



ISSN: 2595-1661

ARTIGO

Listas de conteúdos disponíveis em [Portal de Periódicos CAPES](http://portal.periodicos.capes.gov.br)

Revista JRG de Estudos Acadêmicos

Página da revista:

<https://revistajrg.com/index.php/jrg>



Levando o direito penal a sério: a institucionalização do medo como combustível para uma ilegítima expansão e transformação da norma penal

Taking criminal law seriously: the institutionalization of fear as fuel for an illegitimate expansion and transformation of criminal norms

DOI: 10.55892/jrg.v8i19.2684

ARK: 57118/JRG.v8i19.2684

Recebido: 09/11/2025 | Aceito: 16/11/2025 | Publicado on-line: 17/11/2025

Júlio César Maggio Stürmer¹

<https://orcid.org/0009-0000-8517-3063>

<http://lattes.cnpq.br/2833033258415078>

Unisinos, RS, Brasil

E-mail: juliosturmer@gmail.com

Cláudio Rogério Sousa Lira²

<https://orcid.org/0009-0001-2613-8046>

<http://lattes.cnpq.br/3164053514411563>

Unisinos, RS, Brasil

E-mail: crlira@mp.rs.gov.br

Fernando Tonet³

<https://orcid.org/0000-0001-6577-7476>

<http://lattes.cnpq.br/0661346004702683>

Unisinos, RS, Brasil

E-mail: fernando.tonet@hotmail.com



Resumo

O presente artigo analisa o medo como gerador da sensação de insegurança em tempos de sociedade pós-moderna, sobretudo essa institucionalização do medo como agente propulsor de reclamos populares e de uma legitimação da expansão do Direito Penal. Em um primeiro momento, demonstra-se que o medo sentido, em regra, não pode ser justificado, por dados concretos, como resultado diretamente proporcional ao efetivo aumento da criminalidade, uma vez que os números dos crimes praticados se matem estáveis e, em determinados casos, há até diminuição nos últimos anos. Em um segundo momento, serão abordados alguns fatores que estão por trás da geração ou da contribuição para o sentimento de insegurança, como a política e a mídia, como é o caso dos discursos contra o terrorismo e contra a imigração. Por fim, é destacada a necessidade de pensar o Direito Penal como ultima ratio, retomando o paradigma da funcionalidade do Direito Penal. Em conclusão, destaca-se o risco do processo de expansão atual do Direito Penal, fundado em um medo produzido por diversos fatores (que não o aumento efetivo da criminalidade), e que tem servido para enfrentar questões sociais que deveriam passar longe do Direito Penal.

¹ Doutor em Direito – Unisinos.

² Doutor em Direito – Unisinos.

³ Doutor em Direito – Unisinos.

Palavras-chave: Direito Penal; Expansão; Medo; Pós-moderno; Ultima Ratio

Abstract

This article analyzes fear as a generator of the feeling of insecurity in postmodern society, particularly its institutionalization as a driving force behind popular demands and the legitimization of the expansion of Criminal Law. Initially, it is demonstrated that the fear experienced is, as a rule, not justifiable by concrete data, as it does not directly correlate with an actual increase in crime rates since crime statistics have remained stable and, in some cases, have even decreased in recent years. Subsequently, the article addresses several factors contributing to the feeling of insecurity, such as politics and the media, exemplified by discourses against terrorism and immigration. Finally, the need to conceive Criminal Law as a measure of last resort (ultima ratio) is emphasized, reaffirming the paradigm of its functional role. In conclusion, the article highlights the risks of the current expansion process of Criminal Law, which is based on fear produced by various factors (other than the actual rise in crime), and which has been used to address social issues that should lie outside the scope of criminal legislation.

Keywords: Criminal Law; Expansion; Fear; Postmodern; Ultima Ratio

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo pretende debater o medo como fundamento para a expansão do Direito Penal. Em tempos de pós-modernidade ganha força a cultura da “institucionalização do medo”. Para dar conta desse fenômeno social que marca o dia-a-dia da maioria dos Estados, o Direito Penal cada vez mais é “acionado” para resolver os problemas gerados pelo medo, passando a ser visto como a panaceia para assegurar a paz à sociedade.

A partir do tema proposto, pode-se, inicialmente, questionar se este medo é real ou justificado/legitimado pelos fatos/dados? Também se faz necessário esclarecer se o controle do medo é tarefa do Direito Penal? É claro que todas as perguntas – e suas respostas – apresentam estreita relação, mas elas serão analisadas em separado, para melhor compreensão.

Para responder a primeira pergunta, buscam-se evidenciar estudos realizados em diversos países sobre a dicotomia medo *versus* criminalidade, nos quais há uma indicação de que a sensação de insegurança, na maioria das vezes, não guarda qualquer relação com a criminalidade real. Por isso já se pode antecipar a resposta da segunda pergunta, que deve ser respondida de forma negativa, quando serão apresentados os motivos que justificam pensar sempre o Direito Penal como *ultima ratio*.

Ainda, imperativo que sejam analisados e identificados quais os fatores que contribuem para este constante crescimento do medo e da sensação de insegurança. Nesse particular destacam-se a globalização, a mídia de massa, a política, etc., todos ao seu modo contribuindo para o fenômeno da institucionalização do medo e, por consequência, para uma ilegítima expansão do Direito Penal. É importante registrar que embora se defenda um emprego irracional da norma penal como instrumento de controle do medo, não se quer, com isso, sustentar descriminalizações de condutas ou algo dessa natureza. Pelo contrário, trata-se, para falar em uma linguagem da Crítica Hermenêutica do Direito, “levar a sério o Direito Penal”. Para isso, é preciso compreender que a norma penal não pode ser objetificada como instrumento político provocada por essa indevida expansão.



Assim, o objetivo deste texto é lançar uma discussão fundada em reflexões sobre a atual situação da finalidade do Direito Penal, tendo sempre presente que a escolha pelo caminho incorreto pode conduzir o Direito Penal a ineficácia e a consequente perda de sua credibilidade, a partir de uma inflação legislativa que deságua no simbolismo da lei penal.

2. A crescente sensação de insegurança é justificada?

O medo é um risco, isto é, uma probabilidade de acontecer alguma coisa ruim. Esse risco pode ser gerado por fatores alheios à humanidade ou por condutas praticadas pelo homem. A etimologia do termo risco remete à situação de perigo ou de possibilidade de perigo. De acordo com De Giorgi⁴, o risco não faz parte da “*condição existencial do homem*”, nem tampouco está inserto em uma “categoria ontológica” da sociedade moderna. O risco, refere esse autor, é “*uma modalidade da relação com o futuro: é uma forma de determinação das indeterminações segundo a diferença de probabilidade/improbabilidade*”⁵. A verdade é que os riscos sempre estiveram presentes nas sociedades. Ainda que suas formas apresentassem distinções, os riscos perpassaram as sociedades antiga, média e moderna, além de se fazerem presentes na sociedade contemporânea, de inúmeras maneiras. Ulrich Beck⁶, por exemplo, adverte que os tempos atuais continuam sendo marcados pelos riscos, mas, diferentemente daquela época, em que os riscos eram sentidos de forma sensitiva – cheiro, olhar, etc. –, os perigos “*civilizatórios atuais tipicamente escapam à percepção, ficando pé, sobretudo na esfera das fórmulas físico-químicas (por exemplos toxinas nos alimentos ou ameaça nuclear)*”. Segundo esse autor, a sociedade pós-moderna expressa “*a acumulação de riscos – ecológicos, financeiros, militares, terroristas, bioquímicos, informacionais –, que têm uma presença esmagadora hoje em nosso mundo*”⁷.

Não é à toa que Zygmunt Bauman⁸ trata do denominado “medo líquido” como um fenômeno que permeia a sociedade moderna de incertezas, na medida em que “viver num mundo líquido-moderno conhecido por admitir apenas uma certeza – a de que amanhã não pode ser, não deve ser, não será como hoje – significa um ensaio diário de desaparecimento, sumiço, extinção e morte”. Essa constatação leva à indagação: o que está por trás dessa sensação que, certamente, não surge do nada? Esse é o assunto que será abordado a seguir.

Evidentemente, a insegurança social (medo) se insere em um problema da pós-modernidade e tem desafiado a produção de normas penais específicas para “tratar” desde ameaças ambientais, radiativas, etc., peculiares de sociedades desenvolvidas, até chegar ao desencadeamento de atividade legislativa para a produção de norma penal destinada ao “combate” de perigos sociais, como delitos de furto, roubo, tráfico de drogas, etc., esses criminologicamente mais ligados às populações periféricas, em que o Estado do Bem-estar Social (*Welfare State*) ainda não se implementou.

O fato é que há um processo de disseminação da insegurança – risco (medo) – particularmente gerado pela pressão popular e pela atividade da mídia em geral, creditando no Direito Penal a correções de eventuais distorções sociais.

⁴ DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 197.

⁵ DE GIORGI, Raffaele. *op. cit.*, p.173-175.

⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade do risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 26.

⁷ BECK, Ulrich. *op. cit.*, 2010, p. 361.

⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 12-13.



A sensação de insegurança é um problema da maioria das sociedades, sobretudo aquelas nas quais as promessas do Estado Social ainda não se efetivaram. Esse medo vem servindo de fundamento para justificar e legitimar a expansão penal, isto é, a criação de novos tipos penais e o incremento de penas como maneira de resolver as questões de insegurança social. Traduzindo em uma linguagem mais precisa, a norma penal passa ser a resposta ao sentimento do medo institucionalizado. Mas será que esse sentimento de medo encontra respaldo em dados concretos? Caso a resposta seja negativa, o uso de normas penais como ferramenta de controle das distorções sociais perderá o seu fator de legitimação, seu fundamento e sua justificativa.

Na obra *Sistema Penal e Política Criminal*, Callegari e Wermuth destacam como uma das características mais marcantes da sociedade globalizada a presença de um “sentimento vago e ubíquo de medo e de insegurança”, despertando uma no Estado uma “intervenção penal, eleita como instrumento privilegiado de enfrentamento do problema”. No dizer desses autores, “o Direito Penal novamente é visto como o único instrumento eficaz de psicologia político-social, como mecanismo de socialização e de civilização. Como consequência, verifica-se a incontida expansão do seu âmbito de incidência”⁹.

Não é difícil aceitar que a sociedade atual vive em constantes sobressaltos. A “sensação” de insegurança traz a ideia de que a cada dia cresce a possibilidade do indivíduo comum ser vítima de um ilícito grave. É praticamente uma fatalidade. São vários os fatores que produzem essa “sensação” – alguns serão vistos no decorrer do artigo. Estranhamente, na maioria das vezes, tal sensação não se justifica com base nos indicadores de criminalidade. O medo, por fatores outros que não o efetivo aumento da criminalidade, passa a ser elemento presente na experiência cotidiana de vida e também nos discursos políticos.

Para Cornelli¹⁰ “no siempre los resultados, sobre todo en los casos de mayor rigor metodológico de las técnicas de investigación, han dado apoyo a la opinión común acerca del progresivo aumento del estado de alarma de las personas”. O medo do crime, refere Cornelli, muitas vezes encontra ligação muito mais profunda com a crise do desenvolvimento econômico, social e humano, bem como na ausência de um projeto alternativo¹¹. Fazendo uma análise sobre o “alarme da criminalidad” em países ocidentais, destaca o autor que, entre 1974-1975, ocorreu uma intensa campanha de difusão do fenômeno criminal, com reclamos de maior firmeza em fatos emergentes, como terrorismo e a criminalidade organizada¹². Com o alarme, os dados científicos pouco importavam, uma vez que o temor e o aumento das taxas eram autoevidentes, sem a necessidade de verificação ou dúvidas¹³.

Há um paradoxo entre a realidade e a representação que os cidadãos têm da criminalidade, pois não se pode apontar para “una contraposición entre la ciencia y el sentido común, al menos por dos motivos: ante todo, porque sólo algunas investigaciones – generalmente las más rigurosas desde el punto de vista metodológico – contrastan con la visión dominante; mientras otras, mucho más numerosas y utilizables – comúnmente comisionadas por periódicos, partidos, entes locales, comités –, la refuerzan”¹⁴. No entender desse autor, se se prestar maior atenção, o conteúdo informativo das ciências não contrasta com o sentido comum,

⁹ CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema Penal e Política Criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 09.

¹⁰ CORNELLI, Roberto. *Miedo, Criminalidad y Orden*. Buenos Aires: B de F, 2012, p. 03.

¹¹ CORNELLI, Roberto. *op. cit.*, 2012, p. 07.

¹² CORNELLI, Roberto. *op. cit.*, 2012, p. 15.

¹³ CORNELLI, Roberto. *op. cit.*, 2012, p. 30.

¹⁴ CORNELLI, Roberto. *op. cit.*, 2012, p. 66.



pois essas investigações, de fato, se dirigem principalmente ao sistema político-institucional, não tanto para revelar “falsas crenças” fundadas sobre dados científicos – “lo que, considerando mejor, sería un poco como “marcar un gol en contra”, revelando el carácter “relativo” del conocimiento criminológico -, sino para suministrarle una base cognoscitiva sobre la cual articular discursos y políticas¹⁵.

O que Cornelli quer dizer é que as conclusões, que são as mais lidas e sobre as quais frequentemente se constroi a mensagem informativa dirigida aos políticos e à mídia de massa, contêm reclamos destinados ao senso comum, às vezes, inclusive, em contraposição com os dados revelados nas partes descritivas¹⁶.

Percebe-se que as pesquisas sérias e imparciais são mal utilizadas por interesses outros que não o de trazer à população a verdadeira situação. Alguns preferem “produzir” seus próprios dados, mediante encomenda. Senderey¹⁷ ressalta que a mídia possui como maior ambição a venda de notícias, e para cumprir com este objetivo as notícias são muitas vezes produzidas, sem grande apego à realidade. Outros produtores de notícias dão ênfase apenas parcial à pesquisa, muitas vezes não aos dados, mas as mensagens conclusivas destinadas aos políticos. O fato é que se cria, mediante um discurso carregado de falsa legitimação, um sentimento generalizado de crise da segurança pública.

Outro autor que trata com maestria sobre o tema é José Luis Díez Ripollés. Em seu livro *La política criminal en la encrucijada*, aborda a questão da Espanha no que se refere à forma como a política criminal vem sendo tratada, sobretudo por que tema da criminalidade tem atingido na Espanha, na maioria das vezes com a justificativa de que o país apresenta situação grave entre os países da Europa¹⁸.

Entretanto, Díez Ripollés demonstra que, em realidade, a situação criminal na Espanha, no mínimo, manteve-se estável nas últimas décadas, muitas vezes com índices muito inferiores aos demais grandes países da União Europeia. No item taxa de criminalidade geral, Ripollés demonstra, por meio de gráfico e com dados estatísticos, que a Espanha vem depois de todos os grandes países europeus¹⁹. Apenas em relação aos delitos patrimoniais ocorreu um efetivo incremento na criminalidade espanhola.

Na sua análise, Ripollés²⁰ conclui que, “de acuerdo con los datos comparados disponibles, no es correcto afirmar que España sea un país con delincuencia elevada, más bien procede la afirmación contraria, estamos ante uno de los países europeos con menores tasas de criminalidad en general – con la salvedad de los robos violentos – en particular”. O autor demonstra também como as notícias sobre a delinquência e a preocupação pelo delito cresceram nos anos 2001, 2002 e 2003, embora a taxa de criminalidade tenha se mantido estável no mesmo período. Além disso, apesar das baixas taxas de criminalidade, nos últimos anos ocorreu um aumento dos encarceramentos²¹. Outra questão desmitificada por Ripollés é a questão da relação imigração *versus* criminalidade. Para Ripollés, os níveis de delinquência existentes na Espanha não podem ser explicados pela presença de estrangeiros, uma vez que a participação deles em delitos e seu número na prisão não apresentam alteração significativa desde 1997²².

¹⁵ CORNELLI, Roberto. *op. cit.*, 2012, p. 6. 66.

¹⁶ CORNELLI, Roberto. *op. cit.*, 2012, p. 6. 67.

¹⁷ SENDEREY, Israel Drapkin. **Imprensa e criminalidade**. Tradução de Ester Kosovski. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1983, p. 39.

¹⁸ DíEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: B de F, 2007, p. 5.

¹⁹ DíEZ RIPOLLÉS, José Luis. *op. cit.*, 2007, p. 5.

²⁰ DíEZ RIPOLLÉS, José Luis. *op. cit.*, 2007, p. 8.

²¹ DíEZ RIPOLLÉS, José Luis. *op. cit.*, 2007, p. 13.

²² DíEZ RIPOLLÉS, José Luis. *op. cit.*, 2007, p. 25.



No entender do autor espanhol, parece, dessa forma, claro que a atenção que os meios prestam nos últimos anos à criminalidade, e à preocupação que esta suscita entre a cidadania, cresceu de maneira desproporcionada, e não sempre de forma parelha, a efetiva evolução da delinquência²³. A conclusão a que chega Ripollés é que, a partir dos dados, “la realidad delincuencia española no justifica el protagonismo adquirido por la inseguridad ciudadana en la agenda política y en la opinión pública de los años pasados, y que dio, y sigue dando, lugar a numerosas reformas de la legislación penal²⁴”.

Em relação ao papel do medo na sociedade brasileira, Callegari e Wermuth destacam o “papel desempenhado pelo medo enquanto importante mecanismo de contenção e disciplinamento da clientela ‘tradicional’ do sistema punitivo nacional”. Esses autores sugerem que, no Brasil, as classes dominantes sempre se utilizaram do medo como estratégia para a derrota das forças populares, associando suas vitórias ao caos e à desordem. É por isso que, para esses autores, “torna-se, assim, possível afirmar que o medo serve como instrumento de reprodução da configuração de relações sociais excludentes e autoritárias que estão enraizadas na sociedade brasileira”²⁵.

Portanto, pode-se perceber que o aumento da insegurança não justifica uma ampliação do Direito Penal, já que é, na maioria das vezes, apenas uma sensação, pois tal sentimento não se harmoniza com os dados reais. Senderey²⁶, com precisão, registra que para a sociedade a “verdade” é o que está nos noticiários, no que se presencia diariamente nos meios de comunicação, nem sempre confiáveis.

2.1. A expansão do Direito Penal pela institucionalização do medo: o que está por trás desse sentimento?

A partir do que se viu no item anterior, pode-se concluir que existe um movimento de expansão do Direito Penal para responder à institucionalização do medo. Ocorre que esse medo e essa sensação de insegurança não são justificados pelo aumento da criminalidade. Daí a questão: se não existe justificativa adequada para o aumento de Direito Penal, por que a norma penal está sendo transformada e ampliada? A resposta, como destacam Callegari e Wermuth²⁷, para pela objetificação do Direito Penal como instrumento para aplacar o clamor social de forma simbólica, encobrendo os verdadeiros problemas sociais. O recurso à legislação penal esconde o verdadeiro problema, que é a questão social. O fato é que, registram os autores, o fenômeno de expansão do Direito Penal coincide com o dismantelamento do Estado do Bem-Estar, que conduz a uma imensa desigualdade social e, para manter a população “na linha”, recorre-se ao Direito Penal²⁸.

Nos Estados Unidos da América, ocorre um fenômeno semelhante: a *overcriminalization*. Essa prática é estudada por Douglas Husak, para quem os principais fatores que favorecem a sobrecriminalização nos EUA são: a) o interesse dos partidos políticos em transmitir a imagem de que estão fazendo algo; b) a mídia que apresenta com destaque como os criminosos fogem das malhas do ordenamento penal; c) a ausência de instituições que desejem carregar o “lobby” de defesa dos

²³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *op. cit.*, 2007, p.27.

²⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *op. cit.*, 2007, p. 28.

²⁵ CALLEGARI, André Luís. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 39-40.

²⁶ SENDEREY, Israel Drapkin. **Imprensa e criminalidade**. Tradução de Ester Kosovski. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1983, p. 17-18.

²⁷ CALLEGARI, André Luís. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 9.

²⁸ CALLEGARI, André Luís. *op. cit.*, 2010, p. 10.



criminosos; d) a ausência de oitiva da academia; e) a eleição para promotores e juízes, entre outros²⁹.

Igualmente acerca do discurso político em relação à expansão do Direito Penal, Zaffaroni³⁰ também registra que a palavra *völkisch* costuma ser traduzida como *populista*, especialmente na Europa e nos Estados Unidos, contudo sua tradução mais correta seria *popularesco*, ou seja, um discurso que subestima o povo e trata de obter sua simpatia de modo não apenas demagógico, mas também brutalmente grosseiro, mediante a reafirmação, o aprofundamento e o estímulo primitivo dos seus piores preconceitos. É nessa trilha que caminha a justificação de uma expansão do Direito Penal pela política a partir da sensação de insegurança.

É por isso que Husak³¹ identifica uma dificuldade de combater a expansão do Direito Penal no meio político, quando refere que é “mucho más probable que una ley penal caiga en desuso a que sea eliminada mediante un acto legislativo expreso, pues la publicidad que acompañaría a su posible derogación podría movilizar todo el apoyo que hay aún a su favor”.

No Brasil, já se fala nessa dificuldade de limitar a expansão do Direito Penal em razão do “lobby do crime”, na medida em que a “facilidade na aprovação de novas leis penais e o agravamento das já existentes reflete, em sua contraface, a dificuldade de se revogar expressamente ou amenizar as leis penais vigentes”. Isso resulta da inexistência (ou existência insignificante) de oposição à política repressivista. A oposição à ideologia de repressão ao crime, em nosso meio político, é majoritariamente indesejável, considerando-se os negativos efeitos provavelmente ocasionados pelo estigma da defesa do “lobby do crime”³². Sem dúvidas, esta situação gera inegável prejuízo político e dificulta a existência de um debate isento sobre o tema, colocando políticos bem intencionados reféns do desgaste político.

Outro fator que influencia na expansão do Direito Penal é a temática da *imigração*. A ideia do senso comum é a de que os imigrantes seriam os responsáveis pelos problemas de insegurança, razão pela qual medidas que os tenham como objeto, inclusive de natureza penal, passam a ser vistas como normais e até mesmo necessárias. Cornelli refere que³³ “desde 1970 hasta hoy en día, en Italia se ha pasado desde menos de 100.000 inmigrantes a casi 3 millones”. O autor italiano chama a atenção para o fato de que em “2005, de los 3.035.144 extranjeros presentes de manera regular en nuestro país, aproximadamente el 49 por ciento provenía da Europa (en particular, de la Europa centro-oriental), el 23 por ciento de África (sobre todo, de las regiones mediterráneas), el 17 por ciento de Asia y el 10 por ciento del continente americano”³⁴.

Para Cornelli, o aumento do número dos estrangeiros residentes determinou a urgência de definir os perfis da regulamentação jurídica relativa à presença deles no território italiano, culminando com uma “ebulição” de medidas legislativas, nos anos 90, diante da intensificação do fenômeno migratório³⁵. Um exemplo dessa legislação para a imigração é “La ley 40 de 1998 (la Ley Turco-Napolitana) reorganizó la reglamentación sobre la inmigración, buscando superar la lógica de la emergencia que había influenciado a la normativa precedente, pero reproduciendo en los hechos una lógica binaria, común a muchas legislaciones europeas: [...] integración social y

²⁹ HUSAK, Douglas. **Sobrecriminalización**. Los límites del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 57.

³⁰ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 15.

³¹ HUSAK, Douglas. **Sobrecriminalización**. Los límites del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 50.

³² CALLEGARI, André Luís. LINHARES, Raul Marques. **Teoria geral do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 127.

³³ CORNELLI, Roberto. **Miedo, Criminalidad y Orden**. Buenos Aires: B de F, 2012, p. 35.

³⁴ CORNELLI, Roberto. *op. cit.*, 2012, p. 36.

³⁵ CORNELLI, Roberto. *op. cit.*, 2012, p. 37.

laboral de los inmigrantes regulares [...] recrudece la intervención represiva respecto de los inmigrantes presentes de manera irregular en el territorio”³⁶.

No entender do autor italiano, a opinião pública começou, principalmente a partir dos anos noventa, a concentrar-se obsessivamente na presença de estrangeiros na Itália, estimulando a percepção geral de uma estreita relação entre imigração, crise econômica, insuficiência da política, violência estendida e degradação urbana³⁷. Entretanto, como foi visto, o aumento da imigração não aumentou o número de delitos, nem sequer o envolvimento de imigrantes com crimes se intensificou. Mais uma vez o Direito Penal é invocado para resolver um problema social.

A *mídia* é outro elemento que, não raras vezes, contribui para a crescente sensação de insegurança, até mesmo de forma injustificada, terminando por produzir o aumento do Direito Penal. Parece que a necessidade de notícia em diversas ocasiões conduz a que determinado delito de rara ocorrência e de configuração bem específica seja tratado como rotineiro na sociedade, gerando uma possibilidade se sentir vítima de uma determinada espécie de crime logo ao sair de casa. Wainberg vai dizer que, atualmente, a mídia possui entre os seus papeis o de carregar, na mente das pessoas, imagens de um mundo muito mais hostil do que a realidade. Cada evento criminoso passa a ocupar várias semanas de noticiário – ou apenas algumas horas caso surja outro fato que gere maior audiência³⁸.

Segundo André Luis Callegari e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth, “Na contemporaneidade, o medo generalizado da violência e dos ‘riscos’ representados pelas novas formas assumidas pela criminalidade no contexto da globalização, transformados em ‘mercadoria’ pelos meios de comunicação de massa, geram um sentimento coletivo e cotidiano de insegurança, que acaba por influenciar no processo de produção/alteração das normas penais, colimando, por um lado, a ‘tranquilizarão’ da sociedade frente aos perigos e, por outro, o restabelecimento da confiança no papel das instituições e na capacidade do Estado em combatê-los”³⁹.

Sintetizando a questão, Cornelli refere que no sistema dos meios de comunicação de massa “concorre a afirmar y cristalizar la insatisfacción, la indignación y desconfianza ya extendidas”⁴⁰. O que existe é uma confusão entre as opiniões do senso comum e da comunidade científica, produzindo uma referencia a um emaranhado de dados estatísticos “incontroversos” sobre o aumento da criminalidade e a insegurança, com acusações de ineficácia da classe política – sobretudo a da esquerda – e ausência do Estado, ao mesmo tempo em que se denuncia o aumento dos perigos urbanos devidos à imigração clandestina⁴¹. Ainda, sobre a contribuição da mídia para a produção de um medo generalizado, Callegari e Wermuth⁴² observam que “a criminalidade, ou melhor, o medo de tornar-se vítima de um delito, transforma-se em mercadoria da indústria cultural, razão pela qual a imagem pública dessa mercadoria é traçada de forma espetacular e onipresente, superando, não raro, a fronteira do que é passível de constatação empírica”.

³⁶ CORNELLI, Roberto. *op. cit.*, 2012, p. 38.

³⁷ CORNELLI, Roberto. *op. cit.*, 2012, p. 39.

³⁸ WAINBERG, Jacques A. **Mídia e terror: comunicação e violência política**. São Paulo: Paulus, 2005, p. 31.

³⁹ CALLEGARI, André Luis. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. “Deu no jornal”: Notas sobre a contribuição da mídia para a (ir)racionalidade da produção legislativa no bojo do processo de expansão do Direito Penal. **Ibccrim. Revista n. 2: Setembro-Dezembro de 2009**. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/18-ARTIGO. Acesso em 03 nov. 2025.

⁴⁰ CORNELLI, Roberto. **Miedo, Criminalidad y Orden**. Buenos Aires: B de F, 2012, p. 44.

⁴¹ CALLEGARI, André Luis. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. “Deu no jornal”: Notas sobre a contribuição da mídia para a (ir)racionalidade da produção legislativa no bojo do processo de expansão do Direito Penal. **Ibccrim. Revista n. 2: Setembro-Dezembro de 2009**. Disponível em: http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/18-ARTIGO. Acesso em 03 nov. 2025.

⁴² WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 43.



Sem dúvida, vive-se em um tempo de fusão entre mídia e entretenimento, sendo, às vezes, difícil diferenciar um e outro. Casos singulares são erigidos a paradigmas em programas televisivos que passam várias horas “batendo” no assunto, produzindo inclusive verdadeiros julgamentos prévios sem qualquer fundamento que não o do sensacionalismo. É Por isso que Callegari e Wermuth⁴³ vão destacar que “essa ‘vagueza’ de respaldo teórico dos discursos midiáticos sobre a criminalidade é suprimida pela opinião dos especialistas *ad hoc* que, diante de um determinado caso concreto transforma-se, da noite para o dia, em *autoridades no assunto*”.

O fato é que a mídia assume um protagonismo nesse processo de expansão do Direito Penal, em especial pelas suas relações com outros fatores.

São esses fatores, entre outros, que em realidade contribuem para o sentimento generalizado de insegurança e, como consequência, produzem o fundamento que “legitima” o aumento da repressão criminal, ou seja, a *expansão* do Direito Penal, considerada como o único instrumento capaz de frear a criminalidade, que se acredita esteja também em *expansão*.

2.2. A expansão do Direito Penal pela institucionalização do medo: o que está por trás desse sentimento?

O Direito Penal tem como função proteger bens juridicamente definidos pela norma penal e, ao mesmo tempo, garantir a sua estabilidade e a sua auto-operatividade. O Direito Penal é um “ramo” do direito público codificado. Em outras palavras: o Direito Penal é espécie de direito positivo, não se admitindo a analogia e os costumes para criar infrações penais ou aumentar penas. O Direito Penal, ensina Bittencourt⁴⁴, “*é um conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança*”. Para Aníbal Bruno⁴⁵, o Direito Penal é “um Direito que se distingue dos outros pela gravidade das sanções que impõe e severidade de sua estrutura, bem definida e rigorosamente delimitada”. Dito de outra forma, o Direito Penal é ramo do Direito necessário e legítimo, devendo ser empregado em “limites estreitos”, porquanto é caracterizado por um “poder” cujo objetivo é a privação da liberdade, e, ao mesmo tempo, também age como “garantidor” da liberdade⁴⁶.

Nunca é demais frisar que o Direito Penal é caracterizado pela fragmentariedade e subsidiariedade. A primeira característica se justifica à medida que a norma penal se ocupa apenas de parte dos atos ilícitos, isto é, de um fragmentos dos riscos produzidos nas relações sociais. No que tange à subsidiariedade, tal marca consiste na atuação desse ramo do direito, que somente deve ser empregado quando o risco não puder ser “controlado” pelas demais seara do direito.

No entender de Zaffaroni, o Direito Penal é “*a programação doutrinária da jurisprudência e o treinamento dos juristas para essa tarefa de contenção e redução do poder punitivo*”. Segundo o penalista argentino, a norma penal, assim como todo o “poder jurídico”, não tem a possibilidade de “*produzir uma mudança total da sociedade e da cultura nas dimensões e na profundidade que isso implicaria*”. Essa concepção de Zaffaroni é de que o Direito Penal deve se aproximar o mais possível do Estado de Direito e, segundo esse autor, dessa forma, se afasta do estado policaiesco, manifestado por suas decisões arbitrárias de poder⁴⁷.

⁴³ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *op. cit.*, 2010, p. 49.

⁴⁴ BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal*: Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 2.

⁴⁵ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 11.

⁴⁶ KINDHÄUSER, Urs. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos. Trad. de Beatriz Corrêa Camargo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim*, a. 20, v. 95, p. 94, mar./abr. 2012, p. 94.

⁴⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 3. ed. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 170.



Ao longo da história, percebe-se que o processo de evolução das relações sociais é o principal motor da transformação das normas de Direito Penal. A tensão dialética entre o sistema do direito e o sistema social reflete precisamente a expectativa da sociedade acerca da atuação do Estado na “juridificação” de condutas como resposta aos novos riscos.

A “luta” por um direito penal afinado com os fundamentos de um Estado de Direito demonstra que a expansão do Direito Penal deve-se à aparição de novos bens jurídicos – de novos interesses ou de novas valorações de interesses preexistente – bem como ao *“aumento de valor experimentado por alguns dos que existiam anteriormente”*, legitimando a ampliação da norma penal⁴⁸. Esses novos bens jurídicos merecedores da proteção da legislação penal são resultado da aparição dos novos riscos, desencadeando, o que Martin⁴⁹ denominou de luta pela modernização e expansão do Direito Penal. Segundo esse autor, existe um discurso crítico ou de resistência à modernização do direito penal, que deve ser *“rechaçado com toda contundência e pelos mais diversos motivos, mas, sobretudo, porque, a meu ver, é insustentável do ponto de vista histórico-material das exigências éticas e políticas de nosso tempo”*⁵⁰.

Esse Direito Penal Moderno, refere Zaffaroni⁵¹, surge a partir da evolução daquele modelo penal da pré-modernidade, que era fundado no “tratamento” das emergências, isto é, *“ameaças à própria sobrevivência da humanidade ou da sociedade, que assumiam o caráter de guerras e, por conseguinte, reduziam o direito penal ao direito administrativo e as penas à coerção direta”*. A “modernidade” que adjetiva o “novo” Direito Penal justifica-se na medida em que os *“âmbitos e particularidades da criminalidade e do Direito penal se mostram realmente como ‘novos’ em comparação com os correspondentes a algum momento histórico anterior”*, o que, nas palavras de Martin⁵², *“não seria nenhuma impropriedade, ao menos no plano do uso cotidiano da linguagem, denominar como ‘moderno’ este ‘novo’ Direito Penal”*. Os estudos de Silva Sánchez sobre a modernização do Direito Penal demonstram que não é mais possível retornar ao modelo penal do século XIX, que, embora classificado como “liberal”, segundo o autor, jamais existiu⁵³.

Importante deixar claro que Silva Sánchez, embora reconheça o processo de evolução do Direito Penal, se opõe a uma parte da “modernização” do Direito Penal, sob o fundamento de que há uma contradição na expansão à medida que se propugna a flexibilização da norma penal em relação a alguns delitos, mas não se relativiza, na mesma proporção, a pena privativa de liberdade. Para esse autor, à medida que *“essa exigência não vem sendo respeitada pelos ordenamentos jurídicos de diversos países, até o momento, a expansão do Direito Penal carece, em minha opinião, da requerida razoabilidade político-jurídica”*⁵⁴.

Compondo o chamado Direito Penal Moderno, tem-se o fenômeno do Direito Penal do Risco, o Direito Penal Econômico e Ambiental e o Direito Penal do Inimigo. São nesses ramos que se enxerga uma expansão ilegítima do Direito Penal.

⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. Trad. de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 33.

⁴⁹ MARTIN, Luís Gracia. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Trad. de Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, p. 33.

⁵⁰ MARTIN, Luís Gracia. *op. cit.*, 2005, p. 33.

⁵¹ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 83-84.

⁵² MARTIN, Luís Gracia. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Trad. de Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005, p. 36.

⁵³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. Trad. de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 186-187.

⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *op. cit.*, 2011, p. 192.



Em seu livro *Sobrecriminalización*, Husak⁵⁵ apresenta uma teoria sobre os limites da sanção penal diante do problema do excesso de criminalização. Já no primeiro capítulo o autor refere à dramática expansão do Direito Penal nos Estados Unidos e à necessidade de construção de uma teoria que permita apurar quando uma lei penal possui sua existência justificada (ou não), salientando que muitas leis penais são injustas, ou por implicar penas excessivas, ou por tipificar condutas que sequer deveriam ser criminalizadas.

É preocupante a leitura da expansão do Direito Penal feita por Husak⁵⁶, quando afirma que as taxas de encarceramento proporcionam o meio mais comum dos que alcançam o castigo estatal nos Estados Unidos da América. Em 2005, perto de 2,2 milhões de pessoas entraram em cárceres e prisões federais e estaduais, o que supõe uma taxa de 737 presos por cada 100.000 habitantes, fazendo de um em cada 138 habitantes um preso. Numa projeção, um em cada 20 crianças nascidas nos Estados Unidos estará fadada a passar por um prisão federal ou estadual em algum momento de sua vida. O mais preocupante disso é que 12,6 % de pessoas negras entre 25 e 29 anos estão no cárcere, enquanto que o percentual é de 1,7 % de pessoas brancas, na mesma faixa etária.

O autor ainda destaca que não se deve esquecer os indivíduos com pena suspensa ou em liberdade condicional, o que eleva imensamente os números. Ou seja, nos números indicados não estão computados aqueles que foram condenados e lhes foi imposta uma pena, mas receberam algum benefício que lhes tirou do encarceramento. Mas, a qualquer momento podem voltar à prisão⁵⁷.

Conforme Husak, no período dos anos setenta, as taxas eram de 144 reclusos por 100.000 habitantes. Os EUA possuem um quarto da população carcerária do planeta. Pesquisas mostram que as taxas de delitos nos EUA desde 1990 não é maior do que as de outros países ocidentais. E a diminuição no número de delitos é um fenômeno que atinge a todos os países, inclusive aqueles não que não adotam um excessivo Direito Penal⁵⁸.

Um ponto a ser destacado é a possibilidade de ocorrência da expansão do Direito Penal sem a alteração ou acréscimo de qualquer palavra no texto legal, na medida em que a criminalização pode resultar quando o Poder Judiciário decide expandir a interpretação de crimes existentes, sem qualquer ação legislativa⁵⁹. Isso pode ser visto na adoção do *princípio da analogia* pela União Soviética do governo Stalin, quando dispôs que caso uma conduta socialmente perigosa não se encontrasse contemplada no Código Penal, deveria ser aplicada disposições que regulassem condutas similares⁶⁰. Veja-se que, sem acrescentar qualquer nova disposição, ocorreu evidente aumento do direito penal com aplicação da analogia.

Husak ainda critica a pouca clareza dos tipos penais, que apresentam muitos dispositivos de difícil compreensão, inclusive para advogados. Também reprova os gastos públicos para castigar delitos que sequer deveriam existir, muitas vezes superiores aos gastos com questões sociais. Segundo o autor, a exceção daqueles que ganham com o encarceramento (denominados por ele como pertencentes ao “complexo industrial carcerário”), todos estão de acordo que temos uma inversão de prioridades⁶¹.

⁵⁵ HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización*. Los límites del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 41.

⁵⁶ HUSAK, Douglas. *op. cit.*, 2013, p. 43.

⁵⁷ HUSAK, Douglas. *op. cit.*, 2013, p. 43.

⁵⁸ HUSAK, Douglas. *op. cit.*, 2013, p. 44-46.

⁵⁹ HUSAK, Douglas. *op. cit.*, 2013, p. 50.

⁶⁰ HUSAK, Douglas. *op. cit.*, 2013, p. 51.

⁶¹ HUSAK, Douglas. *op. cit.*, 2013, p. 52.



Há, igualmente, um viés da sobrecriminalização como contribuição para o que define como “falta de respeito pelo Direito”, uma vez que certas regras percebidas como estúpidas simplesmente são ignoradas. Nessa linha, a própria eficácia dissuasiva da pena, a criação do estigma de criminoso, é atingida, uma vez que tal conduta é por poucos condenada e por quase todos realizada⁶². Concorde-se com o autor porque, em determinados casos, as próprias autoridades não se importam com a conduta prática. Trata-se daquilo que já se referiu no começo desse trabalho, ou seja, a perda da legitimidade e credibilidade do Direito Penal, fazendo com que a norma penal “não seja levada a sério”.

Segundo o autor, a expansão do Direito Penal também gera um aumento nos poderes da polícia em relação às condutas tidas como delituosas, como, por exemplo, a mendicância⁶³. Veja que o exemplo trazido por Husak bem ilustra o tema ora tratado: problema social que se tenta resolver como caso de polícia! Por fim, lembra o autor que a expansão do Direito Penal gera também, por vezes, a violação do princípio da legalidade, sendo necessário cada vez mais sair das normas penais para determinar as condutas penais. O Direito Penal se externaliza diz Husak. As reformas das normas extrapenais podem influenciar no aumento da criminalização⁶⁴.

Entretanto, o grande ponto trabalhado por Husak é que o excesso de criminalização, constatado acima, problema que gera um excesso de castigo injusto. Segundo o autor a injustiça se torna especialmente evidente quando os acusados são sentenciados por condutas que não deveriam ter dado origem à responsabilidade penal em primeiro lugar⁶⁵.

No Brasil, André Luís Callegari apresenta importante produção sobre tal questão, quando, em conjunto com Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth⁶⁶, registra que “o processo de globalização e a consequente sociedade de risco que se configura na contemporaneidade propiciam o surgimento de um sentimento generalizado de insegurança diante da imprevisibilidade e da liquidez das relações sociais”. Passa-se a viver em uma “sociedade de risco” ou, como definem alguns, em uma “sociedade de incerteza”, com novos e impensáveis perigos.

Callegari e Wermuth destacam que o Direito Penal assume novos contornos, dentre os quais, destacam os autores, a característica de um Direito Penal Preventivo, que antecipa a proteção penal a um estágio prévio a efetiva lesão, além da flexibilização das garantias, sendo que o Direito Penal ganha feições de um Direito Penal de exceção, isto é, de um Direito Penal do Inimigo⁶⁷. Para esses autores, é nesse contexto que o Direito Penal expande-se e torna-se a resposta ao medo, deixando de ser visto como Carta Magna do Delinquente para ser visto como Magna Carta da Vítima, como instrumento de defesa do cidadão e não como garantia do acusado. A politização do Direito Penal, com sua utilização política eleitoral, também contribui para a expansão do Direito Penal, circunstância que se verá adiante⁶⁸.

⁶² HUSAK, Douglas. *op. cit.*, 2013, p. 53

⁶³ HUSAK, Douglas. *op. cit.*, 2013, p. 53.

⁶⁴ HUSAK, Douglas. *op. cit.*, 2013, p. 54.

⁶⁵ HUSAK, Douglas. *op. cit.*, 2013, p. 55.

⁶⁶ CALLEGARI, André Luís. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 13.

⁶⁷ O “direito penal do inimigo” foi proposto por Günther Jakobs. Em apertada síntese, sustenta que devemos ter um “Direito Penal do cidadão”, com rigidez de garantias e direitos, e um “Direito Penal do inimigo”, com flexibilização de garantias e direitos. Este seria aplicável apenas ao “inimigo”, entendido como aquele indivíduo que se afastou definitivamente da ordem jurídica, não a reconhecendo, como o caso do terrorista. (JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.)

⁶⁸ CALLEGARI, André Luís. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 20.

Repise-se: não se quer que o Direito Penal permaneça igual ao dos tempos do Código do Império. É evidente que precisa haver uma atualização natural no catálogo de proteção de bens jurídicos pela norma penal. Sobre essa transformação, importante registrar, também no enfoque da expansão do Direito Penal, o ensinamento do Professor Lenio Luiz Streck, no estudo intitulado “Crime e sociedade estamental no Brasil”, ao destacar que o Brasil ainda está atrelado ao paradigma penal de nítida feição liberal-individualista, pois continua “preparado historicamente para o enfrentamento dos conflitos de índole interindividual” e não engendrou, “ainda, as condições necessárias para o enfrentamento dos conflitos (delitos) de feição transindividuais (bens jurídicos supraindividuais), que compõem majoritariamente o cenário desta fase de desenvolvimento da sociedade brasileira”⁶⁹.

O que e o professor Streck quer dizer é que o Direito Penal do Brasil (1) ainda não acompanha uma repressão equânime econômica-social, pois a teleologia da norma penal é, historicamente, destinada à criminalização da pobreza e manutenção de um direito penal de classe; (2) apresenta uma racionalidade legislativa incongruente na medida em que estabelece penas mais graves para os delitos patrimoniais e menores sanções para crime contra a vida; (3) agudiza uma situação típica de país de modernidade tardia, pois possibilita uma discricionariedade judicial para uma aplicação da norma penal tendente a reforçar a “criminalização da pobreza” e a “pobreza da criminalização”⁷⁰.

Também deve o Direito Penal evoluir para que seus tipos penais não percam a validade, pois, como adverte Streck, “tipos penais, vigentes e válidos no contexto de um modo liberal-individualista de produção de Direito, não resistem ao exame de sua validade (no sentido de Ferrajoli) no (novo) modelo de Direito vigente no Estado Democrático de Direito”. É preciso concordar com Streck quando sustenta que “o Estado Democrático de Direito produziu a secularização do Direito Penal”, sendo que, “delitos ligados à moral e aos costumes não são mais compatíveis com a nova ordem jurídico-política”. Tudo isso faz parte de uma necessária evolução do Direito Penal⁷¹.

É claro que há um “vácuo” de “desatualização” do catálogo dos tipos penais. Isso é próprio de um ramo do Direito que está a reboque das relações sociais, necessitando de uma constante revisão daquilo que deve ser ou não criminalizado.

Até aqui, já é perfeitamente possível defender a tese de que o “fenômeno do medo” está presente em toda a sociedade pós-moderna, e que essa sensação de insegurança vem servindo de fundamento para a expansão do Direito Penal, a partir da adoção de medidas que impactam diretamente na vida do cidadão, com novos tipos penais, incremento de penas, aumento de poderes de polícia, entre outros fatores que limitam os direitos individuais da população.

2.3 Alguns exemplos ou consequências da expansão do Direito Penal

Neste fenômeno de expansão, recai sobre o Direito Penal, indevidamente, a responsabilidade de resolver problemas que não são possíveis de solução pelo viés da norma penal, dada a impossibilidade de se concretizar políticas públicas a partir do Direito Penal.

Uma das constatações que comprovam a afirmação acima está no fato de se tratar problemas sociais pela criminalização. Como exemplo singelo, deve-se refletir sobre a questão da imigração na Europa (problema que surge com atualidade no

⁶⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Crime e sociedade estamental do Brasil**: de como *la ley es como la sierpente; solo pica a los descalzos*. Cadernos IUH ideais. Ano 10, nº 178, São Leopoldo: Unisinos, 2012, p. 4.

⁷⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Crime e sociedade estamental do Brasil**: de como *la ley es como la sierpente; solo pica a los descalzos*. Cadernos IUH ideais. Ano 10, nº 178, São Leopoldo: Unisinos, 2012, p. 7-33;

⁷¹ STRECK, Lenio Luiz. **Tribunal do Júri**: símbolos e rituais. 4 ed. rev. e mod. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 62.



Brasil), onde diversas condutas, desde o simples fato de socorrer um imigrante, foram criminalizadas. A polícia também ganhou amplos poderes para tratar com o estrangeiro, inclusive sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário. Mas será a imigração um problema criminal? Será que o imigrante deixa sua pátria motivado pelo desejo de cometer crimes em outro país? Não seria mais correto pensar a questão do estrangeiro – castigado em sua terra pela fome, guerra, violência, etc. –, como uma busca apenas melhores condições de vida para si e para os seus familiares? Os números, como visto no item anterior, não demonstram que o imigrante seja o responsável pela criminalidade “sentida” pela população. Na verdade, diante da crise econômica e da situação do mercado de trabalho, o imigrante foi escolhido como um dos culpados, e o Direito Penal foi “chamado” para combatê-lo.

Wermuth⁷², ao tratar da relação do Direito Penal com a imigração, após salientar a utilização do medo como “capital político” e a instrumentalização do Direito Penal para controle e disciplinamento de determinados indivíduos “indesejáveis”, destaca a diretiva da Comunidade Europeia que prevê a prisão de imigrantes sem documentos por até 18 meses para viabilizar a expulsão. Tal situação, registra o autor, é o Direito Penal Punitivo utilizado como resposta ao medo e a insegurança da população em relação a imigração irregular e, acrescenta-se, não necessariamente em relação a criminalidade produzida pelo imigrante. Ainda, destaca Wermuth a previsão na Itália dos delitos de favorecimento da permanência ilegal ou da hospedagem de imigrantes clandestinos. Surgem os “delitos de solidariedade”, previstos na Itália, França e Espanha, que consiste nesta ajuda ao imigrante, algumas legislações com exigência de intuito de lucro, outras bastando a simples ajuda ao imigrante.

Para se ter uma noção das consequências excessiva de tal expansão punitiva, Wermuth⁷³ cita o caso relatado pelos “Derechos Humanos en la Frontera Sur”, relativo ao ano de 2007, elaborado pela Associação Pró-Direitos Humanos da Andaluzia, quando “en mayo de 2007, veintisiete migrantes permanecieron durante más de veinticuatro horas desesperadamente agarrados a jaulas de atún de 35 cm de largo tiradas, en pleno Mediterráneo, por un remolcador maltés cuyo capitán se negaba obstinadamente a detenerse para tomarlos a su bordo, o incluso a escoltarlos hasta la costa”. Tudo isso porque ajudar aos naufragos conduzindo-os até um porto significava, “para os salvadores, varios días de inmovilización de su barco, cuando no son perseguidos, además, ‘por haber facilitado la inmigración ilegal’, como pasó en el mes de agosto de 2007 con siete pescadores tunecinos, mandados a prisión en Sicilia después de haber salvado del ahogamiento a cuarenta y cuatro personas”. Outro caso foi o dos “militantes asociativos de la región de Calais fueron inculcados porque procedían a la distribución de comida o albergaban exilados”. Também não é raro que condutores de ônibus se neguem a embarcar Africanos. Isso, por si só, revela o temor em prestar ajuda humanitária pelas consequências de tal ato de solidariedade no campo da norma penal.

No caso brasileiro, não é incomum a “juridificação” de condutas em razão da “pressão” da sociedade e da mídia em geral, com exasperamento de sanções e supressões de garantias. Basta lembrar que o homicídio qualificado passou a ser considerado hediondo – Lei 8.072/90 – a partir de um caso concreto, no qual a filha de autora de novelas de um canal de TV de grande poder político-econômico foi

⁷² WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Mixofobia: a construção dos imigrantes ilegais como “sujeitos de risco” e o tratamento jurídico-penal da imigração irregular na União Europeia como retrocesso rumo a um modelo de Direito Penal de autor. In: CALLEGARI, André Luís (Org.). **Direito Penal e Globalização**: sociedade de risco, imigração e justiça restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 55.

⁷³ WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *op. cit.*, 2011, p. 61.

assassinada de forma brutal. Nesse caso, a racionalidade na atividade legislativa foi marcada pelos constantes noticiários na mídia, além da coleta de assinaturas dos cidadãos com o objetivo de incluir tal delito no rol dos hediondos, o que ocorreu com a aprovação unânime da Lei 8.930/94.

No Brasil, a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Pena) foi redigida às pressas como resposta à Comunidade Internacional em vista de denúncia de desrespeito aos direitos da mulher. Tal norma, sabidamente caracterizada pela proteção de gênero, promoveu alterações no Código Penal e em outros diplomas materiais e adjetivos, transformando o Direito penal em uma “arma política” para responder anseios sociais e de boa parte da população. Não é que devam ser juridificadas penalmente condutas de risco à integridade e ao psicológico da mulher. Nem tampouco se discute que a violência doméstica contra a mulher não mereça intervenção do Direito Penal.

A função simbólica da lei penal deve ser arredada, visto que produzida com base numa racionalidade política “promocional” dos governos, missão que não deve ser cumprida pelo Direito penal, ante suas características inatas de norma jurídica fragmentária e subsidiária, sob pena de a tarefa do legislador promover a descredibilidade do ordenamento jurídico e bloqueio das suas funções instrumentais.

Ainda, destaca-se o aumento de delitos de perigo abstrato, nos quais o bem jurídico não foi exposto a risco, bem como a tipificação de atos tradicionalmente preparatórios. É o caso do Direito Penal preventivo, que já foi abordado acima. Callegari⁷⁴ ainda destaca que, neste cenário, ocorre uma modificação da orientação do Direito Penal, agora dirigido à precaução de riscos incertos. A reação que ocorria *a posteriori*, agora ocorre *a priori*, com previsão de delitos de perigo abstrato, sem a exigência efetiva/real exposição do bem a risco.

Por fim, é importante chamar a atenção para o fato de que Direito Penal não pode ser considerando um instrumento para a prevenção dos riscos sociais. Mais grave ainda é debitar em sua conta a tarefa de ser o “primeiro” e o “único” instrumento de controle das mazelas sociais, já que a norma penal não tem a função de concretizar políticas públicas. Pensar o contrário significaria transformar a norma penal em mero símbolo, sem qualquer crédito por parte da sociedade. É perfeitamente possível concordar com Streck⁷⁵, quando, seguindo o pensamento de Claus Roxin, afirma que o Direito Penal deve reforçar sua indiscutível característica de *ultima ratio*.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão da segurança/criminalidade não será, por evidente, solucionada simplesmente com um maior encarceramento, previsão de novos tipos penais ou aumento de pena. Da mesma forma, a questão social não será solucionada com medidas penais.

O aumento da criminalidade, quando de fato ocorre, não é combatido eficazmente somente com norma penal, que tem como objeto o encarceramento do sujeito que viola um bem juridicamente protegido pelo Direito Penal. E o motivo é muito simples: trata-se a consequência, mas não se resolve o problema. Afinal, tratar o sintoma acaba com a doença? Ou seja: no caso, prender o criminoso resolve o motivo da conduta criminosa?

⁷⁴ CALLEGARI, André Luís. Terrorista: um discurso sobre o Direito penal de exceção. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2012, p. 39.

⁷⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Crime e sociedade estamental do Brasil**: de como *la ley es como la sierpente; solo pica a los descalzos*. Cadernos IUH ideais. Ano 10, nº 178, São Leopoldo: Unisinos, 2012, p. 30.



É evidente que é muito mais simples prender do que resolver os complexos problemas que estão por trás do crime. Há uma eleição do Direito Penal como salvador do projeto mal sucedido do Estado Social. Sem dúvida o leitor já deve estar pensando em como este assunto é batido. Pois é, mesmo sendo tratado cotidianamente e por vários autores, o poder público faz ouvidos moucos e continua trilhando apenas o caminho da repressão penal.

O Direito Penal, lamentavelmente, tem sido usado como panaceia para reduzir (controlar) o aumento da criminalidade. A política e a mídia usam o medo para fazer necessária a expansão da norma penal, produzindo um discurso que busca no Direito Penal a solução para problemas que muitas vezes não existem. O senso comum incorpora esse discurso e a população agradece ao político que se preocupa com sua segurança e defende a maior severidade com o criminoso. Junto com o político, a mídia, motivada pela necessidade de audiência, pela necessidade de produzir notícia, coloca o criminoso na porta da casa do cidadão, quando não o faz onipresente dentro das residências. Casos singulares ganham os noticiários por vários dias, gerando na população um sentimento de degradação geral. A solução “ensinada” pelos apresentadores e comentaristas: aumento de penas, criação de novos delitos, entre outras providências que confiam apenas ao Direito Penal a solução do problema que – na maioria dos casos – começou bem antes do crime.

Assim, a expansão do Direito Penal é apresentada como solução e aumenta continuamente, como se o criminoso consultasse a legislação penal quando pratica um delito!

Deve-se levar a sério o Direito Penal. Deve-se respeitá-lo e empregá-lo como *ultima ratio*. Não se pode permitir que o Direito Penal, motivado por interesses inconfessáveis, pretenda tratar tudo e, quando necessário (diante da insuficiência das demais esferas), não tenha força – nem eficácia – para combater aqueles ataques aos bens mais valiosos.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Roberta Lofrano. CALLEGARI, André Luís. Sociedade do risco e direito penal. In: **Direito Penal e Globalização**. Sociedade de Risco, Imigração Irregular e Justiça Restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hunter Bookss, 2012.

BECK, Ulrich. **Sociedade do risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte Geral. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

CALLEGARI, André Luís. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. “Deu no jornal”: Notas sobre a contribuição da mídia para a (ir)racionalidade da produção legislativa no bojo do processo de expansão do Direito Penal. **Ibccrim. Revista n. 2: Setembro-Dezembro de 2009**. Disponível em:



http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/18-ARTIGO. Acesso em 21 set. 2015.

_____. WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

_____. Terrorista: um discurso sobre o Direito penal de exceção. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Org.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**: anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: n. 9. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; São Leopoldo: UNISINOS, 2012.

_____. **Teoria geral do delito e imputação objetiva**. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. LINHARES, Raul Marques. O combate ao terrorismo e a expansão do Direito Penal. **Revista de Direito da PUCRS**, v. 40, n. 2 (2014). Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/17320/1114>. Acesso em: 20 SET. 2015.

CORNELLI, Roberto. **Miedo, Criminalidad y Orden**. Buenos Aires: B de F, 2012.
DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La política criminal en la encrucijada**. Buenos Aires: B de F, 2007.

DONINI, Massimo. **El Derecho Penal frente a los desafíos de la modernidad**. Lima, Perú: ARA Editores, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

HUSAK, Douglas. **Sobrecriminalización**. Los límites del Derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2013.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo**: noções e críticas. Organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

KINDHÄUSER, Urs. Pena, bem jurídico-penal e proteção de bens jurídicos. Trad. de Beatriz Corrêa Camargo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim**, a. 20, v. 95, p. 94, mar./abr. 2012.

MARTIN, Luís Gracia. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Trad. de Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría Del Delito**. Traducción y notas Diego-Manuel Luzón Pena, Miguel Diaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.



SENDEREY, Israel Drapkin. **Imprensa e criminalidade**. Tradução de Ester Kosovski. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1983.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal nas sociedades pós-industriais**. 2. ed. Trad. de Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Crime e sociedade estamental do Brasil**: de como *la ley es como la sierpente; solo pica a los descalzos*. Cadernos IUH ideais. Ano 10, nº 178, São Leopoldo: Unisinos, 2012.

_____. **Tribunal do Júri**: símbolos e rituais. 4 ed. rev. e mod. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

WAINBERG, Jacques A. **Mídia e terror**: comunicação e violência política. São Paulo: Paulus, 2005.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Mixofobia: a construção dos imigrantes ilegais como “sujeitos de risco” e o tratamento jurídico-penal da imigração irregular na União Europeia como retrocesso rumo a um modelo de Direito Penal de autor. In: CALLEGARI, André Luís (Org.). **Direito Penal e Globalização**: sociedade de risco, imigração e justiça restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2011.