Cognitio Juris
ISSN 2236-3009

OS CRIMES DE PERIGO ABSTRATO COMO EFEITO DA EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

CRIMES OF ABSTRACT DANGER AS THE EFFECT OF THE EXPANSION OF CRIMINAL LAW

Artigo submetido em 29 de junho de 2023
Artigo aprovado em 12 de julho de 2023
Artigo publicado em 31 de julho de 2023

Cognitio Juris
Ano XIII – Número 48 – Julho de 2023
ISSN 2236-3009

.

Autor:
Thales Messias dos Santos[1]

.

RESUMO: O presente artigo visa expor as construções feitas por diferentes autores acerca das mudanças no direito penal, destacando as alterações sociais e seus reflexos no direito, assim como o nível de abstração das condutas criminosas, que para lidar com os novos tempos e anseios, se distanciaram de elementos tradicionais da teoria do delito e do bem jurídico. Ao fim, visa-se uma abordagem crítica dos delitos de perigo como consequência das alterações na sociedade, assim como um enfrentamento acerca de sua difícil compatibilização com a teoria do delito.

PALAVRAS-CHAVE: expansão do direito penal; direito penal do inimigo; crimes de perigo;

bem jurídico.

ABSTRACT: The current article aims to expose the constructions made by different authors about the changes in criminal law, highlighting social changes and their effects on law, as well as the level of abstraction of criminal conducts, which, to deal with the new times and desires, have distanced themselves from traditional elements of the theory of crime and legal interest. At the end, it is aimed at a critical approach to the crimes of danger as a consequence of the changes in society, as well as a confrontation about its difficult compatibility with the theory of crime.

KEY WORDS: expansion of criminal law; criminal law of the enemy; crimes of danger; legal interest.

1 – INTRODUÇÃO

Os escritos aqui expostos apresentam de forma progressiva algumas das causas determinantes no alargamento do uso do Direito Penal nos tempos atuais, buscando uma visão sociológica e de política criminal para traçar essa linha evolutiva.

É de suma importância trazer, ainda que de forma resumida, algumas das conclusões apresentadas pelo Professor Jesús-María Silva Sánchez, extraídas de seu livro *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Por evidente, não conseguirei e nem é o intuito esgotar as hipóteses levantadas pela obra, contudo, por seu caráter indispensável, penso ser necessário analisarmos pontos determinantes levantados pelo autor, a fim de conectá-los com os próximos temas do texto.

Em seguida, analisaremos dois movimentos de política criminal com evidente impacto na expansão do Direito Penal. O direito penal do inimigo, movimento atribuído ao penalista Gunther Jakobs – e que possui divergências sobre seu nascimento –, possui nítido impacto na criminalização primária de condutas, enquanto a tolerância zero, encampada e popularizada

principalmente pelo ex-prefeito de Nova York, Rudolph Giuliani, opera com o aumento criminalização secundária prospectando um público-alvo determinado.

Identificados os fatores de expansão, adentraremos na criminalização do perigo, demonstrando principalmente com base na literatura estudada como os crimes de perigo ganham impulso com as mudanças sociais mencionadas, tentando interligar menções que apontam para a descoberta de novos bens jurídicos cada vez mais abstratos e a necessidade de normas de contenção, essas propostas principalmente pelo direito penal do inimigo, resultando no uso cada vez maior pelo legislador penal da criminalização do perigo.

Por fim, o texto se encerra com uma breve crítica direcionada principalmente aos crimes de perigo abstrato, com um enfoque criminológico e dogmático-penal acerca da coadunação de sua existência com os saberes tradicionalmente construídos pela dogmática e sua real intenção e efeito na criminalização secundária.

2 – A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: DIAGNÓSTICO DE SILVA SÁNCHEZ

Ao iniciar nossa imersão sobre o aumento da incidência do direito penal na vida cotidiana, precisamos conceber o direito como um fenômeno que reflete as alterações vivenciadas na formação da sociedade.

E esse alargamento de condutas abrangidas pelo direito penal seria uma consequência do *surgimento de novos interesses* atraindo a atenção da população e dos governantes. Se sua principal função declarada é a proteção de bens jurídicos, a aparição ou atribuição de novos valores à antigas demandas, bem como o surgimento de novas realidades, a deterioração de realidades abundantes e o incremento de valor com relação a evolução social-cultural geram um impulso aumentando a criminalização de condutas.

Alguns desses novos interesses são representados pelas instituições econômicas de crédito, que antigamente não possuíam o mesmo valor que hoje; a deterioração de bens antigamente

abundantes, impulsionando uma maior proteção – e consequentemente, maior uso do direito penal – principalmente no cuidado com o meio-ambiente (hoje tido como bem escasso) e certas realidades que receberam um incremento em seu valor como decorrência histórica e cultural, como o patrimônio artístico-cultural[2]. Esses bens jurídicos, antigamente tidos até mesmo como negligenciados ou de pouca valiam, passam a ter sua proteção cobrada por organismos internacionais e nacionais, pressionando governos tidos como não protetores dessas realidades.

Outro fator apontado é o *surgimento de novos riscos*. O termo sociedade de riscos, cunhado pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, designa as mudanças na sociedade moderna, onde a produção de riquezas é acompanhada da produção social de riscos científico-tecnológicos[3].

Assim, os riscos contidos no manejo da indústria, biologia e informática são incomparáveis com os tempos passados, com potencial de gerar grandes impactos, muitas vezes de forma até não intencional em razão de falhas técnicas, cabendo as sociedades decidirem sobre a incidência do direito penal em tais casos. É indissociável do processo evolutivo e da criação de novas tecnologias a existência de diferentes fontes de riscos a serem geridas, próprio do desbravamento do desconhecido.

Com as mudanças na produção social, despertam novas tecnologias que são utilizadas em larga escala pelas empresas e cidadãos, chegando às mãos também da criminalidade. Há, portanto, uma possibilidade de organização virtual e ciberdelinquencia, usufruindo do progresso técnico para o cometimento estruturado de crimes[4].

Diferente não poderia ser. Uma vez que as formas de relações sociais se alteram e novas tecnológicas são empregadas no progresso econômico-financeiro, difícil imaginar a criminalidade ficando à margem de tais fatos, embora não possamos esquecer que a execução sofisticada e estruturada, embora exista, não é a regra, sendo muito mais comum a prática de atos toscos e pouco planejados, sendo de fácil detecção[5].

Referido fator se conecta com uma sociedade de objetiva insegurança, onde se convencionou a existência e convivência com os riscos, descartando sua neutralização e focando em como serão distribuídos, atribuindo para tal controle o encargo de condutas positivas de terceiros[6].

Outro fenômeno detalhado por Silva Sánchez é o progressivo *aumento da sensação de insegurança* entre as pessoas. Trata-se de uma dimensão subjetiva da sociedade e que pode se reportar a riscos existentes ou inexistentes.

A sensação de insegurança é impulsionada pela transformação das cidades e o aumento do individualismo, onde cada vez menos as pessoas se conhecem e se conectam como comunidade, vivendo em suas próprias buscas pessoais[7]. A inexistência de vínculos, aumentando a disponibilidade laborativa, consequentemente impacta na instabilidade emocional e na própria percepção com relação a sociedade. O desconhecido, cada vez em maior número, é visto como um risco.

Imprescindível para a criação dessa sensação de insegurança é a atuação da mídia cumprindo um papel de potencializar a experiência do mal. Há, sem dúvidas, um alarmismo criado pela reprodução de notícias relacionadas ao crime organizado, tráfico de drogas e terrorismo, instando um clamor popular que demanda maior controle social[8].

A comunicação trabalha também com a projeção de grupos marginalizados, aumentando a sensação de insegurança e elegendo inimigos entre a sociedade. Um desses grupos, principalmente nos países europeus, são os imigrantes, que ganham especial foco de sua nacionalidade pela mídia no cometimento de delitos[9]. Contudo, uma análise séria dos números conclui que inexiste maior prática criminosa pelos imigrantes. Em Portugal, por exemplo, o número de crimes praticados por esse grupo é pequeno e não existem indícios de ligação entre o aumento de criminalidade violenta e o número de estrangeiros no país[10].

Aliado a sensação de insegurança, cresce a posição dos membros da sociedade como

sujeitos passivos. Se antes a sociedade industrial incutia um pensamento de aceitação de riscos e de imprecisão da vida, a sociedade pós-industrial demonstra menor aceitação de riscos e maior preservação da vida. Há, portanto, menor aceitação dos casos fortuitos e uma necessária atribuição de responsabilidades por quaisquer eventos ocorridos, gerando uma hipertrofia da responsabilidade de terceiros[11].

Outro fato pontuado pelo autor é o aumento da *identificação da população com a vítima*. Se antes o direito penal era visto como a magna carta para defender o acusado dos abusos do Estado, hoje proliferam movimentos colocando a vítima em primeiro lugar no âmbito penal e, por consequência, transformando a legislação em uma magna carta da vítima.

Referida modificação ganha força com o aumento da criminalidade de poderosos. Onde antes os desvalidos se viam apenas como potenciais autores de crimes, com o crescimento da criminalidade econômica, conseguem se vislumbrar como vítimas dos delitos praticados por grandes empresários.

É bem verdade que tal perspectiva, embora opere no imaginário da população, não passa pelo crivo da criminologia crítica[12] e de uma atenta leitura dos dados. Sabemos que, embora as “Grandes Operações” reverberem nos noticiários durante meses, sendo dignas de séries televisivas, o sistema prisional é composto majoritariamente por pessoas negras e pardas, com o ensino fundamental incompleto e presas por crimes contra o patrimônio[13].

Ou seja, ao encampar um discurso de alargamento penal, enrijecimento das sanções e diminuição de garantias penais e processuais, no ímpeto que atingirão os poderosos, a população subalternizada cria um arcabouço que mais tarde será utilizado contra ela, como historicamente sempre foi, sem possuírem de mecanismos legais para fazerem resistência.

Aliado a tal fator, o autor destaca a mudança ocorrida na *esquerda política*, que historicamente era alinhada a movimentos libertários e contrários ao encarceramento e uso exacerbado do direito penal. Com o enfoque de que as classes subalternizadas também

seriam titulares de bens jurídicos a serem protegidos, os movimentos de esquerda se aliaram à direita na proposição de maior rigor penal[14].

Neste cenário, perdeu-se um importante setor político no balanceamento das propostas de endurecimento e aumento da incidência do direito penal.

O fenômeno também é bem exposto por Maria Lúcia Karam, que descreve o encantamento dos setores da esquerda com o uso do direito penal como meio de enfrentamento do abuso do poder econômico e político, passando para um histérico combate à corrupção e buscas de condenações a qualquer preço, se queixando inclusive do uso de direitos e garantias pelos réus economicamente privilegiados, esquecendo de que o arrefecimento de tais direitos impactará de maneira muito mais intensa as classes subalternizadas[15].

Neste cenário, perdeu-se um importante setor político no balanceamento das propostas de endurecimento e aumento da incidência do direito penal.

Diversos são os fatores de expansão citados por Silva Sanchéz em sua obra, cumprindo no presente artigo realizar uma breve introdução ao seu pensamento e elencar alguns de seus diagnósticos. Vemos que sua visão de expansão do direito penal se encontra estritamente ligada com a transformação do mundo e da sociedade, sendo fruto de um movimento impulsionado pelas alterações nas formas de produção, convívio e percepção política.

3 – MOVIMENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL: DIREITO PENAL DO INIMIGO E TOLERÂNCIA ZERO

Alinhado às modificações sociais citadas anteriormente, entendo que outro fator importante na expansão do direito penal é a disseminação e crescimento de novos movimentos de política criminal.

Embora não haja uma adoção explícita de tais correntes de pensamento, não é difícil encontrar seus traços quando analisamos discursos políticos e propostas de alterações

legislativas.

A começar pelo Direito Penal do Inimigo, suas origens e seu maior representante já são motivos de discussão. A nomenclatura foi cunhada por Gunther Jakobs em 1985, durante conferência sobre a criminalização no estado prévio da lesão ao bem jurídico. Na ocasião, defendeu a antecipação de barreiras de punibilidade em casos de especial periculosidade, discutindo a exigência de manifestação exterior da vontade para criminalização e a criminalização de delitos de perigo abstrato[16]. O jurista fazia então uma exposição e sistematização de um fenômeno que já existia na Europa, tratando-se supostamente de uma atividade meramente descritiva.

É bem verdade que o tema se desenvolveu principalmente após os ataques terroristas nos anos 90 e seguintes, ganhando mais espaço nas obras de Jakobs. A fim de compreender seu, é necessário revisitar algumas premissas da dogmática penal desenvolvida pelo autor.

Para Jakobs, a norma cumpre uma função assegurar as expectativas sociais[17]. Ou seja, a conduta do ser humano se pauta pelas expectativas sociais que se convertem em expectativas normativas ao serem positivadas, gerando em todos a sensação de que se orientarão a partir da norma[18].

Um exemplo clássico é o uso do semáforo na regulação do trânsito. Emprega-se o semáforo com símbolos coloridos associados a concretos significados. A aceitação do semáforo para regular o trânsito é fruto de uma convenção: esses símbolos luminosos expressam uma comunicação social. Aceita-se uma norma que regula o trânsito e todos criam a expectativa de que os veículos não irão avançar no sinal vermelho, possibilitando a travessia de pedestres e a circulação de outros veículos.

Para viver em sociedade, as pessoas precisam confiar que haverá um mínimo respeito às regras impostas. A isso se chama “segurança cognitiva” ou segurança cognitiva da vigência da norma[19]. Com a reiteração de condutas criminosas a confirmação cognitiva é quebrada

e a estrutura de segurança cognitiva é substituída por uma insegurança cognitiva, sendo a norma paralisada pelo infrator que nega a vigência da norma reiteradamente, não sendo possível confiar que obedecerão a norma no futuro[20].

Aqueles que não podem oferecer essa expectativa de fidelidade à norma são considerados inimigos na teoria proposta, não por motivos políticos ou de nacionalidade[21], sendo uma escolha daquele que assim age se manter a parte do contrato social. Logo, por tais razões, uma declaração de inimizade com a norma o torna carecedor das completas garantias por ela ofertadas, não sendo a condição de pessoa suficiente para lhe assegurar todos os direitos e garantias[22].

A respeito do tema, vale trazer os dizeres do próprio autor:

Assim, pois, o princípio correto seria: “todo aquele que oferece fidelidade jurídica ao menos de forma relativamente confiável tem o direito de ser tratado como pessoa”, e aquele que não fornece essa prestação é gerido por outrem, ou seja, não é tratado como pessoa (JAKOBS, 2009, p. 59).

O direito penal do inimigo trabalhará em demasia com normas de contenção. Cria-se uma antecipação da punibilidade, muito antes da realização de um dano. Há, portanto, um incentivo à mudança de paradigmas: ao invés de punir o dano à vigência da norma, protege-se de perigos futuros, com penas que não podem ser justificadas com base no injusto realizado, apenas com a expectativa de proteção de um bem jurídico futuramente lesado[23].

A técnica de antecipação das barreiras de proteção penal é própria do direito penal do inimigo, escolhendo uma pretensa proteção da “paz pública” ou “ordem social” por cima das esferas de liberdade, neutralizando os perigos antes que o bem jurídico seja efetivamente lesionado[24].

É possível identificar uma transição do direito penal que preserva a vigência da norma para uma medida de segurança, voltada a contenção de perigos iminentes (ou assim vistos como). A proliferação de crimes de perigo não pode ser dissociada dessa visão, sendo cada vez mais adotada pelas agências de criminalização primária.

Contudo, sabemos que o poder punitivo não opera apenas na criminalização primária. As agências de criminalização secundária, responsáveis pela operacionalização do programa legislativo, indicam a forma com que o Estado irá concretizar esse programa.

A criminalização secundária é aquela não restrita ao plano legislativo, mas que realmente coloca em prática o programa punitivo. Suas agências são compostas por policiais, promotores, advogados e agentes penitenciários, exercendo a ação punitiva sobre pessoas concretas[25].

E a ideologia da lei e ordem soube como potencializar a ação da criminalização secundária. Apostando na já sabida seletividade, onde regra geral se persegue pessoas enquadradas nos estereótipos criminais, vítimas do etiquetamento e que realizam ações ilícitas de fácil detecção[26], o movimento de lei e ordem prega a expansão do direito penal com a repressão da desordem e pequenos delitos como vadiagem, jogar lixo nas ruas, beber em público, catar papel, e prostituição[27].

Não se pode descartar o papel da mídia na propagação do movimento e da expansão do direito penal:

A mídia, no final do século passado e início do atual, foi a grande propagadora do movimento Lei e Ordem. Profissionais não habilitados chamaram para si a responsabilidade de criticar as leis penais, fazendo a sociedade acreditar que, mediante o recrudescimento das penas, a criação de novos tipos penais incriminadores e o afastamento de determinadas garantias processuais, a sociedade ficaria livre daquela parcela de indivíduos não adaptados. (GRECO, 2009, p.10)

Essa expansão busca atacar aqueles portadores de um “comportamento desordenado”, suposto causador inicial dos atos criminosos. Um pequeno ato de desordem poderia levar, em última instância ao cometimento de crimes. Seus defensores e criadores se colocam frontalmente opostos a movimentos de liberdades civis, contrários a retirada dessas pessoas da sociedade, mesmo que não estejam fazendo nenhum mal concreto. Consideram um comportamento antissocial o de não possuir um local para morar, vagando por parques e ruas, podendo abusar e álcool e drogas ou ter outros comportamentos intimidatórios, sendo muitas vezes doentes mentais ou possuidores de motivações criminosas[28].

Assim, uma estratégia de recuperação da ordem passaria pela incorporação por parte dos políticos, criminalistas e chefes de polícia do temor e a desordem nos programas para o combate à criminalidade[29]. Ou seja, uma franca expansão contra o perfil social já delineado acima, utilizando-se o poder penal.

O movimento de lei e ordem, antes restrito aos Estado Unidos, se espalhou pelo mundo. E esse fenômeno ganhou especial relevância na América Latina, envolvida em terreno fértil para a adoção do populismo penal, onde suas elites foram logo seduzidas pelas ideias de Giuliani para enfrentar as consequências de uma reestruturação neoliberal e as instabilidades sociais. Chile, Brasil, Argentina e Uruguai experimentaram um salto no encarceramento, adotando um conjunto comum de soluções punitivas baseadas na ampliação das prerrogativas policiais, centrada nas infrações de rua e associadas às drogas; endurecimento e aceleração do processo judicial e a expansão da prisão como depósito[30].

Cria-se, portanto, um ambiente perfeito para a expansão do direito penal. De um lado, a criminalização primária aumentando e produzindo novos tipos penais, muitas vezes voltados a punir condutas potencialmente lesivas aos bens jurídicos e avalizando o encarceramento de pessoas que não realizaram condutas concretamente danosas.

Por outro, a criminalização secundária ganha força, principalmente as agências policiais, que

passam a trabalhar em uma atividade prospectiva para combater a desordem – representada geralmente nos estereótipos alvos da seletividade penal – e que, se não tiverem cometido algum fato criminoso, podem ser enquadrados em condutas potencialmente lesivas, representadas pelos crimes de perigo.

Essa combinação leva a uma expansão totalitária que nos aproxima de um estado de polícia. Se de um lado temos um extenso programa criminalizante desenvolvido pelas agências legislativas, de outro autorizamos uma atuação cada vez mais incisiva das agências de criminalização secundária, aumentando o número de abordagens policiais e atuações ostensivas, sempre focadas na seletividade.

4 – CRIMINALIZAÇÃO DO PERIGO

Em um breve retrospecto dos temas analisados, vimos como as mudanças sociais impactaram na valoração sobre a importância dos bens jurídicos, passando a serem tutelados pelo direito penal em razão de uma nova dimensão e percepção sobre eles.

Uma expansão nos valores atribuídos aos bens jurídicos e seu caráter material nos trouxe cada vez mais um afastamento verdadeira lesão ao bem e protegido pelo tipo penal. Prolifera-se a proteção de bens jurídicos espiritualizados ou difusos, que não conseguem trazer uma racionalidade para a lesão provocada e se tornam um mero objeto simbólico de proteção[31].

Conviver em uma sociedade de riscos, conforme exposto, descarta a possibilidade de se neutralizar novos riscos. Assim, passamos a nos dedicar como eles seriam distribuídos, sabendo que seus resultados são produzidos ao longo dos anos, denunciando uma suposta insuficiência quanto aos delitos de resultado e lesão e gerando na sociedade uma demanda por delitos de perigo, em uma configuração cada vez mais abstrata e formalista, atuando como uma gestão política de riscos[32].

A eliminação dos espaços de risco permitido e o consequente incremento das infrações de cuidado proliferam a criação de “normas de segurança”, que seriam a tipificação de delitos de perigo[33].

A normatização do bem jurídico como uma entidade puramente abstrata deve ser evitada, sendo indispensável sua associação com o conceito de direito subjetivo para sua delimitação e freio da tendência de abstração do bem jurídico. É porque, embora não faça parte da estrutura do tipo, o bem jurídico se presta justamente a delimitar a proibição e, sem a demonstração de sua lesão ou perigo concreto, não pode ser configurado o tipo[34].

A criação de barreiras de antecipação, defendida pelo Direito Penal do Inimigo, é frontalmente oposta a tal ideia. Ao invés do tipo penal e do bem jurídico servirem como limitador do direito penal, são transformados em fatores de expansão através de sua maior abstração e expressa desnecessidade de qualquer lesão. Opta-se deliberadamente por não aguardar uma lesão efetiva ou exposição ao perigo concreto, punindo a mera existência de perigo abstrato.

Assim, o Direito Penal do Inimigo segue as perspectivas de um direito penal do risco, baseado em uma uniformidade nos comportamentos de massa que tentam justificar a criminalização de condutas isoladamente inofensivas e a proliferação de tipos de perigo, com o consequente relaxamento dos critérios de imputação[35].

Sobre os crimes de perigo, fazemos uma necessária digressão de sua classificação penal. Estes se subdividem em crimes de perigo concreto e de perigo abstrato, sendo os primeiros aqueles em que o julgador verificará o contexto para aferir um bem jurídico foi exposto a perigo real, enquanto no outro, o legislador presume a conduta como geradora de fonte de perigo ao bem jurídico, sem a necessidade de comprovação no caso concreto e contando somente com a presunção legislativa[36].

Não primando pela ocorrência da lesão, baseado em sua suposta gravidade extrema,

antecipa-se a conduta punível, de modo que chegamos até mesmo a uma "*não conduta*", como é o caso dos delitos de posse. São delitos sem ação, que rompem estruturalmente com toda a dogmática criada em torno da teoria do delito, mas que em prol de uma suposta segurança, nosso ordenamento jurídico insiste em validar.

Em uma análise sobre o direito penal atual, Winfried Hassemer, em tom crítico, descreve a política criminal rumando ao contrário de algum tempo atrás, em que se focava na descriminalização e redução de penas. Ao contrário, agora foca em novas criminalizações e agravamento de penas, ocupando campos que se mostram como centros de risco na percepção pública como o meio ambiente, economia, impostos, drogas, terrorismo. Não mais se guia pelos bens jurídicos clássicos concretos (vida, saúde, liberdade), mas bens jurídicos gerais, descritos de forma tão ampla e vaga que podem justificar qualquer tipo penal. Instrumentaliza-se, portanto, a proteção desses bens jurídicos não por delitos de dano ou lesão, mas por delitos de perigo, geralmente abstrato[37].

A crítica sobre a inexistência de um perigo concreto ao bem jurídico pode ser observada ao longo da obra de Juarez Tavarez:

A exigência da fórmula de um perigo concreto ao bem jurídico e não um estado de simples ameaça constitui o alicerce de uma teoria crítica do delito, a qual não deve se preocupar em legitimar a intervenção penal, mas, sim, em traçar limites rigorosos à sua execução. (TAVAREZ, 2018, p.90).

Temos, portanto, no direito penal atual um altíssimo grau de abstração dos bens jurídicos, fruto dos movimentos de política criminal mencionados e da alteração da sociedade, que demanda um incremento dos tipos penais de perigo, cada vez mais presentes em nossa legislação.

Os tipos penais de perigo abstrato, por sua vez, também possuem uma formulação problemática, atribuindo-se ao legislador a capacidade de eleger condutas presumidamente

perigosas, de forma absoluta, ou seja, sem a admissão de prova em contrário.

A criação de um programa punitivo cada vez mais foca em crimes de perigos abstratos voltados a proteção de bens jurídicos não palpáveis e que se mostram cada vez mais espiritualizados nos afasta completamente da necessária lesividade que a conduta precisa causar para autorizar o tratamento penal a ela.

5 – CONCLUSÕES

Notamos no fenômeno descrito por diversos autores que as mudanças sociais criaram uma demanda por maior proteção penal para bens jurídicos antes pouco observados. As alterações nas relações sociais também possibilitaram a criação de novos bens jurídicos a serem tutelados, cada vez mais abstratos e "espiritualizados", trazendo muita dificuldade na aferição de uma real lesão. A sociedade passou a conviver muito mais com a noção de risco, fruto do intenso progresso tecnológico e de consequências difíceis de dimensionar se comparadas com condutas ordinárias.

O direito penal do inimigo, em uma verdadeira narrativa bélica contra determinados cidadãos, apoia amplamente a antecipação de barreiras de punição, que deve servir como forma de contenção de pessoas antes que elas efetivamente lesionem um bem jurídico tido como importante. Trabalha com a neutralização de agentes, incentivando uma antecipação da tutela penal e seu uso como um poder de polícia.

Referido pensamento, por óbvio, impulsiona a criminalização primária para que as agências legislativas trabalhem numa ampliação de seu programa punitivo, repleto de tipos penais de perigo abstrato. Esses tipos são extremamente criticados por não oferecerem uma real lesão ao bem jurídico tutelado, tão somente uma presunção de lesão pela prática da conduta perigosa ou posse de determinada "coisa ilícita".

Por fim, em mão desse repertório criminalizante, o movimento de lei e ordem, com

expressiva importação pelo Brasil e América Latina, atua pregando maior rigidez das agências policiais, aquelas que efetivamente exercem a maior parte do controle penal, escolhendo os alvos de abordagens policiais.

É sabido que por sua própria incapacidade de atuar de forma ampla, a criminalização secundária atua de forma seletiva, escolhendo os mesmos alvos de sempre, que refletem na composição do sistema prisional por gênero, classe e cor.

Desta forma, os crimes de perigo, além de sua questionável legitimidade diante da teoria do delito, funcionam como uma forma de impulsionar a criminalização de pessoas indesejáveis, que eventualmente estariam portando coisas "perigosas".

Um exemplo disso é que, logo após os crimes contra o patrimônio, a Lei de Drogas é responsável pelo maior número de pessoas hoje encarceradas nos presídios estaduais e federais. Aliado a uma extrema subjetividade e ausência de critérios para a distinção entre usuários e traficantes, as pessoas alvo da seletividade das agências policiais se tornam mais vulneráveis ao poder punitivo, basta-se ver onde estão geograficamente concentrados os esforços em operações repressivas de tais delitos.

Assim, a problemática dos crimes de perigo abstrato, aliados aos fenômenos de expansão do direito penal e novos movimentos de política criminal se mostra um potencializador da atuação das agências policiais e do aumento do poder punitivo.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. 2 ed. **Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 43

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

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. **TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS: E SE A PEDRA VEM DE DENTRO?** Disponível em: <https://www.emporiododireito.com.br/leitura/teoria-das-janelas-quebradas-e-se-a-pedra-vem-de-dentro>, acesso em 24/06/2023.

DE LIMA, Jéssica Thais. **Perspectiva jakobsiana do direito penal e da pena: serão possíveis contribuições para a contenção da tutela penal?.** Revista Liberdades. Edição n. 24, julho/dezembro, 2017.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio**. Niterói: Impetus, 2009.

GUIA, Maria João. **Crimigração, securitização e o Direito Penal do crimigrante**. Revista Liberdades, n. 11, p. 90-120, set./dez. 2012.

HASSEMER, Winfried. **Critica al derecho penal de hoy**. 2ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

HULSMAN, Louk. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas.** Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

JAKOBS, Gunther. **Direito penal do inimigo.** Tradução de Gercélia Batista de Oliveira. 2ª tiragem. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

KARAM, Maria Lúcia. **“A esquerda punitiva.”** Discursos sediciosos: Rio de Janeiro, n.1.1., 1996.

KELLING, George; COLES, Catherine. **No más ventanas rotas: como restaurar el orden y**

reducir la delincuencia en nuestras comunidades. Trad. Héctor Ignacio Saadi Uranga Gutierrez. México: Instituto Cultural Ludwig von Mises, 2001.

MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. **Lições fundamentais de direito penal: parte geral.** 6ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Placido, 2021.

MELO, M. **A Ilusão do Sistema Penal: O Medo e a Sensação de Insegurança como formas de Controle Social.** Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 51–64, 2016.

POLAINO- ORTS, Miguel. **Lições de direito penal do inimigo**. São Paulo: LiberArs, 2014.

SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 1.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2018. WACQUANT, Loïc. **A tempestade global da lei e ordem: sobre punição e neoliberalismo**. Revista de Sociologia e Política, v. 20, 2012.

---

[1] Advogado. Mestrando em Direito Penal pela PUC/SP, Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela PUC/SP.

[2]SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 33-34

[3]BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 23

[4] SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 36.

[5] BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. 2 ed. Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 47.

[6] SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.38.

[7] Ibidem, p.44.

[8] MELO, M. A Ilusão do Sistema Penal: O Medo e a Sensação de Insegurança como formas de Controle Social. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 51–64, 2016. Disponível em: https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/63950. Acesso em: 10 jun. 2023. P. 53-54

[9] GUIA, Maria João. Crimigração, securitização e o Direito Penal do crimigrante. **Revista Liberdades**, n. 11, p. 90-120, set./dez. 2012, p. 91.

[10] Ibidem, p. 111.

[11] SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 57.

[12] "*Os responsáveis pela mídia desprezam as sessões banais, rotineiras, onde os burocratas desempenham seu papel sem convicção, onde todo mundo se aborrece. Se estes representantes da imprensa cumprissem sua missão, ficaríamos sabendo que centenas de*

pessoas são sumariamente julgadas todos os dias no país e que são sempre os mesmos que vão para a prisão: as camadas mais frágeis da população, os despossuídos". HULSMAN, Louk. Penas perdidas: o sistema penal em questão. Trad. Maria Lúcia Karam. Niterói: Luam, 1993, p. 72.

[13] Dados extraídos do relatório elaborado pelo Sistema Nacional de Informações Penais – SISDEPEN, publicado em Dezembro/2022 e disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/brasil>. Acesso em 10.06.2023.

[14] SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 83.

[15] KARAM, Maria Lúcia. "A esquerda punitiva." Discursos sediciosos: Rio de Janeiro, n.1.1., 1996, p. 80-81.

[16] POLAINO- ORTS, Miguel. Lições de direito penal do inimigo. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 29.

[17] DE LIMA, Jéssica Thais. Perspectiva jakobsiana do direito penal e da pena: serão possíveis contribuições para a contenção da tutela penal?. Revista Liberdades. Edição n. 24, julho/dezembro, 2017. P. 95.

[18] POLAINO- ORTS, Miguel. Lições de direito penal do inimigo. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 71.

[19] "Pretendendo-se que uma norma determine a configuração de uma sociedade, a conduta em conformidade com a norma, realmente, deve ser esperada em seus aspectos fundamentais. Isso significa que os cálculos das pessoas deveriam partir de que os demais se comportarão de acordo com a norma, isto é, precisamente, sem infringi-la." JAKOBS,

Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas. Tradução de André Luis Callegari e Nereu José Giacomolli. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 32.

[20] POLAINO- ORTS, Miguel. Lições de direito penal do inimigo. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 26.

[21] Ressaltamos ser essa a visão de Jakobs e Polaino. Para uma opinião divergente, recomentamos "O inimigo no direito penal / E. Raúl Zaffaroni; tradução: Sérgio Lamarão. Imprenta: Rio de Janeiro, Revan, 2011."

[22] JAKOBS, Gunther. Direito penal do inimigo. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira. 2ª tiragem. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, p. 59.

[23] JAKOBS, Gunther. Direito penal do inimigo. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p.44-45.

[24] POLAINO- ORTS, Miguel. Lições de direito penal do inimigo. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 30-31.

[25] BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. 2 ed. Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume – Teoria Geral do Direito Penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 43

[26] Idem, p. 47.

[27] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. TEORIA DAS JANELAS QUEBRADAS: E SE A PEDRA VEM DE DENTRO? Disponível em: https://www.emporiododireito.com.br/leitura/teoria-das-janelas-quebradas-e-se-a-pedra-vem-de-dentro, acesso em 24/06/2023.

[28] KELLING, George; COLES, Catherine. No más ventanas rotas: como restaurar el orden y reducir la delincuencia en nuestras comunidades. Trad. Héctor Ignacio Saadi Uranga Gutierrez. México: Instituto Cultural Ludwig von Mises, 2001, p. 85-86

[29] Ibidem, p. 81-82.

[30] WACQUANT, Loïc. A tempestade global da lei e ordem: sobre punição e neoliberalismo. Revista de Sociologia e Política, v. 20, p. 11, 2012.

[31] TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 1.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p. 384.

[32] SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.38.

[33] Ibidem, p. 62.

[34] TAVARES, Juarez. Fundamentos de teoria do delito. 1.ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2018, p. 183.

[35] POLAINO- ORTS, Miguel. Lições de direito penal do inimigo. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 34.

[36] MARTINELLI, João Paulo; BEM, Leonardo Schmitt de. Lições fundamentais de direito penal: parte geral. 6ª ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Placido, 2021, p. 187.

[37] HASSEMER, Winfried. Critica al derecho penal de hoy. 2ª ed. 1ª reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 58-59.