

O PARADIGMA DO RISCO E A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: HORIZONTES POSSÍVEIS

*THE RISK PARADIGM AND THE EXPANSION OF
CRIMINAL LAW: POSSIBLE HORIZONS*

*Kaique Ruan Rezende Santos¹
Hamilton da Cunha Iribure Júnior²*

SUMÁRIO: Introdução. 1. A sociedade de risco e alguns impactos no Direito Penal. 2. *Pessima respublica, plurimae leges*: a expansão do Direito Penal. 3. O ponto máximo da expansão: o(s) discurso(s) punitivista(s). Conclusão. Referências.

1 Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Bacharel em Direito pela FDSM. Graduado em História pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP).

2 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pela PUC-SP. Mestre em Engenharia Civil pela PUC-Rio. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Cuiabá (UNIC). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT) e em Engenharia Civil pela UFMT. Professor Adjunto da Graduação e do Programa de Mestrado da Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). Professor convidado dos cursos de especialização da PUC-SP.

RESUMO: O presente trabalho analisa alguns impactos que o paradigma do risco impõe ao Direito Penal, assim como o conseqüente fenômeno expansivo do Direito Penal, que busca dar respostas a problemas sociais de violência e criminalidade em sociedades complexas. Para tanto, utiliza-se de uma metodologia dedutiva de pesquisa bibliográfica interdisciplinar. Por fim, faz uma análise do Direito Penal do Inimigo como ponto máximo de uma sociedade que busca, em normas criminalizadoras, respostas para diversos problemas sociais. Os resultados apontam que o fenômeno expansivo do Direito Penal é uma crescente em sociedades que buscam cada vez mais segurança e tentam se encontrar em meio à perda de referenciais que marcam as sociedades atuais.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade de risco. Expansão do Direito Penal. Direito Penal. Direito Penal do Inimigo. Política Criminal.

ABSTRACT: This paper analyzes some of the impacts that the risk paradigm imposes on Criminal Law, as well as the consequent expansive phenomenon of Criminal Law, that seeks to respond to social problems of violence and crime in complex societies. To this end, it uses a deductive methodology of interdisciplinary bibliographical research. Finally, it analyzes the Criminal Law of the Enemy as the highest point of a society that looks to criminal norms for answers to various social problems. The results show that the expansive phenomenon of Criminal Law is growing in societies that are increasingly seeking security and trying to find themselves amid the loss of references that mark today's societies.

KEYWORDS: Risk society. Expansion of Criminal Law. Criminal Law. Enemy Criminal Law. Criminal Policy.

INTRODUÇÃO

As sociedades contemporâneas são complexas e marcadas por medos, inseguranças e riscos. Escritores já caracterizaram as sociedades atuais como sociedade da informação, sociedade do consumo, entre outras. Neste trabalho, partimos do paradigma do risco de Ulrich Beck para compreender as sociedades contemporâneas ou de modernidade tardia e os impactos que esse paradigma acarreta na seara do Direito Penal.

Se, por um lado, a sociedade atual clama por mais segurança e intervenção penal, lado outro, princípios clássicos do Direito Penal são relativizados, e os alicerces que sustentam este ramo do direito começam a estremecer e a ruir em face de uma atuação de legisladores que priorizam normas criminalizadoras para problemas sociais complexos.

Utilizamos uma metodologia dedutiva de pesquisa bibliográfica interdisciplinar para entender essa dinâmica. Assim, partimos do estudo da obra do sociólogo alemão e dos impactos que, ao assumir esse paradigma, podemos encontrar no âmbito do Direito Penal. Em seguida, fazemos uma análise do fenômeno da expansão do Direito Penal e, por fim, analisamos o discurso do Direito Penal do Inimigo, que, muito embora tenha se iniciado na década de 1980, cotidianamente possui catalisadores para sua efetivação e busca cada vez mais criminalizar condutas a fim de garantir proteção à sociedade.

1. A SOCIEDADE DE RISCO E ALGUNS IMPACTOS NO DIREITO PENAL

Ulrich Beck, ao analisar a sociedade contemporânea, coloca o conceito de risco como paradigma das sociedades de modernidade tardia. Ao buscar um entendimento para o conceito de risco, o autor se questiona se este não seria um fenômeno originário de qualquer ação humana. Apesar de a noção de risco não ser uma invenção da modernidade, Beck entende que o risco pré-moderno estava vinculado a uma perspectiva de risco individual (riscos pessoais). Contudo, com o advento da modernidade e o crescente processo de modernização,³ desde então, a modernidade tardia desencadeou “riscos e potenciais de autoameaça numa medida até então desconhecida” (Beck, 2011, p. 23).

³ Modernização significa para o autor “o salto tecnológico de racionalização e transformação do trabalho e da organização, englobando para além disto muito mais: a mudança dos caracteres sociais e das biografias padrão, dos estilos e formas de vida, das estruturas de poder e controle, das formas políticas de opressão e participação, das concepções de realidade e das normas cognitivas. O arado, a locomotiva a vapor e o microchip são, na concepção socio-científica da modernização, indicadores visíveis de um processo de alcance muito mais profundo, que abrange e reconfigura toda a trama social”. A fim de simplificar a linguagem, o autor não faz uma distinção entre modernização e industrialização, sendo empregada a “modernização” como um conceito generalizante (Beck, 2011, p. 23).

Afinal, de que se trata a sociedade de risco? O autor enxerga, nas últimas décadas do século XX, uma sociedade na qual está permanentemente em riscos, sejam esses riscos na esfera ambiental, nas mudanças climáticas, nos alimentos contaminados, na violência etc. O que antes significava, fundamentalmente, progresso – um horizonte vindouro para a sociedade com o avanço das tecnologias – passa a ser, na sociedade industrial, mais visível os perigos gerados por ela. Assim, a partir do momento em que estamos diante desses riscos explícitos e implícitos, estaremos, portanto, na sociedade de risco.

Em seu livro, o sociólogo alemão traz o exemplo de Chernobyl (1986) como representação de uma sociedade fundamentalmente de risco, haja vista que foi nesse acidente nuclear que pessoas alheias ao desenvolvimento atômico sofreram as consequências do evento. Se, na sociedade industrial, era possível vislumbrar o risco no local da própria esfera de produção, nessa sociedade de risco, já não é mais possível, pois o evento danoso, gestado em uma determinada localidade, pode se espalhar indistintamente e, nessa perspectiva, de difícil previsão de danos, tornando-se um evento global.

Pois bem, Beck apresenta cinco teses pelas quais se pode entender a dinâmica social e a arquitetura da sociedade de risco, as quais serão abordadas a seguir. O primeiro ponto levantado pelo autor é que os “riscos, da maneira como são produzidos no estágio mais avançado do desenvolvimento das forças produtivas (...) diferenciam-se claramente das riquezas” (Beck, 2011, p. 27). O autor entende que, apesar de os riscos, por vezes, apresentarem danos irreversíveis, esses são invisíveis, pois não nos é possível identificar claramente a localidade desses riscos, sendo que nos é possibilitado acreditar nestes riscos pela via do conhecimento científico. A título de exemplo, podemos pensar no fenômeno do efeito estufa, que, embora invisível, podemos senti-lo e compreendê-lo por meio do conhecimento científico.

O segundo ponto levantado pelo autor diz o seguinte:

com a distribuição e o incremento dos riscos, surgem situações sociais de ameaça. Estas acompanham, na verdade, em algumas dimensões, a desigualdade de posições de estrato e classes sociais, fazendo valer, entretanto uma lógica distributiva substancialmente distinta: os riscos da modernização cedo ou tarde acabam alcançando aqueles que os produziram ou que lucram com eles (Beck, 2011, p. 27).

Se, por um lado, os riscos estão presentes para todos, ricos ou pobres, e os efeitos dos riscos atingem a todos indistintamente, lado outro, o autor entende que a diferença entre as classes ou a divisão internacional do trabalho possibilita uma maior segurança em face dos efeitos deletérios dos riscos. Há uma distinção entre os efeitos gestados em uma determinada comunidade

ou outra em razão do capital. Todavia, para o autor, se pensado em uma perspectiva de longo prazo, os riscos irão atingir a todos.

O terceiro ponto trata-se da “expansão e mercantilização dos riscos de modo algum rompem com a lógica capitalista de desenvolvimento, antes elevando-a a um novo estágio. Riscos da modernização são big business. (...) os riscos civilizatórios são um barril de necessidades sem fundo” (Beck, 2011, p. 28). O autor entende que o modo de produção social de riquezas não é questionado em face dos riscos apresentados. Na balança entre os dois, os riscos não serão sempre evitados e, à medida que houver a expansão do modo de produção capitalista, sempre haverá riscos permeando-o. Para o autor, o fato da existência dos riscos não quer dizer que irá mudar o nosso modo de produção capitalista.

O quarto ponto da argumentação do autor se refere às “riquezas podem ser possuídas; em relação aos riscos, porém, somos afetados; ao mesmo tempo, eles são atribuídos em termos civilizatórios” (Beck, 2011, p. 28). Beck entende que o desafio civilizacional é compreender que, na dinâmica da sociedade de risco, precisamos ter a consciência de que os riscos existem e que eles, por vezes invisíveis, afetam a vida de todos de maneira significativa.

Por fim, Beck irá dizer que os “riscos socialmente reconhecidos, da maneira como emergem claramente, pela primeira vez, no exemplo das discussões em torno do desmatamento, contêm um peculiar ingrediente político explosivo: aquilo que até há pouco era tido por apolítico torna-se político – o combate às causas no próprio processo de industrialização” (Beck, 2011, p. 28). Assim, questões que antes não eram discutidas no âmbito público e político agora passam pelo crivo da sociedade, pois os impactos gerados pelos riscos são questões a serem debatidas e enfrentadas. A esfera de debate amplia-se, pois há um potencial político dos eventos danosos à sociedade.

Nas sociedades contemporâneas ou de modernidade tardia, há que se entender estas como uma confrontação dos alicerces da modernidade com as consequências advindas da modernização. Nas palavras de Marta Rodriguez de Assis Machado (2005, p. 30), “os fenômenos da sociedade do risco produzem ameaças que questionam e, finalmente, destroem as bases da sociedade industrial”.

Essa dissolução das bases da sociedade industrial reflete, também, no âmbito do Direito Penal, visto que seus princípios serão postos à prova. Ora, o Direito Penal moderno fundou-se com suas premissas liberais, rogando a esse ramo do direito uma intervenção subsidiária; dito de outra forma, caberia ao Direito Penal uma intervenção que fosse a *ultima ratio* e protegesse os bens jurídicos individuais contra as violações que os demais ramos do direito não fossem capazes de suportar e restassem ineficientes. Contudo, a sociedade de risco coloca novos desafios à prevenção dos riscos,

o que abala o sistema penal como um todo trazendo conflitos nas estruturas e instituições penais.

Muito embora vivamos num período da experiência humana que possa ser considerado o mais seguro, diametralmente oposta é a sensação que os seres humanos têm em relação à percepção da insegurança. Claudio do Prado Amaral (2007, p. 67) coloca que “essa busca incessante por segurança acaba por converter-se em um motivo de ordenação dominante da vida social, chegando-se mesmo a falar em ‘direito humano’ à segurança”.

Dito isso, ainda que não vejamos na sociedade contemporânea o paradigma da sociedade de risco, vale a ponderação feita por Ana Elisa Bechara (2014, p. 212), que a qualifica como sendo “ao menos como uma sociedade complexa, na qual, em razão da alta tecnicidade e industrialização, há uma série crescente de relações de interação interpessoais anônimas, a questionar e redefinir dinamicamente os interesses mercedores de tutela penal”.

Da relação entre Direito Penal e sociedade de risco, Salvador Netto (2006, p. 82-83) identifica duas características, quais sejam: “a desorganização dos argumentos lógicos e legitimadores das decisões do próprio sistema” e a “constância das desilusões ao invés de impulsionar uma releitura do sistema resulta em seu maior (e ineficaz) recrudescimento”.

A primeira característica está ligada ao fato de que o sistema jurídico penal atualmente possui diversas filiações e posicionamentos, um sincretismo de ideias, o que gera incertezas e falta de concretude, resultando em um sistema que não é coeso. De maneira geral, há um desencaixe na estrutura de controle tradicional, pautada nos princípios penais liberais, e a conformidade social que se apresenta atualmente, fato esse que pode ser sintetizado como um momento de incertezas e diversos questionamentos no âmbito penal. Já a segunda característica dessa relação resulta das desilusões em face do Direito Penal, que não produzem respostas em face dos novos problemas e, para o autor, além disso, não geram uma revisão no Direito Penal e, ao contrário, geram uma criminalização absoluta com maior rigor, severidade e extensão.

Amaral (2007, p. 62) coloca três características pelas quais se nota a sociedade de risco no âmbito do Direito Penal. O primeiro aspecto apresentado pelo autor é “o aumento dos perigos atuais em relação a épocas passadas”, visto que ameaças contemporâneas não se restringem a causas naturais, geológicas ou epidêmicas. Por outro lado, o fator humano inserido, e esse pode ocasionar diversas intercorrências, como na imputação das consequências indesejadas. Tanto indivíduos como sujeitos coletivos podem ter responsabilidades, o que ocasiona num debate sobre a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

A segunda característica versa sobre o fato do “aumento da complexidade da distribuição organizada das relações de responsabilidades” (Amaral,

2007, p. 64). Entende o autor que, na sociedade de risco, há uma crescente diluição das responsabilidades em face da maneira como são constituídos os processos de trabalho, que se tornam cada vez mais especializados e, por vezes, não estabelecem relações entre os indivíduos envolvidos em um determinado processo. Sendo assim, um sujeito pode entender que suas ações não contribuem para uma determinada ação lesiva. Por tudo isso, fica mais difícil definir a culpabilidade nesse cenário no qual o fator individual e o dano são de difícil conexão.

Por fim, a última característica “é o estado subjetivo de insegurança pública que é gestado na sociedade” (Amaral, 2007, p. 66). Disso decorre que a sociedade busca no Direito Penal soluções que talvez não estejam nessa seara, muito em vista do princípio da subsidiariedade, o que, ao fim e ao cabo, gera uma expansão penal e um modelo mais intervencionista.

A sociedade de risco e os impactos na seara penal, a partir daqui, serão analisados sob dois vieses. O primeiro diz respeito à mudança paradigmática da defesa de bens jurídicos individuais para aqueles amplos e abstratos, os chamados direitos supraindividuais (difusos e coletivos)⁴, e o segundo será a respeito do constante medo gerado na sociedade por meio do aumento da sensação de insegurança, causado pela criminalidade de massas, acarretada pela sociedade de risco. Segundo Salvador Netto (2006, p. 115), essa sociedade “ao não resolver o problema da divisão da riqueza aprofunda os bolsões de pobreza e de exclusão social, diminuindo, além disso, os mecanismos de controle informais (família, igrejas, centros comunitários etc.)”. Outrossim, no anseio por resolver problemas advindos da sociedade de risco, o Direito Penal, com os preceitos liberais, não mais consegue oferecer respostas, buscando, assim, na tipificação total uma solução para diminuir riscos produzidos pelo próprio homem. Nessa perspectiva, o Direito Penal passa da *ultima ratio* à *prima ratio* na busca pela resolução de conflitos.

O caminho no qual a sociedade de risco tem levado o Direito Penal nos parece entrar em contradição com o objetivo que Fabio Konder Comparato (2005) atribui a esse ramo do direito quando afirma que o Direito Penal deve garantir as conquistas da humanidade. Nessa sociedade de risco, não há mais segurança, e sim o risco, que está em todo lugar.

Pois bem, a sociedade mundial do risco e as consequências dos problemas ocasionados pelo grande avanço tecnológico, a biotecnologia, a violência, entre outros aspectos, e a consequente insegurança desses avanços geraram nas sociedades uma demanda por mais segurança. Os governantes, muitas das vezes, encontram no Direito Penal uma solução rápida para essa demanda por mais segurança. Nas palavras de Hassemer (1994, p. 41), “o direito penal é barato política e economicamente”. Outro fator advindo

4 Sabe-se que a doutrina jurídica faz uma distinção entre direitos transindividuais, coletivos e difusos, contudo, na esteira do estudo feito por Rodrigues Machado, não faremos essa distinção.

dessa insegurança é o que Machado (2005, p. 94) identifica como sendo “a relação de desconfiança estabelecida no que se refere à ciência, responsável pela criação de novos riscos, legitima o abandono das soluções para gestão dos riscos ligados a ela, para reivindicar a intervenção punitiva do Estado nesta seara”.

A autora entende que os problemas postos pela sociedade de risco impõem uma série de implicações ao Direito Penal atual, visto que as ferramentas do Direito Penal clássico, quais sejam: os princípios da subsidiariedade, da taxatividade, da lesividade, a proteção de bens jurídicos individuais etc., não conseguem fazer frente aos crimes surgidos na sociedade de risco. Estes crimes podem ser exemplificados a partir dos crimes econômicos, ambientais, o crime organizado, comércio internacional de armas etc. Vale dizer que, na esteira de Winfried Hassemer, a autora faz uma distinção entre a criminalidade moderna e a criminalidade de massas. Esse último está ligado aos crimes do cotidiano, tais como: roubos, furtos, sequestro, crimes de menor potencial ofensivo etc. Já os crimes oriundos da sociedade de risco estariam mais atrelados à criminalidade moderna, que possui como características os danos causados não terem uma visibilidade de fácil percepção, atingir bens jurídicos supraindividuais e não possuírem uma vítima individual (Machado, 2005, p. 97). Dito isso, a autora entende que ambas as criminalidades, tanto a moderna quanto a de massas, impactam nos problemas de segurança e eficiência do Direito Penal e, nessa perspectiva, são causadoras da sensação de insegurança na sociedade.

Na tentativa de proteção da sociedade de riscos tecnológicos e afins, há uma mudança no Direito Penal em relação à proteção de bens jurídicos individuais para os supraindividuais, segundo Machado:

a adaptação do direito penal ao paradigma da sociedade do risco revela o predomínio, na mais recente tendência político-criminal, de iniciativas voltadas à prevenção em grande escala de situações problemáticas e ao estabelecimento de garantias públicas a favor de bens de conteúdo amplo e abstrato, em detrimento de um paradigma direcionado à repressão pontual de lesões concretas a bens jurídicos individuais (2005, p. 106).

Esse processo de mudança e extensão no tratamento dos bens jurídicos individuais para os supraindividuais denomina-se “desmaterialização, dinamização ou ainda espiritualização” (Machado, 2005, p. 112). A mudança se dá a partir de uma concepção clássica atribuída a Birnbaum (1834), cujo conceito de delito estava vinculado à lesão de um bem (relação do sujeito com o objeto de valoração). Contudo, desta premissa clássica, que tem fundamento concreto e antropocêntrico em relação ao bem a ser protegido, passa-se a um perfil cada vez mais difícil de delimitação da causalidade e do

dano, pautando-se pela criminalização de condutas que representem riscos, isto é, que sejam lesivas ou perigosas. Dessa maneira, como aduz a autora,

nas áreas influenciadas pelo aparecimento dos novos riscos, renuncia-se ao modelo estruturado em torno da punição de ações que se orientam imediatamente ao ataque de um bem, para voltar o aparato penal à incriminação de feitos que frequentemente não passam de mera transgressão a uma norma organizativa, sem qualquer resultado concreto (Machado, 2005, p. 106).

É nesse contexto que ocorre também o que Hassemer (1994, p. 41) chama de “acessoriedade administrativa”, isto é, quando o poder executivo define, por meio de um ato, o delito. Callegari e Andrade (2020, p. 115-140) entendem que esta mudança do caráter clássico do bem jurídico para o supraindividual “proporciona a substituição da tutela de bens concretos à tutela de ‘funções, instituições e modelos de organização’, restando ao Direito Penal, desse modo, ser um reforço às normas e funções administrativas”.

Em face das complexas relações intersubjetivas e dessa nova conformação social que se coloca e impõe novos modelos de proteção ao bem jurídico penal, autores como Flavio Eduardo Turessi (2015, p. 223) defendem a seguinte tese: “devem coexistir, portanto, duas linhas de atuação para o Direito Penal: uma voltada para a tutela de bens jurídicos individuais e outra voltada para a tutela de bens jurídicos coletivos, com regras diferenciadas, inclusive no campo processual penal”. O autor se coloca nesse debate de maneira a relativizar os princípios do Direito Penal, e diz que, nesse contexto social do risco, o “Direito Penal deve sim ser flexibilizado em sua dogmática, flexibilização que, pautada por seus princípios informadores e pelo próprio texto constitucional, não é ilimitada” (Turessi, 2015, p. 224).

Até aqui, observamos uma das facetas impostas pela sociedade de risco, que demonstra a vulnerabilidade do modelo de sociedade atual, que, ademais, impõe medidas no tempo presente visando riscos futuros, fundamentalmente aqueles oriundos de questões ambientais, macroeconômicas e crimes transnacionais.

Em um segundo viés para os reflexos penais, Marina (2000) coloca que, na sociedade atual, tem-se uma elevada percepção do risco, uma sensibilidade ao risco, na medida em que a sociedade atual tem uma sensação a esse risco maior do que de fato ele é, inclusive em razão da intensa cobertura que é feita pela imprensa. A perda de liberdade na sociedade contemporânea é notória em face de uma busca por mais segurança. Zaffaroni afirma que,

a criminologia midiática oculta do público é a potenciação do controle redutor de nossa liberdade. Ao criar a necessidade de proteger-nos deles,

justifica todos os controles estatais, primitivos e sofisticados, para prover segurança. Em outras palavras: o nós pede ao Estado que vigie mais o eles, mas também o nós, porque necessitamos ser monitorados para ser protegidos (2013, p. 210).

Salo de Carvalho coloca a respeito do impacto produzido pela mídia que

à formação do imaginário social sobre crime, criminalidade e punição se estabelece a partir de imagens publicitárias, sendo os problemas derivados da questão criminal, não raras vezes, superdimensionados. A hipervalorização de fatos episódicos e excepcionais como regra e a distorção ou incompreensão de importantes variáveis pelos agentes formadores da opinião pública, notadamente os meios de comunicação de massa, densificam a vontade de punir que caracteriza o punitivismo contemporâneo (2010, p. 14).

Outro fator atrelado à sensibilidade do risco e que se soma a essa ideia é a cultura do medo. Regina Pastana (2005, p. 183) a define como a “somatória dos valores, comportamentos e do senso comum que, associados à questão da criminalidade, reproduz a ideia hegemônica de insegurança e, com isso, perpetua uma forma de dominação marcada pelo autoritarismo e pela rejeição aos princípios democráticos”.

Aqui, vale ponderar, também, duas observações feitas por Mascarenhas, que impactam na insegurança coletiva. O primeiro efeito relaciona-se com a mass media e a maneira como divulga as notícias, o que acaba por confundir as pessoas. Vale dizer que o autor não aborda se essa confusão ocorre de maneira intencional ou não, mas fato é que, segundo ele, há um certo “desencontro entre o que se noticia pela mídia e a realidade” (Mascarenhas, 2019, p. 37). Outro ponto destacado pelo autor é que essa insegurança nem sempre tem origem na mass mídia e, nesse sentido, por vezes, é o próprio Estado o responsável por divulgar notícias que têm o potencial de espalhar insegurança.

Há que se levar em consideração também, nos apontamentos a respeito da “sensibilidade ao risco” e a consequente sensação de insegurança da sociedade atual alguns aspectos exemplificados por Silva Sánchez. Segundo o autor (Silva Sánchez, 2013, p. 42), estamos diante de uma sociedade em contínua aceleração, o que, ao fim e ao cabo, acaba gerando mais insegurança. Além disso, o *boom* informacional que está disponível no tempo presente e a busca por informações fidedignas, haja vista que não raro das vezes essas se mostram contraditórias, geram incertezas na sociedade. Somando-se a isso, temos uma lógica de mercado que prioriza indivíduos solitários

e que estejam sempre disponíveis aos afazeres do capital, o que ocasiona instabilidade emocional. Por tudo isso, podemos concluir que vivemos em uma sociedade em crescente desorientação pessoal.

O autor afirma, inclusive, que os meios de comunicação em massa possuem relação com essa “sensibilidade ao risco”, na medida em que comunicam por reiteradas vezes notícias de cunho mórbido, sendo o conteúdo apresentado de forma dramatizada. Além disso, na sociedade da informação, temos uma ideia de aldeia global, cuja realidade faz com que aquele indivíduo que esteja distante de um determinado fato tenha a mesma percepção daquele que está próximo.

Cabe a observação de que o autor não atribui o medo social exclusivamente ao papel da mídia ou à práxis do Estado. Nesse sentido, a hipótese é de que “o medo do delito aparece como uma metáfora da insegurança vital generalizada” (Silva Sánchez, 2013, p. 50), ou seja, esses fatores aumentam ou estabilizam medos que já estão no seio da sociedade.

Por fim, vale dizer a respeito da criminalidade de massas sob a perspectiva da sociedade de risco que essa modalidade, segundo Salvador Netto (2006, p. 115), afeta o Direito Penal de duas maneiras distintas, a saber: “perdem gradativamente o espaço central do sistema penal; e passam por um forte recrudescimento como resultado de sua insuportabilidade social”.

Por todo o exposto, não é de difícil percepção que o Direito Penal é chamado a responder por todas essas questões e “medos”, o que resulta na expansão da esfera normativa deste ramo do direito. A desorientação social parece ser uma característica do tempo presente e, neste sentido, a busca por orientação reflete também no Direito Penal.

2. PESSIMA RESPUBLICA, PLURIMAE LEGES:⁵ A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

Silva Sánchez (2013, p. 28) inicia seu livro com esta frase atribuída ao historiador romano Tácito, que dá o tom de um fenômeno que ele identifica como sendo

uma tendência claramente dominante em todas as legislações no sentido da introdução de novos tipos penais, assim como um agravamento dos já existentes, que se pode encaixar no marco geral da restrição, ou a “reinterpretação” das garantias clássicas do direito penal substantivo e do direito processual penal.

Para o autor, esse fenômeno pode ser caracterizado por diversas ocorrências identificada nas últimas décadas, tais como a flexibilização de

5 Uma tradução possível é “Péssima república: muitas leis”.

regras de imputação, a relativização de princípios criminais, a inserção de novos tipos penais, bem como de novos bens jurídicos. Em suma, há um alargamento do espaço dos interesses penalmente relevantes.

Esse fenômeno abarca uma “tendência” segundo a qual o legislador encontra uma solução rápida e fácil no âmbito do Direito Penal para combater problemas sociais que possuem raízes diversas. Mascarenhas (2019, p. 63) entende que, a princípio, esses problemas sociais caberiam à esfera da política criminal e não ao Direito Penal, já que a solução buscada pelo legislador de encontrar em tipos penais isolados uma solução aos diversos problemas sociais não possui o condão de solucioná-los, pelo contrário, gera apenas uma “falsa sensação de segurança”.

Nas palavras de Silva Sánchez, o autor entende que,

não é infrequente que a expansão do direito penal se apresente como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que buscaria no permanente recurso à legislação penal uma (aparente) solução fácil aos problemas sociais, deslocando ao plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se no nível da instrumentalidade (da proteção efetiva) (2013, p. 29).

Diante disso, Mascarenhas (2019) alerta que princípios fundadores do Direito Penal, como o da fragmentariedade, subsidiariedade etc., começam a ruir em face de uma concepção que coloca o Direito Penal como *prima ratio*. Em um mesmo sentido, Machado (2005, p. 157) entende que o processo legislativo mais recente “opõe-se diametralmente aos princípios da ofensividade e, por conseguinte, ao da fragmentariedade e da subsidiariedade, colocando em questão a função penal de garantia de bens jurídicos”.

Mascarenhas (2019, p. 65), na esteira do pensamento de Hassemer, observa que, em face da expansão do Direito Penal, pode se notar que um dos primeiros resultados desse fenômeno é a abstrativização do conceito de bem jurídico, cuja concepção de bem jurídico altera-se, ficando esse mais diluído e, por consequência, esvazia-se os pressupostos de punibilidade.

Nesse sentido, autores como Zaffaroni e Nilo Batista *et al.* afirmam que, contemporaneamente, a legislação tende a

minimizar o bem jurídico, mediante a proliferação de tipos do chamado perigo abstrato e além disso, na sociedade do risco da revolução tecnológica, mediante a tipificação de atos de tentativa e inclusive de atos preparatórios. Toda debilitação do bem jurídico importa numa paralela deterioração de sua objetividade, o que se agrava até o extremo de, ultrapassando o confisco da

vítima, ser ela suprimida, mediante o uso perverso dos interesses difusos e dos delitos de perigo comum (2003, p. 229).

Para esses autores, há uma pretensão de relativizar o conceito de bem jurídico, visão essa que, segundo eles, foi inaugurada pelo hegelianismo penal ao reduzir a integralidade dos bens jurídicos ao Estado.

O fenômeno expansivo do Direito Penal, vale dizer, gera impactos que não se restringem à mera ampliação das leis penais ou de aumentar as penas daqueles delitos já existentes. Ele promove uma mudança paradigmática em todo o conjunto do sistema penal, haja vista que muitas leis introduzidas no arcabouço do ordenamento jurídico penal trazem consigo teorias frequentemente divergentes, demandando, assim, um esforço doutrinário para sua coesão.

Dito isso, vejamos algumas das correntes que, de uma maneira ou de outra, refletem esse fenômeno expansivo do Direito Penal. Vale ponderar que as propostas aqui apresentadas não esgotam todas as já levantadas sobre o tema, tampouco encerram o debate.

Os modelos alternativos que serão apresentados pautam-se política e filosoficamente no aspecto social trazido pelo risco e impactam diretamente na esfera penal. Sinteticamente, será apresentada uma proposta trazida por Silva Sánchez de um Direito Penal de duas velocidades, a abordagem da “Escola de Frankfurt” e o Direito de Intervenção de Hassemer.

Pois bem, para Silva Fernandes (2001) é a chamada “Escola de Frankfurt”,⁶ talvez, a principal responsável por fazer a ponte entre o paradigma da sociedade de risco e os reflexos no Direito Penal. Para os penalistas dessa corrente, a defesa do bem jurídico penalmente relevante é aquele que tutela os bens jurídicos individuais. Nesse sentido, a tutela dos bens jurídicos coletivos seria apenas instrumental, a serviço do indivíduo e na defesa dos interesses mediatos. Em síntese, essa corrente defende que o direito deve proteger essencialmente o indivíduo, respeitando as garantias oriundas do Iluminismo.

Há que se ponderar, ainda, o alerta feito por Bechara (2014, p. 220), pois “é preciso observar (...) que a pretensão de alteração das bases liberais da intervenção penal, com o fim de atingimento de maior prevenção geral positiva, leva justamente ao efeito inverso, vale dizer, a uma mais profunda crise de legitimidade”.

Já na proposta trazida por Hassemer, de certa forma inserida no âmbito do pensamento da Escola de Frankfurt, prevê a construção de um Direito de Intervenção em face dos riscos colocados na sociedade pós-industrial. Assim,

6 Autores expoentes desta corrente são Hassemer, Naucke e Albrecht.

não caberia ao Direito Penal clássico enfrentar os riscos contemporâneos, cabendo essa tarefa ao Direito de Intervenção.

Esse Direito de Intervenção responsável, portanto, pelos novos conflitos, prevê sanções potencialmente menores e regras e garantias flexibilizadas. Esse Direito de Intervenção estaria situado fora do âmbito estritamente penal e se alocaria na estrutura de um direito administrativo sancionador. Nas palavras do próprio autor, este Direito de Intervenção “estaria localizado entre o Direito Penal, Direito Administrativo, entre o direito dos atos ilícitos no campo do Direito civil, entre o campo do Direito Fiscal e utilizaria determinados elementos que o fariam eficiente” (Hassemer, 1994, p. 49).

Para o autor, o Direito Penal clássico carece de instrumentos profícuos no enfrentamento da pessoa jurídica, haja vista ser voltado para o indivíduo. É um Direito que estaria com os olhos voltados ao risco/periclitacão e não ao dano. Nesse cenário, a preocupação do Direito de Intervenção está na “mínima mudança que pode se desenvolver e transformar-se em grandes problemas” (Hassemer, 1994, p. 49).

Contudo, vale dizer que Hassemer não abandona a proteção aos direitos difusos e coletivos, os bens jurídicos coletivos. Para ele, essa proteção deve ser realizada “do ponto de vista dos bens jurídicos individuais” (Hassemer, 1999, apud Fernandes, 2001, p. 76).

A crítica elaborada por Fernandes a respeito dessa linha de pensamento é a seguinte:

esta parece ser uma inversão perigosa do princípio da subsidiariedade, que parece não poder contar com a nossa concordância. Ademais, coloca sérios problemas, pensamos, ao nível de um princípio de proporcionalidade, sendo mesmo um direito algo discricionário, com dois pesos e duas medidas, estes de muito duvidosa – ou pelo altamente discutível – propriedade em relação às escolhas a fazer. Por último, peca ao desfigurar os contornos de um direito penal que, ao invés, pretende preservar num limbo de intocabilidade artificial (2001, p. 78).

Outra proposta colocada em meio ao Direito Penal no enfrentamento dos novos riscos trata-se do direito de duas velocidades de Silva Sánchez. Essa é mais uma proposta que busca apresentar uma resposta aos reclamos sociais para enfrentar o medo, a insegurança coletiva e os riscos advindos do processo da modernização e da globalização de maneira geral.

Segundo Silva Sánchez (2013, p. 189), a divisão em duas velocidades refere-se ao fato de que, no âmbito do Direito Penal de primeira velocidade, prevalecem os preceitos clássicos do Direito Penal liberal com suas garantias processuais e direitos individuais, impondo penas privativas de liberdade

em conformidade com essas garantias. Já o Direito Penal de segunda velocidade abarcaria os delitos do processo de modernização característico da sociedade de risco e globalizada. Nesse caso, as penas seriam moldadas a essas características, posto que não seriam privativas de liberdade.

Prevê o autor, nesse modelo, penas não privativas de liberdade e, assim, relativiza os pressupostos clássicos do Direito Penal. Entende o autor que, nessa velocidade do Direito Penal, ao não haver pena de prisão, mas penas pecuniárias e de limitação de direitos, haveria, assim, a possibilidade de flexibilizar princípios e regras já consagrados do Direito Processual Penal. Ao contrário de Hassemer, que coloca a flexibilização dos direitos e garantias clássicos num âmbito fora do sistema penal, isto é, no Direito de Intervenção, Silva Sánchez coloca esse modelo menos garantidor dentro do sistema penal.

Essa previsão de flexibilizar direitos individuais e garantias processuais, que foram conquistados a duras penas no Direito Penal clássico, já nos acende um alerta. Nesse sentido, Bechara aduz que

a admissão de diferentes velocidades no Direito penal leva a questionamentos importantes relacionados à própria legitimidade de tal modelo de intervenção jurídica. Nesse sentido, a primeira dificuldade estaria relacionada ao impedimento de que a desformalização e a flexibilização nos novos âmbitos invariavelmente viesse a contagiar todo o sistema, acabando por aplicar-se também ao denominado setor nuclear de direito penal. De outro lado, tal qual o direito de intervenção, o Direito Penal de segunda velocidade constitui um discurso eufemista, que, mediante a troca de rotulagem, acaba por pretender a justificação da flexibilização da intervenção estatal repressiva, convertendo-a em instrumento autoritário de controle social (2014, p. 219).

A preocupação demonstrada por Bechara é pertinente, pois a ânsia punitivista que nos parece ecoar na sociedade tende a alargar o espaço de flexibilização das garantias individuais e os direitos clássicos no âmbito penal, ainda que a proposta inicial seja de enfrentar novos riscos.

Silva Sánchez (2013, p. 193) postula, também, para além do já apresentado, um Direito Penal de terceira velocidade, cuja essência é assim definida pelo autor como “o Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais”.

Observa-se que a proposta de Silva Sánchez é para a proteção de casos excepcionais. Contudo, ao propor penas privativas de liberdade sem as devidas garantias, o extremo desse cenário revela-se extremamente preocupante. Não é de difícil observação que, ao fim e ao cabo, essa solução pode acarretar a

limitação das garantias individuais, restringindo, assim, o acesso a direitos fundamentais.

O cenário, como um todo, acende, no mínimo, um alerta para aqueles que defendem estritamente os direitos e garantias individuais. Se outrora via-se na finalidade da pena um sentido retributivo, hoje, em muitas teorias da pena pauta-se em um sentido preventivo. Nesse contexto, o Direito Penal é conclamado a oferecer respostas e apresentar uma efetiva proposta aos riscos e à insegurança coletiva. Bechara (2014, p. 220) alerta que “o equívoco está em pretender aplicar a lógica preventiva sem levar em consideração seu limite, correspondente ao próprio indivíduo e, assim, ao necessário juiz de proporcionalidade em relação ao delito cometido”.

Por tudo que foi exposto, é possível observar um movimento causado pelo paradigma do risco no Direito Penal, ao ponto de se falar em um Direito Penal do Risco, tamanha é a força com que as premissas dessa ideia acarretam nesse ramo do conhecimento. Esse é o entendimento de Cornelius Prittwitz, cujo pensamento é de um olhar novo sobre o Direito Penal que estaria sendo impactado pelo fenômeno social do risco (Brito Alves; Kazmierczak, 2016, p. 53). Para Prittwitz (2010, p. 920), na medida em que “se coloca a criação do risco e o aumento do risco no centro das reflexões dogmáticas sobre a imputabilidade penal”, estaríamos diante do chamado Direito Penal do Risco. O autor entende que a dogmática penal, a política criminal e a teoria da pena estão inseridas na sociedade e que essa, por sua vez, caracteriza-se como uma sociedade de risco, estando, portanto, vinculada ao paradigma do risco.

Divergindo de Prittwitz, Amaral (2007, p. 123) afirma que aqueles que aderem a essa perspectiva desconsideram “o fato de que a ideia de risco não é uma novidade no direito penal do fim do século XX e começo do século XXI. O risco não é uma especial novidade nem é uma característica privativa ou particular da sociedade presente, na qual muitos afirmam, a vida nunca foi tão segura.” Para Amaral, não há razão para distinguir entre Direito Penal do Risco e Direito Penal “comum”, pois tal distinção levaria à fragmentação do Direito Penal, comprometendo suas bases principiológicas, tais como: o princípio da legalidade, a intervenção mínima, a imputação objetiva e subjetiva. Assim, segundo o autor, o ideal seria que o Direito Penal definisse qual é o risco penalmente relevante (Amaral, 2007).

Carlo Velho Masi (2014, p. 111) destaca que “o problema não é tanto a forma que adquire o expansionismo, mas como a nova regulação vem sendo tratada dos pontos de vista dogmático e político-criminal. Trata-se de averiguar a qualidade do Direito penal (...)”. Tal questionamento sobre a qualidade que o Direito Penal assume contemporaneamente aflige o pensamento de Fabio Roberto D’Ávila, pois, para o autor, “o que mais

importa não é tanto uma questão de quantidade (mais direito penal), mas uma questão de qualidade (qual direito penal)” (D’Ávila, 2013, p. 66).

Masi compreende que, pelo fato de o Direito Penal guardar relação com os fatos sociais, de certa forma, não há como escapar desse expansionismo. Até mesmo o Direito Penal mínimo se expande, entretanto, trata-se de uma expansão contida e balizada. Essa expansão é, portanto, reflexo da sociedade. Além do mais, identifica o autor que esse fenômeno já se coloca desde a década de 1960 do século XX.

A despeito disso, as novas criminalizações, ainda que necessárias em determinados casos tal como ponderado pelo autor, refletem o já apresentado problema da flexibilização de princípios e garantias clássicos do Direito Penal. Soma-se a isso a ampliação do espectro de atuação do Direito Penal ao se aproximar de funções próprias do Direito Civil e do Direito Administrativo.

Nesse contexto expansivo do Direito Penal, vincula-se também, na perspectiva de Salo de Carvalho, não somente a flexibilização de garantias individuais, mas as crises de políticas econômicas e do Estado de bem-estar social (Carvalho, 2022). O avanço de políticas criminais, no sentido de tutelar direitos pela via sancionatória, inclusive no âmbito constitucional, optando por normas criminalizadoras em detrimento de alternativas menos restritivas, resulta na perda de liberdade na sociedade.

Para Salo de Carvalho, não raras vezes, a tutela de direitos ocorre pela via da sanção criminal, escolha essa do legislador que impacta nessa expansão na seara penal. O autor entende que a Carta Magna brasileira projetou, para além dos princípios que são travas ao uso desmedido da força pública, “uma ingerência do penal em diversas esferas do direito, a partir de (falsa) compreensão de sua capacidade de tutela de bens jurídicos e resolução de conflitos” (Carvalho, 2022, p. 190).

Olhando para o contexto brasileiro, Carvalho identifica que a expansão penal não é um fenômeno característico que foi albergado apenas por um grupo político. Segundo ele:

o processo de elaboração constitucional em 1988 fixou, seguindo a tradição do constitucionalismo em matéria penal e processual penal, limites ao poder repressivo. Todavia, de forma inédita, projetou, em grande parte com base e apoio dos partidos de esquerda e dos movimentos sociais, um sistema criminalizador, conformando uma “Constituição Penal Dirigente”. Vemos, portanto, desde o processo formal de (re) democratização, o nascimento de um novo modelo de Direito Penal que dificilmente se enquadra nos rótulos “direita” e “esquerda”, visto que o pensamento repressivista atua, não esporadicamente, como polo catalisador de perspectivas políticas opostas. O efeito desta pouco

ortodoxa união é o alargamento do sistema penal e a minimização das garantias penais e processuais (2005, p. 72).

Logo, seja no campo político da esquerda, seja no da direita, observa-se uma certa obsessão pela tutela de direitos por meio da via sancionatória. E o impacto da expansão penal não se restringe ao Direito Penal, mas alcança até mesmo a Constituição da República de 1988.

Alberto Barros Lima (2012, p. 244) aponta que, se inicialmente a demanda por criminalização de condutas foi aprofundada pela direita a fim de galgar propostas políticas progressistas, hoje temos que a própria esquerda, que outrora via na criminalização repressão e manutenção do status quo, atualmente reclama por criminalização de condutas discriminatórias, contra as mulheres, crianças, consumidores etc.

Ainda segundo o autor, no caso brasileiro, o reforço à criminalização se dá pela “nítida percepção de que o sistema funciona mal, o que potencializa a crença na impunidade, e terem aprendido que funciona, praticamente, para os estratos mais pobres, o que se traduz em revolta potencializando a violência” (Lima, 2012, p. 247).

Manuel Cancio Meliá (2012, p. 83), ao analisar a conjuntura espanhola que, guardadas as devidas proporções, não difere tanto do contexto brasileiro, afirma que, em “matéria de política criminal, ninguém quer ser ‘conservador’, mas ‘progressista’”. Nesse sentido, para o autor, o discurso da lei e da ordem, historicamente associado à direita, passou a ser adotado também pela esquerda, que percebeu o quão politicamente rentável ele pode ser.

Como consequência, o tabu que existia para discutir nos parlamentos o aumento e uma maior efetividade das penas já não se apresenta mais como um tabu para ninguém. Meliá (2012, p. 82) coloca que a fórmula tradicional assim posta “esquerda política-demandas de descriminalização/direita política-demandas de criminalização” já parece ser um fenômeno superado, na medida em que se propaga um “clima punitivista” no ambiente político-criminal.

Vimos até agora que o sistema penal, diante do fenômeno do risco, tem chamado para si a responsabilidade sobre questões fundamentais para a sociedade e para as futuras gerações ao assumir o paradigma do risco. Contudo, esta característica de o Direito Penal chamar para si tal responsabilidade é vista por Carvalho (2022, p. 192) como um “narcisismo penal”. Segundo o autor, essa visão narcisista fica nítida quando o Direito Penal busca garantir, por meio de seu cabedal de ferramentas, o interesse das futuras gerações e interesses que sejam caros à humanidade.

Carvalho defende a redução dos espaços de ingerência do Direito Penal justamente por conta dessa visão narcisista. Ele argumenta que essa abordagem distorce o pensamento jurídico-penal, implicando em elementos

irreais que dificultam o diagnóstico e, por conseguinte, o prognóstico da ciência penal.

Nas palavras do autor, esse entende que, “a retórica de legitimação do direito penal encobre as disfunções reveladas pela criminologia, quais sejam, a absoluta incapacidade de o arsenal punitivo prevenir condutas futuras, seja no plano da prevenção especial ou da prevenção geral, seja em suas dimensões positivas ou negativas” (Carvalho, 2022, p. 195).

Conclui-se, assim, que, apesar de já ter sido demonstrado pela criminologia a incapacidade do sistema penal de cumprir suas promessas, hoje temos propostas expansionistas que legitimam e buscam cada vez mais, no arcabouço jurídico-penal, funções positivas que legitimam a atuação penalista e legitimam a intervenção de maneira geral do sistema penal na sociedade.

3. O PONTO MÁXIMO DA EXPANSÃO: O(S) DISCURSO(S) PUNITIVISTA(S)

Corolário das ideias expansionistas⁷ e vertente teórica que tem ecoado na sociedade é o discurso do Direito Penal do Inimigo, cuja ideia se aproxima do já apontado Direito Penal de terceira velocidade de Silva Sánchez, uma vez que, para esse autor, a terceira velocidade do Direito Penal corresponderia ao Direito Penal do Inimigo.

O Direito Penal do Inimigo surgiu na década de 1980, sendo o conceito cunhado pelo penalista alemão Günther Jakobs, na Jornada de Direito Penal de 1985, em Frankfurt, na Alemanha (Neumann, 2010, p. 1136).

Jakobs (2012) contrapõe o Direito Penal do Inimigo ao Direito Penal do Cidadão, entendendo esses conceitos como polos de um mesmo contexto jurídico-penal. O autor afirma que:

o direito penal do cidadão é o direito de todos, o Direito Penal do inimigo é daqueles que o constituem contra o inimigo: frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra. (...) O Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito de medidas de segurança) combate perigos; com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias (Jakobs, 2012, p. 28-29).

Ainda, na busca por uma definição conceitual do Direito Penal do Inimigo, Prittwitz assim o caracteriza:

⁷ Nossa ideia não é apresentar as vertentes teóricas de maneira cronológica, mas, antes, seus fundamentos, que possibilitam um discurso que acarreta a flexibilização de direitos e garantias individuais, além de servirem de base para discursos essencialmente punitivistas.

Direito penal do inimigo é um direito penal por meio do qual o Estado confronta não seus cidadãos, mas seus inimigos. Em que isto se faz visível? Primeiramente, tomando-se a lei concretamente – o código penal e a legislação processual penal, o que se vê é que, onde se trata da punição de inimigos, se pune antes e de forma mais rígida; do ponto de vista do direito material, a liberdade do cidadão de agir e (parcialmente) de pensar é restringida; ao mesmo tempo, subtraem-se direitos processuais ao inimigo (Prittwitz, 2010, p. 924).

Inicialmente, o conceito se apresentava como um modelo analítico e crítico, no qual Jakobs analisava a estrutura do modelo penal alemão. Todavia, a ideia deslocou-se para um cenário no qual o Direito Penal do Inimigo se apresenta como um modelo jurídico-filosófico ou jurídico-sociológico com desdobramentos normativos (Neumann, 2010, p. 1136). Prittwitz ressalta que, quando apresentada a ideia em 1985, o conceito não causou grande repercussão; entretanto, durante a Conferência do Milênio, realizada em Berlim em 1999, gerou espanto entre os pares. Para ele, Jakobs, ao apresentar o conceito em 1985, descrevia o Direito Penal alemão como um exemplo de Direito Penal do Inimigo. Porém, a “virada de chave” ocorreria em 1999, quando, segundo Prittwitz,

Jakobs essencialmente diz que aquele que se comporta como inimigo (...) também merece ser tratado como inimigo – portanto não como pessoa. O grande número de inimigos de dentro e de fora – e Jakobs apresenta também cenários ameaçadores vindos com a globalização – não deixam ao Estado Democrático outra chance senão reagir com o direito penal do inimigo (2010, p. 924).

Jakobs (2012) em seus esboços jusfilosóficos, busca em autores como Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant argumentos para elaborar sua tese. Contudo, Conde (2010, p. 226) critica essas considerações, afirmando que “Jakobs cita como antecedentes (filosóficos) de sua tese opiniões, mais ou menos retiradas de seu contexto, de ilustres filósofos”.

Conde questiona se a tese de Jakobs é aplicável em contextos de um Estado Democrático de Direito. Para ele, a novidade trazida por Jakobs é a da legitimação da necessidade e o emprego do Direito Penal do Inimigo nas conjunturas democráticas, já que esta concepção de Direito Penal (do inimigo) não é uma novidade, inclusive já era vislumbrada antes do regime nacional-socialista alemão. A inovação de Jakobs está em desnudar a aplicação do Direito Penal do Inimigo no âmbito dos ordenamentos jurídicos dos Estados de Direito, uma vez que o Direito Penal excepcional possui inúmeros precedentes históricos desde a codificação penal no século XIX.

Ao longo do século XX, foram observadas práticas desse tipo em ditaduras do Cone Sul, em contextos de guerra e pós-guerra, e em regimes totalitários liderados por Stalin, Hitler, Mussolini, Franco e tantos outros.

Para o autor, o conceito de inimigo de Jakobs é vago. Ele afirma que:

o perigo que implica a vagueza desse conceito consiste na possibilidade de se incluir nele tudo o que num determinado momento questione os padrões de segurança fixados pelos que detém o poder (cuja legitimidade, democrática ou não, certamente Jakobs nem se que levanta), e que, definitivamente, quase todo o direito penal pode ser considerado como um direito penal do inimigo (Conde, 2010, p. 227).

Manuel Monteiro Guedes Valente, ao analisar os fundamentos teóricos do Direito Penal do Inimigo, entende que, a partir da teoria do contrato social de Rousseau, pode-se extrair a ideia de que “romper com o contrato social é renunciar às qualidades de ser como pessoa e assume a condição de inimigo” (Valente, 2010, p. 32). Assim, na sociedade, o indivíduo delinquente atenta contra a ordem jurídica e social, colocando em xeque o contrato social. Consequentemente, sua conduta seria incompatível com a manutenção do Estado. Nesse contexto, ao se excluir ou matar o culpado, não se estaria lidando com um cidadão, mas com o inimigo do Estado.

Já da obra de Fichte extrai-se que:

o delito é contrário à ideia de Estado, é contrário à ideia de lei, de ordem social e jurídica. Neste sentido, Fichte considera que deve existir um regime diferenciado de penas e não aplicar a todos os tipos de crime a pena de exclusão da sociedade, uma vez que o Estado tem interesse em conservar seus cidadãos. Ao infrator de normas que não afetem a vida humana – p.e., crime contra o patrimônio – a sociedade deve permitir a expiação da pena que não retire ao delinquente todos os direitos desde que a pena alternativa não afete a manutenção da segurança pública (Valente, 2010, p. 33).

Já o sujeito homicida, segundo Fichte, é comparado a uma “coisa” e é equiparado a “uma cabeça de gado” e, sendo assim, o Estado estaria autorizado, mesmo que, de forma arbitrária, a prendê-lo, torturá-lo e matá-lo (Valente, 2010, p. 33).

Zaffaroni (2007), ao contrapor as ideias de inimigo no Direito Penal, considera que essa não é uma posição política teoricamente prudente. Após analisar os textos pelos quais Jakobs fundamenta sua tese, ele entende que, da leitura desses, não se pode concluir que esses autores tenham pretendido

considerar inimigos todos os delinquentes, em especial Rousseau e Fichte. Ressalta, ainda, que, ao se admitir o inimigo, entendido pelo autor como *hostis*, implica em uma “lesão aos limites do Estado com respeito ao cidadão, consistindo em um tratamento mais repressivo para todos, o que remete muito mais ao Estado absoluto do que ao Estado de Direito” (Zaffaroni, 2007, p. 121). Logo, a adoção desse conceito acarreta o cerceamento das liberdades do cidadão.

A partir de uma concepção na qual este modelo se coloca com finalidades de combater ou ao menos afastar perigos futuros, e isso com um ferramental que conta com um alargamento da possibilidade de antecipação de punibilidade, a redução de garantias processuais ao imputado (entre elas a defesa técnica, o respeito ao devido processo legal, não produzir provas contra si), a criminalização de condutas que não implicam em perigo concreto a bens jurídicos etc., tudo isso demonstra um cenário preocupante em face das garantias do Direito Penal clássico e dos preceitos dos Direitos Humanos.

Apesar dessas discussões, nas últimas décadas, a política criminal tem passado por uma transformação regressiva. Tal como aponta Zaffaroni, a perspectiva abolicionista e reducionista tem cedido espaço ao expansivo poder punitivo, e o “inimigo da sociedade” tem ganhado força (Zaffaroni, 2007, p. 13). E, tal como assevera Conde (2010), as ideias de Jakobs não são adstritas a uma ideologia ou sistema político, mas representam uma realidade que está posta e no âmbito de um Estado de Direito corre-se o risco de legitimar violações sob o preceito e aparência de ser Direito.

Aqueles que defendem a tese de Jakobs argumentam que as ideias do autor são essencialmente descritivas ou ainda que seriam uma concepção meramente teórica. Todavia, tal como defende Conde (2010, p. 214):

a realidade nesse caso vem demonstrar que qualquer tese que favoreça ou legitime um exercício ilimitado do poder punitivo do Estado, por mais que seja apenas em casos concretos e extremos, termina por abrir as portas ao Estado autoritário e totalitário, que é a negação do Estado de Direito.

Amaral (2007, p. 125), ao analisar as propostas trazidas por Jakobs, as encara com ressalvas, posto que, ao contrário de representar uma modernização do Direito Penal, são, antes, um perigoso retrocesso do Direito Penal e Processual Penal. Entende o autor que Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo são ideias vizinhas. Ao avaliar as ideias de Jakobs, o autor vê um fundamento prospectivo, isto é, com o adiantamento da punibilidade pune-se um fato que ainda irá ocorrer, ao

contrário do que seria uma fundamentação retrospectiva na qual busca-se punir o fato cometido.

Amaral (2007, p. 128), ainda, diz que “muito mais que uma mera antecipação do momento punitivo, pode-se perceber claramente que em algumas ocasiões não se incriminam ‘fatos’ propriamente ditos, e, sim, condutas cuja relevância reside principalmente em seu conteúdo simbólico”. O autor entende, também, que, no âmbito do Direito Penal do Inimigo, ocorre uma violação ao princípio da taxatividade em face da técnica de redação utilizada nos delitos e infrações, pois, ao buscar ultrapassar as dificuldades impostas pelos delitos “futuros”, não raro das vezes, usa-se termos vagos e ambíguos.

Conde (2012, p. 74), ao tratar dos efeitos do Direito Penal do Inimigo, aduz que esse possui um efeito preventivo moldado por meio de uma sociedade orientada a resultados, na medida em que a finalidade que se busca nesse modelo de Direito Penal é a “segurança cognitiva” (eficácia frente a perigos) e não a estritamente normativa. Dessa forma, o autor entende que, a princípio, não causaria o efeito esperado nos sujeitos que o direito penal busca atingir, são eles: terroristas, narcotraficantes, membros de grupos criminosos organizados, pois possivelmente, o fato de já serem considerados “não pessoas” os qualifica para as ações criminosas.

Por fim, diante de tudo o que foi exposto, não é de difícil percepção concluir que as premissas deste modelo de Direito Penal do Inimigo afrontam princípios consagrados do Direito Penal clássico e pensar caminhos que sejam saudáveis ao desenvolvimento do Direito Penal é tarefa que deve, necessariamente, se pautar pelo respeito aos direitos e às garantias fundamentais previstos em um Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

O percurso realizado neste trabalho nos permite afirmar que o horizonte que se desenha na área do Direito Penal é extremamente preocupante quando alguns autores que se propõem a enfrentar as mazelas sociais e todos os problemas advindos de uma Sociedade de Risco relativizam garantias e direitos que foram consagrados pelo Direito Penal clássico.

Embora a corrente teórica do Direito Penal do Inimigo não seja novidade para ninguém e já tenha algumas décadas de existência, observamos cotidianamente discursos e narrativas que buscam catalisar suas premissas nos mais variados meios sociais de interação. Mesmo que não adotem integralmente esta perspectiva teórica, essas abordagens configuram um perigoso caminho que se abre no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

Do ponto de vista da defesa das garantias dos direitos fundamentais, é crucial destacar que a forma como se pretende combater esses novos riscos em matéria de Direito Penal é de suma importância. Assim, toda e qualquer proposta que surja deve ser submetida ao crivo dos Direitos Humanos, a fim de que não se caia em um Estado de exceção ou qualquer outro modelo que não respeite os princípios basilares de um sistema penal democrático.

REFERÊNCIAS

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

BECHARA, Ana Elisa Liberatore Silva. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

BRITO ALVES, Fernando de; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *O Direito Penal Diante da Sociedade de Risco: A Criminalização Motivada pelo Medo*. *Conpedi Law Review*, v. 2, n. 4, p. 36-57, 2016.

CALLEGARI, André Luís *et al.* Sociedade do risco e Direito Penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 26, p. 115-140, 2020.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 7. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

CARVALHO, Salo de. *O Papel Dos Atores do Sistema Penal Na Era do Punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

CONDE, Francisco Muñoz. *Direito Penal do Inimigo*. Tradução de Karyna Batista Sposato. Curitiba: Editora Juruá, 2012.

D'ÁVILA, Fabio Roberto. Liberdade e segurança em direito penal. O problema da expansão da intervenção penal. *Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB*, ano 1, v. 1, n. 1, junho 2013.

FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do direito penal Panorâmica de alguns problemas comuns*. Coimbra: Editora Almedina, 2001.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 8, 1994.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu Jose Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

LIMA, Alberto Jorge Correia de Barros. *Direito penal constitucional: a imposição dos princípios constitucionais penais*. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendencias políticos-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MARINA, José Antônio. *Cronicas de la ultramodernidad*. Barcelona: Anagrama, 2000.

MASCARENHASS, Rauli Kind. *Direito Penal Negativo: Limites à expansão do Direito Penal*. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2019.

MASI, Carlo Velho. *A crise de legitimidade do direito penal na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NEUMANN, Ulfrid. Direito Penal do Inimigo. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme Souza (org.). *Direito Penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, RBCCrim*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 2, n. 69, 2010.

PASTANA, Débora Regina. Cultura do medo e democracia: um paradoxo brasileiro. *Revista de Ciências Sociais - Mediações*, v. 10, n. 2, p. 183-198, 2005.

PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. In: FRANCO, Alberto Silva; NUCCI, Guilherme Souza (org.). *Direito Penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais - RBCCrim*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 2, n. 69, 2010.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Tipicidade Penal e Sociedade de Risco*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TURESSI, Flavio Eduardo. *Bens jurídicos coletivos: proteção penal, fundamentos e limites constitucionais à luz dos mandados de criminalização*. Curitiba: Juruá, 2015.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito penal do inimigo e o terrorismo: o “progresso ao retrocesso”*. São Paulo: Editora Almedina Brasil, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, ALEJANDRO. *Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. 1.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A questão criminal*. Tradução Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.