

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO – UNAERP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS COLETIVOS E
CIDADANIA

WENDELL LUIS ROSA

DIREITO PENAL DO INIMIGO AMBIENTAL: ASPECTOS DA FUNÇÃO
SOCIAL DA TUTELA PENAL DE INTERESSES DIFUSOS

RIBEIRÃO PRETO
2024

WENDELL LUIS ROSA

DIREITO PENAL DO INIMIGO AMBIENTAL: ASPECTOS DA FUNÇÃO
SOCIAL DA TUTELA PENAL DE INTERESSES DIFUSOS

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP), como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania.

Orientador: Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva.

RIBEIRÃO PRETO
2024

Ficha catalográfica preparada pelo Centro de Processamento
Técnico da Biblioteca Central da UNAERP

ROSA, WENDELL LUIS, 1982-

R788d DIREITO PENAL DO INIMIGO AMBIENTAL: ASPECTOS DA
FUNÇÃO SOCIAL DA TUTELA PENAL DE INTERESSES DIFUSOS
/ WENDELL LUIS ROSA. - Ribeirão Preto, 2024.

1 f. : il.

Tese (Doutorado) - Universidade de Ribeirão Preto, UNAERP, Direito
(Mestrado/Doutorado), 2024.

1. Meio ambiente. 2. Inimigo ambiental. 3. Tutela penal. 4.

CDD 341.2

WENDELL LUIS ROSA

**DIREITO PENAL DO INIMIGO AMBIENTAL: ASPECTOS DA FUNÇÃO
SOCIAL DA TUTELA PENAL DE INTERESSES DIFUSOS**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão
Preto, para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

Data da defesa: 14 de novembro de 2024.

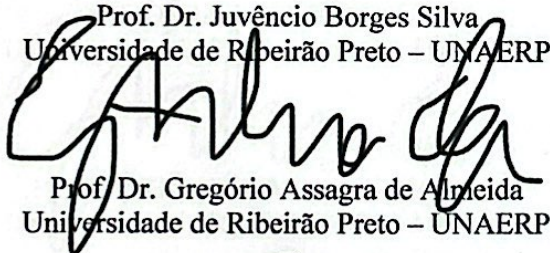
Resultado: Aprovado

BANCA EXAMINADORA

gov.br

Documento assinado digitalmente
JUVENCIO BORGES SILVA
Data: 26/11/2024 11:17:50-0300
Verifique em <https://validar.iti.gov.br>

Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva
Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP



Prof. Dr. Gregório Assagra de Almeida
Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP



Prof. Dr. Valter Foletto Santin
Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP



Profa. Dra. Fabiane Pereira de Oliveira
Instituto de Estudos Jurídicos Aplicados - IEJA

RODRIGO IENNACO DE MORAES:78796431687
Assinado de forma digital por
RODRIGO IENNACO DE MORAES:78796431687
Dados: 2024.12.16 09:10:09 -03'00'

Prof. Dr. Rodrigo Iennaco de Moraes
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

RIBEIRÃO PRETO
2024

WENDELL LUIS ROSA

**DIREITO PENAL DO INIMIGO AMBIENTAL: ASPECTOS DA FUNÇÃO
SOCIAL DA TUTELA PENAL DE INTERESSES DIFUSOS**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão
Preto, para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania

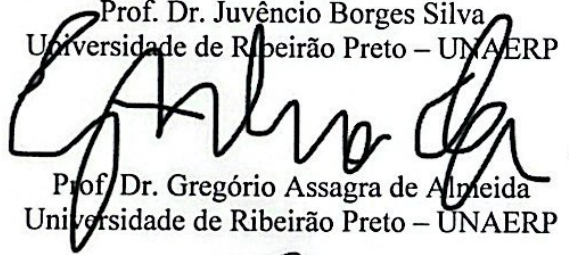
Data da defesa: 14 de novembro de 2024.

Resultado: Aprovado

BANCA EXAMINADORA

Documento assinado digitalmente
gov.br JUVENCIO BORGES SILVA
Data: 26/11/2024 11:17:50-0300
Verifique em <https://validar.it.gov.br>

Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva
Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP



Prof. Dr. Gregório Assagra de Almeida
Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP



Prof. Dr. Valter Foletto Santin
Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP



Profa. Dra. Fabiane Pereira de Oliveira
Instituto de Estudos Jurídicos Aplicados - IEJA

RODRIGO IENNACO DE MORAES:78796431687
Assinado de forma digital por
RODRIGO IENNACO DE
MORAES:78796431687
Dados: 2024.12.16 09:10:09 -03'00'

Prof. Dr. Rodrigo Iennaco de Moraes
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

RIBEIRÃO PRETO
2024

DEDICO este trabalho àqueles que doaram a própria vida à preservação do meio ambiente e, em especial, aos povos originários que fazem do respeito à natureza uma profissão de fé.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha esposa (Thais Mirene Takatu Rosa) e filhos (Valentina Takatu Rosa e Augusto Takatu Rosa) pelo apoio e paciência ao longo dessa árdua jornada.

Agradeço aos meus pais (Saulo de Tarso Rosa e Sandra Amália Leite Rosa) pelo constante estímulo às virtudes do estudo e trabalho.

Agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Juvêncio Borges Silva, por ter-me mostrado o caminho a percorrer, exortando acerca dos enfrentamentos necessários e corrigindo os equívocos da minha pesquisa.

Agradeço, ao Magnífico Reitor da Universidade de Ribeirão Preto que, ainda na Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Ribeirão Preto, e professor do Programa, sempre me incentivou ao crescimento científico e acadêmico, bem como fez vários apontamentos quando da Qualificação.

Agradeço ao Prof. Dr. Gregório Assagra Almeida, Coordenador do Programa, pelo apoio e pelas orientações quando da Qualificação.

Por fim, agradeço aos amigos, colegas e professores que de algum modo me auxiliaram nesta caminhada.

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Art. 225 da Constituição Federal

RESUMO

ROSA, Wendell Luis. **Direito penal do inimigo ambiental:** aspectos da função social da tutela penal de interesses difusos. 2023. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto-SP.

A presente tese aborda a adoção de um direito penal ambiental mais duro, voltado à antecipação da ação estatal - com fito na prevenção - e, principalmente, na inocuização do delinquente. Trata-se daquilo que no trabalho se denominou direito penal do inimigo ambiental. Tal se justifica tendo em vista a pouca eficácia das medidas adotadas pelo Estado brasileiro no combate aos crimes ambientais e em face da urgência da questão ambiental, não obstante a Constituição Federal tenha como tônica do desenvolvimento sustentável da sociedade brasileira a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, sendo que para o alcance desse desiderato munuiu o poder público de diversos instrumentos potencialmente hábeis a prevenir e reprimir comportamentos que atentam contra a natureza. Contudo, mais de 35 anos após a promulgação da Carta Magna o que se vê na realidade é a parcial ineficácia da tutela coletiva para comunicar à sociedade as expectativas contidas no ordenamento jurídico. Esse dilema é agravado no contexto de crise climática experimentada em todo o planeta. Tal fato provoca um angustiante questionamento: o que deve ser feito para estancar a destruição ambiental e, ao mesmo tempo, promover uma nova matriz econômica menos dependente dos recursos naturais? Alguns organismos internacionais vêm pressionando os Estados nacionais a adotarem medidas concretas e efetivas contra atitudes nocivas ao meio ambiente. Com esse objetivo, os órgãos multilaterais têm lançado mão de mecanismos econômicos para impor aos países uma agenda verde, sob a ameaça de perderem espaço no mercado internacional. Contudo, muito embora o Brasil esteja na vanguarda da tutela ambiental - visto que dispõe de vários mecanismos legais de proteção -, o respeito ao meio ambiente ainda é uma realidade limitada, porquanto o Direito não conseguiu se comunicar satisfatoriamente com boa parte da sociedade. Nesse cenário, é natural que os agentes de pressão - setores político e econômico - exijam ainda mais rigor da lei e das instituições contra aqueles que degradam o biosistema, o que justifica a presente tese e a viabilidade e a legitimidade da eventual adoção do implementação de medidas mais duras no combate aos crimes ambientais sob a rubrica de direito penal do inimigo ambiental. Para a execução desta pesquisa adotou-se o método dedutivo, a partir de material bibliográfico, para compreender a legitimidade do direito penal do inimigo, e o método indutivo para vislumbrar as tendências legislativas atinentes à tutela penal ambiental.

Palavras-chave: meio ambiente; inimigo ambiental; tutela penal; interesses coletivos.

ABSTRACT

ROSA, Wendell Luis. **Direito penal do inimigo ambiental:** aspectos da função social da tutela penal de interesses difusos. 2023. 270 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Ribeirão Preto, Ribeirão Preto, SP.

This thesis addresses the adoption of a tougher environmental criminal law, aimed at anticipating state action - with a view to prevention - and, mainly, at rendering the offender harmless. This is what has been called the criminal law of the environmental enemy in this work. This is justified in view of the low effectiveness of the measures adopted by the Brazilian State in combating environmental crimes and in view of the urgency of the environmental issue, despite the fact that the Federal Constitution has as its main focus for the sustainable development of Brazilian society the preservation of the environment for present and future generations, and in order to achieve this goal it has provided the public authorities with several instruments that are potentially capable of preventing and repressing behaviors that harm nature. However, more than 35 years after the promulgation of the Magna Carta, what we see in reality is the partial ineffectiveness of collective protection in communicating to society the expectations contained in the legal system. This dilemma is aggravated in the context of the climate crisis experienced throughout the planet. This fact raises a distressing question: what should be done to halt environmental destruction and, at the same time, promote a new economic matrix that is less dependent on natural resources? Some international organizations have been pressuring national states to adopt concrete and effective measures against attitudes that are harmful to the environment. To this end, multilateral organizations have been using economic mechanisms to impose a green agenda on countries, under the threat of losing market share in the international market. However, although Brazil is at the forefront of environmental protection - given that it has several legal protection mechanisms - respect for the environment is still a limited reality, since the law has failed to communicate satisfactorily with a large part of society. In this scenario, it is natural that pressure agents - political and economic sectors - demand even more rigor from the law and institutions against those who degrade the biosystem, which justifies this thesis and the viability and legitimacy of the eventual adoption or implementation of tougher measures to combat environmental crimes under the heading of environmental enemy criminal law. To carry out this research, the deductive method was adopted, based on bibliographic material, to understand the legitimacy of the enemy's criminal law, and the inductive method to glimpse the legislative trends related to environmental criminal protection.

Key words: environment; environmental enemy; criminal protection; collective interests.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 DIREITO PENAL DO INIMIGO	20
1.1 DIREITO PENAL DO INIMIGO: HISTÓRICO, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS..	22
1.2 A QUEM CABE DEFINIR O INIMIGO?	40
1.3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS E FILOSÓFICOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO	48
1.4 QUEM PODE SER CONSIDERADO INIMIGO?	59
1.5 AS CRÍTICAS À TEORIA DE GUNTHER JAKOBS	74
1.6 O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	92
1.7 O DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO PENAL AMBIENTAL	109
2 OS REFLEXOS DA DEVASTAÇÃO DO MEIO AMBIENTE	114
2.1 SOCIEDADE DE RISCOS E GLOBALIZAÇÃO.....	115
2.2 REFLEXOS ECONÔMICOS DA DEVASTAÇÃO AMBIENTAL.....	128
2.3 REFLEXOS SOCIAIS DA DEGRADAÇÃO AMBIENTAL	137
2.4 REFLEXOS INTERNACIONAIS DO DANO AMBIENTAL, A AGENDA 2030 DA ONU E O POSICIONAMENTO DA UNIÃO EUROPÉIA	142
3 A TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE	153
3.1 O CONTEMPORÂNEO ANSEIO POR SEGURANÇA E A TUTELA DE BENS JURÍDICOS UNIVERSAIS.....	156
3.2 POR QUE PUNIR CRIMINALMENTE O INFRATOR AMBIENTAL? VANTAGENS E DESVANTAGENS DA TUTELA PENAL.....	165
3.3 A (IN)SUFICIÊNCIA DAS SANÇÕES IMPOSTAS AOS INFRADORES DA LEI AMBIENTAL.....	175
3.3.1 Das características dos crimes ambientais.....	179
3.3.2 Benefícios penais e processuais penais aplicáveis aos crimes ambientais	183
3.3.3 O caráter simbólico dos crimes ambientais	189
3.4 O ETERNO DILEMA DA FINALIDADE DA PENA	194
3.4.1 Teoria retributiva.....	198

3.4.2 Teorias da prevenção especial	200
3.4.3 Teorias de prevenção geral	206
3.4.4 A visão funcionalista da pena	211
3.5 É POSSÍVEL COGITAR UM DIREITO PENAL DO INIMIGO AMBIENTAL?	216
3.6 A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO PENAL (DO INIMIGO) E O SEU CARÁTER COMUNICATIVO.	236
CONCLUSÃO	253
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	264

INTRODUÇÃO

A constante evolução da sociedade impõe ao Direito a paulatina revisão dos interesses que merecem ser tutelados pelas normas, bem como o redimensionamento de valores já reconhecidos e protegidos.

Não é de hoje que a defesa do meio ambiente está em pauta. Contudo, diante das circunstâncias da contemporaneidade, a preservação da natureza faz parte da ordem do dia e, por isso, reclama para si as atenções de vários sistemas sociais (o político, o econômico e o jurídico).

Com isso, é frequente o debate acerca das melhores formas de se enfrentar a degradação ambiental com fito na sadia manutenção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Como é sabido, o Direito atua de diversas formas para coibir e reprimir lesões desse gênero, utilizando-se de múltiplas ferramentas para demover o depredador do seu ímpeto, inclusive lançando mão da criminalização de comportamentos nocivos. Porém, o que se vê concretamente é a ineficiência (ou insuficiência) do sistema jurídico para comunicar a sua aversão à destruição do meio ambiente.

É perceptível que aqueles que dependem da boa gestão dos recursos naturais para manterem seus negócios, cumprem mais facilmente os regramentos ambientais. Exemplos disso são as empresas que dependem do cumprimento das diretrizes ESG (Environmental, Social and Governance) para obterem crédito mais acessível.

Por outro lado, há quem fature com a deterioração da natureza e que, por isso, contabilize eventuais sanções jurídicas como parte do custo da operação de mercado.

Além disso, a defesa do meio ambiente não é um compromisso arraigado na mente do cidadão médio - ao menos no Brasil -, o qual, com frequência, despreza as benesses da higidez ambiental com a prática de atos injustificáveis e corriqueiros de deterioração, tais como a causação de incêndios em matas e a contaminação do lençol freático por meio do descarte irregular de resíduos.

É por isso que o tema proposto merece ser debatido e aprofundado, visto que o Direito como forma de comunicação das expectativas sociais não tem obtido êxito pleno nesta seara. Conforme será visto mais adiante, nem mesmo o direito penal ambiental tem logrado

sucesso na formatação de uma consciência coletiva em prol de um desenvolvimento econômico sustentável.

Não obstante a discussão que será realizada nos capítulos seguintes, penso ser importante, em face de controvérsias que envolvem o tema, esclarecer desde o início que a expressão “direito penal do inimigo” veio à luz a partir dos estudos de Günther Jakobs, o qual, com frequência, é etiquetado erroneamente como defensor de um direito penal “liberal e antidemocrático”. Trata-se de um equívoco colossal, provavelmente pela análise superficial do tema. Noutras palavras, critica-se o título sem se aprofundar no conteúdo.

Zaffaroni incorre nesse equívoco ao afirmar que, se Jakobs não houvesse falado de *inimigo*, limitando-se a repetir aquilo que Welzel e von Liszt afirmavam, a teoria ora estudada não teria despertado muita polêmica na comunidade acadêmica¹. Ora, fosse outro o título ou empregadas nomenclaturas distintas, o objeto de pesquisa porventura seria válido?

Para compreender a teoria e promover um debate honesto acerca do tema, é preciso compreender o raciocínio construído por Jakobs, tal qual suas constatações empíricas e as formulações atinentes ao assunto.

Cabe mencionar que, no final do século XX, Jakobs ousou expor e criticar a existência de um direito penal do inimigo em países liberais e democráticos, tais como a Alemanha. Tratava-se de uma constatação da realidade, cuja existência jamais foi colocada em dúvida pelos críticos contrários às ideias do professor da Universidade de Bonn.

Nomes como Eugenio Raúl Zaffaroni, Winfried Hassemer e Cornelius Prittwitz jamais contestaram essa realidade, haja vista que de fato os Estados liberais e democráticos tratam de maneira distinta miríades de crimes e delinquentes, alguns como verdadeiros inimigos.

Assim, pouco importa se o objeto de estudo está sob a legenda de “direito penal do inimigo”, “direito penal de terceira velocidade” ou outra etiqueta qualquer. O que realmente interessa é a factual existência de um direito penal “diferenciado”, o qual demanda estudos acerca dos seus critérios legiferantes, bem como dos parâmetros interpretativos.

Noutras palavras, é imperioso saber o que faz com que parte do direito penal possua características de direito penal do inimigo. Além disso, é necessário fixar os predicados comuns às normas que compõe esse “direito penal diferenciado”. Por fim, é preciso estabelecer limites para que o direito penal do inimigo não contamine o direito penal comum a ponto de não ser possível diferenciá-los.

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 158.

Ao contrário do que equivocadamente se propaga na doutrina penal brasileira, Jakobs é um defensor do Estado de Direito e repudia veementemente a adoção indiscriminada do direito penal do inimigo. Por isso, propõe a sua identificação, demarcação do seu conteúdo e limitação de suas consequências.

Na visão de Jakobs o direito penal do inimigo não pode atentar contra os valores mais caros de um Estado Democrático de Direito. Por exemplo, não se pode admitir que um criminoso seja torturado porque praticou um crime etiquetado como hediondo, a exemplo daquilo que aconteceu no presídio de Guantánamo, local onde soldados americanos torturaram pessoas acusadas da prática de terrorismo.

Vale destacar, ainda, que Jakobs não labora com os parâmetros de um Estado absoluto ou ditatorial, muito pelo contrário, sua pesquisa se dá no seio de Estados liberais e democráticos que elegem livremente suas pautas de criminalização. Desta feita, o estudo do direito penal do inimigo só tem interesse científico se realizado em um ordenamento jurídico de índole democrática e liberal.

Daí que as críticas que apontam o direito penal do inimigo como fundamento jurídico para regimes autoritários são descabidas. Aliás, essa crítica padece de uma contradição lógica, já que um tirano não precisa de um referencial teórico para fundamentar sua ação contra seus opositores.

Acrescente-se, também, que a análise de Jakobs é normativa e não se preocupa com desvios e abusos praticados pelos “agentes da lei”. Destarte, se um policial pratica tortura para obter informações e, assim, solucionar um caso criminal, não se está diante do direito penal do inimigo, mas, sim, de um funcionário público delinquente, uma vez que em um ordenamento jurídico liberal e democrático tal prática jamais seria legitimada. Noutra perspectiva, se um juiz usa provas obtidas por meios ilícitos para condenar um réu, isso não pode ser considerado direito penal do inimigo, mas, sim, desvio funcional, crime, eis que nenhuma Constituição democrática compactua com atos hostis ao devido processo legal.

Por isso, desde já, é preciso ter a consciência de que se está a analisar a lei e seus limites interpretativos. Qualquer abuso oriundo da subjetividade de um agente público não é direito penal do inimigo.

Feito isso, parte-se para um novo patamar de questionamentos. Primeiro, é necessário saber o que pode ser classificado como direito penal do inimigo. Segundo, o direito penal do inimigo pode ser considerado legítimo dentro de um Estado Democrático de Direito.

Em breves palavras, pode-se dizer que o direito penal do inimigo se caracteriza pela antecipação do *jus puniendi* estatal, isto é, a pretensão punitiva do Estado passa a incidir

sobre as primeiras fases do *iter criminis*. Nos crimes de perigo abstrato a tipificação prescinde da concretização do resultado. Por exemplo, o crime de embriaguez ao volante se configura independentemente da causação de um dano ou perigo concreto a outrem, bastando a prática do comportamento proibido.

Outra característica do direito penal do inimigo é a cominação de penas privativas de liberdade que têm por característica a inocuidade do delinquente. Em outros termos, tratam-se de reprimendas que efetivamente separam o criminoso da sociedade, sem ter por escopo propriamente a sua recuperação ou ressocialização. Cuidam-se, portanto, de penas longas, as quais, a rigor, não podem ser abreviadas por meio de benefícios atinentes à execução penal, tais como graça, indulto, anistia ou, ainda, livramento condicional².

Sublinhe-se que, no Brasil, os crimes hediondos são classificados como delitos que compõem o denominado “direito penal do inimigo”, haja vista que a legislação veda uma série de benefícios aos criminosos que praticam delitos dessa índole, para que permaneçam por mais tempo no cárcere, logo, separados do convívio social.

Não obstante isso, é inegável o fato de que a Constituição impõe óbices à sanha por um direito penal ilimitado. Assim, a Carta Magna veda a aplicação de determinadas penas (de morte, banimento e outras desumanas e degradantes), repudia a prática da tortura e impõe o respeito ao devido processo legal na apuração de todo e qualquer crime.

Fora isso, a despeito de se laborar com uma expressão dúbia, repleta de significados absolutamente distintos, é essencial ter em mente que o “inimigo” em Jakobs nada tem a ver com a compreensão do ideólogo político Carl Schmitt.

A rigor, para Schmitt, o inimigo é o diferente, o estrangeiro, o qual adquire esse *status* a partir da decisão do Führer. Para Jakobs o inimigo não é assim etiquetado em razão da sua origem, raça, credo ou gênero, basta que pratique determinado comportamento previsto como crime altamente nocivo ao convívio social a partir de leis democraticamente promulgadas. O politólogo alemão tratava o “inimigo” na dimensão política, enquanto Jakobs trabalha com o “inimigo” no sistema do “Direito”.

Assim, confusão não procede por vários motivos. Primeiro, o inimigo político não é necessariamente um criminoso - embora possa ser considerado como tal de maneira ilegítima (sem lastro democrático). Vale ressaltar que Schmitt deixa claro que o inimigo pode ser alguém (uma raça, por exemplo) virtuoso. Segundo, a lógica schmittiana pressupõe a existência de um Estado absoluto no qual a estigmatização é centralizada na figura de um líder.

² POLAINO-ORTS, Miguel. **Lições de direito penal do inimigo**. São Paulo: LiberArs, 2014. p. 30.

Terceiro, o inimigo não precisa ter um comportamento reprovável, basta possuir uma condição pessoal destoante daquela eleita pelo Führer como ideal e, assim, sofrer as consequências inerentes a esse *status*.

Em Jakobs o inimigo é normativo, estabelecido em lei não pelo que o indivíduo é, mas sim por aquilo que ele faz. Não é demasiado recordar que o professor de Bonn parte da premissa de que o inimigo existe em um Estado liberal e democrático. Portanto, não faz o menor sentido que essa estigmatização provenha de cor, raça, gênero ou credo. Em outros termos, o inimigo jakobiano é delimitado por um comportamento humano intolerável aos olhos de uma comunidade democrática, pouco importando se o agente é preto ou branco, ou, ainda, se professa alguma crença ou se é ateu.

Com efeito, o problema proposto por Jakobs só tem sentido científico quando dialogado no contexto de um Estado de Direito. Sendo assim, o inimigo não é escolhido por um líder absoluto (Führer), mas sim a partir do consenso democrático de um povo, o qual repudia veementemente um determinado comportamento e, por isso, reprova exemplarmente aqueles indivíduos que o praticam.

Para Jakobs, o inimigo não é sinônimo de estrangeiro ou diferente. A estigmatização provém de um comportamento intolerável, que atenta contra os valores mais caros de uma sociedade democrática, os quais, evidentemente, encontram-se plasmados e protegidos pelo ordenamento jurídico. Por isso, crê-se indevido o chavão de que o direito penal do inimigo é um direito penal do autor, visto que a estigmatização está lastreada pelo comportamento indesejado do agente.

Zaffaroni constata que “Jakobs propõe algo muito mais limitado do que o que se pratica e se legitima na região latino-americana”³. Noutra perspectiva, o objeto de pesquisa de Jakobs passa bem longe dos campos de concentração nazistas ou da prisão americana de Guantánamo, ao contrário, a análise se atém aos rigores penais em Estados verdadeiramente de Direito. Sendo assim, não há que se falar em um “direito penal do autor”, calcado na condição pessoal daquele que é “hostilizado”.

Todavia, as análises de Jakobs e Schmitt⁴ guardam apenas uma intersecção verdadeira, qual seja, o questionamento sobre a legitimidade da existência do inimigo. Deste modo, Jakobs promove um debate sobre validade da existência de um direito penal diferenciado no seio de um Estado Democrático de Direito⁵.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 164.

⁴ SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Edições 70: Lisboa, 1963. p. 83.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 120.

O presente trabalho conjuga reflexões sobre a existência e legitimidade do direito penal do inimigo e a inevitável expansão do direito penal ambiental. Parece certo que, em algum momento, esses fatores se cruzarão e, a partir disso, questionamentos surgirão: é possível cogitar a existência de um direito penal do inimigo ambiental? É legítima a sua existência? Quais serão os limites impostos à repressão penal?

Para responder a essas indagações, discorrer-se-á sobre o assunto em três capítulos.

No primeiro capítulo buscar-se-á o aprofundamento na teoria do direito penal do inimigo desenvolvida por Günther Jakobs, a qual, conforme dito acima, é interpretada de maneira equivocada, isto é, a partir de deduções que destoam bastante daquilo que o autor alemão vem propondo ao longo das últimas décadas.

Nesse tópico identificar-se-á os elementos característicos do denominado direito penal do inimigo, bem como as consequências de sua adoção. Também, buscar-se-á discernir atributos dessa teoria no direito penal brasileiro. Além disso, discutir-se-á a legitimidade e a validade deste direito no âmbito de um estado democrático de direito, apontando os limites de sua atuação.

No segundo capítulo deste trabalho discorrer-se-á sobre os fatores que vêm incrementando a necessidade de respostas mais firmes dos Estados nacionais no que atine à proteção do meio ambiente.

É fato notório que o processo de globalização vem ajudando a difundir a consciência de que um comportamento que atenta contra a natureza em uma determinada região do globo pode produzir consequências nocivas em outra parte do planeta, sem que os moradores desta localidade tenham contribuído ou auferido vantagem com o evento danoso.

Além disso, alguns órgãos multilaterais têm estabelecido agendas que visam promover a uniformização da atuação dos países ante o aquecimento global e a devastação do biossistema. Trata-se inequivocamente de um movimento de pressão política externa destinada ao combate conjunto das mudanças climáticas resultantes da ação humana, principalmente, nos dois últimos séculos.

Aliás, já no atual contexto é possível perceber que “[...] *o direito internacional penal é direito penal do inimigo e não do cidadão*”⁶, tendencioso a exigir das nações o repúdio veemente a determinadas práticas, tais como o terrorismo, tráfico de drogas e de pessoas. Não tardará para a comunidade internacional exigir dos seus partícipes uma escalada do rigor penal

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 179.

contra os ilícitos ambientais.

Outrossim, não se pode olvidar os reflexos econômicos desta tendência global, haja vista que os órgãos multilaterais de governança laboram com a perspectiva da imposição de sanções econômicas aos países e produtores que insistirem na deterioração de biomas para auferir lucro.

Por isso, não é difícil imaginar que cedo ou tarde o grande empresariado - em especial aquele voltado ao mercado externo - pressionará os governos locais para implementar regras mais rígidas com fito na eliminação de concorrentes que desrespeitam as normas ambientais e obtêm ganhos com a degradação da natureza.

Fato é que o poder econômico não pode ser desprezado quando seus interesses são afrontados por decisões que afetam seus lucros, especialmente no momento em que essas diretrizes estão fora do seu campo de ação política - os organismos internacionais.

Assim, pode-se vislumbrar a formação de grupos de pressão destinados ao fortalecimento das normas internas de controle para se evitar a perda de mercados e, por conseguinte, competitividade no comércio externo.

Nessa toada, com base nos estudos de Silva Sánchez, Rodrigues afirma que o direito penal da globalização (integração supranacional) tende ao crescimento unificado, com penas bastante assemelhadas. Acrescenta que essa “expansão uniformizada” tende a ser menos garantista, mediante a flexibilização dos paradigmas materiais e processuais do direito penal clássico (liberal)⁷.

No terceiro e derradeiro capítulo dissertar-se-á sobre o funcionalismo, especialmente na sua vertente sistêmica, a qual compreende o direito penal como um componente de proteção do ordenamento jurídico (como sistema) e não como um mecanismo de estrita proteção de bens jurídicos.

Nessa concepção, a pena, como sanção criminal, deve ser repensada em seus objetivos, de modo a reafirmar o império da lei, evitando-se, com isso, a existência de normas que apenas possuem validade formal. Apesar de ser defendida por Jakobs, a reafirmação da norma não parece ser o objetivo do direito penal do inimigo, como bem ressalta o sobredito autor.

Derradeiramente, discutir-se-á a função social do direito penal ambiental e a sua tendência em se tornar direito penal do inimigo ambiental.

⁷ RODRIGUES, Ricardo de Carvalho. **Humanização das ideias penais?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 194.

Para a execução desta pesquisa adotar-se-á o método dedutivo, orientado por material bibliográfico para compreender a legitimidade do direito penal do inimigo, e o método indutivo para vislumbrar as tendências legislativas atinentes à tutela penal ambiental, com base nas diretrizes internacionais promulgadas sobre o tema.

1 DIREITO PENAL DO INIMIGO

Movida pela obstinada sensação de segurança - além das novas demandas por proteção - , a denominada “sociedade de risco” desagua no direito penal seus anseios coletivos ao clamar pela criação de novos tipos penais incriminadores, pela antecipação da resposta estatal, ou ainda, pelo aumento do rigor das reprimendas já existentes.

Isso não significa dizer que necessariamente novos bens jurídicos passaram a existir, mas que os valores ético-sociais sofreram considerável mutação, já que aqueles bens, a rigor, permanecem sendo da forma que sempre foram. Em outras palavras, o que sofreu alteração foi a importância dada a um determinado bem jurídico pela sociedade, seja pela sua atual escassez ou pela emergência de sua degradação.

Essa mudança de valoração fica nítida no caso do meio ambiente, isto é, um bem jurídico que sempre existiu e que continuamente é útil à vida humana, porém, que não recebeu o mesmo tratamento ao longo da história.

Silva Sánchez endossa essa compreensão ao afirmar que:

O Direito Penal é um instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes. Fixado este ponto, parece obrigatório levar em conta a possibilidade de que sua expansão obedeça, ao menos em parte, já à aparição de novos bens jurídicos - de novos interesses ou de novas valorações de interesses preexistentes [...].⁸

Para ele, a renovação do padrão de importância outorgada ao meio ambiente é consequência do contexto de escassez e da consciência da finitude de um bem essencial para a manutenção da vida humana na terra⁹.

Por este e outros motivos, o expansionismo penal é inegável, visto que a política criminal atual tende a responder aos anseios sociais criminalizando condutas, aumentando as penas dos tipos penais já existentes ou ainda antecipando a resposta estatal - na forma de crimes de perigo abstrato.

Neste último caso há uma busca por segurança mediante a adoção de um direito

⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 33.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 33.

penal preventivo, o qual atua até mesmo sobre atos preparatórios que as vezes sequer chegaram perto de um resultado concreto.

Crítico do processo expansionista do direito penal, Hassemer alerta que:

Trata-se da sensação de desproteção e de debilidade diante de ameaças e perigos desconhecidos, que nos leva a duvidar da força do Direito. Esta dúvida atinge o cerne da experiência jurídica, abala a expectativa de neutralização de superpoderes sociais em questões centrais da vida cotidiana com os instrumentos do Direito, elimina a chance de que também os mais fracos, os seguidores da lei possam afirmar-se com o auxílio do Direito. Quando nada disso mais vale, não é apenas a jurisdicionalização da proteção jurídica, mas sua própria efetividade que estão chegando ao seu fim.¹⁰

Vale ressaltar que nesse “movimento” de expansão há uma clara tendência de se criminalizar condutas que atentam contra bens jurídicos universais - difusos por excelência - , tais como a saúde, o meio ambiente e a segurança pública, por exemplo. Por possuírem características peculiares (de índole difusa), muitas vezes a lesão ou ameaça de lesão a esses bens coletivos não costumam ser comprovadas de maneira direta e palpável.

Daí o motivo pelo qual os defensores do direito penal como forma de proteção estrita de bens jurídicos criticarem a criminalização de condutas que presumidamente atentam contra esses interesses.

Esses críticos costumam afirmar que um direito penal que tutela abstratamente interesses “não verificáveis” se inclina para um direito iliberal, de exceção, ou aquilo que se convencionou chamar de direito penal do inimigo.

Para Eugenio Raúl Zaffaroni:

No sentido estritamente político, todas as posições que legitimam a existência de um *hostis* no direito, tanto as *prudentes* quanto as *genocidas*, são antiliberais, e o direito penal chamado liberal não parece ter feito outra coisa senão decidir-se pelas menos aberrantes de todas elas¹¹.

O fato é que o direito penal do inimigo é uma realidade já instalada na pós-modernidade e, como será apontado nesse capítulo, não pode ser negado. A distinção que pode ser feita diz respeito ao grau e intensidade da sua aplicação, porém, sua existência não corre o risco de ser refutada. Ainda que não se queira admitir, o direito penal do inimigo existe e está entre nós¹².

¹⁰ HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de Direito. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, Revista dos Tribunais. v. 1, p. 277-297, 2010.

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 115-116.

¹² CALLEGARI, A. L.; MOTTA, C. R. Estado e política criminal: a contaminação do direito penal ordinário pelo direito penal do inimigo ou a terceira velocidade do direito penal. **Revista dos Tribunais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 867, p. 453-469, 2008.

É salutar desde já consignar que nem toda norma penal rigorosa pode ser classificada como direito penal do inimigo. Contudo, a legislação contemporânea - implacável no trato das questões criminais - possui nuances de direito penal do inimigo, podendo em alguns casos ser catalogada como tal.

Antes de avançar no estudo do direito ambiental penal, é necessário contextualizar e conceituar corretamente o direito penal do inimigo, apontando suas diversas formas de apresentação, bem como identificar as suas manifestações no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 DIREITO PENAL DO INIMIGO: HISTÓRICO, CONCEITO E CARACTERÍSTICAS.

É importante ter em mente desde o início que a concepção de *inimigo* não surgiu com o holocausto dos judeus praticado pelos nazistas na década de 40 do século passado, nem, tampouco, com o atentado de 11 de setembro da presente centúria, evento que colocou em realce o suposto antagonismo entre o ocidente “civilizado” e o oriente “atrasado” mediante a hostilização de determinados povos e culturas.

Em ambos os exemplos, os *inimigos* judeus (na hipótese mais distante) ou os *hostis* muçulmanos (no caso mais recente) sofreram tratamentos degradantes nos campos de concentração e na prisão de Guantánamo, respectivamente, sendo-lhes retirada a condição de pessoa, ou seja, os indivíduos assim etiquetados tiveram quase todos os seus direitos vilipendiados e desconsiderados pelos Estados que os detinham sob custódia.

Como já foi dito aqui, que a figura do inimigo não é recente ou inédita, ao contrário, o papel do *inimigo* sempre existiu na história da humanidade e continua a existir em todos os ordenamentos jurídicos do mundo, por mais que isso seja negado ou mitigado por parte da doutrina penal.

Prova disso é que os romanos já viam no estrangeiro uma fonte de perigo e, por isso, enxergavam-no como suspeito. A maior pena para um estrangeiro era tornar-se inimigo de Roma, ou seja, *hostis alienigena*.

Uma outra modalidade de inimigo era os *hostis iudicatus*. Tratava-se de uma pessoa pertencente ao império, ou seja, um cidadão romano, que, mediante atos de dissidência praticados perante o poder estatal manifestada por meio de sua discordância política, perdia a sua condição de pessoa e, por conseguinte, era despojado dos mesmos direitos de seus

concidadãos.¹³

Agamben ensina que:

Em situações excepcionais, em que um cidadão romano ameaçasse, através de conspiração ou de traição, a segurança da república, ele podia ser declarado pelo Senado *hostis*, inimigo público. O *hostis iudicatus* não era simplesmente assimilado a um inimigo estrangeiro, o *hostis alienigena*, porque este, entretanto, era sempre protegido pelo *ius gentium*.¹⁴

Esse “inimigo” era absolutamente privado de todo o amparo jurídico inerente ao cidadão romano, de modo que poderia perder a posse de seus bens, ser escravizado ou, até mesmo, condenado à morte. Assim, o *hostis iudicatus* era suspenso pelo *auctoritas* e, por conseguinte, perdia a sua cidadania¹⁵.

O *hostis iudicatus* era o “inimigo declarado”, o qual deixava de ser cidadão para assumir uma condição análoga a de um escravo, tornando-se suscetível de ser apenado com sanções inadmissíveis aos cidadãos romanos¹⁶. Vale destacar que o *hostis iudicatus* não era necessariamente um criminoso, mas poderia se tratar apenas de um cidadão romano que se opunha ao regime político.

Tornando aos exemplos trazidos no trecho inaugural deste tópico (holocausto dos judeus e prisão de Guantánamo) perfilam na espécie de *hostis alienigena*, que vê no estrangeiro - judeu ou muçulmano - uma fonte de perigo e que, por isso, concebe tal pessoa como alguém merecedor de um tratamento diferenciado por parte do ordenamento jurídico.

Hodiernamente, por conta do intenso fluxo migratório indesejado, diversas leis de imigração têm sido promulgadas ao redor do mundo, buscando dificultar o acesso de pessoas oriundas de países subdesenvolvidos aos territórios das nações mais abastadas do globo. Essa tendência legislativa claramente concerne ao vetusto conceito *hostis alienigena*, mediante o qual tende-se lidar com o estrangeiro de forma diferenciada.

É fato que a figura do *hostis iudicatus* também não deixou de subsistir, uma vez que os detentores do poder político e econômico sempre elegeram seus próprios inimigos internos, geralmente pessoas pertencentes aos setores mais hipossuficientes da sociedade, isto é, os estigmatizados e as minorias.

Esses indivíduos, ao não se enquadrarem nos parâmetros estabelecidos por

¹³ COSTA, F. O. Aquém da paz e além da guerra: uma análise jurídica e sociológica do direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 94, p. 57-85, 2012.

¹⁴ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 122.

¹⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 123.

¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 23.

aqueles que detém o poder, constantemente são lançados para além da margem do ordenamento jurídico, pois, em tese, comportam-se como alguém que se distanciou do Direito, sendo avesso ao pacto social.

No Brasil é possível indicar uma triste e odiosa manifestação dessa forma de inimigo interno (*hostis iudicatus*) que se deu na cidade de Barbacena, para onde pessoas indesejadas (alcoólatras, homossexuais, mães solteiras) eram encaminhadas para fins de um suposto tratamento manicomial. Estima-se que mais de 60 mil pessoas tenham sido mortas entre 1903 e 1980 por causa de uma política higienista de segregação de uma parcela hipossuficiente da população¹⁷.

Após a redemocratização do país, não houve notícia de hostilização em massa praticada desta maneira no Brasil. Porém, há quem diga que em maior ou menor grau existe um permanente “estado de exceção” em todos os países do mundo, inclusive naqueles que se organizam na forma de um Estado Democrático de Direito.

De acordo com Agamben:

O estado de exceção, hoje, atingiu exatamente seu máximo desdobramento planetário. O aspecto normativo do direito pode ser, assim, impunemente eliminado e contestado por uma violência governamental que, ao ignorar no âmbito externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente, pretende, no entanto, ainda aplicar o direito.¹⁸

Fato é que diversas constituições democráticas - inclusive a brasileira - antevêm a possibilidade de surgirem crises severas e permitem o uso de medidas excepcionais - tais como o Estado de Sítio e o Estado de Defesa - para conter convulsões sociais que possam levar ao colapso das instituições.

Note-se que após a promulgação da Constituição Cidadã, nenhum episódio formal de estado de exceção foi perpetrado. Desde 1988 os brasileiros jamais experimentaram a supressão de garantias individuais por meio da decretação de um Estado de Exceção.

Contudo, mesmo em países reconhecidamente democráticos como os Estados Unidos, medidas excepcionais foram adotadas para conter a ação de um inimigo oculto, o terrorismo. A mais famosa delas é o *Patriotic Act* estadunidense. Por meio dessa legislação, o governo norteamericano passou a ter o direito de bisbilhotar a privacidade dos cidadãos para

¹⁷ Holocausto brasileiro: 60 mil morreram em manicômio de Minas Gerais. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/holocausto-brasileiro-60-mil-morreram-em-manicomio-de-minas-gerais/?gclid=CjwKCAiAzKqdBhAnEiwAePEjknyZ0ECvacOLtEKAuzzDVIy6o43y0QnidssC8f4f4t-wIPLiIKqTyRoCzvoQAvD_BwE>. Acesso em: 22 dezembro 2023.

¹⁸ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 131.

supostamente ter êxito na “guerra contra o terror”.

Valim questiona se a legislação penal brasileira guarda algum paralelo com o *Patriotic Act* norteamericano ou com outras assemelhadas e questiona: “É possível cogitar-se, na atualidade, da instauração de um estado de exceção no Brasil? Há alternativa à exceção ou estamos condenados a uma “exceção permanente”?”¹⁹.

Para Valim, um direito penal diferenciado abriria brechas para pequenos Estados de Exceção. Segundo ele “[...] não existe um estado de exceção, mas sim estados de exceção, ou seja, parcelas de poder que, lícita ou ilicitamente, escapam aos limites estabelecidos pelo Estado de Direito”²⁰. Desta feita, uma singela anormalidade autorizaria uma resposta estatal à revelia do sistema normativo.

Diante disso surge um questionamento elementar: o direito penal do inimigo é uma manifestação do Estado de Exceção contemporâneo? Crê-se que essa sobreposição necessita ser vista com muita cautela.

Antes de tudo não se deve colocar todas as medidas estatais rigorosas em uma mesma categoria, já que o estado de exceção - tal qual o *Patriotic Act* ou o Estado de Sítio - tende a restringir direitos de pessoas que nada contribuíram para a prática delitiva. De outra sorte, o direito penal do inimigo concebido por Jakobs pressupõe uma reação vigorosa contra determinados tipos de criminosos na forma da lei.

Em um Estado de Direito, a concepção de “inimigo” não é exatamente aquela que se projeta nos campos de concentração nazistas, na prisão de Guantánamo, no manicômio de Barbacena ou, ainda, sobre a figura estrangeiro.

Portanto, “inimigo” é um termo plurívoco, que precisa ser compreendido de acordo com o contexto no qual está inserido.

Zaffaroni relembra que “[...] os perigosos ou *inimigos* foram *parasitas* para os soviéticos, *subumanos* para os nazistas e *inimigos* do Estado para os fascistas, todos submetidos a um *sistema penal paralelo*, com posto por tribunais especiais inquisitoriais/policiais”²¹. Contudo, antes de serem repudiados pelo Direito, essas personagens históricas foram alvo de uma hostilização política.

Desta feita, é incorreto tornar equivalente o inimigo político ao inimigo interno no âmbito penal, este contrastado com o ordenamento jurídico constitucional. O código

¹⁹ VALIM, Rafael. **Estado de exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. p. 16.

²⁰ VALIM, Rafael. **Estado de exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. p. 22.

²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 54.

amigo/inimigo é inerente ao sistema da política e, de acordo com Schmitt, um Estado sequer pode subsistir politicamente sem essa diferenciação.

Para Schmitt, o inimigo não é sinônimo daquilo:

[...] que é moralmente mau, esteticamente feio e economicamente prejudicial ainda não precisa, por isso, de ser inimigo; aquilo que é moralmente bom, esteticamente belo e economicamente útil ainda não se torna amigo no sentido específico, isto é, político da palavra.²²

Trata-se, portanto, de uma inimizade entre povos hostis e não entre o Estado e criminosos. De acordo com Schmitt, essa inimizade política se manifesta de diversas formas: “[...] confiscos, expatriamentos, proibições de organização e de reunião, exclusão de cargos públicos, etc”²³.

Muito embora estas consequências sejam aferidas no direito penal, é um desacerto nivelar as ideias de Schmitt e Jakobs, uma vez que possuem escopos completamente distintos.

Zaffaroni salienta que:

[...] em Schmitt, o inimigo é clara e inquestionavelmente político. “Soberano é quem decide sobre o Estado de exceção” - é a premissa do seu *decisionismo* - e esta decisão é a que assinala o *inimigo*. O inimigo não vem *onticamente imposto*, não é um dado de fato que se impõe ao direito, mas é *politicamente assinalado*²⁴.

Assim, por se tratar de uma expressão polissêmica, o “inimigo” não pode ser compreendido num panorama enviesado, dando um sentido de algo que o direito penal do inimigo não é. Tal postura vulgariza e simplifica a análise científica, corrompendo, por conseguinte, o resultado da pesquisa. Dessa forma, é preciso manter o foco no objeto desse estudo, qual seja, o inimigo no âmbito do ordenamento jurídico penal.

Para tanto, é imperioso compreender que Jakobs - maior expoente da teoria do direito penal do inimigo - não defendeu a criação de uma legislação de exceção (ou tomada de decisão nos moldes schmittianos), apenas identificou nas leis vigentes os elementos que classificou como característicos do direito penal diferenciado. Em outras palavras, o referido autor limitou-se a descrever uma situação concreta e estabelecida em um Estado de Direito e alertou sobre o perigo de “contaminação” do direito penal “comum” pelo direito penal do inimigo.

²² SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Edições 70: Lisboa, 1963. p. 53.

²³ SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Edições 70: Lisboa, 1963. p. 87.

²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 142.

Assim, em 1985, o professor da Universidade de Bonn na Alemanha proferiu uma palestra em Frankfurt na qual identificou em seu discurso que o direito penal alemão tinha sido eivado pelo direito penal do inimigo, porquanto percebia que algumas leis tratavam determinados criminosos de forma diferenciada, flexibilizando garantias individuais históricas em prol de um direito penal máximo.

Até esse momento, a postura de Jakobs se resumia apenas à constatação e à crítica do problema, sem tecer qualquer tipo de defesa da bipartição do direito penal entre inimigo e cidadão.

Tempos mais tarde, em 1999, agora em Berlim, durante a Conferência do Milênio, Jakobs proferiu uma nova palestra com o mesmo tema central, o direito penal do inimigo. Porém, nesta ocasião, Jakobs adotou um tom diferente, menos crítico e mais defensivo do direito penal do inimigo, apontando seus fundamentos jurídicos e filosóficos.

Além disso, Günther Jakobs alertou que deveria haver uma separação clara entre direito penal do cidadão e direito penal do inimigo, para que aquele não fosse contaminado por este. Nessa toada, ao elaborar uma norma, o Estado deveria diferenciar claramente os destinatários da regulação, seja ele inimigo ou cidadão. Portanto, não é auspicioso haver um limbo, uma penumbra, entre o direito penal do inimigo e direito penal do cidadão, de modo a comunicar francamente à população as condutas que são veementemente reprovadas pelo Estado.

Em poucas palavras, “O Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos”²⁵.

É urgente salientar desde já que Jakobs jamais sustentou sua tese em premissas autoritárias ou propôs medidas identificadas com um Estado absoluto. Muito pelo contrário, Jakobs sempre se preocupou com a banalização do direito penal do inimigo. Para Prittwitz é “[...] preciso dizer que é visivelmente a intenção de Günther Jakobs salvar a característica de Estado de Direito no direito penal do cidadão, dividindo o direito penal hoje em vigor num direito parcial ‘do cidadão’ e um ‘direito parcial do inimigo’ ”²⁶.

Noutros termos, ao contrário do que pregam alguns críticos da teoria, Jakobs é um defensor do Estado de Direito e justifica uma delimitação mais clara entre aquilo que é o

²⁵ CASTRO, Narciso Alvarenga Monteiro de. **Política criminal contemporânea e a questão do direito penal do inimigo**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010. p. 60.

²⁶ PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, Revista dos Tribunais. v. 2., p. 915-927, 2010.

direito penal do inimigo e para quem se destina o direito penal máximo.

Jakobs foi nitidamente influenciado por pensadores contratualistas, tais como Hobbes e Kant. Porém, é preciso consignar que Jakobs não despersonaliza o delinquente normal, mas apenas o delinquente que se desvia do ordenamento por princípio, por meio de atos que atentam contra o funcionamento da sociedade²⁷.

Hobbes asseverava que o cidadão não podia eliminar ou modificar o seu *status* por si mesmo, exceto no caso de rebelião motivada por alta traição. Nessa lógica, o indivíduo recaía no estado de natureza, haja vista que rescindiu o pacto havido com o corpo social²⁸.

O pensador inglês sublinha que:

A natureza dessa ofensa consiste na renúncia à subordinação, que é um regresso à condição de guerra conhecida vulgarmente por rebelião. Os que praticam essa ofensa não sofrem penalidades como súditos, mas como inimigos, pois a rebelião nada mais é que uma guerra renovada.²⁹

Em essência, Hobbes é um defensor das garantias processuais do cidadão, tais como a inexigência do dever de autoincriminação, o estado de inocência, a ilegitimidade da confissão obtida mediante a prática de atos de tortura. Porém, defende a dispensação de um tratamento diferenciado àquele que atenta contra o pacto social.

Em Kant, Jakobs encontra outro referencial para a teoria do direito penal do inimigo. De acordo com a visão kantiana, aquele que é avesso ao contrato social não deve participar das suas benesses inerentes à qualidade de pessoa.

Desse modo,

[...] quem não participa na vida em um «estado comunitário-legal» deve retirar-se, o que significa que é expelido (ou impelido à custódia de segurança); em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser «tratado», como anota expressamente Kant, «como um inimigo».³⁰

De maneira bastante pragmática, Kant enxerga a paz como exceção, visto que o estado de natureza é a guerra. Assim, aquele que não fornece segurança (cognitiva) ao seu concidadão deve ser tratado como inimigo, sendo-lhe exigido o cumprimento do contrato social.

Nestes termos, para Kant:

²⁷ DARCIE, S. D. “Processo penal do inimigo”: elementos para a compreensão de sua estrutura e metodologia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais. v. 149, p. 259-298, 2018.

²⁸ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 27.

²⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 253.

³⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 27.

O Estado de paz entre seres humanos que vivem próximos uns aos outros não é nenhum estado de natureza (*status naturalis*), que é, ao contrário, um estado de guerra, isto é, um Estado no qual, embora nem sempre haja uma eclosão das hostilidades, há sempre, contudo, uma ameaça constante de que elas eclodam. Ele deve ser, portanto, instituído, pois o deixar de fazer [*Unterlassung*] as hostilidades ainda não é nenhuma garantia de paz e sem que esta seja concedida por um vizinho a outro (o que, no entanto, só pode acontecer em um estado legal), este pode tratar aquele que tenha exigido essa segurança como um inimigo.³¹

Note-se que Jakobs se distancia da visão iluminista acerca do hostil proposta por Rousseau e Fichte, segundo a qual todo delinquente deve ser considerado inimigo, ao passo que se aproxima de Hobbes e Kant, que rotulam o inimigo o indivíduo que é réu de alta traição e não pode assegurar a paz da sociedade em que está inserido.

Jakobs reforça sua compreensão ao explicar que:

[...] na posição de Kant não se trata como pessoa quem «me ameaça... constantemente», quem não se deixa obrigar a entrar em um estado cidadão. De maneira similar, Hobbes despersonaliza o réu de alta traição: pois também este nega, por princípio, a constituição existente. Por conseguinte, Hobbes e Kant conhecem um Direito Penal do cidadão - contra pessoas que não delinquem de modo persistente por princípio - e um Direito Penal do inimigo contra quem se desvia por princípio. Este exclui e aquele deixa incólume o status de pessoa. O Direito Penal do cidadão é Direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o Direito Penal do inimigo é Direito em outro sentido.³²

Note-se que o delinquente comum deve permanecer dentro do Direito, de modo que possa voltar a se ajustar com a sociedade. Assim, para Jakobs, criminoso não é sinônimo de inimigo³³.

Desta feita, é possível afirmar que Jakobs não se alinha à ideia de inimigo concebida por Rousseau e Fichte, visto que, para estes, toda sorte de delinquente é *hostil*, dado o rompimento do pacto social.

Outrossim, embora viole as expectativas normativas da sociedade, o delinquente comum não rompe permanentemente o vínculo de fidelidade com o ordenamento jurídico, de modo que pode ser restabelecido no seio da sociedade.

Castro explica que:

Os cidadãos, as “pessoas de direito” desempenham uma “função social” dentro de uma estrutura social e são livres para adequar seu comportamento às normas jurídicas ou rechaçá-las. Se, mais do que descumpri-las ocasionalmente, passam a se conduzir de forma “socialmente inaceitável”, tornam-se “inimigos”, ou seja, se auto-excluem,

³¹ KANT, Immanuel. **À paz perpétua**: um projeto filosófico. Petrópolis: Vozes, 2020. p. 37.

³² JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 28.

³³ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 25-26.

se despersonalizam. A sociedade tem por obrigação atuar de forma a garantir a “segurança cognitiva” que os demais cidadãos depositam nas normas, como suporte de seus direitos. Tal situação é potestativa, porque é voluntária e a qualquer momento o sujeito tem a liberdade de se adequar, abandonando o status de inimidade para com o Direito e passando a prestar uma suficiente garantia cognitiva para poder ser tratado como pessoa.³⁴

Fora isso, Jakobs sempre criticou a ausência de critério e de delimitação acerca do direito penal do inimigo, haja vista que frequentemente os ordenamentos jurídicos tratam situações semelhantes de maneira muito desproporcionais.

Nesta perspectiva, o ordenamento jurídico deveria tratar de maneira cognoscível os critérios para a inevitável rotulação do *hostil*, evitando-se que os mecanismos de “combate” utilizados no direito penal do inimigo sejam banalizados de modo a serem aplicados no direito penal do cidadão, o que poderia implodir todo o sistema penal e, conseqüentemente, o Estado de Direito. Assim, Jakobs reforça que “[...] um direito penal do inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar todo o direito penal com fragmentos de resoluções próprias do direito penal do inimigo”³⁵.

O temor de Jakobs é justificado empiricamente, porquanto o direito penal canaliza as mazelas da sociedade capitalista, isto é, o insucesso do modelo econômico hegemônico em prover igualdade e satisfação coletiva tende a pressionar cada vez mais o Estado a atuar repressivamente. Sendo assim, pode-se dizer que a crise do direito penal - que mistura inimigo com cidadão - é uma crise do capitalismo, porquanto a repressão penal atende aos interesses do sistema econômico e aplaca em boa medida o clamor das massas³⁶.

Além disso, é fato que a identificação da existência do direito penal do inimigo em um ordenamento jurídico democrático e a proposta de “cisão” clara do direito penal em duas vertentes (inimigo / cidadão) não geraram grande repercussão na comunidade acadêmica. Contudo, a ulterior defesa da legitimidade da criação do direito penal do inimigo provocou um frenesi entre os estudiosos do direito penal, em especial entre os ferrenhos defensores das garantias individuais.

De acordo com o entendimento mais atual de Jakobs, o direito penal do inimigo é insofismável e que, portanto, cabe ao Estado diligenciar para limitá-lo de modo que não se

³⁴ CASTRO, Narciso Alvarenga Monteiro de. **Política criminal contemporânea e a questão do direito penal do inimigo**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010. p. 75.

³⁵ MORAES, V. B. Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Günther Jakobs. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 74, p. 9-34, 2008.

³⁶ RODRIGUES, Ricardo de Carvalho. **Humanização das ideias penais?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 195.

confunda com o direito penal comum (do cidadão), evitando-se, assim, a contaminação deste por aquele.

O professor de Bonn ainda justifica a aplicação do “direito bélico” (um dos sinônimos utilizados pelos estudiosos do tema) para alcançar aqueles indivíduos que abandonaram de modo completo, consciente e permanentemente a fidelidade pelo Direito. Nesses casos, o Direito penal comum não é capaz de garantir as expectativas sociais acerca do cumprimento da norma, de modo que se torna irrelevante perante o criminoso e, por conseguinte, diante o resto da sociedade, podendo produzir uma sensação geral de desconfiança no sistema³⁷. Ao abandonar a sociedade e os seus valores, o inimigo deixou de respeitar as condições de existência, de modo que não pode mais contar com a contraprestação estatal como se fosse um cidadão.

A partir desse raciocínio, o professor da Universidade de Bonn justifica a diminuição - ou flexibilização - das garantias penais e processuais penais para os indivíduos detentores desse perfil criminoso, haja vista que, segundo Jakobs, o inimigo não oferece segurança cognitiva para o resto da sociedade e não há sobre ele qualquer esperança de regeneração ou de apreço pelo Direito.

Muito embora seja um ferrenho crítico do direito penal do inimigo, Silva Sánchez concorda que “[...] nem em todo o sistema jurídico deve haver as mesmas garantias, nem em todo o sistema do Direito sancionatório tem que haver as mesmas garantias [...]”³⁸.

Porém, para este estudioso espanhol a flexibilização das garantias só seria admissível quando a reprimenda cominada ou imposta seja diversa da prisão. Silva Sánchez reitera que:

[...] não haveria nenhuma dificuldade em admitir esse modelo de menor intensidade garantística dentro do Direito Penal, sempre e quando - isso sim as sanções previstas para os ilícitos correspondentes não fossem de prisão. A opção político-jurídica pelo Direito Penal continua tendo, com efeito, vantagens relevantes, não vinculadas necessariamente a dureza fática da sanção.³⁹

Crê-se que é bastante fácil defender a ideia de flexibilização de garantias quando a reprimenda cominada a um ilícito jamais pode ser uma pena de prisão. Nessas ocasiões, o processo penal funciona de maneira bastante assemelhada ao processo administrativo e,

³⁷ LOPES, C. R.; OTAVIANO, L. R. T. Constatações e considerações sobre o conceito de inimigo no direito penal contemporâneo. **Ciências Penais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 14, p. 107-116, 2011.

³⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 179.

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 184.

portanto, o acusado não corre o menor risco de ter sua liberdade de locomoção restringida.

Este não é o cerne do problema.

O dilema surge quando se propõe a estudar os reflexos da “nova criminalidade” (de índole coletiva e transnacional) na sociedade moderna e a aplicação do direito penal. Indaga-se: porventura o direito penal clássico (liberal e garantista) tem o condão de prevenir e reprimir comportamentos daninhos à sociedade? Nesses moldes, o Estado-juiz consegue dar uma resposta contrafática suficiente àqueles que se organizam para atentare contra as bases da sociedade e do Estado de Direito (organizações criminosas e terroristas)?

Jakobs argumenta que a existência do direito penal do inimigo segue uma tendência sistêmica de flexibilização de garantias (liberdades). Assim, afirma que:

Si realmente la sociedad está inmersa en una tendencia hacia la disminución de los derechos de libertad, esta tendencia no se dará exclusivamente en el Derecho penal, y de hecho cabe imaginar ciertas crisis en las que sólo una tendencia de este tipo puede ofrecer una *ultima ratio*. La decisión acerca de si se trata de un proceso de criminalización excesivo e innecesario, o, por el contrario, de la necesaria defensa de lo nuclear es puramente política, pero no jurídico-penal. Ciertamente, la ciencia del Derecho penal puede evidenciar qué es lo que aportarán exactamente las nuevas regulaciones legales y qué de lo aportado ha de considerarse, conforme a la valoración establecida, como algo positivo o como algo perjudicial. Pero es impotente frente a los cambios políticos de valores, y no puede optar en favor de los cambios políticos de valores.⁴⁰

Com efeito, em se tratando de uma tendência irreversível, o direito penal precisa se readaptar ao ambiente no qual está imerso para não se tornar inócua. É preciso deixar claro que “[...] o Estado não necessariamente excluirá o inimigo de todos os direitos [...]”⁴¹, como se o delinquente deixasse de ser pessoa nos termos da legislação civil. Definitivamente não. Inexiste proposta no sentido de extirpar o direito ao contraditório, o devido processo legal ou o acesso à defesa técnica, por exemplo.

Na lógica Jakobiana, o direito penal do inimigo tem o condão de suprimir benefícios que só o “cidadão” pode ter acesso, no processo de conhecimento ou na execução da pena. Destarte, o terrorista não pode receber o mesmo tratamento que é dispensado a um furtador de pequena monta e primário.

Essa distinção resulta na conclusão de que “O Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das

⁴⁰ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Madrid: Civitas, 1996. p. 41.

⁴¹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 28.

medidas de segurança) combate perigos [...]”⁴².

Noutras palavras, o direito penal do cidadão é reativo, no sentido de confirmar a estrutura normativa da sociedade (expectativas contidas nas normas) através de uma resposta contrafática do Estado⁴³. Noutra banda, o inimigo é interceptado nas etapas inaugurais do *iter criminis*, pois é combatido por sua periculosidade⁴⁴.

Note-se que Jakobs não estrutura uma teoria com base em elementos abstratos projetando acontecimentos futuros, muito pelo contrário, o autor se vale da observação e descrição da realidade para sistematizar tendências de expansão do direito penal, comuns às sociedades pós-industriais.

Em termos genéricos, o direito penal do inimigo é caracterizado pelo incremento desproporcional das penas cominadas; pela antecipação da punibilidade para atos preparatórios (usualmente considerados irrelevantes penais); pela mudança na técnica de tipificação das condutas (caracterizada pelo frequente uso de normas penais em branco); pela a inviabilização de benefícios penais; e a flexibilização de algumas garantias instrumentais e constitucionais.

Para Callegari e Wermuth:

Paralelamente à antecipação da intervenção punitiva, verifica-se um desapareço cada vez maior pelas formalidades e garantias penais e processuais penais características do Direito Penal liberal, que passam a ser consideradas como “obstáculos” à eficiência que se espera do sistema punitivo diante da insegurança da contemporaneidade.⁴⁵

No campo legislativo é bastante comum o incremento da moldura penal, isto é, nos limites mínimo e máximo da pena cominada; a vedação da concessão de benefícios despenalizadores; o embaraçamento de benesses da execução.

Além disso, nos limites do Poder Judiciário existe uma vertente de direito penal do inimigo, o chamado justicialismo - termo empregado por Valente⁴⁶. No tocante à aplicação da pena, muitos magistrados distorcem a metodologia de aplicação da reprimenda (que parte da pena mínima em abstrato) para fixar a pena base a partir do intervalo entre pena máxima e mínima. A toda evidência, tal procedimento prejudica o condenado, porquanto sua sanção é majorada exponencialmente.

⁴² JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 29.

⁴³ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 164.

⁴⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 36.

⁴⁵ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 22.

⁴⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo e o terrorismo: progresso ao retrocesso**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016. p. 76.

Na modalidade justicialismo pode-se levar em conta a frequente e lamentável o emprego indevido de uma legislação de combate (Lei de Organização Criminosa, por exemplo) para possibilitar a aplicação de medidas extremas a casos que não é possível vislumbrar o uso de tais ferramentas processuais ou investigativas.

É o que ocorre quando promotor de justiça e juiz se deparam com um esquema de corrupção praticado pelo chefe do executivo municipal. Não raramente o promotor acusa o prefeito da prática do crime de corrupção em concurso com o delito de organização criminosa para o fim de viabilizar prisões temporárias, acordos de delação, ações controladas, entre outras.

Nesse mesmo sentido, Callegari e Wermuth alertam que:

[...] se corre o risco de que as necessidades de repressão local acabem sendo generalizadas e que o estabelecimento de figuras delitivas disfarçadas para satisfazer as necessidades de cooperação internacional tenham como efeito colateral inevitável uma ampliação de comportamentos puníveis e das penas. De acordo com isso, o que pode ocorrer é que, enquanto se segue sem poder dar uma resposta jurídico-penal eficiente à criminalidade organizada, estenda-se a aplicação destas medidas a pequenas manifestações de delinquência marginal, ou, ainda, amplie-se demasiadamente a utilização deste conceito tão amplo a uma série de delitos em concurso material para aumentar as penas, quando, de fato, não se está diante de uma organização para cometer delitos.⁴⁷

Fassin adverte que “se a princípio o Estado detém o monopólio do exercício do poder judiciário, na prática ele se confronta com outros atores que reivindicam aplicar a justiça ou, mais exatamente, fazer justiça com as próprias mãos”⁴⁸.

É justamente por isso que Jakobs defende a clara delimitação do direito penal do inimigo para que não seja aplicado a situações que não comportam tratamento diferenciado à luz do ordenamento jurídico.

Além disso, é urgente fazer uma observação. Enquanto o tratamento dado ao “inimigo” pelo Poder Legislativo tende (em regra) a guardar consonância com a lei e com a Constituição, o justicialismo praticado por membros do Poder Judiciário pode assumir características de abuso de autoridade e, conseqüentemente, andar à margem da legalidade. Portanto, não se cuida propriamente da teoria desenvolvida por Jakobs, a qual é essencialmente normativa.

Também pode-se constatar aquilo que Hassemer⁴⁹ denomina como “criminalização territorialmente extensa”. Trata-se da exaustiva descrição de condutas com o

⁴⁷ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 100.

⁴⁸ FASSIN, Didier. **Punir: uma paixão contemporânea**. Belo Horizonte: editora Âyiné, 2021. p. 66.

⁴⁹ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais. v. 8, p. 41-51, 1994.

fito de não deixar nenhuma hipótese de comportamento alheio à ação do direito penal. Um exemplo desse tipo de descrição típica está no artigo 33 da Lei n. 11.343/06, dispositivo que possui 18 (dezoito) verbos (condutas abstratamente previstas), dentre os quais alguns são redundantes (guardar e ter em depósito; transportar e trazer consigo) para evitar deixar alguma situação fora da previsão legal.

Some-se a isso a desproporcionalidade de algumas penas cominadas pela lei penal. É possível tomar como exemplo o crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais. Além de ser considerado como crime hediondo, o delito descrito no art. 273 do CP possui pena abstrata de 10 a 15 anos de reclusão, isto é, a reprimenda supera aquela cominada ao crime de tráfico de drogas.

Para mais, o direito penal do inimigo frequentemente abre mão da taxatividade exigida pelo direito penal clássico, de modo a permitir que a norma penal seja complementada por atos normativos ou regulamentos emitidos pelo Poder Executivo de modo a facilitar a atualização dos comportamentos rotulados como criminosos. Isso pode ser compreendido claramente no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 11.343/06, o qual indica como interpretar quais são as drogas consideradas ilícitas. De acordo com a Lei “[...] consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim *especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União*”. De igual modo o artigo 23 da Lei n. 10.826/03 (Estatuto do desarmamento), que dispõe sobre a classificação das armas de fogo. O dispositivo citado diz que:

A classificação legal, técnica e geral bem como a definição das armas de fogo e demais produtos controlados, de usos proibidos, restritos, permitidos ou obsoletos e de valor histórico serão disciplinadas em ato do chefe do Poder Executivo Federal, mediante proposta do Comando do Exército.

Assim, a rigor, esse tipo de tipificação se distancia do modelo de legalidade estrita (taxativa) exigida no direito penal clássico, o que permite, ainda que indiretamente, que o Poder Executivo interfira na criação de tipos penais.

Outra característica legislativa própria do direito penal do inimigo é a utilização de delitos de perigo abstrato, ou seja, aqueles que prescindem da produção de um dano ou de um perigo concreto para se consumarem. É fato que tal fórmula sempre existiu, mesmo no direito penal clássico. Contudo, atualmente, os crimes são vistos com mais frequência. Tome-se como exemplo o porte ilegal de arma de fogo, o tráfico de drogas e a embriaguez ao volante, todos crimes de perigo abstrato.

Nessa toada, é possível afirmar que a tônica da neocriminalidade é a prevenção

por meio da aniquilação do perigo, ainda que este não seja concretamente comprovável. Basta, portanto, o risco estatístico causado pelo comportamento humano reconhecidamente nocivo à vida em sociedade. Destarte, para Jakobs, “[...] não se trata, em primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos⁵⁰.

Nessa toada, Kelly Cardoso da Silva adverte que:

[...] não versará mais o referido ramo do direito no tratamento daquele indivíduo como cidadão, não havendo somente a compensação de uma lesão à vigência da norma, mas se trata do banimento de um perigo. Para que essa eliminação ocorra, a punibilidade avança fortemente para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, e não à sanção de fatos cometidos.⁵¹

Ao revés, na compreensão de Hassemer - crítico do direito penal do inimigo - , os crimes de perigo abstrato constituem uma manifestação clara do direito penal baseado nas consequências, isto é, na modificação do comportamento social:

A eles correspondem os tipos de delitos em que o moderno Direito penal se realiza: nos crimes de perigo abstrato, não se indaga de uma ameaça concreta, muito menos de um dano ao bem jurídico protegido: para fazer nascer a pretensão punitiva, basta a prática de uma conduta considerada tipicamente perigosa, segundo a avaliação do legislador. Este tipo de Direito penal não tem nenhum núcleo delimitado, a ideia da punição à ofensa de bens jurídicos individuais há muito se desfez.⁵²

Ora, não poderia ser diferente, na chamada sociedade do risco a sensação de segurança é um dos estandartes e, para o atingimento desse escopo, o direito penal deve ter nuances preventivas.

Aliás, é importante consignar que a desnecessidade da comprovação do dano dificulta significativamente a defesa do acusado e, em contrapartida, facilita a produção da prova suficiente para a condenação.

Suponha que um condutor tenha ingerido um litro de cerveja pouco antes de entrar no veículo automotor, acionar a ignição e sair pelas ruas da cidade dirigindo. Imagine, ainda, que este mesmo motorista conduza o carro de maneira regular, de acordo com as regras de trânsito, muito embora esteja embriagado. Depois de conduzir o veículo por alguns

⁵⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 34.

⁵¹ SILVA, Kelly Cardoso da. **Direito Penal do Inimigo: Aspectos jusfilosóficos e normativos**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016. p. 85.

⁵² HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, p. 36-71, 1994.

quilômetros o condutor é parado por uma blitz policial e compelido a realizar o exame alveolar (bafômetro). Naturalmente o equipamento acusa a embriaguez. Em termos processuais, apesar de o motorista não ter concretamente gerado dano ou perigo de dano a outrem, o crime restará consumado e a prova produzida no ato da abordagem policial restará quase como evidência incontestável. O mesmo raciocínio pode ser feito nos casos de tráfico de drogas e o porte ilegal de arma de fogo.

Ademais, não se pode deslembrar da existência de um direito processual do inimigo, capaz de flexibilizar as garantias instrumentais do procedimento judicial, de modo a facilitar a condenação daquele que é acusado da prática de algum crime etiquetado como direito penal do inimigo. Repise-se que o direito processual “bélico” é aplicado em determinados crimes e a certos delinquentes.

Mais uma vez, genericamente, pode-se apontar como características do direito processual do inimigo a utilização de agente infiltrado; as interceptações telemáticas; a incomunicabilidade do acusado ou condenado; a colaboração premiada; a prisão preventiva com fundamento na periculosidade abstrata do agente.

Valente ensina que:

No plano do Direito processual penal, assiste-se a uma ampliação da privação da liberdade sem condenação jurídico-criminal sob a égide da perigosidade que o autor representa para toda a comunidade e de afetação à segurança: v. g., a prisão temporária, no Brasil, ou, em Portugal, a admissibilidade da prisão preventiva com fundamento no perigo da continuidade da atividade criminosa.⁵³

A prisão preventiva - como uma das manifestações do processo penal do inimigo - só é viável para os casos mais graves praticados pelos criminosos que precisam ser segregados com urgência para não prejudicarem a resposta estatal.

Porém, “[...] o fato é, desafortunadamente, que no presídio os imputados estão como os condenados [...]”⁵⁴ e, sendo assim, essa prisão cautelar passa lamentavelmente a funcionar como forma de antecipação de pena. Trata-se de mais uma manifestação do justicialismo, vertente judicial do direito penal do inimigo.

Não é isso que Jakobs propõe. Para ele a prisão preventiva deve ser lastreada nos parâmetros legais e só deve ser aplicada nos casos em que o investigado/acusado atua contra a ação estatal, seja laborando pela destruição de provas ou fugindo da aplicação da lei. Nessa dinâmica, como genuína integrante do direito penal do inimigo, a prisão cautelar necessita ter

⁵³ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo e o terrorismo: progresso ao retrocesso**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016. p. 117.

⁵⁴ CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. São Paulo: Editora Pillares, 2015. p. 127.

suas hipóteses especificadas em lei, assim como seus limites, não podendo extrapolar um período razoável, nem, tampouco, ser mantida após o atingimento do seu escopo.

Frise-se que “Esta coação não se dirige contra a pessoa em Direito - esta nem oculta provas nem foge -, mas contra o indivíduo, quem com seus instintos e medos põe em perigo a tramitação ordenada do processo, isto é, se conduz, nessa medida, como inimigo”⁵⁵. Esta é a verdadeira essência da prisão preventiva.

Darcie alerta que, “Trata-se de um processo penal que não possui sequer a pretensão de punir, mas sim a de conter o risco. Em outras palavras, cuida-se de um processo antefato, ou um processo sem acusação formada”⁵⁶.

Note-se que o processo penal do inimigo possui a mesma finalidade do seu “irmão” direito penal do inimigo, qual seja, a neutralização do agente perigoso (o hostil). Dessa maneira, a flexibilização das garantias processuais é atitude que se impõe com o fito de viabilizar e facilitar a condenação do inimigo. Para tanto, passa-se a utilizar de mecanismos incabíveis no âmbito da criminalidade comum, tais como o uso de agentes infiltrados, a colaboração premiada e a incomunicabilidade do preso⁵⁷.

Além disso, uma vez apontadas as características do direito penal (e processual) do inimigo, é necessário se estabelecer um conceito acerca do assunto. Entretanto, para isso, é necessário saber sobre qual perspectiva se está enxergando o inimigo, isto é, o conceito será formulado a partir do sistema da política ou do direito?

Na perspectiva do direito - em especial do direito penal - é preciso assegurar que inexistente a busca pela criação de um inimigo externo para garantir a existência política, mas pela reprovação diferenciada daquele que atenta contra os valores mais caros de um povo. Para formular um conceito jurídico de inimigo, algumas premissas precisam ser entabuladas:

Primeiramente é obrigatório ter em mente que o inimigo - uma vez considerado como tal - perde o status de pessoa por causa da sua periculosidade e da gravidade do fato praticado.

Segundo, como se trata de um fenômeno inerente à sociedade de risco, no direito penal do inimigo não existe a pretensão de recuperar ou ressocializar o criminoso, ao contrário, busca-se a neutralização do perigo representado pelo delinquente.

⁵⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 38.

⁵⁶ DARCIE, S. D. “Processo penal do inimigo”: elementos para a compreensão de sua estrutura e metodologia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais. v. 149, p. 259-298, 2018.

⁵⁷ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 38.

Por último, é necessário estabelecer um conceito básico de direito penal do inimigo.

Greco adverte que:

De um ponto de vista semântico, sim: o direito penal do inimigo é o tipo ideal de um direito penal que não respeita o autor como pessoa, mas que almeja neutralizá-lo como fonte de perigo. Mas se o conceito é claro do ponto de vista semântico, permanece ele deveras obscuro no que diz respeito ao seu significado pragmático, isto é, às finalidades ou funções que se tentam alcançar com sua utilização no discurso científico.⁵⁸

Apesar desses apontamentos iniciais para a formulação de um conceito de direito penal do inimigo (na perspectiva do Direito), é importante ter em mente a forma de encará-lo, seja para descrevê-lo (como Jakobs fez em 1985), para criticá-lo (como faz Ferrajoli⁵⁹ e outros) ou para legitimá-lo (como Jakobs fez em 1999).

Prittwitz fornece uma interessante e objetiva descrição de direito penal do inimigo:

“Direito penal do inimigo” é um direito penal por meio do qual o Estado confronta não os 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.⁶⁰

Melhor dizendo, o cidadão criminoso não tem sua esfera privada afetada pelo direito penal, ou seja, seus bens não são confiscados de forma “predatória” (confisco alargado, por exemplo) e a atuação do estatal só se dá quando a lesão a um bem jurídico ou a manifestação de um perigo concreto se mostram claras. Por outro lado, o inimigo atenta contra bens jurídicos muito estimados pela sociedade, tornando-se, por isso, fonte de perigo. À vista disso, o Estado passa a presumir o perigo do comportamento, antecipando sua atuação para eliminar o perigo e, por conseguinte, neutralizar o inimigo. Para esse fim, os benefícios e as garantias legais e processuais são flexibilizadas.

Note-se que no conceito descritivo inexistente juízo de valor sobre o conteúdo do

⁵⁸ GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais. v. 56, p. 80-112, 2005.

⁵⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2014.

⁶⁰ PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, Revista dos Tribunais. v. 2., p. 915-927, 2010.

objeto de estudo, não há conclusão sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das medidas próprias do direito penal do inimigo. Aqui o analista apenas descreve as suas características e reconhece no ordenamento jurídico vigente a sua existência.

Numa perspectiva analítica pode-se dizer que o conceito crítico é aquele que aponta as vulnerabilidades da teoria e indica a aparente violação das garantias individuais, que, por conseguinte, redundam no aviltamento do direito penal.

Por fim, há um conceito legitimador, assim dizendo, um discurso que busca atribuir ao direito penal do inimigo coerência sistêmica com o ordenamento jurídico, de modo a autorizar sua implementação em um Estado de Direito. Este é o caminho seguido por Jakobs desde 1999, através do qual o professor de Bonn passou a advogar a delimitação e a clara separação do direito penal do inimigo do direito penal comum como forma de preservação do sistema. Além disso, Jakobs começou a justificar essa cisão do direito penal na filosofia, especialmente em Hobbes e Kant.

1.2 A QUEM CABE DEFINIR O INIMIGO?

Conforme viu-se no tópico anterior, a tese desenvolvida por Jakobs pode ser vista sob três perspectivas: primeiramente, a identificação fática do direito penal do inimigo em um ordenamento jurídico vigente (visão descritiva); a segunda, uma compreensão crítica sobre a teoria; e, por fim, a tentativa de legitimação e sistematização desse direito penal máximo que redundam em um tratamento diferenciado daquele que concebido como *hostil*.

A primeira perspectiva não pode ser refutada, porquanto essa é uma evidência plasmada em quase todos os sistemas legais vigentes no mundo, diferenciando-se apenas no que diz respeito à extensão e o grau de consequências inerentes a esse etiquetamento.

A perspectiva crítica possui forte ressonância na doutrina mundial, especialmente naquelas correntes de índole garantista e apegadas ao modelo do direito penal liberal. Os apontamentos críticos serão consignados em momento oportuno neste trabalho.

Já a terceira e última perspectiva consiste na tentativa de compatibilização da teoria do direito penal do inimigo com os ditames do Estado de Direito.

Antes de se avançar sobre os questionamentos acerca da viabilidade do direito penal do inimigo num cenário de garantias individuais, mister tentar responder uma pergunta mais simples, porém igualmente contundente: a quem cabe definir quem é o inimigo?

Já ficou plasmado neste trabalho que os romanos tinham uma determinada concepção de inimigo, o *hostil*. Aliás, como já se viu, os latinos diferenciavam os *hostis alienigena* dos *hostis iudicatus*.

Entretanto, uma indagação inevitável deve ser feita, qual seja: a quem competia a especificação do inimigo? Segundo relatos históricos⁶¹, competia ao senado romano a definição do *hostil*.

Mais recentemente, no campo político, a concepção acerca do inimigo se mostra diferente. Segundo Schmitt⁶², o rótulo de inimigo não precisa ser atribuído a uma pessoa (ou grupo de pessoas) dotada apenas de predicados negativos, ao contrário, podem até existir virtudes nela que sejam proveitosas a algum tipo de interação. Entretanto, é possível que surjam conflitos indissolúveis que não podem ser resolvidos por meio de uma legislação prévia ou mediante a conciliação promovida por terceiro.

Para o pensador convertido ao nazismo, somente o soberano - o Führer - pode decidir sobre o estado de exceção e, assim, estabelecer quem são os inimigos da sociedade. Trata-se, portanto, de uma visão absolutista de mundo, segundo a qual o imperador (o Führer, no caso alemão) tem o ônus de delimitar as relações políticas a partir do binômio (código na linguagem de Luhmann) amigo / inimigo.

Schmitt defende que “Ao Estado, enquanto unidade essencialmente política, pertence o *jus belli*, isto é, a possibilidade real de, num caso dado, determinar o inimigo em virtude de uma decisão própria e combatê-lo”⁶³. Em outras palavras, o direito de declarar guerra a outro povo é uma prerrogativa do Soberano e, portanto, cabe a ele, como manifestação política de uma comunidade, delimitar seus inimigos.

Isso se dá pela contradição entre modos de vida e, na visão de Schmitt, essa antítese deve ser combatida de modo a preservar a essência da comunidade. Nessa linha de raciocínio, os inimigos deveriam ser ceifados como se fossem ervas daninhas. Porém, quem pode ser tachado desse modo?

O politólogo alemão ensina que a determinação do inimigo não é uma opção pessoal. Segundo Schmitt:

Se os cidadãos de um Estado afirmarem acerca de si que não têm pessoalmente quaisquer inimigos, isso nada tem a ver com esta questão, pois um homem privado não tem quaisquer inimigos políticos; no máximo, com tais declarações, ele pode querer dizer que desejaria sair da colectividade política à qual pertence de acordo com

⁶¹ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

⁶² SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Edições 70: Lisboa, 1963.

⁶³ SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Edições 70: Lisboa, 1963. p. 83.

a sua existência e viver já só como homem privado.⁶⁴

Há diversas tentativas de se juntar a teoria de Jakobs e Schmitt no sentido de rotular o direito penal do inimigo como uma construção apta e destinada à justificação de regimes autoritários.

É obrigatório evidenciar que o inimigo descrito por Schmitt existe a partir da oposição política e é desprovida de qualquer razão ou fundamento normativo. A ideia proposta por Jakobs, ao revés, se concentra em uma classe de delinquentes que pratica condutas altamente nocivas ao Estado e à vida em sociedade. Para Jakobs, o inimigo é definido pela norma como expressão concreta das expectativas sociais.

Nesta quadra da história uma inevitável indagação deve ser feita: A quem cabe definir - se é que cabe - a condição de *hostil* de um indivíduo – ou de um grupo de indivíduos?

Trata-se de um questionamento difícil de ser respondido, pois a análise correta desta questão depende da avaliação de diversas circunstâncias, dentre as quais ressalta-se: o regime político adotado; a cultura da população; e nível de democracia estabelecido no país.

Não se pode olvidar que hodiernamente vários países considerados democráticos possuem movimentos que pugnam por “tolerância zero” no sistema penal, por meio da assimilação do discurso de “lei e ordem” e da imersão na “teoria das janelas quebradas”.

Note-se que tais iniciativas derivam do “eficientismo penal”, fruto da globalização neoliberal do encolhimento do Estado Social (*Welfare State*) e da frenética busca por expansão e relegitimação do sistema penal, o qual, como visto, é usado para supostamente acalmar as crises geradas pelo sistema econômico capitalismo⁶⁵.

Embora não se confunda necessariamente com o direito penal do inimigo, a adoção do “eficientismo penal” é sintomática para diagnosticar que a sociedade contemporânea clama por segurança e, não raramente, reivindica um direito penal máximo.

Callegari e Wermuth ensinam que a política de “[...] ‘tolerância zero’ visa é à retirada das ruas e à posterior neutralização daquela parcela da população que se mostra insubmissa frente aos desígnios da configuração neoliberal do Estado [...]”⁶⁶.

Trata-se de uma firme reação estatal especialmente contra tendências, tais como prostituição, vadiagem e uso ilícito de entorpecentes. Em outras palavras, a política tolerância

⁶⁴ SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Edições 70: Lisboa, 1963. p. 94.

⁶⁵ RODRIGUES, Ricardo de Carvalho. **Humanização das ideias penais?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 216.

⁶⁶ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 31.

zero “[...] perpassa pela eliminação das pequenas infrações cometidas no dia-a-dia, pois ‘é lutando passo a passo contra os pequenos distúrbios cotidianos que se faz recuar as grandes patologias criminais’.”⁶⁷.

Uma das vertentes da política de tolerância zero é o denominado movimento de “lei e ordem”, a qual concentra sua atuação de forma intransigente contra a criminalidade clássica de índole patrimonial. Noutros termos, inexistente o discurso de “lei e ordem” em prol do combate dos delitos contra a coletividade⁶⁸.

Justamente por isso Bauman critica veementemente o movimento “lei e ordem”, pois, segundo ele, trata-se de uma abordagem que serve para [...] a criminalização da pobreza, o recorrente extermínio dos parasitas etc, como um esforço contínuo e obstinado para elevar a realidade social, contra todas as evidências, ao nível dessa utopia⁶⁹. Trata-se de uma forma ilusória - e até mesmo higienista - de transformação superficial da realidade, dada a eliminação dos inconvenientes do convívio social.

Hassemer observa que:

Incidentalmente pesquisas empíricas comprovaram à sociedade que “lei e ordem” são de fato temas políticos conservadores. Demonstrou-se que o tema criminalidade e seu combate constitui um sutil regulador de sentimentos de ameaça na população. Estes sentimentos encontram-se profundamente enraizados e são, portanto, poderosos. Eles podem ser prontamente ativados ou despertados sobretudo quando dois fatores convergem na percepção pública.⁷⁰

Noutros termos, muito embora possa existir uma sobreposição do direito penal do inimigo e os movimentos “lei e ordem”, é preciso consignar que estes possuem aplicação mais restrita, porquanto estão voltados à defesa de bens jurídicos clássicos, de índole patrimonial. Isso faz com que os reivindicadores dessas providências sejam naturalmente aqueles que detêm riquezas.

De outra banda, a teoria das janelas quebradas labora com a ideia de presença do Estado como desestímulo à prática de novos ilícitos. Bezerra explica que:

Segundo essa concepção não se deve tolerar os delitos menores, porque, ao fazer isso é enviada uma mensagem subliminar que a desordem em geral é tolerada, o que resulta nas práticas de crimes mais sérios. Daí a metáfora: se uma janela quebrada não for imediatamente consertada, outras terão o mesmo destino, pela sensação de abandono

⁶⁷ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 27.

⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 31.

⁶⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 106.

⁷⁰ HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de Direito. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, Revista dos Tribunais. v. 1, p. 277-297, 2010.

que esta imagem provoca.⁷¹

Diante das características pontadas, é possível dizer que o direito penal do inimigo não pode ser misturado com os sobreditos movimentos de política criminal, uma vez que aquele se baliza normativamente e parte de uma constatação empírica do seu idealizador enquanto estes orientam a atuação estatal mediante a propositura de estratégias para o enfrentamento da criminalidade (política criminal).

Assim, é imperioso consignar a seletividade dessas políticas repressivas. Assim, “[...] através da seletividade sociorracial inerente às ideologias repressivistas, visa-se tão somente ao controle da miséria através de sua gestão penal, o que pode ser compreendido como consectário de uma nova compreensão do papel do Estado no setor econômico-social [...]”⁷²..

Obviamente a política criminal pode fazer uso - devida ou indevidamente - do direito penal do inimigo para alcançar seus objetivos, produzindo uma espécie de corrupção sistêmica da política sobre o Direito (de acordo com a teoria de Luhmann). Assim, tratam-se de conceitos que não se confundem, mas podem influenciar e produzir o odioso “direito penal simbólico”.

Modernamente, as percepções e os anseios da sociedade são traduzidos em lei por meio do Poder Legislativo que, por ser incapaz de enfrentar com eficiência e agilidade os dilemas sociais da contemporaneidade, lança mão do rigor estatal para demonstrar que alguma atitude está sendo tomada para combater o mal e, dessa forma, “tranquilizar” a coletividade que sucumbe diante dos meios. Trata-se do chamado direito penal simbólico.

Lopes e Otaviano ressaltam que:

A nota característica desses diplomas legislativos é uma preocupação do legislador em estabelecer uma regulação normativa voltada à política de luta ou combate aos comportamentos que incrimina, ainda que o legislador não tenha empregado essas expressões explicitamente.⁷³

O grande problema é que, de tempos em tempos, o “medo” e os “parâmetros de risco” são atualizados pela sociedade, especialmente quando governantes se aproveitam desse sentimento para promover políticas populistas. Na década de 80, o medo concentrava na criminalidade de rua. Nos anos 90, o foco passou a ser a criminalidade organizada. Nos anos

⁷¹ BEZERRA, Jorge Luiz. **Meio ambiente, política criminal e criminologia**: reflexões sobre qualidade de vida e a violência nas metrópoles. São Paulo: Ícone, 2010. p. 66-67.

⁷² CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 29-30.

⁷³ LOPES, C. R.; OTAVIANO, L. R. T. Constatações e considerações sobre o conceito de inimigo no direito penal contemporâneo. **Ciências Penais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 14, p. 107-116, 2011.

2000, o terrorismo passou a ter o enfoque da vez por causa do terrível atentado às torres gêmeas do World Trade Center, em 11 de setembro de 2001.

Historicamente tem-se observado que a criminalização de condutas quase sempre foi pautada pelos interesses das elites políticas e econômicas em detrimento do bem estar das camadas menos favorecidas da sociedade.

Nas palavras de Foucault isso:

[...] consiste, primeiramente, em afirmar que todo ilegalismo faz parte, de modo preferencial, se não exclusivo, de uma única classe social, a dos trabalhadores; em segundo lugar, em declarar que esse ilegalismo é produto dessa classe, uma vez que esta não está realmente integrada na sociedade; por fim, em dizer que essa recusa ao pacto social, própria à classe mais baixa, é uma espécie de delinquência primária, selvagem, própria de uma camada da população ainda próxima do instinto e da vida em natureza: são os inimigos do próprio corpo da riqueza.⁷⁴

Durante a revolução industrial várias estratégias de criminalização foram traçadas para induzir valores de disciplina e virtudes na classe trabalhadora, de modo a fixar a população e obter mão de obra barata em uma determinada localidade. Os desviantes eram segregados e forçados a prestarem serviços.

Na atual conjuntura de escassez de postos de trabalho dignos, o século XXI demonstra uma tendência de absoluta inutilidade de massas de pessoas que já não podem contribuir física ou intelectualmente com o sistema produtivo, seja porque foram substituídas por máquinas ou por sua falta de qualificação. Assim, a hostilização como forma de obtenção de mão de obra barata - em parte - já não se justifica. Daí a pergunta: quem são os inimigos hodierno?

Por conta disso, Callegari e Wermuth alertam para um perigo contemporâneo, qual seja, a imposição de:

[...] um modelo de controle pautado na exclusão/inocuidade de uma parte da população que não tem nenhuma função dentro do atual modelo econômico, o que constitui uma revalorização da ideia de fragmentação ou separação como fundamento da ordem. Os destinatários desse controle são os “outros”, os inimigos da sociedade, os novos *homo sacer* do século XXI.⁷⁵

Porém, atualmente, a criminalidade difusa está em evidência e tende a ter ainda mais atenção do legislador, haja vista que o constante aumento do fluxo de capitais entre os países do globo e a emergência ambiental produzirá cada vez mais medo na população e

⁷⁴ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 149

⁷⁵ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 87.

concreto temor de prejuízos por parte daqueles que detém o poder econômico.

É fato que o direito penal liberal é voltado à proteção de bens jurídicos individuais, usualmente patrimoniais. Por outro lado, a criminalidade do século XXI tende a aglutinar a tutela de bens jurídicos coletivo contra danos ou ameaças de lesão de difícil mensuração quando legados em conta isoladamente.

Diante disso, dada a complexidade da vida moderna e dos mecanismos extrapenais de controle (agências de classificação, sanções internacionais etc), lesões praticadas contra bens jurídicos coletivos tendem a impactar no desempenho e no valor das empresas, especialmente aquelas listadas nas bolsas de valores.

Hoje, por exemplo, existe um ranking de empresas ESG na B3 (bolsa de valores brasileira) que leva em consideração especialmente aspectos socioambientais e de governança para atribuir maior valor a uma companhia.

Desta feita, não é precipitado afirmar que o “mercado” é hoje o principal definidor de inimigos na sociedade por meio da hostilização de todo aquele que atenta contra o seu poder ou, ainda, turba os seus lucros. Não é prudente olvidar que o “mercado” fomenta o medo através dos meios de comunicação e pressiona congressistas através do poder econômico.

Há, portanto, uma evidente corrupção sistêmica da economia sobre os sistemas da política e do Direito. Nesse sentido, ao se referir ao sistema econômico, Schmitt alerta que “[...] este sistema supostamente apolítico e aparentemente até anti-político ou serve agrupamentos amigo-inimigo existentes ou conduz a novos agrupamentos amigo-inimigo, e não consegue escapar à consequência do político”⁷⁶.

Levando em consideração a maximização das sanções internacionais atinentes à necessidade de preservação do meio ambiente e, por conseguinte, a perda de mercados consumidores, os detentores do poder econômico cedo ou tarde pressionarão por mais regulamentação e rigor das sanções aplicadas contra aqueles que violam as regras do jogo e, por conseguinte, atrapalham os negócios.

Para Zaffaroni:

[...] aqueles que exerceram o poder foram os que sempre individualizaram o inimigo, fazendo isso da forma que melhor conviesse ou fosse mais funcional - ou acreditaram que era conforme seus interesses em cada caso, e aplicaram esta etiqueta a quem os enfrentava ou incomodava, real, imaginária ou potencialmente. O uso que fizeram deste tratamento diferenciado dependeu sempre das circunstâncias políticas e econômicas concretas [...].⁷⁷

⁷⁶ SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Edições 70: Lisboa, 1963. p. 140.

⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 82.

Ademais, ante a transnacionalidade dos problemas ambiental e sobretudo econômicos, o Estado nacional é incapaz de fornecer soluções de maneira satisfatória. Por isso, o “mercado” (entendido como os agentes econômicos e financeiros) naturalmente pressionará para que lideranças globais assumam obrigações e implementem ações no sentido de contar as lesões e as ameaças aos seus interesses. “Dizendo de outro modo, o Estado se converte no departamento de infra-estruturas da economia, a qual não pode frustrar se não quiser perder sua razão de legitimação ‘previsão vital’”⁷⁸.

Como consequência disso:

A fim de preservar o estado de coisas vigente, o Estado empreende uma guerra incessante contra um inimigo virtual, constantemente redefinido, do qual se retira, em alguns casos, a própria condição de pessoa, reduzindo-os a um outro genérico, total, irreal. Em síntese, o mercado define os inimigos e o Estado os combate.⁷⁹

É por isso que Bauman ressalta que “Os novos senhores do mundo não têm necessidade de governar diretamente. Os governos nacionais são encarregados da tarefa de administrar os negócios em nome deles”⁸⁰.

Um exemplo concreto dessa atuação do “mercado” foi a inclusão do crime de furto qualificado pelo emprego de explosivo (art. 155, §4º-A, do CP) no rol de crimes hediondos. Ora, o crime em destaque atenta contra o patrimônio de bancos e não oferece risco concreto à integridade física ou mental de outrem. Aliás, o legislador não se preocupou em dar igual tratamento ao crime de roubo praticado mediante o emprego de explosivo. Em síntese, a preocupação se limitou ao patrimônio de instituições financeiras abastadas, pouco importando as consequências sofridas por aqueles que experimentam danos físicos e mentais decorrentes da prática delitativa.

Com isso é possível asseverar que, em boa medida, o “poder econômico” (o mercado) é o mentor do direito penal do inimigo e o Poder Legislativo é o órgão estatal que traduz o clamor “social” em norma, de modo a institucionalizar o direito penal do inimigo, ainda que não o reconheça como tal.

Assim, a pós-modernidade aponta clara tendência à institucionalização de inimigos, de modo que comportamentos ou pessoas socialmente nocivas inclinam-se para um “etiquetamento” diferenciado, que provoca uma resposta mais firme do Estado.

⁷⁸ JAKOBS, Günther. **Uma teoria da obrigação jurídica**. Barueri: Manole, 2003. p. 51.

⁷⁹ VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. p. 35-36.

⁸⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 74.

1.3 FUNDAMENTOS JURÍDICOS E FILOSÓFICOS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

Conforme analisado no tópico anterior, a noção de direito penal do inimigo não nasceu na última década do século passado, antes, permeia toda a história da humanidade desde a Roma antiga até os atuais ordenamentos jurídicos dos mais diversos países, dos mais variados matizes ideológicos.

Uma vez apontadas as características do direito penal do inimigo e estabelecida uma conceituação mínima a seu respeito, é necessário indagar sobre a sua legitimidade. Além disso, uma vez considerado legítimo, é imperioso questionar acerca dos seus limites dentro do Estado Democrático de Direito.

É importante reafirmar que Jakobs não criou nada novo, apenas identificou um fenômeno, tentou sistematizá-lo e, por fim, buscou fundamentos que justificassem e permitissem dar um tratamento diferenciado a determinados criminosos dentro de um Estado de Direito, flexibilizando ou arrebatando garantias individuais próprias do cidadão.

Nesse sentido, Kelly Cardoso da Silva salienta que:

[...] o debate sobre a separação e a aplicação de um Direito Penal do Cidadão e um Direito Penal do Inimigo somente poderá ocorrer nas sociedades democráticas que reconhecem direitos e liberdades fundamentais e que se constituem em verdadeiros Estados de Direito, pois em Estados totalitários não existe essa dicotomia [...].⁸¹

Aristóteles concebia o inimigo interno como aquele inapto para conviver em comunidade e que não poderia ser considerado membro da *polis*, portanto, nem um animal e nem um Deus⁸².

Conforme tratado anteriormente, os romanos também conceberam a ideia de inimigo público, interno e externo. O hostil interno era assim proclamado pelo Senado quando indivíduos praticavam atos de traição ou sedição.

Na idade média, o herege passou a ser considerado inimigo (da fé), ao qual eram destinadas reprimendas draconianas (pena de morte; tortura; mutilação; degredo). Evidentemente, tais medidas provocavam o repúdio da comunidade em relação ao infrator e

⁸¹ SILVA, Kelly Cardoso da. **Direito Penal do Inimigo**: Aspectos jusfilosóficos e normativos. Jundiaí: Paco Editorial, 2016. p. 83.

⁸² VALE, Ionilton Pereira do. O direito penal do inimigo: fundamentos filosóficos e sistêmicos. **Revista dos Tribunais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 909, p. 165-186, 2011.

sua família.

Saliente-se que, naquele período, o herege era odiado pelo corpo social uma vez que atentava contra uma estrutura normativa arquitetada pelo poder religioso, o qual tinha forte e inegável influência sobre o poder político. Prova disso é que o crime de blasfêmia precedia a tipificação do crime de homicídio na estrutura dos códigos penais da época, fato que demonstrava a supervalorização do bem jurídico “fé” em detrimento da preservação da vida terrena.

Voltere retratou fielmente essa tenebrosa situação ao afirmar que:

A heresia foi o maior dos crimes; e ainda hoje, numa adorável nação vizinha da nossa, o código penal de todos os tribunais começa pela heresia: é chamada de crime de lesa-majestade divina com máxima gravidade. Antes os inimigos de Deus eram irremissivelmente condenados a ser queimados vivos.⁸³

Note-se que, na idade média, os juízes criam que, ao imporem tais medidas extremas aos “ímpios”, agiam legitimados e de acordo com a vontade de Deus.

Para Hobbes - um fervoroso defensor do estado absoluto - aquele que atenta contra o poder soberano, recusa a obediência à lei e renuncia toda e qualquer benesse dela advinda. Para estes “traidores” avessos ao soberano não resta a proteção da lei, mas sim o peso e as consequências da guerra. Segundo Hobbes, não há espaço para sedições, ainda que o governante esteja agindo de maneira contrária ao pacto social, pois o soberano faz parte do contrato.

Locke enxergava naquele que atentava contra o Estado um inimigo, logo, não tributável da tutela legal. Porém, diferentemente do que Hobbes entendia, Locke cria que:

A sociedade civil, portanto, precederia ao Estado. A partir daí, infere-se que a sociedade, ao decidir pelo contrato estatal, não cede ali todos os seus direitos, mas apenas aqueles necessários à manutenção e aperfeiçoamento desses mesmos direitos.⁸⁴

A partir desse raciocínio é possível depreender que, na visão de Locke, nem todo ato atentatório ao soberano faz do agente um inimigo, uma vez que a sociedade civil conservaria em suas mãos direitos não consignados no pacto social, de modo que atos de resistência seriam tolerados contra os governantes, desde que estes não agissem em consonância com o contrato social.

⁸³ VOLTAIRE. **O preço da justiça**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 31-32.

⁸⁴ COSTA, F. O. Aquém da paz e além da guerra: uma análise jurídica e sociológica do direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 94, p. 57-85, 2012.

Locke legitima uma reação enérgica contra o inimigo quando afirma que:

[...] você pode destruir o homem que lhe faz guerra ou que se revelou inimigo de sua existência, pela mesma razão que se pode matar um lobo ou um leão: porque homens deste tipo escapam aos laços da lei comum da razão, não seguem outra lei senão aquela da força e da violência, e assim podem ser tratados como animais selvagens, criaturas perigosas e nocivas que certamente o destruirão sempre que o tiverem em seu poder.⁸⁵

Para Immanuel Kant não haveria de se cogitar a possibilidade de resistência, ainda que o governo se degenerasse. Assim, o filósofo alemão compreendia aquele que atentava contra o soberano como inimigo, devendo o criminoso ser obrigado a participar do contrato social.

Ressalte-se que Kant tinha uma visão retributiva da pena, uma vez que sua aplicação consistia em um imperativo categórico. Assim, a reprimenda deveria ser aplicada ainda que a sociedade fosse dissolvida e restasse apenas um último criminoso.

Anselm Von Feuerbach possuía um pensamento alinhado ao raciocínio de Locke, pois, segundo ele, já existiriam direitos no estado de natureza e o soberano faria parte do contrato social, de modo que o seu desvirtuamento por parte do governante ensejaria a legítima reação da pessoa, a qual não poderia ser rotulada como inimigo.

Montesquieu é bastante contundente ao afirmar que somente uma tirania pode impor o mesmo tipo de pena a um celerado e um cidadão de bem⁸⁶. Assim, *contrario sensu*, somente em uma democracia é possível cogitar a modulação das reprimendas, fazendo a devida distinção entre cidadão e inimigo.

Para Hegel a pena era a negação da negação do direito. Noutros termos, a pena é um mecanismo contrafactual para restabelecimento das expectativas sociais e, por conseguinte, a manutenção da confiança coletiva no ordenamento jurídico.

Em Hegel se encontram as bases do funcionalismo sistêmico, corrente filosófica seguida por Günther Jakobs. Nessa perspectiva, a pena serve sobretudo para a reafirmação da vigência da norma a partir do reforço das expectativas sociais plasmadas no ordenamento jurídico.

Seguindo essa mesma lógica, Carnelutti assevera que:

A desordem é como um rompimento de equilíbrio, que põe, em movimento, forças para restabelecê-lo. À desordem deve seguir algo que valha para eliminá-la. Este algo é a pena, cuja razão, portanto, consiste na *restauração da ordem violada*. Assim se vê

⁸⁵ LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos**: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil. Petrópolis: Vozes, 2019. p. 99.

⁸⁶ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 100.

que a pena é, naturalmente, *um igual* por que é *um contrário* do delito.⁸⁷

A partir das premissas entabuladas por Hegel, Jakobs compreende que:

Tomada de modo aislada, la pena no es más que un mal, y si se mira la secuencia externa de hecho y pena, se produce, según la conocida expresión de HEGEL, la irracional secuencia de dos males. Sólo sobre la base de una comprensión comunicativa del delito entendido como afirmación que contradice la norma y de la pena entendida como respuesta que confirma la norma puede hallarse una relación ineludible entre ambas, y en ese sentido, una relación racional, y todo ello bajo condiciones de las que aquí habrá que hablar⁸⁸⁹.

Nessa concepção, a cominação de penas mais leves é inerente a sociedades que se sentem seguras de si mesmas. Para Hegel, um ato criminoso se dirige não contra outra pessoa do povo, mas em face da estrutura social consubstanciada no Direito⁹⁰.

O que se extrai dessas linhas de pensamento hegeliano é que o *hostil* é tratado à margem da lei, sem qualquer regramento que lhe possa ser reivindicado. Noutros termos, há uma verdadeira guerra contra o inimigo e que, como tal, precisa ser neutralizado, dada a inviabilidade do diálogo regular.

Não se pode olvidar que a ideia contemporânea de direito penal do inimigo deflui do funcionalismo sistêmico, segundo o qual a função do Direito consiste em selecionar determinadas expectativas de comportamento no contexto social, devendo cada indivíduo desempenhar seu papel social como cidadão.

Assim, “No lugar da desconfiança recíproca coloca-se a confiança na constância da função, e os contatos anônimos passam a ser possíveis, contanto que se conheça o papel do outro; e o papel mínimo de um cidadão decente sempre se conhece em tempos normais”⁹¹.

Na lógica do funcionalismo sistêmico, o Direito impõe ao indivíduo uma expectativa de que ele cumpra o seu papel social, permanecendo fiel ao ordenamento jurídico. Nesse sentido, Jakobs afirma que:

Esto, formulado de modo positivo, significa que existe la expectativa de una fidelidad suficiente al Derecho o, respectivamente, que sólo existe un deber de prestar una fidelidad suficiente al Derecho. [...] De lo dicho se deduce el rol cuya observación

⁸⁷ CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. São Paulo: Editora Pillares, 2015. p. 34-35.

⁸⁸ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Madrid: Civitas, 1996. p. 17-18.

⁸⁹ [...] a pena não é mais do que um mal, e, se se visa à sequência externa do ato e pena, se produz, segundo conhecida expressão de Hegel, a irracional sequência de dois males. Apenas sobre a base de uma compreensão Comunicativa do fato entendido como afirmação que contradiz a norma e da pena entendida como resposta que confirma a norma se pode encontrar uma relação iniludível entre ambas e, nesse sentido, uma relação racional

⁹⁰ BRANCO, B. C. T. C.; TANGERINO, D. P. C. O perigo da imprópria universalização da dogmática penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais. v. 117., p. 51-89, 2015.

⁹¹ JAKOBS, Günther. **Uma teoria da obrigação jurídica**. Barueri: Manole, 2003. p. 41-42.

garantiza el que Derecho penal es el de ciudadano fiel al Derecho; es decir, el de la persona en Derecho.⁹²

É preciso dizer que o funcionalismo sistêmico decorre do funcionalismo de Luhmann, para qual apenas interessa a manutenção do sistema, muito embora Jakobs menospreze tal influência sobre a teoria do direito penal do inimigo.

A partir do ponto de vista de Luhmann, o direito tem a função de reduzir as complexidades inerentes à sociedade por meio da generalização das expectativas normativas, o que proporciona mais estabilidade ao sistema.

É importante consignar que:

Luhmann importou da Biología o conceito de “autopoiese”, que lá significa a capacidade de as próprias células se autorreproduzirem e, assim, gerirem elas mesmas o seu meio de vida. Aplicando-a à sociedade, implica que o sistema social (como o Direito) tem autossuficiência para configurar sua própria estrutura e criar os elementos que o integram, operando, assim, intrassistematicamente, as regras jurídicas teriam por referência, destarte, apenas o sistema jurídico do qual fazem parte. Nessa perspectiva, a análise do Direito requer entendê-lo como um sistema que operacionaliza sua diferenciação com o entorno. É o código jurídico a referência interna quanto ao que é ou não Direito a partir do binômio legal/ilegal, que, no entanto, não pode ele mesmo ser julgado como legal ou ilegal. Sendo um sistema jurídico operacionalmente fechado, há uma autonomia comunicativa que lhe é própria, de modo que as questões sociais se acomodam em seu entorno e, por isso, não podem ser diretamente problematizadas no seu interior.⁹³

Com lastro nesse raciocínio, o direito penal milita para garantir o bom funcionamento do sistema jurídico como um todo, seja prevendo comportamentos que lhe são nocivos ou cominando penalidades aos eventuais infratores de seus preceitos.

Nesse ponto é importante delimitar aqui as diferenças básicas entre o funcionalismo teleológico e o funcionalismo sistêmico.

O funcionalismo teleológico, de caráter valorativo, também conhecido como moderado, justifica-se a partir da sua utilidade social e se submete ao Estado de Direito, estando, portanto, sujeito à imposição de limites legais. Assim, no âmbito penal, o funcionalismo teleológico (que tem Claus Roxin como expoente) se pauta pela proteção de bens jurídicos, pela intervenção mínima, pela dignidade da pessoa humana e pela culpabilidade.

Já o funcionalismo sistêmico (que tem Jakobs como luminar), baseados nos ideais de Luhmann, prega que o direito penal (assim como o Direito de um modo geral) é ferramenta destinada a viabilizar o funcionamento e a eficácia do sistema social e de seus

⁹² JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Madrid: Civitas, 1996. p. 64.

⁹³ BRANCO, B. C. T. C.; TANGERINO, D. P. C. O perigo da imprópria universalização da dogmática penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais. v. 117., p. 51-89, 2015.

subsistemas.

Para Jakobs, o “O fim do Estado de Direito não é a máxima segurança possível para os bens, mas sim a vigência real do ordenamento jurídico e, atualmente, a vigência real de um Direito que torna possível a liberdade”⁹⁴.

Com efeito, na visão funcionalista sistêmica, o direito penal possui o escopo de estabelecer e comunicar as expectativas sociais, de modo a fixar os limites almejados pela coletividade acerca do código binário lícito / ilícito. Não há, portanto, a pretensão precípua de proteger bens jurídicos - o que acaba ocorrendo como efeito natural da proteção do sistema. Desta feita, o funcionalismo sistêmico enxerga a pena como mecanismo contrafactual que não tem por objetivo ressocializar o delinquente ou ainda retribuir o mal por ele praticado. A pena serve para ratificar o império da lei.

Destarte, o Direito - quando aplicado - confirma a vontade coletiva e fortalece a identidade social. De acordo com Jakobs:

La prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho penal confirma, por tanto, la identidad social. El delito no se toma como principio de una evolución ni tampoco como suceso que deba solucionarse de modo cognitivo, sino como comunicación defectuosa, siendo imputado este defecto al autor como culpa suya.⁹⁵

Independentemente do desejo (mediato) de proteção de um bem jurídico, o direito penal tem por finalidade o restabelecimento da validade da norma violada. Desse jeito, quando o direito penal é aplicado, o Estado mostra à sociedade que a sua identidade segue intacta. Nesse sentido, Jakobs afirma que:

[...] el Derecho penal restablece en el plano de la comunicación la vigencia perturbada de la norma cada vez que se lleva a cabo seriamente un procedimiento como consecuencia de una infracción de la norma. Y esto significa, al mismo tiempo, que con ello se representa la identidad no modificada de la sociedad.⁹⁶

Aliás, o sujeito só pode entender sua própria realidade a partir do outro que consigo desempenha um papel na sociedade. Em outras palavras, a pena - como instrumento contrafático - só tem sentido se for concretamente imposto ao outro. Nesse sentido, Jakobs afirma que:

⁹⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 55.

⁹⁵ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Madrid: Civitas, 1996. p. 18.

⁹⁶ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Madrid: Civitas, 1996. p. 19.

Sólo ante el perfil de otro sujeto puede comprenderse el sujeto a sí mismo, naciendo del mismo fundamento lógico que el otro; es decir, de la definición de una norma en sentido estricto que se encuentra «entre» ellos. En la mayor parte de los casos se va más allá de una norma, pero siempre son las normas las que constituyen la relación entre sujetos. Estas normas son el mundo objetivo; objetivo porque determinan la comunicación y lo hacen con independencia de las preferencias actuales de cada individuo.⁹⁷

A partir daí, aquele que atenta contra essas expectativas gerais traduzidas em lei, vulnera a eficácia normativa, de modo a colocar em xeque a fidelidade ao Direito. Para os funcionalistas sistêmicos, portanto, um ato culpável é aquele que rebela contra a norma e tem potencial para afetar a estrutura normativa que escora uma determinada sociedade.

Isso não significa que o essencial seja o respectivo juízo subjetivo, pois as verdadeiras expectativas não se regem pela individualidade, mas pelo padrão que, em geral, pode-se alcançar. Por conseguinte, é verdade que se trata de um juízo objetivo, mas não do juízo de um expert ou de alguém dotado de faculdades especiais, mas do juízo do titular de um papel que, nesse desempenho, pode realizar a atividade de modo socialmente adequado.⁹⁸

Em suma, qualquer delito, comissivo ou omissivo, culposo ou doloso, de dano ou de perigo, frustra uma expectativa juridicamente garantida e, portanto, trata-se de uma atitude violadora do sistema jurídico.

Noutra senda, é preciso dizer que pelo prisma funcionalista sistêmico o bem jurídico é a norma, a qual deve ter sua autoridade defendida para o bem do próprio sistema do Direito. Assim, por meio da pena, o Estado reafirma a autoridade da lei, comunicando à sociedade que determinado comportamento é indesejado naquela coletividade.

Portanto, a sanção é uma forma de confirmação da validade da norma, de modo que se a pessoa cumpre aquilo que está disposto na lei reafirma o seu comando, ao passo que se a infringe impõe-se uma pena e, por conseguinte, cumpre-se a função de promover a segurança das expectativas sociais. Para Jakobs “[...] el Derecho penal está orientado a garantizar la identidad normativa, la constitución y la sociedad.”⁹⁹

Acrescente-se ainda que:

O Direito Penal se desenvolve na comunicação, seus atores são pessoas (juiz, réu, vítima etc.) e suas condições são estipuladas pela sociedade. O delito é uma falha de comunicação, enquanto a pena é a manutenção da vida e identidade social. Portanto, é necessário à eficácia jurídica efetiva, diretora da orientação, um alicerce cognitivo

⁹⁷ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Madrid: Civitas, 1996. p. 80.

⁹⁸ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional**. Barueri: Manole, 2003. P. 47-48.

⁹⁹ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Madrid: Civitas, 1996. p. 15.

da norma. Esse alicerce cognitivo indispensável não constitui, porém, em sua essência, uma prestação do Estado, mas dos próprios cidadãos, que o fornecem ao orientarem-se cotidianamente pelo Direito.¹⁰⁰

Desse modo, a reprimenda tem por escopo a marginalização daquele que afrontou as expectativas de comportamento e a confirmação contrafática da validade da norma penal vulnerada, para que o sistema jurídico seja estabilizado e, por conseguinte, o próprio sistema social por meio da finalidade comunicativa do Direito.

Deduz-se disso que a pena tem importância simbólica para a reafirmação da validade da norma, pois demonstra que o infrator contrariou o preceito juridicamente entabulado - ao negar com sua conduta a relevância do comando legal - e, ao mesmo tempo comunica a intolerância do sistema a comportamentos dessa extirpe. Assim, as expectativas sociais - de que os indivíduos desempenhem seus papéis conforme a norma - são prestigiadas quando o delinquente responde por seus atos na forma da lei.

A pena deve ser entendida, antes, como marginalização do fato em seu significado de violação da norma e não do bem jurídico e, por conseguinte, como constatação de que a estabilidade normativa da sociedade não se alterou. A pena é a confirmação da identidade da sociedade, ou seja, da estabilidade normativa, que é sempre alcançada com a pena.¹⁰¹

Dessa forma, para ser considerado como pessoa e gozar de direitos, o sujeito precisa assumir deveres dentro de uma sociedade normativamente organizada. Então, pode-se sentenciar que a condição de pessoa não é inerente ao fato de alguém pertencer à espécie humana, mas sim a sua predisposição de adesão ou repúdio ao contrato social. Trata-se, portanto, de algo criado artificialmente, ou seja, não se trata de uma característica inata de alguém, mas da sua postura perante o ordenamento legal.

Jakobs objeta que:

A situação prévia à criação do estado «comunitário-legal» é o estado de natureza, e neste não há personalidade. Em todo caso, não existe uma personalidade assegurada. Por isso, frente aos autores de vulnerações dos direitos humanos, os quais, por sua parte, tampouco oferecem uma segurança suficiente de ser pessoas, de per si permite-se tudo o que seja necessário para assegurar o âmbito «comunitário-legal», e isto é de fato o que sucede, conduzindo primeiro uma guerra, não enviando como primeiro passo à polícia para executar uma ordem de detenção.¹⁰²

¹⁰⁰ VALE, Ionilton Pereira do. O direito penal do inimigo: fundamentos filosóficos e sistêmicos. **Revista dos Tribunais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 909, p. 165-186, 2011.

¹⁰¹ VALE, Ionilton Pereira do. O direito penal do inimigo: fundamentos filosóficos e sistêmicos. **Revista dos Tribunais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 909, p. 165-186, 2011.

¹⁰² JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 45.

Assim, a lei é estabelecida para aqueles que podem ser caracterizados como pessoas de Direito. Aqueles que atentam conscientemente contra o ordenamento jurídico e a sociedade não podem ser beneficiados com as prerrogativas próprias de um cidadão, de uma pessoa. Nesse sentido, Jakobs afirma que:

Lo que aquí interesa es el ámbito del Derecho. El Derecho se establece para aquéllos que pueden ser caracterizados como personas en Derecho. Con una formulación psicologicista se llega a una completa exposición mediante la concentración de las afirmaciones de KANT y HEGEL sobre la persona en Derecho. KANT formuló la constitución a través de una norma: «Persona es aquel sujeto cuyas acciones son susceptibles de una imputación», HEGEL formuló la reciprocidad: «Sé una persona y respeta a los otros como personas».¹⁰³

Na concepção de Jakobs, o inimigo é o indivíduo que atenta contra o ordenamento jurídico de tal modo que põe a sua existência em perigo e, por conseguinte, afeta negativamente toda a coletividade. A agudez do seu comportamento implica num tratamento jurídico diferenciado, próprio de uma “não-pessoa”.

Desse modo, o inimigo - não pessoa - em Jakobs não é propriamente o *hostis alienigena*, o que torna descabida qualquer aproximação de sua análise a paralelos xenófobos ou nazistas. Na visão de Jakobs, o inimigo se aproxima do *hostis iudicatus* porquanto se afigura como um indivíduo, nacional ou estrangeiro, que atenta contra valores caros à sociedade consagrados em lei como tal.

A partir de uma visão pragmática, aquele que abandona irremediavelmente o contrato social ou que escolhe deliberadamente atuar contra as bases do Estado e da sociedade, não deve ser tratado como cidadão, mas como inimigo. Com efeito, uma vez rotulado como tal pelo Direito (constitucional ou infraconstitucional), cabe ao Estado zelar pela inocuização do indivíduo, de modo a evitar a manutenção do seu ímpeto e a reiteração criminosa.

Destaque-se que a aplicação do “clássico” direito penal do cidadão a delinquentes que vulneram a sociedade (praticando atentados terroristas ou participando de organizações criminosas, por exemplo) não é suficiente para reafirmar de maneira contrafática o império da lei, nem, tampouco para inocuizar o inimigo.

Em tom questionador, Díez Ripollés assevera que a adoção do direito penal do inimigo ocorre porque “[...] as reações penais já não os intimidam suficientemente, a ressocialização não funciona com tais indivíduos, somente a inocuização, o isolamento de tais

¹⁰³ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Madrid: Civitas, 1996. p. 82-83.

pessoas oferece perspectivas de êxito”¹⁰⁴.

Para Jakobs, a legitimidade do direito penal do inimigo está no respaldo legal dado ao instituto e aos objetivos de proteção propostos pela teoria.

Não obstante isso, Crespo dissente deste entendimento. Para ele:

Trata-se de um “direito penal” ilegítimo, principalmente, e, em primeiro lugar, porque nega o direito fundamental da dignidade humana. Mas também, como se viu, porque trata-se de “direito penal do autor”, e infringe um princípio fundamental da teoria do direito segundo o qual a validade não pode derivar da eficácia, na medida em que constata-se, ademais, que é um direito penal “vigente” e que corresponde ao jurista a tarefa de criticá-lo por sua incompatibilidade com o direito penal do estado de direito.¹⁰⁵

Contudo, esta não é a proposta de Jakobs, o qual descreveu, problematizou e buscou legitimar uma situação que de fato existe, qual seja, o direito penal do inimigo. De maneira pragmática e objetiva, não se discute que a abordagem dada pelo direito penal clássico, de cunho liberal, é incapaz de dar uma resposta suficiente à criminalidade moderna (essencialmente lucrativa, organizada e transnacional).

Acrescente-se que não há que se falar em direito penal do autor quando o infrator responde por aquilo que de fato fez e não por sua condição pessoal. Aliás, o inimigo é aquele que escolheu se comportar de modo a colocar em risco a sadia convivência em sociedade, atentando conscientemente contra os valores mais caros do grupo.

Além disso, em nenhuma passagem Jakobs defende o emprego de medidas contrárias aos direitos fundamentais, tais como pena de morte, cerceamento de defesa ou prisão preventiva. Ao contrário, Jakobs sugere a limitação do direito penal do inimigo no contexto do Estado Democrático de Direito. Sendo assim, subentende-se que a reação estatal em face do inimigo jamais pode suplantar os parâmetros estabelecidos por uma Constituição democrática.

A reflexão proposta por Jakobs é pragmática e gira em torno de como um Estado de Direito deve agir ante a criminalidade moderna e organizada. Pergunta-se:

[...] pode-se conduzir uma guerra contra o terror com os meios de um Direito Penal próprio de um Estado de Direito? Um Estado de Direito que abarque tudo não poderia conduzir essa guerra, pois teria que tratar seus inimigos como pessoas, e, correspondentemente, não poderia tratá-los como fontes de perigo.¹⁰⁶

¹⁰⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A política criminal na encruzilhada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

¹⁰⁵ CRESPO, Eduardo Demetrio. O “direito penal do inimigo” darf nicht sein!: sobre a ilegitimidade do chamado “direito penal do inimigo” e a ideia de segurança. **Ciências Penais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 4, p. 122-152, 2006.

¹⁰⁶ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 70.

Até mesmo para fins comunicativos é importante sublinhar o tratamento diferenciado daqueles que praticam determinados comportamentos, deixando clara a tendência de hostilização estatal. Sem isso, não é possível a adoção de uma postura de combate aos criminosos que atentam irremediavelmente contra as bases do Estado e da sociedade.

Inobstante isso, não se conformando com a solução proposta pelo direito penal do inimigo, Valente sugere como alternativa a aplicação do direito de guerra. Para ele, considerando o contexto de combate, deve “[...] todo o processo sequente ser tratado no âmbito da Carta das Nações Unidas e das Convenções de Genebra (em especial a Convenção Comum de Genebra), que determina o tratamento humanitário dos prisioneiros de guerra [...]”¹⁰⁷.

A proposta parece equivocada, visto que embora muitas vezes sejam utilizadas expressões do tipo “guerra ao terror” ou “guerra às drogas” no enfrentamento da criminalidade, não se pode lucubrar a aplicação do direito de guerra em um contexto interno de enfrentamento à criminalidade. Assim, no atual cenário, só é possível falar em guerra quando há uma conflagração entre nações.

Embora a defesa das garantias individuais seja absolutamente legítima e louvável, Valente peca ao propor tal solução (a aplicação do direito de guerra), pois seu raciocínio parte da premissa de que o “inimigo” (na concepção de Jakobs) não possui acesso a nenhuma garantia. Não é o que concretamente se verifica na realidade. Em verdade, na esmagadora maioria dos Estados de Direito, o “inimigo” tem suas garantias individuais preservadas, porém, com algumas restrições.

Tome-se novamente como exemplo a prisão preventiva. Trata-se obviamente de um genuíno instituto de inocuidade, que, portanto, pode ser rotulado como “direito processual penal do inimigo”. Porém, em um Estado de Direito a decretação da constrição cautelar deve seguir os estritos limites impostos pela lei, exigindo-se fundamentação idônea e concreta.

Assim, a rigor, só é submetido à prisão preventiva aquele que praticou um delito de elevada gravidade ou que insiste na reiteração criminosa, pondo em risco com o seu comportamento o bom andamento do processo criminal ou o convívio em sociedade.

É preciso ressaltar que Jakobs jamais defendeu a negação completa do princípio da dignidade da pessoa humana como se a atuação estatal devesse se pautar pelo exemplo de Guantánamo. Ao contrário, Jakobs busca respostas para explicar e justificar a concreta existência do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico de um Estado de Direito.

¹⁰⁷ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo e o terrorismo: progresso ao retrocesso**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016. p. 68.

Destarte, é tendenciosa a conclusão que o direito “bélico” se destine a criar um tratamento jurídico semelhante àquele aplicado aos inimigos do regime nazista.

Com efeito, o direito penal do inimigo deve ser manobrado para atuar contra aqueles que atentam irremediavelmente contra os direitos fundamentais de uma coletividade, não devendo, portanto, receber o mesmo tipo de tratamento do criminoso comum que milita contra bens jurídicos individuais¹⁰⁸.

1.4 QUEM PODE SER CONSIDERADO INIMIGO?

A discussão entre bem e mal, amigo e inimigo, sempre permeou a sociedade e demandou um certo esforço da filosofia, da religião, da política, da economia e do Direito para compreender a extensão e o significado desses termos.

Note-se que o evangelho de Marcos narra um episódio em que Jesus Cristo foi instado a se manifestar sobre o assunto:

[...] ao sair para se pôr a caminho, correu para ele um homem, o qual se ajoelhou diante dele e lhe perguntou: Bom Mestre, que hei de fazer para herdar a vida eterna? Respondeu-lhe Jesus: Por que me chamas bom? Ninguém é bom, senão um que é Deus (Marcos 10:17-18).

Note-se que o mestre de Nazaré evitou rotular quem quer que seja, colocando-se, inclusive, como homem, fora dessa dicotomia.

Nietzsche enfrentou o dilema de frente. Para ele:

Foram os próprios “bons”, os homens nobres, os poderosos, aqueles que ocupam uma posição de destaque e têm a alma enlevada que julgaram e fixaram a si e a seu agir como “bom”, ou seja, “de primeira ordem”, em oposição a tudo o que é baixo, mesquinho, comum e plebeu. Foi esse pathos da distância que os levou a arrogar-se por primeiros o direito de criar valores, de forjar nomes de valores: que lhes importava a utilidade!¹⁰⁹

Assim, o diferente (pobre, negro, mulher, estrangeiro etc) usualmente é etiquetado como “mau” (ou inimigo) por aqueles que detêm o poder político e/ou econômico e, invariavelmente, passam a ser alvo dos ilegalismos.

¹⁰⁸ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 46.

¹⁰⁹ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A genealogia da moral**. São Paulo: Lafonte, 2017. p. 22-23

Nessa toada, Bauman complementa que:

O outro lançado numa condição de forçada estranheza, guardada e cultivada pelas fronteiras espaciais estritamente vigiadas, mantido a distância e impedido de ter um acesso comunicativo regular ou esporádico é além disso mantido na categoria de estranho, efetivamente despojado da singularidade individual, pessoal, a única coisa que poderia impedir a estereotipagem e assim contrabalançar ou mitigar o impacto subjugador da lei também da lei criminal.¹¹⁰

Conforme consignado em trechos anteriores deste trabalho, o direito penal do inimigo consiste num tratamento penal diferenciado daquele que, por lei, é considerado como *hostil*, ou seja, trata-se do indivíduo que atenta irremediavelmente contra os valores mais caros da sociedade, desvinculando-se definitivamente do contrato social.

Sem ainda estabelecer qualquer juízo de valor acerca do direito penal do inimigo, uma indagação é inevitável nesse ponto: quem pode ser considerado inimigo? Em especial, quem pode ser etiquetado desta forma em um Estado de Direito?

Tratam-se de perguntas evidentemente complexas e que necessitam ser minimamente respondidas para se cogitar a viabilidade e a validade do direito “bélico”. Vale destacar que a falta de compreensão sobre o inimigo a toda evidência pode conduzir a distorções, principalmente equiparações indevidas com aquilo que ocorreu nos campos de concentração nazistas e também em Guantánamo.

Desde Beccaria - um defensor das liberdades e garantias individuais - se enfrenta o problema do “inimigo” no direito penal. Cesare Bonesana - claramente influenciado pela lógica contratualista - afirmava que “Quem perturba a tranquilidade pública, quem não obedece às leis, quem viola as condições sob as quais os homens se mantêm e se defendem mutuamente, deve ser posto fora da sociedade, isto é, banido”¹¹¹.

Ora, Beccaria enxergava o direito penal de maneira bipartida, haja vista que defendia que o Estado dispensasse tratamento diferenciado aos indivíduos que atentavam contra a tranquilidade pública ou se afastavam propositadamente do contrato social. Destarte, na lógica de Beccaria, como o contrato social é um pacto de proteção mútua, aquele que atenta contra esse “acordo de paz e proteção” não pode reivindicar os benefícios que lhe são inerentes.

Evidentemente não se pode cogitar o banimento de um criminoso brasileiro nos presentes dias por força de expressa vedação constitucional (art. 5º, XLVII, “d”, da CF). Porém, é possível afirmar que o tratamento diferenciado entre estirpes de delinquentes é referendado pelo próprio ordenamento jurídico e, no caso brasileiro, essa distinção está prevista na

¹¹⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 115-116.

¹¹¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 59.

Constituição Federal, a qual fixa os limites para a atuação do direito penal do inimigo.

Vale destacar que Beccaria reconhece que a hostilização do indivíduo tem que ocorrer a partir de uma previsão clara da lei, que possa permitir ao acusado provar sua inocência e recobrar seu *status* de cidadão e coparticipante do pacto social. Nas palavras do Marquês:

Em casos idênticos, seria preciso que uma lei, a menos arbitrária e a mais exata possível, decretasse o banimento daquele que colocasse a nação na alternativa extrema de cometer uma injustiça ou de temer um acusado. Seria preciso, do mesmo modo, que tal lei deixasse ao banido o direito sagrado de poder, a qualquer momento, provar sua inocência e reaver os seus direitos. Seria preciso, finalmente, que existissem razões mais poderosas para banir um cidadão acusado pela vez primeira do que para condenar a essa pena um estrangeiro ou um homem que já tivesse sido chamado à justiça.¹¹²

Não há dúvida que a limitação da atuação estatal é essencial e útil para que o sistema do Direito funcione de maneira harmônica. Assim, é o próprio sistema que deve estabelecer os mecanismos de contenção da resposta penal, ainda que aplicada ao inimigo.

Inobstante isso, o dilema persiste: quem pode ser rotulado como inimigo?

Note-se que a falta de critério para o estabelecimento de inimigos não é recente, muito embora as consequências jurídico-processuais sejam bastante semelhantes, tais como o emprego de agentes infiltrados, delação, etc. Porém, parece certo que essa é uma tendência do Estado, o qual, de tempos em tempos, estabelece novos inimigos (delinquentes). Por isso a indagações persistem: quem é inimigo contemporâneo no contexto de um Estado Democrático de Direito? Porventura seriam os terroristas e os membros de organizações criminosas?

Uma passagem um tanto obscura poderia ser mesmo entendida como uma defesa das guerras do Iraque e do Afeganistão, ou da caçada a Bin Laden: "(...) contra os violadores de direitos humanos, que não oferecem, de certo, garantia suficiente de que se comportarão como pessoas em sentido jurídico, é em si permitido tudo aquilo que é permitido no estado de natureza (...).¹¹³

É obrigatório lembrar que a delimitação do inimigo em vários momentos dos lamentáveis episódios indicados (Guantánamo, por exemplo) está à margem da legalidade e, portanto, fora do escopo deste estudo.

Contrário à tese de Jakobs, Ramos argumenta que:

[...] o conceito de inimigo na acepção de Jakobs remete à ideia de segregação criminal, que serve para mascarar uma ideologia legitimadora de práticas absolutistas de poder; expressão carregada de valores incompatíveis com ideais democráticos e revestida de caráter funcional no sentido de manter estruturas sociais e econômicas perniciosas às

¹¹² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 59.

¹¹³ GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, Revista dos Tribunais. v. 56, p. 80-112, 2005.

parcelas da população menos favorecidas.¹¹⁴

Há, portanto, quem sugira que a estruturação de uma teoria do direito penal do inimigo legitimaria ações abusivas de autocratas contra seus opositores políticos. Cabe aqui salientar de maneira pragmática que atitudes antidemocráticas e atentatórias aos direitos humanos independem da existência de um referencial teórico. Noutras palavras, o ditador, o déspota ou o tirano dispensam a existência de uma fundamentação filosófica para impor a sua visão de mundo e, com isso, estabelecer de maneira autoritária e conveniente seus inimigos.

Vale destacar que a retórica empregada nos Estados totalitários do início do século XX girava em torno da premissa de que “Todo o sofrimento, toda a miséria e toda a violência que seres humanos infligiram a seres humanos eram até então reservados à categoria dos “outros” - judeus, negros, mulheres, refugiados, dissidentes, comunistas etc”¹¹⁵.

Nessa dinâmica de cunho político, o inimigo era alguma minoria hipossuficiente - e sem direito de fala - rotulada como causadora dos males da sociedade. Ao inimigo era imputada a disseminação de doenças, o colapso econômico e a depravação. Cuidava-se, portanto, de uma construção cultural destinada à hostilização de um determinado grupo e, ao mesmo tempo, aglutinação a fração majoritária da sociedade.

A rigor, esse tipo de hostilização se baseava em sinais externos, usualmente lastreados nas condições pessoais dos indivíduos de um grupo.

É imperioso ressaltar com veemência que não se está aqui a tratar do inimigo político. Aqui está-se a tratar do inimigo no âmbito do Direito, isto é, aquele que recebe um tratamento diferenciado pela legislação dentro do código lícito / ilícito, de modo a reprochar de maneira mais grave comportamentos odiosos contra aqueles que repudiam conscientemente o pacto social.

Em um Estado Democrático de Direito não se concebe a aplicação do direito penal do sujeito (ou do agente), com base na sua condição pessoal (cor, raça, gênero ou religião), antes, se vislumbra o direito penal do fato, arquitetado a partir de um ato típico e ilícito praticado por agente imputável. Por isso, embora idênticos na grafia, o inimigo político jamais deve ser confundido com o inimigo no âmbito do direito penal democrático.

O próprio Schmitt alertava sobre as expressões empregadas no sistema da política. Para ele “[...] todos os conceitos, representações e termos políticos têm um sentido

¹¹⁴ RAMOS, S. P. Sistema criminal e direito penal do inimigo: uma análise crítica do conceito de inimigo aplicado à realidade brasileira. **Revista dos tribunais**, Revista dos Tribunais. v. 1007, p. 207-225, 2019.

¹¹⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 7.

polémico, eles têm em vista um carácter concreto de contraposição, estão ligados a uma situação concreta cuja consequência última é um agrupamento amigo-inimigo”¹¹⁶.

O politólogo alemão reitera que:

A diferenciação entre amigo e inimigo tem o sentido de designar o mais extremo grau de intensidade de uma ligação ou separação, de uma associação ou dissociação; ela pode existir em teoria e na prática sem que, ao mesmo tempo, tenham de ser aplicadas todas aquelas diferenciações morais, estéticas, económicas ou outras. O inimigo político não precisa de ser moralmente mau, não precisa de ser esteticamente feio; não tem de surgir como concorrente económico e até talvez possa parecer vantajoso fazer negócios com ele. Ele [*]é, precisamente, o outro, o estrangeiro, e é suficiente, para a sua essência, que ele seja existencialmente, num sentido particularmente intensivo, algo outro e estrangeiro, de tal modo que, em caso extremo, sejam possíveis conflitos com ele que não possam ser decididos nem por uma normatização geral, que possa ser encontrada previamente, nem pela sentença de um terceiro “não participante” e, portanto, “apartidário”.¹¹⁷

Vale realça que “Politicamente, o Estado sempre tem seus inimigos, que, no entanto, não se confunde com o conceito de inimigo, na concepção de Günter Jakobs”¹¹⁸. Assim, uma coisa é o direito penal do inimigo e outra coisa é o inimigo político.

Feitos esses esclarecimentos, é interessante entender que, a partir de 1999, Jakobs passou a defender a legitimação da separação do direito penal em duas frentes, para que essa disciplina não seja “contaminada” amplamente pelas características do direito penal do inimigo. Assim, o professor da universidade de Bonn passou a agasalhar a ideia de uma cisão clara entre direito penal do inimigo e o direito penal do cidadão.

Isto posto, factualmente, não há que se cogitar que o Estado dispense idêntico tratamento a um estuprador de uma criança e a um furtador de objetos de pequena monta. Concretamente, a lei já prevê um tratamento diferenciado no que diz respeito a benefícios, processamento, pena e execução. Aliás, a sociedade não admitiria uma equiparação dessas figuras delitivas, porquanto, naturalmente, se revoltaria contra o sistema político e de justiça.

Velo esclarece que:

Os criminosos inimigos têm como característica psicológica a indisposição para a civilidade, seriam especiais traidores, preferem desprezar as regras mínimas de convivência, por isto não reúnem condições de serem admitidos na sociedade. Porque são deliberadamente contestadores da ordem estabelecida, não oferecem a mínima confiabilidade, justificando-se, por conseguinte, que seus crimes sejam perseguidos com procedimentos específicos, que até podem ser incompatíveis com os predicados

¹¹⁶ SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Edições 70: Lisboa, 1963. p. 59.

¹¹⁷ SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Edições 70: Lisboa, 1963. p. 51-52.

¹¹⁸ VALE, Ionilton Pereira do. O direito penal do inimigo: fundamentos filosóficos e sistêmicos. **Revista dos Tribunais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 909, p. 165-186, 2011.

do direito penal garantista.¹¹⁹

Díez Ripollés complementa essa ideia ao afirmar que:

[...] existem indivíduos que, devido sua atitude pessoal, a seus meios de vida, a sua incorporação a organizações delitivas ou a outros fatores, mostram de maneira reiterada e duradoura sua disposição a cometer delitos, defraudando, assim, persistentemente, as expectativas normativas formuladas pelo direito, por não satisfazerem as garantias mínimas de comportamento de acordo com as exigências do contrato social. Tais indivíduos não podem ser considerados pessoas nem cidadãos, são inimigos da sociedade que devem ser excluídos dela. O direito penal regente para eles deve ser substancialmente distinto do vigente para os cidadãos, deve ser militante, direcionado para a neutralização de sua periculosidade, e no qual as garantias são reduzidas, e a pena já não busca reafirmar a vigência da norma, mas assegurar a manutenção desses indivíduos isolados da sociedade.¹²⁰

Porém, há que se reconhecer que é legítima a preocupação quanto ao fato de a definição do inimigo ficar a cargo de órgãos de segurança pública, especialmente pelas instituições policiais, as quais têm uma visão muito peculiar e até mesmo preconceituosa acerca da criminalidade - voltada para a criminalidade clássica, “de rua”, composta por minorias desprivilegiadas ou excluídos sociais.

É o tipo de criminalidade que se busca combater por meio de políticas de “tolerância zero”, do movimento “lei e ordem” e da “teoria das janelas quebradas”. Noutros termos, é possível perceber com certa frequência um incremento da hostilização baseada na concepção da criminalidade clássica, que tutela interesses individuais e, invariavelmente, possui viés patrimonial. Há nesses casos flagrante desproporção da resposta estatal quando se compara a tutela de interesses individuais com a proteção penal de bens jurídicos coletivos¹²¹

A criminologia crítica aponta que:

[...] a sociedade desigual é aquela que teme e reprime o diverso, porque a repressão do diverso, em todos os sistemas normativos particulares em que ocorre, do direito à religião, à escola, à família, é uma técnica essencial para a conservação da desigualdade e do poder alienado. Eis aqui porque quanto mais uma sociedade é desigual, maior é a inflação das definições negativas de desvio.¹²²

Repita-se que não se nega que o direito penal pode ser e efetivamente é utilizado para a manutenção do *status quo* daqueles que detêm o poder político e econômico. Foucault

¹¹⁹ VELO, J. T. O problema da fundamentação do direito penal do inimigo. **Revista dos Tribunais**, Revista dos Tribunais. v. 894, p. 349-400, 2010.

¹²⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A política criminal na encruzilhada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 80-81.

¹²¹ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 38.

¹²² BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2021. p. 207-208.

salienta que “[...] as leis sociais são feitas por pessoas às quais elas não se destinam, mas para serem aplicadas àqueles que não as fizeram. A lei penal, na mente daqueles que a fazem ou a discutem, tem uma universalidade apenas aparente”¹²³.

Contudo, é preciso sublinhar que isso acontece com todos os ramos do Direito, inclusive por meio do direito civil e do direito penal comum (clássico e garantista) e, mesmo assim, tal fato não é motivo hábil para derrogar nenhum deles.

Posto isso, não se pode ignorar a realidade, nem, tampouco, usar de supostas deduções baseadas em premissas falsas para construir ou refutar uma teoria. Não é pelo fato de muitas vezes o direito penal tutelar os interesses das classes dominantes em detrimento das subalternas que se cogita banir esse ramo do Direito.

A criminologia crítica é contundente ao testificar que o direito penal não é igualitário. Para Barata:

a) o direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário;

b) a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos;

c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade.¹²⁴

Entretanto, independentemente da condição econômica, política ou social do delinquente, o Estado não pode coadunar com ações que atentam contra sua estrutura e oprimem seus cidadãos. Assim, um tratamento diferenciado da criminalidade é uma postura que se mostra inevitável, visto que exigida pela coletividade.

Boaventura relembra que a criminalidade organizada impõe à sociedade uma espécie de “fascismo territorial”, que corrói as instituições de Estado e restringe a liberdade dos indivíduos. Para ele, os:

[...] atores sociais com forte capital patrimonial tomam do Estado o controle do território onde atuam ou neutralizam esse controle, cooptando ou violentando as instituições estatais e exercendo a regulação social sobre os habitantes do território sem a participação destes e contra os seus interesses [...]. As populações civis residentes em zonas de conflitos armados também se encontram submetidas ao

¹²³ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 22.

¹²⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2021. p. 162.

fascismo territorial.¹²⁵

Ao encurralar a sociedade, a criminalidade organizada não pode receber uma resposta trivial, própria do direito penal clássico, uma vez que seria inócua diante da estrutura empresarial da organização.

Sobre a insuficiência desse direito penal comum, Gregório Assagra e Rafael Costa reforçam que:

E inquestionável que a dogmática processual penal clássica vem apresentando sinais de crise e não mais responde aos anseios de tutela adequada e efetiva dos bens fundamentais da sociedade. [...] Nesse contexto, as clássicas tutelas penais e processuais penais, traçadas em um horizonte de proteção de bens individuais, não constituem mecanismos adequados para o combate à criminalidade.¹²⁶

Por isso objeta-se que sem os mecanismos processuais e investigatórios disponibilizados pelo direito penal do inimigo, o Estado provavelmente conseguiria punir somente aqueles indivíduos ligados à execução de crimes, deixando impunes mandantes, idealizadores e financiadores. “Nisto influi, sem dúvida, a constatação da limitada capacidade do Direito Penal clássico de base liberal (com seus princípios de taxatividade, imputação individual, presunção de inocência etc.) para combater fenômenos de macrocriminalidade”¹²⁷.

Mesmo assim, a delimitação acerca do inimigo ainda segue nebulosa. Costa alerta que “O perigo de abuso por parte do aparato estatal no combate ao inimigo é demasiado grande, pois não há uma definição clara acerca de quem é o inimigo e uma maneira segura de distingui-lo do cidadão, que seria o destinatário do Direito Penal tradicional”¹²⁸.

Existe, portanto, um justificado temor de que o sistema político se utilize do sistema do Direito para etiquetar opositores e, com isso, viabilizar a imposição de medidas repressivas, desde sanções econômicas até punições corporais draconianas. Na concepção de Luhmann isso seria uma espécie de corrupção sistêmica, ou seja, a interferência de um sistema (da política) em outro (do Direito) para produzir resultados de seu interesse.

Embora legítima a preocupação, é preciso ressaltar que Jakobs labora no contexto do Estado Democrático de Direito, o qual possui mecanismos (contrapesos) que

¹²⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Novos estudos*. n. 79, novembro 2007. p. 81.

¹²⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito processual penal coletivo**: a tutela penal dos bens jurídicos coletivos: direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Belo Horizonte: Editora DPlácido, 2019. p. 111-112.

¹²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 88.

¹²⁸ COSTA, F. O. Aquém da paz e além da guerra: uma análise jurídica e sociológica do direito penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 94, p. 57-85, 2012.

tendem a evitar o uso indevido do direito penal do inimigo. Prova disso é o fato de que no Brasil diversas leis alinhadas ao “direito bélico” foram declaradas inconstitucionais, tais como a Lei de crimes hediondos, que previa a imposição do regime integralmente fechado aos condenados e o Estatuto do desarmamento, que vedava a concessão de fiança a determinados crimes lá previstos.

Repise-se mais uma vez que não se pode negar a existência, nem, tampouco, a necessidade da diferença de tratamento entre o criminoso cidadão e o delinquente inimigo.

Lopes e Otaviano ressaltam que a figura do inimigo:

[...] diria respeito a determinados indivíduos que decidiram, deliberadamente, abandonar permanentemente o Direito e revelariam, com seus comportamentos, a prática não meramente incidental, mas, habitual, profissional, de atividades inequivocamente delitivas, como, por exemplo, se pode citar a participação no crime organizado, em organizações terroristas, no tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, de armas e de pessoas etc.¹²⁹

Em uma visão funcionalista, o inimigo é aquele que por características comportamentais apresenta uma aversão ao Direito, incapaz de promover diálogos comunicativos saudáveis e que, por isso, se descola das expectativas sociais e apresenta um rastro de periculosidade concreta.

Por causa disso, a aplicação do direito penal clássico, absolutamente garantista, se mostra ineficaz em alguns casos, porquanto é incapaz de comunicar à sociedade as expectativas de comportamento e, quiçá, impor sanções contrafáticas capazes de reafirmar a validade e o império da lei. Assim, não é recomendável que um terrorista tenha sua conduta reprovada por meio de uma singela multa ou pena alternativa. Ao contrário, o autor do comportamento dessa índole deve ser punido exemplarmente e eventuais benefícios de execução devem ser negados.

Daí a necessidade de uma resposta firme do Estado aos inimigos. Nesse sentido, Jakobs afirma que:

[...] um ordenamento normativo só é real quando e à medida que dirija a comunicação,” podendo-se falar de tal direção só se determina o processo de fundamentação, e não só o resultado da comunicação. Por exemplo: o cálculo expressado abertamente, e que encontra concordância, de que não merece a pena o furto, porque o risco de sofrer uma pena é alto demais, de modo que por isso ninguém deveria temer um furto, não tem nada a ver com um entendimento normativo, porém é a comunicação de uma orientação puramente cognitiva de um indivíduo.¹³⁰

¹²⁹ LOPES, C. R.; OTAVIANO, L. R. T. Constatações e considerações sobre o conceito de inimigo no direito penal contemporâneo. *Ciências Penais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 14, p. 107-116, 2011.

¹³⁰ JAKOBS, Günther. *Uma teoria da obrigação jurídica*. Barueri: Manole, 2003. p. 47.

Em suma, o inimigo, também conhecido como não-pessoa, deve ter um tratamento mais rigoroso, desprovido de algumas garantias e benefícios penais (intimidade, indulto etc). Isso concerne a uma postura de inocuização daquele que por seu comportamento não cumpre seu papel na sociedade, uma vez que sua natureza demonstra total desprezo e abandono pelo Direito.

Noutro passo, “A pessoa é construída de forma normativa, composta por três elementos: (a) uma unidade de direitos e deveres, (b) o comportamento de modo fiel ao Direito (c) o fornecimento de uma garantia suficiente de comportamento pessoal”¹³¹.

Não é demais repetir que a condição de pessoa é um atributo normativo e não natural. De modo que a lei (o sistema legal) pode perfeitamente sonegar ao indivíduo tal predicado quando este atenta contra o Direito. Noutros termos, para Jakobs [...] a pessoa não se confunde com o ser humano existencial, uma vez que, enquanto este é o resultado de processos naturais, aquela é um produto social¹³².

Fora isso, é importante dizer que, nas últimas décadas, o perfil do criminoso inimigo tem sido alterado, já que outrora o *hostil* era aquele delinquente dedicado a praticar crimes violentos, próprios da criminalidade de rua, contra bens jurídicos individuais usualmente pertencentes a pessoas abastadas. Hoje existe uma tendência de rotular como inimigo aquele criminoso que atenta contra interesses difusos e imensuráveis (saúde e segurança pública, meio ambiente etc), tendo como protagonista pessoas ricas e poderosas¹³³.

Entretanto, a tutela penal de bens jurídicos coletivos não se assemelha àquela dispensada ao direito penal clássico, cujo delinquente possui um estereótipo desenhado meticulosamente pelos meios de comunicação a mando de uma elite que não quer ser ameaçada nos seus privilégios¹³⁴.

Assim, é possível perceber que o direito penal liberal teve o condão de proteger os interesses dos abastados e, de certo modo, torná-los quase inacessíveis ao *jus puniendi* estatal quando estes figuravam como autores de crimes.

Na verdade:

[...] tem-se a impressão de que os poderosos, mediante assessoramentos técnicos apenas acessíveis a pessoas com seu nível econômico ou respaldo político, foram

¹³¹ VALE, Ionilton Pereira do. O direito penal do inimigo: fundamentos filosóficos e sistêmicos. **Revista dos Tribunais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 909, p. 165-186, 2011.

¹³² CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 65.

¹³³ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 55.

¹³⁴ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973)**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 22

capazes de explorar, até limites abusivos, as garantias do direito penal e processual penal, conseguindo, assim, esquivar-se, em grande parte, da persecução penal, da condenação e do cumprimento das sanções.¹³⁵

Não obstante isso, a “neocriminalidade” possui paradigmas diversos e o infrator não necessariamente será rotulado como indesejável. Aliás, muito pelo contrário, esses criminosos não raramente são tidos como pessoas de proceder ilibado e gozam de prestígio perante a sociedade.

Daí a percepção de que o direito penal passa por uma significativa atualização para se ocupar com a criminalidade dos poderosos e, portanto, precisa se adequar à nova realidade social¹³⁶. Desta feita, existe uma tendência contemporânea no sentido de se eleger como inimigo o delinquente poderoso que atenta contra bens jurídicos coletivos.

Prittwitz alerta que:

[...] frequentemente a impressão de que aqueles que por assim dizer querem “inverter” o direito penal, querendo voltá-lo principalmente contra os poderosos, também mostram uma perigosa tendência ao direito penal do inimigo, tendo apenas trocado de inimigo.¹³⁷

O professor da Universidade de Frankfurt tem razão acerca dessa conclusão, pois basta observar nas últimas décadas a clara tendência de criminalização mais rigorosa de comportamentos ligados a pessoas poderosas - organizações criminosas, crimes do colarinho branco, corrupção, entre outros. Note-se que a rigor tais crimes são (ou podem ser) perpetrados por pessoas poderosas e abastadas, fato que enfraquece a tese de que o direito penal do inimigo seria elitista e voltado a alcançar pessoas hipossuficientes.

Portanto, há uma tendência de afastamento do modelo do direito penal clássico. Segundo Prittwitz, os Estados modernos “[...] desenvolvem um contra modelo do direito penal - principalmente nos últimos tempos - justamente a partir desta análise, um modelo que tem em mira justamente os poderosos e fortes da política e da economia”¹³⁸.

Por isso, num primeiro momento, Jakobs sinaliza que o direito penal do inimigo se destina aos delinquentes contumazes ou habituais, à criminalidade econômica e/ou

¹³⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A política criminal na encruzilhada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 21-22.

¹³⁶ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 19-20.

¹³⁷ PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, Revista dos Tribunais. v. 2., p. 915-927, 2010.

¹³⁸ PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, Revista dos Tribunais. v. 2., p. 915-927, 2010.

organizada, ao terrorismo, aos delinquentes sexuais e outros criminosos violentos ou ameaçadores.

Nesse sentido, Callegari e Wermuth concordam que:

As regulamentações do Direito Penal do inimigo, destarte, embasam-se na habitualidade e no profissionalismo das atividades dos indivíduos assim considerados, bem como ao fato de pertencerem a organizações criminosas estruturadas que afrontam o Direito Penal “ordinário”.¹³⁹

Entretanto, para alguns estudiosos, existe uma perspectiva subjetiva acerca da delimitação e clareza do conceito de inimigo e da sua real periculosidade.

É justamente nesse ponto que a teoria de Jakobs apresenta sua principal fragilidade, isto é, a subjetividade na definição do inimigo.

Ousa-se trazer luz ao assunto. Concretamente, o inimigo é aquele que é classificado na Constituição Federal como tal. Basta observar o art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, da CF. Nesses dispositivos fica plasmado o tratamento criminal diferenciado para alguns facínoras, dentre eles os indivíduos que praticam os crimes de racismo, tráfico ilícito de entorpecentes, tortura, terrorismo, hediondos e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Nesse sentido, Valente assevera que:

No Brasil, podemos apontar a lei dos crimes hediondos como um exemplo de Direito penal do inimigo quando estipula que os autores de crimes hediondos, de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins e de terrorismo não beneficiam de anistia, de graça, de indulto e de fiança. Estes delinquentes ou condenados não beneficiam dos mesmos direitos dos demais presos. Há uma despersonalização da pessoa face à presumível perigosidade. A censurabilidade é de tal modo elevada que os agentes desses factos hediondos não podem beneficiar dos direitos, liberdades e garantias fundamentais processuais como os demais presos: são presos despersonalizados.¹⁴⁰

Note-se que embora a maioria dos crimes hediondos não tenha índole coletiva, ainda assim os delitos dessa estirpe podem ser considerados direito penal do inimigo, visto que, influenciado pelo movimento *Law and Order*, o constituinte referendou a aplicação de um tratamento diferenciado aos criminosos etiquetados daquela forma, ainda que tenham atentado contra bens jurídicos individuais. Trata-se, portanto, de um posicionamento expresso de política criminal no texto da Constituição Federal.

¹³⁹ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 64.

¹⁴⁰ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo e o terrorismo: progresso ao retrocesso**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016. p. 115.

Com efeito, a Carta Magna deixou claro que a diferenciação faz parte do sistema do Direito e, portanto, não há uma sobreposição (ou “contaminação”) do “direito bélico” sobre o direito penal “comum”. Aliás, a própria Constituição fixou as balizas de atuação do aparato estatal mesmo nas hipóteses caracterizadas como direito penal do inimigo.

Nesse contexto, Callegari e Wermuth alertam que:

As consequências jurídicas da rotulação desses crimes como hediondos pode demonstrar uma contaminação da legislação ordinária pelo Direito Penal do Inimigo, pois, de fato, os autores destes crimes passaram a ter um tratamento diferenciado, com restrições de garantias penais e processuais.¹⁴¹

Noutras palavras, a delimitação das condutas (do que é tortura e terrorismo) e a indicação dos crimes hediondos ficou a cargo do legislador ordinário, o qual deve se restringir pelos preceitos constitucionais para selecionar condutas e eleger perfis criminosos como inimigos. Trata-se a toda evidência de uma opção constitucional que deve ser respeitada.

Por isso, o legislador deve sempre se pautar pelos valores constitucionais para evitar etiquetar comportamentos aos quais a Constituição não atribui relevância. Além disso, deve-se levar em conta a proporcionalidade entre a resposta estatal e a conduta lesiva, de modo a evitar a ampliação indiscriminada do rol de crimes hediondos.

Cite-se como exemplo concreto a promulgação do Estatuto do Desarmamento (Lei n° 10.826/03). Na ocasião, o legislador ordinário criou figuras delitivas e vedou em algumas hipóteses o estabelecimento de fiança (art. 14, parágrafo único, e art. 15, parágrafo único) e a concessão de liberdade provisória (art. 21). Contudo, por meio da ADIn 3.112-1, o Supremo Tribunal Federal considerou tais dispositivos do Estatuto do Desarmamento inconstitucionais, porquanto equiparavam a resposta estatal a algumas condutas que não foram tratadas desse modo pela Constituição Federal.

Note-se que, em 2017, a despeito da sobredita decisão da Suprema Corte, o crime de posse ou porte de arma de uso restrito ou proibido passou a fazer parte do rol de crimes hediondos (art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.072/90, agora revogado), de modo que o tratamento diferenciado passou a ser absolutamente correto e constitucional sob o ponto de vista formal perante os olhos do STF. Hoje, com o advento da Lei n 13.964/19, somente a posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso proibido permanece como comportamento considerado hediondo.

Note-se que a Constituição Federal foi utilizada pela Suprema Corte para fazer

¹⁴¹ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 93.

o fechamento operacional do sistema e, com isso, atribuir coerência ao ordenamento jurídico.

É relevante destacar que o caminho seguido pelo legislador infraconstitucional em 2017 para atribuir mais rigor à resposta estatal (tornar o crime inafiançável, dificultar a progressão de regime e o livramento condicional, etc) foi outro, qual seja, a inclusão do comportamento ilícito no rol dos crimes hediondos.

Talvez esse estratagema seja a mais perigosa no sentido de promover a ampliação formal do direito penal do inimigo no Brasil, misturando aquilo que de fato deve ser tratado de modo diferenciado com outros comportamentos que passam longe do *status* de hediondez.

Não faz sentido que um crime de perigo tenha uma reprimenda mais significativa do que aquela cominada a um crime de dano. É contraditório que o furto praticado com emprego de explosivo seja etiquetado como hediondo e o roubo praticado nessa mesma circunstância não ostente tal predicado. É inconcebível que a venda de um inofensivo medicamento falso comporte pena mais gravosa do que aquela imposta ao traficante de drogas ilícitas.

É justamente por isso que o Supremo Tribunal Federal deve agir para modular a resposta penal aos mais diversos crimes pertencentes à lista de delitos hediondos.

Nesse sentido, Callegari e Wermuth creem que a expansão do direito penal deturpou a excepcionalidade dos crimes hediondos estabelecida na Constituição. Para eles:

[...] o que se verifica com o passar dos anos é que o fenômeno criminal (crimes hediondos) não comportou a própria validade da normativa penal de exceção ou de emergência. A etapa vivida desde então evidencia uma normalização da exceção, à qual parece haver contribuído certa assunção, institucional e social, da compatibilidade daquela Lei com o Estado de Direito e com o marco constitucional.¹⁴²

Contudo, não se deve deslembrar que o Direito é uma ciência social em constante evolução, a qual é inevitavelmente influenciada pelo ambiente. Assim, não adianta cogitar que um sistema que admite interações com outros sistemas e com o ambiente não seja por eles transformado. A propósito, em se tratando de um sistema autopoietico (na compreensão de Luhmann), o Direito reproduz em si anseios que lhe são alheios, desde que filtrados pelo código binário lícito / ilícito.

Nessa toada, o abarcamento de um crime de perigo no rol de crimes hediondos pode ser advogado a partir de duas premissas: uma formal e outra material. No aspecto formal é possível consignar que a Constituição Federal atribuiu ao Congresso Nacional - por meio de

¹⁴² CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 94.

representantes eleitos pela sociedade (portanto através de um processo democrático) - a obrigação de estabelecer quais são os crimes etiquetados como hediondos.

Na perspectiva material, é preciso observar os fins estabelecidos na Constituição e a realidade social na qual se está inserido. Tome-se por exemplo a hediondez relacionada ao porte de armas de fogo. Não se pode perder de mente o fato de que o Brasil é um país extremamente violento e que boa parte dos crimes bárbaros é praticada mediante emprego desses artefatos. Houve na sombra disso um apoio social para que o Parlamento antecipasse a ação penal logo para as fases iniciais do *iter criminis*, punindo, portanto, atos de aparelhamento.

Prova disso é que “[...] a própria discussão sobre a constitucionalidade da norma perdeu força com o tempo, o que a tornou compatível com o Estado de Direito e o marco constitucional pátrio”¹⁴³.

Desta forma, a Constituição (e o Supremo Tribunal Federal) entende que todo comportamento ilícito classificado como hediondo pelo legislador infraconstitucional deve receber um tratamento mais rigoroso. Caso alguma lei venha a extrapolar os limites impostos pela Carta Magna, caberá ao Poder Judiciário (especialmente ao STF) fazer o fechamento operacional do sistema e, assim, expurgar a regra que atenta contra o ordenamento jurídico.

Objetivamente, na perspectiva dos crimes hediondos, é inimigo aquele que a lei aponta como tal, ou seja, indivíduos que praticam condutas veementemente hostilizadas pela sociedade.

Tomando-se como amostra o histórico da lei de crimes hediondos, é possível perceber que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal impôs um limite ao ímpeto “bélico”, qual seja, o respeito às garantias fundamentais estampadas na CF. Sob a premissa basilar da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF), a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072/90, o qual vedava no texto original da norma a concessão de liberdade provisória (inciso II) ao criminoso e impunha ao condenado pela prática de crime hediondo o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime integralmente fechado (§1º). Esta última hipótese foi rechaçada pelo STF por meio da edição da súmula vinculante n. 26:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal

¹⁴³ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 94.

fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Portanto, é inegável a existência do inimigo no Direito brasileiro, que promove distinções de tratamento entre cidadão e hostil. Porém, essa diferença de rigor não é em sua essência seletiva - no sentido de oprimir indivíduos hipossuficientes e minorias - , nem, tampouco justifica a atuação ilimitada dos instrumentos de Estado.

Destarte, mais uma vez, não se pode falar no inimigo clássico, de índole política, o qual era perseguido por conta do seu posicionamento ideológico ou religioso, ou ainda, por sua condição pessoal. Ao contrário do que alguns estudiosos dizem, o direito penal do inimigo no Brasil não é seletivo – não pelo menos no sentido de afligir normativamente um grupo étnico ou uma classe social - , porquanto, dirige-se a reprochar comportamentos e não para oprimir opositores políticos.

1.5 AS CRÍTICAS À TEORIA DE GUNTHER JAKOBS

Como já mencionado anteriormente, há quem entenda o direito penal do inimigo como uma ferramenta de dominação das sociedades e classes privilegiadas sobre grupos e indivíduos menos favorecidos, estigmatizados e marginalizados, esquecendo-se que, na verdade, o “Direito” como um todo constitui um sistema que promove a ascensão dos abastados sobre os hipossuficientes, legitimando e mantendo o *status quo*.

Para Callegari e Wermuth:

O escopo da hipertrofia do “controle” da criminalidade por meio da utilização do Direito Penal, nesse contexto, tem por escopo justamente garantir a segurança daqueles que participam ativamente da sociedade de consumo, de forma a livrá-los da presença indesejável da pobreza que incomoda por ser inconveniente aos desígnios do capital e que, por isso, precisa ser constantemente vigiada, controlada e, sempre que possível, punida.¹⁴⁴

De acordo com essa perspectiva, o direito penal foi sequestrado para lidar com questões sociais não resolvidas pela política e economia. Assim, o Estado passou a tratar alguns assuntos como questão de polícia, sem, contudo, propor ações efetivas para a resolução dos problemas.

¹⁴⁴ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 85.

É perceptível que atualmente a política não gere a economia, mas esta se impõe sobre aquela, de modo a determinar as diretrizes de uma sociedade. Assim, os líderes políticos agem em conformidade com a cartilha do “mercado” - aqui compreendido como detentores do poder econômico¹⁴⁵.

Na visão de Luhmann, trata-se daquilo que se chama “corrupção sistêmica”, ou seja, o sistema do Direito é utilizado para satisfazer pretensões do sistema político (curvando aos interesses dos poderosos) ou econômico (atendendo aos interesses dos ricos).

Talvez a principal crítica tecida à teoria de Jakobs verse sobre uma possível tendência de eleição de *bodes expiatórios* com o fito na canalização das insatisfações sociais sobre minorias hipossuficientes, legitimadas a partir de um Estado de Direito. Nessa perspectiva, o direito penal poderia ser manipulado como mecanismo de aniquilação de opositores políticos, de grupos étnicos ou até mesmo de uma determinada raça.

Para Velo, “Trata-se do velho dualismo de sempre, entre a defesa do direito penal como disciplina do poder e a do direito penal como instrumento do poder. O ideal do primeiro é a liberdade, a do segundo o combate à criminalidade ou a defesa social”¹⁴⁶.

Atualmente é bastante comum nos ordenamentos jurídicos internos a criação de rígidas leis de migração, que servem em boa parte para estigmatizar determinados perfis indesejados, selecionados de acordo com a origem, as posses ou a raça do imigrante. Cuida-se de uma das facetas do pensamento abissal descrito por Boaventura¹⁴⁷.

Segundo o estudioso português, existe uma linha abissal que separa a realidade social em dois universos distintos, cujos contrastes impedem o compartilhamento dos espaços e até mesmo o diálogo entre eles. Esses universos podem ser delimitados geograficamente como ocidente (desenvolvido) e o oriente (subdesenvolvido).

Nessa dinâmica, a lógica contida no binômio apropriação/violência é em parte desnudada na forma de direito penal do inimigo quando países abastados inibem fluxos migratórios vindos de países subdesenvolvidos. Para estas nações resta o anseio quase utópico pelo binômio regulação/emancipação, isto é, o estabelecimento de uma ordem jurídica estável que promova progresso e desenvolvimento em uma realidade concreta, porém, vivenciam apenas experiências de apropriação e violência¹⁴⁸.

¹⁴⁵ VALIM, Rafael. **Estado de exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017. p. 29.

¹⁴⁶ VELO, J. T. O problema da fundamentação do direito penal do inimigo. **Revista dos Tribunais**, Revista dos Tribunais. v. 894, p. 349-400, 2010.

¹⁴⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Novos estudos**. n. 79, novembro 2007. p. 71.

¹⁴⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes.

Nessa conjuntura, as sociedades desenvolvidas teriam a primazia de estabelecer um direito oficial (interno ou internacional), de modo a traçar uma linha imaginária entre aquilo que está em conformidade ou dissonância com a ordem jurídica global.

Do outro lado da linha abissal existe uma espécie da anomia, própria do estado de natureza, a qual deve ser tratada como um espectro avesso ao contrato social. Assim, o *hostil* - o selvagem - pode ser etiquetado como aquele que não aderiu aos corolários do regramento estatal, de modo que deve ser colocado à margem daquilo que é desejado e, por conseguinte, aliado do convívio social e de suas benesses.

A par disso, do ponto de vista das linhas abissais, pode-se dizer que o estado de natureza e o contrato social coexistem dentro e fora das sociedades modernas, de forma que aquele que está do outro lado da linha pode ser o vizinho, o colega de trabalho ou estudo. Em outras palavras, essa linha não mais separa apenas locais e estrangeiros, mas secciona realidades que podem estar geograficamente muito próximas, dado o aprofundamento do processo de globalização.

Assim, sem que as sociedades metropolitanas desejem ou tenham controle desse processo, os países desenvolvidos acabam sofrendo influência cultural e até mesmo política dos fluxos vindos das antigas colônias. Isso perturba os marcos regulatórios - as linhas abissais - , e, por conseguinte, movimentam os beneficiários daquele *status quo*, os quais clamam por remarcação dos limites outrora estabelecidos.

Trata-se, portanto, de uma “[...] reestruturação dos sistemas e das políticas criminais”¹⁴⁹. Em parte, o clamor passa pela ideia da neocriminalização de condutas lesivas a interesses difusos, tais como o meio ambiente e o mercado de consumo. Ao menos num primeiro momento é possível dizer que essa remarcação dos limites legais atenta contra os interesses dos ricos e poderosos que sempre tiraram alguma vantagem dessa relação.

Obviamente os detentores do poder buscam de algum modo manter a posição vantajosa. Assim,

[...] a nova intromissão do colonial tem de ser confrontada com a lógica ordenadora da “apropriação/violência”. Chegou ao fim o tempo de uma divisão nítida entre o Velho e o Novo Mundo, entre o metropolitano e o colonial. A linha tem de ser desenhada a uma distância curta o bastante para garantir a segurança.¹⁵⁰

Novos estudos. n. 79, novembro 2007. p. 72.

¹⁴⁹ MORAES, V. B. Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Günther Jakobs. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 74, p. 9-34, 2008.

¹⁵⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes.

Diante disso, a teoria do direito penal do inimigo é naturalmente destinatária de inúmeras críticas por estudiosos adeptos ao garantismo ou ao abolicionismo penal. Talvez a principal delas seja sobre a possibilidade de manipulação do sistema pelos setores mais abastados e poderosos da sociedade para o fim de estigmatizar comportamentos nocivos à manutenção do *status quo*.

Voltaire demonstrou seu desconforto com essa tendência “natural” e “histórica” e consignou a sua preocupação com políticas públicas que pudessem reduzir a pobreza e a desigualdade.

De acordo com Arouet:

Sendo de ordinário a gatunice, o furto e o roubo crimes de pobres, e como as leis foram feitas pelos ricos, não vos parece que todos os governos, que estão nas mãos dos ricos, devem começar por tentar destruir a mendicidade, em vez de ficar à espreita da ocasião de entregá-la aos carrascos?¹⁵¹

É evidente que o filósofo iluminista francês tratava da criminalidade clássica, usualmente voltada aos delitos praticados contra o patrimônio. Portanto, não se discute o acerto desse raciocínio por uma razão empírica, qual seja, em países menos desiguais economicamente a cobiça por aquilo que pertence ao outro tem menos razão de ser, haja vista que tudo que se quer e pode comprar está de algum modo acessível a todos.

Rousseau complementa essa ideia ao afirmar que uma democracia só pode prosperar caso o luxo e, por conseguinte, a cupidez sejam extirpadas.

Ademais, quantas coisas difíceis de serem reunidas supõe esse governo? Primeiramente, um Estado muito pequeno no qual a reunião do povo seja fácil e no qual cada cidadão possa sem dificuldade conhecer todos os outros; em segundo lugar, uma grande simplicidade de costumes que previne o acúmulo de casos e as discussões espinhosas; em seguida, muita igualdade entre as classes e as fortunas, sem o que a igualdade não poderia subsistir por muito tempo nos direitos e na autoridade; enfim, pouco ou nenhum luxo, pois ou o luxo é a consequência das riquezas ou ele as torna necessárias-corrompe simultaneamente o rico e o pobre, o primeiro devido à posse, o segundo devido à cobiça; entrega a pátria à frouxidão e à vaidade; subtrai do Estado todos os cidadãos para submeter uns aos outros e todos à opinião¹⁵².

Note-se que as perspectivas são distintas e, por isso, aquilo que se busca punir por meio do direito penal varia ao sabor daquele que detém o poder político ou econômico.

Voltando à linha abissal, os princípios (éticos e jurídicos) e regras vigentes de um lado da linha não necessariamente se aplicam ao outro. Na verdade, não raramente, a

Novos estudos. n. 79, novembro 2007. p. 78.

¹⁵¹ VOLTAIRE. **O preço da justiça.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 9.

¹⁵² ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social:** princípios do direito político. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2015. p. 63.

resposta do aparato estatal é errática e desproporcional quando os atos nocivos aos interesses coletivos provêm de agentes que possuem origens diferentes.

É possível perceber que o binômio regulação/emancipação não é excludente da sua antítese violência/apropriação, antes, são dimensões que se reforçam e perpetuam a subumanidade tão presente na modernidade. Isso se dá, pois a visão de mundo de um lado da linha sempre foi incompreensível para o outro lado. Ademais, há que se ressaltar nesta quadra histórica que, embora fisicamente próximas, essas concepções continuam destoantes e, talvez por isso, provoquem uma pressão ainda maior para que respostas sejam dadas pelo Estado.

Boaventura usa um exemplo extremo de direito penal do inimigo para retratar essa separação entre os lados da linha abissal, a prisão de Guantánamo. Para o professor português “A lógica da apropriação/violência passa a ganhar força em detrimento da lógica da regulação/emancipação numa extensão tal que o domínio desta última não só se encolhe, como também se contamina internamente pela primeira”¹⁵³.

Em outras palavras, as grandes democracias liberais, que sempre foram orgulhosas dos seus notáveis feitos, estão sendo “contaminadas” pelos reflexos do binômio apropriação/violência imposto aos países subdesenvolvidos. Exemplificativamente, os fluxos migratórios contemporâneos vindos das nações subdesenvolvidas sem dúvida são tentativas de atenuação desta força opressiva das linhas abissais, de modo que aquelas distinções outrora externas e claras foram internalizadas nos países desenvolvidos, tornando difusas as consequências reflexas do binômio apropriação/violência.

Trata-se do que Boaventura denomina “cosmopolitismo subalterno”. Para ele, “O regresso do colonial é a resposta abissal àquilo que é percebido como uma intromissão ameaçadora do colonial nas sociedades metropolitanas. Esse regresso assume três formas principais: a do terrorista, a do imigrante indocumentado e a do refugiado”¹⁵⁴.

Ocorre que, sob o prisma da criminalidade, a desigualdade não é uma verdade absoluta, pois a cobiça não pode ser um atributo exclusivo do pobre, mas também do rico que deseja amealhar ainda mais fortuna. Aliás, a delinquência moderna apresenta um vasto cardápio de condutas praticadas usualmente por pessoas abastadas, tais como os crimes de lavagem de capitais e evasão de divisas.

No campo do direito penal do inimigo não é diferente, visto que inúmeros

¹⁵³ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Novos estudos*. n. 79, novembro 2007. p. 77.

¹⁵⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Novos estudos*. n. 79, novembro 2007. p. 78.

comportamentos reprimidos mais severamente pelo direito “bélico” estão no rol de crimes hediondos, por exemplo. Outrossim, inúmeras ferramentas investigativas (delação premiada, agente infiltrado, ação controlada etc) estão à disposição do aparato de Justiça para desvendar crimes perpetrados por organizações criminosas que são geralmente estruturadas em torno de pessoas economicamente privilegiadas e que possuem o claro objetivo de obter lucro com a atividade delitiva.

Portanto, a premissa da seletividade do direito penal do inimigo (enquanto norma) não se sustenta ante as diversas leis que cuidam de reprochar o comportamento de pessoas poderosas. Nesse sentido, Vale adverte que “[...] o denominado Direito Penal do Inimigo abriga dois fenômenos criminais distintos: o Direito Penal simbólico e o punitivismo expansionista, capaz de agregar, num mesmo ninho, o conservadorismo e o liberalismo penal”¹⁵⁵.

Em outras palavras, é possível perceber que o direito penal do inimigo também (e não raramente) busca a inocuização de criminosos poderosos, empregando meios de obtenção de provas tidos como “escândalo” (no sentido de abuso) pelo direito penal do cidadão, garantista, baseado em alicerces iluministas. Contudo, não se deve olvidar que a criminalidade contemporânea pouco ou nada tem a ver com a delinquência clássica.

Assim, as respostas dadas pelo Estado pós-moderno a esses dilemas contemporâneos tendem a negar suas próprias premissas constitutivas do direito penal liberal, uma vez que não raramente atentam contra direitos e garantias individuais do cidadão. Por isso, hodiernamente, fala-se em “direito penal iliberal” e em “democracia iliberal”.

Yasha Mounk retratou em seu livro “O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la” um episódio bastante característico desse processo de aparente contradição dos valores ocidentais. Mounk expôs que moradores suíços começaram a ficar incomodados com a proliferação dos adeptos ao islã no Cantão de Solothurn e, por isso, proibiram a construção de minaretes (símbolo do Islã). A questão foi judicializada pela comunidade islâmica turca local e o Poder Judiciário reconheceu o direito daquele grupo minoritário professar sua fé e construir um minarete naquela localidade.

Mounk conta que:

[...] essa pequena vitória para os direitos da comunidade turca em Wangen bei Olten logo virou uma grande derrota para os direitos das minorias religiosas por toda a Suíça. Furiosos com as decisões dos tribunais, uma coalizão de ativistas de extrema direita começou a coletar assinaturas para um referendo popular que proibisse por lei

¹⁵⁵ VALE, Ionilton Pereira do. O direito penal do inimigo: fundamentos filosóficos e sistêmicos. **Revista dos Tribunais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 909, p. 165-186, 2011.

a construção de novos minaretes.¹⁵⁶

Fato é que a esdrúxula e odiosa proposta foi aprovada com 58% dos votos. Depois do referendo, o artigo 15, item “1”, da Constituição suíça diz: “Freedom of religion and conscience is guaranteed”¹⁵⁷. Porém, o artigo 72, item “3”, da mesma Constituição ressalva: “The construction of minarets is prohibited”^{158, 159}.

Ao que tudo indica, a proposta padece de um vício de origem, porquanto em um Estado laico inexistente a possibilidade de se regular símbolos ou sinais litúrgicos desta ou daquela religião. Inobstante isso, a resposta vinda das urnas de certo modo surpreendeu. O povo opinou pela retirada dos minaretes. Deste modo, a despeito da opinião popular, o Poder Judiciário deveria ter manifestado para manter a higidez constitucional e a coerência sistêmica.

Em suma, embora o episódio retratado por Mounk não verse exatamente sobre direito penal, é possível extrair que os anseios da sociedade contemporânea destoam em grande parte daqueles apregoados pelos movimentos constitucionalistas da metade do século passado.

No âmbito interno e alheio aos estrangeiros, a toada não é diferente. Fala-se em um suposto “estado de exceção permanente”, o qual não é justificado pela pontualidade e agudez de uma crise institucional, antes, é motivado por um perene e interminável período de insegurança, o qual justifica a suspensão formal de direitos e garantias individuais democraticamente conquistados.

Agamben assevera que “O estado de exceção moderno é, ao contrário, uma tentativa de incluir na ordem jurídica a própria exceção, criando uma zona de indiferenciação em que fato e direito coincidem”¹⁶⁰.

Para Agamben, o estado de exceção não é sinônimo de uma ditadura, mas sim um vazio de Direito. O referido autor possui toda razão quando analisa dois eventos importantes: a promulgação do *Patriotic Act* e o aprisionamento de pessoas em Guantánamo.

O *Patriotic Act* criou um limbo jurídico que permitiu a violação de direitos fundamentais (especialmente a privacidade) dos cidadãos norte-americanos, pessoas comuns sem nenhuma relação com grupos ou atos terroristas. Trata-se, portanto, de uma situação de anomia na qual o Estado deixa de tutelar claramente a sua relação com o particular, cassando,

¹⁵⁶ MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 67.

¹⁵⁷ A liberdade de religião e de pensamento é garantida.

¹⁵⁸ A construção de minaretes é proibida.

¹⁵⁹ SUÍÇA. Constituição. Disponível em: <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1999/404/en#art_15>. Acesso em: 14 de fevereiro 2022.

¹⁶⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 42.

inclusive, preceitos constitucionais.

A situação de anomia foi ainda pior em Guantánamo. Os “suspeitos” recolhidos naquela prisão não tiveram direito a uma defesa técnica, nem, tampouco, foi respeitado o direito daqueles indivíduos não serem torturados.

Com efeito, nas palavras de Agamben, “O estado de necessidade não é um “estado do direito”, mas um espaço sem direito (mesmo não sendo um estado de natureza, mas se apresenta como a anomia que resulta da suspensão do direito)”¹⁶¹.

Não obstante isso, não se pode nem de longe equiparar esses eventos com o direito penal do inimigo, o qual, a rigor, costumeiramente, mantém intactas as garantias fundamentais - devido processo legal, presunção de inocência, duplo grau de jurisdição, acesso à defesa técnica -, pelo menos em países democráticos.

Noutra senda, há uma tendência contemporânea de se responder às emergências sociais por meio do direito penal, abandonando, por conseguinte, a premissa da proteção de bens jurídicos clássicos. Nesses casos, o Direito se preocupa com a higidez do ordenamento jurídico. Uma vez mantida a integridade do sistema, a proteção dos bens jurídicos funciona como um efeito colateral desejado.

Nessa perspectiva, Roxin afirma que “*Jakobs* evita conscientemente, ao contrário, toda declaração sobre a legitimidade ou ilegitimidade de conteúdos da norma, assinalando tais declarações como não científicas”¹⁶². Em outras palavras, *Jakobs* justifica a atuação do direito penal a partir da lógica de defesa do sistema do Direito.

Além disso, como resposta à insegurança e ao risco, o direito penal passou a antecipar sua atuação para, dessa forma, evitar concretização da ameaça. Dessa forma, aquelas fases do *iter criminis* (cogitação e preparação) que no direito penal clássico eram classificadas como irrelevantes penais, passaram a ser, com frequência, caracterizadas como crime.

Outrossim, não se pode olvidar nesse contexto a cominação de penas desproporcionais ao fato praticado, as quais não raramente punem com mais rigor um crime de perigo abstrato do que um delito de dano concreto. Exemplo disso é o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14 da Lei n. 10.826/03), ao qual comina-se a pena de 2 a 4 anos de reclusão, ao passo que o crime de homicídio culposo (art. 121, §3º, do CP), que possui pena em abstrato de 1 a 3 anos de detenção.

¹⁶¹ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 79.

¹⁶² ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 34.

Por esse motivo, fala-se em uma política criminal de índole antiliberal¹⁶³.

Vê-se na atual conjuntura que o Poder Legislativo busca uma espécie de efficientismo penal que se apresenta na forma de direito penal de emergência, isto é, almeja-se dar uma resposta firme e concreta contra problemas que as políticas públicas não foram capazes de resolver. A partir desse raciocínio, o direito penal deixa de ser a última *ratio* do ordenamento jurídico e se converte em *prima ratio*, um remédio para todos os males.

Para estes críticos, o Estado moderno vale-se de um direito penal máximo para impor sua pauta. Ramos entende que:

[...] o primeiro modelo [direito penal mínimo] pode ser identificado como modelo do Estado de direito, entendendo-se por esta expressão um tipo de ordenamento no qual o Poder Público e especificamente o poder penal estejam rigidamente limitados e vinculados à lei no plano substancial (ou dos conteúdos penalmente relevantes) e submetidos a um plano processual (ou das formas processualmente vinculantes). Estes últimos [direito penal máximo], ao contrário, servem para configurar sistemas de controle penal próprios do Estado absoluto ou totalitário, entendendo-se por tais expressões qualquer ordenamento onde os poderes públicos sejam *legibussoluti* ou ‘totais’. Quer dizer, não disciplinados pela lei e, portanto, carentes de limites e condições.¹⁶⁴

Ainda nesse contexto, Darcie faz um alerta importante sobre a suposta “contaminação” dos juízes pela dicotomia penal entre inimigo e cidadão. Assim:

[...] estaremos necessariamente trabalhando com um outro tipo de processo penal, incorporando a ele determinadas finalidades políticas, e fatalmente convertendo a figura do juiz em um agente que implementa diretrizes de segurança pública. Para utilizarmos o termo de Moccia, o juiz passa a ser um “sujeito em luta”.¹⁶⁵

Darcie revela uma importante preocupação com uma espécie de ativismo judicial penal, contexto em que o juiz adota uma postura de justiceiro, agindo como se fosse uma espécie de xerife. Valente denomina esse fenômeno de justicialismo ou império dos juízes¹⁶⁶.

O autor acrescenta que:

O processo de implementação de um sistema penal justicialista inicia-se pelas revisões constitucionais com fundamento na credibilização do Direito penal comum e a diminuição da impunidade crescente nas mentes e nas estatísticas criminais. O risco ou o perigo societário, geradores de uma ameaça cognitiva permanente, detonam

¹⁶³ CALLEGARI, A. L.; MOTTA, C. R. Estado e política criminal: a contaminação do direito penal ordinário pelo direito penal do inimigo ou a terceira velocidade do direito penal. **Revista dos Tribunais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 867, p. 453-469, 2008.

¹⁶⁴ RAMOS, S. P. Sistema criminal e direito penal do inimigo: uma análise crítica do conceito de inimigo aplicado à realidade brasileira. **Revista dos tribunais**, Revista dos Tribunais. v. 1007, p. 207-225, 2019.

¹⁶⁵ DARCIE, S. D. “Processo penal do inimigo”: elementos para a compreensão de sua estrutura e metodologia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais. v. 149, p. 259-298, 2018.

¹⁶⁶ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo e o terrorismo: progresso ao retrocesso**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016. p. 76.

sobre o texto constitucional revisões que restringem o direito fundamental tutelado e colocado em causa com a ação do Estado.¹⁶⁷

Concretamente, o justicialismo está presente no dia a dia dos brasileiros. Ramos assevera que:

A violência policial no Brasil tem como alvo principal o inimigo da ordem social, que mora na periferia, é pobre, negro ou pardo, não raro se prende para investigar. As características físicas, pessoais e sociais são parâmetros para relativização das garantias constitucionais. O devido processo legal nas investigações e indiciamentos nem sempre são cumpridos integralmente. O Judiciário brasileiro, por vezes, também elege os inimigos da sociedade quando aplica a lei desproporcionalmente a casos semelhantes reproduzindo o modelo de intervenção punitiva [...].¹⁶⁸

Porém, não se pode confundir o direito penal do inimigo com a seletividade policial ou judicial. É insofismável que os órgãos de segurança e o sistema de justiça elegem seus “desafetos”, porém, isso nada tem a ver com a tese desenvolvida por Jakobs, haja vista que o direito penal do inimigo trata a diferenciação cidadão / inimigo a partir de uma perspectiva normativa. Porventura a truculência policial diminuiria caso a legislação tratasse todos os criminosos de uma mesma maneira? Ousa-se lucubrar que a sanha do Poder Judiciário e da polícia seria maximizada ante a aparente indiferença do legislador diante de assuntos sensíveis.

Fora isso, é preciso salientar que a modernidade impôs alguns desafios outrora inimagináveis à sociedade. Por exemplo, os crimes de trânsito são criações relativamente recentes, os quais utilizam-se de mecanismos de antecipação da punição para prevenir a prática delitiva.

Pois bem, o sujeito que ingere certa quantidade de bebida alcoólica pode muito bem conduzir seu veículo de acordo com as regras de trânsito, não gerando, portanto, nenhum dano ou perigo concreto ao patrimônio ou à integridade física de outrem. Contudo, a lógica dos crimes de perigo abstrato tende a repudiar o comportamento, ainda que concretamente ele não represente um risco real. Vê-se, portanto, que o escopo da tutela penal nesse exemplo é a norma e não propriamente o bem jurídico “segurança viária”.

Destarte, num contexto de algumas cidades que possuem dois habitantes para um veículo automotor, é necessário dimensionar esse risco (ainda que em potencial) e pensar uma resposta eficaz da parte do Estado para conter determinados comportamentos e, por conseguinte, repudiar atos indesejados por meio da finalidade comunicativa do Direito.

¹⁶⁷ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo e o terrorismo: progresso ao retrocesso**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016. p. 76.

¹⁶⁸ RAMOS, S. P. Sistema criminal e direito penal do inimigo: uma análise crítica do conceito de inimigo aplicado à realidade brasileira. **Revista dos tribunais**, Revista dos Tribunais. v. 1007, p. 207-225, 2019.

É impossível cogitar quantos e quais condutores embriagados exporão a coletividade a um perigo concreto ou ainda imporão danos efetivos àqueles que caminham e trafegam pelas ruas.

Infelizmente não se pode considerar outra solução díspar do tratamento penal, porquanto já foram tentadas diversas medidas de controle social para estancar a prática desse tipo de ilícito. Porém, o que se viu foi a ineficácia dessas estratégias, especialmente aquelas ligadas ao direito administrativo.

Ainda assim, Boaventura mantém uma postura crítica ao sistema penal, uma vez que, para ele, o sacrifício das garantias individuais em prol da democracia e do Direito acaba destruindo as bases do Estado Democrático de Direito. Desse modo, na sua compreensão, há uma espécie de fascismo social que coexiste e é tolerado pelo Estado de Direito.

O sociólogo lusitano acrescenta que:

[...] o pensamento abissal moderno, que deste lado da linha era chamado a regular as relações entre cidadãos e entre estes e o Estado, é agora chamado, nos domínios sociais sujeitos a uma maior pressão por parte da lógica da apropriação/violência, a lidar com os cidadãos como se fossem não-cidadãos e com os não-cidadãos como se fossem perigosos selvagens coloniais. Assim como o fascismo social coexiste com a democracia liberal, o estado de exceção coexiste com a normalidade constitucional, a sociedade civil coexiste com o estado de natureza e o governo indireto coexiste com o primado do direito.¹⁶⁹

No mesmo sentido, Bauman afirma que “As elites escolheram o isolamento e pagam por ele prodigamente e de boa vontade. O resto da população se vê afastado e forçado a pagar o pesado preço cultural, psicológico e político do seu novo isolamento”¹⁷⁰. O sociólogo arremata seu pensamento asseverando que “[...] a preservação da lei e da ordem, em vez do que são de fato: tentativas de tornar audíveis e legíveis suas reivindicações territoriais”¹⁷¹.

De igual modo, Beck alerta sobre possíveis reações radicais contra grupos “indesejáveis” e a eleição de “podes expiatórios”. O sociólogo alemão afirma que:

É justamente a inabarcabilidade e o desamparo diante das ameaças que, com sua ampliação, favorecem reações e correntes políticas radicais e fanáticas, que transformam os estereótipos sociais e os grupos por eles atingidos em verdadeiros “para-raios” para as ameaças que se mantêm invisíveis, inacessíveis à ação.¹⁷²

Deveras, encarada de uma maneira radical - desprovida de filtros - a teoria do

¹⁶⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. *Novos estudos*. n. 79, novembro 2007. p. 83.

¹⁷⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 29.

¹⁷¹ BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 29.

¹⁷² BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 92-93.

direito penal do inimigo tende a aprofundar desigualdades e a punir com rigor ainda maior os indesejáveis do momento (estrangeiros, minorias e hipossuficientes). Isso obviamente tende a acentuar o binômio apropriação/violência em desfavor das minorias excluídas mediante o emprego de um Estado policial, deixando-as cada vez mais longe do ideal de regulação/emancipação.

Por esse motivo Jakobs sugere o estabelecimento de critérios para que o direito penal do inimigo não seja manipulado ao bel prazer e a conveniência dos poderosos da ocasião.

Feito esse registro, deve-se indagar se o direito penal do inimigo sempre segue essa mesma premissa invariável de que o mais forte, rico e autossuficiente oprime o pobre e hipossuficiente por meio da criminalização de comportamentos, mediante o controle daqueles que já se encontram marginalizados.

A generalização é sempre perigosa e tende a homogeneizar partes essencialmente distintas, uma vez que nem todas as nuances do direito penal tendem a hostilizar hipossuficientes e a segregar eventuais indesejáveis de acordo com a sua origem (étnica, racial ou econômica).

Não é demais ressaltar que o direito penal do inimigo pode ser matizado em níveis de atuação, de modo que tratar todas as hipóteses como se fosse um todo monolítico é um equívoco. Ademais, o “inimigo” interno - na perspectiva de Jakobs - tende a ser reconhecido como alguém que afronta o sistema de normas e viola, por conseguintes, os valores mais caros à sociedade.

Outra crítica imputada ao pensamento de Jakobs é a possibilidade do desvirtuamento da teoria do direito penal do inimigo como substrato legitimador de governos autoritários e autocráticos.

Voltaire explicitou esse temor em sua obra “O preço da justiça”. Para ele, uma “[...] maneira de ser injusto é condenar ao suplício extremo um homem que mereceria no máximo três meses de prisão: essa espécie de injustiça é a dos tiranos e sobretudo a dos fanáticos, que se tornam sempre tiranos desde que tenham o poder de fazer o mal”¹⁷³.

Nessa perspectiva, teme-se que a apropriação de um direito penal do inimigo “legítimo” (escorado em leis legítimas) possa autorizar práticas violadoras de regras e princípios afeitos ao Estado Democrático de Direito, de modo a atuar contra os cidadãos em favor dos interesses de autocratas. Assim, para alguns, o direito penal do inimigo é uma faceta daquilo que se denomina “democracia iliberal”.

¹⁷³ VOLTAIRE. **O preço da justiça**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 4.

Segundo Prittwitz:

O dano que Jakobs causou com suas reflexões e seu conceito de direito penal do inimigo é visível. Regimes autoritários adotarão entusiasmados a legitimação filosoficamente altissonante do direito penal e processual contrário ao Estado de Direito. [...] Vêm à mente paralelos com a discussão havida no ano passado - e que os juristas alemães consideravam quase impossível - sobre a possibilidade de eventualmente empregar até mesmo a tortura, em determinados casos excepcionais.¹⁷⁴

Talvez o exemplo mais concreto desse suposto “desvirtuamento” seja a política estadunidense de guerra ao terror. Por meio do *Patriotic Act* garantias individuais foram flexibilizadas para satisfazer a pretensão de segurança da sociedade. Nesse contexto, debates foram propostos acerca da possibilidade do uso da tortura para o fim de dissuadir um atentado terrorista iminente. A doutrina norte-americana rotulou o tema como *ticking time bomb scenario* (teoria do cenário da bomba relógio).

Evidentemente, o simples ventilar de ideias dessa natureza causou espanto e perplexidade na doutrina brasileira. Contudo, em termos sistêmicos, o assombro não resiste a uma análise mais detida dos ditames constitucionais. Primeiro, a Constituição garante que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Trata-se, portanto, de uma garantia individual absoluta (art. 5º, III, da CF). Segundo, a Carta Magna abomina a prática da tortura, tanto que equiparou tal comportamento aos crimes hediondos (art. 5º, XLIII, da CF). Terceiro e último, a Constituição Cidadã assevera que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, da CF).

Em suma, a teoria do cenário da bomba relógio não tem lastro legal no Brasil e, por isso, sequer pode ser cogitada à luz da Carta de 1988.

No entanto, é preciso esclarecer que o temor do uso político da direito penal do inimigo provém do fato de que o professor de Bohn afirma existir uma identidade normativa consolidada pela sociedade, a qual assegura que as normas vigentes nesse contexto são válidas e legítimas. Entretanto, Jakobs não aventa a possibilidade dessa identidade normativa estar corrompida ou maculada por algum movimento autoritário, pois, para ele, só se pode conceber tal característica em sociedades verdadeiramente democráticas.

Costa assevera que:

A compatibilização do Direito Penal do Inimigo com o atual sistema jurídico, político e social não é sensata, tampouco prudente, pois a criação de inimigos fora de um

¹⁷⁴ PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, Revista dos Tribunais, v. 2., p. 915-927, 2010.

contexto bélico dá asas para que devaneios autoritários possam se concretizar.¹⁷⁵

Embora louvável essa preocupação com a suposta legitimação de ímpetos autoritários, não parece crível que um ditador precise de um referencial teórico para justificar suas ações contra o Estado de Direito. A experiência mostra que líderes dessa estirpe tendem a oprimir opositores independentemente de qualquer lastro legal que legitime suas atitudes.

É importante reafirmar que a teoria de Jakobs descreve a existência do direito penal do inimigo e tenta delimitá-la e legitimá-la a partir do estado de coisas. Não se trata, portanto, de uma espécie de “salvo conduto” que permite ao governante agir livremente contra seus opositores. Aliás, jamais se deve confundir o inimigo à luz do direito penal com aquele próprio do sistema político, que precisa ser calado (na visão dos poderosos). Note-se que em um Estado Democrático de Direito o uso político do direito penal é uma afronta à sua natureza e, em vista disso, sequer pode ser chamado de Direito.

Embora se trate de uma repetição, a Constituição Federal brasileira prevê textualmente hipóteses de tratamento diferenciado de criminosos (o direito penal do inimigo), impondo a estas penas mais rigorosas e proibindo benefícios aplicáveis aos demais investigados, réus ou condenados (direito penal do cidadão).

Noutra senda, conforme foi registrado acima, pode-se apontar a antecipação da atuação penal como uma das características mais marcantes do direito penal do inimigo, o qual passa a agir antes mesmo da existência de um dano ou perigo concreto a um bem jurídico alheio. Dessa forma, a pretexto de coibir o risco e fomentar a sensação de segurança social, o infrator da norma é sancionado penalmente, sem, contudo, ver sua reprimenda ser reduzida por conta do diminuto impacto no *iter criminis*.

Teme-se que o direito penal do inimigo, por meio de mecanismos de antecipação da punibilidade prejudique a ideia da presunção de inocência, passando a considerar o hostil imediatamente como culpado. Existe uma preocupação com o aviltamento e desnecessidade formal do processo judicial, ante a dificuldade de refutação de determinadas provas.

No crime de tráfico de drogas, por exemplo, uma vez provada a materialidade da posse do entorpecente e a sua destinação ilegal, dificilmente o acusado se safará de uma sanção penal. Entretanto, é demasiadamente exagerada a conclusão de que o réu não terá direito ao devido processo legal e ao contraditório. Embora tenha sido encontrado com droga, o suposto delinquente poderá suscitar teses de erro de tipo, de erro de proibição, de desclassificação do

¹⁷⁵ COSTA, F. O. Aquém da paz e além da guerra: uma análise jurídica e sociológica do direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 94, p. 57-85, 2012.

crime de tráfico para o delito de porte para uso etc.

Ainda na temática dos crimes de perigo abstrato, critica-se a inexistência de abatimento de pena conforme a lógica da diminuição de pena plasmada no art. 14, parágrafo único, do CP, determinada para o caso de tentativa. De fato, quando o sujeito, por circunstâncias alheias a sua vontade, não consegue consumir o delito e, assim, é impedido de concretizar seu ímpeto de lesionar um bem jurídico alheio, a legislação determina a redução da pena.

Dessarte, os atos preparatórios passaram a fazer parte do cardápio punitivo, contudo, sem nenhum abatimento de pena, uma vez que o comportamento, em si, é ofensivo à segurança da sociedade e, ainda que o dano esteja distante de ser concretizado, a reprimenda não sofrerá redução.

Desse modo, a partir da ideia de proteção de bens jurídicos, quanto mais distante se está da consumação, menor tem que ser a pena aplicada ao delinquente. É inegável dizer que tal raciocínio funcionou bem para conter a criminalidade clássica.

Agora, o que fazer diante da nova criminalidade, difusa, própria da sociedade de risco? Como o Estado deve atuar em face de terroristas, de membros de organizações criminosas, de pessoas que portam ilegalmente armas de fogo e de motoristas embriagados? Porventura seria adequado esperar a concretização do dano?

Os críticos dessa repressão ao simples comportamento indesejado asseveram tratar-se de um “retorno ao Estado de Polícia”¹⁷⁶, o qual relativiza garantias individuais e princípios penais e processuais penais. Nada obstante, é necessário sublinhar que esses arguidores tecem suas ressalvas a partir do fundamento da proteção de bens jurídicos e não da tutela do sistema do Direito.

Na visão funcionalista sistêmica é a proteção do sistema do Direito que justifica a intervenção penal. Desse jeito, o direito penal não se ocupa diretamente da tutela de bens jurídicos, mas sim da preservação e manutenção do sistema. Para tanto, a lei impõe ou veda comportamentos nocivos, de forma que pouco importa se a ação ou omissão gerou perigo concreto ou dano a outrem.

Além disso, a “antecipação” da tutela penal na forma de crimes de perigo abstrato gerou a sensação de que o direito penal está se imiscuindo em assuntos que sempre foram próprios do direito administrativo (entregar veículo a pessoa inabilitada, por exemplo).

Para Callegari e Motta:

O que se chamou de administração do direito penal ou caráter meramente

¹⁷⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 170.

sancionatório do direito penal, afastando-se de sua função mínima de tutela de bens jurídicos, parece uma constante do direito vigente que começa a consolidar-se, sancionando meras desobediências ou descumprimentos de processos regulamentadores.¹⁷⁷

Como é sabido, o ato ilícito pode muito bem ser reprochado por dois ou mais ramos do direito mediante a imposição de sanções diversas pelo mesmo fato.

Entretanto, a subsidiariedade do direito penal impõe que sua atuação ocorra somente nos casos em que outros ramos do direito não possam atuar satisfatoriamente. Cuida-se daquilo que se denomina *ultima ratio*.

Em termos práticos, não se pode dizer que embriaguez ao volante pode ser coibida somente com multas administrativas. Igualmente não se pode ponderar que a devastação ambiental seja coibida exclusivamente a partir de sanções administrativas e de termos de ajustamento de conduta.

Callegari e Motta fazem uma importante constatação acerca da subsidiariedade:

A macrocriminalidade está obtendo respostas do Estado cifradas no expansionismo da intervenção penal, sempre a reboque da realidade. Os princípios da subsidiariedade e intervenção mínima só têm vigência para os denominados “delitos clássicos” e ainda com certa relativização.

Como será estudado em capítulo próprio, o direito penal tem uma significativa parcela de contribuição à finalidade comunicativa de controle social do Direito. Por isso, o emprego do direito penal vem sendo cada vez mais frequente para repudiar comportamentos que, em si, são considerados socialmente indesejados e coletivamente perigosos.

Fora isso, repudia-se também uma suposta falta de limitação do poder estatal em face do inimigo, o qual restaria desprovido de todas as garantias individuais estabelecidas na Constituição.

Lopes e Otaviano advertem que:

A limitação do poder Estatal na persecução penal é condição essencial à existência do Estado Democrático de Direito e, por isso mesmo, se mostra inadequada qualquer justificativa para a limitação - via legislação infraconstitucional - das garantias individuais e, com muito mais razão, são injustificadas as limitações calcadas na classificação dos indivíduos em cidadãos ou inimigos.¹⁷⁸

É parcialmente correta a observação em destaque, porquanto inexistente Estado

¹⁷⁷ CALLEGARI, A. L.; MOTTA, C. R. Estado e política criminal: a contaminação do direito penal ordinário pelo direito penal do inimigo ou a terceira velocidade do direito penal. **Revista dos Tribunais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 867, p. 453-469, 2008.

¹⁷⁸ LOPES, C. R.; OTAVIANO, L. R. T. Constatações e considerações sobre o conceito de inimigo no direito penal contemporâneo. **Ciências Penais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 14, p. 107-116, 2011.

Democrático de Direito sem a limitação do poder punitivo estatal. Ocorre que, na maioria das vezes, os críticos do direito penal do inimigo imaginam que a criação da dicotomia cidadão / inimigo abriria caminho para a atuação estatal sem as amarras da Constituição, assim como ocorreu em Guantánamo como parte da política de guerra ao terror, mediante a qual garantias individuais foram suprimidas.

Antes de mais nada é preciso colocar as coisas no seu devido lugar. O cenário de Guantánamo pouco ou nada tem a ver com direito penal do inimigo na forma concebida por Jakobs, haja vista que, naquele caso, o hostil encontrava-se fora dos limites das fronteiras estadunidenses (em sua maioria no Afeganistão). Ademais, sequer se pode falar em uma legislação de guerra, uma vez que inexistia um atrito entre nações. Na verdade, a atuação norte-americana ocorreu contra indivíduos situados fora do território dos Estados Unidos os quais supostamente se alinharam a um grupo terrorista, mas não a um exército nacional.

É inegável que aquela empreitada é reprovável do ponto de vista ético e jurídico, pois não guarda lastro com as premissas básicas de justiça e humanidade, nem, tampouco, com os ditames constitucionais dos Estados Unidos.

Contudo, não se deve olhar para Guantánamo quando se fala em direito penal do inimigo. Lá inexistiu qualquer tipo de direito, nem penal e nem de guerra. Houve um hiato do Direito.

Já ficou consignado aqui que, ao menos no Brasil, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu e reafirmou as balizas constitucionais que limitam os crimes hediondos - direito penal do inimigo por natureza. Assim, não é correto dizer que o hostil será tratado como alguém absolutamente desprovido de garantias individuais, muito pelo contrário. No entanto, é certo que o tratamento diferenciado do delinquente dificultará a fuga das garras do poder punitivo estatal.

Noutra senda, talvez a crítica mais contundente acerca do direito penal do inimigo seja a suposta subjetividade do conceito de inimigo, o que tornaria o Direito suscetível de desencadear graves injustiças.

Deveras, Jakobs não fez um fechamento de sua teoria, apenas identificou a existência de um direito penal diferenciado, depois tentou delimitá-lo e legitimá-lo na perspectiva de um Estado de Direito. Não há um apontamento claro acerca de quem deve ser considerado inimigo à luz do direito penal. Jakobs simplesmente exemplifica algumas hipóteses, tais como o terrorista, o membro ou líder de uma organização criminosa, o reincidente contumaz etc.

Cuida-se, em vista disso, de uma obra aparentemente inacabada, que serve de

alerta e sugere uma clara separação entre direito penal do cidadão e direito penal do inimigo.

Nesse sentido, Jakobs afirma que “Um Direito Penal do inimigo, claramente delimitado, é menos perigoso, desde a perspectiva do Estado de Direito, que entrelaçar todo o Direito Penal com fragmentos de regulações próprias do Direito Penal do inimigo”¹⁷⁹.

Também, como é possível cogitar que alguém nascido na égide de um Estado de Direito pode deixar de ser considerado pessoa após passar parte da vida sendo tratado como pessoa (cidadão)?¹⁸⁰

Numa perspectiva jurídica, é importante ter em mente que a condição de pessoa é um atributo normativo, ou seja, ninguém nasce pessoa, pois esse não é um predicado natural, mas uma criação artificial do Direito. Assim, uma vez que alguém abandona conscientemente o contrato social e atenta contra as estruturas do Estado, inexistente razão para a manutenção unilateral das cláusulas outrora assumidas.

Por isso é necessário repisar mais uma vez que não se trata aqui de extirpar todas as garantias e benefícios que um criminoso tem direito a ponto de, por exemplo, obstar o exercício do direito à ampla defesa e ao contraditório. Ao contrário, faz parte do Estado de Direito garantir que o investigado ou acusado se defenda e, se for o caso, comprove que sua atuação não vilipendiou as bases do contrato social, não tratando-se, portanto, de um inimigo.

Então é preciso apregoar que o direito penal do inimigo possui limites. Nesse sentido são preciosas as observações trazidas por Branco e Tangerino:

O Direito, em todo caso, não pode se manter indiferente diante do sujeito que continuamente se porta contrariamente às regras imperativas sem oferecer, portanto, a necessária garantia cognitiva inerente ao conceito de “cidadão” ou “pessoa”. Isso não implicaria a autorização de seu uso instrumental para intimidar terceiros, pois sua personalidade se mantém intacta, dado que se intenta é a garantia das relações jurídicas e não a destruição arbitrária do outro. Haveria uma personalidade indelével, intocável, que precede a própria personalidade jurídica e limita o poder do Estado ante o inimigo, mantendo-se sempre a possibilidade de reconciliação para quem deseje regressar à sociedade civil. Ainda que se trate de uma guerra contra o inimigo, esta guerra se circunscreveria a certos limites, a ausência destes poderia gerar, no extremo, prisões como a de Guantánamo.¹⁸¹

Desta feita, crê-se que em boa parte a teoria de Jakobs seja mal compreendida, uma vez que se trata de uma tese incompleta, que não define claramente quem pode ser considerado como inimigo. Por conta disso, inúmeras especulações são formuladas para

¹⁷⁹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 47.

¹⁸⁰ RAMOS, S. P. Sistema criminal e direito penal do inimigo: uma análise crítica do conceito de inimigo aplicado à realidade brasileira. **Revista dos tribunais**, Revista dos Tribunais. v. 1007, p. 207-225, 2019.

¹⁸¹ BRANCO, B. C. T. C.; TANGERINO, D. P. C. O perigo da imprópria universalização da dogmática penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais. v. 117., p. 51-89, 2015.

desacreditar os estudos do professor de Bonn, imputando-lhe a construção de ideias que jamais foram concebidas ou cogitadas.

Prittwitz, um crítico das ideias de Jakobs, ressalva que “Tivesse ele escolhido outro nome, e teria recebido o aplauso de muitos colegas”¹⁸². Em outras palavras, as críticas muitas vezes não se restringem aos dados concretos apresentados por Jakobs, mas sim ao rótulo dado à teoria. Caso o professor de Bonn tivesse rotulado a sua tese como “direito penal diferenciado”, talvez poucas ressalvas teriam sido feitas.

Nota-se, por conseguinte, que ainda existe bastante confusão acerca do inimigo penal com o inimigo político, o qual existe e sempre existiu na história dos povos.

1.6 O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

É fato incontroverso que o direito penal do inimigo é uma realidade concreta em quase todos os Estados modernos ao redor do globo. Essa conclusão é possível graças às características legislativas comuns adotadas por diversos países no sentido de inocuizar o inimigo.

Há quem diga que o direito penal do inimigo é uma das nuances negativas do desmonte do estado de bem estar social (*welfare state*). Noutras palavras, para alguns, o Estado contemporâneo é incapaz de satisfazer as demandas da coletividade que se avolumam a cada dia, uma vez que as políticas públicas são exíguas diante da complexidade dos problemas sociais. Assim, para dar uma resposta aos anseios por segurança, o Estado tende a criar normas penais e, com isso, gerar sensação de paz e estabilidade para seus cidadãos.

Esse uso indevido do direito penal para disfarçar a ineficiência das políticas públicas é rotulado como direito penal simbólico ou demagogo. Callegari e Motta asseveram que essa prática demonstra “O uso político do direito penal se apresenta como um instrumento de comunicação”¹⁸³. Em outras palavras, o direito penal simbólico equivaleria a um engodo, uma suposta ação política para mascarar a ineficiência das políticas públicas.

¹⁸² PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, Revista dos Tribunais, v. 2., p. 915-927, 2010.

¹⁸³ CALLEGARI, A. L.; MOTTA, C. R. Estado e política criminal: a contaminação do direito penal ordinário pelo direito penal do inimigo ou a terceira velocidade do direito penal. **Revista dos Tribunais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 867, p. 453-469, 2008.

Montesquieu já alertava que:

Um governo violento quer corrigi-lo de uma vez; e, em vez de empenhar-se em fazer executar as velhas leis, estabelece uma pena cruel que detém o mal instantaneamente. Mas com isso se desgasta o mecanismo do governo; a imaginação acostuma-se com essa grande punição, como se acostumara com a menor; e, como se diminui o temor às punições menores, logo são obrigados a estabelecer as maiores em todos os casos.¹⁸⁴

Há que se esclarecer que todo o direito penal é simbólico (no melhor sentido da expressão), uma vez que visa comunicar concretamente à sociedade o sentido da norma, reafirmando o império da lei¹⁸⁵.

Sem embargo, chamar tudo aquilo que é etiquetado como direito penal do inimigo como sinônimo de direito penal simbólico é uma simplificação rasa e descolada da realidade. Porventura os crimes hediondos seguem a dinâmica de um direito penal simbólico (no sentido demagógico)? Essa não parece ser a melhor conclusão.

Luhmann arremata o assunto ao asseverar que:

Essa relação que a função do direito mantém com o futuro explica a necessidade de simbolização de toda ordem jurídica. As normas jurídicas constituem um arcabouço de expectativas *simbolicamente* generalizadas.¹⁸⁶

Desde o início da construção de sua tese, Jakobs afirmou que a sua abordagem era quase que totalmente descritiva, ou seja, jamais houve de sua parte uma proposta de criação de um denominado direito penal do inimigo, muito pelo contrário, o professor de Bonn observou a existência da dicotomia amigo / inimigo no ordenamento jurídico alemão e apontou as características desse fenômeno.

Segundo Crespo, quando indagado Jakobs:

[...] respondeu que sua exposição era 98% unicamente descritiva. Parecia, então, que se tratava, novamente, de evitar que se produzisse uma “contaminação” das características próprias do direito penal do inimigo ao resto do direito penal. Porém, trata-se aqui na realidade de um problema que afeta, fundamentalmente, o caráter ambíguo do conceito, que admite diversos usos conforme o contexto.¹⁸⁷

No Brasil a realidade não é diferente, visto que o ordenamento jurídico brasileiro

¹⁸⁴ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010. p. 100.

¹⁸⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 79.

¹⁸⁶ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 90.

¹⁸⁷ CRESPO, Eduardo Demetrio. O “direito penal do inimigo” darf nicht sein!: sobre a ilegitimidade do chamado “direito penal do inimigo” e a ideia de segurança. **Ciências Penais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 4, p. 122-152, 2006.

é pródigo na criação de leis penais em branco; na elaboração crimes de perigo abstrato; no cerceamento de benefícios penais e processuais; na imposição de penas severas.

Nesse sentido, Callegari e Motta observam que:

[...] há muito tempo o legislador brasileiro já adota o direito penal do inimigo na legislação ordinária. É claro que isso não se verifica de forma aberta como propõe Jakobs no seu texto, porém, na legislação ordinária há traços marcantes de contaminação do direito penal do inimigo.¹⁸⁸

Com efeito, o ordenamento jurídico brasileiro não discrimina claramente quais são os comportamentos descritos como direito penal do inimigo - exceto aqueles listados na Constituição Federal. O que se tem no Brasil é o uso de elementos e características próprias do direito penal do inimigo em toda legislação penal.

Note-se que esse é um dos principais perigos alertados por Jakobs, qual seja, a disseminação do direito penal do inimigo de modo a contaminar o direito penal do cidadão.

Callegari e Wermuth mostram-se realistas sobre o assunto e por isso afirmam que:

[...] as características típicas do Direito Penal do Inimigo e do paradigma da segurança cidadã já se encontram estampadas em nossa legislação, dissimuladas ou rotuladas com outros adjetivos (leis de emergência, de exceção, populistas, etc.).¹⁸⁹

Antes de mais nada é importante ressaltar que quando se fala em direito penal do inimigo em sentido *lato*, está-se a versar sobre o direito penal *material* do inimigo e, também, sobre o direito processual penal do inimigo.

A Constituição Federal que a República Federativa do Brasil rege-se pelo princípio do “repúdio ao terrorismo e ao racismo” (art. 4º, VIII, da CF). Também, a Carta Magna deu tratamento diferenciado ao crime de racismo, tornando-o imprescritível e inafiançável (art. 5º, XLII, da CF).

Ocorre que o constituinte deixou a cargo do legislador ordinário a definição daquilo que pode ser considerado racismo, uma vez que a Constituição não delimita esse odioso comportamento. Ao elaborar a Lei n. 7.716/89, o legislador deixou de elencar entre as hipóteses de racismo a injúria racial (comportamento mais frequente).

Essa exclusão fez com que, *a priori*, o crime de injúria racial permitisse a

¹⁸⁸ CALLEGARI, A. L.; MOTTA, C. R. Estado e política criminal: a contaminação do direito penal ordinário pelo direito penal do inimigo ou a terceira velocidade do direito penal. **Revista dos Tribunais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 867, p. 453-469, 2008.

¹⁸⁹ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 90.

concessão de fiança e que fosse suscetível de ser alcançado pela prescrição.

Porém, por meio de uma atitude ativista, o Supremo Tribunal Federal passou a equiparar a injúria racial aos delitos elencados na Lei n. 7.716/89, reconhecendo, portanto, a imprescritibilidade do crime. Por maioria de votos, o colegiado negou o Habeas Corpus (HC) 154248, em que a defesa de uma mulher condenada por ter ofendido uma trabalhadora com termos racistas pedia a declaração da prescrição da condenação, porque tinha mais de 70 anos quando a sentença foi proferida.

Além disso, a Corte, por meio da Reclamação 39.093/RJ, de relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, reconheceu que quaisquer atos homofóbicos ou transfóbicos envolvendo “aversão odiosa à orientação sexual ou à identidade de gênero de alguém, por traduzirem expressões de racismo, compreendido este em sua dimensão social, ajustam-se, por identidade de razão e mediante adequação típica, aos preceitos primários de incriminação definidos na Lei nº 7.716/89.

Recentemente a Lei n. 14.532/23 passou a tratar a injúria preconceituosa como crime de racismo, logo, imprescritível e inafiançável. A Lei dispõe que “Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, em razão de raça, cor, etnia ou procedência nacional” é crime e comina a pena de “reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”.

Outra manifestação do direito penal do inimigo no Código Penal está plasmada no art. 217-A do CP.

Influenciado pela imposição constitucional contida no art. 227, §4º, da CF (“A lei punirá *severamente* o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”), o legislador ordinário introduziu no sistema penal - por meio da Lei n. 12.015/06 - o artigo 217-A do CP, o qual criminalizou intransigentemente comportamentos que podem ser considerados imorais, mas que não necessariamente desviantes. Com isso, optou-se pela presunção de violência, ou seja, ainda que o ato sexual seja absolutamente consentido ou exista experiência libidinosa prévia por parte da vítima, a pessoa maior de 18 anos deverá responder por esse crime classificado como hediondo.

Note-se que tal opção legislativa aniquila as vias de defesa do acusado, porquanto, comprovada a prática do ato libidinoso, sendo este consentido ou não, o agente provavelmente será condenado, haja vista que lhe restaram poucas alternativas defensivas.

O crime de associação criminosa descrito no art. 288 do CP também pode ser considerado como uma manifestação do direito penal do inimigo. Esse delito permite que a atuação estatal se inicie muito antes da prática dos atos de preparação. Note-se que o delinquente pode ser punido ainda que não tenha praticado nenhum comportamento destinado

à prática de outros crimes. Ademais, conforme a doutrina majoritária, tal tipo penal destina-se à tutela da paz e da segurança pública, bens jurídicos coletivos de difícil caracterização e dimensionamento.

Trata-se, portanto, de “[...] uma modificação na técnica de tipificação das condutas, ampliando-se a antecipação da punibilidade, isto é, atos que em tese configurariam somente *atos preparatórios*, por regra não puníveis na legislação”¹⁹⁰.

Outrossim, talvez o exemplo mais claro da existência do direito penal do inimigo no ordenamento brasileiro seja a Lei n. 8.072/90. Não se pode olvidar que esse diploma legal foi elaborado por força de um comando constitucional de criminalização, ou seja, o art. 5º, XLIII, da CF delegou ao legislador ordinário o dever de etiquetar os comportamentos considerados hediondos. O próprio texto constitucional deixou claro que criminosos daquela estirpe deveriam ser tratados de modo diferenciado, sendo vedado o arbitramento de fiança e a concessão de anistia, graça ou indulto.

Callegari e Wermuth ressaltam que Lei de Crimes Hediondos possui:

[...] características legislativas de um Direito Penal do Inimigo e do paradigma da segurança cidadã se verifica a desproporcionalidade das penas. De um lado, a já mencionada punição em estágios prévios à comissão do delito, sem qualquer possibilidade de redução pela tentativa.¹⁹¹

Supostamente avalizado pelo constituinte, o legislador ordinário resolveu acrescentar uma pitada de rigor à Lei n. 8.072/90 ao negar ao investigado (ou acusado) o direito à liberdade provisória e ao proibir ao condenado a progressão de regime.

Contudo, o que se viu foi a atuação do STF para aparar as arestas que excediam os limites delineados pela Carta Magna. A Suprema Corte elaborou a Súmula Vinculante n. 26 e declarou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072/90:

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.

Nesse ponto é relevante sublinhar que o direito penal do inimigo possui um limite no Brasil, qual seja, a Constituição Federal, mais especificamente naquilo que tange à

¹⁹⁰ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 90.

¹⁹¹ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 90.

individualização da pena, nos moldes do art. 5º, XLVI, da CF. Trata-se de um fechamento operacional à luz daquilo que ensina Luhmann.

Esse é o real sentido da teoria de Jakobs, visto que não se cogita a supressão absoluta de garantias tributáveis ao inimigo, antes, cabe ao Poder Judiciário verificar a coerência sistêmica entre as normas infraconstitucionais e a Carta Magna. Polaino-Orts lembra que:

[...] quando dentro da terminologia funcionalista, emprega-se o termo “inimigo” e este é identificado como pertencente a um *estatus* de “não pessoa”, não se quer dizer que esse sujeito tenha de ser tratado com absoluta ausência de garantias, com violação de sua dignidade pessoal, nem como um criminoso de guerra. Simplesmente que deve tratá-lo como o ordenamento penal dos Estados democráticos considera que devem ser tratados, proporcionalmente, esses sujeitos: com especiais meios de asseguramento que garantam, em face dos cidadãos, que a vigência da norma segue tendo vigência, e que a insegurança cognitiva, criada pela atuação dos sujeitos que se apartaram duradouramente do cumprimento da norma, não pode fazer decair o valor e a vigência de normas que seguem sendo parte constitutiva da estrutura social.¹⁹²

Portanto, equiparar o direito penal do inimigo a um “limbo jurídico” é uma falácia, uma verdadeira indignidade científica, visto que sugere consequências jamais aventadas pelo autor tese.

Inobstante isso, fica claro que a Constituição deu tratamento diferenciado aos criminosos que praticam os crimes mais abomináveis aos olhos da sociedade. Contudo, há quem entenda que a Lei de Crimes Hediondos - compreendida como direito penal do cidadão - apenas sofreu uma “contaminação” pelo direito penal do inimigo¹⁹³.

Essa conclusão não procede pelos seguintes motivos:

Primeiro, só se fala em contaminação quando um agente estranho provoca uma alteração na natureza ou estrutura de algo ou alguém. Não se pode falar em contaminação quando uma lei antes mesmo de ser elaborada possui uma destinação constitucional clara, a saber, o incremento do rigor contra delinquentes que praticam crimes repugnantes.

Segundo, falar em direito penal do autor parece não ter lastro empírico. Excepcionados alguns delitos de índole patrimonial, que são mais suscetíveis de serem perpetrados por pessoas pobres por razões óbvias, todos os outros crimes podem ser praticados pelas mais variadas pessoas da sociedade. Portanto, não há que se falar em punição por aquilo que o celerado é, mas sim pelo que fez.

Fora isso, quando se fala em direito penal do inimigo, muitos trazem à mente a

¹⁹² POLAINO-ORTS, Miguel. **Lições de direito penal do inimigo**. São Paulo: LiberArs, 2014, p. 61

¹⁹³ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 91.

estereotipada e descabida ilustração da prisão de Guantánamo. Sem embargo, é preciso afirmar que:

Embora a Lei dos Crimes Hediondos não chegue ao extremo, no sentido de retirar todos os direitos garantidos aos demais criminosos que não praticam os delitos nela previstos, acaba suprimindo várias garantias penais, processuais e de execução penal aos que praticam os delitos ali contidos, o que vale dizer que determina um tratamento diferenciado ao autor do delito.¹⁹⁴

Outro exemplo de comportamento hostilizado pela Constituição Federal é o tráfico ilícito de entorpecentes (art. 5º, XLIII, da CF). Assim como na Lei de Crimes Hediondos, ficou a cargo do legislador ordinário estabelecer os comportamentos considerados criminosos relacionados ao manuseio de entorpecentes.

A primeira e mais nítida característica de direito penal do inimigo contida na Lei de Drogas é o uso de normas penais em branco heterogêneas, às quais necessitam de complementações oriundas do Poder Executivo para serem interpretadas e compreendidas. Desse modo, o elemento do tipo “drogas” só pode ser decodificado por meio de Portaria emitida pela ANVISA.

A lei é expressa nesse sentido ao proclamar que (art. 1º, parágrafo único da Lei n. 11.343/06):

Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

Para mais, a Lei de Drogas trabalha com a ideia de antecipação da punibilidade estatal, ou seja, o referido diploma legal não exige que um bem jurídico seja exposto a perigo concreto ou, ainda, que ocorra um dano efetivo. Basta que o comportamento se concretize e exista prova da materialidade da droga. É o que se denomina por crime de perigo abstrato.

Note-se que essa opção legislativa prejudica demasiadamente o infrator.

Primeiro, o indivíduo pode responder criminalmente por um comportamento absolutamente inofensivo ao bem jurídico. Por exemplo, um rapaz vende uma porção de 3g de cocaína a um usuário, o qual consome normalmente o entorpecente, sem necessitar do socorro do serviço de saúde pública.

Segundo, a antecipação da ação estatal nesse caso é devastadora para a defesa

¹⁹⁴ CALLEGARI, A. L.; MOTTA, C. R. Estado e política criminal: a contaminação do direito penal ordinário pelo direito penal do inimigo ou a terceira velocidade do direito penal. **Revista dos Tribunais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 867, p. 453-469, 2008.

do incriminado, uma vez que a prova da destinação da droga e a materialidade do entorpecente invariavelmente conduzem o caso para um desfecho condenatório. Noutros termos, embora seja garantido o contraditório e a ampla defesa, quase nada pode ser feito para reverter uma condenação nesse contexto.

Outra manifestação do direito penal do inimigo está na Lei n. 11.340/06, também conhecida como Lei Maria da Penha.

É preciso consignar que mais uma vez a Constituição Federal emitiu um comando de criminalização. O §8º do art. 226 da CF assevera que “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Além disso, é imperioso constar que, antes mesmo da promulgação da Lei n. 11.340/06, o Brasil já era signatário da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (Decreto n. 4.377/02) e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Decreto n. 1.973/96.). Ambas as Convenções foram incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro como norma supralegal.

A Lei Maria da Penha prevê a possibilidade de decretação de medida protetiva sem que haja a prévia oitiva dos envolvidos. Essa é a concepção sedimentada nos tribunais, tanto que resultou na edição de um enunciado pelo CNJ. O enunciado 45 do FONAVID diz que: “As medidas protetivas de urgência previstas na Lei 11.340/2006 podem ser deferidas de forma autônoma, apenas com base na palavra da vítima, quando ausentes outros elementos probantes nos autos”¹⁹⁵.

Esse tipo de orientação claramente atenta contra os preceitos do direito penal liberal, pautado pela estrita legalidade, pelo contraditório e pelo devido processo legal. Assim, é possível verificar que existe nesse contexto a busca por uma justiça substancial focada nos reflexos sociais das decisões¹⁹⁶.

Admite, ainda, a decretação da prisão preventiva do suposto agressor pelo juiz, de ofício (art. 20). Por fim, no seu art. 41, a Lei veda a aplicação da Lei n. 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais), proibindo, por conseguinte, a concessão dos benefícios despenalizadores previstos nesse diploma legal (transação penal e suspensão condicional do processo), além de fazer com que a ação penal seja sempre pública incondicionada (nos casos

¹⁹⁵ ENUNCIADOS FONAVID. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/violencia-contra-a-mulher/forum-nacional-de-juizes-de-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher-fonavid/enunciados/>>. Acesso em: 23 dezembro 2023.

¹⁹⁶ NUVOLONE, Pietro. **O sistema do direito penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981. p. 36.

que envolvam violência doméstica contra mulher).

Não bastasse isso, em caso de descumprimento da medida protetiva judicialmente imposta, o agressor incorrerá na prática de um novo crime (descrito no art. 24-A da Lei n. 11.340/06), o qual não admite o arbitramento de fiança pela autoridade policial.

Jakobs e Meliá afirmam que a crescente tutela de interesses femininos são demandas essencialmente pertencentes às esquerdas políticas. Para eles: “[...] as pretensões de neocriminalização, especificamente de esquerda: delitos de discriminação, delitos nos quais as vítimas são mulheres maltratadas [...]”¹⁹⁷.

Assim, é possível notar que a reinvidicação de um direito penal máximo não se restringe às pautas conservadoras voltadas aos movimentos de “lei e ordem”, antes, fomentam o punitivismo de índole progressista. Na verdade, direita e esquerda frequentam as ideias próprias do direito penal do inimigo. As variáveis ficam a cargo da motivação.

Nesse mesmo sentido, Callegari e Wermuth afirmam que:

A esquerda política, historicamente identificada com a compreensão da penalização de determinadas condutas como mecanismo de manutenção do *status quo* do sistema político-econômico de dominação, descobre na contemporaneidade que algumas formas de “neocriminalização” tipicamente de esquerda, como, por exemplo, os delitos de discriminação racial, os que são praticados pelos “colarinhos brancos”, ou os que têm por vítimas mulheres/minorias, são importantes mecanismos de captação de credibilidade política - leiam-se “votos”¹⁹⁸.

Por isso, é possível dizer que hoje tanto os partidários de esquerda quanto de direita clamam em certa medida por mais rigor penal. A esquerda usualmente pugna por punições mais severas aos criminosos poderosos que atentam contra os interesses coletivos. A direita, ao revés, clama pelo endurecimento das penas previstas nos tipos penais clássicos, que usualmente tutelam interesses patrimoniais e individuais. É claro, as pautas podem ser distintas, mas podem convergir em algum momento, inflamando ainda mais a tendência expansiva do direito penal.

Para Silva Sánchez:

O consenso surge porque, por diversas razões, o movimento “conservador” de lei e ordem converge com propostas ou interesses próximos, procedentes dos setores sociais anteriormente céticos ou diretamente contrários a intervenção do Direito Penal¹⁹⁹.

¹⁹⁷ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 83.

¹⁹⁸ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 54.

¹⁹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal aspectos da política criminal nas sociedades**

Noutra senda, o crime de terrorismo também é mais uma manifestação do direito penal do inimigo. Não é demais lembrar que a Constituição Federal reprochou tal comportamento de maneira enérgica, porquanto consagrou entre os princípios orientadores da República Federativa do Brasil o repúdio ao terrorismo (art. 5º, VIII, da CF). A Carta Magna ainda impedindo o arbitramento de fiança e a concessão de graça, anistia e indulto (art. 5º, XLIII, da CF).

Mais uma vez, o constituinte delegou a especificação da conduta delitiva ao legislador ordinário, o qual criou a Lei n. 13.260/16 para delimitar as condutas enquadradas como terrorismo.

A sobredita Lei claramente promove a antecipação da punibilidade sobre as fases iniciais do *iter criminis*. O art. 5º da Lei n. 13.260/16 explicitamente pune a prática de atos preparatórios: “Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito”. No entanto, o dispositivo prevê a aplicação da pena correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.

Mais uma ferramenta própria do direito penal do inimigo é o chamado confisco alargado, previsto no art. 63-F da Lei n. 11.343/06 e no art. 91-A do Código Penal.

Trata-se de medida extrema que permite a expropriação de bens do condenado que incompatíveis com a sua renda lícita, ainda que este patrimônio esteja formalmente em nome de terceiro. O confisco alargado visa a inocuidade patrimonial do sentenciado para comunicar à sociedade que “o crime não compensa” e, também, evitar que o delinquente pratique novos crimes.

Vale destacar que a legislação inverteu o ônus *probandi* acerca da legalidade dos haveres, isto é, uma vez feita a imputação patrimonial pelo Ministério Público no ato do oferecimento da denúncia, cabe ao acusado, no curso do processo, “demonstrar a inexistência da incompatibilidade ou a procedência lícita do patrimônio”, na forma do §2º, do art. 91-A do CP.

Outrossim, seguindo o que dispõe o art. 243 da Constituição Federal, a Lei n. 11.343/06 ainda conta com a possibilidade de confisco de instrumentos utilizados na prática dos crimes definidos naquela Lei (art. 61 da Lei n. 11.343/06).

Derradeiramente, no âmbito material, urge mencionar que a Constituição foi categórica ao afugentar toda e qualquer hipótese de clemência estatal aos delinquentes que praticam crimes hediondos, tortura, tráfico ilícito de entorpecente, terrorismo, racismo e ação

de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Em todas essas hipóteses o Estado brasileiro comunica à sociedade a intolerância com a prática delitiva e manifesta textualmente a existência de um tratamento diferenciado para delinquentes dessa estirpe.

Fora isso, não é possível deslembrar que o direito penal do inimigo *em sentido lato* possui uma vertente processual, a qual dificulta o direito à defesa e, também, sonega benefícios ao infrator da lei penal.

O mais nítido e corriqueiro elemento do direito processual penal do inimigo é a prisão preventiva, que, com frequência, é utilizada como mecanismo de inocuidade do investigado / acusado, atacando frontalmente o princípio constitucional da presunção de inocência.

No tocante à vedação da concessão de liberdade provisória a ofensa aos postulados básicos do Direito Penal é flagrante. É da essencialidade do Direito Penal, num Estado Democrático, que a prisão provisória seja medida excepcional, porquanto a regra seja a liberdade até o trânsito em julgado de decisão penal condenatória, a teor, especificamente, do disposto no inc. LVII do art. 5.º da CF/1988 (LGL\1988\3).²⁰⁰

É importante ponderar que a prisão preventiva no Brasil de fato é uma medida excepcional, visto que o Código de Processo Penal explicitamente trata o instituto desse modo. Contudo, uma vez preenchidos os parâmetros legais - especialmente àqueles contidos nos artigos 312 e 313 do CPP - , o destinatário da constrição cautelar experimenta os rigores do direito penal do inimigo.

Por isso, não é incomum que pessoas investigadas ou processadas pela prática de crimes hediondos respondam ao processo enquanto estão presas cautelarmente. Portanto, não é qualquer tipo de crime que admite esse tipo de restrição, mas tão somente delitos graves²⁰¹.

Urge consignar que a legislação brasileira avançou bastante nos últimos anos no sentido de se respeitar as garantias individuais. As novas redações dos artigos 312, 313, 314, 315 e 316 do CPP forneceram novos parâmetros para a decretação ou manutenção das prisões preventivas.

Frise-se mais uma vez que a redação original da Lei de Crimes Hediondos (em

²⁰⁰ LOPES, C. R.; OTAVIANO, L. R. T. Constatações e considerações sobre o conceito de inimigo no direito penal contemporâneo. **Ciências Penais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 14, p. 107-116, 2011.

²⁰¹ CALLEGARI, A. L.; MOTTA, C. R. Estado e política criminal: a contaminação do direito penal ordinário pelo direito penal do inimigo ou a terceira velocidade do direito penal. **Revista dos Tribunais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 867, p. 453-469, 2008.

seu artigo 2º) vedava o arbitramento de fiança e a concessão de liberdade provisória. Por imposição constitucional, os crimes hediondos permanecem inafiançáveis, porém, o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072/90, permitindo, por conseguinte, à mercê da liberdade provisória.

Além disso, a Suprema Corte, por meio da ADI 3.112-1, declarou inconstitucionais os dispositivos contidos no Estatuto do Desarmamento atinentes à inafiançabilidade (art. 14, parágrafo único e art. 15, parágrafo único da Lei n. 10.826/03) e a insuscetibilidade da liberdade provisória (art. 21 da Lei n. 10.826/03).

O Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade parcial do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 (conhecido como tráfico privilegiado). O Senado, por sua vez, com fundamento no art. 52, X, da CF, suspendeu a execução do texto naquilo que se referia à vedação da concessão de liberdade provisória (Resolução n. 5º do Senado Federal).

Fora isso, a Lei de Drogas também agrega outros elementos próprios do direito processual do inimigo. A mais singela delas é a diminuição do número de testemunhas possíveis de serem arroladas – de 8 para 5.

Evidentemente essa redução do número de testemunhas também atingiu o órgão acusador. Entretanto, não se pode esquecer que nas denúncias formuladas contra traficantes a acusação lastreia a peça acusatória em elementos científicos, isto é, nos exames periciais que comprovam a materialidade do delito. Com isso, não é demasiado dizer que o acusado é prejudicado pela restrição do número de depoentes que possam corroborar com a sua tese²⁰².

Noutra senda, a Lei de Organização Criminosa (Lei n. 12.850/06) talvez seja o diploma que disponibiliza o maior número de instrumentos investigativos e processuais contra o inimigo. O artigo 3º da sobredita Lei elenca uma série de medidas genuinamente próprias do direito processual do inimigo:

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - colaboração premiada;

II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;

VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;

²⁰² DARCIE, S. D. “Processo penal do inimigo”: elementos para a compreensão de sua estrutura e metodologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Revista dos Tribunais. v. 149, p. 259-298, 2018.

VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Atualmente, um dos mecanismos mais conhecidos de obtenção de provas é a colaboração (delação) premiada. Como instrumento notadamente próprio do direito penal do inimigo, várias leis extravagantes utilizaram-se dessa ferramenta para potencializar o alcance da persecução penal e, por conseguinte, chegar até os inimigos.

A colaboração (delação) premiada foi implementada no Brasil por meio da Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/90), a qual acrescentou o §4º ao art. 159 do CP: “§ 4º Se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o coautor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços” (redação original). Além do mais, a mesma lei previu outra hipótese de colaboração, qual seja, no caso de associação criminosa destinada ao cometimento de crimes hediondos ou equiparados. Nesse ponto a lei prevê no art. 8º, parágrafo único, que “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”.

A Lei n. 9.613/98 também prevê esse mesmo expediente para alcançar outros participantes, apurar crimes e recuperar valores. O §5º do art. 1º prevê os “prêmios” e as contrapartidas exigidas para fins de concessão do benefício:

Art. 1º [...]

§5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

A Lei n. 11.343/06 seguiu o mesmo raciocínio ao permitir que o colaborador voluntário fosse beneficiado ao delatar coautores e partícipes e contribuir na recuperação do produto do crime. O art. 41 da Lei Antidrogas prevê que:

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Na Lei de Organização Criminosa, a colaboração premiada foi ampliada, admitindo a disponibilização de estímulos ainda mais generosos ao delator, inclusive, com a possibilidade de não oferecimento da denúncia ou, ainda, de perdão judicial.

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador:

I - não for o líder da organização criminosa;

II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

É incontestável que todas as hipóteses acima elencadas visam a inocuidade do inimigo, haja vista que o delator é alguém que usualmente possui informações e provas contundentes contra o delatado, uma vez que laboraram juntos em prol da prática de crimes.

Além da colaboração premiada, a Lei n. 12.850/13 disponibiliza outros mecanismos de para obtenção de provas que são contundentes contra o acusado e úteis ao ímpeto condenatório estatal.

Possivelmente as ferramentas mais poderosas de investigação estejam ligadas aos métodos técnicos audiovisuais previstos nos incisos II, IV e V do art. 3º da Lei 12.850/13, ou seja, a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais e a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas.

Em muitos países inexistente limitação temporal para essa intervenção do Estado. No Brasil, ao contrário, a Lei delimitou o período de captação ambiental e interceptação de comunicações pelo prazo de 15 dias, renovável por igual período (arts. 5º e 10, §3º, da Lei n. 9.296/96).

A Lei n. 12.850/13 também prevê a utilização de agentes policiais infiltrados. De acordo com o diploma legal, em se tratando da prática de crime organizado e caso a identificação dos participantes e a prova de sua existência não possa ser produzida por outros meios disponíveis, o juiz poderá autorizar a infiltração de agente policial mediante representação do delegado de polícia ou requerimento formulado pelo Ministério Público (art. 10 e seguintes da Lei n. 12.850/13).

Por fim, em termos processuais, não é possível deixar de lado aquilo que é chamado de “justiça penal negociada”. Trata-se de uma nítida manifestação do direito penal do inimigo, porquanto busca uma rápida resposta estatal em face do comportamento criminoso.

No Brasil a “justiça penal negociada” se manifesta por meio da composição civil dos danos (art. 74 da Lei n. 9.099/95), da transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099/95), da

suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/95) e, em especial, do acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP).

Muito embora o investigado não seja condenado, nem, tampouco, tenha que cumprir uma reprimenda, a imposição de condições ou obrigações funciona como uma medida contrafática ao ilícito.

Contudo, existem muitas ressalvas acerca desse tipo de procedimento.

Hassemer adverte que uma vez firmado o “acordo”:

[...] não haverá audiência pública, os fatos não serão esclarecidos. Não se trata de culpa ou inocência, mas haverá uma negociação, secreta naturalmente; negocia-se quanto se pode dar e quanto se pode ceder. Eu acho isso um escândalo em processo penal! E acredito que isso provém do fato de o direito material ter recebido demasiados encargos da nova criminalidade, encargos que não pode suportar.²⁰³

Em suma, todos os mecanismos acima mencionados visam agilizar o processo penal, de modo a permitir que o investigado / acusado receba rapidamente uma reprimenda ou tenha, no caso dos acordos, de imediatamente cumprir uma obrigação. Cuidam-se, portanto, de ferramentas de inocuização do delinquente.

Por fim, uma vez descritas algumas manifestações do direito penal do inimigo tanto no âmbito material quanto processual, é obrigatório elencar algumas características dessa abordagem diferenciada na execução criminal.

Ramos entende que o sistema prisional brasileiro como um todo é uma exteriorização do direito penal do inimigo. Para ele:

Pode-se facilmente comprovar a legitimação do conceito de inimigo aplicada no sistema penitenciário brasileiro, onde reina o caos e as mais absurdas violações de direitos humanos; o preso não é visto como pessoa e sim como um inimigo, merecedor de tratamentos degradantes e violadores de seus direitos fundamentais, visão compartilhada amplamente pela sociedade contaminada por discursos de vingança, que fomentam o ódio descomunal aos encarcerados.²⁰⁴

Pela perspectiva sociológica, talvez a afirmação encontre respaldo, uma vez que a sociedade segrega aqueles que atentam contra os seus valores, aniquilando-os da vida social. Entretanto, na dimensão proposta por Jakobs, a ideia não encontra eco, porquanto, segundo o professor de Bonn, o direito penal do inimigo existe até mesmo naqueles países onde o sistema prisional é bem estruturado e respeitador dos direitos humanos, como é o caso da Alemanha.

²⁰³ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais. v. 8, p. 41-51, 1994.

²⁰⁴ RAMOS, S. P. Sistema criminal e direito penal do inimigo: uma análise crítica do conceito de inimigo aplicado à realidade brasileira. **Revista dos tribunais**, Revista dos Tribunais. v. 1007, p. 207-225, 2019.

Dessa forma, não há que se falar em direito penal do inimigo simplesmente porque alguém se encontra preso. No Brasil, apesar de o sistema prisional deixar a desejar em muitos aspectos, não se pode falar que exista um regime prisional para os inimigos e outro para o cidadão, uma vez que pode haver um preso que atentou contra o direito penal “comum” vivendo e convivendo na mesma cela com outro detido que violou as regras do direito penal do inimigo.

A primeira e mais cristalina expressão do direito penal do inimigo é o regime disciplinar diferenciado. Como o próprio nome exprime, cuida-se de um tratamento prisional diferenciado e mais restritivo, destinado aos delinquentes condenados definitivamente ou presos provisórios que praticam algum tipo de crime doloso durante o recolhimento prisional e que causarem a subversão da ordem ou da disciplina interna do estabelecimento prisional²⁰⁵.

Uma vez imposto o regime disciplinar diferenciado, o preso permanecerá recolhido em cela individual, tendo direito a duas horas de banho de sol por dia, podendo, ainda, receber visitas de duas pessoas a cada quinze dias pelo período de duas horas. Além disso, o preso terá o conteúdo de suas correspondências fiscalizado e suas entrevistas serão sempre monitoradas (exceto aquelas com seu defensor).

Callegari e Mota compreendem que o regime disciplinar diferenciado é uma manifestação do direito penal do autor. Para eles:

[...] novamente o legislador não se preocupou em relação ao fato praticado, mas a tendência de vida do autor, porque, qualquer pessoa que se inclua nos delitos previstos de organização criminosa já estaria incluída no regime de exclusão.²⁰⁶

Ousa-se discordar, uma vez que, na prática, o RDD destina-se aos chefes de facções ou organizações criminosas que subvertem a ordem do sistema prisional mediante a prática de crimes dolosos. Portanto, a imposição desse rigor penitenciário nada tem a ver com a tendência criminosa do indivíduo, mas sim ao fato que concretamente praticou.

Outra clara evidência do direito penal do inimigo na fase de execução é a identificação de perfil genético mediante extração de DNA (ácido desoxirribonucleico). O art. 9º-A da Lei n. 7.210/84 (LEP) prevê a obrigatoriedade da identificação genética do condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, bem como por crime contra a vida, contra a liberdade sexual ou por crime sexual contra vulnerável.

²⁰⁵ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo e o terrorismo: progresso ao retrocesso**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016. p. 117.

²⁰⁶ CALLEGARI, A. L.; MOTTA, C. R. Estado e política criminal: a contaminação do direito penal ordinário pelo direito penal do inimigo ou a terceira velocidade do direito penal. **Revista dos Tribunais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 867, p. 453-469, 2008.

Em um primeiro momento, significa que a intimidade e a privacidade do condenado devem ser relativizadas para que o Estado cumpra seu papel, mitigando ou suprimindo direitos da personalidade do agente, logo, cuida-se de inegável manifestação do direito penal do inimigo.

Além do mais, o art. 50, VIII, da Lei n. 7.210/84 (LEP) reforça a ideia de obrigatoriedade do fornecimento de material genético, pois a recusa é compreendida como falta grave e, conseqüentemente, pode importar em ônus para o condenado.

O assunto obviamente é objeto de grande controvérsia e precisará ser delimitado pelo Supremo Tribunal Federal, o qual já reconheceu a pertinência e a repercussão geral da discussão.

Recentemente, a Lei n. 13.964/19, também conhecida como “pacote anticrime” promoveu diversas alterações na LEP de modo a aumentar o rigor punitivo em face dos condenados. Em algumas ocasiões, essa rigidez pode ser identificada como manifestação do direito penal do inimigo, ou seja, como ferramenta de diferenciação e inocuização do hostil. A rigor todas essas mudanças se relacionam aos crimes hediondos que provocam resultado morte.

A primeira mudança atine à progressão de regime prisional.

Conforme já mencionado acima, na redação original da Lei n. 8.072/90 previa-se que o condenado por crime hediondo não teria direito à progressão de regime, devendo permanecer em regime fechado durante todo o tempo de condenação (art. 2º, §1º). Após o Supremo Tribunal Federal declarar o dispositivo inconstitucional, o Congresso Nacional se apressou para criar uma nova regra de diferenciação. A Lei n. 11.464/07 alterou o art. 2º, §2º, da Lei n. 8.072/90, o qual passou a admitir a progressão de regime, no caso dos condenados pela prática de crime hediondo, após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado fosse primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. Vale lembrar que a fração aplicável nos demais casos (prática de crimes não hediondos) era de 1/6.

Com o advento do “pacote anticrime” todo o regramento alusivo à progressão de regime ficou condensado no art. 112 da Lei n. 7.210/84. O novo preceito endureceu de modo especial a regra para a concessão do benefício ao condenado pela prática de crime hediondo com resultado morte.

Antes, um sujeito primário que praticasse um latrocínio com resultado morte teria que cumprir 2/5 (40%) da pena para progredir de regime. De outra parte, o condenado reincidente que cometesse o mesmo crime teria que permanecer preso durante 3/5 (60%) da reprimenda.

Hoje, diante da mesma situação hipotética, o agente primário permanece

recolhido durante 50% da pena e o reincidente 70%.

A segunda mudança alinhada ao direito penal do inimigo é a proibição da saída temporária (também conhecida como “saidinha”). A Lei n. 7.210/84 prevê no seu art. 122 que os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta. Entretanto, após a vigência da Lei n. 13.964/19, os presos que cumprem pena por praticarem crime hediondo com resultado morte, não podem mais usufruir desse benefício (art. 122, §2º).

A terceira alteração se refere ao livramento condicional. Embora a nova redação do art. 112 da LEP seja extremamente confusa e desprovida de boa técnica por misturar dois assuntos distintos em um mesmo dispositivo, a reforma deixou bastante claro o tratamento diferenciado entre condenados.

De acordo com os incisos VI, “a”, e VIII do art. 112 da LEP, o condenado pela prática de crime hediondo com resultado morte não tem direito ao livramento condicional.

Em suma, todas as hipóteses aqui suscitadas demonstram que o ordenamento jurídico brasileiro está repleto de manifestações do direito penal do inimigo que flexibilizam ou minimizam as garantias individuais do cidadão. Trata-se de uma irrefutável constatação.

1.7 O DIREITO PENAL DO INIMIGO NA LEGISLAÇÃO PENAL AMBIENTAL

Consoante o que já foi aventado neste texto, Jakobs identificou na legislação alemã a existência do direito penal do inimigo e defendeu a sua clara separação do direito penal do cidadão.

No Brasil, é possível afirmar que existe um núcleo bem caracterizado de direito penal do inimigo, o qual é manifestado por meio do art. 5º, incisos XLII, XLIII e XLIV, da Constituição Federal. Esses dispositivos demonstram que a Constituição prevê e manifesta o desejo da sociedade de promover um tratamento diferenciado para algumas categorias de delitos, quais sejam, os hediondos, o tráfico, o terrorismo, a tortura, o racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Contudo, o alerta dado por Jakobs ainda no século passado pode ser nitidamente depreendido a partir da observação do ordenamento jurídico brasileiro. Noutros termos, o direito penal do inimigo “contaminou” o direito penal comum a ponto de ambos compartilharem características semelhantes.

Repise-se aqui que não se trata de afirmar que o direito penal como um todo pode ser considerado direito penal do inimigo, muito pelo contrário. Porém, não se nega o compartilhamento de elementos próprios do direito “bélico” com o direito penal “comum”.

Uma vez feita essa observação baseada em uma constatação, resta indagar se o direito penal ambiental possui algum atributo do direito penal do inimigo.

Fala-se muito em “direito penal mínimo” como uma panaceia de uma sociedade democrática e evoluída. Contudo, é possível concluir que essa expressão padece da falta de conteúdo concreto, fato que abre precedente para indagações: porventura o direito penal mínimo é um direito desprovido de penas corporais? Ou mais além disso, o direito penal deveria deixar de existir?

Não se discute que o direito penal ambiental brasileiro é parte daquilo que se convencionou chamar de direito penal “simbólico”, ou seja, um regramento que demonstra uma suposta proatividade do legislador, com o fito de ocultar a ineficiência de políticas públicas.

É fato notório que os entes federativos têm o dever e a atribuição de proteger o meio ambiente e combater a poluição (art. 23, VI, da CF) por meio de políticas públicas fomentadoras do desenvolvimento econômico e social que preservem o meio ambiente. Além disso, a Constituição emitiu mais um mandado de criminalização quando dispôs em seu art. 225, §3º, além da obrigação de reparar o dano, a imposição de sanções penais aos destruidores do meio ambiente.

Com isso, a Carta Magna demonstrou sua adesão ao movimento de criminalização de comportamentos que atentam contra interesses difusos (neocriminalidade). Trata-se, portanto, de uma das facetas do processo de expansão do direito penal.

Luciano Feldens chega a salientar que a criminalização de condutas nocivas ao meio ambiente é um direito (fundamental) a uma tutela penal.²⁰⁷

Em outras palavras, é possível dizer que a:

[...] tendência desta política criminal é a de configuração de um Direito Penal preventivo com uma característica de antecipar a proteção penal, o que leva, por um lado, à frequente elaboração de delitos de perigo - em grande medida de perigo abstrato e, por outro, à configuração de novos *bens jurídicos universais*.²⁰⁸

Assim, com a conscientização de que os interesses coletivos necessitam ser

²⁰⁷ FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 94.

²⁰⁸ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 10.

tutelados pelo Direito, o paradigma do direito penal clássico foi mudado para tutelar não apenas bens jurídicos individuais, mas, também, àqueles transindividuais.

Crespo acrescenta que:

Essa expansão é consequência do nascimento de um “novo” direito penal chamado por alguns de “direito penal acessório” (“Nebenstrafrecht”), dirigido a proteger novos bens jurídicos característicos da sociedade pós-industrial. Diante dos postulados axiológicos do modelo do direito penal mínimo sobrepõem-se, portanto, as exigências de intervenção penal procedentes de uma sociedade caracterizada modernamente como uma “sociedade de riscos.” Essa sociedade apresenta uma série de peculiaridades, entre as quais se destacam o extraordinário incremento das interconexões causais e a substituição dos contextos de ações individuais por contextos de ações coletivas, nos quais o contato interpessoal é substituído por uma forma de comportamento anônimo e estandardizada.²⁰⁹

A partir do princípio da prevenção tem-se a ideia de que o direito penal deve se antecipar para evitar a degradação ambiental, uma vez que embora o dever de reparar o dano esteja entabulado na Constituição, a restauração do meio ambiente é sempre complexa e de difícil execução.

Por isso, “Nos crimes ambientais, os bens jurídicos protegidos aproximam-se mais do ‘perigo’ do que do ‘dano’. Isso permite realizar uma prevenção e ao mesmo tempo uma repressão”²¹⁰.

Pode-se etiquetar como crimes ambientais de perigo abstrato os delitos de:

[...] poluição por queimada; poluição radioativa; e poluição por ondas eletromagnéticas. Cuida-se do chamado crime de perigo. Enquadra-se ainda nesse dispositivo a conduta de causar queimada, pois a poluição atmosférica pode ocasionar problemas respiratórios na população da área afetada.²¹¹

Assim, é possível afirmar que há no Brasil um alinhamento com as tendências da política criminal contemporânea no sentido de mitigar riscos e produzir a sensação de segurança nos membros da sociedade especialmente por meio da antecipação da punibilidade e do emprego de normas penais em branco.

Por óbvio, tais mudanças implicam num estranhamento daquilo que se convencionou chamar de direito penal liberal, sempre pautado pela ofensividade e taxatividade. Daí a necessidade de mudança de paradigma, de modo a encarar essa “neocriminalidade” por meio de outros pressupostos.

²⁰⁹ CRESPO, Eduardo Demetrio. O “direito penal do inimigo” darf nicht sein!: sobre a ilegitimidade do chamado “direito penal do inimigo” e a ideia de segurança. *Ciências Penais*, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 4, p. 122-152, 2006.

²¹⁰ SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 614.

²¹¹ SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 623.

Sobre isso, Crespo ensina que:

Certamente a regulamentação desses novos âmbitos pressupõe juízos de valor eminentemente normativos, e por isso decide-se regulamentar os setores de riscos socialmente mais significativos como a energia nuclear, o meio ambiente, as investigações biomédicas, a produção alimentícia, etc. o que traz, como consequência, a utilização frequentíssima de leis penais em branco nesse âmbito. Esse fenômeno, que pode ser denominado globalmente como “administrativização “do direito penal, caracteriza-se, pois, pela combinação de fatores com a introdução de novos objetos de proteção, a antecipação das fronteiras da proteção penal, e a transição definitiva, do modelo de delito de lesão de bens individuais, para o modelo de delito de perigo de bens supraindividuais.²¹²

Os artigos 29, 30, 31, 34, 46, 51, 52, 60, 64 da Lei n. 9.605/98 possuem elementos normativos que dependem de atos normativos emitidos pelo Poder Público para serem compreendidos. Noutros termos, alguns tipos penais não são “fechados” e taxativos, ao contrário, dependem de complementação exógena para serem decodificados.

Com efeito, o frequente uso de normas penais em branco também é uma característica do direito penal do inimigo, visto que desrespeita uma premissa básica do direito penal liberal (clássico) que é o princípio da taxatividade.

Note-se que:

No Brasil, a Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, trouxe em seu bojo muitas normas penais em branco. Por exemplo: a) a lei não discrimina as espécies raras ou consideradas ameaçadas de extinção (art. 29, § 4º, I); b) não diz quais seriam os métodos ou instrumentos capazes de provocar destruição em massa (art. 29, § 4º, VI).²¹³

Além disso, os artigos 34, 42, 51, 52, 55 da Lei de Crimes Ambientais servem para antecipar a punibilidade. Cuida-se daquilo que se denomina por crimes de perigo abstrato.

Tome-se como exemplo o artigo 51 da Lei n. 9.605/98. O dispositivo considera criminosa a conduta de “Comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente”. Note-se que existe uma clara antecipação da punibilidade, porquanto reprime comportamento praticado na fase inicial do *iter criminis*, ou seja, a lei pune um ato preparatório ou de aparelhamento.

No mesmo sentido, Sirvinskas acrescenta que:

[...] quem destrói ou danifica florestas nativas ou plantadas ou vegetação fixadora de dunas, protetora de mangues, objeto de especial preservação, ou quem comercializa motosserra ou a utiliza em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença

²¹² CRESPO, Eduardo Demetrio. O “direito penal do inimigo” darf nicht sein!: sobre a ilegitimidade do chamado “direito penal do inimigo” e a ideia de segurança. **Ciências Penais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 4, p. 122-152, 2006.

²¹³ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 616.

ou registro (arts. 50 e 51). A conduta de desmatar, degradar ou ainda explorar economicamente floresta pública também é punida (art. 50-A). Pune-se quem penetra em unidades de conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente (art. 52).²¹⁴

O sobredito artigo também conta com um elemento normativo negativo do tipo “sem licença ou registro da autoridade competente” que, para ser compreendido, precisa ser interpretado conjuntamente com regras de direito administrativo.

Outro exemplo de crime de perigo abstrato previsto na Lei n. 9.605/98 está descrito no art. 52, o qual pune o simples fato de adentrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais.

Nesse dispositivo, a fórmula do elemento normativo negativo se repete “sem licença da autoridade competente”. Além disso, cabe a outra norma definir o que se entende por “Unidades de Conservação”, em vista disso, refere-se a uma norma penal em branco.

A despeito de alguns poucos e esparsos predicados próprios do direito penal do inimigo, não se pode classificar o direito penal ambiental brasileiro desta forma, uma vez que a maioria dos elementos contidos na Lei apontam para um direito penal do “cidadão”.

Aliás, é preciso que se diga que a Lei n. 9.605/98 pode ser classificada como direito penal “simbólico” (na pior concepção do termo), porquanto serve como resposta aparente para a ineficiência das políticas públicas estatais destinadas à preservação do meio ambiente. Isto posto, nem sempre o direito penal “simbólico” andar de mãos dadas com o direito penal do inimigo, eis que em algumas ocasiões o Estado promove a criação da norma penal sem efetivamente objetivar que o seu conteúdo colabore para a preservação de um bem jurídico.

Por fim, é preciso consignar que a Lei n. 8.072/90 passou a considerar como crimes hediondos os comportamentos descritos nos artigos 267 (epidemia) e 270 (envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal) do CP. Além disso, as penas cominadas nesses dispositivos foram exasperadas²¹⁵. É importante ressaltar que nesses dispositivos o meio ambiente é tutelado de forma reflexa, porquanto busca-se a preservação da saúde pública.

Ainda assim, é possível asseverar que estas duas hipóteses podem ser classificadas como direito penal do inimigo.

²¹⁴ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 622.

²¹⁵ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 608.

2 OS REFLEXOS DA DEVASTAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Durante muito tempo, a derrubada de árvores e a exterminação de espécies animais foi sinônimo de progresso econômico e, por conseguinte, de suposto bem estar da sociedade. Com isso, o poder político quase nunca enfrentou o tema “tutela do meio ambiente” da maneira que deveria, isto é, a partir de projeções de longo prazo.

O justificado temor de perdimento de apoio político sempre fez com que a proteção da natureza fosse um assunto de segunda classe, destinado à espera de um momento mais adequado. Mesmo diante dos frequentes alertas feitos pelos cientistas, governantes quase sempre optaram por privilegiar o desenvolvimento econômico.

Além disso, o discurso antropocêntrico de que o meio ambiente só existe e tem sentido em razão do homem, fez com que a fauna e a flora fossem subjugadas pelos mais diversos interesses humanos.

Ocorre que, agora, em pleno século XXI, as consequências dessa dinâmica predatória se avolumam e podem ser vistas e sentidas a olho nu por todos, abastados ou humildes. Por isso, algo precisa ser feito para estancar os diversos efeitos colaterais da degradação ambiental.

Beck afirma que a destruição do meio ambiente claramente provoca:

[...] *efeitos colaterais sociais, econômicos e políticos*: colapso de mercados, desvalorização do capital, desapropriações furtivas, novas responsabilidades, transferência de mercados, restrições políticas, controle de decisões empresariais, reconhecimento de demandas indenizatórias, custos gigantescos, processos judiciais, perda de prestígio.²¹⁶

Por isso, é possível dizer que há um movimento global voltado a frear o processo de deterioração do meio ambiente, que, para tanto, utilizará das mais diversas formas de pressão para obter êxito nessa empreitada.

²¹⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 95.

2.1 SOCIEDADE DE RISCOS E GLOBALIZAÇÃO

É fato notório que a sociedade pós-moderna é pródiga em fabricar situações arriscadas, cujos efeitos colaterais são experimentados por toda a coletividade. Do consumo de alimentos e produtos industrializados à devastação do meio ambiente, o risco se mostra latente na dinâmica social atual de modo a atemorizar os indivíduos, os quais, invariavelmente, passam a clamar por segurança, ainda que a sua implementação plena seja factualmente impossível de ser alcançada.

De acordo com Ulrich Beck, a sociedade moderna - também etiquetada como sociedade de risco - é catastrófica, dada a sua imersão em um “depósito” de perigos e instabilidades. Segundo ele, a prevenção e o manejo do risco podem resultar na reorganização do poder e da responsabilidade. Assim, por ser uma sociedade catastrófica, “[...] o estado de exceção ameaça converter-se em normalidade”.²¹⁷

Noutras palavras, “O espectro da vulnerabilidade paira sobre o planeta ‘negativamente globalizado’. Estamos todos em perigo, e todos somos perigosos uns para os outros”²¹⁸. Porém, é importante ressaltar que:

[...] uma sociedade sem riscos não é possível e que ninguém se propõe seriamente a renunciar à sociedade, uma garantia normativa que implique a total ausência de riscos não é factível; pelo contrário, o risco inerente à configuração social deve ser irremediavelmente tolerado como risco permitido.²¹⁹

Assim, de acordo com o funcionalismo sistêmico, os riscos sociais ordinários não devem ser perseguidos pelo Direito, mas apenas os extraordinários, aqueles que atentam contra a normalidade das coisas e afetam os interesses coletivos.

É inegável que a sociedade contemporânea está em busca de segurança, a qual, de fato, pode estar longe de existir concretamente. A confiança de que um órgão estatal ou uma entidade privada respeitável está fazendo algo para ilidir o risco é aparentemente eficiente para apaziguar momentânea e parcialmente as aflições individuais. Contudo, concretamente, a mera sensação de segurança não é mais suficiente para aplacar os efeitos catastróficos resultante do estilo de vida moderno.

Frise-se que, diferente de épocas anteriores, o risco contemporâneo possui:

²¹⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 98.

²¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 128.

²¹⁹ JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 36.

[...] procedência humana como fenômeno social estrutural. Isso pelo fato de que boa parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos provém precisamente de decisões que outros concidadãos adotam no manejo dos avanços técnicos: riscos mais ou menos diretos para os cidadãos (como consumidores, usuários, beneficiários de serviços públicos etc.).²²⁰

Além disso, a espetacularização dos riscos pela mídia potencializa a percepção de impotência da sociedade diante desses novos desafios, levando ao descrédito de agentes, de órgãos público ou até mesmo do modelo democrático de governança. Isso inevitavelmente implica num enfraquecimento nos laços comunitários e tende a viabilizar a implementação de ideais extremistas para a solução de problemas sociais complexos²²¹.

Hassemer sustenta que:

[...] já se tem como certo que os fatores que criam e fomentam os sentimentos de ameaça têm suas causas remotas nos processos de erosão das normas sociais, de isolamento individual e de “dessolidarização”. Numa palavra, estes fatores resultam de desestabilização normativa.²²²

Essa dessolidarização apontada por Hassemer tem eclodido especialmente nos momentos de crise econômica e social, os quais impelem as classes mais prejudicadas contra o sistema democrático e as instituições. A consequência disso tem sido vislumbrada nos presentes dias e se consubstancia naquilo que se denomina “democracia iliberal”.

Por essa razão que estudiosos afirmam que a democracia moderna está em xeque, visto que os seus pilares são colocados sob estresse intenso diante dos novos desafios da modernidade.

Noutra perspectiva, a sociedade moderna e os riscos que lhe são inerentes impõem, desafiam e demandam uma reação estranha àquilo que se convencionou denominar por “democracia liberal”.

Beck explica que essa é uma tendência dos novos tempos, um efeito colateral próprio do convívio permanente com diversos riscos. Para ele é:

Justamente com a ampliação dos perigos surgem na sociedade de risco *desafios inteiramente novos à democracia*. A sociedade de risco abarca uma tendência a *um totalitarismo “legítimo” da defesa diante do perigo*, que, com a incumbência de evitar o pior, acaba provocando, como todos sabem ser praxe, algo ainda pior. Os “efeitos colaterais” políticos dos “efeitos colaterais” civilizacionais ameaçam o sistema político-democrático em seu domínio. Ele vê-se confrontado com o desagradável dilema de o bem fracassar diante de perigos produzidos sistematicamente ou então

²²⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 36.

²²¹ HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 160-161.

²²² HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de Direito. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, Revista dos Tribunais. v. 1, p. 277-297, 2010.

revogar, por meio de “esteios” autoritários derivados do poder de polícia do Estado, princípios básicos da democracia. Romper com esse dilema é uma das tarefas cruciais do pensamento e ação democráticos, tendo em vista o atual futuro da sociedade de risco.²²³

É por isso que frequentemente se observa que governos ao redor do mundo ascendem ao poder por meio de um processo democrático, porém, munidos de um discurso autoritário e antiliberal, propõem ideias que não condizem com uma gestão plural e igualitária.

Somado ao individualismo contemporâneo, esses movimentos antidemocráticos naturalmente fomentam uma exclusão sistemática do diferente, isto é, daquele sujeito que é visto como peso ou opressor. Assim, não raramente, o indivíduo que ostenta uma boa condição socioeconômica, vê no outro um estorvo e, por isso, passa a desejar sua eliminação (segregação). É aquilo que Boaventura chama de “fascismo social”²²⁴.

Segundo Bauman, essa é “Uma parte integrante dos processos de globalização é a progressiva segregação espacial, a progressiva separação e exclusão”²²⁵.

A falta de comprometimento com a coletividade é uma nota marcante do individualismo, que solapa a identidade de um grupo e ressalta a indiferença para com o “outro”. É por isso que muitas vezes as garantias individuais clássicas são mal compreendidas e aviltadas para não servirem aos interesses do “diferente”.

Nesse sentido, Crespo alerta que:

Do ponto de vista filosófico-político a preocupação clássica do liberalismo pelos direitos individuais básicos é deslocada por “tendências anti-liberais” que partem da ideia de que é preciso renunciar a uma parte de liberdade individual para alcançar mais segurança coletivamente. Esse deslocamento, assumido sem restrições pelo espectro político majoritário, implica de certo modo o trânsito lento, porém aparentemente constante do modelo do Estado de direito ao modelo do Estado preventivo, caracterizado por uma estratégia proativa frente aos riscos (que devem ser evitados no “âmbito prévio” a lesão ou colocação em perigo), e não reativa de acordo com certos princípios e garantias.²²⁶

Dessa forma, a sociedade cada vez mais insegura e individualista clama por ações que possam ao menos gerar a sensação de segurança.

Para satisfazer essa demanda, um dos mecanismos mais usuais é, sem dúvida, o direito penal, haja vista que este pode fornecer uma resposta rápida e aparentemente viril para

²²³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 97-98.

²²⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Novos estudos**. n. 79, novembro 2007.

²²⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 9.

²²⁶ CRESPO, Eduardo Demetrio. O “direito penal do inimigo” darf nicht sein!: sobre a ilegitimidade do chamado “direito penal do inimigo” e a ideia de segurança. **Ciências Penais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 4, p. 122-152, 2006.

satisfazer as pretensões dos inseguros, acalmando-os, e, também, para com isso dar um fôlego àquele que é instado a solucionar efetivamente os problemas sociais, geralmente, os políticos e administradores.

Por isso, há uma notória reivindicação pela prevenção de modo que o bem jurídico sequer seja exposto a um risco concreto. Daí a cristalina proliferação dos chamados crimes de perigo abstrato, ou seja, daqueles tipos penais que atuam nas fases preliminares do *iter criminis* - na fase de preparação, por exemplo -, de modo a permitir que o Estado se antecipe e possa punir aquele que tende a atentar contra a regra de prevenção²²⁷.

Atualmente existe a consciência acerca da presença do dano derivado da repetição - ou perigo estatístico -, o qual por meio da acumulação de lesões isoladamente irrelevantes pode provocar um prejuízo coletivo considerável.

Nesse ponto há o primeiro óbice quando se pensa no emprego do direito penal clássico (liberal), qual seja, como imputar a responsabilidade de um evento a alguém sendo que esse fato, em si, não representa um perigo concretamente comprovável, dada a ausência clara do nexa causal.

Assim, à luz do direito penal clássico (liberal e patrimonial):

[...] é inadmissível como critério para imputação penal de responsabilidade a um determinado sujeito, pelo concreto significado da conduta isolada que tenha realizado; pois uma sanção assim fundamentada não deixa de ser, da ótica do Direito Penal, uma sanção *ex iniuria tertii*. Nela não há nenhuma possibilidade de introduzir elementos de lesividade concreta: nem lesão, nem perigo concreto, nem perigo abstrato entendido como perigo realmente existente, constatável na conduta em virtude de um juízo *ex ante*. Simplesmente, perigo presumido, perigo estatístico ou - ainda melhor - perigo global.²²⁸

Na perspectiva do direito penal clássico - se levada na estrita compreensão da teoria - seria inviável imputar o crime de tráfico a um traficante que vende uma pequena quantidade de drogas; ou acusar um condutor de veículo automotor que bebeu alguns copos de cerveja por embriaguez ao volante; ou, ainda, incriminar o poluidor que lança num rio uma pequena quantidade de poluentes. Isoladamente, tais comportamentos podem não representar um perigo concreto aos bens jurídicos protegidos pela norma, de modo que eventualmente poderiam ser tratados como irrelevantes penais.

Fato é que a sociedade contemporânea tem a consciência de que o acúmulo de

²²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. p. 15.

²²⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 152.

pequenas e - até mesmo - irrelevantes lesões pode provocar grandes e irreparáveis danos. Justamente por isso os Estados modernos tendem a produzir normas que punem diretamente condutas estatisticamente perigosas, ainda que tais comportamentos não representem a exposição concreta de um bem jurídico.

Roxin assevera que esse tipo de atuação preventiva é justificável até mesmo do ponto de vista do funcionalismo teleológico, o qual prima pela proteção de bens jurídicos. Este estudioso alemão ressalva que:

O problema inerente a estas normas é que o comportamento culpado está ainda bastante distante da verdadeira lesão de bens jurídicos. Do conceito de proteção de bens jurídicos se infere, então, somente que, tratando-se de uma antecipação considerável da punibilidade, necessita-se fundamentar, especialmente porque isto é necessário para a proteção efetiva do bem jurídico.²²⁹

Assim, independentemente da corrente doutrinária à qual se filia, não se concebe o abandono da tutela preventiva de determinados bens jurídicos (ou valores), especialmente aqueles de índole coletiva de difícil - ou impossível - reparação.

Urge consignar que a correlação entre proteção de bens jurídicos e o direito penal é relativamente recente, fruto do pós-guerra, momento em que surgiu como parâmetro para afastar a incidência do denominado direito penal do autor, o qual labora com a possibilidade de criminalização de circunstâncias inerentes à condição pessoal do indivíduo, tais como raça, etnia, orientação sexual etc.

A toda evidência, não se nega a importância da proteção de bens jurídicos, já que essa compreensão tende a filtrar, por exemplo, a criminalização de comportamentos com base no ódio ao diferente.

Porém, realisticamente, alguns bens jurídicos mostram-se intangíveis, tais como a saúde, a segurança e a paz pública. Tratam-se de valores etéreos, desprovidos de uma concepção clara e objetiva. E é nesse ponto que a estrita proteção de bens jurídicos encontra seu maior óbice.

Apesar disso, modernamente, a doutrina penal majoritária:

[...] admite explicitamente que nessas hipóteses não é possível em todo caso exigir a presença de uma lesão, nem de um perigo para o bem coletivo (bem representado), senão que tais lesões e perigos somente decorreriam de uma repetição ou acumulação de condutas procedentes de sujeitos diversos. De modo que o lesionado é somente o bem “representante”, embora não se possa deixar de suscitar a pergunta sobre qual

²²⁹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 28.

bem é este [...].²³⁰

Deste modo, os comportamentos isolados que outrora eram considerados irrelevantes penais, hoje são estigmatizados criminalmente, dado o seu potencial lesivo ante o acúmulo de outros perigos.

Some-se a isso o fato de que o princípio da defesa estrita de bens jurídicos enfrenta dificuldades de se sustentar quando se discute quais são os valores dignos de proteção e as lesões (ou ameaças) que devem se rechaçadas pela legislação penal.

Silva Sánchez acrescenta que:

Em relação a esse ponto, poderia parecer que, dada uma determinada conduta, é mais fácil sustentar que ela questiona a vigência da norma (que afeta a confiança da população nessa mesma norma como critério de orientação vinculante), que afirmar que a mesma lesiona ou põe em perigo um bem jurídico.²³¹

É por isso que o funcionalismo sistêmico de Jakobs ocupa-se da ideia de que o direito penal serve para proteger o sistema do Direito (o ordenamento jurídico) e não necessariamente bens jurídicos. Na verdade, estes (os bens jurídicos) acabam sendo tutelados indiretamente, haja vista que os valores essenciais de uma sociedade estão consignados em suas normas como registro formal das expectativas normativas daquela comunidade. Noutras palavras, busca-se a manutenção e a hígidez da vigência da norma, a qual consubstancia em si as expectativas sociais.

Vale ressaltar que “O significado de vigência da norma não se confunde com a garantia de segurança absoluta, ou seja, aquilo que o Estado promete manter não é a segurança máxima dos cidadãos, senão um estado de juridicidade, de vigência do direito”²³². Com efeito, “[...] as normas é que vão propiciar tal garantia (das expectativas, mas não do comportamento correspondente) contra as desilusões. Embora as normas não possam evitar as desilusões, garantem as expectativas, dando-lhes duração”²³³.

Para Jakobs, “Sem uma suficiente segurança cognitiva, a vigência da norma se esboroa e se converte numa promessa vazia, na medida em que já não oferece uma configuração

²³⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 166.

²³¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 143.

²³² CACICEDO, Patrick. **Penas e funcionalismo: uma análise crítica da prevenção geral positiva**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 131.

²³³ CASTRO, Narciso Alvarenga Monteiro de. **Política criminal contemporânea e a questão do direito penal do inimigo**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010. p. 30.

social realmente susceptível de ser vivida”²³⁴.

Aliás, não se pode olvidar que os Estados (democráticos ou absolutos) sempre produziram normas que não se lastreiam em bens jurídicos e é a partir desse paradigma que Jakobs fixa o objetivo imediato da norma penal, qual seja, a preservação do sistema.

Por conta disso, Jakobs ressalta que:

Sempre existiu a necessidade, ademais, de que determinadas modalidades de comportamento, consideradas por alguns cidadãos (é dizer, a partir de uma perspectiva descentralizada) como inócuas, fossem fixadas de modo centralizado como perigosas, sancionando a infração dessas normas.²³⁵

Sem isso, diversos comportamentos outrora considerados irrelevantes (atos preparatórios, jamais poderiam ser hostilizados por meio do direito penal.

Com efeito, ante a desnecessidade imperativa de preservação de bens jurídicos e por causa da lógica da “proteção de normas” entabulada por Jakobs, cada vez mais torna-se frequente o emprego dos chamados tipos penais de perigo abstrato como ferramenta de controle social para evitação de lesões.

Nessa toada, a verificação de um resultado concreto e a consequente aferição do nexos causal comprovado se mostram dispensáveis, tendo em conta que o resultado exigido passa a ser normativo e não naturalístico, ao passo que a comprovação da relação de causalidade (entre conduta e resultado) é dispensável porquanto o comportamento em si é antijurídico e a sua ofensividade é pressuposta, dada a probabilidade estatística do evento danoso.

Estritamente no âmbito penal, Prittwitz afirma que “[...] trata-se de ‘direito penal do risco’ quando se coloca a criação do risco e o aumento do risco no centro das reflexões dogmáticas sobre imputabilidade penal [...]”²³⁶.

Prittwitz tem certa razão em sua colocação, pois, com frequência, o direito penal contemporâneo é arquitetado com fito na evitação do resultado danoso, sem se preocupar necessariamente com o real potencial lesivo da conduta, muito embora esta tenha sido a tônica do direito penal clássico, de índole individual. Portanto, não se pode testificar que o direito penal se ocupe estritamente da defesa de bens jurídicos palpáveis, próprios de uma abordagem liberal.

²³⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo**: noções e críticas. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 32.

²³⁵ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Barueri: Manole, 2003. p. 25.

²³⁶ PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, Revista dos Tribunais. v. 2., p. 915-927, 2010.

Trata-se de uma constatação a partir da análise dos mais variados ordenamentos jurídicos e de uma tendência própria da intensificação do processo de globalização.

Díez Ripollés complementa que:

*A modernização do direito penal que está ocorrendo é consequência da acomodação das novas sociedades pós-industriais ao modelo do Estado social de direito, ante o periclitado Estado de direito liberal; todos os esforços nessa direção, e também a reforçada tutela penal de interesses coletivos, são, em última instância, encaminhados a criar as condições que possibilitem o livre desenvolvimento pessoal dos cidadãos.*²³⁷

Beck atribui essa tendência de prevenção ao dogma científico da sociedade pós-moderna, o qual impõe a crença quase irrefutável em um nexos causal presumido e pouco palpável. Isso, portanto, mexe com a consciência coletiva acerca dos danos potenciais inerentes a determinadas atividades. Assim, para Beck:

[...] os riscos são invisíveis. A causalidade suposta segue sendo algo mais ou menos incerto e provisório. Trata-se, nesse sentido, também no que diz respeito à consciência cotidiana do risco, de uma consciência *teórica* e, portanto, *cientificizada*.²³⁸

Destarte, para intencionar o desenvolvimento pessoal dos cidadãos na modernidade é inescusável a tutela de interesses coletivos - em alguns casos imensuráveis individualmente - em um momento anterior ao da efetiva lesão. Por essa razão, condutas ofensivas ao meio ambiente não podem ser coroadas com o êxito da devastação, antes devem ser prevenidas para que as presentes e futuras gerações não experimentem os ônus do dano ambiental.

Isso se dá porque o corpo social atual não constitui essencialmente uma sociedade genuinamente de classes, que busca estrita e incessantemente a satisfação de suas carências materiais, sem se preocupar primordialmente com os riscos inerentes à vida em comunidade.

Beck explica que:

Diferente dos estamentos ou das classes, ele não se encontra sob a égide da necessidade, e sim sob o signo do medo; ele não é um 'resíduo tradicional', mas um produto da modernidade, particularmente em seu estágio de desenvolvimento mais avançado.²³⁹

Portanto, é natural que uma sociedade ameaçada por riscos visíveis e invisíveis

²³⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A política criminal na encruzilhada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 64.

²³⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 33.

²³⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 8.

busque por prevenção, haja vista que só a redução das ameaças pode lhe trazer satisfação.

Na perspectiva criminal, Vale acrescenta que:

Na sociedade de risco, a macrocriminalidade e a criminalidade organizada juntamente com os novos riscos (meio ambiente, terrorismo, consumo, genética humana etc.), dão lugar a um Direito Penal preventivo, em que se busca antecipar a repressão para o momento da ação diante da limitada capacidade do Direito Penal clássico.²⁴⁰

Por isso, muitas vezes o direito penal é colocado em xeque por repudiar comportamentos que sequer entraram na fase de execução nos moldes de um crime de dano.

Não obstante isso, a atuação preventiva tem sido a temática contemporânea do direito penal, especialmente para aqueles que o enxergam como instrumento de defesa do sistema legal. Assim, ainda que preparatória para um crime de dano, uma determinada conduta proibida por lei pode ser hostilizada pelo direito penal.

Para Silva Sánchez:

[...] a combinação da introdução de novos objetos de proteção com antecipação das fronteiras da proteção penal vem propiciando uma transição rápida do modelo “delito de lesão de bens individuais” ao modelo “delito de perigo (presumido) para bens supraindividuais”.²⁴¹

Essa tem se mostrado uma tendência global, fomentada, inclusive, por órgãos supranacionais - tais como a ONU e UE - para que os Estados nacionais adotem medidas padronizadas contra criminalidade transnacional.

Ante a ineficácia das respostas nacionais isoladas, os Estados contemporâneos frequentemente buscam estabelecer estratégias comuns para o enfrentamento dos dilemas locais. Nessa perspectiva, assuntos transnacionais como o fluxo de capitais, o comércio e o meio ambiente carecem de uma regulamentação assemelhada para se evitar o surgimento de “paraísos legais” como forma de burla à proteção dos interesses coletivos.

Silva Sánchez endossa a ideia de que:

Ante a natureza econômica dos fenômenos da globalização e da integração, o Direito Penal é, obviamente, um produto político e, em particular, um produto dos Estados nacionais do século XIX, que adquire sua última conformação nas codificações respectivas. Dessa forma, assistimos à caracterização da maneira pela qual, de um Direito nacional, que aparece como o último bastião da soberania nacional, afronta um problema transnacional.²⁴²

²⁴⁰ VALE, Ionilton Pereira do. O direito penal do inimigo: fundamentos filosóficos e sistêmicos. **Revista dos Tribunais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 909, p. 165-186, 2011.

²⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 146.

²⁴² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal aspectos da política criminal nas sociedades**

Há, portanto, um patente conflito entre o “direito penal nacional” e o “direito penal da globalização”. Destarte, o direito penal de índole nacional tende à proteção de bens jurídicos de natureza individual e, por isso, afeito à concepção liberal (clássica) das garantias individuais, de modo a criminalizar somente comportamentos que efetivamente produzam dano ou exponham concretamente um bem jurídico a um perigo. Por outro lado, o “direito penal da globalização” visa a ação coordenada de Estados para evitar a ação de criminosos transnacionais, utilizando-se, inclusive, de mecanismos de antecipação da atuação penal.

Tome-se por referência os crimes de terrorismo e de organização criminosa. Tais ilícitos tomaram uma dimensão global e, por isso, não raramente se vislumbra ações estatais assemelhadas em diversas partes do mundo.

Nesse sentido, Silva-Sánchez assinala que:

O objetivo fundamental do Direito Penal globalização é, como indicado no princípio, eminentemente prático. Trata-se de proporcionar uma resposta uniforme ou, ao menos, harmônica, à delinquência transnacional, que evite a conformação de “paraísos jurídico-penais”. A existência de tais “paraísos” resulta problemática, especialmente quando se trata de combater uma modalidade de delinquência na qual a intervenção dos principais responsáveis das organizações pode estar significativamente distanciada do lugar e momento dos atos de execução.²⁴³

Nesse comentário Silva Sánchez demonstra que o direito penal da globalização se inclina mais para o lado da proteção sistêmica do que para a banda da imperiosa proteção de bens jurídicos. Em outras palavras, o direito penal contemporâneo tende a criminalizar comportamentos, ainda que a lesão ou perigo concreto gerado a um bem jurídico não se concretizem.

Porém, essa antecipação da punibilidade traz consigo algumas preocupações, dentre elas a estruturação de um direito penal simbólico e, paralelamente, o abandono do referencial do bem jurídico como parâmetro para a criminalização de condutas.

Receosos com esse cenário, Callegari e Wemuth advertem que:

A população, apossada diante do medo e da insegurança, pugna por resultados rápidos e eficientes, e os partidos políticos, buscando dar respaldo a estes anseios, respondem cada vez mais debilitando as garantias atinentes à segurança jurídica, por meio de medidas legislativas. Nesse contexto, o Direito Penal, no afã de dar respostas rápidas às demandas populares, assume cada vez mais um caráter simbólico, dado que proporciona resultados político-eleitorais imediatos a partir da criação, no imaginário popular, da “impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido”.²⁴⁴

pós-industriais. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 104.

²⁴³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 105.

²⁴⁴ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto

Com isso, a conjugação de uma sociedade exposta ao risco com o sentimento de insegurança potencializado pelos meios de comunicação faz com que a coletividade exija dos seus representantes uma resposta rápida e efetiva. Contudo, dada a complexidade de alguns temas e a dificuldade de implementação de medidas eficientes e duradouras, os políticos e seus respectivos partidos não raramente buscam entregar solução mais rápida e fácil de ser alcançada, qual seja, a criminalização de comportamentos.

Ao discorrer sobre o assunto, Roxin afirma que:

[...] as leis penais simbólicas não buscam a proteção de bens jurídicos. Entendo como tipos penais simbólicos as leis que não são necessárias para o asseguramento de uma vida em comunidade e que, ao contrário, perseguem fins que estão fora do Direito Penal como o apaziguamento do eleitor ou uma apresentação favorecedora do Estado.²⁴⁵

Razão não parece assistir ao estudioso alemão, uma vez que todo e qualquer Direito, em si, é simbólico. Noutros termos, como genuíno instrumento de comunicação das expectativas sociais, o Direito (penal e extrapenal) é sempre simbólico no sentido de materializar objetivamente comportamentos aceitos ou repudiados pela sociedade.

Luhmann ensina que:

[...] o sistema do direito opera na forma da comunicação mediante a proteção de limites erigidos pela sociedade. Contudo, isso significa que o sistema jurídico, de maneira muito peculiar, precisa marcar tudo o que tem de ser tratado como comunicação jurídica no sistema.²⁴⁶

O que deve ser enjeitado - aí sim - é o direito penal demagógico, manipulado para falsear uma solução de um problema não resolvido pelas políticas públicas.

Além disso, modernamente, é impossível imaginar a revogação de tipos penais que não tutelam bens jurídicos corpóreos, tais como o delito de embriaguez ao volante entabulado no art. 306 do CTB ou o crime de organização criminosa previsto na Lei n. 12.850/13.

Obviamente que, pela perspectiva do direito penal clássico, a ausência de um resultado naturalístico e a inexistência de um bem jurídico palpável é uma aberração indigna do cânon criminal. Entretanto, não se pode fechar os olhos para as mudanças sociais e redimensionamento dos seus interesses.

Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 56-57.

²⁴⁵ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 24.

²⁴⁶ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 47.

É fato que a criminalidade contemporânea não pode ser combatida eficazmente com mecanismos que tutelam apenas interesses dos ricos e abastados. Hoje o ordenamento jurídico protege direitos de pessoas são absolutamente desprovidas de posses, mas que são tributárias da defesa de seus interesses individuais e coletivos.

Fabíola Albuquerque observa que:

A categoria de direitos difusos requer a construção de uma nova ordem jurídica, capaz de responder às demandas de uma sociedade massificada e de valores que transcendem o indivíduo. Fez-se referência à crise da codificação, atribuindo-se a este fato o fosso cada vez mais profundo entre a sociedade e o direito. A rigidez normativa, em contraposição ao dinamismo social, serviu de plus revelador da inadequação e insuficiência da codificação diante de embates postulatórios da tutela dos chamados novos direitos, e em especial, o meio ambiente, em razão da ausência da institucionalização das novas formas de conflito sociais. As categorias jurídicas solidificadas sob a inspiração liberal, ainda remanescentes no Código Civil, são voltadas à defesa dos interesses individuais e patrimoniais.²⁴⁷

Em outras palavras, os parâmetros da tutela individual são insuficientes para proteger satisfatoriamente os interesses coletivos, haja vista a extensão e as graves consequências da lesão causada pelo comportamento ilícito.

Ademais, não raramente, a criminalização de condutas que atentam contra bens jurídicos transindividuais importa na hostilização de práticas próprias das elites políticas e econômicas, às quais sempre estiveram imunes ao direito penal clássico. Assim, é possível falar em:

[...] *crimes of the powerful*; de delitos que têm uma regulação legal insuficientemente assentada; e de delitos cuja dogmática se acha parcialmente pendente de elaboração. E tudo isso há de redundar em uma configuração dos mesmos sobre bases significativamente diversas daquelas do Direito Penal clássico (da delinquência passional ou dos *crimes of the powerless*).²⁴⁸

Com efeito, é preciso dizer que o processo de globalização não permaneceu adstrito aos fatores econômicos das trocas comerciais. Ao contrário, o movimento de integração supranacional tem demonstrado uma tendência de padronização do Direito interno dos Estados, especialmente predisposto a uma postura menos garantista, a partir da flexibilização de parâmetros até então imutáveis do direito penal clássico.

Silva Sánchez reforça que:

[...] a criminalidade da globalização é criminalidade de sujeitos poderosos, caracterizada pela magnitude de seus efeitos, normalmente econômicos, mas também

²⁴⁷ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Direito de propriedade e meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 1999. p. 108.

²⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 99.

políticos e sociais. Sua capacidade de desestabilização geral dos mercados, assim como de corrupção de funcionários e governantes, são traços da mesma forma notáveis.²⁴⁹

Há no mundo, portanto, uma propensão para a uniformização de respostas jurídico-penais dadas aos problemas da modernidade, frequentemente relacionados à sociedade de risco.

Destarte, não é arriscado dizer que o direito penal atravessa um período de transição, visto que os paradigmas outrora inculpidos já não produzem efeitos no atual contexto de um mundo sem fronteiras.

Ressalte-se que:

[...] a exigência de responder à globalização e sua delinquência se concebe, em geral, em termos punitivistas, isto é, de evitação de hipotéticas lacunas, assim como de reequipamento jurídico-penal diante de modelos de delinquência que criam uma forte sensação de insegurança, não somente aos indivíduos, mas também - e de modo muito especial - aos próprios Estados.²⁵⁰

Nessa senda, o incremento dos riscos sociais e, por conseguinte, da sensação de insegurança provocada na coletividade tem o condão de impelir o legislador a caminhar pela estrada do enrijecimento penal. Entretanto, como visto acima, esta não é uma regra absoluta e incontestável. Os crimes contra o consumidor e, em especial, os delitos ambientais fogem a este padrão.

Noutras palavras, a sociedade de risco e o processo de globalização tendem a conduzir o mecanismo de criminalização de comportamentos por um caminho diverso daquele construído após a primeira guerra mundial.

A conclusão que se chega é que a sociedade de risco e a sua agonia por segurança estão fartos do direito penal garantista em seu formato clássico e, portanto, moroso e ineficiente para proteger interesses de índole difusa. De acordo com Vale o sistema clássico de garantias é insustentável e “Todos os princípios na sociedade de risco são invertidos em relação ao Direito Penal: da intervenção mínima para a intervenção profilática, da imputação individual para a coletiva, da publicidade ao uso cada vez mais frequente dos serviços secretos”²⁵¹.

Por outro lado, alguns riscos são palpáveis e carecem ser enfrentados com

²⁴⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 104.

²⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 99-100.

²⁵¹ VALE, Ionilton Pereira do. O direito penal do inimigo: fundamentos filosóficos e sistêmicos. **Revista dos Tribunais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 909, p. 165-186, 2011.

seriedade para que uma resposta efetiva seja dada em face de um determinado problema social que, de fato, atinge concretamente as pessoas. A pauta das mudanças climáticas provocadas pela degradação do meio ambiente não é mais objeto de questionamento nos grandes fóruns mundiais acerca do assunto. O que hoje se discute é o que se pode fazer para atenuar os efeitos da devastação e promover uma consciência ambiental coletiva sustentável.

Trata-se de um processo de universalização das ameaças, de modo que não há para onde fugir, visto que, de um modo ou de outro, os reflexos da degradação ambiental (eventos climáticos extremos, incêndios de grandes proporções e mudança no regime de chuvas) atingirão todos os lugares da terra.

Por isso, não se pode esperar outra coisa senão a antecipação da punibilidade estatal e a flexibilização das garantias próprias do direito penal clássico, de índole liberal e patrimonial.

Disso poderá florescer um aspecto positivo, qual seja, o surgimento de uma sociedade global empenhada no enfrentamento de problemas universais. Noutros termos, é possível afirmar que “O potencial de auto ameaça civilizacional desenvolvido no processo de modernização faz assim com que também a utopia de uma sociedade global se torne um pouco mais real, ou ao menos mais premente”²⁵².

A Agenda 2030 é um manifesto nesse sentido, isto é, um compromisso com a preservação do meio ambiente, a proteção dos povos originários e a erradicação da pobreza extrema.

2.2 REFLEXOS ECONÔMICOS DA DEVASTAÇÃO AMBIENTAL

A Constituição Federal em seu artigo 170 estabeleceu como premissas da ordem econômica a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, com fito em assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Para tanto, erigiu como princípio fulcral a defesa do meio ambiente.

Assim, em termos constitucionais, só é possível existir um sistema econômico saudável desde que haja justiça social, a qual, por sua vez, pressupõe o respeito ao meio ambiente.

²⁵² BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 57.

Fabíola Albuquerque destaca que:

Para o progresso, é *conductio sine qua non* o desenvolvimento econômico e ele requer a utilização de novas técnicas de produção, de pesquisas, de exploração de recursos e esse conjunto de fatores associados reflete-se diretamente no meio ambiente, cuja exaustão provocará um caos econômico e um refreamento do progresso.²⁵³

É sabido que, na era industrial, os riscos de um empreendimento quase sempre foram dimensionados de acordo com a probabilidade de sua concretização, fazendo parte do custo do negócio. Assim, em diversas ocasiões, empresários e administradores preferiram assumir o risco inerente a atividade e contratar um advogado para postergar uma eventual responsabilização por danos do que fazer aquilo que era correto do ponto de vista ambiental. Tratava-se da “mercantilização dos riscos”.

Portanto, o dimensionamento do risco era projetado a partir do próprio bolso do empreendedor e somente aqueles empreendimentos que apresentassem real potencial de gerar prejuízo financeiro eram rejeitados. Caso contrário, entrava em ação a velha pergunta retórica dos primórdios do capitalismo: “risco e emprego ou desemprego sem risco”? Sob esse ponto de vista, era inviável a conjugação das virtudes: “menos riscos e mais empregos”, logo, inexistiria a possibilidade de desenvolvimento sustentável.

É importante notar que “A história da distribuição de riscos mostra que estes se atêm, assim como as riquezas, ao esquema de classe - mas de modo inverso: as riquezas acumulam-se em cima, os riscos embaixo”²⁵⁴.

Contudo, atualmente, os reflexos de uma decisão antiecológica são variados e, por isso, podem prejudicar os negócios de uma determinada organização de forma inesperada. Nessa toada, Beck exorta que não se tratam:

[...] apenas dos problemas de saúde resultantes para a natureza e o ser humano, mas dos efeitos colaterais sociais, econômicos e políticos desses efeitos colaterais: perdas de mercado, depreciação do capital, controles burocráticos das decisões empresariais, abertura de novos mercados, custos astronômicos, procedimentos judiciais, perda de prestígio.²⁵⁵

Dessa maneira, o simples cálculo aritmético já não é capaz de estimar com precisão o quanto uma empresa poderá deixar de lucrar caso uma decisão importe na perda de mercado ou, ainda, na ruína de sua reputação perante seus consumidores.

Por conta disso, Pinto sublinha que:

²⁵³ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Direito de propriedade e meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 1999. p. 92-93.

²⁵⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 41.

²⁵⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 28.

Na decisão de viabilidade ambiental de empreendimentos, deveria ser levado em consideração um balanço entre as perdas e ganhos ambientais/econômicos/sociais, e não somente a existência de limitações legislativas ao exercício de determinadas atividades.²⁵⁶

Não é demais destacar que o inciso VI do art. 170 da Carta Magna salienta textualmente a possibilidade de se empregar “tratamento diferenciado” aos agentes econômicos na medida do impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

Com efeito:

[...] a Ordem Econômica, pelo menos em termos constitucionais, não deve se sobrepor a uma existência digna nem tampouco às questões ambientais, muito embora, a prática esteja a nos mostrar exatamente o contrário, basta ver a subordinação política dos órgãos de planejamento e controle ambiental, a tolerância das comunidades diante do dilema (des)emprego/poluição. Os exilados da terra muitas vezes são uma prova irrefutável de tal prática.²⁵⁷

Some-se a isso que a centralidade da proteção ambiental é reforçada no art. 186 da Constituição Federal, a qual estabelece que um dos requisitos para o atingimento da função social da propriedade rural é a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.

Portanto, de acordo com as balizas constitucionais, é forçoso concluir que inexistente proveito coletivo quando um proprietário rural devasta o meio ambiente ou exaure os recursos naturais disponíveis.

Ainda, a Constituição Federal estabelece parâmetros para a comunicação social ao afirmar que a manifestação do pensamento é livre ressalvando o direito da pessoa e da família se defenderem de propagandas de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Isso tudo mostra que a propriedade (fábricas, comércios e fazendas), o processo produtivo e a publicidade devem ser pautadas pelo respeito ao meio ambiente. Portanto, a temática ambiental influencia diretamente em todas as etapas da cadeia produtiva.

É justamente por isso que o Direito é chamado a mediar interesses de ordem socioeconômica e a preservação do meio ambiente. Para Cardoso, “[...] o Direito Ambiental

²⁵⁶ PINTO, Carlos Eduardo Ferreira. A mercantilização do meio ambiente. **MPMG Jurídico**, Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. v. 1., p. 70-75, 2011. p. 74.

²⁵⁷ CARDOSO, Arthur Renato Albeche. A degradação ambiental e seus valores econômicos associados: uma proposta modificada. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre. v.1. n. 45. 2001. 279-298. p. 284.

passa a ser, também, um instrumento de intervenção da sociedade, através do poder público, nas questões econômicas e sociais”²⁵⁸.

Não se pode olvidar que, antigamente:

O meio ambiente era tido, tradicionalmente, como uma fonte inesgotável de recursos naturais. Com o advento da industrialização, esta ideia tornou-se ainda mais abrangente, e o meio ambiente passou também a ser recipiente de resíduos gerados pelas atividades industriais.²⁵⁹

Porém, a finitude dos recursos naturais e os reflexos negativos da degradação ambiental têm provocado mudanças profundas em diversas áreas do conhecimento humano, além, evidentemente, do Direito. O impacto econômico da devastação do meio ambiente é notório e talvez seja o principal fator de indução das mudanças provocadas em outros sistemas sociais (a política e o Direito).

É fato conhecido - e amplamente divulgado pela imprensa e por organismos dedicados à proteção ambiental - que a devastação do cerrado tem impactado negativamente no regime de chuvas no sudeste do Brasil, fenômeno que justifica parcialmente a crise hídrica verificada nos últimos anos na região.

A toda evidência, a escassez de chuva impacta claramente na vida das pessoas e das comunidades afetadas pela estiagem, uma vez que o custo pelo acesso à água limpa e potável se torna mais difícil e oneroso em momentos de queda da oferta.

A ONG WWF-Brasil coletou dados que apontam que:

A principal causa de desmatamento no Cerrado é a expansão do agronegócio sobre a vegetação nativa. Entre 2007 e 2014, 26% da expansão agrícola ocorreu diretamente sobre vegetação de Cerrado⁶. Quando considerada somente a região do Matopiba – porções de Cerrado dos estados do Maranhão, Tocantins, Piauí e Bahia –, que é a principal fronteira do desmatamento, 62% da expansão agrícola ocorreu sobre vegetação nativa⁷. Em relação às pastagens, análises recentes apontam que, entre 2000 e 2016, 49% da expansão no Matopiba ocorreu sobre o Cerrado⁸. Note-se que, muitas vezes, a área desmatada para pastagem torna-se, posteriormente, área de uso agrícola.²⁶⁰

É preciso dizer que os reflexos deletérios da devastação não se limitam à piora

²⁵⁸ CARDOSO, Arthur Renato Albeche. A degradação ambiental e seus valores econômicos associados: uma proposta modificada. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre. v.1. n. 45. 2001. 279-298. p. 280.

²⁵⁹ BORGES, F. H.; TACHIBANA, W. K.. A evolução da preocupação ambiental e seus reflexos no ambiente dos negócios: uma abordagem histórica. In: XXV Encontro Nac. de Eng. de Produção, 1. 2005, Porto Alegre-RS. Anais do ENEGEP, 2005. p. 5235-5242. p. 5241.

²⁶⁰ Nas mãos do mercado, o futuro do Cerrado: é preciso interromper o desmatamento. Disponível em: <https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/areas_prioritarias/cerrado/manifestodocerrado/>. Acesso em: 21 dezembro 2023.

direta das condições de vida da população. De maneira indireta, a coletividade pode ser impactada pelos prejuízos causados à agricultura e à indústria.

Um estudo apresentado na COP27 (na Conferência das Nações Unidas para o Clima) realizada no Egito, pesquisadores apontaram que:

Os rios do Cerrado, responsáveis por boa parte do abastecimento hídrico e da geração de energia elétrica do Brasil, perderam 15,4% de sua vazão de água por causa do desmatamento e das mudanças climáticas entre 1985 e 2022. E a perspectiva de futuro não é nada animadora: um terço do volume de águas (34%) tende a ser perdido até 2050 caso a destruição do bioma continue no ritmo atual.²⁶¹

A perda de produtividade e o encarecimento do processo industrial são consequências que impactam negativamente na economia e, por via indireta, atentam contra os interesses da coletividade, uma vez que alguns produtos e serviços perderão competitividade, provocando o fechamento de empresas e o aniquilamento de postos de trabalho.

Assim como a devastação do cerrado, a substituição de áreas de floresta por pastos ou plantações na Amazônia têm contribuído para as mudanças climáticas no país.

O rápido exaurimento do solo, o impacto na mudança do regime de chuvas e a baixa produtividade da agropecuária são fatores que demonstram que essas atividades desenvolvidas naquela região não atendem aos parâmetros estabelecidos pelo art. 186 da Constituição Federal, haja vista que o proveito social do empreendimento é raso ou inexistente.

Em editorial publicado em agosto de 2021 (intitulado: Desmatamento na Amazônia pode reduzir chuvas em até 70%), a revista *Veja* retratou uma alarmante situação, qual seja, o severo impacto da devastação na sazonalidade das chuvas no Brasil. A partir de dados coletados durante o período de 10 anos, a pesquisadora italiana Mara Baudena, do Instituto de Ciências da Atmosfera e do Clima do Conselho Nacional de Pesquisas de Turim, descobriu que:

A floresta amazônica gera parte da chuva que cai em sua própria área, pois tira a água do solo e a transpira para o ar circundante, fazendo com que se crie um sistema retroalimentante. Segundo a pesquisa, a destruição da mata pode levar a uma queda de 55% a 70% da precipitação anual. Pequenas mudanças na umidade do ar, devido à presença ou ausência de árvores, podem levar a grandes mudanças nas chuvas observadas.²⁶²

Vale destacar que embora o desempenho da agricultura nos últimos anos tenha

²⁶¹ COP 27: cerrado desmatado pode reduzir águas nos rios em 1/3 e afetar geração de energia, indica estudo. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-63562381>>. Acesso em: 21 dezembro 2023.

²⁶² Desmatamento na Amazônia pode reduzir chuvas em até 70%. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/brasil/desmatamento-na-amazonia-pode-reduzir-chuvas-em-ate-70-diz-estudo/>>. Acesso em: 21 dezembro 2023.

crescido de maneira exponencial, o desmatamento de regiões sensíveis tem repercutido negativamente na agricultura de outras localidades do país.

Com base em elementos fornecidos pela Inmet (Instituto Nacional de Meteorologia), em janeiro de 2022, a Agência Brasil divulgou que a estiagem causou prejuízos à agricultura e ameaçou o abastecimento na região Sul. De acordo com o Inmet:

Os efeitos da estiagem na Região Sul vêm se agravando desde o fim do ano passado, causando prejuízos econômicos e ameaçando o abastecimento hídrico. No Rio Grande do Sul, 200 cidades já tinham decretado situação de emergência até esta quarta-feira (12). Levantamento feito pela Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural do Rio Grande do Sul (Emater-RS) aponta que, até sexta-feira (7), mais de 195 mil propriedades rurais já contabilizavam perdas na produção.²⁶³

Paralelamente ao prejuízo causado à agricultura, não se pode olvidar a sequela produzida pela estiagem no setor de geração de energia, porquanto a matriz energética brasileira é essencialmente sustentada pela atuação de usinas hidrelétricas.

A escassez de chuvas e a consequente redução da vazão dos rios implicam no racionamento de energia e no encarecimento da produção de eletricidade. Isso certamente impacta no orçamento doméstico das famílias - as quais se veem compelidas a consumir menos e pagar mais pela energia - e na produtividade das empresas - que têm que reequacionar os custos da produção.

Nesse sentido, Saccaro Júnior arremata ao afirmar que:

O desmatamento é fator determinante para a crise energética, pois causa desequilíbrio hídrico, que afeta a geração de energia hidrelétrica - as hidrelétricas respondem por mais de dois terços da eletricidade produzida no país -, diminuindo a produção e aumentando os preços, o que, por sua vez, causa maior inflação e menos movimentação econômica.²⁶⁴

Ademais, os danos ambientais provocados nas regiões norte, nordeste e centro-oeste têm causado eventos climáticos extremos nas regiões sul-sudeste. Provas disso são os frequentes episódios de inundações e deslizamentos de terra ocorridos em várias cidades do litoral e do interior dessas regiões. Isso importa na perda de vidas humanas, no empobrecimento das famílias e na desaceleração da atividade econômica da área afetada.

Fora o dano visível causado à natureza, existe uma deterioração pouco ou nada aparente, que é a poluição do ar, das águas e a manipulação indevida de espécimes.

²⁶³ Estiagem causa prejuízos à agricultura e ameaça o abastecimento. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2022-01/estiagem-causa-prejuizos-agricultura-e-ameaca-o-abastecimento>>. Acesso em: 21 dezembro 2023.

²⁶⁴ SACCARO JUNIOR, N. L. A conexão entre crise econômica e crise ambiental no Brasil. **Boletim regional, urbano e ambiental**, IPEA, São Paulo, v. 1, n. 13, p. 27-31, 2016. p. 27.

A emissão de gases e partículas nocivas à vida humana chegou a um nível crítico nos últimos anos, a ponto de ser percebida através da coloração da água da chuva. É o que se denomina por “chuva negra”.

Em setembro de 2020, as regiões sul e sudeste do Brasil foram alcançadas por esse fenômeno provocado pela ação humana ligada ao desmatamento e à poluição do ar. Queimadas causadas nos Estados do Mato Grosso e Mato Grosso do Sul lançaram na atmosfera fuligem e material particulado, além de gases provocadores do efeito estufa (monóxido e dióxido de carbono). As partículas mais finas viajaram por milhares de quilômetros e chegaram até a região metropolitana de São Paulo, onde precipitaram juntamente com a chuva, causando a percepção de que a água estava preta.²⁶⁵

Esse tipo de evento produz um impacto negativo imensurável, uma vez que além de afetar a qualidade do ar respirado por pessoas e animais, ainda pode alterar o PH da água e provocar a mortandade de peixes e de outros seres aquáticos.

Nessa toada, Cardoso relata o seguinte exemplo:

[...] uma empresa lançou poluentes atmosféricos fora dos padrões de emissão estabelecidos na Licença de Operação fornecida pelo órgão ambiental. Rigorosamente não se precisaria medir os efeitos, a fim de caracterizar os danos, pois, pelo conceito apresentado, teria-se a degradação ambiental, isto porque a fumaça, seus componentes e os maus odores, gerados por aquela fonte, não fazem parte do ambiente natural, obviamente deverá ser observado, também, o conceito de carga poluidora admissível.²⁶⁶

Independentemente da concretude do dano - no sentido da sua percepção - é inegável que os efeitos deletérios da degradação do meio ambiente são repartidos de forma difusa, injusta e sem delimitação geográfica.

Além disso, a manipulação indevida da fauna pode provocar danos ambientais igualmente irreparáveis. Saccaro Júnior salienta que:

A introdução de espécies exóticas elimina espécies nativas e reduz a produtividade tanto dos ecossistemas naturais quanto dos agrícolas, ao interferir na taxa de polinização e no controle natural de pragas. O uso inadequado do solo em regiões do Nordeste e do Sudeste causa desertificação, que inviabiliza a agricultura local e contribui para a seca sistêmica do semiárido, que há décadas exclui da economia boa parte da população brasileira e impõe a necessidade de gastos cada vez maiores com

²⁶⁵ Entenda o que é a ‘chuva negra’, fenômeno que pode atingir SP no fim de semana. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/entenda-o-que-e-a-chuva-negra-fenomeno-que-pode-atingir-sp-no-fim-de-semana/>>. Acesso em: 21 dezembro 2023.

²⁶⁶ CARDOSO, Arthur Renato Albeche. A degradação ambiental e seus valores econômicos associados: uma proposta modificada. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre. v.1. n. 45. 2001. 279-298. p. 282-283.

saúde e proteção social.²⁶⁷

Por fim, não se pode olvidar o impacto econômico indireto gerado pela devastação ambiental quando se tem em mente um cenário global cada vez mais pautado pelas diretrizes entabuladas na sigla “ESG” (Environmental ou Ambiental, Social and Governance). Com efeito, a perda de mercados e eventuais sanções (boicote) a produtos fabricados por empresas que de algum modo contribuem para a degradação ambiental será cada vez mais uma tônica nas transações globais.

Desde a década de 80, Ulrich Beck salienta que:

[...] toda “causa” socialmente reconhecida submete-se a uma enorme demanda de mudança, e junto com ela o sistema de ação no qual ela surgiu. Mesmo quando essa pressão pública é rechaçada, reduzem-se as vendas, perdem-se mercados, a “confiança” dos consumidores precisa ser conquistada e assegurada por meio de grandes e caras campanhas publicitárias.²⁶⁸

Já é uma realidade mundial o estabelecimento de *standarts* e selos que impõem regramentos alheios a atuação estatal e que resultam na limitação do acesso a mercados pelos *players* que violam regras socioambientais. Esses predicados podem dificultar ou facilitar o acesso das empresas ao mercado e ao crédito, de modo a determinar sua sobrevivência no seguimento de atuação.

Vale destacar que uma das maiores dificuldades enfrentadas pelo Estado relaciona-se à mensuração econômica do dano ambiental, dada a variedade de condutas nocivas ao meio ambiente, a multiplicidade de resultados possíveis e a extensão dos seus efeitos ao longo do tempo.

A Lei n. n. 6.938/81 fornece parâmetros iniciais para a definição e precificação da degradação. O art. 3º do sobredito diploma legal dispõe que:

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
 I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;
 II - degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;
 III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:
 a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
 b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;
 c) afetem desfavoravelmente a biota;
 d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

²⁶⁷ SACCARO JUNIOR, N. L. A conexão entre crise econômica e crise ambiental no Brasil. **Boletim regional, urbano e ambiental**, IPEA, São Paulo, v. 1, n. 13, p. 27-31, 2016. p. 27.

²⁶⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 37-38.

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;
 IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;
 V - recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.

Nestes termos, por exemplo, a simples alteração do PH da água de um rio por causa do lançamento de um resíduo industrial pode ser considerada como degradação ambiental e, por conseguinte ensejar a obrigação de reparar o dano, ainda que inexista prejuízo concreto à natureza e ao homem.

Porém, como já se tratou neste capítulo, os efeitos da degradação podem ser percebidos em lugares diversos e distantes do ponto onde a conduta lesiva foi praticada. Por exemplo, as queimadas realizadas em florestas ou em plantações podem produzir sequelas em outras regiões do país ou, ainda, em outro momento histórico, atingindo as futuras gerações e não necessariamente a presente.

Nesse sentido, Cardoso salienta:

[...] o caso das queimadas de campo ou a contaminação de águas freáticas, cujo efeito poderá estar ocorrendo em áreas distantes do ponto de ocorrência, pois não há, muitas vezes, uma barreira física que limite os efeitos. Tornando-se quase inviável estabelecer uma relação de causa-efeito, visto que é extremamente dispendioso para o Estado realizar tais acompanhamentos.²⁶⁹

Some-se a isso o fato de que a degradação do meio ambiente pode produzir um prejuízo perene às gerações vindouras que deixarão aferir rendimentos a partir da fruição dos recursos naturais. Essa variável torna a aferição do custo econômico ainda mais difícil.

É imperioso lembrar que:

O Brasil apresenta potencialidades econômicas “verdes” ainda inexploradas, como o uso econômico da biodiversidade, a reciclagem e a geração de energia a partir do lixo, o aproveitamento de fontes de energia limpa, como a eólica e a solar, entre outras. Estas potencialidades mereceriam especial atenção e estímulo no caminho para uma economia ambientalmente mais amigável.²⁷⁰

Ademais, não se pode omitir também o fator cumulativo da degradação, porquanto um determinado ato isolado de poluição talvez sequer fosse capaz de produzir alguma alteração no meio ambiente, porém, a reiteração ou a combinação com outros eventos

²⁶⁹ CARDOSO, Arthur Renato Albeche. A degradação ambiental e seus valores econômicos associados: uma proposta modificada. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre. v.1. n. 45. 2001. 279-298. p. 285.

²⁷⁰ SACCARO JUNIOR, N. L. A conexão entre crise econômica e crise ambiental no Brasil. **Boletim regional, urbano e ambiental**, IPEA, São Paulo, v. 1, n. 13, p. 27-31, 2016. p. 29.

lesivos pode resultar em danos insuperáveis.

Tudo isso demonstra que a aferição do prejuízo econômico causado pela devastação ambiental é uma atividade extremamente complexa e que, por isso, deve levar em conta essa realidade cambiante e não somente se debruçar sobre a lesão imediata, visível e local, uma vez que a degradação não respeita limites temporais ou geográficos.

É por isso que é preciso investir e incentivar o fortalecimento de uma economia verde, mediante a premiação de comportamentos adequados socialmente e, por outro lado, a imposição de sanções rígidas e implacáveis com aqueles que lucram com o aviltamento ambiental em detrimento dos interesses coletivos. Além disso, é indispensável conscientizar os atores econômicos de que negócios ambientalmente sustentáveis tem uma maior chance de atrair capital externo produtivo, focado especialmente na produção de energia limpa e no desenvolvimento da biotecnologia a partir da infinidade das espécies da fauna e flora brasileiras.

2.3 REFLEXOS SOCIAIS DA DEGRADAÇÃO AMBIENTAL

É fato notório que o homem é o maior beneficiário do manuseio dos recursos naturais, uma vez que produz mais do que individualmente pode de fato consumir, gerando, com isso, um inevitável acúmulo de riquezas. Por outro lado, a espécie humana é bastante afetada pela degradação ambiental, sofrendo as consequências da poluição, do desmatamento e da extinção de outras espécies.

Desde meados dos anos 80, Ulrich Beck alerta que as ameaças civilizacionais à natureza seriam cada vez mais transformadas em ameaças sociais, econômicas e políticas e que, tudo isso representaria o maior desafio do presente e do futuro, fato que justifica o conceito de sociedade de risco.

Deste modo, o sociólogo alemão salienta que a questão ambiental é um problema do ser humano ao apontar:

A consequência central: a sociedade, com todos os seus subsistemas, economia, política, família, cultura, justamente na modernidade tardia, deixa de ser concebível como “autônoma em relação à natureza”. Problemas ambientais não são problemas do meio ambiente, mas problemas completamente - na origem e nos resultados - sociais, problemas do ser humano, de sua história, de suas condições de vida, de sua relação com o mundo e com a realidade, de sua constituição econômica, cultural e

política.²⁷¹

O maior dilema causado por esse cenário desanimador é que os ônus e os bônus oriundos da relação do homem com a natureza são partilhados desigualmente entre os seres humanos, sendo que uma pequena parcela usufrui dos ganhos proveniente da exploração do meio ambiente, ao passo que a grande maioria sofre com as consequências cada vez mais severas da devastação.

“A história da distribuição de riscos mostra que estes se atêm, assim como as riquezas, ao esquema de classe - mas de modo inverso: as riquezas acumulam-se em cima, os riscos embaixo”²⁷². “As indústrias de risco foram transferidas para os países com mão de obra barata. Isto não aconteceu por acaso. Existe uma sistemática “força de atração” entre pobreza extrema e riscos extremos”²⁷³.

Não obstante essa estratégia tenha livrado do alcance dos olhos a percepção da devastação, a destruição do meio ambiente não pode ser mais ignorada em nenhum lugar do mundo, ante o frenético fluxo de informações e as evidentes consequências da devastação que são facilmente perceptíveis.

Há que se levar em conta aquilo que Ulrich Beck rotulou como “efeito bumerangue” tendo em vista o processo de globalização e o conseqüente consumo de produtos oriundos de lugares severamente afetados pela degradação ambiental.

Beck ressalta que:

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 classe 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. Eles contêm um *efeito bumerangue*, que implode o esquema de classes. Tampouco os ricos e poderosos estão seguros diante deles. Isto não apenas sob a forma de ameaças à saúde, mas também como ameaças à legitimidade, à propriedade e lucro: com o reconhecimento social de riscos da modernização estão associadas desvalorizações desapropriações ecológicas, que incidem múltipla e sistematicamente a contrapelo dos interesses de lucro e propriedade que impulsionam o processo de industrialização. Ao mesmo tempo os riscos produzem *novos desníveis internacionais*, de um lado entre o Terceiro Mundo e os países industriais, de outro lado entre os próprios países industriais.²⁷⁴

É preciso frisar que muito embora os riscos existenciais modernos sejam aspergidos indiscriminadamente sobre pobres e ricos, as consequências suportadas por cada um

²⁷¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 99.

²⁷² BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 41.

²⁷³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 49.

²⁷⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 27.

se mostram distintas, uma vez que os mais abastados conseguem driblar os efeitos colaterais da devastação ambiental através dos seus recursos pessoais enquanto os hipossuficientes têm sua condição de vida ainda mais precarizada.

Note-se que nem os países desenvolvidos estão imunes aos efeitos nocivos da degradação ambiental, haja vista que a poluição não respeita fronteiras. Assim, pouco ou quase nada adiantou a estratégia de expurgar empresas poluidoras para países em desenvolvimento. Nessa toada, “O efeito bumerangue também acaba por afetar os países ricos, que justamente se haviam livrado dos riscos através da transferência, mas que acabam reimportando-nos junto com os alimentos baratos”²⁷⁵.

De maneira direta, é possível perceber a olho nu que o aquecimento global, o aumento do nível dos oceanos, o incremento de eventos climáticos extremos e a estiagem severa em determinados pontos do planeta têm tornado o desenvolvimento humano mais custoso, dada a escassez de recursos básicos para a sobrevivência. Isso tende a potencializar os fluxos migratórios cada vez mais crescentes e, por conseguinte, majorar os episódios de xenofobia e racismo.

Some-se a isso a disseminação de doenças (pandemias) associadas ao manejo irresponsável da fauna e da flora, que dizimam populações mundo a fora.

Sobre esse assunto, a União Europeia reconhece que:

A desflorestação e a degradação florestal aumentam igualmente a probabilidade de contactos entre animais selvagens, animais de criação e seres humanos, aumentando, por conseguinte, o risco de transmissão de novas doenças e o risco de novas epidemias e pandemias.²⁷⁶

Indiretamente, a degradação da natureza - que durante muito tempo foi sinônimo de progresso - tende a intensificar a desigualdade social, haja vista que os países em desenvolvimento se inclinam a dispor do seu ativo ambiental para imaginariamente atingirem o nível de prosperidade dos países desenvolvidos, cuja biodiversidade foi parcial ou integralmente aniquilada.

Diz-se indiretos os efeitos deletérios provocados de maneira mediata, por via reflexa²⁷⁷, à destruição do meio ambiente, especialmente, o empobrecimento da população ante

²⁷⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 53.

²⁷⁶ UNIÃO EUROPÉIA. Regulamento de desflorestação (UE) n. 0109/2023 da Comissão, de 19 de abril de 2023, que revoga o Regulamento (UE) n.º 995/2010, relativo à proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à disponibilização no mercado da União e à exportação para fora da União de determinados produtos de base e produtos derivados associados à desflorestação e à degradação florestal. p. 4.

²⁷⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 24.

a exigência inarredável da implementação de uma “economia verde”, baseada na sustentabilidade e no conhecimento.

Nesse sentido, Beck arremata:

O efeito bumerangue não precisa se refletir, portanto, unicamente em ameaça direta à vida, podendo ocorrer também através de mediações: dinheiro, propriedade, legitimação. Ele não apenas atinge em repercussão direta o causador isolado. Ele também faz com que todos, globalmente e por igual, arquem com os ônus: o desmatamento causa não apenas o desaparecimento de espécies inteiras de pássaros, mas também reduz o valor econômico da propriedade da floresta e da terra. Onde quer que uma usina nuclear ou termoelétrica seja construída ou planejada, caem os preços dos terrenos.²⁷⁸

Daí a necessidade de um projeto estratégico global capaz de, ao mesmo tempo, combater a pobreza e extirpar a degradação ambiental, promovendo com isso o difundido crescimento sustentável.

Borges e Tachibana lembram que:

A relação meio ambiente e desenvolvimento foi enfatizada com a apresentação e difusão do conceito de desenvolvimento sustentável que se caracteriza por ser aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade das gerações futuras de atenderem às suas próprias necessidades. Esta definição foi elevada a um patamar de elemento central nos discursos ambientalistas.²⁷⁹

Frise-se, por fim, que o art. 225 da Constituição Federal consagrou no seu bojo as vigas mestras do desenvolvimento sustentável, visando a proteção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Realisticamente, é fato notório que o problema da pobreza extrema antecede a emergência climática e ambiental, já que a miséria sempre existiu e constitui um entrave para a implementação de uma agenda econômica “verde”. Daí a indagação: como cobrar um comportamento ambientalmente correto daquele que passa fome?

Sem embargo, esse sempre foi o argumento retórico destinado à postergação da proteção do meio ambiente e à justificação de comportamentos nocivos a ele. Dessa maneira, “A luta contra a fome e pela autonomia compõe o escudo atrás do qual os riscos, de todo modo imperceptíveis, são abafados, minimizados e, em decorrência, potencializados, disseminados e, finalmente, devolvidos aos ricos países industriais ao longo da cadeia alimentar”²⁸⁰.

²⁷⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 45.

²⁷⁹ BORGES, F. H.; TACHIBANA, W. K.. A evolução da preocupação ambiental e seus reflexos no ambiente dos negócios: uma abordagem histórica. In: XXV Encontro Nac. de Eng. de Produção, 1. 2005, Porto Alegre-RS. Anais do ENEGEP, 2005. p. 5235-5242. p. 5239.

²⁸⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 50.

A perda iminente de postos de trabalho é proclamada aos quatro ventos, de modo a manter frouxas as amarras das estipulações e controles de valores máximos para as emissões de poluentes ou para que sequer se investiguem certos resíduos tóxicos detectados nos alimentos.²⁸¹

É fato que muitos países ainda dependem essencialmente dos recursos naturais espalhados por seu território para sustentar toda a sua paupérrima população e certamente terão dificuldade de aderir efetivamente a uma agenda internacional de preservação da natureza.

É justamente por isso que a Agenda 2030 da ONU atrelou umbilicalmente a erradicação da pobreza extrema à proteção do meio ambiente e ao desenvolvimento sustentável.

Nesse sentido, a ONU reconhece que:

[...] a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, incluindo a pobreza extrema, é o maior desafio global e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável. Estamos empenhados em alcançar o desenvolvimento sustentável nas suas três dimensões - econômica, social e ambiental - de forma equilibrada e integrada.²⁸²

Portanto, não há que se falar em desenvolvimento sustentável baseado em um único eixo (o econômico). Na verdade, para que o meio ambiente seja protegido integralmente, é necessário que todos tenham acesso à água potável e alimento seguro, suficiente e nutritivo. Tratam-se, assim, de interesses difusos que precisam ser atendidos concomitantemente com a proteção da natureza.

Além disso, pessoas, governos e empresas precisam estar mobilizados para contribuir com a mudança do vetusto paradigma de consumo e, assim, transformar o modelo econômico para garantir uma vida saudável e próspera para todos, inclusive, para as futuras gerações. É por isso que a agenda 2030 da ONU estimula aportes financeiros destinados ao desenvolvimento científico e tecnológico dos países em desenvolvimento com fito na implementação de padrões sustentáveis de consumo.

Não se deve olvidar que as frequentes crises econômicas que produzem miséria e desigualdade são eventos desencadeadores de movimentos antidemocráticos que podem minar qualquer projeto consensual de proteção ambiental. Governos autoritários tendem a trilhar seus próprios caminhos a despeito dos acordos firmados pela comunidade internacional.²⁸³

É importante ressaltar que a ONU encara o enfrentamento da crise climática

²⁸¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 55.

²⁸² ONU BR – NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL – ONU BR. **A Agenda 2030**. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. p. 3.

²⁸³ HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 153.

como uma postura irreversível no sentido da junção de esforços intergovernamentais para reduzir das emissões de gases de efeito estufa e conter a degradação dos recursos naturais existentes. Para tanto, aquele órgão intergovernamental conta com a solidariedade global para implementação de políticas e ações concretas com fito no desenvolvimento sustentável dos povos.

2.4 REFLEXOS INTERNACIONAIS DO DANO AMBIENTAL, A AGENDA 2030 DA ONU E O POSICIONAMENTO DA UNIÃO EUROPÉIA

Como já se afirmou aqui, a degradação do meio ambiente é um problema global que provoca consequências deletérias universais e atemporais. Portanto, é uma adversidade que deve ser enfrentada coletivamente, a despeito dos interesses locais acerca do tema.

Desta feita, sem o esteio de organismos internacionais, o Estado nacional pouco ou nada pode fazer diante dessa situação inconveniente, pois, agindo de maneira isolada, o Estado somente prejudicaria os interesses econômicos imediatos do seu setor produtivo. Assim, “O capital pode sempre se mudar para locais mais pacíficos se o compromisso com a ‘alteridade’ exigir uma aplicação dispendiosa da força ou negociações cansativas. Não há necessidade de se comprometer se basta evitar”²⁸⁴.

Ulrich Beck salienta que a devastação ambiental:

*[...] impugna tanto as fronteiras nacionais quanto as fronteiras dos sistemas federais e dos blocos econômicos. Enquanto as sociedades de classes são organizadas em Estados Nacionais, as sociedades de risco fazem emergir “comunhões de ameaça” objetivas, que em última instância somente podem ser abarcadas no marco da sociedade global.*²⁸⁵

Isso revela a fragilidade do Estado nacional diante das ameaças transnacionais e exige novas soluções coletivas que importam numa aproximação dos países para a solução de dilemas que lhes são comuns.

No âmbito do direito internacional, a defesa do meio ambiente hoje é uma realidade e impõe normas programáticas para o reflorestamento de áreas degradadas, a proteção

²⁸⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização**: as consequências humanas. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 18.

²⁸⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 57.

de comunidades indígenas (e de povos originários) que contribuem para a preservação da natureza e o estancamento de atividades nocivas ao meio ambiente.

Essa postura foi prevista por Ulrich Beck há quase quatro décadas. Para o sociólogo, “[...] a partir do momento em que os riscos da modernização tenham passado com sucesso pelo processo social de seu (re)conhecimento, altera-se a ordem mundial - mesmo que inicialmente pouco tenha ocorrido em termos de ação”²⁸⁶. Assim, a conscientização da sociedade civil acerca da emergência ambiental importará na mudança de postura dos órgãos nacionais e supranacionais em prol da preservação do meio ambiente.

Nessa toada, a ONU e a União Europeia têm reunido esforços para promover a modificação da matriz econômica mundial (hoje calcada em grande monta na indústria extrativista e no consumo de energia proveniente de fontes não renováveis e poluidoras), inclusive, impondo metas aos países desenvolvidos, propondo estímulos econômicos aos países em desenvolvimento e estabelecendo sanções às nações e empresas que lucram com o desmatamento (ou degradação) direto ou indireto.

Com o objetivo de equacionar os interesses de cada país, ainda na década de 80, Ulrich Beck idealizou medidas compensatórias:

Daqui em diante, os países industriais precisam ser diferenciados também de acordo com suas “balanças nacionais de emissão e imissão”. Em outras palavras, passam a surgir desigualdades internacionais entre diferentes países industriais, com “superávit”, “equilíbrio” ou “déficit” na balança de poluentes, ou dito de forma mais clara: entre os “países poluentes” e aqueles que têm de arcar com o ônus da sujeira dos outros, com o aumento na taxa de mortalidade, desapropriações e desvalorizações. Até mesmo a “comunidade socialista de estados irmanados” terá de se confrontar em breve com essa diferenciação e com o material conflitivo nela contido.²⁸⁷

É inevitável a conclusão de que essas organizações internacionais laboram essencialmente com o binômio vantagem/desvantagem econômica para estimular a preservação e hostilizar a degradação ambiental. Por isso, é preciso destacar que “[...] as empresas industriais que buscam manter ou melhorar suas posições competitivas, se deparam cada vez mais com a exigência de novas posturas em relação às variáveis ambientais”²⁸⁸.

Em meados de 2015, a ONU criou um plano global para a implementação de um contínuo e gradativo desenvolvimento econômico, social e ambiental. Esse projeto estabeleceu 17 objetivos e 169 metas baseados essencialmente na cooperação entre povos e nações, para

²⁸⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 94.

²⁸⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 48.

²⁸⁸ BORGES, F. H.; TACHIBANA, W. K.. A evolução da preocupação ambiental e seus reflexos no ambiente dos negócios: uma abordagem histórica. In: XXV Encontro Nac. de Eng. de Produção, 1. 2005, Porto Alegre-RS. **Anais do ENEGEP**, 2005. p. 5235-5242. p. 5241.

que, até o ano de 2030, as medidas sejam implementadas e, assim, a pobreza seja erradicada e o planeta protegido em face do modelo econômico autodestrutivo e nada sustentável consagrado especialmente nos séculos XVIII, XIX e XX.

Com fito no combate ao consumo irracional, a ONU deixa claro os seus objetivos ao valorizar a aquisição de produtos e serviços desenvolvidos, criados ou compostos a partir de fontes sustentáveis e através de meios não exploratórios. No preâmbulo do documento denominado agenda 2030, a ONU assevera:

Estamos determinados a proteger o planeta da degradação, sobretudo por meio do consumo e da produção sustentáveis, da gestão sustentável dos seus recursos naturais e tomando medidas urgentes sobre a mudança climática, para que ele possa suportar as necessidades das gerações presentes e futuras.²⁸⁹

Na visão da ONU, a tão sonhada prosperidade pessoal no contexto do século XXI passa necessariamente pela preservação da natureza. Noutros termos, inexistente progresso econômico, social e tecnológico com base em premissas antiecológicas.

Note-se que a Constituição brasileira apregoa esses mesmos valores desde 1988, a partir da valorização do trabalho e da produção ambientalmente sustentável (art. 170, VI, da CF) com fito na preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações (art. 225 da CF).

Para alcançar aqueles mesmos objetivos, a União Europeia pretende produzir um efeito comunicativo na comunidade internacional por meio do desestímulo à produção e consumo de produtos e serviços nocivos ao meio ambiente.

Na sua Comunicação de 23 de julho de 2019 sobre a intensificação da ação da UE para proteger as florestas a nível mundial ("comunicação sobre a intensificação da ação da UE para proteger as florestas a nível mundial"), a Comissão identificou como prioridade a redução da pegada da União relativamente à terra associada ao consumo e incentivou o consumo na União de produtos provenientes de cadeias de abastecimento não associadas à desflorestação. Na sua Comunicação de 11 de dezembro de 2019 relativa ao Pacto Ecológico Europeu, a Comissão delineou uma nova estratégia de crescimento que visa transformar a União numa sociedade equitativa e próspera, dotada de uma economia moderna, eficiente na utilização dos recursos, competitiva e assente num comércio sustentável e baseado em regras [...].²⁹⁰

De acordo com os dados anunciados pela União Europeia, a expansão agrícola e

²⁸⁹ ONU BR – NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL – ONU BR. **A Agenda 2030**. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 22 dezembro 2023.

²⁹⁰ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento de desflorestação (UE) n. 0109/2023 da Comissão, de 19 de abril de 2023, que revoga o Regulamento (UE) n.º 995/2010, relativo à proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à disponibilização no mercado da União e à exportação para fora da União de determinados produtos de base e produtos derivados associados à desflorestação e à degradação florestal. p. 9.

pecuária é responsável pelo desflorestamento global na ordem de 90%, sendo 50% inerente à agricultura e 40% resultante de atividades ligadas ao cuidado e engorda de rebanhos²⁹¹.

No Brasil, em consonância com dados apurados pela FEBRABAN:

O desmatamento e a degradação dos solos representam aproximadamente 45% das emissões de gases de efeito estufa (GEE) do Brasil, tornando a mudança no uso do solo a principal fonte de emissões do país. A maior parte deste desmatamento ocorre de forma ilegal (mais de 95%, segundo dados do Mapbiomas, para o ano de 2021). E o bioma Amazônia é que o que apresenta a maior área desmatada (cerca de 60% do total em 2021). Em 2022, 12,5mil km² foram desmatados no Bioma, segundo os dados do Prodes/Inpe.²⁹²

Em síntese, no Brasil, o uso irresponsável dos recursos naturais é o fator contribuinte preponderante com o aquecimento global. Aqui, portanto, há uma evidente dissociação do uso da propriedade e sua finalidade socioambiental.

É por isso que a União Europeia aposta na difusão compulsória de informações acerca da cadeia produtiva e do seu impacto sobre a natureza, com o escopo de conter o desmatamento e da degradação ambiental.

O Regulamento da União Europeia assevera que:

Com base nos instrumentos de monitorização existentes, nomeadamente os produtos Copernicus e outras fontes públicas ou privadas disponíveis, o Observatório da UE deverá facilitar o acesso a informações sobre as cadeias de abastecimento às entidades públicas, aos consumidores e às empresas, disponibilizando dados e informações de fácil compreensão que estabeleçam uma ligação entre a desflorestação, a degradação florestal e as alterações da cobertura florestal mundial e a procura e comércio de produtos de base e de produtos derivados na União.²⁹³

Com isso, a União Europeia pretende monitorar todas as etapas do processo produtivo dos seus fornecedores, de modo a garantir que os órgãos estatais e os cidadãos da comunidade tenham acesso a dados e informações relacionados à deterioração do meio ambiente.

Vale destacar que cerca de 30% do desmatamento total aferido no globo terrestre é considerado legal pelos governos locais onde produtos e insumos foram extraídos ou

²⁹¹ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento de desflorestação (UE) n. 0109/2023 da Comissão, de 19 de abril de 2023, que revoga o Regulamento (UE) n.º 995/2010, relativo à proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à disponibilização no mercado da União e à exportação para fora da União de determinados produtos de base e produtos derivados associados à desflorestação e à degradação florestal. p. 9.

²⁹² Bancos estabelecem regra de autorregulação para a cadeia de carne bovina. Disponível em: <<https://portal.febraban.org.br/noticia/3934/pt-br/>>. Acesso em: 22 dezembro 2023.

²⁹³ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento de desflorestação (UE) n. 0109/2023 da Comissão, de 19 de abril de 2023, que revoga o Regulamento (UE) n.º 995/2010, relativo à proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à disponibilização no mercado da União e à exportação para fora da União de determinados produtos de base e produtos derivados associados à desflorestação e à degradação florestal. p. 23.

cultivados. Na visão da União Europeia pouco importa a aparente legalidade da destruição do meio ambiente ante o ordenamento jurídico local. Para aquela comunidade de países a degradação ambiental será tratada da mesma forma, ainda que considerada legal pelo país de origem.

Além disso, a União Europeia pretende banir não somente os *players* que contribuem diretamente com o desflorestamento, mas também aqueles que contam com parceiros que se valem da ruína da natureza para auferir alguma vantagem competitiva e, assim, fornecer insumos mais baratos aos produtores rurais, especialmente àqueles que se dedicam à agropecuária.

Os efeitos concretos dessas medidas já podem ser sentidos por aqui, porquanto os produtores já se movimentam para adequarem-se ao novo modelo de negócio exigido internacionalmente. Essa mudança impacta não somente o setor produtivo, mas também o campo financeiro que teme ser mal visto por seus investidores e ter seus ativos comprometidos pelo risco de insucesso dos empreendimentos de seus devedores.

Prova disso é que a Federação Brasileira de Bancos, a FEBRABAN, estabeleceu um regulamento destinado padronizar e supervisionar o comportamento dos bancos que voluntariamente aderirem ao regramento.

As novas regras, aprovadas em março, determinam que os bancos participantes da Autorregulação irão solicitar aos seus clientes frigoríficos, na Amazônia Legal e no Maranhão, a implementação de um sistema de rastreabilidade e monitoramento que permita demonstrar, até dezembro de 2025, a não aquisição de gado associado ao desmatamento ilegal de fornecedores diretos e indiretos.²⁹⁴

A partir dessa iniciativa, a FEBRABAN demonstra ter consciência de que os bancos são a força motriz das cadeias produtivas e, por isso, possuem o papel fundamental de estimular e desenvolver o processo de transição de uma economia poluidora para outra sustentável. Para tanto, a exemplo dos corolários estabelecidos na Agenda 2030, é necessário inibir os riscos socioambientais da agropecuária e, por conseguinte, estimular a conquista de mercados exigentes como a União Europeia.

Não bastasse isso, seguindo o ditame entabulado no art. 78-A do Código Florestal (Lei n. 12.651/12), a Resolução 140/2021 do Banco Central do Brasil é clara no sentido de restringir o crédito rural àquele produtor que não esteja inscrito ou cuja inscrição se encontre cancelada no Cadastro Ambiental Rural (CAR). De igual forma, essa mesma resolução

²⁹⁴ Bancos estabelecem regra de autorregulação para a cadeia de carne bovina. Disponível em: <<https://portal.febraban.org.br/noticia/3934/pt-br/>>. Acesso em: 22 dezembro 2023.

nega acesso a crédito ao produtor rural que mantém seu negócio em Unidade de Preservação ou em terras ocupadas e tituladas por remanescentes das comunidades de quilombos ou por população tradicional beneficiária ou residente. Além disso, Resolução n. 140/2021 veda o financiamento de empreendimentos em imóveis embargados por desmatamento ilegal pelo Ibama, no Bioma Amazônia.

Na perspectiva social, o Banco Central orienta que as instituições financeiras não custeiem produtores rurais que estejam inscritos no cadastro de empregadores que mantiveram trabalhadores em condições análogas à escravidão, em razão de decisão administrativa final relativa ao auto de infração.

Noutra frente, a União Europeia pretende inibir a aquisição de produtos oriundos de regiões que não respeitam regras socioambientais de produção. Para tanto, aquela entidade supranacional passou a responsabilizar o comerciante local pela idoneidade de toda a cadeia produtiva daquilo que é comercializado em seu estabelecimento.

O regulamento prevê que o comerciante local deve possuir informações detalhadas de todas as etapas do processo produtivo praticado por seus fornecedores e disponibilizar tais informações às autoridades e consumidores europeus. Com isso, até mesmo as rações que alimentaram os animais abatidos e vendidos na União Europeia deverão ser rastreadas e monitoradas.

Nesse sentido, o documento deixa claro que:

[...] os operadores que colocam no mercado, ou exportam, produtos derivados em causa que contenham ou que tenham sido fabricados com bovinos, que tenham sido alimentados com produtos derivados em causa que contenham ou tenham sido fabricados com outros produtos de base em causa ou produtos derivados em causa, deverão certificar-se, no âmbito do seu sistema de diligência devida, de que as rações não são associadas à desflorestação.²⁹⁵

Assim, a União Europeia labora com a ideia de fiscalização rigorosa de produtos de base em causa e produtos derivados em causa como forma de combater efetivamente a degradação ambiental. Desse modo, pouco importa se o produto comercializado agride direta ou indiretamente o meio ambiente. Em ambos os casos o consumo e a comercialização devem ser evitados.

A fiscalização se evidencia tão intensa que os dados de desmatamento devem ser

²⁹⁵ UNIÃO EUROPÉIA. Regulamento de desflorestação (UE) n. 0109/2023 da Comissão, de 19 de abril de 2023, que revoga o Regulamento (UE) n.º 995/2010, relativo à proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à disponibilização no mercado da União e à exportação para fora da União de determinados produtos de base e produtos derivados associados à desflorestação e à degradação florestal. p. 27.

aferidos a partir do programa espacial da União Europeia através de georreferenciamento da planta ou da área da propriedade produtora. Desse modo, o comerciante terá que atentar para o:

[...] o cumprimento dos requisitos de ausência de desflorestação e degradação florestal e de legalidade, nomeadamente através da identificação do país ou de partes do país de produção e incluindo as coordenadas de geolocalização das parcelas de terreno em causa. Essas coordenadas de geolocalização que dependem da cronometria, da localização e/ou da observação da Terra podem recorrer a dados e serviços espaciais fornecidos no âmbito do programa espacial da União (EGNOS/Galileo e Copernicus).²⁹⁶

Além disso, a exemplo daquilo que está previsto na Constituição brasileira desde 2003 (art. 170, VI, da CF), a União Europeia pretende dispensar tratamento diferenciado aos produtores provenientes de países de alto ou baixo risco. Noutros termos, os produtores de países comprometidos com a preservação do meio ambiente receberão um tratamento simplificado, menos rigoroso, no tocante à fiscalização, porquanto, presumir-se-á que já foram fiscalizados adequadamente na região de origem. Noutra ponta, os produtores oriundos de países classificados como de “alto risco” serão objeto de um controle mais rigoroso.

É importante consignar que, de acordo com o Regulamento, a União Europeia não pretende eliminar países classificados como de “alto risco” do seu mercado, mas almeja habilitá-los para que reduzam seus níveis de riscos ambientais.

A União Europeia também aposta no efeito comunicativo de suas decisões (bem como dos órgãos internos dos Estados-Membros) para alcançar a finalidade da prevenção geral dos demais *players*.

Conforme o Regulamento:

A fim de aumentar a responsabilização dos operadores e comerciantes, a Comissão deverá publicar no seu sítio Web a lista de sentenças transitadas em julgado contra pessoas coletivas por infrações ao presente regulamento e as sanções que lhes foram impostas. Essa informação poderá ajudar as autoridades competentes, outros operadores e comerciantes a realizar as suas avaliações do risco e aumentar a sensibilização dos consumidores e da sociedade civil para os operadores e comerciantes que infringem o presente regulamento.²⁹⁷

Destaque-se que, ao menos nesse documento, a União Europeia consigna que

²⁹⁶ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento de desflorestação (UE) n. 0109/2023 da Comissão, de 19 de abril de 2023, que revoga o Regulamento (UE) n.º 995/2010, relativo à proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à disponibilização no mercado da União e à exportação para fora da União de determinados produtos de base e produtos derivados associados à desflorestação e à degradação florestal. p. 34.

²⁹⁷ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento de desflorestação (UE) n. 0109/2023 da Comissão, de 19 de abril de 2023, que revoga o Regulamento (UE) n.º 995/2010, relativo à proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à disponibilização no mercado da União e à exportação para fora da União de determinados produtos de base e produtos derivados associados à desflorestação e à degradação florestal. p. 49.

sua intenção não é o banimento dos concorrentes oriundos de regiões classificadas como de “alto risco”, ao revés pretende cooperar com esses países a fim de reduzir o nível de risco e, assim, viabilizar seu acesso ao mercado europeu.

É imperioso sublinhar que o efeito comunicativo desejado pela União Europeia não se limita ao âmbito econômico, antes, labora até mesmo com o emprego do direito penal como instrumento de reprovação contra comportamentos antiecológicos, reconhecendo, portanto, a insuficiência das sanções civis e administrativas para desestimular a destruição do meio ambiente.

A Diretiva 2008/99/CE do Parlamento e do Conselho Europeu trata da proteção do meio ambiente através do direito penal:

A experiência tem revelado que os actuais regimes de sanções não têm sido suficientes para garantir a observância absoluta da legislação sobre protecção do ambiente. Esta observância pode e deverá ser reforçada através da previsão de sanções penais que reflectam uma desaprovação social qualitativamente diferente das sanções administrativas ou dos mecanismos de indemnização do direito civil.²⁹⁸

Na visão da União Europeia, a criação e a uniformização de regras penais atinentes ao meio ambiente propiciam métodos mais eficazes e contundentes de investigação e de assistência dentro daquela comunidade de países.

O escopo principal dessa diretiva era obrigar que cada Estado-Membro estabelecesse regras mínimas de direito penal e impusesse sanções de igual natureza com o fim de proteger o meio ambiente e reprochar comportamentos que atentam contra a natureza. Vale destacar que a Diretiva franqueou a possibilidade de os Estados-Membros adotarem internamente medidas ainda mais restritivas para a efetiva proteção do meio ambiente.

A exemplo do §3º, do art. 225 da Constituição brasileira e do art. 3º da Lei n. 9.605/98, a Diretiva impõe a responsabilização criminal das pessoas jurídicas desde que as infrações sejam cometidas em seu benefício por qualquer pessoa que desempenhe um cargo de direção, agindo, quer a título individual, quer como membro de um dos órgãos do ente fictício, com base em poderes de representação da pessoa jurídica, autoridade para tomar decisões em seu nome ou autoridade para exercer seu controle.

Fora isso, a Agenda 2030 da ONU fez um chamamento geral para “mudar o mundo”. Num trecho do documento a organização enfatiza que:

“Nós, os povos” são as celebradas palavras de abertura da Carta da ONU. E são “nós

²⁹⁸ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2008/99/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0099>> Acesso em: 22 dez. 2023.

os povos” que estão embarcando hoje na estrada para 2030. Nossa jornada vai envolver governos, bem como os parlamentos, o Sistema das Nações Unidas e outras instituições internacionais, autoridades locais, povos indígenas, sociedade civil, os negócios e o setor privado, a comunidade científica e acadêmica - e todas as pessoas. Milhões já se envolveram com - e passarão a deter - esta Agenda. É uma Agenda do povo, pelo povo e para o povo - e isto, acreditamos, irá garantir o seu sucesso.²⁹⁹

A Agenda 2030 estabeleceu uma série de ODS (Objetivos de Desenvolvimento Sustentável) que deverão ser alcançados ou melhorados ao longo de 15 (quinze) anos.

Dentre eles é possível destacar o “objetivo 6”, o qual tem por escopo assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos, eliminando despejo e minimizando a liberação de produtos químicos e materiais perigosos nos rios e mares. Além disso, buscar-se-á o financiamento e a implementação de novas tecnologias capazes de reciclar a água.

Já o “objetivo 7” visa a mudança da matriz energética global, hoje escorada em fontes não renováveis e altamente poluidoras. Com isso, a Agenda 2030 visa assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos.

O “objetivo 12” almeja assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis, para que as indústrias privilegiem materiais e recursos naturais reutilizáveis, de modo a não agravar o impacto ambiental de suas atividades. No mesmo sentido, embora em perspectiva distinta, a ONU pretende conscientizar o consumidor acerca da nocividade social e ambiental de determinados produtos, além de desestimular o consumo irracional e desnecessário de bens e serviços.

Espera-se que esse objetivo alcance êxito até 2030 e, assim, haja uma gestão sustentável dos recursos naturais e o seu uso eficiente. Com isso, pretende-se, por exemplo, a consecução do manejo ambientalmente saudável dos produtos químicos e todos os resíduos, ao longo de todo o ciclo de vida destes, para minimizar seus impactos negativos sobre a saúde humana e o meio ambiente.

O “objetivo 13” ressalta a necessidade da adoção de medidas urgentes pelos governos e sociedade civil para combater a mudança climática e seus reflexos. Nesse propósito, a ONU deseja integrar medidas em nível global, de modo a homogeneizar políticas, estratégias e planos nacionais para retardar e amenizar os efeitos das mudanças climáticas.

O “objetivo 15” visa proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter

²⁹⁹ ONU BR – NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL – ONU BR. **A Agenda 2030**. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 22 dezembro 2023.

e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade.

A expectativa inicial era deter o desmatamento, promover a implementação da gestão sustentável de todos os tipos de florestas, restaurar aquelas já degradadas e aumentar substancialmente o florestamento e o reflorestamento globalmente. Além disso, espera-se que até 2030 o processo de desertificação seja freado e seja promovida a restauração dos solos já degradados e afetados pela desertificação.

Nessa mesma perspectiva, os signatários da Agenda 2030 se comprometeram a reduzir a degradação de habitats naturais da fauna e, assim, deter a perda de biodiversidade – especialmente por meio da proteção de espécies ameaçadas de extinção. O compromisso envolve a obrigação de tomar ações concretas para acabar com a caça e o tráfico ilegais de espécimes da flora e da fauna, focadas essencialmente no combate à demanda e à oferta de plantas e animais de origem selvagem.

Fora isso, cientes das mudanças impostas pelos entes governamentais e intergovernamentais, várias empresas - especialmente aquelas que possuem atuação global - estão se dedicando ao aperfeiçoamento de seus processos produtivos para que o impacto de suas atividades não seja negativo na sociedade e, por conseguinte, não prejudique a sua reputação.

É por isso que grandes corporações têm adotado a sigla ESG como padrão de boas práticas e, com isso, obter linhas de financiamento e captação de recursos com um custo mais baixo, além de obter prestígio junto aos seus parceiros e colaboradores.

A sigla ESG significa Environmental, Social and Governance, em português Ambiental, Social e Governança.

Na dimensão ambiental, a empresa que segue o padrão ESA se mostra preocupada em combater os fatores desencadeadores do aquecimento global e, por isso, esforça-se para mitigar a emissão de gases poluentes, mediante o uso de energia limpa e renovável em seus processos. Ademais, inibe a poluição do ar e da água, gerindo adequadamente os resíduos da produção, entre outras iniciativas.

Na dimensão social, a corporação que ostenta a categoria ESG prima pelo respeito aos direitos humanos, remunera de maneira justa seus colaboradores, promove o respeito à diversidade de raça, gênero, credo e etnia, protege os dados fornecidos por seus clientes e investe na comunidade local.

Por fim, a dimensão governança, a empresa que segue o padrão ESG possui um trato ético com o poder público e implementa mecanismos contra atos de corrupção. Além disso, promove auditorias internas e externas para verificar a idoneidade e legitimidade dos seus

processos. Fomenta canais de denúncia contra discriminação e assédio. Estimula e implementa a transparência de dados.

3 A TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE

O artigo 225, §3º, da Constituição Federal aduz sobre a responsabilização penal daquele que provoca o dano ambiental. No entanto, a delimitação dos comportamentos criminosos ficou a cargo do legislador ordinário, o qual foi desafiado a estruturar um “microsistema” criminal para o combate à criminalidade ligada à destruição da natureza. Sublinhe-se que a Lei n. 9.605/98 possui critérios diferenciados para a aplicação, substituição e execução da pena imposta ao infrator.

É importante ter em mente que, antigamente, o direito penal se preocupava exclusivamente com bens jurídicos individuais palpáveis, tais como a vida, o patrimônio, a liberdade etc. Nesse contexto de concretude, o direito penal se dobrava claramente diante das garantias individuais estabelecidas ao longo dos séculos, regras que fizeram com que o Estado fosse contido contra impulsos autoritários. Assim, a condenação de alguém pela prática de um crime passou a ser possível somente quando houvesse prova consistente da existência da conduta, do nexo causal e do resultado concreto.

Hoje, além dos interesses jurídicos individuais, o direito penal tem que lidar com bens jurídicos universais, difusos e intangíveis, que demandam um tratamento diferenciado de algumas questões, tais como a inexigibilidade do início da execução criminosa (ou seja, punição de atos preparatórios), a dispensa do resultado concreto e a desnecessidade da imputação individual e específica de um fato delituoso (imputação pessoal).

Hassemer estabelece um crivo interessantes sobre os bens jurídicos. Para ele:

Conceitos como “saúde popular”, “condições funcionais do mercado de capitais”, “economia popular” ou “moralidade sexual coletiva” não trazem nenhuma pitada político-criminal, eles servem para fundamentar tudo e nada ao mesmo tempo. Bens jurídicos modelares segundo o paladar do princípio em apreço são de outro calibre. Trata-se dos interesses primários da pessoa à vida, à saúde, à liberdade, à propriedade, ou seja, bens jurídicos individuais. Bens jurídicos universais, ao contrário principalmente quando enunciados tão vagamente como os que acabamos de mencionar -, necessitam passar pelo teste que afere se eles, em última instância, remetem-se a interesses concretos e justos de pessoas concretas.³⁰⁰

Destarte, a complexidade dos fatos que atingem bens jurídicos universais tem

³⁰⁰ HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, p. 36-71, 1994.

permitido, por exemplo, que o Ministério Público ofereça denúncias genérica, ou seja, sem a individualização pormenorizada das condutas dos envolvidos nos casos que envolvem a ação de organizações criminosas.

Há quem entenda que o direito penal atual abandonou sua condição de *ultima ratio*, pois passou a ser compreendido como o meio de controle social imediato preferido pela sociedade pós-moderna.

Hassemer afirma que:

Problemas ambientais, drogas, criminalidade organizada, economia, tributação, informática, comércio exterior e controle sobre armas bélicas – sobre estas áreas concentra-se hoje a atenção pública; sobre elas aponta-se uma “necessidade de providências”; nelas realiza-se a complexidade das sociedades modernas e desenvolvidas; delas preferencialmente surgem na luz do dia os problemas de controle desta sociedade: São áreas “modernas”, e delas se encarrega o atual Direito penal. Nestas áreas, espera-se a intervenção imediata do Direito penal, não apenas depois que se tenha verificado a inadequação de outros meios de controle não penais. O venerável princípio da subsidiariedade ou da *ultima ratio* do Direito penal é simplesmente cancelado, para dar lugar a um Direito penal visto como *sola ratio* ou *prima ratio* na solução social de conflitos: a resposta penal surge para as pessoas responsáveis por estas áreas cada vez mais frequentemente como a primeira, senão a única saída para controlar os problemas.³⁰¹

A constatação de Hassemer é em parte verdadeira, já que a sociedade contemporânea exige respostas quase instantâneas contra os novos desafios que se apresentam. Entretanto, concretamente, ousa-se questionar: porventura os outros ramos do Direito são hábeis para prevenir e reprimir a prática dos ilícitos oriundos da modernidade?

Não há dúvidas que o Estado Social tem uma conotação de prestador de serviços, de provedor da satisfação da sociedade e, sobretudo, de um ente gerador de expectativas. Desse modo, as demandas modernas e complexas são reivindicadas perante esse Estado “garantidor”.

Dessa forma, é fato que o direito penal espalhou seus tentáculos para todos campos da vida moderna, quais sejam, consumo, meio ambiente, segurança, saúde pública etc, demonstrando um inegável processo expansionista.

Segundo Callegari e Motta:

Assim, do debate mais importante dos últimos tempos reside em como conciliar o princípio de intervenção mínima em matéria penal com uma eficaz proteção de novos bens jurídicos coletivos socioeconômicos que se apresentam como uma realidade do Estado Social, com a aparição de novas formas de criminalidade complexa, organizada, empresarial, próprias de uma sociedade cada vez mais complexada, onde proliferam os riscos para bens jurídicos fundamentais, a criminalidade é transnacional, e com o fato de que o direito penal tenha assumido o papel de primeiro instrumento de tutela dos direitos dos cidadãos. Diante disso, parece que estamos diante da

³⁰¹ HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, p. 36-71, 1994.

“quadratura do círculo”.³⁰²

Todavia, é necessário insistir no questionamento: uma organização criminoso pode ser debelada sem a atuação do direito penal e o uso dos seus mecanismos? Pode uma célula terrorista ser desmantelada sem o emprego das ferramentas diferenciadas que o direito penal do inimigo dispõe? Desconsiderando o mandado constitucional de criminalização dos delitos ambientais, acaso o direito administrativo é hábil para comunicar aos indivíduos aquilo que a sociedade deseja acerca do meio ambiente?

É fato notório que o direito penal está em um processo de expansão e que a contraposição entre *ultima ratio* e a intervenção penal estatal aparenta ser cada vez mais aflorada. Entretanto, é necessário compreender que a neocriminalidade (delinquência difusa) não pode ser combatida com as mesmas ferramentas aplicadas na apuração e punição dos crimes “clássicos”, geralmente de índole individual.

Fora isso, não é necessário testar empiricamente todas as formas de controle social antes de acionar o direito penal. Muito pelo contrário, o princípio da subsidiariedade pode ser valorado abstratamente e, a partir daí, sentenciar a aplicação ou não do direito penal.

Pensar em direito penal mínimo em algumas hipóteses da neocriminalidade é o mesmo que fornecer um estimulante aos delinquentes, os quais se sentirão impelidos à prática criminosa, pois não haverá uma resposta equivalente do Estado no sentido de reafirmação da norma e restauração das expectativas. A punição deve funcionar como mecanismo contrafático de reafirmação da soberania estatal e de restauração das expectativas frustradas pela prática do ilícito.

Com efeito, é preciso consignar que:

As sanções sociais, assim como as jurídico-penais, mantêm o seu sentido somente através da sua referência às normas sociais. O mal que elas realizam tem motivo e fundamento: o desvio das normas sociais, a violação à norma. Sem uma relação com o desvio perceptível pelos participantes as sanções seriam um infortúnio ou uma lesão; mas dentro do contexto elas se tornam compreensíveis como conduta final, dirigida a um fim, como conduta com sentido social. Este sentido dirige-se à norma; a sanção confirma a norma, estabelece-a como uma expectativa contra-fática de conduta, fixa-a. Toda sanção anuncia uma outra sanção para o caso de um novo desvio da norma.³⁰³

Desse modo, o Direito não pode transmitir à sociedade a ideia de que o meio

³⁰² CALLEGARI, A. L.; MOTTA, C. R. Estado e política criminal: a contaminação do direito penal ordinário pelo direito penal do inimigo ou a terceira velocidade do direito penal. **Revista dos Tribunais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 867, p. 453-469, 2008.

³⁰³ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 413-414

ambiente é um bem jurídico de segunda categoria e que o ordenamento jurídico pode ser afrontado nessa matéria sem que o delinquente sofra nenhuma consequência consistente. Por isso, ante a emergência climática, a pressão internacional e a imposição do mercado é possível prever nos próximos anos e décadas o aumento do rigor das normas penais contra aqueles que emporcalha e degrada a natureza.

3.1 O CONTEMPORÂNEO ANSEIO POR SEGURANÇA E A TUTELA DE BENS JURÍDICOS UNIVERSAIS

A imersão no cotidiano da sociedade de risco implica num efeito colateral bastante comum, qual seja, a constante sensação de insegurança. Tal impressão é exponencialmente maximizada pelos meios de comunicação, pela desesperança e pelo ressentimento.

Bauman aponta que:

O medo é seguramente o mais sinistro dos muitos demônios que se aninham nas sociedades abertas de nossa época. Mas é a insegurança do presente e a incerteza do futuro que criam e alimentam o mais aterrador e menos suportável de nossos medos. A insegurança e a incerteza, por sua vez, nascem de um sentimento de impotência: não parecemos mais estar no controle, sejam sozinhos, em grupo ou coletivamente, dos assuntos de nossas comunidades, da mesma forma que não estamos no controle dos assuntos do planeta.³⁰⁴

A ideia de se estruturar um direito penal lastreado na estrita defesa de bens jurídicos não é nova e ganhou força a partir dos movimentos constitucionalistas do início do século XX, especialmente após a 1ª guerra mundial.

Nesse sentido, Roxin afirma que:

A ciência do Direito Penal alemão do pós-guerra tentou limitar o poder de intervenção jurídico-penal na teoria do bem jurídico. A ideia principal foi que o Direito Penal deve proteger somente bens jurídicos concretos, e não convicções políticas ou morais, doutrinas religiosas, concepções ideológicas do mundo ou simples sentimentos.³⁰⁵

Por conta disso, ainda hoje, muitas são as vozes que entendem que o direito penal só deve atuar para proteger bens jurídicos concretos e que, por isso, os interesses universais

³⁰⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 167.

³⁰⁵ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 12.

devem ser vistos com reservas. Nesta linha, para o funcionalismo teleológico, a ação do direito penal só se justifica quando algum bem jurídico for exposto a risco concreto ou efetivamente atingido por uma conduta lesiva.

Hassemer afirma que:

Com o comprometimento da tutela penal com a proteção de bens jurídicos, ocorreu que, de um lado, o princípio da *ultima ratio* ganhou vida e, de outro, as portas da metodologia das ciências empíricas foram franqueadas. O Direito penal passa a se apresentar como meio de solução de problemas sociais (proteção de bens jurídicos via instrumentos penais), subordina, porém, o emprego de seu maquinário – porque ele magoa e fere intensivamente – a rigorosíssimos requisitos e, afinal, só entrará em campo quando nada mais adiantar.³⁰⁶

Para Roxin - ícone do funcionalismo teleológico - um bem jurídico não precisa ter realidade material ou concreta para ser protegido pela norma. Para ele:

De forma correspondente com o anterior, embora as instituições estatais como a administração da justiça ou o sistema monetário ou outros bens jurídicos de todos tampouco são objetos corporais, mas são realidades vitais cuja diminuição prejudica, de forma duradoura, a capacidade de rendimento da sociedade e a vida dos cidadãos.³⁰⁷

Contudo, sob esse prisma, por exemplo, torna-se muito difícil justificar a tutela penal da saúde pública nos crimes ligados à venda de narcóticos, porquanto tal proteção estatal recai sobre bem jurídico etéreo, de difícil mensuração e de raro resultado concreto.

Nesse sentido, Greco afirma que “É de admitir-se que um direito penal protetor de bens jurídicos tem grande dificuldade em justificar o porquê de se proibirem e punirem ações não-perigosas para bem jurídico algum, mas tão-só animadas por uma vontade criminoso”.³⁰⁸

Não obstante isso, Roxin reconhece que a simples transcrição do objeto da lei na norma não é suficiente para justificar a tutela de um bem jurídico. Para ele:

Se, como entre nós ocorre frequentemente, considera-se, no primeiro evento, a «liberdade da sociedade para ter trato com drogas», e no segundo «a liberdade de doações de órgãos para fins comerciais» como bens jurídicos protegidos, isto não é suficiente para a legitimação da regulação, pois com isto somente se expressa o que fez o legislador. Entretanto, do que se trata é se desta forma se diminui a coexistência livre e pacífica dos homens. Quando através do controle estatal se impedem abusos se deve responder a isto negativamente.³⁰⁹

³⁰⁶ HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, p. 36-71, 1994.

³⁰⁷ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 18.

³⁰⁸ GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais. v. 56, p. 80-112, 2005.

³⁰⁹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do

No entanto, o que se vê na prática é a expansão do direito penal no sentido de tutelar bens jurídicos universais ou coletivos na dimensão do risco. Com isso, em uma sociedade imersa e exposta ao aumento dos riscos e sedenta por segurança, a tutela penal de interesses coletivos em perigo implica naturalmente na expansão do direito penal e no sacrifício paulatino das liberdades civis.

Daí a importância da distinção de uma sociedade de classes para uma sociedade de risco. Assim, considerando que a sociedade de risco é insegura, é possível afirmar que o:

Seu contraprojeto normativo, que lhe serve de base e de impulso, é a *segurança*. O lugar do sistema axiológico da sociedade “desigual” é ocupado assim pelo sistema axiológico da sociedade “*insegura*”. Enquanto a utopia da igualdade contém uma abundância de metas conteudístico-positivas de alteração social, a utopia da segurança.³¹⁰

A difusão dos perigos através dos meios de comunicação de massa potencializa a sensação de insegurança e tende a colocar o expectador diante de um fato que, embora distante geograficamente, parece poder ser tocado ou sentido por ele.

Por esses e outros fatores é possível perceber que os destinatários da comunicação de massa tendem a se identificar muito mais com a vítima de um delito do que com o autor, de modo a desejar a aplicação de uma punição severa para o delinquente como forma de restabelecimento da segurança que foi abalada³¹¹.

Nas palavras de Callegari e Wermuth, trata-se de:

[...] uma maior identificação/solidarização da coletividade com as vítimas, em decorrência do medo de tornar-se uma delas. Com isso, deixa-se de ver no Direito Penal um instrumento de defesa dos cidadãos em face do arbítrio punitivo estatal - ou seja, como Magna Carta do delinquente - e passa-se a percebê-lo como Magna Carta da vítima, o que redundará em um consenso restritivo quanto aos riscos permitidos [...].³¹²

“Seja como for, o caso é que, em medida crescente, a segurança se converte em uma pretensão social à qual se supõe que o Estado e, em particular, o Direito Penal, devem oferecer uma resposta”³¹³.

É importante consignar que há interesses coletivos que sequer precisam ser

Advogado Editora, 2018. p. 21.

³¹⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 59.

³¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 64.

³¹² CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 20.

³¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 50.

tutelados pelo direito penal e que, portanto, deveriam ser protegidos por outros ramos do Direito. Tome-se por exemplo a omissão de entrega do termo de garantia ao adquirente (art. 74) descrita como crime na Lei n. 8.078/90. Trata-se de um evidente exagero a legislativo a incriminação desse tipo de conduta, uma vez que o direito administrativo é capaz de dar uma resposta eficaz e suficiente ao infrator da norma.

Porém, por outro lado, existem bens jurídicos difusos que carecem ser protegidos no âmbito penal por dois motivos: primeiro porquê a Constituição Federal expressamente determina tal providência; segundo porquê os outros ramos do Direito são incapazes de tutelar satisfatoriamente tais bens coletivos.

Nessa linha de raciocínio, Díez Ripollés afirma que:

[...] a existência de relevantes interesses coletivos cuja proteção penal resulta plenamente justificada; não estamos, assim, perante meros sentimentos de insegurança socialmente difundidos, mas perante um conhecimento cada vez mais preciso dos riscos existentes e das técnicas para controlá-los, o que explica a aparição de potentes movimentos sociais que demandam atuações enérgicas para preveni-los e que contam com um sólido apoio da cidadania a suas demandas. Esses interesses coletivos são especialmente afetados por determinadas atividades socioeconômicas e empresariais, bem como por estruturas organizadas ligadas quase sempre à obtenção de altos benefícios econômicos à margem da lei.³¹⁴

Com efeito, a sociedade legitima o tratamento diferenciado dispensado ao “inimigo” que é foco de certos riscos e, por conseguinte, fonte material do clamor por segurança, logo, o binômio amigo / inimigo é referendado e aceito pela coletividade.

Assim, aquele que sabota o pacto social e solapa a segurança coletiva não pode receber o mesmo tratamento daquele que permanece fiel ao ordenamento jurídico. Por isso, Jakobs afirma que:

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. Portanto, seria completamente errôneo demonizar aquilo que aqui se tem denominado Direito Penal do inimigo.³¹⁵

Beccaria já compreendia que o direito da coletividade à segurança é um direito natural que deve ser protegido pelo Estado. Nas palavras de Marquês “A segurança das pessoas é um direito natural. A segurança dos bens constitui direito da sociedade”³¹⁶.

³¹⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A política criminal na encruzilhada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 64-65.

³¹⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 40.

³¹⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 44.

De igual forma, na perspectiva contratualista de Kant, a sociedade tem o direito de exigir a adequação do indivíduo desviante um comportamento em conformidade com a norma. Assim, para Kant:

Os povos, como estados, podem ser considerados como indivíduos particulares, que em seu estado de natureza (i. é, na independência de leis externas) já se lesam por estarem próximos uns aos outros e cada um, por causa de sua segurança, pode e deve exigir ao outro entrar com ele em uma constituição semelhante à constituição civil na qual cada um pode ser assegurado de seu direito. Isso seria uma liga de povos [*Völkerbund*] que, no entanto, não deveria ser um Estado de povos. Pois isso seria uma contradição porque todo Estado contém a relação de um superior (legislador) com um inferior (o obediente, a saber, o povo).³¹⁷

A partir das ideias de Kant, Jakobs passa a justificar a atuação do direito penal nas primeiras fases do *iter criminis* para o fim de garantir o êxito da segurança coletiva. Assim, a existência de crimes de perigo abstrato são um substrato da demanda por segurança intensamente presente nos dias atuais. Jakobs assevera que:

[...] já não permite, ao menos num Estado de prestações, que a segurança seja concebida como um mero reflexo da atividade policial, mas se converte num direito, cujo asseguramento pode ser exigido do Estado. A essa elevação de função da segurança corresponde uma elevação de funções dos pressupostos que lhe afetam negativamente. Partindo desse entendimento, os delitos de perigo abstrato não apenas perturbam a ordem pública, mas lesionam um direito à segurança [...].³¹⁸

Em outras palavras, considerando que a antecipação da atuação estatal no campo penal é uma das principais bandeiras do direito penal do inimigo, não é difícil concluir que quando a sociedade clama pela incriminação de condutas perigosas pugna, por conseguinte, pela atuação do direito penal “bélico”.

Cuida-se desse modo de um direito penal voltado para o futuro e não para o passado, haja vista que a sociedade contemporânea repudia cogitar a concretização do dano, especialmente àqueles bens jurídicos de difícil ou impossível recuperação. A pena, portanto, funciona como um contraestímulo ao delinquente que pretende seguir nas ulteriores fases do *iter criminis*.

Noutras palavras, “O direito penal, portanto, desempenha um papel social positivo e permanente, que culminaria na proteção dos bens jurídicos por meio do exercício de fidelidade ao direito”³¹⁹.

³¹⁷ KANT, Immanuel. **À paz perpétua**: um projeto filosófico. Petrópolis: Vozes, 2020. p. 42.

³¹⁸ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Barueri: Manole, 2003. p. 27.

³¹⁹ CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo**: uma análise crítica da prevenção geral positiva. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 119.

Jakobs reforça que “Essas penas não podem ser explicadas através daquilo que tenha acontecido - se afetou a segurança pública, porém até o momento não gerou de fato uma lesão -, mas com base somente no perigo existente³²⁰.”

Desse modo, Prittwitz afirma que o direito penal escorado na ideia de risco (imperativo de segurança da sociedade moderna) equivale ao direito penal do inimigo. Segundo ele:

O direito penal do risco e direito penal do inimigo não são dois conceitos independentes um do outro; direito penal do inimigo não é uma expressão que está na moda, e que apenas substitui outra expressão que está na moda - o direito penal do risco. Este último descreve, a meu ver, uma mudança no modo de entender o direito penal e de agir dentro dele, mudança esta resultado de uma época, estrutural e irreversível; uma mudança cujo ponto de partida já é fato dado e que tanto encerra oportunidades como riscos. Direito penal do inimigo, em contrapartida, é a consequência fatal e que devemos repudiar com todas as forças de um direito penal do risco que se desenvolveu e continua a se desenvolver na direção errada - independentemente de se descrever o direito do risco como um “direito que já passou a ser do inimigo”, como o fez Günther Jakobs em 1985 - naquela época ainda em tom de advertência - ou de se defender veementemente o modelo de um direito penal parcial, o direito penal do inimigo, como o fez Günther Jakobs mais recentemente.³²¹

Ousa-se, em parte, discordar da posição do professor da Universidade de Frankfurt.

Ao menos no Brasil, é certo que a proteção penal do meio ambiente é desse modo uma tutela de um bem jurídico universal contra eventuais riscos e que a legislação vigente possui nuances de direito penal do inimigo, conforme já apontado acima.

Ocorre que embora a Lei n. 9.605/98 possua regras que punem comportamentos que geram perigo abstrato, o referido diploma está longe de ser considerado direito penal do inimigo em sua plenitude. Prova disso é que todos os crimes previstos na Lei n. 9.605/98 admitem alguma espécie de acordo judicial (transação, suspensão ou acordo de não persecução penal), na esmagadora maioria dos casos sem a necessidade da assunção de culpa.

Por isso, não é demasiado afirmar que o direito penal ambiental brasileiro se aproxima muito mais de um direito penal simbólico (que eventualmente pode ter incidência concomitantemente do direito penal “bélico”) do que propriamente do direito penal do inimigo. No entanto, dada a emergência climática, a piora das condições de vida da população e os reflexos econômicos negativos gerados pela devastação do meio ambiente, não restam dúvidas

³²⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 60.

³²¹ PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, Revista dos Tribunais. v. 2., p. 915-927, 2010.

que cedo ou tarde o direito penal ambiental sofrerá um forte incremento punitivo em uma nova “onda” de expansão dessa vertente do Direito.

Prittwitz explica essa tendência que:

[...] o conceito expansão caracteriza do que se trata: de admitir novos candidatos no círculo dos direitos (como o meio ambiente, a saúde da população e o mercado de capitais), de deslocar mais para frente a fronteira entre comportamentos puníveis e não-puníveis - deslocamento este considerado em geral, um pouco precipitadamente, como um avanço na proteção exercida pelo direito penal [...]³²².

Nesta perspectiva, não é difícil cogitar que, no futuro, o direito penal ambiental seja tomado por uma revisão profunda e, com isso, passe a reprimir severamente comportamentos que atentem contra o meio ambiente.

A desnacionalização do Direito, ou seja, o compartilhamento de um mesmo marco legislativo entre as nações somado à difusão dos riscos ambientais promovida pela mídia de massa fará com que a sociedade - cada vez mais insegura - exija do Estado uma resposta mais firme e adequada contra aqueles que arrasam o meio ambiente.

Aliás, esse movimento de expansão já está acontecendo no Congresso Nacional. Existe um projeto de Lei (PL n. 2933/23) tramitando na Câmara do Deputados, o qual objetiva a criminalização mais rigorosa do delito de ecocídio e comina pena de 5 a 15 anos aos autores desse tipo de delito.

Caso o projeto seja aprovado, a nova Lei acrescentará o artigo 69-B à Lei n. 9.605/98 (Projeto de Lei n. 2933/2023)³²³:

Art. 69-B. Praticar atos ilegais ou temerários com a consciência de que eles geram uma probabilidade substancial de danos graves e generalizados ou de longo prazo ao meio ambiente:

Pena - reclusão de 5 a 15 anos e multa.

§ 1º Para efeitos do disposto no caput, consideram-se:

I - ato ilegal: aquele em desacordo com a lei vigente, licença ou autorização expedida pelos órgãos ambientais.

II - ato temerário: aquele com conhecimento do risco de se criarem danos claramente excessivos em relação aos benefícios sociais e econômicos previstos em uma atividade;

III - dano grave: dano que implique em mudanças adversas muito graves, perturbação ou dano a qualquer elemento do meio ambiente, incluindo graves impactos à vida humana, à biodiversidade ou aos recursos naturais, culturais ou econômicos;

IV - dano generalizado: dano que se estenda para além de uma área geográfica limitada, cruza as fronteiras nacionais ou é sofrido por todo um ecossistema ou espécie

³²² PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, Revista dos Tribunais. v. 2., p. 915-927, 2010.

³²³ Projeto de Lei n. 2933/2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2284225&filename=PL%202933/2023>. Acesso em: 24 dezembro 2023.

ou por um

grande número de seres;

V – dano de longo prazo: dano irreversível ou que não pode ser reparado por meio de recuperação natural dentro de um período de tempo razoável.

§ 2º O crime de ecocídio dirige-se a altos dirigentes responsáveis por decisões que levem à promoção, planejamento, financiamento, agenciamento, contratação, gerenciamento e execução de atividades que se enquadrem na hipótese prevista no caput deste artigo.

§ 3º O crime de ecocídio não se aplica a populações indígenas e tradicionais que sigam vivendo em seu modo tradicional e em seus territórios.”

Trata-se, portanto, de mais uma hipótese de expansão do direito penal que visa a antecipação da resposta estatal para coibir simples atos temerários praticados contra o meio ambiente, impondo aos delinquentes penas severas.

É importante destacar que a finalidade do direito penal do inimigo é diversa daquela assumida pelo direito penal do cidadão, qual seja, a exclusiva manutenção da vigência da norma por meio de uma resposta estatal contrafática. Na verdade, o direito penal do inimigo busca a inocuização do hostil, de modo a garantir a segurança da sociedade e, aí sim, responder de maneira contrafática aos ilícitos perpetrados, visto que de outro modo redundaria em estímulo à prática delitativa.

Jakobs deixa isso textualmente claro quando afirma que:

[...] o Direito Penal dirigido especificamente contra terroristas tem, no entanto, mais o comprometimento de garantir a segurança do que o de manter a vigência do ordenamento jurídico, como cabe inferir do fim da pena e dos tipos penais correspondentes. O Direito Penal do cidadão e a garantia da vigência do Direito mudam para converter-se em - agora vem o termo anatemizado - Direito Penal do inimigo, em defesa frente a um risco.³²⁴

Agamben advoga a tese de que finalidade securitária do direito penal do inimigo é uma forma moderna de manifestação do estado de exceção, de modo que as liberdades individuais são solapadas, ainda que inexista suspeita concreta da prática de um ilícito.

Nessa linha, o filósofo italiano afirma que:

[...] conforme uma tendência em ato em todas as democracias ocidentais, a declaração do estado de exceção é progressivamente substituída por uma generalização sem precedentes do paradigma da segurança como técnica normal de governo.³²⁵

Concretamente, Agamben se refere a iniciativas semelhantes ao *Patriotic Act* estadunidense, legislação por meio da qual autoridades norte-americanas passaram a ter acesso à privacidade de nacionais a pretexto de combater atividades terroristas. Assim, para ele o

³²⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 60-61.

³²⁵ AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004. p. 27-28.

direito penal do inimigo equivale a um estado de exceção, uma anomia.

Ocorre que tal equivalência é inexistente, uma vez que o inimigo no direito penal é estabelecido e determinado normativamente. Muito embora o terrorista de fato seja considerado um inimigo do Estado de Direito, não é correto equiparar como coisas análogas o tratamento mais rigoroso e diferenciado dispensado ao delinquente com a investigação de pessoas inocentes como meio para se prevenir atentados. Esta é uma prática comum em democracias iliberais.

Fato é que o direito penal do inimigo - concebido dentro dos parâmetros de um estado democrático de Direito - jamais pode atuar para suprimir as garantias conferidas a pessoas “não inimigas”. Aliás, ao contrário do que pensa boa parte da doutrina brasileira, o “inimigo” não é um sujeito totalmente desprovido das garantias elementares. Noutros termos, a tese de Jakobs não autoriza que o Estado, por exemplo, utilize da tortura para justificar a ação contra o hostil. Assim, vale ressaltar que o inimigo é tributável de garantias mínimas assim como qualquer outra pessoa.

Polaino-Orts é cirúrgico ao afirmar que:

O inimigo em sentido funcionalista não é, em absoluto, um morto em vida, um *homo sacer* “a quem qualquer um possa causar morte”, mas unicamente um delinquente perigoso que é tratado penalmente de acordo com as regras do Estado de Direito.³²⁶

O professor da Universidade de Sevilha arremata esse raciocínio afirmando que:

[...] o inimigo não é excluído plenamente de seus direitos civis: do inimigo, por exemplo, são recortados certos direitos (por exemplo, o de associação ao terrorista que conforma um bando armado; o direito de posse a quem possua um arsenal de explosivos, etc.), mas também se lhe mantêm substanciais garantias próprias do Estado de Direito (direito a um julgamento justo, a não sofrer tortura, à saúde, a advogado etc.).³²⁷

Em suma, o direito penal do inimigo é essencialmente voltado à segurança coletiva, a qual é um direito da sociedade. Diante da probabilidade do dano e da consciência da inviabilidade de sua reparação de forma satisfatória, o direito penal tende a atuar nas fases iniciais do *iter criminis* de modo a tentar estancar os malefícios da atividade criminosa.

Não obstante isso, o inimigo no Estado de Direito não vive em um *hades* jurídico, visto que ainda ostenta as garantias mínimas disponíveis para qualquer pessoa, cidadão ou não-cidadão.

³²⁶ POLAINO-ORTS, Miguel. **Lições de direito penal do inimigo**. São Paulo: LiberArs, 2014. p. 66.

³²⁷ POLAINO-ORTS, Miguel. **Lições de direito penal do inimigo**. São Paulo: LiberArs, 2014. p. 66.

3.2 POR QUE PUNIR CRIMINALMENTE O INFRATOR AMBIENTAL? VANTAGENS E DESVANTAGENS DA TUTELA PENAL.

Atualmente a questão ambiental passou a ter relevo no âmbito da política e do Direito, uma vez que a sua higidez produz impactos na sociedade, na economia e nas relações internacionais. Some-se a isso o fato de que toda a coletividade experimenta eventos diuturnos de risco - próprios da pós-modernidade - , os quais exponenciam o medo e, por conseguinte, o clamor pela tutela estatal.

Fabíola Albuquerque sublinha que:

Urge a adoção de medidas bruscas, caso contrário quanto maior tempo demandar para alcançar um patamar de consciência ambiental, mais o cenário futuro tornar-se-á infausto. A situação exige urgência e é a preservação da espécie humana que está em xeque.³²⁸

É fato que há algum tempo a proteção do meio ambiente passou a ser assunto de cunho penal, manifestado por meio de um claro movimento expansionista. Contudo, o que se pode verificar é a utilização simbólica do direito penal para fins de tutela ambiental (no pior sentido da expressão), ou seja, a criação de tipos penais que visam exclusivamente dar ao povo - em especial aos eleitores - a sensação de que alguma atitude está sendo tomada pelos governantes em prol de um bem jurídico coletivo.

Vale destacar a importante contribuição de Roxin, defensor do direito penal como ferramenta de estrita defesa de bens jurídicos. Para ele “Os bens jurídicos não têm uma validade natural infinita; preferentemente, estão submetidos às mudanças dos fundamentos jurídico-constitucionais e das relações sociais”³²⁹.

É justamente por isso que cabe indagar se a tutela penal ambiental é produtiva ou contraproducente. Outrossim, a depender desta resposta, é imperioso questionar se a atuação do direito penal deve ser mais ou menos rigorosa. Por fim, é necessário ainda cogitar sobre a abolição do direito penal ambiental.

Defensor do afastamento da tutela penal das questões ambientais, Hassemer

³²⁸ ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Direito de propriedade e meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 1999. p. 95.

³²⁹ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 36.

apresenta uma aparente contradição entre o direito penal e os fins pretendidos pelo direito ambiental. Para ele, “O direito ambiental visa à prevenção, enquanto o direito penal, por seu turno, não só não atua preventivamente, como também, quando se lhe exige que atue dessa forma, nada mais consegue do que resultados sofríveis”³³⁰.

Através desse ponto de vista o autor refuta a criminalização de toda conduta que não provoque dano ou exponha a perigo concreto um bem jurídico alheio.

A par da urgência das questões ambientais, o autor reconhece a necessidade de prevenção, que demanda a prontidão do Estado para agir antes mesmo que o resultado danoso se verifique. Nessa perspectiva, as duas coisas realmente parecem inconciliáveis.

Bauman sublinha que:

[...] a tendência tradicionalmente autorrestritiva da fórmula ortodoxa da responsabilidade normativa de se basear fortemente nos conceitos de “intenção” e “motivo”, totalmente inadequados para lidar com o atual desafio de uma interdependência de âmbito planetário (e podemos comentar que a ausência de um sistema jurídico igualmente planetário, assim como de uma jurisdição planetária, seu braço executivo, torna ainda mais nebulosa a esperança dessa solução).³³¹

Noutras palavras, é preciso reconhecer de maneira realista e pragmática que o direito penal clássico não consegue satisfazer as necessidades de tutelas globais, haja vista que os seus paradigmas são ineficazes ante as ameaças transnacionais.

Segundo Hassemer:

[...] no direito ambiental trata-se de responsabilidades coletivas, pois que os agentes atuam em conjunto e no quadro de organizações complexas. Já no direito penal, toda a imputação de responsabilidades é rigorosamente individual. Em direito penal, ninguém pode ser punido apenas com base na sua integração num todo, ficando por definir os contornos exatos da respectiva atuação.³³²

Vale ressaltar desde logo que Hassemer se utiliza do referencial fornecido pelo direito penal clássico, individualista e de influência liberal. Agir desse modo perante a “neocriminalidade” é um estímulo à delinquência, haja vista que os mecanismos de imputação e investigação são inócuos diante de criminosos poderosos e altamente profissionalizados, os quais ludibriam o Sistema de Justiça e inserem eventuais ônus estatais nos custos da operação de seus negócios. Exigir, por exemplo, a imputação individualizada de comportamentos praticados no âmago de uma organização criminosa inviabiliza a persecução criminal e impõe

³³⁰ HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 22, Abr-Jun, p. 27-35, 1998.

³³¹ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 131.

³³² HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 22, Abr-Jun, p. 27-35, 1998.

uma fragilização ao Estado, uma vez que restaria impotente diante desse “poder paralelo”.

Por isso é necessário reconhecer a fragilidade do garantismo diante da criminalidade moderna.

Díez Ripollés, de maneira crítica, ressalta que “Essa tentativa de compreensão deveria começar por reconhecer os erros cometidos por um pensamento penal ferrenhamente ancorado no modelo garantista”³³³.

O professor da Universidade de Málaga explica que o:

Pecado original do garantismo tem sido sua imobilidade. A defesa de certos princípios considerados intocáveis tem lhe levado a se transformar em um peso morto, em uma força negativa, no momento de abordar quaisquer iniciativas de controle social dirigidas a resolver novas e iniludíveis necessidades sociais.³³⁴

Díez Ripollés é bastante objetivo ao reconhecer que algumas necessidades da sociedade moderna são inadiáveis e que o garantismo clássico - voltado essencialmente à criminalidade patrimonial - é um óbice ao enfrentamento da neocriminalidade, a qual usualmente atenta contra interesses coletivos.

Daí a objeção:

E o que fazemos com o sistema de garantias tão trabalhosamente construído? Mantê-lo ou, melhor dizendo, convencer a sociedade de que não pode prescindir dele. Para isso, deve-se buscar, em primeiro lugar, que o garantismo deixe de ser entendido como um modelo global de intervenção penal.³³⁵

Destarte, Díez Ripollés enfrenta de frente o dilema do garantismo. Segundo a visão do professor espanhol, o garantismo absoluto tem que ser visto com algumas reservas diante da realidade do atual contexto.

Assim, diante da emergência ambiental e das notórias mudanças climáticas, o direito penal pode e deve agir para prevenir danos aos interesses coletivos, ainda que a lesão não tenha de fato se concretizado. Aliás, isso faz parte da natureza do direito penal ambiental.

Noutra senda, argumenta-se também sobre a impunidade e a seletividade dos crimes ambientais, porquanto além de punir poucos infratores, pune apenas aquelas pessoas mais vulneráveis. Em outras palavras, os casos envolvendo crimes ambientais são raramente apurados e, quando se estrutura uma acusação criminal, somente os infratores mais pobres

³³³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A política criminal na encruzilhada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 40.

³³⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A política criminal na encruzilhada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 40.

³³⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A política criminal na encruzilhada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 53.

respondem pelo ilícito enquanto os grandes poluidores - abastados - permanecem incólumes.

Nesse sentido, Barata alerta que:

No que se refere ao direito penal abstrato (isto é, à criminalização primária), isto tem a ver com os conteúdos, mas também com os “não conteúdos” da lei penal. O sistema de valores que neles se exprime reflete, predominantemente, o universo moral próprio de uma cultura burguesa-individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, predominantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados.³³⁶

Na verdade, ao menos no Brasil, a efetividade da legislação penal ambiental é muito baixa por causa do caráter simbólico (no pior sentido) da criminalização e, por conseguinte, da cominação de penas. Pode-se perceber que quase todos os tipos penais transcritos na Lei nº 9.605/98 são de pequeno ou médio potencial ofensivo, o que permite ao delinquente lançar mão de benefícios processuais para não ser condenado, tais como a transação, a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal.

Noutros termos, por quase não existir efetiva punição pela prática de crimes ambientais - pois os delinquentes geralmente são agraciados com algum benefício - , o almejado efeito comunicativo do Direito não ocorre, transmitindo, por conseguinte, a ideia de impunidade ou a mensagem de que o crime compensa.

É claro que esses acordos são usualmente alinhavados mediante a reparação do dano ambiental conforme lembra Sirvinskas:

A regra, no entanto, é a necessidade de comprovação da reparação do dano, ou seja, tratando-se de crime contra o meio ambiente, para fins de aplicação dos benefícios previstos na Lei n. 9.099/95- suspensão condicional do processo ou transação penal - , é imprescindível que haja prova de prévia composição do dano ambiental, conforme se depreende da leitura dos arts. 27 e 74 da Lei n. 9.605/98.³³⁷

Todavia, a experiência mostra que a plena reparação do dano ambiental é de difícil ou impossível execução. O correto é falar em amenização do dano, uma vez que o meio ambiente (especialmente o natural) jamais voltará à configuração original.

Hassemer discorre sobre o impacto negativo dos acordos no contexto dos crimes ambientais:

Ora, se já se verificava um tremendo insucesso na repressão penal dos atentados contra o ambiente, tão-somente pelas razões anteriormente referidas, tudo acaba então por se derribar, sobretudo quando sabemos que os referidos acordos ocorrem, com particular

³³⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2021. p. 176.

³³⁷ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 618.

incidência, no domínio do direito penal do ambiente.³³⁸

Destarte, a vasta possibilidade da assinatura de acordos tende a passar à coletividade a ideia de que a tutela do meio ambiente é algo de menor importância, servindo de estímulo especialmente para aqueles que lucram com a devastação ambiental.

Outra crítica recorrente feita ao direito penal moderno e, por conseguinte, ao direito penal ambiental é o denominado “processo administrativização”. Por meio desse fenômeno, em parte, o direito penal passou a ser balizado pelo direito administrativo, o qual assumiu para si a responsabilidade de estabelecer parâmetros para a imputação em alguns crimes, em especial nos de perigo abstrato. Por exemplo, os crimes de tráfico de drogas e de porte ilegal de arma de fogo dependem dessa regulamentação feita pelo Poder Executivo para se atualizarem e existirem.

Essa técnica legislativa também é empregada nas infrações ambientais, uma vez que cabe ao poder público estabelecer diretrizes sobre a gestão do meio ambiente, definindo o que é lesão ou perigo ambiental.

Nessa perspectiva, tem-se que o juiz fica limitado pelos paradigmas ajustados pelo Poder Executivo, os quais podem ser mais ou menos flexíveis a depender da linha ideológica do governo. Assim, por exemplo, um governo de direita pode manipular a classificação de armas de fogo de uso proibido, ao passo que uma administração de esquerda pode esvaziar o rol de substâncias consideradas entorpecentes para fins de criminalização. Tudo isso certamente impacta a estabilidade do sistema jurídico.

Para os críticos do direito penal ambiental, a dinâmica não seria diferente, uma vez que os movimentos de criminalização sofrem influência dos fluxos e refluxos dessas orientações ideológicas causados pela administrativização. “Na prática, a matéria da ilicitude penal passa a ser objeto de negociação direta entre a Administração e o potencial infrator. Com isto, o direito penal perde credibilidade para a generalidade dos cidadãos”³³⁹.

Entretanto, não se pode olvidar que a criminalização importa no aumento da expectativa social sobre o cumprimento da norma ambiental, pois há um inegável incremento do rigor das sanções e, por conseguinte, no seu poder de comunicação.

Nuvolone sublinha que “A norma penal é um comando que tem por fim garantir um interesse considerado pelo legislador como merecedor de tutela especial. Tem, portanto,

³³⁸ HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 22, Abr-Jun, p. 27-35, 1998.

³³⁹ HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 22, Abr-Jun, p. 27-35, 1998.

dupla dimensão: de comando e de garantia”³⁴⁰.

Ademais, a complementação de normas penais por atos normativos oriundos do Poder Executivo cumpre importante tarefa de eficiência no frenético contexto de transformações rápidas e cotidianas. Tome-se o exemplo da lei de drogas. Como é possível definir qual substância compõe o rol de entorpecentes ilícitos? Ora, a cada semana uma nova droga surge no mercado sombrio da criminalidade e, seguramente, o Poder Legislativo não é capaz de acompanhar essa “evolução maligna”. Por conta disso, atribui-se o complemento da lei a um órgão técnico, mais arguto para delimitar o alcance da norma.

Fora isso, outra crítica comum ao direito penal ambiental é a forma de imputação dos delitos, uma vez que, assim como as demais infrações modernas, além de atingirem um número incontável de pessoas, o crime, via de regra, é praticado por uma coletividade de delinquentes. A crítica reside especificamente na dificuldade de se delimitar a responsabilidade penal de cada um dos criminosos, imputando-lhes, individualmente, fatos específicos e determinados.

Em vista disso, autores rotulados como garantistas refutam a possibilidade da aplicação de penas privativas de liberdade à criminalidade coletiva, uma vez que em tais casos, com frequência, viola-se o princípio da imputação pessoal.

Não obstante isso, a criminalidade moderna não atua necessariamente no âmbito individual ou mediante emprego de violência. Ao contrário, a “neocriminalidade” - geralmente de perfil econômico - é difusa, o que dificulta ou impossibilita em alguns casos a individualização das condutas, uma vez que a atuação das personagens criminosas segue a lógica de uma linha de produção industrial.

É justamente por isso que a criminalidade econômica *latu sensu* precisa ser pensada a partir de outros referenciais distintos da criminalidade clássica, individualista, baseada na tutela de interesses individuais - usualmente patrimoniais - sedimentada a partir dos ideais liberais.

Uma crítica distinta se refere aos fins da pena privativa de liberdade. Há quem defenda que a sanção penal é irracional e os seus objetivos empiricamente inatingíveis, servindo apenas para punir seletivamente as camadas mais vulneráveis da sociedade.

A impunidade - denominada por Hassemer como “cifras negras” - realmente é um fator importante a ser estudado, porquanto, concretamente, a criminalização de condutas lesivas ao meio ambiente não tem sido traduzida em condenações penais.

³⁴⁰ NUVOLONE, Pietro. **O sistema do direito penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981. p. 24.

Isso certamente se deve ao fato de que o Brasil adotou um modelo de criminalização *soft*, como uma clara manifestação de direito penal simbólico, por meio do qual o legislador cria um conjunto de normas para produzir a sensação de que algo está sendo feito para que o drama social seja mitigado.

Hassemer designa tal atitude como jactância política e assevera que:

Esta suposta forma de garantir a proteção do ambiente, para além de custar pouco dinheiro ao Estado, apresenta ainda a vantagem de servir para acalmar contestações políticas. Com efeito, é assim que a classe política pode proclamar à opinião pública que está atenta aos problemas do mundo moderno e, mais ainda, que até se compromete com a tomada de medidas drásticas para os resolver.³⁴¹

No cenário brasileiro, as irrisórias sanções penais cominadas pela lei ambiental permitem que os delinquentes dessa laia firmem acordos com o órgão acusador para ilidir processos judiciais. Com isso, dois efeitos podem ocorrer: primeiro, a sensação de impunidade gerada na sociedade; segundo, a falta de motivação do aparato policial em prevenir e reprimir estes crimes, dado que eventuais punições jamais serão aplicadas.

Refere-se, à vista disso, a um modelo realmente inócuo, incapaz de intimidar o delinquente ambiental e inapto a comunicar-se claramente com todos os membros da sociedade. Por esta razão, há quem afirme que a pena não atinge sua finalidade.

Diante de um cenário de ineficiência - como é o caso da legislação penal ambiental - , em raríssima ocasião, Roxin e Jakobs recomendam a renúncia às normas “sem vigor”³⁴², isto é, regras que estão formalmente vigentes, mas que não produzem efeito concreto.

Com efeito, não se pode falar em atingimento das finalidades da pena - ressocialização ou prevenção - pelo simples motivo de que a sanção penal não é aplicada no Brasil, salvo em casos muitos singulares em que os ilícitos ambientais são perpetrados em concurso com outros crimes mais gravosos. Concerne, assim, a uma ficção que não pode permitir uma análise concreta dos seus efeitos.

Em verdade, penas ínfimas e a viabilidade de acordos com a acusação, são fatores que estimulam a criminalidade ambiental, haja vista que se o retorno financeiro for elevado, certamente o crime compensará. Noutras palavras, “[...] a presunção da impunidade pela força é uma raiz que tem feito brotar, em qualquer época e diante de todas as tentações, o

³⁴¹ HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 22, Abr-Jun, p. 27-35, 1998.

³⁴² ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 36.

desprezo por todas as leis [...]”³⁴³.

É por isso que autores do quilate de Hassemer chegam à conclusão de que, do jeito que a legislação se encontra:

A prevenção geral positiva é ilusória. De fato, a generalidade dos cidadãos já se apercebeu de que o direito penal do ambiente é totalmente ineficaz. Os jornais fazem eco da descrença geral no direito penal do ambiente, com notícias diárias, nas quais a moral da história é sempre a conclusão de que os verdadeiros poluidores do meio ambiente nunca são castigados.³⁴⁴

Por esse motivo, o direito penal ambiental precisa ser revisto no sentido de impor maior rigor ao infrator da norma penal, de modo a gerar algum tipo de intimidação e, também, valorizar o conteúdo proibitivo da norma. O crime jamais pode compensar e, por isso, sanções irrisórias não devem funcionar como parte do custo daquele que degrada o meio ambiente de forma profissionalizada.

É por isso que se deve discutir não só “[...] qual é a punição mais suave, porém a mais útil”³⁴⁵. Considerando que os grandes desmatadores não se intimidam com as penas atualmente cominadas pela legislação ambiental, é imperioso cogitar a hipótese de inocuidade do delinquente que atenta flagrantemente contra os interesses coletivos (a manutenção do meio ambiente sadio) e individuais (econômicos).

Ao discorrer sobre algumas vantagens da tutela penal, Silva Sánchez acrescenta que:

[...] dentro do âmbito do sancionatório, o Direito Penal aporta sua maior neutralidade no que diz respeito à política, assim com a imparcialidade própria do jurisdicional. Isso torna mais difícil para o infrator a utilização das técnicas de neutralização do juízo de desvalor (reprovações de parcialidade, politização) de que aquele se serve com frequência diante da atividade sancionadora das administrações públicas.³⁴⁶

Ademais, a criminalização de comportamentos nocivos ao meio ambiente é importante para que o aparato policial seja capaz de dar suporte à repressão de delitos em qualquer canto do país, pois, diferentemente de um órgão de fiscalização como o IBAMA, as forças policiais encontram-se espalhadas por todo o território nacional.

Juntando esses dois últimos apontamentos, é relevante afirmar que, na prática, a força policial não pode ser desmotivada a agir por causa da inocuidade de uma lei que, em regra,

³⁴³ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 242.

³⁴⁴ HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 22, Abr-Jun, p. 27-35, 1998.

³⁴⁵ VOLTAIRE. **O preço da justiça**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 18.

³⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 185.

não impõe sanção efetiva ao criminoso ambiental. A manutenção da legislação nos termos ora vigentes continuará sustentando o foco da polícia em outros ilícitos mais relevantes, desprestigiando, naturalmente, a tutela do meio ambiente.

Por fim, a Constituição brasileira impôs ao legislador ordinário a obrigação de legislar sobre a tutela penal do meio ambiente. É verdade que o constituinte não forneceu orientações acerca do rigor das medidas impostas aos infratores da lei penal. Porém, dada a conjuntura alarmante, a maior rigidez se justifica para atingir os fins estabelecidos na Carta Magna.

Feldens é bastante contundente ao afirmar que:

[...] afigura-se nos lícito cogitar positivamente acerca da existência de um direito fundamental a uma tutela penal, a verificar-se em torno de um núcleo essencial de bens relacionados à proteção da dignidade da pessoa humana, categoria político-normativa estruturante e informadora do Estado Democrático de Direito, porquanto a lhe servir, na viva expressão do texto constitucional, como seu fundamento.³⁴⁷

Nessa perspectiva, a criminalização de condutas nocivas ao meio ambiente não é apenas um dever do legislador ordinário, fruto de um mandado constitucional explícito, mas, também um direito individual com fito na tutela da dignidade da pessoa humana.

Sob outro ponto de vista, Roxin justifica a criminalização de condutas nocivas ao meio ambiente ao afirmar que:

Na Alemanha, isso se expressa através de nossa Constituição, que em uma nova regulação introduzida há alguns anos, afirma: «O Estado protege os fundamentos naturais da sobrevivência e os animais, em responsabilidade pelas futuras gerações». Penso que também o desenvolvimento a nível internacional vai nessa direção.³⁴⁸

Diante disso, não há que se cogitar no Brasil a implementação de um “retrocesso legislativo” - no sentido da abolição dos tipos penais atinentes ao direito penal ambiental - , uma vez que o sistema do Direito foi arquitetado de modo a tutelar o meio ambiente por meio do direito penal.

Aliás, tal qual a tutela penal dos direitos da mulher, o meio ambiente tem proteção constitucional e, portanto, merece ser valorado de forma diferenciada, de modo a impor ao delinquente sanções penais significativas que demonstrem reprovação ao ilícito.

Assim, os abolicionistas devem ser lembrados que “Quem quiser a não-

³⁴⁷ FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 92.

³⁴⁸ ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. p. 33.

intervenção, deve considerar também as dificuldades e possibilidades preventivo-gerais de produção de impunidade; de outro modo abandonará o âmbito da teoria³⁴⁹.

Vale destacar que ao menos no direito brasileiro a discussão se restringe à intensidade da resposta estatal. A evidente ineficácia das sanções penais deve provocar uma reflexão acerca do endurecimento das reprimendas ou até mesmo a adoção dos parâmetros próprios do direito penal do inimigo.

Bezerra alerta que:

As normas-fim e normas-tarefas ambientalmente relevantes são normas constitucionais impositivas. Por isso, impõem ao legislador e a outras entidades (autonomias locais) o dever de adotar medidas de proteção adequadas à proteção do ambiente. Mas, não apenas isso. A doutrina salienta que as normas-fim ecológicas e ambientais constitucionalmente consagradas têm um caráter dinâmico que implica uma atualização e um aperfeiçoamento permanente dos instrumentos jurídicos destinados à proteção do ambiente perante os novos perigos de agressões ecológicas.³⁵⁰

É imperioso ter em mente que a criminalização adequada de condutas nocivas ou perigosas ao meio ambiente colabora para a sensibilização da coletividade com as violações da natureza, produzindo uma cultura acerca do “proibido”. Somada a outros mecanismos de controle social, o Direito tem o dever de comunicar corretamente à sociedade o comportamento desejado.

No entanto, essas mudanças dependem muito do apetite da sociedade e da disposição da classe política para promover uma mudança legislativa que redunde na alteração de um paradigma. Nesse sentido, Hassemer afirma que:

[...] as possibilidades do sistema jurídico penal de colocar sinais através da descriminalização ou do agravamento da pena, são, por sua vez, condicionadas pelas instâncias extra-penais, através do clima de controle e da norma em uma sociedade por um determinado período.³⁵¹

Crê-se que um direito penal ambiental mais rigoroso vem sendo gestado pelos atores sociais e que o seu despontar ocorrerá brevemente. O flagrante colapso climático, as imposições dos organismos internacionais e os prejuízos financeiros experimentados pelo empresariado certamente impulsionarão o legislador a endurecer a resposta penal contra os delinquentes ambientais como forma de tornar visível a atuação estatal contra a criminalidade

³⁴⁹ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 402.

³⁵⁰ BEZERRA, Jorge Luiz. **Meio ambiente, política criminal e criminologia: reflexões sobre qualidade de vida e a violência nas metrópoles**. São Paulo: Ícone, 2010. p. 42.

³⁵¹ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 416-417.

dessa estirpe.

3.3 A (IN)SUFICIÊNCIA DAS SANÇÕES IMPOSTAS AOS INFRATORES DA LEI AMBIENTAL.

Dizer que o meio ambiente é um bem essencial à existência da humanidade é uma obviedade, uma vez o homem em todas as etapas da história teve que se valer das interações com o mundo que lhe cerca para garantir a própria existência. Portanto, não é correto asseverar que o meio ambiente erigiu como bem jurídico somente no último século, como um valor em si mesmo.

Na verdade, a emergência climática e a alarmante destruição da natureza ocorrida nos dois últimos séculos têm provocado nas derradeiras décadas uma alteração na valoração ético-social acerca desse bem jurídico que sempre existiu, porém, outrora era relegado a segundo plano.

Atualmente é bastante frequente nos países ocidentais a criação de leis ambientais que visam a proteção da fauna e da flora, de modo a conter, retardar ou atenuar os efeitos da convivência humana com o meio ambiente.

Não obstante as inúmeras tentativas de emprego de regramentos ligados ao direito administrativo para debelar a destruição do biosistema, fato é que tais iniciativas têm se mostrado ineficazes para inibir potenciais poluidores e, por conseguinte, comunicar à coletividade a reprovabilidade de condutas nocivas à ecologia.

Sirvinskas ensina que:

[...] para o direito penal moderno, a tutela penal deve ser reservada à lei, partindo-se do princípio da intervenção mínima no Estado Democrático de Direito. Tal tutela deve ser a *ultima ratio*, ou seja, só depois de se esgotarem os mecanismos intimidatórios (civil e administrativo) é que se procurará a eficácia punitiva na esfera penal.³⁵²

Por isso, não raramente, países criminalizam condutas atentatórias à natureza, responsabilizando, inclusive, pessoas jurídicas por suas atividades poluidoras. Esta foi a opção adotada pelo Brasil, a exemplo de países como Inglaterra, os Estados Unidos, o Canadá, a Nova Zelândia e a Áustria.

³⁵² SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 607.

Em 2008, o Parlamento Europeu e o Conselho emitiram uma Diretiva (Directiva 2008/99/CE) com o fim de padronizar minimamente o trato da questão penal ambiental pelos Estados-membros. A Diretiva prevê algumas condutas e responsabiliza criminalmente a pessoa jurídica que contribui para a degradação do meio ambiente.

O artigo 6º da Diretiva prescreve que:

Os Estados-Membros devem assegurar que as pessoas colectivas possam ser responsabilizadas pelas infracções referidas nos artigos 3º e 4º, que sejam cometidas em seu benefício por qualquer pessoa que desempenhe um cargo de direcção na pessoa colectiva, agindo quer a título individual, quer como membro de um dos órgãos da pessoa colectiva.³⁵³

É preciso consignar novamente que a própria Carta Magna brasileira estabeleceu um mandado constitucional de criminalização no §3º, do artigo 225 ao consignar que as atividades lesivas ao meio ambiente ficariam sujeitas às sanções penais:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Frise-se que o constituinte brasileiro deu relevo à tutela ambiental, ressaltando a sua importância como bem jurídico difuso a ser protegido para as presentes e futuras gerações. Ademais, consignou-se como mecanismo de defesa deste bem a tutela penal, sem, contudo, retirar do infrator o ônus de reparar os danos causados.

É fato que a criminalização de condutas atentatórias à natureza não foi inaugurada com a promulgação da Constituição Federal, nem, tampouco, com o advento da Lei n. 9.605/98, uma vez que o Código Criminal do Império (de 1830) já dispunha sobre crimes contra o meio ambiente, ao vedar o corte ilegal de madeiras.

Contudo, vale destacar que a concepção da época acerca do assunto era estritamente patrimonial, visto que tal conduta caracterizava o crime de furto, previsto no título III (dos crimes contra a propriedade), capítulo I, do referido Código:

A disposição do artigo antecedente applica-se também ao furto dos productos: 1.º, da lavoura, inclusive estabelecimentos viniclos; 2.º, dos estabelecimentos de salga ou

³⁵³ UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2008/99/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0099>> Acesso em: 22 dez. 2023.

preparação de carne, peixe, banha e couro; 3.º, dos cortes de madeiras.³⁵⁴

Desse modo, torna-se cristalino que a defesa da natureza neste exemplo era apenas tangenciada pela defesa do patrimônio contra ações dos “traficantes de pau brasil”. Portanto, não havia a consciência sobre a necessidade de tutelar o meio ambiente como um bem jurídico em si, alheio aos interesses patrimoniais individuais e compreendido em uma dimensão difusa.

O tempo passou e a legislação brasileira pouco ou quase nada fez para punir com mais rigor o infrator das regras ambientais, muito embora a sua concepção tenha sido modificada nitidamente em prol da autonomia do bem jurídico “meio ambiente” com relação ao patrimônio. Granziera lembra que:

O Decreto nº 23.793/34 - Código Florestal - dividiu as infrações penais em crimes e contravenções. O Decreto-lei nº 2.848/40 transformou em contravenções os crimes contra as florestas, que posteriormente, em sua maioria, readquiriram o status de crimes, pela Lei nº 9.605/98. A Lei de Proteção à Fauna - Lei nº 5.197, de 3-10-1967, em seu art. 27, fixava a contravenção da caça profissional, posteriormente transformada em crime.³⁵⁵

Pode-se notar com esse breve histórico que o ordenamento jurídico-penal brasileiro nunca deu significativa importância às questões ambientais, passando à coletividade a ideia de que a degradação da natureza é uma questão trivial, de segunda importância, de modo que pode ser relegada às infrações penais de menor potencial ofensivo ou até mesmo às contravenções.

Embora seja considerada como um avanço na defesa do meio ambiente, a Lei n. 9.605/98 manteve a mesma toada das normas que lhe antecederam, de modo a criminalizar condutas danosas ao meio ambiente, porém, por meio de infrações de pequeno ou médio potencial ofensivo, as quais, invariavelmente importam na viabilidade de alguma medida despenalizadora (transação penal, suspensão condicional do processo ou ANPP), de forma que a função comunicativa do direito penal restou inviabilizada pela clara sensação de impunidade, ou pior, de que o crime compensa.

A título de ilustração, somente 3 crimes descritos na Lei n. 9.605/98 possuem pena máxima igual a 5 anos, quais sejam, aqueles previstos nos artigos 32, §1º-A, 35, 40 e 54, §2º, todos com pena mínima cominada igual a 1 ano de reclusão (exceto o artigo 32, §1º-A), o que admite, ao menos em tese, o oferecimento de proposta de suspensão condicional do

³⁵⁴ TINÔCO, Antônio Luiz. **Código criminal do Império do Brasil anotado**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 453.

³⁵⁵ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 625.

processo e/ou ANPP, desde que preenchidos os pressupostos legais. Um único tipo penal que extrapola esse padrão está descrito no artigo 69-A da Lei n. 9.605/98, que prevê pena de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa, permitido, ainda assim, a aplicação do ANPP.

Diante de cenários assim, Nuvolone ressalta que:

[...] o conceito de “punição” é um conceito de valor; equivale a “castigo” por um comportamento antitético ao comando. É o antônimo de “prêmio”. Prêmio e castigo são os dois polos sobre os quais se fundamenta, por meio de uma lei intrínseca do pensamento, a organização dos grupos humanos.³⁵⁶

Desse modo é possível deduzir que a legislação brasileira continua passando sinais incoerentes à população, porquanto quase inviabiliza a punição criminal de poluidores enquanto exaspera as reprimendas daqueles que atentam contra o patrimônio alheio.

Na mesma linha de raciocínio, Gregório Assagra e Rafael Costa afirmam categoricamente que “As penas geralmente previstas para os crimes de dimensão coletiva, geralmente não são proporcionais à gravidade e aos resultados causados pelos delitos, com destaque para as penas de multa”³⁵⁷

Prova dessa desproporcionalidade é o cuidado dispensado pelo legislador à tutela do patrimônio (furto qualificado de veículo) e a preservação do meio ambiente (art. 54 da Lei n. 9.605/98), posto que aquele é um delito provoca consequências absolutamente individuais e possui reprimenda muito mais significativa (de 3 a 8 anos de reclusão) do que este (de 1 a 4 anos de reclusão), que pode provocar sequelas difusas e imensuráveis, causando a aniquilação de espécies e prejuízos irreversíveis à saúde do homem.

Esta singela comparação deixa claro que as infrações penais ambientais são tratadas como ilícitos secundários, de menor importância, que importam menos à persecução penal do que os delitos de cunho individual. A hipótese de imposição de alguma pena corporal ao criminoso ambiental é remotíssima, visto que o delinquente acaba sendo compelido a entregar valores para reparar o dano.

Ocorre que esse “pagamento” pode fazer parte de uma estratégia de enriquecimento que leva a pena como um efeito colateral calculado que não faz frente ao bônus resultante da devastação. Noutras palavras, a reprimenda penal patrimonial pode fazer parte do custo da produção ou do empreendimento.

Na visão de Carnelutti, a pena pressupõe uma obrigação. Para ele “Entregar

³⁵⁶ NUVOLONE, Pietro. **O sistema do direito penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981. p. 24.

³⁵⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito processual penal coletivo: a tutela penal dos bens jurídicos coletivos: direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**. Belo Horizonte: Editora DPlácido, 2019. p. 113.

dinheiro ao Estado é verdadeiramente uma pena se sou obrigado a isso; mas quando se trata de uma oblação espontânea, desaparece o caráter penal”³⁵⁸. O jurista italiano acrescenta que “[...] entre os remédios, aos quais a lei dá o nome de pena, a reclusão somente (em sentido amplo), enquanto tenha uma certa duração, é uma verdadeira pena [...]”³⁵⁹. Portanto, o direito penal ambiental brasileiro segue o sentido oposto de uma comunicação eficiente sobre a reprovação desse tipo de comportamento.

A consequência disso é que o direito penal ambiental não cumpre seu papel de prevenir e reprimir a prática de crimes contra a natureza, ao contrário, serve de estímulo aos infratores de grande monta, os quais embutem no custo de seus empreendimentos (negócios) eventuais efeitos colaterais da devastação.

Em suma, a prática criminosa aparenta compensar e o direito penal não cumpre a sua finalidade de comunicação e controle social, transmitindo mensagens de sinais trocados mediante sanções “ilusórias”, o que nos faz refletir sobre o caráter simbólico da legislação penal ambiental brasileira.

3.3.1 Das características dos crimes ambientais

Ante a emergência ecossistêmica, a tutela penal do meio ambiente não pode se dar ao luxo de aguardar a configuração do dano - como apregoa o direito penal clássico - para só então movimentar a máquina estatal e, assim, reprimir os delitos contra a natureza, uma vez que a proteção tardia pode significar uma “não proteção”, dada a irreversibilidade de algumas lesões.

É por isso que “As considerações precedentes indicam em seu conjunto: *o fim da contraposição entre natureza e sociedade*. Isto é: a natureza não pode mais ser concebida sem a sociedade, a sociedade não mais sem a natureza”³⁶⁰.

Por conta disso, não raramente, os tipos penais ambientais são etiquetados como “crimes de perigo”, os quais antecipam a resposta estatal contra atos meramente preparatórios, que presumida e potencialmente podem causar significativo dano ao meio ambiente.

Outra característica marcante dos delitos dessa estirpe é a frequente presença de

³⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. São Paulo: Editora Pillares, 2015. p. 51.

³⁵⁹ CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. São Paulo: Editora Pillares, 2015. p. 84.

³⁶⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 98.

tipos penais abertos, repletos de elementos normativos (arts. 29, 45, 55, 56, 63, 64 e 67) que exigem do intérprete um conhecimento jurídico mais amplo, de modo a descrever de forma imprecisa a conduta incriminada, dificultando, por conseguinte, a compreensão do seu conteúdo pelos destinatários do preceito primário – o caráter proibitivo da norma – , a saber, a coletividade.

Nesse aspecto, Hassemer faz duras críticas à criminalização de condutas nocivas ao meio ambiente:

Quer isto dizer que o direito penal não intervém autonomamente, antes fica na dependência do direito administrativo. Ou seja, a entidade que controla o respeito pelas fronteiras do direito penal deixou de ser o juiz para passar a ser a Administração. O direito penal transformou-se, por esta via, num instrumento auxiliar da administração, passando a depender, para a demarcação das respectivas fronteiras, da intervenção da Administração.³⁶¹

Ademais, em alguns casos o legislador se valeu de leis penais incompletas - conhecidas como normas penais em branco - , as quais necessitam ser complementadas por outros instrumentos legais, sejam leis ou atos normativos. No artigo 29, §4º, I, da Lei n. 9.605/98 não há delimitação das espécies raras ou consideradas ameaçadas de extinção. De igual forma, no inciso VI do mesmo dispositivo, não há definição de quais seriam os métodos ou instrumentos capazes de provocar destruição em massa.

De acordo com Nucci:

Espécies ameaçadas: são aquelas sujeitas à extinção. Os órgãos públicos competentes possuem listagens dessas espécies (fauna e flora). Por isso, a agravante constitui uma norma penal em branco, dependente de consulta à legislação extrapenal. Quando a circunstância estiver prevista como causa de aumento, naturalmente não se aplica a agravante (ex.: art. 53, II, c, desta Lei).³⁶²

É preciso consignar que a fauna protegida pela Lei n. 9.605/98 diz respeito somente aos animais silvestres, domesticados ou domesticáveis, nativos ou exóticos. Em outros termos, excetuando-se o §1º-A do art. 32 - o qual incrimina a conduta de maus tratos praticado contra cão ou gato - , a lei ambiental tutela apenas condutas lesivas a animais silvestres, deixando de lado outros que não se encontram nessa categoria. Portanto, a redação do dispositivo em comento padece de imprecisão e, respeitado entendimento em contrário, protege de maneira insuficiente a fauna.

³⁶¹ HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 22, Abr-Jun, p. 27-35, 1998.

³⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2. p. 575.

Outra característica da legislação penal ambiental brasileira é a possibilidade de incriminação da pessoa jurídica por crime dessa índole. Trata-se de uma regra plasmada no §3º do art. 225 da CF que afronta ao princípio *societas delinquere non potest*.

Entretanto, para que a responsabilização criminal ocorra é necessária a presença de requisitos cumulativos estabelecidos no art. 3º, da Lei 9.605/98, a saber: a) que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado; b) e que a infração seja praticada no interesse ou benefício da sua da pessoa jurídica.

Daí brotou uma dúvida razoável: pois bem, se a pessoa jurídica é um ente fictício, inanimado, e que, por isso, depende de pessoas físicas para praticar condutas no plano concreto, porventura seria necessária a dupla imputação – da pessoa física e da pessoa jurídica – para que uma empresa poluidora viesse a responder criminalmente?

Durante muito tempo os Tribunais Superiores entenderam que para prosperar a imputação feita à pessoa jurídica era necessário responsabilizar as pessoas físicas que praticaram a conduta, uma vez que aquela jamais poderia agir por si.

Entretanto, os essas mesmas Cortes passaram a compreender o tema de outra forma ao dizerem que a Constituição Federal não exigia a dupla imputação como pressuposto da condenação criminal de uma pessoa jurídica.

Seguindo este entendimento, o Supremo Tribunal Federal fixou posição a partir do julgamento do recurso extraordinário 548.181, relatado pela Ministra Rosa Weber:

EMENTA RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas

pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido.³⁶³

O Superior Tribunal de Justiça seguiu o entendimento da Suprema Corte e editou o informativo n. 566:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO EM CRIMES AMBIENTAIS. É possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Conforme orientação da Primeira Turma do STF, "O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação" (RE 548.181, Primeira Turma, DJe 29/10/2014). Diante dessa interpretação, o STJ modificou sua anterior orientação, de modo a entender que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Precedentes citados: RHC 53.208-SP, Sexta Turma, DJe 1º/6/2015; HC 248.073-MT, Quinta Turma, DJe 10/4/2014; e RHC 40.317-SP, Quinta Turma, DJe 29/10/2013. RMS 39.173-BA, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 6/8/2015, DJe 13/8/2015.³⁶⁴

Fora isso, por razões óbvias a pessoa jurídica não pode ser condenada ao cumprimento das mesmas penas aplicáveis à pessoa física. Sendo assim, a legislação cuidou de prever sanções adequadas ao ente fictício, que são traduzidas em consequências pecuniárias de alguma espécie. Tais reprimendas aplicáveis à pessoa jurídica encontram-se previstas no art. 21 da Lei n. 9.605/98:

Art. 21. As penas aplicáveis isolada, cumulativa ou alternativamente às pessoas jurídicas, de acordo com o disposto no art. 3º, são:
I - multa;
II - restritivas de direitos;
III - prestação de serviços à comunidade.

A lei ainda prevê a hipótese de desconsideração da pessoa jurídica quando a sua personalidade se tornar um obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao meio ambiente. É o que diz o art. 4º da Lei n. 9.605/98: "Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente".

Assim, uma vez condenada criminalmente, caso a pessoa jurídica não cumpra integralmente a pena que lhe foi imposta, a lei permite que o aparato estatal avance sobre os bens dos sócios para fins de recuperação do meio ambiente. Vale frisar que essa medida não

³⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário n. 548.181.

³⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo n. 566.

consiste na liquidação da pessoa jurídica, a qual permanecerá existindo, mas tão somente na busca pelo patrimônio dos sócios a fim de satisfazer a reparação do dano causado³⁶⁵.

Note-se, entretanto, que caso a pessoa jurídica seja utilizada com o fim preponderante de praticar crimes ambientais descritos na Lei n. 9.605/98, a propósito da ocultação de seus sócios, o ente fictício deverá ser liquidado na forma do artigo 24 e o seu patrimônio considerado instrumento do crime para posteriormente ser perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

Art. 24. A pessoa jurídica constituída ou utilizada, preponderantemente, com o fim de permitir, facilitar ou ocultar a prática de crime definido nesta Lei terá decretada sua liquidação forçada, seu patrimônio será considerado instrumento do crime e como tal perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

Nesse ponto a legislação penal demonstra força ao desconstituir a personalidade da pessoa jurídica com fito no objetivo máximo da lei que é a reparação do dano ambiental nos casos de lesão efetiva.

3.3.2 Benefícios penais e processuais penais aplicáveis aos crimes ambientais

O princípio n. 10 da Declaração do Rio diz que:

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.

Seguindo essa mesma lógica, o §3º do artigo 225 da Constituição Federal prescreve que independentemente da aplicação de qualquer sanção ao infrator, tem-se uma obrigação que é inerente a sua conduta, a saber, o dever de reparar o dano causado.

Alinhado a essa premissa, o legislador brasileiro concebeu a Lei n. 9.605/98, de modo que, tanto na aplicação de sanções penais, quanto no oferecimento de benefícios processuais, a tônica se circunscreve à compensação e reparação dos danos causados ao meio

³⁶⁵ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 645.

ambiente.

Nessa toada é importante destacar que boa parte das condutas incriminadas pela lei ambiental admitem transação penal condicionada prévia composição do dano, na forma do artigo 27:

Art. 27. Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

Note-se que o dispositivo legal não exige a prévia reparação do dano ambiental, antes, estabelece como pressuposto a sua prévia composição homologada em juízo, a qual, uma vez levada a cabo, constituirá título judicial a ser executado no juízo cível competente (artigo 74 da Lei n. 9.099/95). Portanto, não há que se falar em reparação prévia do dano, mas em um compromisso futuro, formalizado e homologado perante o Poder Judiciário para uma reparação superveniente.

Sobre o assunto discorre Bitencourt:

“Compor”, tal qual está empregado no art. 74 da Lei n. 9.099/95, tem o significado de solução do conflito no plano cível, de acerto entre as partes, de celebração de compromisso por meio do qual o autor da infração assume a responsabilidade de pagar o prejuízo causado pelo seu ato.³⁶⁶

Em termos práticos, a composição do dano precede a oferta de transação penal, de modo que, sem ela, o referido benefício torna-se inviável, ressalvada a impossibilidade de reparação.

Frise-se que a impossibilidade de reparação pode ter causas diversas - física ou econômica - , porquanto o ecossistema corrompido talvez nunca mais possa se refazer dada a extensão do dano que lhe foi provocado. Além disso, pode ocorrer que o infrator não reúna condições financeiras de custear um projeto de regeneração do meio ambiente afetado. Em ambos os casos a impossibilidade de reparação será relevada e o benefício admitido.

A suspensão condicional do processo também possui viés reparatório, contudo, não como pressuposto de concessão do benefício, mas como requisito para que a extinção da punibilidade do agente seja declarada. É o que dispõe o art. 28 da Lei n. 9.605/98:

Art. 28. As disposições do art. 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, aplicam-se aos crimes de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei, com as seguintes

³⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 24. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 740.

modificações:

I - a declaração de extinção de punibilidade, de que trata o § 5º do artigo referido no caput, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade prevista no inciso I do § 1º do mesmo artigo;

II - na hipótese de o laudo de constatação comprovar não ter sido completa a reparação, o prazo de suspensão do processo será prorrogado, até o período máximo previsto no artigo referido no caput, acrescido de mais um ano, com suspensão do prazo da prescrição;

III - no período de prorrogação, não se aplicarão as condições dos incisos II, III e IV do § 1º do artigo mencionado no caput;

IV - findo o prazo de prorrogação, proceder-se-á à lavratura de novo laudo de constatação de reparação do dano ambiental, podendo, conforme seu resultado, ser novamente prorrogado o período de suspensão, até o máximo previsto no inciso II deste artigo, observado o disposto no inciso III;

V - esgotado o prazo máximo de prorrogação, a declaração de extinção de punibilidade dependerá de laudo de constatação que comprove ter o acusado tomado as providências necessárias à reparação integral do dano.

Aqui, por conseguinte, primeiro é oferecida ao infrator a proposta de suspensão condicional do processo e, depois de aceita, o beneficiário deverá reparar o dano, salvo impossibilidade de fazê-lo. Dessa maneira, o réu deverá promover a restauração do meio ambiente durante o período de prova - de dois a quatro anos. Caso fique constatada a restauração da higidez ambiental, a punibilidade será declarada extinta, na forma do inciso I. Por outro lado, caso a reparação não tenha sido completada tempestivamente, o período de prova será prorrogado para que a reparação se efetive.

Torna-se flagrante o intuito da lei em promover a reparação do meio ambiente, ou seja, prefere-se estimular a correção do ecossistema degradado do que a revogação do benefício.

Contudo, mais uma vez a legislação relevou a impossibilidade de reparação do dano (física ou econômica), permitindo o oferecimento da suspensão condicional do processo ao infrator que não pode fomentar a regeneração do meio ambiente degradado.

É relevante salientar que o artigo 28 afirma que a suspensão condicional do processo é aplicável “aos crimes de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei”. A partir daí surge uma indagação pertinente: quais são os crimes de menor potencial ofensivo definidos pela Lei n. 9.605/98?

A Constituição Federal em seu artigo 98, inciso I, estabelece que compete aos juizados especiais criminais o julgamento das infrações penais de menor potencial ofensivo, entretanto, sem estabelecer parâmetros para dizer quais são:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e

sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Desta feita, o constituinte deixou a cargo do legislador ordinário a definição de quais seriam as infrações penais de menor potencial ofensivo. Este, por sua vez, cumpriu tal mister no artigo 61 da Lei n. 9.099/95:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Ocorre que a Lei n. 9.605/98 não estabeleceu parâmetros para definir quais seriam as infrações de menor potencial ofensivo contidas em seu bojo, de sorte que o trecho referido no seu artigo 28 - "aos crimes de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei" - provoca inegável confusão.

Diante desse impasse, resta ao intérprete socorrer-se da norma mais genérica e abrangente descrita no art. 89 da Lei n. 9.099/95, aplicando-se o artigo 28 da Lei n. 9.605/98 somente naquilo que for específico ao caso concreto.

Nesse sentido, Nucci esclarece que:

[...] é viável a sua aplicação aos delitos previstos na Lei 9.605/98, desde que se encaixe no perfil estabelecido na Lei 9.099/95, ou seja, a pena mínima prevista para o crime não ultrapasse um ano. Logo, é mais do que óbvio o erro legislativo - mais um, entre tantos - ao mencionar que as disposições do art. 89 da Lei 9.099/95 (suspensão condicional do processo) são aplicáveis aos delitos de menor potencial ofensivo. Quem redigiu a Lei 9.605/98 esqueceu-se que nem todos os benefícios estipulados na Lei 9.099/95 destinam-se às infrações de menor potencial ofensivo. Portanto, deve-se, simplesmente, desprezar a referida expressão "aos crimes de menor potencial ofensivo", prevista no *caput* do art. 28 da Lei 9.605/98. Vale a aplicação do *sursis* processual (art. 89, Lei 9.099/95) aos delitos cuja pena mínima não seja superior a um ano, com as alterações, quanto às condições, previstas no art. 28.³⁶⁷

Diante disso é possível aferir que a esmagadora maioria dos crimes ambientais previstos na Lei n. 9.605/98 admite algum benefício despenalizador - transação ou suspensão condicional do processo -, exceto os crimes previstos no §1º-A, do artigo 32, bem como no artigo 69-A.

Nada obstante isso, tais delitos ainda admitem proposta de acordo de não persecução penal, muito embora no caso do §1º-A do artigo 32 haja certa resistência por parte da doutrina em razão da violência produzida pelos maus-tratos. Contudo, prevalece que o requisito estabelecido no *caput* do art. 28-A do CPP veda somente a concessão do benefício ao

³⁶⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2. p. 587.

criminoso que praticou a infração com violência contra pessoa.

É a compreensão de Kurkowski:

Além dessa interpretação sistemática, a interpretação literal evidencia que a violência referida pelo artigo 28-A do CPP envolve somente a pessoa. Esse último artigo legal admite o ANPP quando o agente confessa a prática de infração penal “sem violência ou grave ameaça”. O posicionamento que aumenta o âmbito de incidência da “violência” para abranger outros seres além do homem, notadamente os sencientes, deve ampliar também o âmbito da grave ameaça. Chegará assim à inóspita conclusão de que a grave ameaça contra um cão também impede o ANPP. Todavia, como se identifica uma grave ameaça irrogada por um homem contra um animal? Sustenta-se, em leitura própria, que, como os vocábulos “violência” e “grave ameaça” vêm elencados em sequência, intercalados por uma conjunção alternativa (“ou”), o âmbito de incidência deles deve ser exatamente o mesmo. E porque não há que se cogitar em grave ameaça contra o animal, mas apenas contra o homem, conclui-se que a violência referida no artigo 28-A do CPP é apenas aquela praticada contra o homem.³⁶⁸

Por óbvio o objetivo de reparação do dano ambiental deve lastrear o acordo de não persecução penal e, assim, nortear as condições estabelecidas ao infrator investigado, cumprindo, assim, aquilo que foi consagrado na Constituição.

Tal cláusula deve ser estabelecida em conformidade com o inciso I do artigo 28-A do CPP, prevendo-se um prazo razoável para a restauração do meio ambiente.

Sobre o assunto, Miranda adverte que:

A primeira questão de relevo que se coloca é que a exigência de reparação do dano, em se tratando de crimes contra o meio ambiente, sempre será cláusula obrigatória e indeclinável em todo e qualquer acordo de não persecução penal, devendo o artigo 28-A, I, do CPP ser aplicado em conjugação com os preceitos insertos nos arts. 27 e 28 da Lei 9.605/98, que exigem a composição do dano cível ambiental como requisito essencial para a aplicação das medidas despenalizadoras envolvendo crimes ambientais.³⁶⁹

Ademais, com base §3º do art. 225 da Constituição Federal, o magistrado pode negar-se a homologar o acordo de não persecução penal que não imponha ao investigado o dever de reparar o dano por não atender aos requisitos legais.

Uma vez homologado o acordo com a cláusula de reparação do dano ambiental, a extinção da punibilidade só deverá ocorrer quando a recuperação do meio ambiente ficar comprovada mediante laudo de constatação.

³⁶⁸ KURKOWSKI, R. S. **Crime de maus tratos contra cães e gatos: ANPP e proibição da guarda.** Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/11/23/crime-de-maus-tratos-contra-caes-e-gatos-anpp-e-proibicao-da-guarda/#:~:text=O%20artigo%2032%2C%20%2A7%201%2C%2BA,reclus%3%A3o%20e%20proibi%3%A7%2C%2A3o%20da%20guarda>>. Acesso em: 24 dezembro 2023.

³⁶⁹ MIRANDA, M. P. S. **Primeiras reflexões sobre acordo de não persecução penal em crimes ambientais.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-15/ambiente-juridico-primeira-reflexoes-acordo-nao-persecucao-penal-crimes-ambientais>>. Acesso em: 26 mai. 2022.

Em síntese, todos os crimes previstos na Lei n. 9.605/98 admitem pelo menos um tipo de benefício despenalizador - transação, suspensão condicional do processo ou acordo de não persecução penal. Todavia, ainda que estes institutos não possam ser aplicados por causa das condições pessoais do agente, é bastante provável que o delinquente não seja obrigado a cumprir uma pena privativa de liberdade, eis que a legislação ambiental prevê a possibilidade de substituição da pena corporal por outra restritiva de direitos, porquanto, em sua maioria, tais tipos penais cominam penas diminutas e não redundam em violência ou grave ameaça contra pessoa.

Nesse âmbito é preciso destacar que a Lei ambiental convergiu a possibilidade de substituição da reprimenda corporal quando a pena aplicada for *inferior* a quatro anos no caso de crime doloso. Note-se que no Código Penal o comando é outro, isto é, a pena alternativa pode ser aplicada caso a pena privativa de liberdade seja *igual ou inferior* a quatro anos.

Além disso, o Código Penal estabelece no §2º do seu art. 44 que condenações *superiores* a um ano de prisão devem ser substituídas por duas penas restritivas de direitos ou por uma restritiva de direitos e uma de multa. A Lei n. 9.605/98 segue uma dinâmica mais benevolente, pois não há exigência nesse sentido.

No que diz respeito às modalidades de sanções alternativa, a Lei ambiental elenca hipóteses específicas, deixando de lado portanto aquelas formas estabelecidas nos artigos 45 a 48 do Código Penal.

De acordo com Bitencourt:

[...] aquelas penas “restritivas de direitos”, previstas no Código Penal e não repetidas na Lei n. 9.605/98, como “perda de bens e valores”, “prestação de serviços de outra natureza” e “limitação de fim de semana”, não podem ser aplicadas nas infrações definidas nesta última, que estabelece as suas próprias alternativas à pena de prisão, dispondo, em consequência, “de forma diversa”.³⁷⁰

Esta interpretação é fruto do que dispõe o próprio Código Penal em seu artigo 12, o qual consagra a primazia da legislação especial, mais específica e adequada a lesões peculiares.

Assim, é fácil compreender que caso o infrator não seja beneficiado por um dos benefícios despenalizadores acima retratados, dificilmente não será agraciado com a substituição da pena privativa de liberdade por uma das modalidades de pena alternativa elencadas no art. 8º da Lei n. 9.605/98 - prestação de serviços à comunidade; interdição

³⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 24. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 739.

temporária de direitos; suspensão parcial ou total de atividades; prestação pecuniária; ou recolhimento domiciliar.

3.3.3 O caráter simbólico dos crimes ambientais

Como foi possível observar nos tópicos anteriores, o legislador infraconstitucional obedeceu ao comando da Carta Magna e criminalizou diversas condutas nocivas ao meio ambiente. Contudo, o que se vê na prática é quase a inviabilidade da aplicação de punições genuinamente criminais (prisão), porquanto, via de regra, dada a incidência de institutos despenalizadores ou a substituição da pena privativa de liberdade por outras alternativas ao encarceramento, o direito penal assume um caráter bastante peculiar, mais próximo do direito administrativo.

Nessa perspectiva, Granziera ressalta que:

[...] computam-se raros os casos em que realmente alguém fica detido em face de ter cometido crime ambiental. Dessa forma, o que pode servir para impedir, sob o aspecto penal, a atividade ou conduta danosa é muito mais o fato de sofrer um processo criminal do que propriamente ser preso por isso.³⁷¹

Como está, a legislação penal ambiental “[...] não alude senão ao contraste entre o ato e a lei, no seu aspecto exterior, prescindindo da sua valoração moral”³⁷². Isso certamente prejudica a função contrafática da pena.

Nuvolone explica que:

Correlatamente, como é natural, surge o fenômeno da progressiva decadência da força intimidadora das leis, escassa e unilateralmente aplicadas e atenuadas em muitos países por frequentes medidas de clemência: o que se traduz numa progressiva eliminação daquele “contraestímulo” que, sobretudo para os delinquentes marginais, representa sempre, apesar das críticas, uma barreira eficaz contra a criminalidade, nos casos em que a predisposição ao crime não é tão forte a ponto de representar quase uma causa determinante necessária.³⁷³

Ora, daí surge uma inexorável questão: por qual razão criminalizar um comportamento se, de fato, a aplicação das penas típicas do direito penal se mostra quase inviável?

³⁷¹ GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 627.

³⁷² CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. São Paulo: Editora Pillares, 2015. p. 86.

³⁷³ NUVOLONE, Pietro. **O sistema do direito penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981. p. 82-83.

É notório que o poder público não tem dado respostas eficientes e criativas acerca da proteção do meio ambiente. Com raríssimos lampejos de sucesso, geralmente iniciativas de conservação frequentemente redundam em fracassos quantitativos ou qualitativos. Ademais, a utilização dos outros ramos do Direito para tutelar a natureza tem se mostrado deficiente, visto que não produz um efeito comunicativo na consciência coletiva sobre a urgência e necessidade de preservação.

Beck afirma que cada vez mais:

Com a morte das florestas, o ser humano percebe-se a si mesmo como “ser natural com pretensão moral”, como coisa móvel e frágil em meio a outras coisas, como parcela natural de um todo natural ameaçado, pelo qual ele é responsável. Acabam sendo feridos e despertados níveis de uma consciência natural do ser humano, que solapam e impugnam o dualismo de corpo e espírito, natureza e humanidade. Na ameaça, o ser humano percebe que respira como as plantas e que vive da água como os peixes na água. A ameaça de contaminação faz com que sintam que, com seu corpo, fazem parte das coisas – um “processo metabólico com consciência e moral”.³⁷⁴

É justamente por isso que a legislação penal é acionada, isto é, como fruto do princípio da fragmentariedade, a criminalização de determinadas condutas serve para ressaltar o caráter proibitivo da norma e delimitar com absoluta clareza quais são os bens jurídicos mais valorizados de uma sociedade.

Por outro lado, neste caso, a lei penal também é utilizada para maquiagem a ineficiência estatal e, ao mesmo tempo, tranquilizar a opinião pública, mediante atitudes que demonstram que algo está sendo feito para proteger o meio ambiente. Trata-se do que convencionou chamar de direito penal simbólico.

Segundo Hassemer, do jeito que está posta na legislação:

Esta suposta forma de garantir a proteção do ambiente, para além de custar pouco dinheiro ao Estado, apresenta ainda a vantagem de servir para acalmar contestações políticas. Com efeito, é assim que a classe política pode proclamar à opinião pública que está atenta aos problemas do mundo moderno e, mais ainda, que até se compromete com a tomada de medidas drásticas para os resolver.³⁷⁵

Dessa forma, para alguns, a criminalização é a forma fácil de tentar resolver um problema social complexo, repleto de variáveis e intensidades distintas, visando sobretudo tranquilizar a opinião pública.

Inobstante isso, é inegável o caráter simbólico-comunicativo da imputação penal, o qual transmite à coletividade a exata noção de importância dispensada a um bem

³⁷⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 91.

³⁷⁵ HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 22, Abr-Jun, p. 27-35, 1998.

jurídico através da imposição de sanções sérias, efetivas e duras. Essa postura, caso tivesse sido adotada no microssistema de proteção ambiental, redundaria em uma mensagem clara à coletividade: “não toleramos crimes ambientais”.

Ocorre que, ao estabelecer normas penais que inviabilizam a aplicação de penas severas, a Lei n. 9.605/98 labora com premissa inversa, qual seja, de que o delito ambiental não é suficientemente relevante para ser reprimido por meio de penas corporais. Aliás, em alguns casos, a mensagem transmitida pela legislação penal pode ser ainda mais torpe e odiosa, assim dizendo, a de que o crime ambiental compensa, desde que feita a relação entre custos e benefícios.

Não obstante as posições em contrário, é necessário indagar se a opção eleita pelo Brasil é a mais viável e estrategicamente mais eficiente para tentar conter a ação humana em detrimento do meio ambiente, pois, embora enfeixado da Constituição, o comando para a criminalização de condutas dessa estirpe não tem redundado em um efeito comunicativo satisfatório.

Há, portanto, uma considerável perda da eficiência preventiva do Direito Penal, eis que o efeito comunicativo resta prejudicado pela ideia de que a prática da infração penal não redundará em uma consequência severa, de modo que, no imaginário coletivo, o crime passa a compensar, fazendo parte até mesmo do “custo” do negócio para empresários poluidores. Nessa perspectiva, a pena nada mais é do que um mero efeito colateral minguado e aceitável.

É justamente por isso que cedo ou tarde haverá um clamor - ou até mesmo pressão por parte do empresariado que lucra com o meio ambiente sadio, especialmente ligado ao comércio internacional - para que o direito penal ambiental seja reformado e as sanções endurecidas para que os delinquentes devastadores respondam por seus atos na dimensão da lesão provocada à coletividade.

Trata-se de um movimento que já está em curso no Congresso Nacional, inclusive, existe um projeto de Lei (PL n. 2933/2023) que prevê a imposição de sanções severas àqueles que porventura praticarem o crime de “ecocídio”.

Inobstante isso, critica-se bastante o uso do direito penal para prevenir o dano ambiental mediante a antecipação da punição aos atos preparatórios. Além disso, alega-se também que o direito penal estabelece uma suposta seletividade das condenações, as quais se resumiriam a pequenos poluidores.

Sucedese que não se deve ter como paradigma o direito penal clássico - essencialmente individualista - para tutelar interesses difusos. No âmbito do biosistema tem que se ter em mente a prevenção do dano. Não é razoável exigir a configuração do prejuízo

ambiental para que o direito penal passe a atuar.

Também não serve como argumento a falácia de que a criminalização de infrações ambientais se presta apenas para punir pequenos poluidores. Ora, se isso realmente ocorre, cabe ao legislador lançar mão de mecanismos legais que fomentam a desmontagem de estruturas criminosas, responsabilizando os mentores e financiadores do crime ambiental, como por exemplo a colaboração premiada e o confisco alargado.

Não é aceitável esperar que os grandes poluidores sejam eficazmente punidos somente quando o delito ambiental tiver alguma conexão com a estruturação de uma organização criminosa e, desse modo, sejam punidos com rigor pela destruição do meio ambiente.

Vale destacar que quase todos os crimes descritos na Lei n. 9.605/98 possuem pena máxima igual ou inferior a 4 (quatro) anos, de modo que dificilmente um crime ambiental será perseguido conjuntamente com o delito de organização criminosa, porquanto o art. 1º, §1º, da Lei n. 12.850/13 exige para a tipificação dessa violação “a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos”

Sem embargo, contrário à criminalização de condutas danosas à natureza, Hassemer entende que o uso do Direito Penal não é a melhor solução para o problema, pois, segundo ele:

[...] quanto mais direito penal do ambiente, menos proteção ambiental; quanto mais ampliarmos e agravarmos o direito penal do ambiente, tanto mais estaremos a dar maus passos, pois que, a persistir nessa senda, só viremos a produzir efeitos contrários aos pretendidos: ou seja, acabaremos contribuindo para uma inexorável diminuição da proteção efetiva do ambiente.³⁷⁶

Nessa toada, Hassemer critica o uso preventivo do direito penal com fito na proteção do meio ambiente, haja vista que aquele possui função repressiva e não preventiva. Para tanto, Hassemer propõe a criação de um novo ramo do direito para tratar da prevenção de ilícitos ambientais, é o que ele denomina por “direito de intervenção”.

A sugestão formulada pelo saudoso juiz do Tribunal Constitucional Federal alemão sugere a intervenção estatal prévia, antes mesmo da consumação do dano ambiental. Propõe, ainda, que eventuais sanções impostas por esse novo ramo do Direito se distingam das penas privativas de liberdade. Além disso, dá azo à possibilidade de imputação coletiva, sem a individualização do comportamento de cada envolvido na conduta danosa.

³⁷⁶ HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 22, Abr-Jun, p. 27-35, 1998.

Nota-se que a proposta de Hassemer visa manter a higidez do modelo “clássico” de direito penal, rigidamente estruturado sobre garantias individuais, na imputação pessoal e na imposição de reprimendas severas (essencialmente penas privativas de liberdade). Embora em termos diversos, Hassemer pretende a mesma coisa que Jakobs, preservar o direito penal.

Embora as teses abolicionistas sejam auspiciosas no plano teórico, na dimensão prática apresentam inúmeros desafios. Ocorre que quase todas as medidas propostas por Hassemer foram incluídas na Lei n. 9.605/98, sob a nomenclatura de direito penal, porém, não surtiram o efeito esperado.

Primeiramente é preciso engrenar que, no Brasil, a criminalização de condutas prejudiciais ao meio ambiente atende a um mandado constitucional de criminalização. Portanto, a abolição da legislação penal consistiria em uma clara afronta ao §3º do art. 225 da Carta Magna.

Além disso, a descriminalização pode redundar em um efeito comunicativo - interno e externo - ainda mais nefasto, porque pode demonstrar o menosprezo do Estado brasileiro pela preservação do meio ambiente.

Nas palavras de Luciano Feldens:

[...] em se constatando que a caminho da igualdade e da justiça social o Estado desenvolveu tarefas no plano legislativo, inclusive criminal, no sentido de proteger essas objetividades jurídicas que servem, em última análise, a conferir existência digna aos nacionais, configurando-se tal como um avanço no desiderato perseguido (justiça social), eventuais medidas despenalizadoras sujeitar-se-iam a representar uma desproteção socialmente indesejável a esse núcleo essencial identificado com o Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, ainda que indiretamente, um retrocesso social que, como tal, revela-se vedado constitucionalmente (cláusula de proibição do retrocesso social).³⁷⁷

Nesse sentido, Jakobs arremata que uma proteção deficiente daquilo que a Constituição estabeleceu como algo central pode comprometer, inclusive, a autoridade estatal naquilo que atine ao *jus puniendi*. Para Jakobs:

A partir de uma perspectiva funcional, só essa força de autoconservação é a que conta. Não obstante, nenhum sistema pode renunciar a essa força: uma “crise do *ius puniendi* público”, que, por exemplo, conduzisse a uma ampla retirada para medidas jurídico-civis, seria uma crise não só do *ius puniendi*, mas também do público.³⁷⁸

Nessa dimensão, a atuação do direito penal para a proteção do meio ambiente é

³⁷⁷ FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 88.

³⁷⁸ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Barueri: Manole, 2003. p. 20.

inafastável e deve ser aperfeiçoada ante a sublimidade daquilo que se tutela.

3.4 O ETERNO DILEMA DA FINALIDADE DA PENA

O estudo do direito penal - como ciência - e, por conseguinte, da pena resultante da prática de um ilícito é algo relativamente recente na história da humanidade, haja vista que esse tipo de sanção sempre foi compreendido como um mal imposto como resposta a um outro mal previamente praticado pelo infrator.

Nuvolone ensina que:

O Direito Penal, como objeto de ciência autônoma, nasce com o Iluminismo. É nesse momento que o homem moderno toma consciência crítica do problema penal como problema filosófico e jurídico que é. Os temas em torno dos quais se desenvolve a nova ciência são, sobretudo, os do fundamento do direito de punir e da legitimidade das penas.³⁷⁹

É preciso pensar sobre a proporcionalidade e a legitimidade da pena, especialmente quando se cogita a criminalizar de novas condutas ou, ainda, incrementar algumas punições já existentes. Beccaria formulou uma série de questões que devem nortear o debate:

[...] qual a origem das penas, e em que se funda o direito de punir? Quais as punições que se devem aplicar aos diferentes crimes? A pena de morte será verdadeiramente útil, necessária, imprescindível para a segurança e a estabilidade social? Serão justos os tormentos e as torturas? Levarão ao fim proposto pelas leis? Quais são os meios mais apropriados para prevenir os delitos? As mesmas penas serão igualmente úteis em todas as épocas? Qual a influência que exercem sobre os costumes?³⁸⁰

Para tentar responder essas questões é preciso ter em mente que, na concepção jusnaturalista, a pena é uma consequência natural da prática de um injusto, como se fosse uma espécie de eco daquilo que ocorre na natureza. Trata-se, portanto, de uma simples e natural reação ao injusto.

Na perspectiva contratualista, o *jus puniendi* é uma manifestação suprema do poder estatal. Beccaria afirmava que “A soma dessas partes de liberdade, assim sacrificadas ao

³⁷⁹ NUVOLONE, Pietro. **O sistema do direito penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981. p. 1.

³⁸⁰ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 17.

bem geral, constituiu a soberania na nação”³⁸¹. Além disso, para o Marquês, “A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir”³⁸². Desse modo, para os contratualistas, o direito estatal de punir se legitima a partir do contrato social, por meio do qual indivíduos renunciam o direito à barbárie para se submeterem à justiça formal, supostamente mais racional e insuscetível de ser afetada pelas paixões humanas.

É importante se ter a dimensão de que a privação da liberdade também é uma medida relativamente recente, uma vez que o cárcere funcionava como uma providência viabilizadora da imposição de outras penas, tais como a imposição de trabalhos forçados, mutilações e até mesmo a morte.

Carnelutti retrata que:

Historicamente, o cárcere não foi inventado com esta finalidade; a sua razão originária é, mais do que a de uma medida de segurança, a de uma medida cautelar apta a assegurar a disponibilidade do réu aos fins do juízo; mas esta é a raiz, não o desenvolvimento do instituto.³⁸³

Foucault corrobora com essa compreensão ao afirmar que:

[...] a prisão não é um castigo velhíssimo cujo sucesso nunca teria deixado de crescer ao longo dos séculos. Isso porque, até o fim do século XVIII, ela nunca foi realmente um castigo dentro do sistema penal.³⁸⁴

Desse modo, o cárcere deixou de ser uma medida preparatória para a imposição de medidas corporais ou expropriatórias para se tornar atualmente a mais genuína forma de punição que se conhece. Por isso, a sua imposição naturalmente comunica a ideia de ilegalismo.

É válido destacar que a prisão atende a uma lógica mais sofisticada e menos bruta do que as penalidades anteriormente aplicadas, qual seja, todos possuem tempo ainda que não possuam patrimônio. Noutros termos, ninguém escapa à sua ação.

Essa dinâmica utilitarista fez com que setores da sociedade enxergassem essa mudança como uma “janela de oportunidades”, de modo que o sistema prisional primitivo fornecesse mão de obra barata para a emergente revolução industrial e, ao mesmo tempo, doutrinasse as classes subalternas.

Ao comentar a instituição da prisão como forma de punição, Alessandro Baratta advoga a ideia de que:

³⁸¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 19.

³⁸² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 19.

³⁸³ CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. São Paulo: Editora Pillares, 2015. p. 72-73.

³⁸⁴ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 59.

As funções desta instituição na produção e no controle da classe operária, e na criação do universo disciplinar de que a moderna sociedade industrial tem necessidade, são elementos indispensáveis a uma epistemologia materialista, a uma “economia política” da pena.³⁸⁵

Em outras palavras é possível afirmar que o cárcere serviu como ferramenta de doutrinação da sociedade industrial, de modo a indicar os valores mais preciosos e a forma de se comportar.

Tratava-se de estratégia para formatar a população conforme os valores e interesses das classes dominantes, detentoras dos meios de produção. Dessa forma, garantia-se a fixação da mão de obra barata e se rechaçava a conduta desviante contrária ao labor. Daí a criação de ilícitos semelhantes à contravenção de vadiagem, a qual punia o desocupado como forma de mobilizar a força de trabalho para a função que fora predestinada, a produção³⁸⁶.

Embora o direito penal e a pena sempre tenham sido manipulados pelos poderosos para “docilizar” as classes menos favorecidas, é importante dizer que, normativamente, a reprimenda criminal serve para reprimir e prevenir a prática de outros ilícitos previstos em Lei.

Prova disso é que o Capítulo III, do Título V, do Código Penal, trata da aplicação da pena e da metodologia de mensuração da reprimenda. O art. 59 do CP, que inaugura o sobredito Capítulo III, fornece importante substrato para a compreensão das finalidades das penas no Brasil ao anunciar como objetivos das sanções penais aquilo que “[...] seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Note-se que, na perspectiva do Código Penal, a punição deve servir para reprovar, repreender e condenar determinado comportamento, de modo que a censura seja comunicada ao infrator sancionado e, também, aos demais membros da sociedade. Dessa forma, o juiz reafirma o império da Lei e reforça as expectativas sociais acerca do cumprimento da norma.

Além disso, o mesmo dispositivo estabelece como objetivo a prevenção do crime, ou seja, a punição deve servir como exemplo negativo, contrafático, que desmotive a realização de novas empreitadas delitivas pelo condenado, bem como por aqueles que tomaram ciência daquele desfecho sancionatório.

É importante ressaltar que essas duas finalidades – reprovação e prevenção –

³⁸⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2021. p. 193.

³⁸⁶ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 100-101

devem ser observadas pelo juiz sentenciante, ou seja, o magistrado que efetuou o juízo de culpabilidade positivo deve se pautar por esses paradigmas para estabelecer a pena.

Entretanto, não há no Código Penal nenhuma preocupação com a ressocialização do condenado. Tal objetivo deve ficar a cargo do juiz responsável pela execução da reprimenda de modo a “[...] proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado”, na forma do art. 1º da Lei n. 7.210/84 (LEP).

Aqui existe como finalidade a preocupação com a readequação do condenado à sociedade. Trata-se de uma visão utilitarista, que visa garantir o retorno do preso à sociedade sem sobressaltos, adequado aos padrões estabelecidos no contrato social.

A partir desses dois dispositivos legais - que entraram em vigor em 1984 - é possível perceber que o Brasil adotou uma vertente *mista* no que atine aos objetivos da pena, para, assim, não só reprovar e prevenir a prática criminosa, mas também recuperar aquele a quem foi imposta uma sanção penal.

A despeito dos nítidos objetivos entabulados pelo legislador brasileiro, alguns questionamentos formulados por Hassemer são pertinentes e devem ser repetidos para a continuidade desse estudo: “Pode o sistema penal “efetivamente” garantir estes maravilhosos efeitos? Ou, como se opera concretamente o atingimento dos efeitos?”³⁸⁷.

Para tentar explicar adequadamente os fundamentos da pena, a doutrina penal costuma “[...] subdividir as teorias que fundamentam a pena em: absoluta ou retribucionista - *punitur quia peccatur*; e relativa (prevenção geral e prevenção especial) - *punitur ne peccatur*; mistas”³⁸⁸.

Não obstante esses esclarecimentos, ainda resta nebulosa a questão acerca do “por quê” punir. Fassin faz uma interessante reflexão sobre a necessidade e a justificativa de se punir:

Importa aqui diferenciar dois sentidos da questão do «por quê». Ela pode ser entendida em um sentido prescritivo (por que é necessário punir?) ou em um sentido descritivo (por que se pune de fato?). No primeiro caso, é uma justificativa teórica, dada a priori, geralmente por um filósofo ou um jurista. No segundo, é uma justificativa empírica, proposta a posteriori, e que pode ser subjetiva, quando é fornecida pelo próprio agente, ou objetiva, quando é colocada pelo sociólogo ou pelo antropólogo.³⁸⁹

É o que se pretende responder nos tópicos seguintes.

³⁸⁷ HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, p. 36-71, 1994.

³⁸⁸ RODRIGUES, Ricardo de Carvalho. **Humanização das ideias penais?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 85.

³⁸⁹ FASSIN, Didier. **Punir: uma paixão contemporânea**. Belo Horizonte: editora Âyiné, 2021. p. 92.

3.4.1 Teoria retributiva

Embora o castigo não esteja explicitamente registrado no Código Penal, nem, tampouco na LEP (Lei n. 7.210/84), é inegável que a pena possui um caráter retributivo, ou seja, que a sanção penal tem por objetivo impor ao condenado um mal como forma de “pagamento” pela transgressão praticada contra a coletividade³⁹⁰.

O raciocínio é o seguinte: já que a sociedade não foi capaz de evitar que a vítima sofresse o trauma causado pelo delito, tem, ao menos em princípio, uma dívida perante ela, consistente no castigo do autor³⁹¹.

Daí o questionamento: pena é “Punição ou vingança? Os filósofos vêm tentando há muito tempo fazer a oposição, julgando a segunda como ruim e ilegítima e a primeira como boa e legítima”³⁹².

A retribuição é evidentemente a finalidade da pena mais fácil de ser compreendida e cujos resultados são concretamente percebidos, uma vez que não se preocupa com o condenado - para que este seja redimido - nem, tampouco, com a sociedade - para que enxergue a partir condenação do criminoso um exemplo que não deve ser seguido.

Noutros termos, havendo ou não ressocialização do sentenciado, ou ainda, produzindo ou não intimidação coletiva, a pena deve ser aplicada como forma de impor ao delinquente o preço pelo desvio praticado. A pena, portanto, assume uma faceta de vingança coletiva que é imposta pelo Estado. Nessa perspectiva, a reprimenda está desprovida de viés utilitarista, ou seja, não se vislumbra através da pena a redução ou a prevenção de futuros crimes.³⁹³

Para a vertente retribuicionista, a pena é uma reação natural da sociedade contra aquele que praticou um ilícito penal. “As teorias absolutas, também denominadas retribuicionistas, entendem a pena como um fim em si mesmo e nisto se esgota o seu conteúdo,

³⁹⁰ CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. São Paulo: Editora Pillares, 2015. p. 27.

³⁹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 68.

³⁹² FASSIN, Didier. **Punir: uma paixão contemporânea**. Belo Horizonte: editora Âyiné, 2021. p. 53.

³⁹³ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. p. 169.

quia peccatum est”³⁹⁴.

Carnelutti analisa a pena a partir da observação de crianças e povos incivilizados. Para ele há fragmentos da necessidade humana por punição em todos os povos e culturas. Assim, a pena é uma reação à ofensa³⁹⁵.

Desse modo, nas palavras do jurista italiano:

A alegação que, perante a censura pela injúria proferida, a criança faz da injúria recebida, quer dizer precisamente isto: que a causa do que ele fez está fora dele, que não fez mais do que dar continuação a algo não começado por ele; por isso ele, com frequência, antepõe ou conclui não ter sido causa ou não ter culpa do que ocorreu.³⁹⁶

Nesse sentido, a pena funcionaria como um eco daquilo que acontece na natureza, ou seja, trata-se de uma reação natural - segundo as leis naturais - que são imitadas pelas leis artificiais elaboradas pelos homens³⁹⁷.

Portanto, o fundamento da lei penal e da punição é a própria lei natural que rege o *cosmos*. Sem o lastro natural a pena não teria sentido de existir.

Hassemer critica a ideia de retribuição como fundamento da pena ao afirmar que:

Com isso cabe o rechaço ao que nós denominamos hoje de “teorias retributivas”, uma opinião científica que vê o sentido da pena na compensação do passado. Em uma variante objetiva, dirigida ao acontecimento exterior, ela significa a compensação do injusto e da culpabilidade através do mal da pena, em uma variante subjetiva, considerando o autor, ela fala da “expição” - com a qual de modo algum se tem em vista, como igualmente se mostrará de modo preciso, a expiação ou reconciliação do autor, senão somente o processo sacramental que compensa o injusto e a culpabilidade com a execução e o sofrimento da pena pelo acusado.³⁹⁸

Pensando racionalmente, a retribuição de fato não faz nenhum sentido, uma vez que não produz nada de útil, a não ser a sensação de vingança. Assim, a primitiva atitude de se pagar o mal com o mal não é capaz de reparar o dano sofrido, nem, tampouco, de ressocializar o delinquente.

Assim, “[...] a ideia de ‘vingança’ torna mais espessas as trevas em vez de as dissipar, porque a vingança nos conduz ao mesmo problema: “Como é que fazer sofrer pode ser uma reparação?”³⁹⁹.

³⁹⁴ RODRIGUES, Ricardo de Carvalho. **Humanização das ideias penais?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 85.

³⁹⁵ CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. São Paulo: Editora Pillares, 2015. p. 25-26.

³⁹⁶ CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. São Paulo: Editora Pillares, 2015. p. 28.

³⁹⁷ CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. São Paulo: Editora Pillares, 2015. p. 33.

³⁹⁸ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 370.

³⁹⁹ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A genealogia da moral**. São Paulo: Lafonte, 2017. p. 59.

Nessa mesma toada, Foucault indaga: “[...] o que deve ser a punição? A punição então não é algo [ligado] à reparação ou à vingança. Nada tem a ver tampouco com castigo ou penitência. É apenas a defesa e a proteção da sociedade”⁴⁰⁰.

Destarte, a teoria retributiva da pena encontra-se desprovida de todo e qualquer sentido utilitarista, uma vez que não se preocupa com os reflexos vindouros da condenação e aplicação da pena. Ao contrário, a retribuição mira em um cenário passado e a reprimenda serve como uma espécie de “oferenda” para “acalmar os deuses da terra”.

3.4.2 Teorias da prevenção especial

Apesar da suposta compensação exigida pela finalidade retributiva da pena, como se viu acima, existe na legislação uma preocupação de índole utilitária, qual seja, a evitação da prática de novos delitos por aquele que já experimentou as dores de uma sanção penal.

Na busca de um fundamento mais racional para a imposição da pena, bem como a indicação de um propósito mais útil para os condenados, os estudiosos do direito penal desenvolveram as chamadas teorias preventivas.

Hassemer ensina que:

Seneca, que viveu no início da era cristã, do modo como foi transmitido por Grotius - tomou de Protagoras uma teoria da pena que hoje nós designamos como “moderna”: “nenhum indivíduo racional pune pelo pecado cometido, mas para que futuramente não mais se peque”. Esta frase, que se perdeu na obscuridade histórica da filosofia prática, caracteriza o que hoje nós denominamos “teorias preventivas da pena”, isto é, teorias que atribuem às penas força e a tarefa inibitória dos futuros delitos. Estas teorias possuem duas orientações finalísticas: uma variante “preventiva especial”, que dirige a sua atenção ao autor concreto condenado a uma pena e espera para ele, a partir da pena, um efeito “ressocializador”, um efeito de adaptação; e uma variante “preventiva geral” que se interessa pela generalidade dos cidadãos e, através da pena e da execução penal, espera em sua concepção estrita (apenas) uma intimidação do potencial delinquent, e em sua concepção ampla robustecer a consciência normativa de todos.⁴⁰¹

Beccaria já deduzia que “Os castigos têm por finalidade única obstar o culpado

⁴⁰⁰ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 62.

⁴⁰¹ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 369.

de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus concidadãos do caminho do crime”⁴⁰². Assim, as teorias preventivas “[...] transferem a função da pena para um resultado futuro, que consiste em influenciar a coletividade ou o autor do delito”⁴⁰³.

Tais teorias têm por finalidade duas premissas básicas: o desestímulo à reincidência e a dissuasão de membros da sociedade que tenham a propensão de praticar crimes da mesma índole daquele que resultou na condenação.

Hassemer ensina que:

[...] o êxito da socialização é a melhor segurança para a sociedade diante do antigo delinquente; através de uma execução penal ressocializadora intensa, nos custos e no aspecto pessoal, a sociedade pagaria uma parte da culpa que tem carregado consigo pela socialização defeituosa destes indivíduos.⁴⁰⁴

Ícone da criminologia crítica, Alessandro Barata refuta as teorias preventivas ao afirmar que os dados concretos:

[...] põem em dúvida o princípio do fim ou da prevenção e, em particular, a concepção reeducativa da pena. Na verdade, esses resultados mostram que a intervenção do sistema penal, especialmente as penas detentivas, antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinquente determinam, na maioria dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa.⁴⁰⁵

Singularmente, a finalidade preventiva especial mostra-se fracassada, haja vista o alto índice recaídas daqueles que já sofreram algum tipo de condenação criminal. Noutras palavras, a reprimenda não tem servido para afastar o condenado da criminalidade, nem, tampouco, para reintegrá-lo ao seio da sociedade.

Embora essa pretensão seja louvável, sua concretização não se sustenta empiricamente, visto que rigorosamente não possui o condão de docilizar e “normalizar” indivíduos embrutecidos. Aliás, segregado em um estabelecimento prisional degradado e inóspito, a tendência é que o condenado se torne ainda mais hostil e rebelde.

Nietzsche já afirmava que “Em geral, o castigo endurece e torna frio, concentra e aguça os sentimentos de aversão, aviva a força de resistência [...]”⁴⁰⁶.

⁴⁰² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 49.

⁴⁰³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2021. p. 51.

⁴⁰⁴ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 374.

⁴⁰⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2021. p. 90.

⁴⁰⁶ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A genealogia da moral**. São Paulo: Lafonte, 2017. p. 72

A conclusão a que chegam estudos deste gênero é que “a possibilidade de transformar um delinquente antissocial violento em um indivíduo adaptável, mediante uma longa pena carcerária, não parece existir” e que “o instituto da pena não pode realizar a sua finalidade como instituto de educação”.⁴⁰⁷

Hassemer complementa esse raciocínio ao afirmar que:

O preso é privado amplamente dos seus contatos íntimos e sociais. Ele é levado a um ambiente social que o mantém afastado dos problemas, nos quais ele fracassou fora do estabelecimento (que lhe criavam também novos problemas). Ele desaprende as técnicas sociais de convívio e de aprovação (e inclusive aprende outras).⁴⁰⁸

Vale dizer que essa prevenção especial focada no condenado pode ser enxergada de duas maneiras: positiva ou negativa.

A prevenção especial positiva é aquela destinada à ressocialização ou reeducação do sentenciado ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade, de modo a readaptar o criminoso ao convívio social para que oportunamente ele seja reinserido no seio da coletividade e, munido de “virtudes”, jamais volte a cogitar a perpetração de ilícitos penais. Portanto, cuida-se de uma intervenção no comportamento do preso.

Já a prevenção especial negativa tem por escopo a intimidação e a neutralização do condenado para que, uma vez sacado do convívio social, não tenha condições de praticar novos crimes. Noutros tempos, a prevenção geral negativa laborava a serviço do absolutismo, uma vez que reclamava penas cruéis para inibir que criminosos tornassem a delinquir⁴⁰⁹.

Note-se que ambas as formas de prevenção especial são utilitaristas (voltadas às consequências produzidas pela punição), porquanto visam garantir que a sociedade não seja novamente abalada por aquele delinquente determinado que foi sentenciado ao cumprimento de uma reprimenda corporal.

Nada obstante os claros objetivos da prevenção especial, é preciso constar algumas distorções provocadas pela sua aplicação ao longo da história.

Os defensores da prevenção especial positiva asseveram que a ressocialização é um atributo de um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, a dignidade da pessoa humana. Assim, o condenado tem o direito de se regenerar e evoluir como pessoa.

⁴⁰⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2021. p. 184.

⁴⁰⁸ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 378.

⁴⁰⁹ RODRIGUES, Ricardo de Carvalho. **Humanização das ideias penais?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 49.

Aliás, vale aqui registrar que o mal compreendido direito penal do inimigo identificado por Jakobs admite que o “hostil” - condenado pela prática de um crime bárbaro, por exemplo - torne à condição de pessoa em Direito e volte a ser tributável dos tratamentos dispensados aos cidadãos. Tal característica é própria do Estado Democrático de Direito, ambiente em que Jakobs fiou a sua teoria.

Polaino-Orts destaca que a condição de inimigo é potestativa:

[...] na medida em que o inimigo dispõe sempre da possibilidade de abandonar seu status, por meio de uma solução precisa, a de adequar seu comportamento à norma e prestar a suficiente garantia cognitiva para poder ser tratado como pessoa fiel ao Direito.⁴¹⁰

Inobstante isso, embora seja louvável o desígnio de ressocializar aquele que demonstrou possuir um comportamento antissocial, não se pode imaginar, ingenuamente, que tal finalidade seja estéril à interferência das classes dominantes. Muito pelo contrário, o que se viu ao longo da história é que a pena foi utilizada para docilizar as classes subalternas aos lucrativos interesses das classes mais abastadas.

Concretamente, na concepção da prevenção especial positiva, o condenado recebe uma espécie de tratamento - ou em termos penais, uma medida de segurança - para que se livre do mal que lhe acomete, a sua índole criminosa.

Para Hassemer, trata-se de:

[...] uma tentativa de arrebatar o preso não apenas no corpo mas também na alma e mais: almeja exorcizar seu estilo de vida e seus modelos de comportamento específicos da classe baixa a que pertence. Se a tudo isto se acrescenta que respeitáveis representantes da ideia da ressocialização acabam propugnando a pena de duração incerta⁴¹¹

Desse modo, a pena pode servir como ferramenta de homogeneização de comportamentos à luz daquilo que convém aos detentores do poder político e econômico. A lógica é a seguinte: se a bebedeira noturna prejudica o bom andamento dos negócios durante o dia, que se criminalize a bebedeira. Se a vadiagem afasta a mão de obra necessária para o funcionamento das fábricas, que se criminalize a vadiagem.

Para Velo “Trata-se do velho dualismo de sempre, entre a defesa do direito penal como disciplina do poder e a do direito penal como instrumento do poder. O ideal do primeiro

⁴¹⁰ POLAINO-ORTS, Miguel. **Lições de direito penal do inimigo**. São Paulo: LiberArs, 2014. p. 63.

⁴¹¹ HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, p. 36-71, 1994.

é a liberdade, a do segundo o combate à criminalidade ou a defesa social”⁴¹².

Noutra margem, na perspectiva da prevenção especial negativa a pena serve para um fim mais pragmático, qual seja, a eliminação daquele que é fonte de perigo mediante a sua segregação. Nessa toada, o criminoso é enxergado como uma ameaça à sociedade, ou seja, alguém que atenta contra o contrato social. Aqui inexistente sentimento de vingança, mas sim uma visão utilitarista que busca retirar do caminho aquele que afronta o progresso da sociedade em razão da prática de crimes.

Foucault afirma que se trata de uma hostilidade social.

Daí decorre a noção de pena que deve ser dosada não pela importância da culpa ou do prejuízo, mas por aquilo que é útil à sociedade. É importante para ela que seus inimigos sejam dominados, que não se multipliquem.⁴¹³

Ao criticar a prevenção especial negativa, Moraes afirma que ela:

[...] busca a eliminação de perigos. Consequentemente, se os instrumentos coercitivos não têm como objetivo prevenir as condutas tidas como indesejáveis, então seria possível afirmar que carecem de finalidade social e, portanto, são ilegítimos.⁴¹⁴

Entretanto, ouse-se discordar, pois muito embora inexistente na prevenção especial negativa o compromisso com a recuperação do condenado, existe sim uma finalidade social – goste ou não dela – que não pode ser olvidada, que é a paz e a segurança da maioria que não delinuiu. Desse modo, a inocuidade do delinquente não pode de *per se* ser apregoada como ilegítima, porquanto busca garantir a tranquilidade da coletividade, que, como visto, é um direito inerente ao contrato social segundo o pensamento de Kant.

Cuida-se, portanto, de um objetivo calcado na ideia de defesa social.

Essa tem sido uma prática recorrente em alguns Estados norte-americanos que, amparados no brocardo “three strikes and you are out”, punem em progressiva severidade os reincidentes, da elevação da privação de liberdade, passando pela proibição de liberdade condicional até a pena de morte, corroborando-se a ideia de Franz von Liszt de que existiriam indivíduos irrecuperáveis tal qual um membro enfermo do organismo.⁴¹⁵

⁴¹² VELO, J. T. O problema da fundamentação do direito penal do inimigo. **Revista dos Tribunais**, Revista dos Tribunais. v. 894, p. 349-400, 2010.

⁴¹³ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 31-32.

⁴¹⁴ MORAES, V. B. Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Günther Jakobs. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 74, p. 9-34, 2008.

⁴¹⁵ BRANCO, B. C. T. C.; TANGERINO, D. P. C. O perigo da imprópria universalização da dogmática penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais. v. 117., p. 51-89, 2015.

É inegável que a prevenção especial negativa pode ser empregada maliciosamente a pretexto da defesa social para hostilizar pessoas socialmente indesejáveis, minorias, tais como: uma etnia, indivíduos deficientes, cidadãos que professam uma religião não ortodoxa.

Crítico da ideia da pena como forma de defesa social, Foucault aponta que:

[...] ela serviu para caracterizar, designar de modo bastante vago o estatuto conferido, numa sociedade como a nossa, a delinquentes, minorias étnicas, religiosas e sexuais, a doentes mentais, a indivíduos que ficam fora dos circuitos de produção ou consumo, enfim a todos aqueles que possam ser considerados anormais ou desviantes.⁴¹⁶

Trata-se de uma constatação verossímil e, portanto, digna de preocupação, haja vista que o direito penal pode ser utilizado como instrumento de exclusão social para aqueles considerados indesejáveis.

Nessa mesma linha de raciocínio, Velo ilustra que:

O ritual do bode expiatório causa alívio porque culpabiliza o outro sem que os comandantes necessitem reconhecer os próprios erros, salvaguardando a integridade moral e ética da coletividade. Este é o alívio que a teoria do direito penal do inimigo busca racionalizar ao dizer, com base em Kant, que “a pena sucede contra o *homo noumenon*; a custódia de segurança, contra o *homo phaenomenon*”.⁴¹⁷

Com isso, há uma diferença entre tratamento dispensado ao homem racional e ao homem natural. A teoria de Jakobs caminha por essa trilha, haja vista que propõe um tratamento penal diferenciado entre cidadão e inimigo.

Na visão de Jakobs o inimigo é aquele que abandonou consciente e completamente os termos do contrato social, devendo receber por conta disso uma custódia de segurança, capaz de inocuízá-lo. Trata-se de alguém que, por sua própria decisão, tornou ao estado de natureza.

É importante esclarecer que “A referida despersonalização não se confunde com a perda da personalidade jurídica, mas se trata de uma desconsideração da condição de pessoa para fins penais ‘exclusivamente no que se refere ao possível uso defeituoso da liberdade’”⁴¹⁸.

Cacicedo explica que:

Para Jakobs, só faz sentido contradizer a conduta do autor se este for considerado uma pessoa, se for capaz de compreender o sentido da comunicação levada a efeito pela

⁴¹⁶ FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015. p. 4.

⁴¹⁷ VELO, J. T. O problema da fundamentação do direito penal do inimigo. **Revista dos Tribunais**, Revista dos Tribunais. v. 894, p. 349-400, 2010.

⁴¹⁸ CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo**: uma análise crítica da prevenção geral positiva. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 134.

pena. Ao indivíduo perigoso, por outro lado, não interessa qualquer comunicação, pois ele está fora do direito. A pena representa somente coação na luta contra o perigo representado pelo inimigo. Sua função é unicamente a inocuidade, devendo ser fisicamente efetiva para assegurar a sociedade dos riscos que são ínsitos ao indivíduo perigoso.⁴¹⁹

De outra banda, o cidadão é aquele que embora tenha transgredido a lei penal, ainda é capaz de retomar aos termos do contrato social, uma vez que pode fornecer garantias cognitivas de que não frustrará as expectativas sociais nele depositadas.

Contudo, embora o temor da criação de bodes expiatórios seja legítima (por causa dos inúmeros episódios históricos nesse sentido), a teoria proposta por Jakobs é essencialmente normativa e visa hostilizar determinados comportamentos intoleráveis pela sociedade e isso independe das condições político-econômicas do agente. Prova disso é que o ordenamento jurídico incrimina severamente comportamentos que a rigor são cometidos por ricos e poderosos, tais como evasão de divisas e lavagem de dinheiro.

3.4.3 Teorias de prevenção geral

A teoria de prevenção geral consiste em mais uma tentativa de se justificar a imposição de uma pena sem recorrer ao vetusto argumento da retribuição, o qual é classificado como irracional e pouco útil, visto que trata-se de uma simples resposta a um ato ilícito praticado no passado e que, por conseguinte, não pode ser modificado.

Cacicedo explica que:

A proteção de bens jurídicos e a prevenção geral negativa seriam apenas consequências secundárias da aplicação do direito penal, uma vez que, em geral, quando este efetivamente atua ‘já é tarde demais’, pois os bens jurídicos já foram violados. Desta forma, para além da proteção de bens jurídicos concretos, a função fundamental do direito penal é assegurar a vigência dos valores ético-sociais que formam a consciência jurídica e o sustentáculo do Estado e da sociedade. Trata-se de uma função positiva do direito penal, que estimularia o comportamento de fidelidade ao direito e, conseqüentemente, garantiria a vigência dos valores fundamentais para a vida em sociedade.⁴²⁰

Assim, a prevenção geral labora com propósitos futuros, destinados à evitação

⁴¹⁹ CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo**: uma análise crítica da prevenção geral positiva. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 135.

⁴²⁰ CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo**: uma análise crítica da prevenção geral positiva. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 118-119.

de crimes vindouros. Cuida-se de uma sistemática supostamente mais racional e menos reativa.

Na visão de Beccaria “Um delito já cometido, para o qual não há mais remédio, apenas pode ser punido pela sociedade política para obstar que os outros homens incidam em outros idênticos pela esperança de ficarem impunes”⁴²¹.

Diferente da prevenção especial, que mantém o foco da finalidade da pena no condenado, a prevenção geral, ao revés, tem seu cerne na coletividade, porquanto o castigo aplicado ao transgressor serve como ferramenta de intimidação da comunidade alheia à delinquência através de um processo de coação psicológica generalizada. Além disso, por meio da aplicação da pena, a validade das expectativas sociais contidas na lei é reafirmada e, por conseguinte, a confiança no ordenamento jurídico renovada.

Hobbes tratou do assunto ao asseverar que “[...] é consubstancial à pena ter por finalidade a predisposição dos homens a obedecer às leis, fim esse que, sendo menor a pena do que o benefício da transgressão, não é alcançado; antes redundará no efeito contrário”⁴²².

Em uma perspectiva um pouco ampliada, Liszt afirma que a pena atua

[...] sobre os membros da coletividade em geral, porque, de um lado, pela sua força de intimidação, refreia as tendências criminosas (prevenção geral) e, por outro lado, mantendo o direito, firma e fortalece o sentimento jurídico dos cidadãos [...]⁴²³

Portanto, essa teoria trabalha com a premissa da coação psicológica ou intimidação a partir da lógica de que o crime punido não compensa. Hassemer ensina que:

Apesar das suas antigas fontes, percebe-se que esta teoria da pena é filha do Iluminismo. A sua imagem do homem é marcada pela racionalidade, pela racionalidade fria, e até mesmo calculável. O tipo de homem para o qual ela aponta é aquele que é parte do Contrato Social, ao qual é apresentado diante dos seus olhos o que a violação do contrato traz consigo, e que por consequência evidente renuncia ao injusto que, talvez, sem esta apresentação, ele cometeria. Feuerbach formulou esta teoria pela primeira vez como a “teoria da coação psicológica” e a fundamentou minuciosamente.⁴²⁴

Assim como a prevenção especial, a prevenção geral também pode ser subdividida em positiva e negativa.

A prevenção geral positiva traduz-se na justa punição do agente, através da pena individualizada e proporcional, ou seja, a pena justa. A pena é uma mensagem à sociedade, no sentido de a punição ser exemplar e conforme ao Direito. Ademais, a

⁴²¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 38.

⁴²² HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 249.

⁴²³ LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Campinas: Russell Editores, 2003. p. 143.

⁴²⁴ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 403.

pena deve ser proporcional, como uma mensagem à sociedade.⁴²⁵

O propósito da prevenção geral positiva não é produzir medo na coletividade, muito pelo contrário, almeja-se o estabelecimento de uma sensação de tranquilidade na mente dos cidadãos a respeito da vigência da norma e, sobretudo, acerca da manutenção das expectativas coletivas consubstanciadas nas leis.

Branco e Tangerino criticam esta finalidade da pena ao afirmar que:

A demanda por estabilização, em Jakobs, sobrepõe-se como valor inegociável em nome de um abstrato “interesse social” que, envolto numa concepção contratualista, nega a possibilidade de dissenso, de discordar e se contrapor ao ponto de vista oficial, tornando o ser humano mero objeto político do sistema jurídico e retroalimentando o discurso estrutural estabelecido.⁴²⁶

Nessa mesma perspectiva, Hassemer afirma que:

O autor punível em concreto é objeto de demonstração, no interesse do bom comportamento dos demais [...]. Ele seria visto como um meio para um fim e justamente isto os teóricos da pena absoluta reconheciam - como o pecado original do Direito Penal. A teoria da prevenção geral ameaça a dignidade do condenado.⁴²⁷

Inobstante isso, é importante consignar quando um cidadão cumpre rigorosamente com o seu papel perante a sociedade, a norma é reafirmada na correção do seu comportamento. Noutras palavras, a norma passa a ser encenada concretamente pelo cidadão cumpridor do seu papel na sociedade, de modo que a pessoa que age corretamente passa a comunicar e replicar o padrão de comportamento estimado pela Lei.

De outra sorte, quando um delinquente é condenado a cumprir determinada pena privativa de liberdade, a sanção funciona como resposta contrafática, ou seja, uma reação que evidencia que aquele caminho escolhido pelo apenado não corresponde ao comportamento pautado pela lei e que, nem, tampouco, encontra-se dentro das expectativas sociais.

A vigência efetiva da norma é assegurada por meio da autorreferência a partir daquilo que acontece com o outro. Desta feita, diante do outro o sujeito se constitui por meio do vínculo com a norma e necessita da autorreferência. Aliás, é a referência do outro que o torna sujeito. Portanto, a comunicação não instrumental é uma comunicação pessoal. É o que afirma Jakobs:

⁴²⁵ VALE, Ionilton Pereira do. O direito penal do inimigo: fundamentos filosóficos e sistêmicos. **Revista dos Tribunais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 909, p. 165-186, 2011.

⁴²⁶ BRANCO, B. C. T. C.; TANGERINO, D. P. C. O perigo da imprópria universalização da dogmática penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais. v. 117., p. 51-89, 2015.

⁴²⁷ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 404.

El sujeto se concibe a sí mismo, pues, al concebir, de modo mediado por lo normativo, al otro, pero su propia autorreferencia se mantiene como algo particular: ante el otro se constituye el sujeto a través de la vinculación a la norma y necesita la propia autorreferencia del otro para que éste, a su vez, se convierta en sujeto. El mundo vinculante está siempre restringido forzosamente al alcance de la norma o normas concebidas. Los sujetos aparecen con tal limitación sólo en la socialidad (y, aunque aquí no interesa, aparecen con esa limitación también ante sí mismos), es decir, como portadores de roles o personas. Por ello la comunicación no instrumental es una comunicación personal.⁴²⁸

Ao contradizer a norma, o delincente afronta o sistema legal. Por isso, a pena é a contradição da contradição. Noutros termos, a sanção penal aplicada reafirma concretamente o sentido e a vigência da norma para que o sistema do Direito permaneça funcionando.

Nessa linha, Jakobs afirma que “La sanción contradice el proyecto del mundo del infractor de la norma: éste afirma la no-vigencia de la norma para el caso en cuestión, pero la sanción confirma que esa afirmación es irrelevante”⁴²⁹.

Fora isso, a prevenção geral negativa tem a intimidação coletiva como objeto, a qual é atingida através da coação psicológica coletiva realizada por intermédio da imposição concreta de uma pena, para que, assim, os cidadãos se abstenham de praticar novos delitos.

Marques acrescenta que:

[...] a prevenção geral negativa tem origem na teoria da coação psicológica (Feuerbach), baseada em modelo utilitarista de cunho antropológico racionalista da Ilustração do século XVIII, o qual pressupõe o homem como ser capaz de calcular de forma racional as vantagens e desvantagens de sua atuação em cada situação fática concreta.⁴³⁰

Nessa toada, a pena deve funcionar como elemento motivador do desestímulo à prática delitiva, isto é, aquele que está inclinado a delinquir deve ao menos ter a percepção de que o crime não compensa por causa da reprimenda imposta aos criminosos.

Hassemer objeta acerca da prevenção geral negativa. Para ele:

A intimidação como forma de prevenção atenta contra a dignidade humana, na medida em que ela converte uma pessoa em instrumento de intimidação de outras e, além do mais, os efeitos dela esperados são altamente duvidosos, porque sua verificação real escora-se necessariamente em categorias empíricas bastante imprecisas, tais como: o inequívoco conhecimento por parte de todos os cidadãos das penas cominadas e das condenações (pois do contrário o Direito penal não atingiria o alvo que ele se propõe), e a motivação dos cidadãos obedientes à lei a assim se comportarem precisamente em decorrência da cominação e aplicação de penas (pois do contrário o Direito penal

⁴²⁸ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Madrid: Civitas, 1996. p. 80.

⁴²⁹ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Madrid: Civitas, 1996. p. 28.

⁴³⁰ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016. p. 174.

como instrumento de prevenção seria supérfluo).⁴³¹

A despeito do conceituado entendimento desse jurista alemão, é preciso levar em consideração que o condenado não deve ser punido para servir de bode expiatório com fito no fortalecimento das expectativas gerais. Muito pelo contrário, o condenado é punido por aquilo que fez ou deixou de fazer. Na verdade, a prevenção seja ela especial ou genérica serve como um dos critérios de balizamento do suplício (conforme dispõe a parte final do art. 59 do CP), justamente para que sanção não sirva de estímulo para prática de crimes por outros membros da comunidade.

Por óbvio, a pena não possui o condão de comunicar seu caráter contrafático a todas as pessoas de uma determinada região (bairro, cidade, estado ou país), dado o fato de que apenas parte da sociedade tomará conhecimento daquela punição. Contudo, basta que os indivíduos que de algum modo convivam com o condenado e tenham ciência do seu proceder desacertado recebam a mensagem de que aquilo à luz do Direito é detestável e que “o crime não compensa”.

Hobbes laborou com esse panorama ao afirmar que:

Se o castigo, apesar de previamente conhecido, não tiver sido suficiente para reprimir uma ação, constituirá um convite a essa ação, pois, quando alguém compara o benefício obtido com uma injustiça com o prejuízo decorrente do castigo, escolhe, por necessidade da natureza, o que lhe parece melhor para si mesmo.⁴³²

Trata-se de uma concepção registrada também em Beccaria. Para o Marquês:

A fim de que o castigo surta o efeito que se deve esperar dele, basta que o mal causado vá além do bem que o culpado retirou do crime. Devem ser contados ainda como parte do castigo os terrores que antecedem a execução e a perda das vantagens que o delito devia produzir. Qualquer excesso de severidade torna-a supérflua e, portanto, tirânica.⁴³³

Ademais, não é possível afirmar que esse ou aquele indivíduo deixou de praticar um crime por causa de uma condenação exemplar de outra pessoa. Trata-se de cogitação etérea. Do mesmo modo que o delinquente pode ter incontáveis razões para praticar um crime, o cidadão correto também pode contar com miríades de motivos para não delinquir.

Entretanto, não se pode elucubrar por isso um radical abrandamento de sanções penais atinentes aos crimes mais graves e severamente nocivos à coletividade, haja vista que

⁴³¹ HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, p. 36-71, 1994.

⁴³² HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012. p. 235.

⁴³³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 50.

tal resposta pode levar a uma convulsão social e, principalmente, ao descrédito no ordenamento jurídico e no sistema de justiça.

3.4.4 A visão funcionalista da pena

Como é sabido, o funcionalismo tem como premissa elementar os sistemas sociais e sua relação com ambiente para laborar a ideia de redução de complexidades. No âmbito estritamente penal, o funcionalismo sistêmico defendido por Jakobs pressupõe que cada membro da sociedade exerce algum tipo de papel (pai, esposo, médico, advogado etc) no seio da coletividade e é nesse contexto em que o sujeito demonstrará sua fidelidade ou infidelidade ao Direito.

Uma vez violada a relação com o Direito (na dimensão criminal), o funcionalismo sistêmico defende que a pena aplicada ao condenado - que não cumpriu o papel que lhe foi atribuído - deve redundar em proveito à coletividade, de modo que os outros indivíduos enxerguem na punição um ato de reafirmação da norma que concentra as expectativas sociais frustradas.

A punição simboliza a restauração da credibilidade (confiança) no sistema normativo bem como nas pessoas. Seguindo a teoria dos sistemas sociais de Luhmann, a necessidade vital de garantir expectativas é a razão da existência do poder punitivo. A vitalidade do comando normativo, e não outra qualidade inerente ao sujeito, é o bem de maior valor. A intervenção do poder punitivo cumpre a função de equilibrador psíquico enquanto colabora para o estado de confiança entre as pessoas.⁴³⁴

Nessa toada, é possível vislumbrar que a pena no funcionalismo sistêmico é aplicada para garantir o bom funcionamento e a higidez do sistema, de modo a inspirar na comunidade confiança de que o ordenamento jurídico existe e é cumprido⁴³⁵.

Inexiste, portanto, o anseio de provocar temor na coletividade a partir da aplicação de sanções desproporcionais ou draconianas. Nada disso. A reafirmação da validade da norma pode ocorrer até mesmo quando uma pena de pequena duração é aplicada. O importante é que o infrator receba uma pena (seja ela qual for) para que o preceito secundário

⁴³⁴ VELO, J. T. O problema da fundamentação do direito penal do inimigo. **Revista dos Tribunais**, Revista dos Tribunais. v. 894, p. 349-400, 2010.

⁴³⁵ CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo**: uma análise crítica da prevenção geral positiva. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 122.

do tipo penal seja ilustrado concretamente na vida daquele que praticou a conduta antinormativa prevista no preceito primário.

Munido deste raciocínio é possível concluir que à luz do funcionalismo sistêmico não se cogita o “perdão” de penas irrisórias, porquanto tal atitude de indulgente fomentaria a ideia de que o crime compensa e é estimulado⁴³⁶.

Ao Direito Penal, segundo Jakobs, não competiria precipuamente a prevenção de delitos — de tal tarefa se incumbiria a polícia —, mas a reação ante o delito a fim de se manter, como atitude natural da maioria das pessoas, a fidelidade ao ordenamento jurídico. Por conseguinte, os indivíduos que têm “tendência” a cometer delitos são os únicos destinatários da pena: a grande parcela de pessoas que são devotas do ordenamento também, para que conservem tal fidelidade e confiança na norma.⁴³⁷

Desse modo, inexistente a figura do suposto “bode expiatório” que é punido severamente para amedrontar os demais membros da sociedade e, a partir disso, fomentar a dissuasão delitiva pelo temor. Note-se que o foco da aplicação da reprimenda está na manutenção do sistema normativo, de forma que a abordagem não se restringe ao maior ou menor rigor reprimenda, mas sim na imposição de uma consequência ao infrator da Lei, ao violador do sistema⁴³⁸.

Ademais, a pena abstratamente cominada ou concretamente aplicada deve ter por parâmetro principal o grau de perturbação social gerada pelo fato. Só depois disso é que se devem ser valorados os predicados pessoais do agente.

Branco e Tangerino complementam esse raciocínio ao afirmarem que:

[...] o fator determinante para a fixação da medida da pena, de acordo com Jakobs, seria “o grau de perturbação social gerada pelo fato”, não a probabilidade de o autor praticar o delito nem tampouco a intensidade da tendência de outros indivíduos já decididos a fazer o mesmo. Assim, o que de fato se mostra relevante é apreciar o peso da norma golpeada e o seu grau de vulneração, a situação de asseguramento cognitivo dessa norma e, por último, a responsabilidade do autor conforme sua motivação para cometer o ilícito, se por torpeza ou se por razão que lhe exclua parcial ou integralmente a responsabilidade.⁴³⁹

Em síntese, o funcionalismo sistêmico enxerga a pena como um instrumento de reafirmação contrafática da norma. É o modo de dizer: “uma vez praticado o crime, a pena de

⁴³⁶ CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo: uma análise crítica da prevenção geral positiva**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 132.

⁴³⁷ BRANCO, B. C. T. C.; TANGERINO, D. P. C. O perigo da imprópria universalização da dogmática penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais. v. 117., p. 51-89, 2015.

⁴³⁸ CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo: uma análise crítica da prevenção geral positiva**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017. p. 126-127.

⁴³⁹ BRANCO, B. C. T. C.; TANGERINO, D. P. C. O perigo da imprópria universalização da dogmática penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais. v. 117., p. 51-89, 2015.

fato será aplicada”. Com efeito, é possível afirmar que essa corrente se alinha à ideia de prevenção geral positiva.

Pañaranda Ramos assevera que:

A pena, enquanto resposta ao rompimento da norma, situa-se no mesmo contexto de significado que esta, e simboliza por sua vez, a contradição de dito rompimento ou, dito em termos positivos, que a norma infringida, continua sendo, apesar de seu rompimento, a regra de comportamento em que se pode seguir confiando.⁴⁴⁰

Nas palavras de Callegari e Wermuth:

[...] a imposição da pena funciona como negação da vigência da norma levada a cabo pelo delinquente. Ou seja, com a imposição da pena demonstra-se para a coletividade que a norma segue vigente, que não vige a especial visão de mundo do delinquente, e que as condutas sociais podem seguir sendo orientadas com base nessa norma, que representa as expectativas gerais.⁴⁴¹

É importante dizer que essa concepção acerca da punição no funcionalismo sistêmico circunda aquilo que se pode chamar de direito penal do “cidadão”. Contudo, uma pergunta se impõe: porventura Jakobs compreende a pena aplicada ao “inimigo” desta mesma forma? A finalidade da pena no direito penal do inimigo se resume à prevenção geral positiva?

Polaino-Orts explica que:

[...] enquanto a pena no Direito penal do cidadão cumpre uma função essencialmente comunicativa ou simbólica (põe de manifesto, mediante um tratamento racional do autor como pessoa em Direito, que o fato realizado não tem vigência e que a norma segue sendo parte integrante da constituição social), no Direito penal do inimigo a pena contém um aspecto mais enérgico ou coativo de asseguramento futuro (enfoque mais prospectivo que retrospectivo que se dirige a evitar perigos futuros).⁴⁴²

Este talvez seja o ponto fulcral na distinção entre “cidadão” e “inimigo”, ou seja, o modo que o Estado titular do *jus puniendi* lida com delinquentes que infringem suas normas. Assim, normativamente, o Estado deseja neutralizar criminosos irremediáveis que atentam contra os valores mais preciosos da sociedade, etiquetados como “inimigos”⁴⁴³. Por outro lado, a resposta dada ao delinquente comum - chamado de “cidadão” - é diversa, porquanto não se visa a sua “inocuidade”, mas apenas a reafirmação da vigência da norma.

⁴⁴⁰ PAÑARANDA RAMOS, Enrique; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuel Cancio. **Um novo sistema de direito penal:** considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 20.

⁴⁴¹ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 63.

⁴⁴² POLAINO-ORTS, Miguel. **Lições de direito penal do inimigo.** São Paulo: LiberArs, 2014. p. 35.

⁴⁴³ CASTRO, Narciso Alvarenga Monteiro de. **Política criminal contemporânea e a questão do direito penal do inimigo.** Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010. p. 75.

Noutros termos, o direito penal do cidadão segue a lógica da prevenção geral positiva enquanto o direito penal no inimigo labora com a ideia de prevenção especial negativa.

Note-se que o conceito de “inocuidade” não é novo e, portanto, não é fruto dos estudos de Jakobs. Aliás, Liszt já advertia que

[...] a pena pode ter por fim tirar perpétua ou temporariamente ao delinquente que se tornou inútil à sociedade a possibilidade material de perpetrar novos crimes, segregá-lo da sociedade (seleção artificial). Costuma-se dizer que neste caso o delinquente é reduzido ao estado de inocuidade (Unschädlichmachung).⁴⁴⁴

Saliente-se que Jakobs deixa claro que o Direito cumpre função comunicativa das expectativas sociais e, portanto, tal atribuição não seria diferente no direito penal do inimigo. Porém, não se nega uma característica que lhe é própria, a inocuidade.

Embora não tivesse por escopo o aprofundamento sobre esse tema, Nietzsche fornece boas pistas acerca da sanção imposta ao inimigo. Para o filósofo alemão é possível enxergar:

O castigo como declaração de guerra e medida de guerra contra um inimigo da paz, da lei, da ordem, da autoridade, que é combatido como um perigo para a comunidade, como um ser em ruptura com relação a seus pressupostos, como um rebelde, traidor e violador da paz, com meios usados precisamente na guerra.⁴⁴⁵

Nas palavras de Nietzsche há um estado de guerra contra delinquentes que atentam contra a paz e devem ser tidos como perigo para a comunidade. É óbvio que a palavra guerra não deve ser compreendida literalmente, mas como expressão de um rigor especial e acentuado contra aqueles que colocam em risco o contrato social.

Apesar disso, Silva Sánchez faz críticas contundentes sobre esta finalidade da pena e a equipara a uma espécie de medida de segurança aplicada a pessoas imputáveis. Para ele:

O Direito do inimigo - poder-se-ia conjecturar - seria, então, sobretudo o Direito das medidas de segurança aplicáveis a imputáveis perigosos. Isso, ainda que tais medidas se revelassem com frequência sob a aparência formal de penas. Expresso de outro modo, não haveria um Direito “Penal”.⁴⁴⁶

A ideia não deve prosperar, uma vez que os propósitos dessas sanções são absolutamente distintos. A medida de segurança pressupõe (em regra) absolvição e busca o

⁴⁴⁴ LISZT, Franz von. Tratado de Direito Penal Alemão. Campinas: Russell Editores, 2003. p. 144.

⁴⁴⁵ NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A genealogia da moral**. São Paulo: Lafonte, 2017. p. 72.

⁴⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 195.

tratamento e a recuperação daquele que a ela é submetido. A pena no direito penal do inimigo tem por escopo o afastamento do delinquente hostil para que não prossiga atentando contra os valores essenciais da sociedade.

Destarte, qualquer paralelo com medida de segurança é tão descabida como a alegada relação do direito penal do inimigo com o direito penal do sujeito, próprio de regimes totalitários. Em Estados Democráticos o direito penal do inimigo funciona como uma seção mais rigorosa do direito penal, a qual labora com a ideia de rigor penitenciário, flexibilização de garantias e afastamento de benefícios.

Assim, é possível assinalar que não só em termos de garantias e benefícios o “inimigo” deve ser tratado de forma diferente. Em outras palavras, a pena imposta ao hostil também possui uma finalidade diversa daquela almejada para a reprimenda aplicada ao criminoso “cidadão”.

A punição do criminoso comum deve ser imposta em razão daquilo que praticou e balizada (dosada) com fito na prevenção geral para que o sistema seja preservado e fortalecido. De outra sorte, o criminoso inimigo sobretudo precisa ser inocuizado, muito embora tal postura resvale de maneira mediata na prevenção geral positiva.

Meliá contrapõe-se ao entendimento de Jakobs afirmando que o direito penal do inimigo:

[...] não é compatível com a teoria da prevenção geral positiva, posto que nela a pena cumpre uma função divergente e incompatível com o elemento essencial da culpabilidade-igualdade. Como consequência disso, o “Direito Penal” do inimigo - dedicado essencialmente a definir categorias de sujeitos - é de modo estrutural um Direito Penal de autor.⁴⁴⁷

Em consonância com Meliá, Moraes conclui que:

[...] o direito penal do inimigo, em que pese o fato de ter sido arquitetado a partir da concepção funcionalista e, portanto, de prevenção geral positiva, no sentido de confirmação da vigência das normas como forma de se manter a coesão social, sua finalidade será a de prevenção especial, na modalidade negativa.⁴⁴⁸

Malgrado a compreensão dos estudiosos citados, a conclusão é parcialmente incorreta. Não se pode olvidar que o direito penal do inimigo, além de estar estruturado nas bases do funcionalismo sistêmico, guarda coesão com a teoria no sentido de proteção e

⁴⁴⁷ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 110-111.

⁴⁴⁸ MORAES, V. B. Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Günther Jakobs. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 74, p. 9-34, 2008.

preservação do sistema jurídico.

Não se deve perder de vista que o “inimigo” é alguém que atenta de maneira incorrigível contra o sistema do Direito, ou seja, trata-se de uma pessoa que atentou voluntária e conscientemente contra o pacto social ou em face da estrutura estatal.

A ideia de inocuização em Jakobs é bem ilustrada por um paralelo realizado com a área da medicina: por exemplo, quando um tumor cancerígeno é eliminado do corpo de alguém em uma cirurgia, o que se objetiva é a manutenção do sistema “corpo humano”. A cirurgia é uma medida extrema, invasiva e dolorosa. Porém, em determinados casos, é a medida mais correta para melhorar, prolongar ou salvar a vida de alguém (o sistema).

Tornando ao Direito, a inocuização deveras funciona como prevenção especial negativa, porém, existe nisso uma finalidade adicional, qual seja, a preservação do sistema. Por conseguinte, é possível cogitar que no direito penal inimigo existem dois objetivos: imediatamente a inocuização e mediatamente a preservação do sistema por meio da reafirmação da validade da norma.

3.5 É POSSÍVEL COGITAR UM DIREITO PENAL DO INIMIGO AMBIENTAL?

A razão de ser desse combate mais agravado apoia-se no fato de ditos sujeitos (“inimigos”) comprometerem a vigência do ordenamento jurídico e dificultarem que os cidadãos fiéis à norma ou que normalmente se guiam por ela (“pessoas em Direito”) possam vincular ao ordenamento jurídico sua confiança no desenvolvimento de sua personalidade (POLAINO-ORTIS, Miguel. **Lições de direito penal do inimigo**. São Paulo: LiberArs, 2014. p. 37.).

Já ficou registrado neste trabalho que é possível vislumbrar na Lei n. 9.605/98 algumas características que são próprias daquilo que se denomina direito penal do inimigo, principalmente no que atine à antecipação da punibilidade dentro das fases do *iter criminis*.

Diante disso, cabe aqui um questionamento: o direito penal ambiental pode ser etiquetado como direito penal do inimigo?

Para se obter uma resposta precisa é necessário empregar uma interpretação sistemática daquele diploma legal supracitado.

Primeiro, em termos de direito material, as penas cominadas aos delitos descritos na Lei n. 9.605/98 são diminutas, chegando, na pior das hipóteses, a 6 anos de reclusão (pena máxima). Assim, na remota hipótese de condenação (dado o elevado número de benefícios

despenalizadores), o infrator ambiental terá sua pena de detenção ou reclusão substituída por pena restritiva de direitos ou suspensão.

Vale destacar que neste último caso (da suspensão condicional da pena) a Lei n. 9.605/98 prevê um limite de pena mais generoso ao condenado do que o Código Penal, que é de 2 anos neste caso. A Lei ambiental diz no seu art. 16 que “Nos crimes previstos nesta Lei, a suspensão condicional da pena pode ser aplicada nos casos de condenação a pena privativa de liberdade não superior a três anos”.

Ademais, por causa das diminutas penas cominadas, torna-se quase inimaginável a possibilidade do confisco alargado de bens daqueles que percebem rendimentos a partir da degradação do meio ambiente, porquanto o art. 91-A do CP prevê que tal efeito extrapenal da sentença condenatória só pode ser aventado nos crimes cuja pena máxima seja *superior* a seis anos de *reclusão*. É importante lembrar que nenhum delito previsto na Lei de crimes ambientais possui pena neste patamar.

Beccaria já dizia que “A perda dos bens é pena maior do que o exílio”⁴⁴⁹. Assim, a inviabilidade do confisco é um verdadeiro estímulo à prática delitiva lucrativa, haja vista que uma eventual condenação criminal pode ser computada no custo da operação ilícita.

É certo que, cedo ou tarde, os agentes que atentam de maneira consciente contra o meio ambiente - e, por conseguinte, contra a sociedade e o Estado - serão expropriados dos bens que amealharam à custa da degradação da natureza.

Destarte, mister se refletir sobre a inocuidade patrimonial daquele delinquente que irremediavelmente subtrai vantagem ambiental e econômica para si em prejuízo das presentes e das futuras gerações, bem como não sonega do Estado a parcela de tributos que lhe cabe.

Fora isso, na lida forense, um expediente bastante comum lançado pela acusação para agravar a situação criminal de alguém e permitir o emprego de poderosos instrumentos investigatórios na produção de provas é a imputação conjunta do crime de organização criminosa previsto na Lei n. 12.850/13.

Contudo, embora esta pudesse ser uma manobra bastante contundente e eficaz para a apuração dos delitos contra a natureza - em especial aqueles perpetrados em uma estrutura empresarial e com fito na obtenção de lucro -, dificilmente a tipificação do crime de organização criminosa ocorrerá, visto que a LOC (Lei n. 12.850/13) consigna que esse tipo de associação só pode ser caracterizado quando os infratores se associarem “[...] com o objetivo

⁴⁴⁹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 59.

de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam *superiores* a 4 (quatro) anos [...]”.

Desse modo, o fato de a grande maioria dos tipos penais prever pena de no máximo 4 (quatro) anos de reclusão, quase aniquila (ou dificulta bastante) a possibilidade de as autoridades usarem os meios investigativos previstos na LOC para reprimir o ilícito ambiental, ainda que perpetrado em escala e estrutura empresarial, bem como com o cristalino objetivo de obtenção de lucro.

Segundo, em termos processuais, é possível identificar que a esmagadora maioria dos delitos ambientais é processada pelo rito sumaríssimo, ou seja, de acordo com o trâmite previsto na Lei n. 9.099/95. É fato que isso importa na flexibilização de garantias processuais, uma vez que as formalidades são mitigadas para prestigiar a celeridade, a oralidade, a economia processual e a informalidade. Num primeiro momento isso poderia levar à conclusão de que a Lei n. 9.605/98 se acopla ao direito penal do inimigo.

Entretanto, as referidas garantias são flexibilizadas justamente em razão da inviabilidade concreta da imposição de alguma pena corporal (privativa de liberdade), já que, em caso de condenação, o sentenciado muito provavelmente terá sua pena de prisão convertida em restritiva de direitos ou suspensa (via *sursis*), dado o irrisório montante da pena aplicada.

Assim, para otimizar a resposta judicial, a Lei simplificou a forma de processamento dos crimes dessa estirpe, reduzindo o número de testemunhas passíveis de serem arroladas pela defesa (e também pela acusação), comprimindo, com isso, os prazos processuais e diminuindo as possibilidades recursais (por exemplo, inexistente recurso em sentido estrito e embargos infringentes no JECrim).

Portanto, é possível enquadrar os delitos ambientais entre aqueles que Silva Sánchez classificou como crimes de 2ª velocidade, ou seja, são infrações que permitem uma resposta rápida do Estado-juiz à custa da flexibilização de garantias, sem, contudo, impor ao condenado uma pena privativa de liberdade.

Fora isso, não é demais repetir que todas as infrações penais previstas na Lei n. 9.605/98 viabilizam, ao menos em tese, a aplicação de algum benefício processual despenalizador. Isto é, mesmo aquelas infrações que excedem o limite de 2 anos de pena máxima abstratamente cominada e que, portanto, não são processadas pelo rito sumaríssimo, admitem a suspensão condicional do processo, pois, a rigor, as penas mínimas são iguais ou inferiores a 1 ano.

Em breves palavras, a rigor, uma vez preenchidos os pressupostos legais, é possível afirmar que o criminoso ambiental não será condenado criminalmente por seu ato de

devastação, ante a vasta gama de benefícios despenalizadores (transação, suspensão condicional do processo e ANPP).

A Lei n. 9.605/98 dispõe que:

Art. 27. Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

Art. 28. As disposições do art. 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, aplicam-se aos crimes de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei, com as seguintes modificações:

I - a declaração de extinção de punibilidade, de que trata o § 5º do artigo referido no caput, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade prevista no inciso I do § 1º do mesmo artigo;

II - na hipótese de o laudo de constatação comprovar não ter sido completa a reparação, o prazo de suspensão do processo será prorrogado, até o período máximo previsto no artigo referido no caput, acrescido de mais um ano, com suspensão do prazo da prescrição;

III - no período de prorrogação, não se aplicarão as condições dos incisos II, III e IV do § 1º do artigo mencionado no caput;

IV - findo o prazo de prorrogação, proceder-se-á à lavratura de novo laudo de constatação de reparação do dano ambiental, podendo, conforme seu resultado, ser novamente prorrogado o período de suspensão, até o máximo previsto no inciso II deste artigo, observado o disposto no inciso III;

V - esgotado o prazo máximo de prorrogação, a declaração de extinção de punibilidade dependerá de laudo de constatação que comprove ter o acusado tomado as providências necessárias à reparação integral do dano.

Diante desses elementos, é viável asseverar categoricamente que a Lei n. 9.605/98 não pode ser etiquetada como direito penal do inimigo, muito embora possua algumas poucas características que são próprias da teoria de Jakobs, a mais notória delas a antecipação da punibilidade para alcançar atos preparatórios.

Aliás, dado o caráter essencialmente preventivo do direito ambiental, não se espera algo distinto da adoção ou incremento dos crimes de perigo abstrato no portfólio punitivo para reprimir e prevenir comportamentos sabidamente nocivos à natureza.

Não obstante isso, algumas perguntas necessitam ser formuladas: porventura é possível cogitar uma futura criação e estruturação de um direito penal ambiental do inimigo? É viável conceber infrações penais ambientais que antecipem a atuação estatal e imponham penas severas aos potenciais destruidores do meio ambiente? Acaso o legislador ordinário pode entabular algum crime ambiental entre os delitos considerados pela lei como hediondos? Em hipótese, pode-se matutar a ideia de confisco alargado de bens e instrumentos relacionados ao ilícito ambiental?

De acordo com o diagnóstico formulado por Darcie, só se pode falar em direito penal do inimigo caso haja algum modo restrição de garantia, de modo a colocar o imputado

em posição de desvantagem em relação ao Estado, com vistas na sua neutralização⁴⁵⁰. Este é o verdadeiro foco do direito penal do inimigo e não a criação de uma legislação preconceituosa que segrega grupos sociais determinados.

Conforme indicado acima, embora exista na Lei n. 9.605/98 uma tendência de flexibilização de garantias procedimentais, não é possível afirmar que as normas penais ambientais busquem a neutralização do infrator, muito pelo contrário, já que permitem que o criminoso se livre solto.

Por isso é imprescindível lembrar que o direito penal ambiental brasileiro pode ser classificado como direito penal simbólico - no pior sentido da expressão - , ou seja, destinado a dar uma resposta determinada pelo Estado à sociedade ante ao ineficiente enfrentamento concreto de um problema social por meio de políticas públicas.

Ao comentar sobre o direito penal simbólico, Bauman afirma que:

A construção de novas prisões, a redação de novos estatutos que multiplicam as infrações puníveis com prisão e o aumento das penas todas essas medidas aumentam a popularidade dos governos, dando-lhes a imagem de severos, capazes, decididos e, acima de tudo, a de que “fazem algo” não apenas explicitamente pela segurança individual dos governados mas, por extensão, também pela garantia e certeza deles e fazê-lo de uma forma altamente dramática, palpável, visível e tão convincente.⁴⁵¹

É preciso consignar que, antigamente, o “direito penal simbólico” era monopolizado pela direita política, a qual ditava as teses de política criminal alinhadas com os ideais de “lei e ordem” e “tolerância zero”. Tudo isso para satisfazer a sensação de proteção e segurança de bens jurídicos individuais.

Atualmente, a defesa de um direito penal mais rigoroso não é mais uma exclusividade dos liberais ou conservadores. Hoje, correntes progressistas defendem o rigor penal especialmente para tutelar interesses coletivos e de minorias.

É imperioso destacar que:

[...] os diversos matizes da esquerda tentaram criminalizar ofensas aos valores coletivos que estiveram em ascensão durante a década de 80: os direitos dos trabalhadores e das mulheres, a proteção do meio ambiente, os interesses das minorias, a discriminação, o racismo e os delitos do colarinho-branco).⁴⁵²

Trata-se da utilização do direito penal para fins emancipativos. Nas palavras de

⁴⁵⁰ DARCIE, S. D. “Processo penal do inimigo”: elementos para a compreensão de sua estrutura e metodologia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais. v. 149, p. 259-298, 2018.

⁴⁵¹ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 127.

⁴⁵² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 86.

Silva Sánchez:

A reviravolta tem sido tamanha que aqueles que outrora repudiavam o Direito Penal como braço armado das classes poderosas contra as “subalternas” agora clamam precisamente por mais Direito Penal contra as classes poderosas. Produz-se, segundo se tem afirmado, um fenômeno de fascinação de diversas organizações sociais pelo Direito Penal [...].⁴⁵³

Desta feita, é possível fazer uso político do “direito penal simbólico” para demonstrar que algo está sendo feito em prol da sociedade. A despeito dessa finalidade, trata-se da reafirmação dos valores reconhecidos e consagrados por uma sociedade, os quais devem ser perseguidos pelos governantes e compreendidos pela comunidade.

Assim, o rigor punitivo não deve ser uma exclusividade na proteção dos interesses das classes abastadas - geralmente patrimoniais - , antes deve reforçar a defesa de interesses difusos e coletivos.

Díez Ripollés afirma que:

O descobrimento, realizado pelos agentes políticos, da enorme acumulação de votos que podem proporcionar decisões que transmitam uma imagem de “mão firme” diante da delinquência e do delinquente praticamente diluiu as diferenças entre a direita e a esquerda na abordagem do controle do delito.⁴⁵⁴

Ripollés apenas descreve a realidade, visto que constata que as teses abolicionistas de esquerda foram abandonadas - ao menos em parte - para dar lugar ao rigor punitivo contra aqueles que atentam contra interesses coletivos, tais como o direito das mulheres e o meio ambiente.

Nessa perspectiva, o direito penal funciona como meio de conformação e conhecimento dos valores sociais e não apenas uma reverberação do interesse da classe dominante, geralmente individualista e centrado no patrimônio.

A despeito disso, Hassemer desaprova tal estratégia ao asseverar que:

[...] os peritos nessas questões sabem que os instrumentos utilizados não são aptos para lutar efetiva e eficientemente contra a criminalidade real. Isso quer dizer que os instrumentos utilizados pelo Direito Penal são ineptos para combater a realidade criminal. Por exemplo: aumentar as penas, não tem nenhum sentido empiricamente. O legislador - que sabe que a política adotada é ineficaz - faz de conta que está inquieto, preocupado e que reage imediatamente ao grande problema da criminalidade. É a isso que eu chamo de “reação simbólica” que, em razão de sua ineficácia, com o tempo a população percebe que se trata de uma política desonesta, de uma “reação puramente simbólica”, que acaba se refletindo no próprio Direito

⁴⁵³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 83.

⁴⁵⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A política criminal na encruzilhada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 101.

Penal como meio de controle social.⁴⁵⁵

Ouse-se discordar parcialmente da compreensão exposta por Hassemer, pois, empiricamente, a criminalização de uma conduta ou imposição de uma pena mais severa pode sim ser eficaz. Basta tomar como exemplo o crime de “embriaguez ao volante” descrito no artigo 306 do CTB. O efeito comunicativo dessa previsão legal é inquestionável, porquanto gerou no inconsciente coletivo a noção de que aquele comportamento é intolerável socialmente e que não pode ser objeto unicamente de uma singela sanção administrativa.

Apesar de o delito possuir uma sanção diminuta, a infâmia gerada por um comportamento classificado como criminoso tem o condão de em muitos casos frear o ímpeto do condutor que cogita se embriagar antes de dirigir.

Destarte, não há margem para dúvida que a criminalização da conduta de “embriaguez ao volante” teve significava contribuição para a conscientização coletiva acerca do tema, cumprindo, aí sim, o verdadeiro escopo “simbólico” (no bom sentido) da norma, qual seja, sua eficácia comunicativa.

Sublinhe-se que “O Direito Penal assegura sempre as ‘condições-base’ da existência de determinada comunidade: entre essas condições está o respeito à vida de seus membros [...]”⁴⁵⁶. Portanto, mesmo nos casos de criminalização mais tênues, o direito penal cumpre seu papel comunicativo de delimitar as mais genuínas expectativas sociais.

Noutro exemplo é possível perceber que o endurecimento das regras penais já existentes pode provocar resultados positivos. A Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06) é um paradigma no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que impediu a aplicação de sanções alternativas pecuniárias e inviabilizou a concessão dos benefícios oferecidos pela Lei n. 9.099/95 aos agressores de mulheres no ambiente doméstico (art. 41 da Lei n. 11.340/06).

Mais uma vez, cuida-se de uma regra rotulada como “simbólica” (no sentido demagógico) que, inobstante isso, conseguiu transmitir amplamente a desaprovação de determinados comportamentos, tratando de maneira mais severa o agressor de mulheres.

Por óbvio a criminalização de um comportamento não capaz de evitar todos os males - pessoas continuam dirigindo embriagadas e homens ainda agridem mulheres no ambiente doméstico. Exigir a extirpação de uma conduta indesejável socialmente é uma pretensão ingênua e pueril.

⁴⁵⁵ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais. v. 8, p. 41-51, 1994.

⁴⁵⁶ NUVOLONE, Pietro. **O sistema do direito penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981. p. 30.

Na verdade, como mecanismo de controle social, o direito penal funciona como instrumento indutor de um proceder desejado. Indaga-se: isso sempre tem bom resultado? Obviamente a resposta é negativa, porém não se pode desmerecer o êxito do direito penal como ferramenta de inibição de condutas ilícitas.

Fora isso, é basilar consignar que direito penal simbólico e direito penal do inimigo não são sinônimos. A propósito, na compreensão de Jakobs, todo e qualquer direito penal é simbólico, haja vista que esse tipo de tutela ressalta como ícone a defesa das expectativas sociais.

Noutros termos, o direito penal pode ser simbólico e, também, destinado à neutralização do inimigo, de forma que o legislador pode endurecer as regras penais para fornecer uma resposta artificial à coletividade, no sentido de que alguma providência está sendo tomada contra algum comportamento indesejado. Todavia, pode existir um direito penal simbólico que visa demonstrar uma atitude proativa do legislador, sem, contudo, importar na cominação de uma pena corporal factível.

O abolicionista Ferrajoli faz uma importante advertência ao afirmar que:

[...] nenhum bem considerado fundamental a ponto de justificar a tutela penal pode ser monetarizado, de forma que a mesma previsão de delitos sancionados com penas pecuniárias evidencia ou um defeito de punição (se o bem protegido é considerado fundamental) ou, mais frequentemente, um excesso de proibição (se tal bem não é fundamental). A supressão desse enorme número de delitos provocaria, entre outras coisas, uma extraordinária simplificação e racionalização do sistema penal.⁴⁵⁷

Nesse aspecto, é inegável a razão do raciocínio de Ferrajoli, dado que, se concretamente a aplicação de uma pena privativa de liberdade é uma hipótese inatingível - a exemplo do que ocorre em vários crimes ambientais -, a sanção não é (ou não deveria ser) propriamente penal e, portanto, poderia ser objeto de resposta de outro ramo do Direito.

Assim, se pretende dar uma resposta penal a um ilícito, que se dê efetivamente ou que se afaste a possibilidade de incidência do direito penal.

Ao compreender essa dinâmica, o legislador brasileiro optou por afastar a possibilidade de aplicação de pena pecuniária nos casos de violência doméstica e familiar contra criança (art. 226, §2º, do ECA - Lei n. 8.069/90).

Conforme já mencionado, a legislação ambiental seguiu no sentido oposto, pois franqueia a possibilidade de aplicação dos mais diversos benefícios aos celerados ambientais.

Repise-se que, no Brasil, a criminalização de condutas nocivas ao meio ambiente

⁴⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 438.

é um imperativo constitucional e, como tal, esse comando não poderia ser ignorado. No entanto, o legislador ordinário optou por criminalizar comportamentos adversos à natureza de forma branda, inviabilizando factualmente a imposição daquela sanção que representa a reprovação de um ilícito criminal, qual seja, a pena privativa de liberdade.

Por outro lado, é possível questionar se realmente é necessário lançar mão do direito penal para tutelar o meio ambiente. Ferrajoli explica que:

[...] as proibições não só devem estar “dirigidas” à tutela de bens jurídicos como, também, devem ser “idôneas”. O princípio de utilidade e o de separação entre direito e moral obrigam a considerar injustificada toda proibição da qual, previsivelmente, não derive a almejada eficácia intimidatória [...].⁴⁵⁸

O meio ambiente como bem jurídico coletivo essencial à manutenção da vida é digno da tutela estatal através de todas as formas de controle social disponíveis. Proibir a degradação da natureza é atitude idônea aos fins estabelecidos no art. 3º da Constituição Federal.

Ademais, a criminalização de comportamentos que atentam contra o meio ambiente não é motivada por alinhamentos ideológicos ou, ainda, por imposição moral ou religiosa, muito pelo contrário, a preservação da natureza é um imperativo que beneficia a todos (inclusive às futuras gerações), de modo que o Estado deve contribuir para o seu salvamento.

Assim, o direito penal é útil para comunicar à coletividade a intolerância estatal com comportamentos que atentam contra o meio ambiente. Para tanto, é necessária a cominação de reprimendas que transmitam a todos o caráter de reprovação de uma conduta, conforme dispõe o art. 59 do CP. Desse modo, o direito penal ambiental deve valer-se das penas privativas de liberdade para demonstrar à sociedade que a devastação da natureza é um comportamento detestável e que, em caso de descumprimento da lei, a ação ou omissão será reprimida exemplarmente.

Não é demais repetir que a Constituição impôs aos entes federativos a atribuição compartilhada de proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (art. 23, VI, da CF). Além disso, a ordem econômica deve ser pautada pela defesa do meio ambiente (art. 170, VI, da CF). Some-se a isso que a função social da propriedade rural só pode ser atingida quando esta é utilizada com fito na preservação do meio ambiente (art. 186, II, da CF).

Vale destacar que a Constituição inseriu no Título VIII “Da ordem social” o

⁴⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 433-434.

capítulo VI “Do meio ambiente”. Portanto, a defesa e manutenção do meio ambiente faz parte da proteção da ordem social, destinada à promoção do bem estar e da justiça social.

Nessa quadra, Luhmann adverte que:

[...] esse ramo da evolução cumpre a promessa, semeada dentro dela própria, de conduzir a um sistema altamente complexo de expectativas normativas juridicamente protegidas, que ademais contam com a garantia política de sua implementação.⁴⁵⁹

Assim, é inegável que o bem jurídico “meio ambiente” é tributário da tutela penal, dada a sua idoneidade constitucional. Some-se a isso a utilidade do direito penal, ante a sua capacidade de comunicar claramente a ilicitude dos comportamentos atentatórios ao meio ambiente.

A despeito disso, Callegari e Wermuth acreditam que o simples fato de um bem jurídico possuir esteio constitucional não serve como argumento para a criminalização de comportamentos nocivos. Deste modo:

[...] o bem jurídico deve tratar-se de um valor assumido socialmente, suscetível de ataque e destruição, isto é, de ser lesionado ou posto em perigo gravemente e necessitando, portanto, da tutela penal. Assim, a valoração constitucional de um bem jurídico não implica em absoluto a necessidade de sua tutela penal: nem nos casos onde a Constituição explicitamente encarrega ao legislador democrático a tutela penal do bem jurídico, pois neste ponto também vige o princípio de intervenção mínima e o caráter subsidiário do Direito Penal.⁴⁶⁰

A sobredita consideração não prospera e incorre em subjetivismo perigoso que pode atentar contra o sistema constitucional, menosprezando aquilo que o constituinte elegeu como prioridade. Noutra palavras, se o Direito é a manifestação visível dos valores e expectativas sociais, os bens jurídicos estabelecidos na Constituição Federal podem ser considerados como aqueles de maior valor.

Nessa toada, Nuvolone assevera que o uso do direito penal é absolutamente legítimo para tutelar os fins entabulados na Carta Magna:

As normas e princípios constitucionais são o parâmetro de constitucionalidade das leis penais ordinárias e circunscrevem o seu âmbito de aplicação. Por outro lado, não parece possível pensar que uma teoria da infração penal possa esgotar-se na perspectiva constitucional. Se é indubitável que os bens expressamente tutelados pela Constituição caracterizam interesses primários, também é verdade que não exaurem, por sua natureza, os interesses suscetíveis de tutela penal. É claro que a incriminação da lesão de tais interesses será constitucionalmente legítima, mas não será ilegítima a incriminação da lesão de outros interesses, desde que não esteja contrariando os

⁴⁵⁹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 164.

⁴⁶⁰ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p. 129.

garantidos pela Constituição.⁴⁶¹

Desta feita, a legitimidade da incriminação de condutas nocivas a meio ambiente está firmada na Constituição, haja vista que a sua proteção faz parte do elenco basilar de direitos fundamentais.

Luciano Feldens fornece importante contribuição ao consignar que:

[...] por atingir potencialmente direitos de liberdade, constitucionalmente albergados como tais, o fundamento de validade da norma penal deve ser extraído, necessariamente, da própria Constituição da República, instrumento político-normativo que, a um só tempo, como 'lugar cimeiro das fontes de direito', promove a garantia de direitos individuais, constitui a sociedade e, por conseguinte, delinea o Estado social.⁴⁶²

Existe também outra dimensão de utilidade que precisa ser considerada para fins de criminalização de condutas nocivas à natureza, qual seja, o uso das forças de segurança na prevenção e repressão de crimes ambientais.

É fato notório que os órgãos estatais destinados à preservação do meio ambiente padecem da escassez de pessoal e da falta de recursos materiais. Isso faz com que a atuação desses órgãos seja aleatória, focada apenas em dismantelar as estruturas de devastação mais significativas tais como o garimpo ilegal e a extração irregular de madeira.

Essa atuação débil do Estado faz com que a tutela do meio ambiente não seja efetiva e, por conseguinte, produza uma comunicação negativa no meio da sociedade, qual seja, a impressão de que os ilícitos praticados contra a natureza não recebem uma resposta das instituições e, por isso, o comportamento que aparenta não ser proibido (dada a inexistência de sanção concreta) passa a falsa percepção de que é permitido.

Nesse aspecto é possível se falar em utilidade instrumental da criminalização. Em outras palavras, a criminalização passa a permitir que os órgãos de segurança previnam e reprimam a delinquência ambiental. Desse modo, mesmo nos mais longínquos rincões do Brasil - onde inexistente qualquer órgão estatal especializado na defesa do meio ambiente - é possível acionar as polícias para noticiar a prática de um crime ambiental.

Para mais, não é irrisório o custo financeiro da criação e manutenção de órgãos especializados no enfrentamento da degradação do meio ambiente. Com efeito, a criminalização de comportamentos daninhos à ecologia, inclusive em termos de custo

⁴⁶¹ NUVOLONE, Pietro. **O sistema do direito penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981. p. 40.

⁴⁶² FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 107.

financeiro ao erário, mostra-se útil, porquanto a estrutura policial encontra-se concretizada em todos os cantos do país e, por isso, as forças de segurança demandariam menos recursos estatais para cumprirem o papel de prevenir e reprimir os crimes ambientais.

Contudo, é primordial que os delitos ambientais tenham alguma possibilidade de resultarem em uma sanção séria e significativa para o delincente (pena privativa de liberdade). Do contrário, os próprios agentes de segurança se sentirão desmotivados para atuarem na prevenção ou repressão de crimes dessa estirpe. Trata-se de um diagnóstico empírico e até mesmo lógico, pois todo objetivo que não tem a probabilidade de se concretizar produz desânimo.

Beccaria já ensinava que “[...] os crimes que os homens não consideram nocivos aos seus interesses não afetam o suficiente para provocar a indignação do povo”⁴⁶³. Para que a atuação estatal fosse “[...] mais eficiente, seria necessário que os direitos fossem pouco consideráveis; pois os homens só se arriscam na proporção do lucro que o êxito possa lhes trazer”⁴⁶⁴.

Daí resulta boa parte da reflexão promovida por este trabalho: por acaso o direito penal ambiental poderá em algum momento converter-se em direito penal do inimigo?

Quando se fala em direito penal do inimigo, automaticamente vem à mente a ideia de insegurança social, ou ainda, do colapso dos outros ramos do Direito e das instituições no trato de questões importantíssimas para a sociedade⁴⁶⁵. Tal “ineficiência” do Direito não raramente vem acompanhada de um clamor coletivo por uma forte e viril resposta estatal.

Mesmo as normas penais de caráter simbólico demandam esse tipo de mobilização, uma vez que a atuação legislativa depende desse suporte dado pela coletividade.

Entretanto, indagações devem ser formuladas a esse respeito: porventura existe amparo social para que a proteção ambiental pelo direito penal seja ampliada ou reforçada? A coletividade tem o meio ambiente como um bem de elevada importância que necessita ser tutelado com todos os mecanismos disponíveis, inclusive, por meio do direito penal?

Díez Ripollés afirma que a sociedade contemporânea clama pela:

[...] “modernização” do direito penal, isto é, de uma ampliação da intervenção penal a âmbitos socioeconômicos e de interesse comunitário até pouco tempo considerados alheios à política criminal. O caráter essencial dos interesses protegidos e a exigência constitucional de igualdade de tratamento a todos os cidadãos obrigam a incorporar a criminalidade dos poderosos ao acervo de condutas objeto de consideração do direito

⁴⁶³ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 81.

⁴⁶⁴ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 81.

⁴⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 75.

penal. Esta é a genuína tarefa expansiva da criminalização que corresponde ao modelo penal de bem-estar: deve liberar o direito penal do estigma de ser direito dos pobres e deve assegurar que cumpra realmente sua função, a de ser um direito orientado à salvaguarda dos pressupostos essenciais para a convivência.⁴⁶⁶

Para se planejar a defesa veemente do meio ambiente mediante a cominação de penas concretas e não meramente simbólicas, é necessário que a coletividade tenha na mais alta conta o anseio por preservação e que isso, por conseguinte, faça parte das expectativas normativas da sociedade.

No âmbito criminal, o anseio por segurança na sociedade de risco está muito mais ligado à criminalidade de rua (de índole individual) e não, por exemplo, aos crimes do colarinho branco (de índole coletiva). A rigor, criminosos ricos são vistos como pessoas inofensivas, alguns são até mesmo glamourizados pelo estilo de vida que levam.

Assim, no imaginário coletivo, o *inimigo* se restringe ao delinquente que toma a vítima de assalto, usualmente mediante emprego de violência ou grave ameaça. Para Ramos isso:

[...] explica a popularidade do adágio popular bandido bom é bandido morto. De outra parte, essa mesma sociedade é tolerante com a criminalidade econômica e ambiental. Esse comportamento social funciona como um termômetro das influências ideológicas que se operam através dos discursos no senso comum. Para maioria, o inimigo é a criminalidade de massas.⁴⁶⁷

É necessário entender que neocriminalidade (criminalidade moderna) destoa das características da criminalidade clássica, uma vez que aquela pode prejudicar de maneira mais grave um número indeterminado de pessoas sem que o agente seja percebido pela coletividade.

Silva Sánchez é pragmático ao afirmar que:

Uma modernização caracterizada - não se deve esquecer - pela expansão e pela flexibilização dos princípios político-criminais e regras de imputação também no Direito Penal das penas privativas de liberdade. Não se trata de voltar a um Direito Penal liberal que nunca existiu nos termos em que agora é apresentado, mas tampouco de aceitar sem reparos o processo de desnaturalização do sistema de garantias do Direito Penal. Opor-se à “modernização”, ademais, em absoluto equivale a propugnar um “Direito Penal de classes”, no qual o ladrão convencional continue sofrendo uma pena, enquanto o delinquente econômico ou ecológico ficaria à margem do Direito Penal.⁴⁶⁸

⁴⁶⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A política criminal na encruzilhada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 52-53.

⁴⁶⁷ RAMOS, S. P. Sistema criminal e direito penal do inimigo: uma análise crítica do conceito de inimigo aplicado à realidade brasileira. **Revista dos tribunais**, Revista dos Tribunais. v. 1007, p. 207-225, 2019.

⁴⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 187.

Com efeito, a necessidade de se tutelar o meio ambiente por meio do direito penal é indiscutível e importa na flexibilização do modelo clássico, sob pena de se manter a estrutura de uma justiça criminal seletiva, voltada para a criminalização dos mais vulneráveis com fito na proteção de interesses individuais das elites mais abastadas. Usualmente a criminalidade moderna tem por característica o viés econômico, o qual redundava em elevadas cifras em prol do delinquente.

Hassemer ensina que:

[...] a criminalidade econômica moderna é bem diferente. Não se trata de casos individuais, não se trata de apenas uma pessoa como vítima, mas se trata de estratégias. A criminalidade econômica moderna é difusa - eu volto a especificar isso - mas repito que a criminalidade econômica moderna é diferente da criminalidade clássica; as vítimas, de regra, são pessoas jurídicas.⁴⁶⁹

Sem embargo da falta de percepção coletiva acerca da neocriminalidade, conforme já mencionado, a Constituição Federal colocou o meio ambiente em um patamar de destaque no ordenamento jurídico brasileiro - especialmente no seu art. 225 - , fato que exige do legislador infraconstitucional e do aplicador da lei atenção ainda maior com os fins estabelecidos pelo constituinte.

Note-se que o bem jurídico “meio ambiente” sempre existiu e foi útil ao ser humano ao longo da história. Entretanto, a importância jurídica que hoje lhe é dada é inegavelmente maior. Cabe-nos indagar: o que mudou?

A toda evidência não se pode dizer que o meio ambiente tenha valor em si e que, por isso, deve ser tutelado por ter se tornado um bem jurídico. Na verdade, houve um deslocamento ético-valorativo provocado pela emergência climática e ambiental das últimas décadas somada à finitude dos recursos naturais disponíveis.

Enquanto a abundância produziu no gênero humano a sensação de inesgotabilidade, a importância dada ao meio ambiente como bem essencial à sobrevivência do homem e das demais espécies foi relegada a segundo plano, porquanto não havia um risco concreto de um colapso.

Hoje, com os notórios eventos climáticos provocados pela atuação humana, a proteção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações se tornou um imperativo, um verdadeiro dogma entre as nações civilizadas.

Desta feita, é importante sublinhar que o bem jurídico não passou a existir no

⁴⁶⁹ HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais. v. 8, p. 41-51, 1994.

século XX, mas houve uma transformação ético-valorativa no que atine ao meio ambiente.

Aqui cabe uma pergunta provocativa: caso o legislador entabulasse alguma conduta contra o meio ambiente como crime hediondo, porventura essa hostilização seria constitucional ou inconstitucional?

Como é sabido, existem no mundo três sistemas destinados a conceber crimes hediondos, a saber, o legal, o judicial e o misto. No sistema legal, o legislador estabelece um rol taxativo de delitos que se enquadram nessa categoria. No sistema judicial, o julgador escolhe quais são os crimes hediondos. Por fim, o sistema misto é aquele em que a lei elenca algumas hipóteses de crimes hediondos (rol exemplificativo), porém permite que o juiz discricionariamente considere algum crime como pertencente a esse tipo de delinquência.

O Brasil adotou o sistema legal, ou seja, aquele por meio do qual a lei estabelece um rol fixo (taxativo) de crimes considerados hediondos. Além disso, vale lembrar que a Constituição delegou tal função ao legislador ordinário, a quem cabe escolher os comportamentos mais nocivos à sociedade para então, por meio de lei própria, diferenciar o delinquente comum daquele que pratica crime hediondo.

Assim, em poucas palavras é possível responder a uma indagação “o que é um crime hediondo?”. De maneira bem objetiva, a resposta é: crime hediondo é aquilo que a lei diz ser. Nessa toada, o legislador etiqueta o inimigo com fito na proteção do sistema e na inocuização do hostil.

Pañaranda Ramos afirma que:

O ponto de vista funcionalista que mantém não poupa nem transfere as questões de legitimação, mas, a seu juízo, estas não podem ser resolvidas no plano interno do Direito Penal: o Direito Penal não vale mais que a ordem social que contribui a manter, e, portanto, só pode extrair sua legitimidade, em última instância, da existência de normas legítimas.⁴⁷⁰

Assim, desde que a hostilização normativa seja assentada em um procedimento legislativo democrático, em consonância com os ditames e limites constitucionais e obedeça o rito legislativo previsto para a espécie, não há como refutar a legitimidade de uma norma que impõe sanções severas (inocuidadoras) contra o inimigo.

Essa constatação pode soar simplória ou superficial. Contudo, empiricamente é possível detectar que é desse modo que na prática as coisas funcionam. Tome-se como exemplo o crime de furto com emprego de explosivo (art. 155, §4º-A, do CP). A Lei n. 13.964/19 inseriu

⁴⁷⁰ PAÑARANDA RAMOS, Enrique; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuel Cancio. **Um novo sistema de direito penal**: considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 30.

no rol de crimes hediondos tal conduta (art. 1º, IX, da Lei n. 8.072/90). Ocorre que, a partir de uma singela leitura da Lei n. 8.072/90 é possível perceber que o crime de roubo praticado com emprego de explosivo não possui tal predicado.

A legislação de combate foi implementada a partir do momento em que os ataques a caixas eletrônicos com emprego de explosivos se tornaram frequentes, produzindo temor justificado na população. Além disso, não se pode negar que esta opção legislativa foi escolhida por causa do lobby dos bancos. Entretanto, pela lógica, o crime de roubo praticado com emprego de explosivo também deveria ser considerado hediondo, uma vez que se trata de um comportamento mais reprovável.

Todavia, o que se viu com clareza foi que o etiquetamento de um crime como hediondo é fruto da vontade do legislador e não propriamente de uma escala de valores. Noutros termos, pode-se objetar a escolha dos crimes listados no rol do art. 1º da Lei 8.072/90, mas, apesar disso, o que vale na prática é a opção do legislador consignada na lei.

O próprio Jakobs ensina que:

Se realmente a sociedade está imersa numa tendência para a diminuição dos direitos de liberdade, essa tendência não se dará exclusivamente no Direito Penal, e de fato cabe imaginar certas crises nas quais só uma tendência desse tipo pode oferecer uma *ultima ratio*. A decisão acerca de se se trata de um processo de criminalização excessivo ou desnecessário, ou, pelo contrário, da necessária defesa do nuclear, é puramente política, mas não jurídico-penal.⁴⁷¹

Assim, na visão de Jakobs, a eleição dos valores (ou bens-jurídicos) tutelados penalmente é um ato político, o qual, se realizado em um Estado Democrático, certamente representará os anseios de uma coletividade plural. Do contrário, caberá ao órgão contra majoritário - o Poder Judiciário - limitar o alcance da norma que ultrapassa os limites constitucionais.

Nesse mesmo sentido, Pañaranda Ramos afirma que:

A decisão sobre o alcance dos processos de criminalização seria uma “tarefa puramente política, não jurídico-penal”, na qual a ciência do Direito Penal só corresponderia determinar quais são os efeitos da regulação legal e, sua correspondência ou não, com as valorações estabelecidas.⁴⁷²

Aliás, até onde se sabe, inexistente medida judicial que busque remover crimes do

⁴⁷¹ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Barueri: Manole, 2003. p. 23.

⁴⁷² PAÑARANDA RAMOS, Enrique; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuel Cancio. **Um novo sistema de direito penal**: considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 30-31.

rol de delitos rotulados como hediondos. Portanto, há uma conformação do sistema jurídico com as opções legislativas.

Destarte, na perspectiva do funcionalismo sistêmico, os crimes ambientais podem ser rotulados como crimes hediondos e, portanto, considerado formalmente como direito penal do inimigo.

É necessário repetir que o art. 6º da Lei n. 8.072/90 alterou os arts. 267 e 270 do CP e passou a considerar como crimes hediondos os comportamentos consistentes em causar epidemia ou envenenar água potável⁴⁷³. Note-se que tais ilícitos não fazem parte da Lei de crimes ambientais, porém, tangenciam a defesa do meio ambiente.

De outra parte é fundamental avaliar se a tutela penal mais rigorosa de condutas nocivas ao meio ambiente é almejada pela sociedade, pois, sem isso, dificilmente o legislador - que depende do voto popular para existir politicamente - tomará a iniciativa de estigmatizar severamente aquele que atenta contra a natureza.

É fato que os danos ambientais muitas vezes não são perceptíveis imediatamente, e, por isso, não provocam na sociedade os sentimentos de prejuízo e de urgência. Há casos em que as sequelas da devastação serão percebidas após anos ou décadas.

A escassez de informação e a percepção distorcida das consequências ambientais, sociais e econômicas fazem com que a maioria dos brasileiros não tenha a exata noção dos graves reflexos promovidos pela devastação ambiental. É justamente por isso que inexistente um clamor por parte da sociedade para que o Estado cuide de maneira mais efetiva e rigorosa do meio ambiente.

Além disso, apesar das vigorosas críticas, para que exista um direito penal ambiental mais incisivo e rigoroso é necessário que o direito administrativo labore conjuntamente com o direito penal para delimitar o espectro punitivo da norma penal.

Desse modo, o direito administrativo é necessário para delimitar o espectro da norma penal, uma vez que esta não é capaz de descrever todos os instrumentos considerados maléficis ao meio ambiente, nem, tampouco, quantas e quais são as reservas florestais que não admitem determinados comportamentos.

Diante da índole essencialmente preventiva do direito ambiental, é preciso cogitar, por exemplo, a criação de tipos penais de perigo abstrato destinados a coibir a prática de atos preparatórios dedicados ao desmatamento. Nessa perspectiva, o direito administrativo poderia estabelecer áreas de proteção onde determinados equipamentos (também listados pela

⁴⁷³ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 608.

administração) não poderiam sequer transitar sem a devida autorização e fiscalização do Poder Público.

Na visão de Jakobs:

A “segurança” do tráfego de automóveis, o meio ambiente “intacto” e situações similares não são, evidentemente, estados naturais, mas são os resultantes de certas decisões sociais, e isso significa que quem quiser orientar-se deverá observar a vigência das normas que configuraram essas decisões. Portanto, do que se trata aqui, nos delitos de perigo abstrato, e isso de modo mais claro que no caso dos bens jurídicos “clássicos”, é da manutenção da vigência da norma, e da manutenção de determinados objetos.⁴⁷⁴

Assim, caso uma máquina de grande porte seja encontrada numa definida reserva florestal, o operador ou condutor do equipamento poderia ser responsabilizado por um crime ambiental antes mesmo que uma única árvore seja derrubada. Desse modo, não se indaga acerca do dano efetivo ao meio ambiente ou, ainda, sobre a necessidade de se provar o elemento subjetivo do tipo. Nos moldes propostos, a antecipação da punibilidade facilita a atuação estatal no sentido de comprovar a materialidade e imputar autoria.

No hipotético exemplo, a apreensão da máquina e prisão do seu operador poderia ser promovida por qualquer agente de segurança mediante o acionamento feito uma pessoa que passasse pelo local.

Trata-se de uma estratégia clara de inocuização da criminalidade ambiental e, também, de uma tática para colocar o delincente em uma posição de inferioridade em relação ao Estado, porquanto, uma vez materializado o flagrante de violação da norma, será desnecessário discutir seus propósitos futuros, uma vez que os crimes de perigo abstrato punem os comportamentos que afrontam a norma, sendo prescindível a comprovação de um resultado concreto. Isso obviamente dificulta a formulação de teses defensivas, visto que a proposta trata de um crime de mera conduta.

Por outro lado, poderia se objetar que esta estratégia resultaria em uma abordagem seletiva no sentido de alcançar somente as pessoas menos favorecidas, deixando de lado os delinquentes de maior potencial lesivo, os organizadores e financiadores da criminalidade ambiental.

Essa preocupação é legítima e merece ser observada.

Ramos adverte que:

É cediço que num Estado democrático de direito o poder punitivo estatal deve guardar

⁴⁷⁴ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**: teoria de um direito penal funcional. Barueri: Manole, 2003. p. 26.

harmonia com os princípios fundamentais de proteção e respeito à pessoa humana. Nesse aspecto, selecionar pessoas ou grupos - independente dos argumentos jurídicos, políticos ou morais - para serem excluídos da proteção e titularidade dos direitos e garantias insculpidos na Constituição democrática, afigura-se como uma afronta aos valores verdadeiramente democráticos.⁴⁷⁵

No entanto, a hipótese proposta não se destina a delimitar grupos étnicos, raciais ou de classe. Cuida-se de antecipar a punibilidade para todo aquele que pratica um comportamento considerado odioso pela norma e que atenta contra o sistema do Direito.

Assim, para se evitar que o direito penal ambiental tenha por “público” somente pessoas trabalhadoras das classes mais vulneráveis, as quais destroem a natureza a mando de um terceiro que lhe garante um emprego ou uma oportunidade qualquer de incrementar sua renda, é necessário também considerar a viabilidade da delação premiada. Desse modo, aqueles que fazem da degradação ambiental um negócio e que utilizam de terceiros para alcançar seu ímpeto seriam colhidos pelo direito penal.

Some-se a isso a possibilidade de implementação do confisco alargado nos moldes do art. 91-A do CP. Esse efeito secundário da condenação inegavelmente produz uma repercussão comunicativa bastante interessante, qual seja, a de que “o crime não compensa”.

Especialmente nos casos em que a devastação ambiental ocorre com a finalidade de lucro, é necessário pensar sobre a utilização dessa poderosa ferramenta como mecanismo contrafático para a reafirmação do império da lei.

Fora isso, parece não haver dúvida de que o direito penal do inimigo existe e precisa ser claramente delimitado para que não haja contaminação do direito penal do cidadão. Vale destacar que essa é uma premissa defendida por Jakobs desde o início.

É importante consignar que, em certa medida, Hassemer concorda com a premissa aventada por Jakobs no sentido de que o direito penal mais rigoroso (ou do inimigo) deve ser identificado e restringido ao máximo. Neste sentido:

[...] cumpre mencionar a elaboração de um catálogo das infrações penais para as quais medidas como escuta telefônica e confronto de dados se legitimam; isto favorece a concentração das investigações em um alvo o mais delimitado possível: Quanto maior precisão no atingimento do alvo, mais tolerável juridicamente será a intervenção.⁴⁷⁶

Por fim, constata-se que a consolidação do direito penal do inimigo ambiental parece ser uma tendência irreversível, porquanto a conjuntura internacional, econômica, legal

⁴⁷⁵ RAMOS, S. P. Sistema criminal e direito penal do inimigo: uma análise crítica do conceito de inimigo aplicado à realidade brasileira. **Revista dos tribunais**, Revista dos Tribunais. v. 1007, p. 207-225, 2019.

⁴⁷⁶ HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de Direito. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, Revista dos Tribunais. v. 1, p. 277-297, 2010.

e social corrobora para tal desfecho.

Jakobs assevera que:

[...] não se trata do Direito Penal de uma sociedade desejável, mas de um Direito Penal daquela sociedade que gerou um sistema jurídico, e toda antecipação e retardo só tem sentido naqueles casos em que se trata de desenhar coerentemente até o fim aquelas linhas que realmente já estão traçadas.⁴⁷⁷

Assim, a implementação de metas internacionais de preservação tem compelido o Estado nacional a ressignificar a proteção do meio ambiente, haja vista que o não cumprimento desse propósito importará em sanções comerciais e econômicas. Especialmente estimulada por organismos internacionais como ONU e União Europeia, a agenda de proteção ambiental se tornou o assunto do momento.

Silva Sánchez ressalta que:

[...] a atribuição ao Direito Penal de papéis relevantes na resposta aos ilícitos próprios da globalização e da integração supranacional implica uma flexibilização de categorias e relativização de princípios: abona a tendência geral no sentido da expansão.⁴⁷⁸

Além disso, temendo o impacto negativo direto (perda de mercado) e indireto (a mácula de uma marca) causado pela devastação ambiental, o empresariado cada vez mais se alinhará às iniciativas de defesa da natureza. Prova disso, é a atuação coordenada de agricultores no sul do país contra a prática de *fracking* para a extração de gás do subsolo⁴⁷⁹.

Cientes dos riscos de contaminação do solo pela prática do *frackind*, agricultores do sul do país pressionaram as autoridades do Paraná e de Santa Catarina para que esse método de extração não fosse empregado naquela região.

Trata-se evidentemente de uma preocupação com a manutenção do negócio, que resulta por via reflexa na proteção do meio ambiente. Por isso, crê-se firmemente que as sanções econômicas impostas contra países que degradam o meio ambiente farão com que o setor econômico pressione o Poder Legislativo para que leis mais rigorosas sejam impostas contra aqueles que destroem a natureza.

Some-se a isso o fato de que a Constituição Federal deixa clara a necessidade de

⁴⁷⁷ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional**. Barueri: Manole, 2003. p. 23.

⁴⁷⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 125.

⁴⁷⁹ Governo lançará edital para estimular *fracking* no Brasil. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/governo-lancara-edital-para-estimular-fracking-no-brasil/>>. Acesso em: 25 dezembro 2023.

proteção efetiva do meio ambiente, permitindo, inclusive, que se lance mão da tutela penal.

Derradeiramente, a conscientização social acerca da irreversibilidade do quadro de degradação ambiental e, por conseguinte, dos efeitos experimentados pela coletividade, farão com que a sociedade clame com veemência por punição severa para aqueles que atentam contra os interesses coletivos.

Cuida-se de algo que já está em curso no país. Basta lembrar que tramita no Congresso o projeto de Lei n. 2.933/23 que busca criminalizar o “ecocídio”. Caso aprovado, o crime terá pena de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão, sanção equivalente à do delito de tráfico de drogas.

Embora não se trate de um crime hediondo, o “ecocídio” nitidamente se alinha às premissas do denominado direito penal do inimigo, já que antecipa a atuação penal (delito de perigo abstrato), inviabiliza a possibilidade da realização de acordos penais (composição civil dos danos, transação, suspensão condicional do processo ou ANPP) e, ainda, permite a realização do confisco alargado na forma do art. 91-A do CPP.

3.6 A FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO PENAL (DO INIMIGO) E O SEU CARÁTER COMUNICATIVO.

O que se observou até agora é que o direito penal ambiental pode ser tachado como simbólico no sentido de que embora ostente a nomenclatura “penal”, a possibilidade de aplicação de uma pena privativa de liberdade é remota ou inexistente, servindo, portanto, como instrumento destinado a um suposto apaziguamento social e à demonstração de que algo está sendo feito para coibir e reprimir a prática criminosa ligada à devastação do meio ambiente.

Contudo, na verdade, a Lei n. 9.605/98 transmite a ideia de que a delinquência ambiental é algo de menor importância, ou seja, um mero ilícito que não gera reprovação social. Tal postura chega até mesmo a comunicar que o crime ambiental é equacionável e que, por isso, a delinquência dessa estirpe compensa.

Quando isso ocorre, é válido rememorar a lição fornecida por Luhmann:

Quando o direito não é mais respeitado, ou quando, até onde seria possível, ele já não se impõe, as consequências transcendem muito o que de imediato se apresenta como violação da lei, e, nesse caso, o sistema tem de recorrer a formas bastante imediatas

de recuperação da confiança.⁴⁸⁰

Conforme já mencionado, a esmagadora maioria dos crimes ambientais possui pena mínima igual ou inferior a um ano de prisão e pena máxima igual ou inferior a 4 anos. Isso, por si, garante a inaplicabilidade concreta de uma pena privativa de liberdade.

Ademais, a cominação de penas bastante reduzidas inviabiliza, na maioria dos casos, o advento de uma condenação criminal, haja vista que as várias espécies de acordo judiciais (transação, suspensão condicional do processo e ANPP) inibem o desfecho condenatório de um processo, claro, ressalvados os casos em que o indivíduo ostenta condições pessoais desfavoráveis.

Some-se a tudo isso o fato de que, no âmbito dos crimes contra o meio ambiente, o legislador optou por ampliar o espectro da suspensão condicional da pena para o patamar de três anos de condenação (art. 16 da Lei n. 9.605/98), ou seja, permitiu-se que, na longínqua hipótese de condenação, o transgressor dificilmente tenha que cumprir a reprimenda que lhe foi imposta.

Fora isso, na parte especial da Lei n. 9.605/98, a qual trata dos crimes em espécie é possível aferir a desproporcionalidade das penas cominadas pela legislação extravagante.

O Código Penal comina pena de um a cinco anos de reclusão e multa ao infrator que pratica o delito de falsidade ideológica em documento público. Além disso, impõe o aumento da pena em um sexto (1/6) caso o agente seja funcionário público.

Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, se o documento é particular.

Parágrafo único - Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

Não obstante o parâmetro estabelecido pelo Código Penal, a lei ambiental adotou postura mais benevolente, isto é, cominou pena de um a três anos de reclusão e multa ao criminoso (funcionário público) que pratica falsidade ideológica em procedimentos de autorização ou de licenciamento ambiental. O artigo 66 da Lei n. 9.605/98 dispõe que:

Art. 66. Fazer o funcionário público afirmação falsa ou enganosa, omitir a verdade, sonegar informações ou dados técnico-científicos em procedimentos de autorização

⁴⁸⁰ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 175-176.

ou de licenciamento ambiental:
Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.

Note-se que se trata de crime funcional (próprio por natureza) que prevê pena menor do que a hipótese descrita no Código Penal. Outrossim, pelo fato de o dispositivo trazer a condição pessoal de funcionário público como elemento do crime, não se pode cogitar qualquer aumento de pena relacionado ao exercício da função.

Todas essas constatações servem para a formulação de duas singelas perguntas: qual é o efeito comunicativo que a legislação penal ambiental produz atualmente? E, porventura o direito penal (do inimigo) pode contribuir para a melhora da comunicação estatal acerca dos comportamentos esperados e desejados na esfera ambiental?

Crê-se que a primeira questão seja a mais fácil de ser respondida, ante a clareza dos acontecimentos e da irrelevância do direito penal ambiental brasileiro na atualidade.

Do modo que se apresenta hoje, o direito penal ambiental presta um desserviço à sociedade e ao Estado brasileiro, pois comunica à coletividade o despreço pela questão ambiental. É justamente isso que faz com que esse ramo do Direito seja etiquetado como “simbólico” na pior acepção do termo.

Na verdade, o efeito comunicativo da Lei n. 9.605/98 é contrário aos seus imaginários propósitos, já que os comandos por ela emitidos não são passíveis de sanções concretas em caso de desrespeito, fato que transmite a ideia de menor importância do bem jurídico tutelado.

Isso faz com que comunique ao delinquente em potencial a ideia de que o crime compensa e, por outro lado, transmita aos órgãos de segurança a impressão de que não vale a pena reprimir um crime cujo desfecho não será uma punição de índole criminal.

Beccaria já afirmava que “Uma pena, para ser justa, precisa ter apenas o grau de rigor suficiente para afastar os homens da senda do crime”⁴⁸¹. Portanto, a falta de dureza produz a sensação de desprestígio da temática tutelada pela legislação.

A segunda inquirição é mais complexa e, portanto, a resposta tende ser controversa.

Desde tempos muito longínquos há a crença de que o direito penal não serve para diminuir a criminalidade e, em vista disso, comunicar à coletividade o caráter proibitivo da norma.

Volteire já criticava o aumento do rigor das reprimendas como forma de

⁴⁸¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 54.

dissuasão do ímpeto delituoso.

Pergunto-vos se não seria possível diminuir o número de delitos, tornando os castigos mais vergonhosos e menos cruéis. Não observais que os países onde a rotina da lei ostenta os mais horrendos espetáculos são aqueles onde os crimes se multiplicam? Não estais convencidos de que o amor à honra e o temor à vergonha são melhores moralistas que os carrascos? Os países onde a virtude é premiada não serão mais bem policiados que aqueles onde não se faz outra coisa senão procurar pretextos para derramar o sangue e herdar os bens dos condenados?⁴⁸²

Note-se que, na visão de Voltaire, a virtude deve ser premiada e não o deslize castigado. Não se nega que a premissa articulada por Arouet seja válida no âmbito do direito ambiental, porquanto, de certo modo, isso já ocorre com sucesso. Há no direito interno e também no regramento internacional uma tendência de valorização daquele que reverencia e respeita as regras socioambientais.

É fato que existem ao redor do mundo diversos selos e normas técnicas que funcionam paralelamente com o direito estatal legislado e que servem como estímulo para que o meio ambiente seja preservado. Empresas que respeitam o meio ambiente são valorizadas por essa postura e, por isso, agregam valor ao seu produto ou serviço e, com isso, colhem bons frutos financeiros com a preservação da natureza.

Trata-se daquilo que se convencionou chamar de “soft law”. De acordo com Frydman essas regras:

[...] dizem respeito às condições de trabalho nas empresas às consequências da produção e da atividade em geral sobre o meio ambiente e, mais amplamente, à relação com os direitos humanos. Eles visam não somente à própria empresa, mas mais amplamente à “esfera de influência” que pode se estender para os grandes grupos ou empresas líderes de rede, ao conjunto da cadeia de produção ou de valor que a organização controla economicamente. Resumindo, trata-se para a empresa de cuidar de como seus produtos e serviços sejam fabricados e entregues, por eles e seus subcontratados, nas condições ambientais e de trabalho aceitáveis, sem violar nem se tornar cúmplice de violações dos direitos fundamentais das pessoas e no que diz respeito às suas atividades.⁴⁸³

Esses padrões já são estabelecidos no âmbito corporativo para balizar os processos de grandes empresas comprometidas com a boa gestão socioambiental. O exemplo mais conhecido no Brasil é a certificação ISO.

Hoje há uma influência bastante significativa desses parâmetros na legislação local, de modo a tutelar o comportamento dos agentes econômicos. Isso é visível nas regras

⁴⁸² VOLTAIRE. **O preço da justiça**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 105-106.

⁴⁸³ FRYDMAN, Benoit. **O fim do estado de direito: governar por standards e indicadores**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. Tradução: Mara Beatriz Krug. p. 63.

estabelecidas pela ONU e União Europeia com fito na contenção do desmatamento de áreas suscetíveis de degradação.

Frydman ressalta que “[...] o padrão técnico, ou o indicador, não cria verdadeiramente a norma. Ele só aumenta ou contribui para o surgimento de uma norma que procede, na realidade, da *natureza das coisas* ou da necessidade da vida social”⁴⁸⁴.

Assim, é possível prever que o lobby ligado a setores da economia interessados na manutenção ou ganho de mercados pressionará os legisladores para que as “soft laws” sejam incorporadas pelo ordenamento jurídico.

Entretanto, ao menos atualmente, essa cultura ainda não é suficientemente difundida na perspectiva empresarial nacional e, dessarte, exígua para comunicar à coletividade que o meio ambiente deve ser preservado por causa da finitude dos recursos naturais e, quiçá, dos diversos impactos negativos que a devastação pode causar na economia, na relação entre os países e, especialmente, na sociedade.

Com efeito, grande parte do empresariado já adquiriu essa compreensão por uma via oblíqua, qual seja, pelo código da economia, o binômio prejuízo / lucro, e não pelo Direito. Porém, boa parte dos empreendedores e uma massa de pessoas ainda não têm a real dimensão das consequências impostas pela devastação ambiental. Vide os regramentos já vigentes na União Europeia.

Em suma, a bonificação da virtude conforme proposta de Voltaire é sem dúvida uma forma de comunicação do Direito, porém, não é suficiente para disseminar o imperativo de preservação. É preciso lembrar daqueles que laboram à margem da lei (como os garimpeiros ilegais, por exemplo) e as pessoas que de maneira desavisada atentam contra o meio ambiente por desconhecimento ou destemor da lei, ou ainda, pela convicção de que “vale o risco” de depredar os ecossistemas.

Destarte, àqueles que vivem fora da lei e que fazem da devastação ambiental meio de vida não serão alcançados pelos bônus oferecidos pelo “mercado verde” e, por isso, o Direito deve criar mecanismos contundentes para prevenir e reprimir comportamentos prejudiciais ao meio ambiente e, assim, não somente se concentrar na valorização daquele que é cumpridor dos ditames legais.

Darcie explica dinâmica da comunicação estatal no âmbito penal:

O Estado deve buscar a vigência real do ordenamento, de modo que se a norma é violada, deve haver punição; se a punição não tem lugar, deve ser punido o funcionário

⁴⁸⁴ FRYDMAN, Benoit. **O fim do estado de direito**: governar por standards e indicadores. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. Tradução: Mara Beatriz Krug. p. 83.

incompetente da administração da justiça; e se nada disso ocorrer, a vigência da norma se vê comprometida tanto na perspectiva do autor quanto da vítima, o que esvazia por completo o seu papel na sociedade.⁴⁸⁵

Na perspectiva funcionalista a norma não pode ser concebida sem uma consequência concreta, visto que a compreensão da lei como expectativa social deve ser vislumbrada na aplicação perceptível da sanção.

Jakobs afirma que “[...] ‘comunicação’ é sinônimo de entendimento geral sobre o sistema de regras aplicado”⁴⁸⁶.

Portanto, integra a vigência real, diretriz da conduta e do ordenamento jurídico, um apoio cognitivo da norma. Este imprescindível apoio cognitivo, no entanto, a princípio, não é uma prestação do Estado, mas sim dos próprios cidadãos, visto que estes agem e orientam-se cotidianamente com base no Direito.⁴⁸⁷

Deste modo, a aplicação de uma sanção rigorosa relembra aos membros da sociedade que a norma permanece vigente e que aquele determinado comportamento é inaceitável e deve se repudiado.

Jakobs defende a tese de que:

[...] o Direito Penal restabelece no plano da comunicação a vigência perturbada da norma cada vez que se leva a cabo seriamente um procedimento como consequência de uma infração da norma. E isso significa, ao mesmo tempo, que com isso se representa a identidade não modificada da sociedade.⁴⁸⁸

Noutros termos, a lei não pode resultar vazia em seu comando, porquanto aquilo que é vedado deve receber uma resposta efetiva do Estado para que o caráter proibitivo da norma seja concretizado em uma sanção que reafirme a vigência da regra (prevenção geral positiva).

Assim, quando a norma é cumprida, testifica-se a vigência da regra no comportamento daquele que age em conformidade com as expectativas sociais. Por outro lado, o infrator da norma necessita de uma resposta contrafática para demonstrar que a norma permanece vigente a despeito da afronta praticada.

Jakobs ressalta que “Uma norma pode dirigir a comunicação também quando é violada. Enquanto o fato é tratado como violação da norma e não como normativamente

⁴⁸⁵ DARCIE, S. D. “Processo penal do inimigo”: elementos para a compreensão de sua estrutura e metodologia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais. v. 149, p. 259-298, 2018.

⁴⁸⁶ JAKOBS, Günther. **Uma teoria da obrigação jurídica**. Barueri: Manole, 2003. p. 47.

⁴⁸⁷ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020. p. 56.

⁴⁸⁸ JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional**. Barueri: Manole, 2003. p. 4-5.

indiferente, esse tratamento demonstra a vigência da norma”⁴⁸⁹.

Pritwittz critica a crença no poder delimitador de expectativas atribuído ao direito penal. Pare ele:

Expandindo-se a descrição para abranger os elementos de política criminal por trás do direito penal do risco, este direito penal do risco em expansão caracteriza-se, também, pelo fato de que um comportamento não é penalmente tipificado porque é considerado socialmente inadequado, mas a fim de que seja visto como socialmente inadequado. Poucas pessoas contradiriam isto em relação a grandes partes do direito ambiental, mas pode ser observado também no direito econômico, e resulta numa revitalização da crença no “poder formador de costumes do direito penal” (Hellmuth Mayer, 1962) - só que em campos diferentes do que o campo do direito penal dos costumes conhecido e com razão criticado.⁴⁹⁰

No que tange à tutela do meio ambiente, o ordenamento jurídico está repleto de regras que repudiam comportamentos danosos à natureza, porém, até hoje as inúmeras ações corretamente tomadas pelo Estado no sentido de criar uma cultura de proteção ambiental não foram suficientes para inculcar na coletividade que determinados comportamentos não são tolerados pela sociedade moderna.

Noutras palavras, a degradação do meio ambiente é um comportamento inadequado socialmente e já é reprochado pela legislação vigente. No entanto, não se pode falar que os outros ramos do Direito conseguiram comunicar de maneira satisfatória o desvalor de uma conduta devastadora.

Assim, o direito penal não serve propriamente para doutrinar pessoas, antes, atua como um genuíno instrumento de controle social (dentre os vários existentes) na medida em que milita em prol da preservação do sistema do Direito e, com isso, evita sua ineficácia ou descrédito. Com efeito, o direito penal não tem a pretensão de alienar as pessoas conforme os seus parâmetros.

Cabe ao Direito (como um todo) traduzir as expectativas sociais em regras. Na perspectiva funcional sistêmica, o Direito penal é o labora com a ideia de proteção do sistema, com fito na manutenção da fidelidade ao ordenamento jurídico. Com efeito, a proteção do meio ambiente é regra estabelecida na Constituição, o direito penal apenas atua para que se garanta a vigência da norma, seja por meio da reafirmação do comportamento desejado ou do repúdio concreto (por meio da pena) da conduta violadora.

Klein explica que:

⁴⁸⁹ JAKOBS, Günther. **Uma teoria da obrigação jurídica**. Barueri: Manole, 2003. p. 48.

⁴⁹⁰ PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, Revista dos Tribunais. v. 2., p. 915-927, 2010.

[...] o motivo pelo qual confere relevância ao assunto é que assume poder haver contradições sistêmicas; no entanto, entende-as como funcionais ao sistema. Desse modo, afirma: “Contradições desestabilizam um sistema e elas tornam isso visível na insegurança da expectativa.”⁴⁹¹

Portanto, quando o mandamento de preservação é desrespeitado e inexistente resposta contrafática, há um aviltamento daquele comando, tornando-o aparentemente irrelevante perante toda a sociedade.

É preciso acrescentar que a criação de uma cultura em favor do meio ambiente deve ser tratada como assunto próprio do sistema de educação e também das peças publicitárias dos órgãos governamentais. Contudo, por se tratar de um problema complexo, nenhuma iniciativa isolada será capaz de produzir a conscientização de que a degradação do meio ambiente é prejudicial à sociedade e, portanto, inadequada.

Nessa toada, Crespo adverte que “[...] o direito penal não pode por si só oferecer segurança, mas somente realizar uma pequena e limitada contribuição à esta”⁴⁹². Não se pode esperar sinceramente que o direito penal resolva todos as mazelas da sociedade. No entanto, é preciso ter em mente que cada indivíduo responde melhor a um estímulo ou contraestímulo, de modo que as diversas abordagens - educação, publicidade e punição - dialoguem entre si e, por conseguinte, produzam um resultado mais satisfatório e efetivo.

Não é demais reforçar que a proteção penal do sistema (funcionalismo sistêmico), por conseguinte, tem como efeito colateral positivo a tutela do meio ambiente, visto que o assunto permeia todos os subsistemas do Direito (Constitucional, administrativo, civil e penal). O direito penal almeja apenas que o sistema seja respeitado e que o comando normativo comunicado de forma correta.

De fato, a falta de efetividade dos outros ramos do Direito em tutelar o meio ambiente tem provocado uma desconfortável sensação ausência de proteção, isto é, a impressão de que o acaso protegerá as plantas, os animais e os biomas da terra.

O brasileiro médio parece não ter a noção exata das condutas que são proibidas, nem, tampouco, como funcionam os órgãos e mecanismos instrumentais de combate à degradação do meio ambiente.

Noutras palavras, o Direito como um todo tem falhado em seu caráter comunicativo, de modo que não consegue transmitir para a população os limites impostos pelas

⁴⁹¹ KLEIN, Stefan. Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral. **Tempo social**, Revista de sociologia da USP. v. 29, p. 349-367, 2016.

⁴⁹² CRESPO, Eduardo Demetrio. O “direito penal do inimigo” darf nicht sein!: sobre a ilegitimidade do chamado “direito penal do inimigo” e a ideia de segurança. **Ciências Penais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 4, p. 122-152, 2006.

expectativas gerais da sociedade. Por conta disso é possível prever que o incremento da tutela penal ambiental é algo que se aproxima.

É por isso que as consequências do ilícito precisam ser concretas, palpáveis ao cidadão comum. Não basta a cognição relacionada ao conteúdo proibitivo da norma para se garantir a eficácia do ordenamento jurídico, antes, é necessário ver o concreto repúdio a determinados comportamentos nocivos às expectativas sociais.

Por isso é preciso dizer que:

[...] este conhecimento não lhes é transmitido como uma norma jurídico-penal, senão como norma social. “O juízo moral nas crianças” (Piaget) forma-se a partir de pessoas referenciais e de situações; a moralidade e a legalidade nos adolescentes e nos adultos formam-se a partir dos grupos de referência e das situações.⁴⁹³

Ousa-se questionar o número de pessoas condenadas ao efetivo cumprimento de uma pena privativa de liberdade pela prática de um crime exclusivamente ambiental (sem conexão ou continência com outros delitos).

É por isso que se pode afirmar que:

[...] o caráter punitivo do direito penal tem como função manter a previsibilidade das relações sociais. Pretende-se confirmar a vigência das normas, mesmo ante sua esporádica violação (teoria da prevenção geral positiva), e por essa razão conclui que o direito não garante a proteção de determinados bens jurídicos, mas sim a vigência das normas, cuja finalidade é garantir as relações sociais, conforme afirmado anteriormente.⁴⁹⁴

Repise-se que nessa perspectiva a tutela penal do meio ambiente é um efeito colateral positivo da proteção do sistema do Direito.

Fora isso, é importante mencionar que as consequências negativas da devastação já estão sendo sentidas pelo agronegócio brasileiro, em especial pela mudança climática e alteração no regime regular de chuvas. Essas transformações têm provocado a perda de safras inteiras ou na diminuição da produtividade da lavoura.

É de se esperar que cedo ou tarde exista uma mobilização do setor do agronegócio no sentido de exigir uma resposta mais eficaz do Estado para coibir comportamentos que prejudiquem o rendimento dos negócios ou que constituam óbice ao acesso de mercados externos.

⁴⁹³ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 406.

⁴⁹⁴ MORAES, V. B. Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Günther Jakobs. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 74, p. 9-34, 2008.

Desta feita, não é desarrazoado cogitar que o Estado brasileiro seja instado a impor regras mais firmes para balizar aqueles que tendem a degradar a natureza e que, por conseguinte, provocam restrições aos produtos brasileiros no exterior.

Com efeito, quando um comportamento vedado pela norma gera um risco inadmitido socialmente, nasce para o Estado a obrigação de punir o infrator de modo a reafirmar a vigência da norma violada perante o grupo social. O escopo dessa resposta é reforçar a confiança da coletividade na vigência da norma e na atuação estatal, deixando em segundo plano a proteção de bens jurídicos, como uma espécie de efeito colateral “positivo”.

Pensando de maneira inversa, talvez seja possível visualizar com mais clareza o objetivo proposto. Quando o Estado Brasileiro deixa de responder de maneira rápida e vigorosa às frequentes e graves lesões ao meio ambiente - as quais produzem imensuráveis consequências sociais, econômicas e internacionais - o ordenamento jurídico demonstra-se fragilizado, porquanto não há reafirmação da vigência da norma. Em termos coletivos, cognitivamente, isso faz parecer que o Estado pouco importa com as questões ambientais.

Desse modo, aqueles que individualmente valorizam o meio ambiente como bem jurídico terão a sensação de desamparo ao passo que outros que o menosprezam verão na norma uma oportunidade para obter facilidades, lucros e ganhos em geral. Em resumo, o bem jurídico restará desprotegido de maneira reflexa.

Não se pode negar que quando um comportamento é criminalizado - quando passa a ser considerado como criminoso pelo legislador - criam-se “expectativas institucionais”⁴⁹⁵ acerca da resposta estatal sobre esse tipo de lesão ou ameaça de lesão. Noutros termos, o dito direito penal simbólico (no pior sentido) - assim caracterizada a legislação penal ambiental - se mostra incapaz de suprir as expectativas institucionais da coletividade e, por conseguinte, tutelar satisfatoriamente o bem jurídico que se propôs a proteger.

Nesse sentido,

[...] argumenta Jakobs, a reação penal simbólica não bastaria e isto justificaria, sempre do ponto de vista funcional, vê-los como sujeitos destituídos dos direitos cívicos pactuados sob a égide de um Estado de Direito, daqueles direitos garantidos pelo direito penal do cidadão.⁴⁹⁶

Assim, do mesmo modo que uma legislação combativa produz a satisfação das

⁴⁹⁵ MORAES, V. B. Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Günther Jakobs. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 74, p. 9-34, 2008.

⁴⁹⁶ VELO, J. T. O problema da fundamentação do direito penal do inimigo. **Revista dos Tribunais**, Revista dos Tribunais, v. 894, p. 349-400, 2010.

expectativas institucionais, a aplicação de sanções alternativas leves - não encarceradoras - e a facilitação do acesso benefícios processuais penais despenalizadores (acordos) canibalizam o caráter comunicativo do direito penal, uma vez que sabotam a confiança no sistema e na sua eficácia.

O que se deve questionar é se essas expectativas podem viabilizar a eliminação ou a flexibilização de garantias individuais históricas, de modo a franquear a aplicação do direito penal do inimigo no âmbito penal.

Jakobs delimita, assim, com riqueza de argumentos, as duas esferas de atuação do direito penal: a do cidadão e a do inimigo. A primeira, com vista a ratificar a vigência da norma perante o grupo social, mantendo-se a expectativa acerca do ordenamento jurídico, em que pese o fato de ter sido violado. E a segunda, com o objetivo de afastar o perigo, ou seja, “dirigido à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos”.⁴⁹⁷

Daí o sentido da última pergunta: concretamente, é possível cogitar a criação de um direito penal ambiental do inimigo? A sua eventual implementação pode implicar numa comunicação mais eficiente acerca do caráter proibitivo da norma?

Antes de mais nada é preciso ter em mente que a distinção cidadão / inimigo é uma criação normativa e, portanto, não provém do mundo natural. Noutras palavras, ninguém nasce cidadão pois esse não é um atributo da natureza, ou seja, a condição de cidadão não é inata do ser humano, mas existe por força de um ordenamento jurídico previamente arquitetado, o qual exige dos seus “vassalos” observância de suas regras e valores.

Jakobs compreende a artificialidade dessa condição pessoal construída (de cidadão) e deduz que aquele que atenta contra os valores mais caros da sociedade e milita contra a higidez do sistema legal (ordenamento jurídico) deve receber um tratamento diferenciado, semelhante àquele que rescindiu unilateralmente o vínculo contratual, de modo que não pode receber o mesmo tipo de tratamento que aquele que permaneceu fiel à lei.

Ao sintetizar a visão de Jakobs, Greco afirma que:

É a norma que faz da causação de uma morte um homicídio, é ela que fundamenta a expectativa e a confiança em que tais fatos não serão cometidos pelos outros, possibilitando, assim, a orientação num mundo complexo, e é ela que faz de um sistema psico-físico uma pessoa, que pode ser autor ou vítima de um delito. Tais atribuições não ocorrem no plano da natureza, e sim no da comunicação, não sendo, portanto, falsificáveis em razão de contingências relativas aos dados naturais ou fáticos - elas vigoram, portanto, também contra a natureza, contra os fatos:

⁴⁹⁷ MORAES, V. B. Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Günther Jakobs. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 74, p. 9-34, 2008.

contrafaticamente.⁴⁹⁸

Nessa perspectiva, é possível afirmar que até mesmo os comportamentos considerados criminosos são de fato criações normativas e independem, a priori, de qualquer lastro valorativo. Por óbvio, a evolução ético-valorativa impõe maior ou menor peso aos bens jurídicos tutelados, porém, objetivamente, o que realmente delimita os comportamentos criminosos é a lei.

Para o funcionalismo sistêmico, o direito penal é a norma. Ela é o seu fundamento.

Darcie ensina que:

Enquanto o fundamento possui uma perspectiva normativa, a função possui uma perspectiva programática; enquanto o tempo do fundamento é o passado, o tempo da função é o futuro. Em última análise, pensar sobre o fundamento de algo é pensar sobre o seu porquê, ao passo que pensar em sua função é pensar sobre o seu para quê.⁴⁹⁹

Conforme já apontado nesse texto, o legislador brasileiro considerou o delito de furto com emprego de explosivo como crime hediondo enquanto o roubo praticado nessa mesma circunstância não ostenta a característica de hediondez. Por óbvio o critério não é a importância do bem jurídico tutelado, nem, tampouco, na noção de justiça / injustiça (códigos pertencentes à moral), mas sim naquilo que a lei diz ser crime ou, pior, delito hediondo.

O critério, a nosso ver, não pode ser outro senão o da antítese entre delinquente e normas fundamentais da convivência humana. O juízo pelo qual a ação é denominada “crime” é um juízo de rejeição, por parte da comunidade, a determinados comportamentos: rejeição que não se baseia tanto na normativa historicamente condicionada, quanto em definidos interesses básicos essenciais à própria conservação da sociedade, independentemente de sua estrutura política e jurídica.⁵⁰⁰

Assim, se a norma penal for estruturada a partir de um correto rito formal e buscar promover a tutela legítima (dentro dos parâmetros constitucionais do Estado de Direito) de bens jurídicos caros ao convívio social, a criminalização de determinados comportamentos deve ser considerada válida.

Nesse sentido, Silva Sánchez reforça que “O que ocorre de fato é que o Direito Penal reflete a ordem social, de maneira que sua legitimação deriva da legitimidade das normas

⁴⁹⁸ GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais. v. 56, p. 80-112, 2005.

⁴⁹⁹ DARCIE, S. D. “Processo penal do inimigo”: elementos para a compreensão de sua estrutura e metodologia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais. v. 149, p. 259-298, 2018.

⁵⁰⁰ NUVOLONE, Pietro. **O sistema do direito penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981. p. 74.

cuja vigência assegura”⁵⁰¹.

Em suma, a criminalização de comportamentos não é fruto da natureza, mas sim um fluxo da atividade legiferante estatal. É o Congresso Nacional que estipula o maior ou menor rigor da atuação do direito penal. Entretanto, o que se espera em um Estado Democrático de Direito é que as condutas passíveis de criminalização sejam de fato debatidas com a sociedade para que a ação Estatal seja depurada e a resposta seja dada com moderação.

Para o funcionalismo sistêmico, o Direito nada mais é do que um mecanismo canalizador de expectativas sociais, segundo o qual todos os indivíduos devem desempenhar papéis úteis em prol da coletividade. Assim, aquele que frustra as expectativas nele depositadas deve ser de algum modo sancionado.

[...] como explicou Luhmann, em termos funcionais a frustração da expectativa normativa há de ser melhor cicatrizada no contexto do sistema social e jurídico com a demonstração, antes de tudo, da validade da norma e não com a consecução de qualquer forma de defesa. Se o que importa é o sistema, ele tem de ser coerente e único. Jakobs contraria isto ao postular um sistema penal paralelo.⁵⁰²

A partir dessa lógica é que surge a noção de que aquele que atenta de maneira irremediável e contundente contra o sistema jurídico não pode receber o mesmo tipo de tratamento daquele que eventualmente descumpra a norma. Nessa toada, o funcionalismo sistêmico pressupõe que aquele que abandonou de maneira irreversível o contrato social não pode gozar das benesses e dos favores próprios daqueles que ainda ostentam a condição de cidadão.

Greco assinala que:

Pessoa, em Jakobs, é um termo técnico, que designa o portador de um papel, isto é, aquele em cujo comportamento conforme à norma se confia e se pode confiar. “Um indivíduo que não se deixa coagir a viver num estado de civilidade, não pode receber as bençãos do conceito de pessoa”. Inimigos são “a rigor não-pessoas”, lidar com eles não passa de “neutralizar uma fonte de perigo, como um animal selvagem”.⁵⁰³

É fato notório que o recente enrijecimento do direito penal vem na esteira da aversão estatal para com as organizações criminosas e terroristas. A ampliação e o aperfeiçoamento dessas modalidades de delinquência fizeram que novos mecanismos de combate fossem enxertados na legislação penal.

⁵⁰¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 140.

⁵⁰² VELO, J. T. O problema da fundamentação do direito penal do inimigo. **Revista dos Tribunais**, Revista dos Tribunais. v. 894, p. 349-400, 2010.

⁵⁰³ GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais. v. 56, p. 80-112, 2005.

Assim, é possível afirmar que o temor da criminalidade organizada é o principal responsável pelas mais radicais alterações e exacerbações do poder de polícia e, quiçá, do direito penal, nos últimos tempos.

Nesse sentido, Hassemer afirma que a:

“Criminalidade organizada” apresenta-se hoje como o abre-te-sésamo para desencadear o arsenal de instrumentos de intervenção da autoridade em nome da prevenção de perigos e da elucidação de crimes. As profundas incisões nas garantias tradicionais do poder de polícia e do processo penal estão sendo operadas ou estão por acontecer sempre e invariavelmente em nome desta forma de criminalidade. Isto deforma a situação completamente. Na verdade, a população encontra-se realmente sobressaltada e agredida por uma forma de criminalidade que nada tem a ver com a criminalidade organizada: é a criminalidade de massas. Quem mistura ambas dificulta uma Política criminal racional.⁵⁰⁴

Não se pode negar que as respostas penais dadas à criminalidade organizada servem de inspiração para a atuação estatal ante a criminalidade comum. Porém, não é correto olvidar que essa foi a primeira e mais firme advertência de Jakobs, o qual repudia veementemente a contaminação do direito penal do cidadão (comum) com as características próprias do direito penal do inimigo (daquele aplicado aos criminosos profissionais).

No entanto, é imperioso sublinhar que a criminalidade organizada tem lançado seus “tentáculos” sobre outras formas de delinquência, de modo que, por exemplo, as infrações penais ambientais passam a fazer parte do “portifólio” de ilicitudes praticadas pela organização. Um exemplo concreto dessa interação é a íntima relação entre garimpeiros localizados na região amazônica e os cartéis internacionais de droga (cartel de Sinaloa)⁵⁰⁵.

É evidente que o concurso entre um delito ambiental, o tráfico de drogas e o crime de organização criminosa potencializa a reação estatal contra celerados dessa categoria, de modo que os órgãos de investigação - juntamente com o Poder Judiciário - passam a ter a disposição mecanismos poderosos de apuração dos fatos (delação premiada, ação controlada, agente infiltrado etc). Por isso, a Hassemer tem certa razão no seu comentário.

Contudo, o que se vê nisso é a preocupação com a tutela da segurança, paz e saúde públicas e não propriamente com a defesa do meio ambiente. Desse modo, o cuidado com a preservação da natureza mais uma vez se mostra como um “zelo” secundário, haja vista que, sozinho, o direito penal ambiental jamais poderia reivindicar medidas duras contra a

⁵⁰⁴ HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de Direito. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, Revista dos Tribunais. v. 1, p. 277-297, 2010.

⁵⁰⁵ Cartéis de Miami, Medellín e Sinaloa sustentam um Estado paralelo na Amazônia. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/carteis-de-miami-medellin-e-sinaloa-sustentam-um-estado-paralelo-na-amazonia/>>. Acesso em: 26 dezembro 2023.

marginalidade ambiental organizada.

Daí a indagação: o direito penal ambiental pode contar com mecanismos rígidos de resposta nas ocasiões em que a segurança, a paz e a saúde pública não estiverem em risco?

Conforme já foi tratado fartamente neste trabalho, no estágio em que se encontra hoje, a legislação penal ambiental inviabiliza o uso das ferramentas de investigação previstas na LOC (Lei n. 12.850/13), fato que favorece aqueles que fazem da devastação da natureza meio de vida e negócio muito lucrativo.

Embora seja crítico do direito penal do inimigo, Hassemer não exclui a possibilidade de um tratamento diferenciado para o delinquente moderno, o qual atenta contra a coletividade de maneira difusa. Segundo o Ministro da Suprema Corte alemã:

É de cristalina evidência que esta moldura é grande demais para o equipamento tradicional do Direito penal. Ou se renova o equipamento, ou se desiste da esperança de incorporar o Direito penal na orquestra das soluções dos problemas sociais. Vejamos qual é o equipamento tornado obsoleto: os bens jurídicos individuais em concreto, vistos como núcleo do Direito penal assim “modernizado”, são simplesmente ridículos (a conversa agora é sobre vastos bens jurídicos universais, sobre “funções”, sobre “grandes perturbações aos sistemas”, conjuntos de múltiplos riscos); os crimes de dano sobreviveram como tipo central da imputação penal (para nossa sensação constante de ameaça, parece mais razoável punir já o mero perigo abstrato); os vetustos princípios da retribuição e da ênfase no fato punível tornam a vida moderna mais perigosa (hoje não podemos esperar que a criança caia no poço, é preciso desde antes prevenir); o princípio da responsabilidade individual torna-se anacrônico (o ilícito penal moderno resulta muito mais de processos entrelaçados e complexos de decisões); é preciso repensar o princípio do *in dubio pro reo* (um Direito penal que pretenda apresentar-se adulto diante do mundo moderno, precisa ser capaz de agir com rapidez precisamente nas situações mais obscuras); diferenciações normativas tais como tentativa/consumação, autoria/participação, dolo/culpa tornam-se incômodas, se não até mesmo contraproducentes para um Direito penal moderno (porque na luta contra a criminalidade moderna, torna-se necessária a utilização de estruturas de relevância e critérios de avaliação totalmente novos e adequados ao fim).⁵⁰⁶

Noutros termos, o emprego do direito penal comum aos ilícitos modernos é, em termos bíblicos, como “colocar vinho novo em odres velhos”, ou seja, as ferramentas de atuação se mostrarão ineficientes e obsoletas e os novos interesses coletivos resultarão desprotegidos.

Não é preciso grande esforço hermenêutico para compreender que os bens jurídicos coletivos são tributáveis de maior cuidado e apreço do que aqueles de índole individual.

Beccaria identificou a necessidade de diferenciação de tratamento quando afirmou que:

⁵⁰⁶ HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, p. 36-71, 1994.

Tendo-se como necessária a reunião dos homens em sociedade, de acordo com convenções estabelecidas pelos interesses opostos de cada particular, encontrar-se-á uma progressão de delitos, dos quais o maior será o que tende à destruição da própria sociedade. Os crimes menores serão as ofensas cometidas contra particulares. Entre essas duas extremidades ficarão compreendidos todos os atos que se opõem ao bem público, desde o mais criminoso até o menos passível de culpa⁵⁰⁷.

Por isso, a construção de um direito penal coletivo baseado na incriminação de comportamentos perigosos não pode ser descartada. De maneira bastante pragmática, Díez Ripollés afirma que:

[...] as estruturas de perigo são imprescindíveis para a proteção de certos bens jurídicos coletivos quando não se pode ou não convém esperar a sua efetiva lesão, sem que sejam procedentes objeções garantistas, na medida em que se dá especial cuidado à prova perigo concorrente, sem esquecer como é inadequado caracterizar o direito penal moderno como um grupo de estruturas de perigo [...].⁵⁰⁸

Como a antecipação da punibilidade penal para as primeiras fases do *iter criminis* é uma das principais características do direito penal do inimigo, é possível dizer que a adoção de tipos penais de perigo abstrato faz parte da tendência contemporânea de tutela penal dos direitos coletivos.

É por isso que os outrora indesejáveis crimes de perigo abstrato necessitam existir e, por conseguinte, novos mecanismos de investigação precisam ser aperfeiçoados e aplicados aos delitos de subjetividade passiva coletiva.

Não se deve aguardar que o dano efetivo a um bem jurídico seja prejudicado para que o Direito atue. Assim, um criminoso que pratica atos de hostilidade próprios de terrorista precisa ser interceptado antes que um ataque faça com que pessoas pereçam.

Consequentemente, o raciocínio deve seguir na mesma linha quando o assunto é a defesa do meio ambiente. Desse modo, não se deve esperar que um garimpeiro ilegal destrua um rio mediante o lançamento de metais pesados nas suas águas para que o direito penal puna os responsáveis pela prática do ilícito. Ao contrário, é imperioso que se puna as fases iniciais do *iter criminis* quando determinados comportamentos notadamente se destinam à lesão de bens jurídicos universais.

Com efeito, como instrumento funcional, o direito penal deve existir como parte de um propósito maior que é o atingimento de objetivos sociais. Não se trata, portanto, de uma ferramenta única e absolutamente eficaz, mas de uma das diversas formas de contribuição para

⁵⁰⁷ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2014. p. 70.

⁵⁰⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A política criminal na encruzilhada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 65-66.

o bem-estar coletivo.

Desse modo, o direito penal ambiental precisa otimizar a sua comunicação com aqueles que tendem a viver à margem da lei, de modo a transmitir a mensagem de que violações ambientais são indesejadas e inaceitáveis. Além disso, é preciso comunicar que a lesão à natureza não é um comportamento lucrativo, muito pelo contrário, é necessário demonstrar que esse tipo de delito pode levar o delinquente à ruína financeira.

Para tanto, o afrouxamento das garantias individuais criadas para defender o indivíduo da sanha punitiva estatal é medida que se impõe, uma vez que o remédio de outrora, destinado à criminalidade clássica (individual) tornou-se em parte como um subterfúgio para o cometimento de ilegalidades que atingem a sociedade de maneira difusa.

Portanto, não é razoável, nem, tampouco eficiente, tratar da criminalidade difusa como se cuida da criminalidade de rua (individualizada), pois, caso contrário, o resultado será a impunibilidade e a sensação de que a ilicitude compensa.

4 CONCLUSÃO

O direito penal liberal pressupõe a lógica de respeito às liberdades e garantias individuais em face do Estado acusador. Ainda que de fato isso não tenha sido concretizado de maneira plena em nenhum lugar do mundo, é um paradigma para a atuação do Estado no âmbito penal.

Por outro lado, o que se vê é que o direito penal clássico tutela essencialmente interesses individuais (usualmente patrimoniais), relegando a segundo plano a proteção de bens jurídicos coletivos. Deste modo, na perspectiva do direito penal liberal, pessoas desprovidas de posses não têm seus interesses integralmente protegidos pelo Estado, salvo naquilo que se refere a seu próprio corpo.

Ocorre que os avanços democráticos verificados nas últimas décadas demonstraram que mesmo pessoas paupérrimas são tributárias de direitos - ainda que coletivos - e, por isso, carecem da proteção estatal.

É fato que as leis penais não podem favorecer qualquer classe em especial, antes devem proteger igualmente cada membro da sociedade. Ora, a igualdade formal não parece fazer sentido, pois não é lógico proteger o patrimônio daqueles que não têm propriedades. Portanto, é necessário pensar numa tutela penal igualitária no sentido de defender aquilo que pertence a todos, independentemente de sua condição econômica ou social.

Pensadores históricos reconheceram a maior lesividade nos crimes contra a coletividade e, por conseguinte, advogaram punições proporcionalmente mais severas aos delinquentes desta estirpe. Porém, o direito penal clássico parece ter ignorado tal premissa, prestigiando usualmente a tutela de bens jurídicos individuais.

A despeito disso é necessário alterar o paradigma do direito penal, haja vista que cumpre ao Estado moderno a priorização de medidas destinadas a garantir a máxima efetividade dos direitos e interesses coletivos.

É por esse motivo que a legislação penal vem passando por um inegável processo de expansão em todo o planeta, visto que novos bens jurídicos são reconhecidos como válidos e carentes de tutela pelo Estado.

Os defensores do chamado “direito penal mínimo” argumentam que esse processo de expansão - especialmente destinado à proteção de interesses coletivos - padece de

legitimidade, porquanto atua para combater perigos e promover sensação de segurança na sociedade.

Essas teses expansionistas são frequentemente rotuladas como demandas próprias da esquerda política, a qual outrora insurgia - e continua insurgindo - contra o direito penal clássico, individual e patrimonialista. Assim, para essa corrente ideológica os hipossuficientes são tributários da tutela penal, pois são titulares “reais” de bens jurídicos (individuais ou difusos).

Deste modo, ecologistas, feministas, pacifistas, movimentos antifascistas e associações ecologistas se mobilizam para reivindicar por uma tutela que jamais receberam, a saber, a proteção de interesses coletivos por meio do emprego do direito penal.

É por isso que os pilares do direito penal moderno precisam ser revistos, porquanto não é possível articular a tutela penal de bens jurídicos coletivos a partir de uma concepção individualista do sistema, usualmente calcada em uma resposta baseada na produção de um resultado ou perigo concreto.

Em suma, os bens jurídico-penais coletivos não podem ser tutelados da mesma forma que os individuais; ao contrário, devem ser objeto de tutela através de medidas próprias e específicas e protegidos na sua integralidade para as presentes e futuras gerações.

Deveras, a ideia da estrita proteção de bens jurídicos individuais não se sustenta diante das novas demandas da modernidade, especialmente aquelas ligadas à segurança coletiva, já que a coletividade pode e deve exigir o cumprimento das expectativas sociais consignadas no ordenamento jurídico positivo.

Posto isso, o funcionalismo sistêmico se credencia como teoria apta a explicar os objetivos do direito penal moderno, isto é, essa disciplina não se ocupa da bela porém demagógica atribuição de proteger estritamente bens jurídicos, mas visa a higidez do sistema do Direito e das expectativas sociais nele contidas.

Conforme apontado no corpo do trabalho, o funcionalismo sistêmico adota - como regra - a prevenção geral positiva como forma de reafirmação da norma por meio da imposição concreta da pena. Noutros termos, a norma é reafirmada quando a pessoa cumpre o preceito legal, bem como quando o infrator é sancionado de maneira contrafática.

Note-se que, embora seja fruto do estudo do funcionalismo sistêmico, a teoria do direito penal do inimigo possui uma lógica toda peculiar, ao menos no que tange à sanção penal. A reprimenda se baseia na ideia de inocuização - de segregação - do hostil, laborando mais com a tese de prevenção especial negativa como forma de garantia da segurança e paz coletivas. Busca-se, portanto, impedir que o delinquente reincida, não por meio da

ressocialização, mas sim pela “incapacitação” do agente criminoso.

A despeito dos frequentes equívocos acerca do tema - especialmente ligados a conotações totalitárias e/ou xenófobas - , é imperioso afirmar que o estudo do denominado direito penal do inimigo só faz sentido no contexto de um Estado Democrático de Direito, já que apenas existe cientificidade na aparente contradição das suas premissas.

Na perspectiva de Estados autoritários, a corrupção sistêmica praticada pela política sobre o Direito naturalmente levará o direito penal a se tornar arbitrário e a eleger como inimigo os opositores do soberano, inexistindo limites normativos que justifiquem o debate. Trata-se de um fluxo natural da tirania - muito embora indesejável - que não enseja grandes reflexões.

Ademais, não se pode deixar seduzir pela singela conclusão de que o direito penal do inimigo legitima cientificamente as ações arbitrárias de ditador. Para refutar essa tese basta ter em mente a noção histórica e empírica de que tiranos não precisam de um referencial teórico para justificar seus abusos, pois estes serão praticados de uma forma ou de outra.

Além disso, a teoria arquitetada por Jakobs é na maioria das vezes mal interpretada, pois imputa-se a ela a legitimação de situações absurdas tais como o emprego de tortura ou a supressão completa dos direitos processuais do acusado, hipóteses com as quais o autor jamais compactuou, haja vista que estas práticas atentam contra o Estado de Direito.

Muito embora Jakobs utilize termos como “inimigo” ou “não pessoa”, isso não significa que o delinquente dessa estirpe se encontra alijado do ordenamento jurídico e, portanto, desprovido de toda e qualquer garantia. Ao contrário, o inimigo pode tornar a ser tributável de todas as garantias, desde que abandone as práticas que atentam contra as mais preciosas expectativas da sociedade.

É importante reiterar que Jakobs defende que o inimigo mantém sua personalidade jurídica, devendo permanecer dentro do sistema do Direito para que possa reparar o mal que praticou e, com isso, reconciliar-se com a sociedade.

Vale destacar que Jakobs jamais advogou a tese de distinção baseada nas condições pessoais do delinquente, tais como origem, etnia, gênero, religião ou orientação sexual. Assim, práticas semelhantes aquelas perpetradas em Guantánamo ou leis semelhantes ao *Patriotic Act* não parecem encontrar lastro na teoria formulada pelo estudioso alemão.

O *Patriotic Act* estadunidense é de fato uma legislação excepcional, visto que solapa garantias e liberdades individuais de pessoas que não participaram da prática delitiva. Porém, essa legislação não pode ser classificada como direito penal do inimigo apenas por causa de sua rigidez ou drasticidade.

Não parece ser o caso. Uma lei criada para períodos de convulsão social não pode ser equiparada a nenhum tipo de legislação penal, já que esta pressupõe a prática de um fato típico, antijurídico e culpável para ser aplicada. O *Patriotic Act* - assim como o Estado de Sítio - restringe garantias individuais em momentos excepcionais, mas não exige que os destinatários dos efeitos dessa restrição sejam criminosos.

Além disso, ao menos no Brasil, toda e qualquer medida excepcional deve ser avaliada à luz da Constituição Federal. Com o direito penal do inimigo não é diferente. Uma vez extrapolados os limites constitucionais de um Estado Democrático de Direito a norma questionada deve ser declarada inconstitucional e, por conseguinte, invalidada.

Em outras palavras, o hostil desenhado por Jakobs nada tem a ver com aquele pensado por Schmitt, segundo o qual é definido a partir de uma decisão tomada pela liderança política (o *führer*), que rotula um povo alienígena ou uma etnia como inimigo. O inimigo em Jakobs é normativo, assim etiquetado previamente em lei a partir do seu comportamento indesejado. Trata-se de uma decisão política que, uma vez tomada dentro dos parâmetros democráticos, deve ser considerada válida.

Por isso é necessário afirmar categoricamente que o objeto do estudo de Jakobs se assenta exatamente na constatação de que o direito penal do inimigo existe em todas as democracias consolidadas do planeta e, por isso, indaga-se a legitimidade da adoção desse padrão. Aliás, questiona-se também quais são os limites da sua atuação no seio de uma sociedade democrática e pautada pelo Direito.

Em termos objetivos, o direito penal do inimigo não pode extrapolar os valores essenciais estabelecidos na Constituição Federal. Assim, não há que se cogitar o emprego de métodos de tortura para viabilizar a obtenção de provas. De igual forma, não se deve imaginar a imposição de uma pena sem o devido processo legal àquele que é etiquetado como hostil.

Noutra senda, há quem diga que o direito penal do inimigo não pode ser qualificado como “Direito”. Porém, o que se viu até aqui é que - ao menos na experiência brasileira - o tema encontra respaldo legal, inclusive com previsão constitucional. Assim, formalmente, o denominado “direito bélico” é Direito validamente aplicável.

Destarte, quando a Constituição Federal elenca um núcleo de crimes que demandam tratamento diferenciado - crimes hediondos e equiparados - ela está elegendo conteúdos próprios do direito penal do inimigo. Note-se que a especificação desses comportamentos ficou a cargo do legislador ordinário, tudo sob os auspícios da Carta Magna e do controle do Supremo Tribunal Federal.

Agora, considerando que a Constituição não é um texto estático e que carece ser

adaptado às novas realidades sociais que surgem de tempos em tempos, indaga-se: porventura é possível dispensar um tratamento diferenciado aos delinquentes que se dedicam a prática de crimes contra interesses coletivos? Existe alguma chance de se conceber um direito ambiental do inimigo?

A flagrante contraposição entre as novas técnicas delitivas (neocriminalidade) e os vetustos instrumentos punitivos certamente imporá a atualização do direito penal, especialmente para punir as fases preliminares do *iter criminis* e flexibilizar garantias processuais que inviabilizam o *jus puniendi* estatal.

É fato notório que a tutela do meio ambiente tem se tornado uma questão de sobrevivência do próprio Estado e, por isso, toda e qualquer ameaça a esse bem jurídico deve ser compreendido como uma forma severa de agressão às estruturas estatais e ao convívio coletivo.

Não se pode perder de vista o fato de que o Direito Penal é uma ferramenta de transformação social dos conflitos desviantes. Ele chama pra si a responsabilidade de consignar as expectativas sociais mais primárias e essenciais, de modo que o seu desrespeito importa numa significativa frustração acerca do ordenamento jurídico.

A despeito disso, para muitos estudiosos, o direito penal é uma das ferramentas de manutenção do *status quo*, sendo imprestável como força motriz de uma nova realidade social. Nessa perspectiva, uma mudança significativa só seria possível por meio de uma política pública lastreada no programa constitucional.

Trata-se de uma visão muito otimista da realidade, uma vez que não é possível esperar que a criminalidade organizada fique de joelhos diante de políticas públicas eficientes, dada a lucratividade dos empreendimentos criminosos da neocriminalidade.

Aliás, é importante que se diga que a implementação de políticas públicas e a criminalização severa de determinados comportamentos não são fatores excludentes, mas complementares. As políticas públicas servem para fomentar positivamente aquilo que é desejável - a manutenção saudável e sustentável do meio ambiente - ao passo que o direito penal comunica comportamentos indesejáveis à luz das expectativas sociais.

Some-se a isso o fato de a tutela penal de interesses coletivos resguardar direitos das camadas mais hipossuficientes da sociedade. Portanto, não se justifica o clichê da manutenção do *status quo*.

Ocorre que se aproxima o momento em que haverá uma confluência dos interesses coletivos (ambientais) com a conveniência do poder econômico.

No trabalho demonstrou-se que existe uma tendência global - especialmente por

parte da ONU e da EU - de se reprochar a aquisição e o comércio de produtos e serviços baseados na degradação do meio ambiente. Com isso, os setores econômicos e produtivos serão severamente impactados por essa nova postura das instituições multilaterais de governança mais poderosas do planeta.

Por conseguinte, uma vez instado a se comprometer com a agenda ambiental, o sistema econômico certamente se movimentará para minguar os prejuízos e agarrar as oportunidades advindas dessa nova temática global. Assim, não se pode desconsiderar o incremento do lobby dos grandes produtores que cumprem as diretrizes internacionais para eliminar a concorrência que descumpra tais regramentos.

Trata-se de mais uma forma de corrupção sistêmica realizada pelo sistema econômico em face do sistema do Direito.

É justamente por isso que se espera que a defesa do meio ambiente seja efetivamente ampliada. Na escolta dessa tendência não se pode olvidar o endurecimento das sanções penais, uma vez que as penas hoje aplicadas aos criminosos que destroem a natureza são, quando muito, apenas simbólicas.

Frise-se que a aplicação de medidas não encarceradoras como estratégia de flexibilização de garantias - tática própria dos crimes de segunda velocidade, segundo Silva Sánchez - tem se mostrado um método inglório de política criminal, visto que não tem redundado em efeito dissuasório relevante. Para o brasileiro médio existe uma turva noção sobre as condutas criminosas no âmbito criminal ambiental, o que comprova a ineficiência comunicativa do modelo eleito.

Ademais, a vasta gama de medidas processuais despenalizadoras e a possibilidade de substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos imprime na população a sensação que o ilícito penal ambiental não implica em uma resposta estatal séria e firme.

Há quem pregue o abolicionismo penal ambiental, dada a hipocrisia e a ineficiência do modelo, haja vista que em muito se assemelha ao direito administrativo e dele depende para delimitar condutas criminosas.

Ocorre que, no Brasil, as teses abolicionistas enfrentam um óbice gigantesco, a começar da própria Constituição Federal, a qual estabeleceu em seu art. 225, §3º, um mandado de criminalização.

A despeito das posições abolicionistas, a proteção do meio ambiente deve constituir um dos princípios organizacionais fundamentais de nossa civilização contemporânea, visto que se trata de um valor tutelado constitucionalmente. Portanto, o repúdio simbólico de

comportamentos atentatórios ao meio ambiente é um contrassenso e deve ser evitado para que haja coerência sistêmica.

Com efeito, cabe aos operadores do Direito depurar se todas as condutas descritas na Lei n. 9.605/98 carecem ser criminalizadas e se as penas cominadas aos delitos mais relevantes são realmente adequadas.

Crê-se que cedo ou tarde o direito penal seja acionado para reforçar a tutela do meio ambiente, dada a emergência climática e os seus efeitos deletérios sobre a economia e as relações internacionais.

Assim, em pleno século XXI é preciso evitar a desmedida e desproporcional tutela de bens jurídicos individuais e, ao mesmo tempo, pensar em mecanismos mais duros e eficazes para investigar e punir comportamentos que atentam contra interesses coletivos que sequer podem ser mensurados em termos financeiros ou sociais.

Assim, o incremento do rigor penal é uma hipótese que não pode ser descartada, uma vez que o direito penal ambiental já existe, mas, deveras, não produz o efeito dissuasório desejado. Daí se cogitar a articulação de um direito penal ambiental do inimigo com regras que antecipem a ação estatal e permitam a aniquilação da criminalidade dessa estirpe.

Como é sabido, o direito penal “clássico” tende a se dedicar à proteção de bens jurídicos individuais e é, ao menos em tese, garantista. Por outro lado, um novo direito penal coletivo está sendo gestado, na medida que se tem a consciência de que os efeitos de um crime contra a coletividade são significativamente mais graves e danosos para a sociedade. Noutros termos, o direito penal coletivo não cabe na moldura estabelecida pelo direito penal liberal de índole individualista.

É por isso que se pondera a coexistência de dois ou mais direitos penais distintos. De um lado sanções penais mais leves, de outro, reprimendas severas. Some-se a isso um tratamento mais ou menos garantista, a depender da modalidade de infração praticada.

Não se trata, a toda evidência, de um direito penal nos moldes “Schmittianos” - voltado ao extermínio de um inimigo político - , mas sim de uma estratégia que atinja o delinquente (inclusive financeiramente) - de modo a inviabilizar a continuidade delitiva - e que puna com mais rigor - mediante a aplicação de penas privativas de liberdade aqueles que atentam contra o meio ambiente.

É imperioso difundir a consciência de que os crimes de índole coletiva são infinitamente mais nocivos e duradouros do que aqueles encapsulados no rol de crimes clássicos, os quais usualmente exigem a concretização de um resultado para se consumarem.

Por exemplo, uma queimada provocada por um indivíduo - ainda que sem

objetivo de lucro - pode atingir gravemente uma comunidade (tome-se como exemplo as queimadas criminosas praticadas no Brasil em agosto de 2024). Com isso, várias crianças daquela região poderão adoecer e, por conseguinte, demandar os serviços de saúde pública. Ademais, as casas alcançadas pelas fuligens precisarão ser lavadas com os escassos recursos hídricos de algumas regiões.

Não é demais reiterar que Jakobs não defende a aplicação irrestrita do direito penal do inimigo, ao contrário, o estudioso alemão ressalta a necessidade de delimitar as suas margens e apontar em quais situações deve ser empregado para que não contamine outros ramos do direito penal comum (do cidadão).

Aliás, aquilo que Jakobs imagina como direito penal do inimigo está muito aquém daquilo que usualmente se pratica no cotidiano dos países da América Latina. Daí que a equiparação da tese de Jakobs com o direito penal nazista é digna de zombaria. Não há simetria entre elas além da etiqueta de “inimigo”, uma vez que Jakobs labora com uma análise normativa em um Estado Democrático de Direito.

Sublinhe-se que é ingênua a ideia de que direito penal do inimigo inexistente no Brasil, haja vista que inúmeras leis ostentam características próprias daquele. As Leis n. 8.072/90 (Lei de Crimes Hediondos), 11.340/06 (Lei Maria da Penha), 11.343/06 (Lei de Drogas), 12.850/13 (Lei de Organização Criminosa) entre outras são exemplos cristalinos de direito penal do inimigo.

O que se percebe através desses exemplos é que o tratamento diferenciado é uma opção normativa e não um acontecimento natural. Cabe ao legislador filtrar e rotular os comportamentos considerados indesejáveis e, a partir daí, estabelecer um regramento capaz de comunicar à coletividade aquilo que é intolerável do ponto de vista das expectativas sociais.

Não se questiona, por exemplo, o fato de a Lei Maria da Penha inviabilizar toda e qualquer forma de justiça negociada para aquele que agride ou ameaça uma mulher no contexto doméstico ou familiar. Nessa linha, o agressor será invariavelmente condenado ao cumprimento de uma pena privativa de liberdade, caso exista a mínima prova de autoria e de materialidade.

Assim, muito embora a Lei n. 11.340/06 possua várias nuances de direito penal do inimigo, não se questiona nos tribunais a flexibilização de garantias (tais como o direito à igualdade) nesse tipo de delito.

Igualmente não se questiona a inviabilização ou embaraçamento da concessão de benefícios da execução àquele que foi condenado pela prática de crimes hediondos.

Em síntese, a eleição de inimigos nos termos de Jakobs é um processo normativo

e não político (na perspectiva Schmittiana), de modo que o Estado se volta mais fortemente e de maneira diferenciada contra aqueles que praticam comportamentos indesejáveis. Para tanto, é óbvio que o Poder Legislativo carece do apoio da população para implementar medidas mais firmes contra uma determinada criminalidade e isso certamente será objeto do clamor da sociedade em algum momento.

Repise-se que a flexibilização de garantias nem de longe esbarra na ideia extrema de supressão de garantias. Aliás, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, como legítimo guardião da Constituição Federal, expurgou diversos dispositivos legais do ordenamento jurídico que não coadunavam com o Estado Democrático de Direito. São exemplos disso a declaração da inconstitucionalidade do regime integral fechado na Lei n. 8.072/90, bem como da inafiançabilidade de alguns crimes previstos no Código de Trânsito Brasileiro.

Em suma, a relativização de garantias não é irrestrita, haja vista que a Constituição estabelece limites ao direito penal do inimigo, muito embora o reconheça e o promova em seu texto. Não é demais rememorar que a própria Carta Magna enumera uma série de ilícitos penais que devem receber tratamento diferenciado.

É preciso sublinhar que nem mesmo Jakobs defende a supressão completa de garantias. No entanto, Jakobs sugere que o Estado promova a exata distinção entre o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo para que este não contamine aquele e, assim, sobressaia o Estado Democrático de Direito.

Essa posição não afasta a função legitimadora do processo penal democrático, já que as garantias basilares são mantidas, porém, o Estado inibe a concessão de benefícios e facilidades àqueles que atentam contra valores inegociáveis da sociedade.

Assim, por ser um bem jurídico consagrado constitucionalmente, o meio ambiente carece ser tutelado de maneira efetiva e não pode ser relegado a um patamar de proteção próprio do denominado “direito penal simbólico”, o qual sequer cumpre o seu dever de comunicar comportamentos indesejáveis à sociedade.

Nessa toada, não se pode afiançar a proteção deficiente do Estado, muito pelo contrário, o direito penal, como instrumento de preservação sistêmica, deve contribuir para que o regramento ambiental seja estabelecido e que cada indivíduo cumpra o seu papel social no sentido de que as expectativas da coletividade sejam atendidas por meio do Direito.

Por óbvio, entre as vozes contrárias ao endurecimento da resposta criminal fala-se que o direito penal do inimigo pode provocar efeitos colaterais indesejados e que, por isso, deve ser evitado. No entanto, quando se olha para a realidade da vida contemporânea é possível apontar os acertos das legislações que estabeleceram um inimigo como foco de sua ação.

Por óbvio, uma Lei e os seus mecanismos de controle social não são suficientes para coibir todos os ímpetos criminosos. Imaginar que o contrário é possível é um raciocínio pueril.

No entanto, o Direito, associado aos demais instrumentos de controle social, deve contribuir para a diminuição dos casos de agressão contra mulher e, também, reforçar o repúdio a tais comportamentos.

Na esfera ambiental não deve ser diferente.

A manutenção do direito penal ambiental do modo que está é um estímulo à prática de crimes contra a natureza, porquanto o aviltamento do bem jurídico supostamente tutelado está plasmado no texto da própria lei ambiental, uma vez que delinquente dificilmente será punido com pena privativa de liberdade. Do modo que se apresenta, a lei jamais produzirá um efeito contrafático ao ilícito, sendo, portanto, inviabilizado o processo de reafirmação do império da norma, do Direito.

Não se descuida aqui da necessidade de limitação do direito penal do inimigo, o qual jamais pode ter uma atuação irrestrita. Daí o acerto do alerta de Jakobs no sentido de bem caracterizar o direito penal do cidadão, voltado à criminalidade clássica (de índole individual), e o direito penal do inimigo, destinado à neocriminalidade (de índole coletiva), que solapa as bases de funcionamento do Estado.

A rigor, criminalidade comum, de rua, não deve receber a resposta estatal própria do direito penal do inimigo, sob pena de banalizar o recurso de hostilização daquele que atenta contra os valores mais caros de uma sociedade.

No entanto, cedo ou tarde, os efeitos provocados pelas mudanças climáticas servirão como combustível para a pressão popular - bem como dos setores que lucram com a “economia verde” - em defesa do meio ambiente sadio.

O Brasil apresenta potencialidades econômicas “verdes” ainda quase inexploradas, como o uso econômico da biodiversidade, a reciclagem e a geração de energia a partir do lixo, o aproveitamento de fontes de energia limpa, como a eólica e a solar, entre outras. Estas potencialidades mereceriam especial atenção e estímulo no caminho para uma economia ambientalmente mais amigável.

A experiência mostra que a sociedade de risco é implacável diante dos problemas que lhe provocam insegurança. Destarte, desejando ou não uma resposta penal mais rigorosa, o certo é que o legislador - brasileiro ou estrangeiro - responderá ao clamor social com estruturação de um direito penal ambiental mais vigoroso, de modo a estigmatizar aquele que atenta contra o meio ambiente.

Noutros termos, uma política educacional voltada à preservação da natureza deve ser implementada, voltada especialmente à construção de projetos sustentáveis de desenvolvimento. Contudo, não se deve imaginar que um problema tão complexo possa ser enfrentado em uma única frente.

Por isso, o direito penal deve dar a sua parcela de contribuição à preservação do meio ambiente, no sentido de combater comportamentos destrutivos da natureza por meio de uma comunicação contrafática em face daqueles que não são alcançados por outros instrumentos de controle social.

Assim, a reafirmação da norma e a hostilização efetiva de um comportamento deletério à comunidade deve ser buscada para o atingimento dos fins protetivos entabulados na Constituição Federal, de modo que o meio ambiente seja preservado para a presente e para as futuras gerações.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **Direito de propriedade e meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 1999.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito processual penal coletivo: a tutela penal dos bens jurídicos coletivos: direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2014.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BEZERRA, Jorge Luiz. **Meio ambiente, política criminal e criminologia: reflexões sobre qualidade de vida e a violência nas metrópoles**. São Paulo: Ícone, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 24. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo**. 15. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2018.

BORGES, F. H.; TACHIBANA, W. K.. A evolução da preocupação ambiental e seus reflexos no ambiente dos negócios: uma abordagem histórica. In: XXV Encontro Nac. de Eng. de Produção, 1. 2005, Porto Alegre-RS. **Anais do ENEGEP**, 2005. p. 5235-5242.

BRANCO, B. C. T. C.; TANGERINO, D. P. C. O perigo da imprópria universalização da dogmática penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais. v. 117., p. 51-89, 2015.

CACICEDO, Patrick. **Pena e funcionalismo: uma análise crítica da prevenção geral positiva**. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

CALLEGARI, A. L.; MOTTA, C. R. Estado e política criminal: a contaminação do direito penal ordinário pelo direito penal do inimigo ou a terceira velocidade do direito penal. **Revista dos Tribunais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 867, p. 453-469, 2008.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema penal e política criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 4.

CARDOSO, Arthur Renato Albeche. A degradação ambiental e seus valores econômicos associados: uma proposta modificada. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre. v.1. n. 45. 2001. 279-298.

CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura: a crise da democracia liberal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CASTRO, Narciso Alvarenga Monteiro de. **Política criminal contemporânea e a questão do direito penal do inimigo**. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2010.

COSTA, F. O. Aquém da paz e além da guerra: uma análise jurídica e sociológica do direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 94, p. 57-85, 2012.

CRESPO, Eduardo Demetrio. O “direito penal do inimigo” darf nicht sein!: sobre a ilegitimidade do chamado “direito penal do inimigo” e a ideia de segurança. **Ciências Penais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 4, p. 122-152, 2006.

CRETELLA NETO, José. **Curso de direito internacional penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DARCIE, S. D. “Processo penal do inimigo”: elementos para a compreensão de sua estrutura e metodologia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais. v. 149, p. 259-298, 2018.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **A política criminal na encruzilhada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

FASSIN, Didier. **Punir: uma paixão contemporânea**. Belo Horizonte: editora Âyiné, 2021.

FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 4. ed. São Paulo Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- FERRI, Enrico. **Princípios de direito criminal**: o criminoso e o crime. Campinas: Russell Editores, 2009.
- FONSECA, Pedro H. C. **Funcionalismo e finalismo**: filosofia e estrutura. 2. ed. - Indaiatuba: Editora Foco, 2021.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.
- FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva**: curso no Collège de France (1972-1973). São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.
- FRYDMAN, Benoit. **O fim do estado de direito**: governar por standards e indicadores. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. Tradução: Mara Beatriz Krug.
- GONÇALVES, Guilherme Leite. **Teoria dos sistemas sociais**: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann, 1. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais. v. 56, p. 80-112, 2005.
- GRECO, Rogério. **Sistema prisional**: colapso atual e soluções alternativas. 3ª. ed. Niterói: Impetus, 2016.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017. v. 1.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental**. São Paulo: Atlas, 2009.
- HARARI, Yuval Noah. **21 lições para o século 21**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018
- HASSEMER, Winfried. História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 6, p. 36-71, 1994.
- HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais. v. 8, p. 41-51, 1994 B.
- HASSEMER, Winfried. A preservação do ambiente através do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 22, Abr-Jun, p. 27-35, 1998.
- HASSEMER, Winfried. **Introdução aos fundamentos do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2005.
- HASSEMER, Winfried. Límites del estado de derecho para el combate contra la criminalidade organizada tesis e razones. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 7, p. 1015-1022, 2010.

HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de Direito. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, Revista dos Tribunais. v. 1, p. 277-297, 2010 B.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2012.

JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional**. Madrid: Civitas, 1996.

JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa: teoria de um direito penal funcional**. Barueri: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther. **Uma teoria da obrigação jurídica**. Barueri: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther. **Teoria e prática da intervenção**. Barueri: Manole, 2003.

JAKOBS, Günther. **A imputação objetiva no direito penal**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2020.

KANT, Immanuel. **À paz perpétua: um projeto filosófico**. Petrópolis: Vozes, 2020.

KLEIN, Stefan. Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral. **Tempo social**, Revista de sociologia da USP. v. 29, p. 349-367, 2016.

KURKOWSKI, R. S. **Crime de maus tratos contra cães e gatos: ANPP e proibição da guarda**. Disponível em: < <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/11/23/crime-de-maus-tratos-contr-caes-e-gatos-anpp-e-proibicao-da-guarda/#:~:text=O%20artigo%2032%2C%20%A7%201%2C%20BA,recus%20o%20e%20proibi%C3%A7%C3%A3o%20da%20guarda> >

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Campinas: Russell Editores, 2003.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil**. Petrópolis: Vozes, 2019.

LOPES, C. R.; OTAVIANO, L. R. T. Constatações e considerações sobre o conceito de inimigo no direito penal contemporâneo. **Ciências Penais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 14, p. 107-116, 2011.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2016.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **O manifesto comunista**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022.

MELO, Valber. **Colaboração premiada: aspectos controvertidos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MIRANDA, M. P. S. **Primeiras reflexões sobre acordo de não persecução penal em crimes ambientais**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-fev-15/ambiente-juridico-primeira-reflexoes-acordo-nao-persecucao-penal-crimes-ambientais> >. Acesso em: 26 mai. 2022.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, V. B. Concepções iusfilosóficas do direito penal do inimigo: uma análise sobre os fundamentos da teoria de Günther Jakobs. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 74, p. 9-34, 2008.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Direito penal do inimigo**. Curitiba: Juruá, 2012.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A genealogia da moral**. São Paulo: Lafonte, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal: parte geral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1.

NUVOLONE, Pietro. **O sistema do direito penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1981.

ONU BR – NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL – ONU BR. **A Agenda 2030**. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 22 dezembro 2023.

PAÑARANDA RAMOS, Enrique; GONZÁLEZ, Carlos Suárez; MELIÁ, Manuel Cancio. **Um novo sistema de direito penal: considerações sobre a teoria da imputação objetiva de Günther Jakobs**. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

PINTO, Carlos Eduardo Ferreira. A mercantilização do meio ambiente. **MPMG Jurídico**, Revista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. v. 1., p. 70-75, 2011.

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

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro: parte geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 1.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, Revista dos Tribunais. v. 2., p. 915-927, 2010.

RAMOS, S. P. Sistema criminal e direito penal do inimigo: uma análise crítica do conceito de inimigo aplicado à realidade brasileira. **Revista dos tribunais**, Revista dos Tribunais. v. 1007, p. 207-225, 2019.

RODRIGUES, Ricardo de Carvalho. **Humanização das ideias penais?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: princípios do direito político**. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2015.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

SACCARO JUNIOR, N. L. A conexão entre crise econômica e crise ambiental no Brasil. **Boletim regional, urbano e ambiental**, IPEA, São Paulo, v. 1, n. 13, p. 27-31, 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Novos estudos**. n. 79, novembro 2007.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (delação) premiada**. 2. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Edições 70: Lisboa, 1963.

SILVA, Kelly Cardoso da. **Direito Penal do Inimigo: Aspectos jusfilosóficos e normativos**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Marías. **A expansão do direito penal aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TINÔCO, Antônio Luiz. **Código criminal do Império do Brasil anotado**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2008/99/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32008L0099>> Acesso em: 22 dez. 2023.

UNIÃO EUROPÉIA. Regulamento de desflorestação (UE) n. 0109/2023 da Comissão, de 19 de abril de 2023, que revoga o Regulamento (UE) n.º 995/2010, relativo à proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à disponibilização no mercado da União e à exportação para fora da União de determinados produtos de base e produtos derivados associados à desflorestação e à degradação florestal.

VALE, Ionilton Pereira do. O direito penal do inimigo: fundamentos filosóficos e sistêmicos. **Revista dos Tribunais**, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 909, p. 165-186, 2011.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. **Direito penal do inimigo e o terrorismo**: progresso ao retrocesso. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016.

VALIM, Rafael. **Estado de exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

VELO, J. T. O problema da fundamentação do direito penal do inimigo. **Revista dos Tribunais**, Revista dos Tribunais. v. 894, p. 349-400, 2010.

VOLTAIRE. **O preço da justiça**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.