⁴⁴ *Id. Ibid.* p. 218.

precaução, pautando sua fundamentação no princípio da prevenção, o que envolve efetivos critérios de aferição de injusto.

Neste sentido Bottini expõe dois critérios para a verificação de injustos dos crimes de perigo abstrato pautados na prevenção: (a) a vinculação aos bens jurídicos dignos de proteção penal e; (b) a verificação concreta de que a conduta incriminada realmente expõe o objeto à ameaça, critério este que deverá ser analisado pelo julgador⁴⁵.

É necessário, portanto, aferir a legitimidade dos crimes de perigo abstrato através de uma análise entre a prevenção e a precaução. Tal análise depende, sobretudo, da interpretação que o julgador lhes confere, segundo os critérios científicos conhecidos para aferição do risco em concreto e não por sua redação⁴⁶.

Destarte, o Direito Penal pautado na prevenção, diferente da precaução, é dotado de certeza científica do perigo que está sendo produzido com a conduta, possibilitando a completa integração dos tipos incriminadores de perigo abstrato no sistema jurídico. A partir do momento em que é possível identificar os bens jurídicos tutelados pela norma e, ainda, a certeza de que o comportamento coibido lhe é lesivo, impõe-se um limite à atuação estatal, o que é congruente com o princípio da subsidiariedade pois não banaliza o instituto às situações diversas e imprevistas.

Tal constatação, no entanto, não afasta o risco de, equivocadamente, tomarmos o princípio da precaução como base para a antecipação da tutela penal, distorcendo sua função a partir de ações legislativas e judiciais desvirtuadas dos princípios democráticos, o que, de certo, expõe as garantias penais clássicas ao risco de arbitrariedades.

Fica evidente, portanto, a criação de novos riscos a partir das soluções encontradas para contenção de situações potencialmente perigosas, o que ilustra perfeitamente o sistematizado por Ulrich Beck. Uma vez que o próprio processo de modernização produziu os riscos que necessitam ser contidos por tipos incriminadores de perigo abstrato, os próprios crimes de perigo abstrato criam situações potencialmente perigosas à organização social democrática no Estado de Direito.

⁴⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013 p. 224.

⁴⁶ *Id.* *Ibid.* p. 224.

O exposto, portanto, não foge ao binário visualizado por Ulrich Beck quando da idealização da teoria da sociedade de risco em metamorfose, segundo a qual a modernização produz, em frentes concomitantes e reflexas, benefícios e malefícios, cujos resultados só serão conhecidos a partir da produção de novos riscos decorrentes das atuais escolhas legislativas e de política criminal.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Realizou-se uma breve análise sobre a teoria da sociedade de risco diante da qual é imperioso reconhecer os impactos que o modelo social moderno exerce sobre o Direito Penal, fazendo surgir novos mecanismos de contenção de riscos. Importa ressaltar que tais impactos não se restringem aos crimes de perigo abstrato, tópico de interesse central do trabalho, mas se espalham por todo sistema de direito e processo penal, fazendo emergir debates acerca da efetividade do próprio sistema jurídico brasileiro.

Não se põe em descrédito a necessidade de proteção em face dos riscos sistematicamente produzidos pelo próprio processo de modernização, criando, em certa medida, incertezas sobre os reflexos que serão daí decorrentes. Importa, contudo, chamar atenção para a criação de possíveis impactos preocupantes decorrentes da ação normativa e política contentora de riscos.

Se por um lado a criação de novos riscos a partir do processo de modernização ocasionado pelos reflexos dos riscos anteriormente produzidos pode levar à ampliação qualitativa da tutela penal, abarcando situações antecipatórias de risco sem a efetiva constatação de lesão ao bem jurídico, é possível que a mesma ampliação de legitimação normativa venha a caracterizar novas ameaças se considerado o risco de arbitrariedades serem legitimadas em prol da segurança.

A ampliação da tutela penal a partir da proteção antecipada ao bem jurídico e a própria redefinição do papel do Direito Penal acarretou implementos qualitativos em termos políticos e normativos, mas também alerta, talvez, para um movimento de expansão demasiada da tutela estatal, cujos reflexos se tornarão visíveis de modo mais claro no futuro, a partir da constatação dos impactos da própria modernização.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Cláudio do Prado. **Bases teóricas da ciência penal contemporânea: dogmática, missão do direito penal e política criminal na sociedade de risco**. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2007.
- BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Equívocos do globalismo, respostas à globalização. Tradução André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- _____; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. Tradução de Maria Amélia Augusto. 1 ed. Oeiras: Celta, 2000.
- _____. **A metamorfose do mundo: Novos conceitos para uma nova realidade**. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. 1 ed. Rio de Janeiro, 2018.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BRASIL. **Lei nº 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em 27 de setembro de 2020.
- CASABONA, Carlos María Romeo. Contribuições do princípio da precaução para o direito penal. *In: Revista de estudos criminais*, v. 5: Doutrina Estrangeira. v.2, n.5, 2002.
- GUIVANT, Julia, A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. *In: Revista semestral de ciências sociais aplicadas ao estudo do mundo rural*, v. 6, abril de 2001. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/brasil/cpda/estudos/dezesseis/julia16.htm>>. Acesso em 27 de Setembro de 2020.
- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- NEVES, Sheilla Maria da Graça Coitinho das. A criminalidade na sociedade pós-moderna: globalização e tendências expansionistas do direito penal. *In: Revista de ciências penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais Online. v.5, jun. - dez. 2006.
- PEREIRA, Flávia Goulart. Os crimes econômicos na sociedade de risco. *In: Doutrinas essenciais de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais Online. v.8, out. 2010.
- SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Dos crimes de perigo abstrato em face da constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003
- SILVA, Luciana Carneiro da Silva. Perspectivas Políticos-Criminais Sob o Paradigma da Sociedade Mundial do Risco. *In: Revista liberdades*. São Paulo: IBCCRIM, n.5, dez. 2010.
- THOMÉ, Romeu. **Manual de direito ambiental**. 5 ed. Salvador: Jus Podium, 2015.