

EXPANSÃO DO DIREITO PENAL: ABORDAGEM SOCIOLÓGICA

CRIMINAL LAW EXPANSION: SOCIOLOGICAL APPROACH

José Roberto Macri Jr.¹
Bianka Jaquetti Macri²

RESUMO

O objetivo deste trabalho é a analisar a relação entre a expansão do direito penal e as alterações sociais decorrentes da sociedade de risco. Em primeiro lugar, serão estudados o contexto e as causas da *overcriminalization*. Muitas dessas causas decorrem do avanço científico e tecnológico, tais como: desenvolvimento nuclear, avanços acerca do conhecimento da genética, modernização dos meios de transporte e de comunicação. Verifica-se, dessa forma, que a dimensão tecnológica da sociedade de risco explica apenas parte das novas criminalizações, as quais derivam também da implementação do modelo da segurança cidadã, o qual culmina no recrudescimento do direito penal tradicional.

Palavras-chave: Expansão penal. Sociedade de risco. Segurança Cidadã

ABSTRACT

This paper aims to analyze the connections between the criminal law expansion and social changes deriving from the risk society. Firstly, we will study the context and the causes of the overcriminalization. Many of these causes derive from scientific and technological advances, such as: nuclear development, developments on genetics, communication and transports modernization. It is possible to verify, therefore, that the technological dimension of the risk society explains only part of the new criminalizations. Many of the new criminal law derive from the implementation of the citizen security model, which can provoke the expansion of the traditional criminal law.

Keywords: Criminal law expansion. Risk society. Citizen security.

1 Introdução

A expansão do direito penal, fortemente influenciada por diversos fatores sociais, pode ter reflexos sobre a aplicação do direito. Com efeito, a racionalidade de criminalização de condutas via intervenção legislativa (*i.e.*, criminalização primária), a qual tenta dar respostas coerentes aos problemas percebidos pela sociedade, interfere na racionalidade judicial, haja vista que a aplicação da lei também é, em alguma medida, socialmente condicionada. A expansão penal consiste, basicamente, na criação de novos delitos e incremento das sanções. Desenvolvendo-se no contexto da sociedade de risco, o

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo. E-mail: macrijunior@hotmail.com

²Graduanda em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. E-mail: biankajaquetti@hotmail.com

recrudescimento penal demonstra que as criminalizações, além da clássica função de proteger bens jurídicos, têm uma nova função: gestão de riscos. Assim, faz-se necessário compreender as causas da expansão para verificar as razões das crescentes restrições de liberdade.

2 A teoria de Silva Sánchez

A expansão do direito penal³, de acordo com a síntese de Silva Sánchez, caracteriza-se pela criação de novos tipos penais e pelo agravamento de penas já existentes. São elementos dessa expansão a “criação de novos ‘bens jurídico penais’, ampliação dos espaços de riscos jurídico-penalmente relevantes, flexibilização das regras de imputação e relativização dos princípios político criminais de garantia”⁴. As causas da expansão, ainda segundo o professor espanhol, não derivam apenas da tentativa estatal de resolver simbolicamente problemas sociais que demandam ações em nível instrumental⁵. Com efeito, há fatores sociais impulsionando mencionada expansão⁶.

Silva Sánchez aponta dez causas da expansão penal: surgimento de novos interesses, efetiva aparição de novos riscos, a institucionalização da insegurança, a sensação social de insegurança, configuração de uma sociedade de sujeitos passivos, a identificação da maioria social com a vítima do delito, descrédito de outras instâncias de proteção, gestores atípicos da moralidade, atitude da esquerda política e gerencialismo. Serão analisadas a seguir.

³ Douglas Husak observa o problema da verificação da afirmação de que o direito penal está em expansão, embora não duvide de sua veracidade. Segundo esse autor, é difícil medir ou provar o aumento da incriminação. Husak dá alguns exemplos das dificuldades de mensuração: I) uma lei incriminando o tráfico de maconha e uma lei incriminando o tráfico de cocaína resultariam na criação de duas novas leis penais, mas não haveria efetivamente criação de novas modalidades criminosas; II) lei que institua analogia penal (como ocorreu na URSS de Stálin), apesar de única, causaria aumento significativo de criminalização; III) uma mudança da interpretação judicial pode aumentar ou diminuir a criminalização sem criação de novas leis penais (como pode ocorrer no caso do delito de ato obsceno, artigo 233, Código Penal Brasileiro). Portanto, a *overcriminalization* é um fenômeno não quantificável, apesar de facilmente perceptível. HUSAK, Douglas. *Overcriminalization. The limits of the criminal law*. New York: Oxford University Press, 2008, pp.9-11.

⁴ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2.ed. Madrid: Civitas, 2001, p.20.

⁵ “No es infrecuente que la expansión del Derecho penal se presente como producto de una especie de perversidad del aparato estatal, que buscaría en el permanente recurso a la legislación penal una (aparente) solución fácil a los problemas sociales, desplazando al plano simbólico (esto es, al de la declaración de principios, que tranquiliza a la opinión pública) lo que debería resolverse en el nivel de lo instrumental (de la protección efectiva). Sin negar que a tal explicación pueda asistirle parte de razón, creo que sería ingenuo ubicar las causas del fenómeno de modo exclusivo en la superestructura jurídico-política, en la instancia ‘estatal’”. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Op.cit.* p.21.

⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Op.cit.* p.22.

A primeira causa é o *surgimento de “novos interesses”*. Partindo-se da premissa de que o direito penal tutela bens jurídicos relevantes⁷, tem-se que mudanças na configuração social resultam em novos objetos de tutela⁸. Logo, duas causas para o aparecimento de novos bens jurídicos podem ser apontadas⁹: a conformação de novas realidades (como a influência do mercado de capitais na vida social) e a deterioração de “bens tradicionalmente abundantes”, os quais passam a ser vistos como bens escassos, o que, obviamente, altera a valoração social (como ocorre com o meio ambiente)¹⁰.

⁷ “A compreensão do crime como ofensa a bens jurídico-penais, como dano ou perigo a bens dotados de dignidade penal, embora possa soar, para muitos, como trivialidade, evidência, nomeadamente no espaço de discursividade jurídico-penal brasileiro, é, em verdade, um horizonte compreensivo que, para além de historicamente posto em questão, encontra no direito penal contemporâneo um ambiente hostil de difícil afirmação e continuidade, muito embora, em um aparente paradoxo, também um dos períodos em que mais tem a oferecer. A ampliação do direito penal secundário, com surgimento de novos espaços, cada vez mais complexos, de intervenção jurídico-penal, tem levado a um progressivo distanciamento do ilícito penal em relações aos vínculos objetivos que implicam o reconhecimento da ofensividade como elemento de garantia. Mas não só. Tem conduzido a um esfumaçamento dos valores tutelados, a uma perda de densidade tal que o bem jurídico passa a movimentar-se num espaço de total indiferença em relação a meros interesses de política-criminal, incapaz de atender a uma qualquer pretensão de concretização. O bem jurídico perde seu caráter crítico e a ofensividade, o lugar primeiro na constituição do ilícito. A flexibilidade de teorias subjetivísticas do ilícito, de concepções puramente normativistas ou, ainda, de leituras meramente formais do ilícito penal, hoje tão em voga, torna-se acintosamente sedutora, mas, em contrapartida, cobra um preço alto em termos de legitimidade, nomeadamente a supressão de elementos subjetivos capazes de propiciar substrato material crítico à construção de ilícito-típico. Daí que a insistência em uma compreensão do crime como ofensa a bens jurídicos, naturalmente revisitada, tenha, há tempo, deixado de ser lugar comum e assumo hoje um espaço central na discussão sobre a legitimidade do direito penal contemporâneo”. D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp.57-58. Sobre o tema, ver: PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002; PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3.ed. São Paulo: RT, 2011; ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, notadamente p.104; HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, especialmente p.196. Criticam a teoria do bem jurídico, ressaltando a definição cultural do que deve ser objeto de intervenção penal: AMELUNG, Knut. El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.238-239; STRATENWERTH, Günther. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007, p.368. Para uma visão panorâmica da discussão acerca do bem jurídico como critério de criminalização, ver: GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003, pp.33 e 57.

⁹ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Op.cit.* p.25.

¹⁰ Nesse sentido, Giddens alerta: “At a certain point, somewhere over the past fifty years or so, we stopped worrying so much about what nature could do to us, and we started worrying more about what we have done to nature”. GIDDENS, Anthony. Risk and responsibility. *The Modern Law Review*, v.62, 1999, p.2.

A efetiva aparição de novos riscos, a institucionalização da insegurança e a sensação social de insegurança podem ser tratadas conjuntamente. Com efeito, a “ciência reflexiva”¹¹ já não é capaz de definir com certeza um critério de verdade¹²⁻¹³. Essa condição da ciência aliada à crescente capacidade de intervenção antrópica na natureza¹⁴ gera um contexto de riscos – os quais apresentam uma forte carga política¹⁵ – em que se desenvolve

¹¹ Segundo Beck, há dois tipos de ciência: a simples e a reflexiva. Na simples, emprega-se a ciência no mundo preexistente da natureza, do homem e da sociedade; é uma “cientificização *pela metade*, na qual as pretensões da racionalidade científica ao conhecimento e ao esclarecimento são ainda poupadas no emprego metódico da dúvida científica sobre si mesma”. Na fase reflexiva, característica da sociedade de risco, a ciência confronta seus produtos, carências e tribulações; é uma “cientificização *completa*, que estendeu a dúvida científica até às bases imanentes e aos efeitos externos da própria ciência”. BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010, pp.246-247. Em outra obra, o autor alemão esclarece que “‘Modernização reflexiva’ significa a possibilidade de uma (auto)destruição criativa para toda uma era: aquela da sociedade industrial. O ‘sujeito’ dessa destruição criativa não é a revolução, não é a crise, mas a vitória da modernização ocidental”. BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. *Modernização reflexiva*. Política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 2012, p.12. Note-se que o conceito de reflexividade também se aplica à ciência. Com efeito, há uma relação de continuidade entre as ‘duas ciências’: o sucesso da ciência traz em si os elementos para seu questionamento.

¹² BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. *Op.cit.* p.237.

¹³ Assim, ganha espaço o princípio da precaução. “Toda análise sistemática dos riscos de qualquer atividade deve compreender necessariamente a observação de três elementos: a avaliação, a gestão e a comunicação dos riscos”. O âmbito funcional do princípio da precaução é a gestão do risco. Entretanto, referido princípio tem a peculiaridade de que “as referências cognitivas disponíveis sobre os riscos são insuficientes/incompletas, inacessíveis ou, até mesmo, inexistentes”, ou seja, o elemento avaliativo é incerto. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p.75. Em outras palavras, o princípio da precaução atua no âmbito do cientificamente incerto. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: RT, 2007, p. 64. Romeu Casabona pondera no seguinte sentido: “el principio de precaución no parte de una absoluta falta de previsión sobre el futuro, pues se basa en la sospecha de los riesgos que pueden comportar una actividad determinada, por lo general con consecuencias de especial magnitud e incontrolables y tal vez irreversibles”. ROMEU CASABONA, Carlos María. Aportaciones del principio de precaución al derecho penal. *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Facultad de derecho de la UNED. 2000, p.82. Contudo, a incerteza não deve servir como empecilho para a continuação de atividades socialmente úteis. “Este contexto incierto que destapa las limitaciones del conocimiento científico no puede sin embargo servir como excusa para paralizar las medidas a tomar, debido al imperativo que establece la pragmática política, y ni siquiera nos queda la aplicación indistinta del recurso ‘aprender, entonces actuar’ (...), ya que no actuar a tiempo podría acarrear consecuencias muy dañinas (justamente las que se quieren evitar), sin olvidar el hecho de que a veces nos movemos en contextos en los cuales las incertidumbres son irreducibles”. RODRÍGUEZ, Hannot. Riesgo y principio de precaución. Hacia una cultura de la incertidumbre. *Revista catalana de seguretat pública*, nº13, 2003, p.145. Afinal, como bem sintetiza Baker: “too much protection against loss can produce too much loss”. BAKER, Tom. Embracing risk, sharing responsibility. *Drake law review*, v.56, 2008, p.562.

¹⁴ Nesse sentido, Giddens, constatando a predominância do “risco manufaturado” sobre o “risco natural”, esclarece: “Risk isn’t the same as hazard or danger. Risk refers to hazards that are actively assessed in relation to future possibilities. It comes into wide usage only in a society that is future oriented – which sees the future precisely as a territory to be conquered or colonised. Risk presumes a society that actively tries to break away from its past – the characteristic, indeed, of modern industrial civilisation”. GIDDENS, Anthony. *Runaway world*. New York, 2.ed. Routledge, 2010, p.22.

¹⁵ “[N]o marco da sociedade mundial do risco, o surgimento de novas situações arriscadas, as incertezas e inseguranças criadas pelos riscos tecnológicos determinam uma crescente demanda social por segurança, que se revela normativa e substancialmente direcionada ao sistema penal”. MACHADO, Marta Rodríguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM,

um profundo sentimento de medo¹⁶. Aliás, não raro, o medo revela-se superior aos efetivos riscos vivenciados socialmente¹⁷. A segurança converte-se em uma pretensão social para a qual o Estado e, especialmente, o direito penal devem dar resposta. O direito penal põe fim, nominalmente, a esta angústia social¹⁸.

A configuração de uma sociedade de sujeitos passivos bem como a *identificação da maioria social com a vítima do delito* baseiam-se na ideia central de que a criminalização deve assumir um caráter global de defesa social¹⁹. Assim, para garantir a segurança, a sociedade clama pela redução do risco juridicamente permitido²⁰, ainda que isso signifique maiores restrições à liberdade²¹⁻²². E, com a percepção de que todos são vítimas em

2005, p.93. No mesmo sentido, SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas político-criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco. *Revista liberdades*, nº5, 2010, pp.95-96.

¹⁶ SATO, Catherine Ruriko. *Crimes de perigo abstrato e a questão da tentativa: limites da antecipação da tutela penal*. Dissertação (mestrado). Universidade de São Paulo, 2012, p.13. PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2003, *passim*.

¹⁷ “We compound our worries beyond all reason. Life expectancy in the United States has doubled during the twentieth century. We are better able to cure and control diseases than any other civilization in history. Yet we hear that phenomenal numbers of us are dreadfully ill”. GLASSNER, Barry. *The culture of fear*. New York: Basic Books, 2009, p.XX (Introduction). Segundo Silva Sánchez, a elevada sensibilidade ao risco decorre também da “nuestra pretension (...) de controlarlo todo, de controlar incluso el futuro, seguramente heredada del positivismo y que muestra un contraste especialmente intenso con la realidad social actual”. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Op.cit.* p.37, nota 58. No mesmo sentido, Giddens: “Para os pensadores do Iluminismo – e muitos de seus sucessores –, pareceu natural que a crescente informação sobre os mundos social e natural traria um controle cada vez maior sobre eles. Para muitos, esse controle era a chave para a felicidade humana; quanto mais estivermos – como humanidade coletiva – em uma posição ativa para fazer história, mais podemos orientar a história rumo aos nossos ideais”. O mundo da alta modernidade é extremamente aberto e contingente por causa – e não apesar – do conhecimento acumulado. “É um mundo em que a oportunidade e o perigo estão equilibrados em igual medida”. GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-industrial. In: GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. *Modernização reflexiva*. Política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 2012, p.92.

¹⁸ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Op.cit.* p.40.

¹⁹ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Op.cit.* p.58. A propósito: OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal*. Uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.122.

²⁰ “Así, la disminución de los niveles de riesgo permitido es producto directo de la sobrevaloración esencial de la seguridad —o libertad de no-pasión— frente a la libertad (de acción). SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Op.cit.* p.58. VILA VIÑAS, David. Regímenes de valoración de riesgos en las políticas de seguridad y control contemporáneas. Líneas de emergencia y crítica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2013, núm. 15-10, p.7.

²¹ Tal situação decorre também, segundo Mendonza Buergo, da tendência social de reduzir o *Unglück* ao *Unrecht*. Em outras palavras, há uma “tendência crescente, observable en la sociedad actual, de *redefinir* los acontecimientos lesivos como meros ‘injustos’, ya que cada vez parecemos menos dispuestos a considerar tales acontecimientos lesivos como meros ‘accidentes’. Ello favorecería la tendencia a imputar la realización del riesgo a autores individuales, atribuyendo a los mismos la autoría de acontecimientos lesivos que la vez antes se habrían definido como ‘accidentes’, ya que la ‘psicología social ha confirmado que cuando algo sale mal comienza la búsqueda de un culpable y se acaba en muchas ocasiones encontrando alguno, aunque sea de manera injusta”. MENDONZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid, Civitas, 2001, p.43.

²² O mesmo pode ser verificado no sistema de *Common Law*, em que se usa como princípio fundamental de criminalização o *harm principle*. Com efeito, através da ampliação do conceito de *harm*, amplia-se a esfera de

potencial²³, exige-se uma tutela cada vez mais eficaz²⁴⁻²⁵ contra diversos tipos de delitos – e.g. crimes econômicos²⁶, ambientais²⁷, agressões sexuais²⁸ e violência doméstica²⁹.

atuação penal de modo a garantir a segurança. Sobre os fundamentos do *harm principle*, conferir: HUMBOLDT, Wilhelm von. *Os limites da ação do Estado*. Ideias para um ensaio a fim de determinar as fronteiras da eficácia do Estado. Trad. Jesualdo Correa. Rio de Janeiro: Liberty Fund, 2004, *passim*; MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Trad. Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, *passim*; FEINBERG, Joel. *Harm to others*. The moral limits of the criminal law. New York: Cambridge University Press, 1984, *passim*. Harcourt esclarece que, sendo o *harm principle* princípio legítimo de criminalização, há uma distorção discursiva para que todas as condutas socialmente indesejáveis (especialmente as que ofendam uma “moralidade conservadora”) sejam proibidas sob o argumento do *harm principle*. HARCOURT, Bernard E. The collapse of the harm principle. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol.90, 1999, *passim*, especialmente p.119. No mesmo sentido, DRIPPS, Donald A. The liberal critique of the harm principle. *Criminal Justice Ethics*, v.17, 1998, p.5. Em sentido contrário, SMITH, Steven D. Is the harm principle illiberal? *The American Journal of Jurisprudence*, v.51, 2006, p.2. Nina Peršak, ao tratar do tema da criminalização de condutas potencialmente perigosas – com consequente redução de liberdades – afirma: “Abuses may come through different doors. They may come via the generous, extensive and all-encompassing interpretation of ‘others’ (encompassing society, community, majority etc.). ‘Causes or likely to cause’ part of the definition of the principle, especially the ‘likely to cause’ part, is apt to cause trouble as well, since it allows the ‘endangerment’, which is far from the more solid ‘harm’, to qualify for the criminal proscription. But the simplest, easiest way to abuse the principle is through the extending of ‘harm’”. PERŠAK, Nina. *Criminalising harmful conduct*. The harm principle, its limits and continental counterparts. Springer: New York, 2007, p.87. Analisando a questão da necessidade de criminalização do perigo e o efeito colateral de redução de liberdade, Simester e Hirsch alertam: “one integral component of any successful theory is the explanation of non-constitutive offenses. The challenge is to justify why individuals may, sometimes, be denied liberties for the sake of preventing remote harms”. SIMESTER, A. P., VON HIRSCH, Andrew. Remote harms and non-constitutive crimes. *Criminal Justice Ethics*, v.28, 2009, p.105.

²³ VOZMEDIANO, Laura, *et al.* Problemas de medición del miedo al delito: Algunas respuestas teóricas y técnicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2008, núm. 10-07, pp.2-5.

²⁴ Ainda que isso signifique flexibilizar garantias. Nesse sentido, Prado Amaral esclarece que, no contexto da modernidade, a intervenção penal é permitida em diversos planos a partir de políticas públicas que dispensam grande justificação empírica ou teórica. “Cria-se um direito penal, no qual cabe qualquer solução que seja voltada à administração de riscos, ainda que se trate de soluções não democráticas”. AMARAL, Claudio do Prado. *Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea*. São Paulo: IBCCRIM, 2007, p.72. Exemplo paradigmático de flexibilização de garantias é a chamada “causalidade estatística” nos delitos ambientais. Cf. CHO, Byung-Sun, Cuestiones de causalidad y autoría en el Derecho penal del medio ambiente coreano y japonés desde la perspectiva del derecho comparado. *Revista penal*, nº4, 1999.

²⁵ “En mi opinión, la evolución social está refutando radicalmente la opinión de algunos autores que habían caracterizado la progresiva cristalización del Estado democrático de Derecho (frente al Estado liberal o el Estado social) como un marco de ‘máximas prestaciones, máxima participación y máximas garantías’ (es decir, Estado del bienestar con Derecho penal mínimo). Más bien se pone de manifiesto que la pretensión de armonizar un Estado máximo y un Derecho penal mínimo constituye una *contradictio in terminis*. Aunque sólo fuera por un motivo: la inseguridad en cuanto a la percepción de las prestaciones (en sentido amplio: comprensivas de la ordenación del territorio, medio ambiente, consumo, orden económico; y no sólo relativas a la cuestión de las prestaciones sociales —educación, sanidad, desempleo, pensiones—) provenientes directa o indirectamente del Estado conduce a que se promueva la instrumentalización del Derecho penal para (pretendidamente) garantizarlas. El antipático Estado-Policía se convierte en el simpático Estado-Providencia y la protección radical de los intereses de las Administraciones Públicas se explica no en clave de autoritarismo —como se hacía respecto a los códigos penales de origen decimonónico— sino en clave de democracia e igualdad. Por ello, en realidad, parece razonable pensar que un Derecho penal mínimo sólo pueda generarse en el marco de un Estado mínimo...” SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Op.cit.* p.56, nota 118. Semelhante é o entendimento de José Eduardo Faria. Segundo o autor, o Estado intervencionista “por um lado dispunha de condições para amenizar tensões, neutralizar pressões e bloquear eventuais ameaças à legitimidade institucional; e, por outro, contava com a flexibilidade decisória necessária para estimular, promover, disciplinar, regular e planejar o crescimento, bem como para enfrentar os riscos de instabilidade conjuntural ou estrutural, podendo desta maneira preservar o processo econômico de problemas disfuncionais”. Contudo, a crise do Estado keynesiano causaria a “ingovernabilidade sistêmica” e a “inflação legislativa”. FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004, p.116.

Silva Sánchez também atribui a expansão do direito penal ao *descrédito de outras instâncias de proteção*³⁰. Com efeito, a moralidade social, o direito civil ou o direito administrativo seriam meios de tutela dos interesses sociais. Contudo, segundo o autor, não existe uma moralidade social³¹. Além disso, o direito civil não seria suficiente no contexto da

²⁶ Nesse sentido, apontando para uma “nova necessidade protetora”, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como direito penal do perigo*. São Paulo: RT, 2006, p.14. Defendendo uma regulação administrativa, por considerar ilegítimo o chamado “Direito penal econômico”, SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico*. Fundamentos, limites e alternativas. São Paulo: Quartier Latin, 2012, pp.104 e 144. Sarcedo, por sua vez, defende o uso do direito penal no âmbito econômico apenas para responsabilização das pessoas jurídicas. SARCEDO, Leandro. *Política criminal e crimes econômicos*. Uma crítica constitucional. São Paulo: Alameda, 2012, p.217. Propugnam pela ampliação do direito penal econômico, com sanções aplicáveis às pessoas físicas: FISCHER, Douglas. O custo social da criminalidade econômica. In: SOUZA, Artur de Britos Gueiros. *Inovações no direito penal econômico*. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011, p.19; NEVES, Eduardo Viana Portela. A atualidade de Edwin H. Sutherland. In: SOUZA, Artur de Britos Gueiros. *Inovações no direito penal econômico*. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011, p.45; SOUZA, Artur de Britos Gueiros. Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e novo direito penal. In: SOUZA, Artur de Britos Gueiros. *Inovações no direito penal econômico*. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011, p.117; MIGUEL, Ilídio José. Harmonização do direito penal econômico em face da integração regional na África austral. In: SOUZA, Artur de Britos Gueiros. *Inovações no direito penal econômico*. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011, p.188; MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim uma proposta de revisão do fetiche individualista. In: SOUZA, Artur de Britos Gueiros. *Inovações no direito penal econômico*. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011, p.204.

²⁷ “A alternativa que sobra (...) para uma proteção mais eficaz é, pois, o recurso à técnica dos crimes de perigo abstrato acompanhado da acessoriedade em relação à norma extra-penal, nomeadamente a administrativa”. FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes Ambientais à Luz do Conceito de Bem Jurídico-Penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: IBCCRIM, 2008, p.159.

²⁸ A propósito, assinala Silveira: “A ideia de incapacitação do criminoso violento, de igual modo que a própria pena de morte, funda-se em um lastro de profilaxia social, ou seja, enquanto afastado da comunidade, o condenado não se mostra a ela perigoso”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p.286. Sobre a ideia de aplicação da sanção como forma de controle de risco, conferir: ALVIM, Rui Carlos Machado. *Uma pequena história das medidas de segurança*. São Paulo: IBCCRIM, 1997, pp.21 e ss.

²⁹ “[E]l nuevo régimen emergente de regulación de la inseguridad social es versátil porque demuestra una gran capacidad de incorporar a sus objetivos, conforme se vayan definiendo nuevos espacios de inseguridad (por parte de periodistas, burócratas, activistas sociales de todo tipo o políticos electos), nuevos arquetipos sociales a los que incorpora como generadores de dicha inseguridad, como es el caso de los ‘depredadores sexuales’, los maltratadores domésticos o, últimamente, los conductores temerarios”. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. ¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2009, núm. 11-08, p.19.

³⁰ Nils Jareborg esclarece como a lógica de criminalização (em consonância com a ideia de *ultima ratio*) deveria funcionar: “[T]here must be a basic presumption that the State should not interfere at all. If interference is necessary, then aid, support, care, insurance and license arrangements should take precedence over coercive measures. If coercive measures are necessary, they need not consist in sanctions. If sanctions are necessary, private law sanctions might be preferable to administrative sanctions”. JAREBORG, Nils. Criminalization as last resort (*ultima ratio*). *Ohio State Journal of Criminal Law*. v.2, 2005, p.524.

³¹ O que flexibilizaria os limites éticos do agir. Logo, a inexistência de uma moralidade social favoreceria o apelo ao Direito penal enquanto instância de proteção. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Op.cit.* p.63. Esse ponto é questionável. Basta pensar que, existindo uma moralidade social, há a possibilidade de uma imposição de dita moralidade via Direito penal. Nesse sentido: DEVLIN, Patrick. *La imposición de la moral*. Trad. Miguel Ángel Ramiro *et al.* Madrid: Dykinson, 2010, pp.47-68. Considerando a inexistência de uma moralidade comum como limite ao direito penal: HERRING, Jonathan. *Criminal law. The basics*. New York: Routledge, 2010, pp.2-3. Em

sociedade de risco, haja vista a magnitude dos danos potenciais³². O direito administrativo, por sua vez, mostra-se inadequado como instância de proteção por desprestigiado, devido a burocracia que o acompanha³³. Outros argumentos podem ser levantados para explicar a preferência pelo direito penal, tais como o poder intimidador do deste ramo do ordenamento³⁴ ou até mesmo o caráter mais garantista do direito penal em relação ao direito administrativo³⁵.

O engajamento social³⁶ daqueles que, historicamente, não puderam contar com a tutela penal para, de certa forma, mudar o foco do Direito punitivo – que passa a se ocupar, por exemplo, também da “criminalidade dos poderosos”³⁷ – é uma manifestação do que Silva Sánchez chama de *gestores atípicos da moralidade e atitude da esquerda política*, que adota o discurso da segurança³⁸.

Por fim, Silva Sánchez aponta para o *gerencialismo* como causa da expansão penal. A ideia básica é a desformalização³⁹ para garantir maior eficiência⁴⁰ ao sistema de

sentindo crítico, afirmando que o direito penal tutela a moralidade social: DWORKIN, Gerald. Devlin was right: Law and the enforcement of morality. *William and Mary Law Review*. v.40, 1999, p.946.

³² Em outras palavras, os mecanismos de seguros e reparação de danos seriam insuficientes. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Op.cit.* p.63.

³³ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Op.cit.* p.64.

³⁴ “O direito administrativo, por sua vez, também não satisfaz as expectativas de inibição de atividades arriscadas. Seja pela ausência de estrutura adequada do Estado para identificar condutas ilícitas, por meio de uma ação fiscal ou policial preventiva, seja pela baixa capacidade de intimidação, decorrente das sanções estabelecidas, em geral pecuniárias, que não parecem ter envergadura suficiente para inibir atividades proibidas, este instrumento de controle de riscos não supre a demanda por maior segurança”. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op.cit.* p. 89.

³⁵ ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y Constitución. *Revista penal*, v.1, 1998, p.14.

³⁶ Giddens aponta o “engajamento radical” como reação possível ao contexto de riscos da modernidade. GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991, p.151.

³⁷ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Op.cit.* p.72.

³⁸ “Además de los factores anteriores, no puede perderse de vista tampoco el giro de, al menos, buena parte de la criminología de izquierda. En efecto, a partir de un determinado momento se repara desde esta línea de pensamiento en que los sujetos pertenecientes a los niveles inferiores de la sociedad también son, por encima de otras consideraciones, titulares ‘reales’ de bienes jurídicos (individuales o ‘difusos’); en que también éstos empiezan a verse a sí mismos más como víctimas potenciales que como autores potenciales. Con ello, la alianza en su día pretendida por un cierto marxismo entre delincuencia y proletariado se manifiesta absurda. Por el contrario, desde perspectivas de izquierda se insiste en la necesidad de no olvidar las demandas de mayor protección (y, en todo caso, de no deslegitimación de la protección existente) que surgen desde estos sectores”. (...). “Si tales ‘gestores’ habían venido siendo tradicionalmente determinados estamentos burgueses-conservadores, hoy adquieren tanta o más relevancia en tal papel las asociaciones ecologistas, feministas, de consumidores, de vecinos (contra los pequeños traficantes de drogas), pacifistas (contra la propagación de ideologías violentas), antidiscriminatorias (contra ideologías racistas o sexistas, por ejemplo), o, en general, las organizaciones no gubernamentales que protestan contra la vulneración de derechos humanos en otras partes del mundo. Todas ellas encabezan la tendencia hacia una progresiva ampliación del Derecho penal en orden a la creciente protección de sus respectivos intereses”. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Op.cit.* pp.66-67.

³⁹ “En este contexto, la privatización y, más en general, la desformalización, la renuncia a la dimensión de igualdad y generalidad, de distancia e imparcialidad en favor de soluciones ‘de emergencia’ devuelven las reacciones contra el delito al ámbito de la cotidianeidad. Con ello, les privan de la sacralización tradicionalmente propia de lo público, de su contenido simbólico, las deslegitiman y conducen a una disminución de eficacia

gestão de riscos. O objetivo da política criminal é a busca da máxima segurança, minimizando ou neutralizando os fatores e contextos que provocam riscos, notadamente quando este deriva de determinados tipos de delinquentes⁴¹. Logo, o delinquente é visto como fonte de risco e, assim, deve ser gerido⁴²⁻⁴³.

3 Críticas ao posicionamento de Silva Sánchez

Segundo Díez Ripollés, configura-se, na Espanha e na América Latina, um novo modelo de intervenção penal⁴⁴, fundado nos seguintes pilares: sentimento generalizado de insegurança⁴⁵, desumanização do criminoso⁴⁶, mudança de perspectiva do papel da vítima⁴⁷,

preventiva, que puede requerir, como compensación, un incremento de la sanción en su sentido fáctico”. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Op.cit.*p.79.

⁴⁰ Cf. amplamente: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiência e direito penal*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.

⁴¹ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. *Op.cit.*p.20.

⁴² “En este contexto, se designará como *actuarial* al uso de datos estadísticos, clínicos y de distinto tipo, compilados en bases de datos con el objetivo de determinar la existencia y características de ciertos comportamientos en relación con distintos grupos sociales, a fin de poder predecir sus conductas presentes y futuras”. (...)“Tales tecnologías también han encontrado un campo favorable en la expansión de los enfoques criminológicos de *incapacitación selectiva*, cuya eficacia depende de la utilidad que tenga el encierro de los sujetos, en función de las posibilidades delictivas que se les atribuyan en caso de libertad”. VILA VIÑAS, David. *Op.cit.*pp.9-10.

⁴³ É notório que o assunto da segurança no trânsito conquistou lugar de destaque na agenda política e midiática. Junto com os holofotes televisivos, veio uma mudança na atitude social em relação aos acidentes automobilísticos: a sociedade passa da resignação ao combate. Entretanto, esse combate é dirigido ao “condutor irresponsável”, concebido como “inimigo social” e “fonte de perigo”. GARCÍA ALBERO, Ramón. La nueva política criminal de la seguridad vial. Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre, y del Proyecto de Reforma del Código Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*. 2007, núm. 09-11, pp.2-3. Sobre os delitos de perigo abstrato no trânsito, ver: MATA Y MARTÍN, R. M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada: Editorial Comares, 1997, pp.26-30.

⁴⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*. 2004, núm. 06-03, p.6.

⁴⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El nuevo modelo. *Op.cit.* p.8. Não por outra razão, “resulta fácil apreciar que un buen número de programas de intervención penal son diseñados, no tanto para reducir efectivamente el delito cuanto para disminuir las generalizadas inquietudes sociales sobre la delincuencia”. *Idem*, p.9.

⁴⁶ “Se han puesto de moda calificaciones como las de ‘predador sexual’, ‘criminal incorregible’, ‘asesino en serie’, ‘jóvenes desalmados’... que reflejan acertadamente el nuevo estatus social, deshumanizado, del delincuente”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El nuevo modelo. *Op.cit.* p.9. Esta desumanização do criminoso é favorecida pelo enfoque volitivo da criminalidade. Em outras palavras, ganha espaço a ideia de que o criminoso opta livremente pelo cometimento de crimes, sendo as circunstâncias sociais, por exemplo, desconsideradas. Assim: “El enfoque volitivo, al partir de la generalizada asunción de que todos los ciudadanos están en condiciones de responder plenamente de sus decisiones, deja, además, un amplio margen para medidas legislativas de naturaleza simbólica, cargadas de fuerza comunicativa y provecho electoral: Su insatisfactoria eficacia o efectividad siempre pueden resultar enmascaradas por el incontrovertible dato de que en último término la culpa de la persistencia de la delincuencia es de quien delinque”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El nuevo modelo. *Op.cit.* p.30.

⁴⁷ “Ante todo, son las demandas de las víctimas reales o potenciales, cuando no de unas víctimas arquetípicas sin existencia real ni posible, las que guían el debate policriminal, arrumbándose reflexiones más complejas, atentas al conjunto de necesidades colectivas”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El nuevo modelo. *Op.cit.* p.10.

perda de relevância da opinião dos expertos⁴⁸, revalorização do caráter aflitivo da pena⁴⁹ e preferência pela pena privativa de liberdade⁵⁰. O autor afirma ainda que, em face do referido sentimento de insegurança, a sociedade moderna ganha uma característica marcante: os cidadãos já não temem possíveis abusos dos poderes públicos no exercício de suas funções repressivas⁵¹. Essa aceitação da ampliação dos poderes punitivos decorre das supostas vantagens que um modelo penal de “segurança cidadã” tem a oferecer, tais como: distinção nítida entre cidadãos e delinquentes, preconização da rigidez frente aos infratores das normas e desconsideração das desigualdades sociais. Assim, esse modelo, através de uma série de simplificações⁵², fornece “certezas convenientes” para um “mundo desregulado e imprevisível”⁵³.

O modelo descrito fracassará, ainda segundo Díez, quando suficientes setores sociais compreenderem os riscos de renunciar a um sistema de garantias em favor de um modelo penal teoricamente mais efetivo no combate ao delito⁵⁴. Essa percepção social, contudo, terá que superar a barreira representada pelo fenômeno de redução da opinião pública à opinião publicada⁵⁵.

⁴⁸“En contrapartida, la experiencia cotidiana del pueblo, su percepción inmediata de la realidad y los conflictos sociales han pasado a ser un factor de primera importancia a la hora de configurar las leyes penales, y pugna por serlo también en la aplicación legal. Lo novedoso, sin embargo, no es que tales experiencias y percepciones condicionen la creación y aplicación del derecho, algo legítimo en toda sociedad democrática, sino el que demanden ser atendidas sin intermediarios, sin la interposición de núcleos expertos de reflexión que valoren las complejas consecuencias que toda decisión penal conlleva. Los portadores de esos nuevos conocimientos son la opinión pública creada por los medios populares de comunicación social, las víctimas o grupos de víctimas y, en último término, el pueblo llano”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El nuevo modelo. *Op.cit.* p.11. O autor esclarece que a base deste protagonismo da opinião popular está no novo papel do político, o qual deixa de ser formador de opiniões e, por razões eleitorais, transforma-se em mero transmissor de opiniões originadas no seio social. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El nuevo modelo. *Op.cit.* p.26.

⁴⁹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El nuevo modelo. *Op.cit.* p.13.

⁵⁰“Su recreditación no tiene que ver con una mejora de sus potencialidades reeducadoras, que siguen considerándose escasas o negativas, sino con su capacidad para garantizar otros efectos sociopersonales de la pena: En primer lugar, los intimidatorios y los meramente retributivos, que con la adquisición por el delincuente del estatus de persona normal y el ascenso de los intereses de las víctimas han pasado al primer plano; en segundo lugar, los efectos inocuidadores, en virtud de los cuales se responde con el aislamiento social y reclusión del delincuente al fracaso de la sociedad en la resocialización de sus desviados y, sobre todo, a su negativa a asumir los costes económicos y sociales vinculados al control de la desviación en sus orígenes mediante las correspondientes transformaciones sociales”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El nuevo modelo. *Op.cit.* pp.15-16.

⁵¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El nuevo modelo. *Op.cit.* p.17.

⁵² O autor cita a ideia simplista – decorrente do enfoque volitivo – de dividir a sociedade entre bons e maus. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El nuevo modelo. *Op.cit.* p.26. Sobre simplificações binárias no âmbito político, ver: KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p.445.

⁵³ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El nuevo modelo. *Op.cit.* p.29.

⁵⁴ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El nuevo modelo. *Op.cit.* pp.32-33.

⁵⁵ O autor classifica os meios de comunicação como “agente social porta-estandarte da nova ideologia de segurança cidadã”. “Su avidez lucrativa en unos casos, su sesgo ideológico en otros, la lucha por los lectores o la audiencia en casi todos, les ha hecho apurar al máximo las innegables potencialidades mediáticas de la

A busca da efetividade é uma marca da política criminal da sociedade de risco, como demonstram a flexibilização das garantias processuais e a “expansão da imputação” (*Zurechnungsexpansion*)⁵⁶. O modelo da “segurança cidadã” consolida-se, dessa forma, integrando-se ao fenômeno pretensamente mais amplo da sociedade de risco⁵⁷. As confusões conceituais⁵⁸, derivadas das misturas indevidas de contextos de criminalização (propulsionados por ideologias distintas), permitem conclusões de que, por exemplo, a criminalidade dos socialmente excluídos constitui a dimensão não tecnológica da sociedade de risco⁵⁹.

A confusão conceitual decorre da ampliação do conceito de risco⁶⁰, no afã de conferir maior coerência à análise das motivações das últimas decisões político-criminais. Assim, dois fenômenos reais que se “movem em direções opostas” são tratados como se derivassem das mesmas causas. Dessa forma, a busca por coerência acaba por reconhecer ao modelo penal da “segurança cidadã” uma “cobertura fática que não merece, por não corresponder à realidade”⁶¹.

criminalidad, a la que mantienen una y otra vez en sus portadas. No importa, a tales efectos, que la imagen social que se transmita de la delincuencia y de su persecución se asiente sobre anécdotas y sucesos aislados descontextualizados, que se incremente sin fundamento real la preocupación y miedo por el delito y las consecuentes demandas sociales de intervención, o que se haya de ocultar la ignorancia y falta de preparación de sus profesionales a la hora de entender los complejos conflictos sociales que están narrando”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El nuevo modelo. *Op.cit.* p.25. Sobre a redução da opinião pública à opinião publicada, ver: TAVARES, Juarez. La reforma penal en Brasil. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GARCÍA PÉREZ, Octavio (Coordinadores). *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008, p.73.

⁵⁶DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (en línea)*. 2005, núm. 07-01, pp.4-5.

⁵⁷DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana. *Op.cit.* p.10.

⁵⁸ O autor afirma que a análise de Silva Sánchez sofre de um “defeito original”: “Le conduce a intentar explicar dos fenómenos reales, pero que se mueven en buena parte en direcciones opuestas, como si respondieran a unas mismas causas y a unas mismas exigencias ideológicas. Me refiero, por un lado, a la llamada ‘modernización’ del derecho penal, orientada sustancialmente contra la criminalidad de los *poderosos*, y, por otro lado, a las demandas de ‘seguridad ciudadana’, dirigidas mayoritariamente contra la delincuencia callejera y clásica y, por tanto, contra los sectores sociales más desfavorecidos y los *marginados*. Y el desenfoque de ese análisis se acentúa, por lo demás, cuando se percibe que, para Silva, lo que marca la pauta en la expansión del derecho penal son precisamente las exigencias de ‘modernización’ y no las de ‘seguridad ciudadana’”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. El nuevo modelo. *Op.cit.* p.7, nota 7.

⁵⁹DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana. *Op.cit.* p.10.

⁶⁰“El auge de los mecanismos de inocuización selectiva, directamente encaminados a sacar de la vida social y recluir por largos periodos de tiempo a los delincuentes habituales de la criminalidad clásica, es considerado igualmente como una eficiente variante más de la *gestión administrativa de riesgos*, inevitable en la complejas sociedades actuales dada su alta sensibilidad al riesgo”. DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana. *Op.cit.* p.10.

⁶¹DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana. *Op.cit.* p.11.

Com efeito, o conceito de “expansão penal” não se refere primordialmente às novas formas de criminalidade próprias da sociedade de risco⁶². Na verdade, há um predomínio da expansão intensiva sobre a expansão extensiva. Verificam-se, por essa razão, decisões político-criminais que concentram esforços em um incremento da punição de certos tipos de “delinquência clássica”⁶³. Pode-se dizer, portanto, que os “delitos tradicionais” (*i.e.*, contra a pessoa e contra o patrimônio) são os principais atingidos pelo aumento da criminalização, primária⁶⁴ e secundária⁶⁵.

Díez Ripollés comprova esta última afirmação analisando três âmbitos de criminalização característicos da sociedade de risco. Em primeiro lugar, há a criminalidade organizada (lavagem de dinheiro, fraudes financeiras, violações de propriedade intelectual ou industrial, entre outros). Contudo, o núcleo das intervenções estatais se dá em dois âmbitos já tradicionais: o narcotráfico e terrorismo. Essas duas modalidades delitivas não se beneficiam das novas tecnologias da sociedade de risco e não são levadas a cabo por setores privilegiados da sociedade. A expansão vai recair, em última instância, sobre a delinquência comum⁶⁶. Em segundo lugar, há a delinquência grave de natureza violenta ou sexual. Nesse grupo fica mais clara a desvinculação entre expansão penal e sociedade de risco: trata-se de intensificar a

⁶²DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana. *Op.cit.*p.13.

⁶³DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana. *Op.cit.*p.13.

⁶⁴ “*Criminalización primaria es el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas. Se trata de un acto formal, fundamentalmente programático, pues cuando se establece que una acción debe ser penada, se enuncia un programa, que debe ser cumplido por agencias diferentes a las que lo formulan. Por lo general, la criminalización primaria la ejercen agencias políticas (parlamentos y ejecutivos), en tanto que el programa que implican lo deben llevar a cabo las agencias de criminalización secundaria (policías, jueces, agentes penitenciarios). Mientras que la criminalización primaria (hacer leyes penales) es una declaración que usualmente se refiere a conductas o actos, la criminalización secundaria es la acción punitiva ejercida sobre personas concretas, que tiene lugar cuando las agencias policiales detectan a una persona, a la que se atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente, la investiga, en algunos casos la priva de su libertad ambulatoria, la somete a la agencia judicial, ésta legitima lo actuado, admite un proceso (o sea, el avance de una serie de actos secretos o públicos para establecer si realmente ha realizado esa acción), se discute públicamente si la ha realizado y, en caso afirmativo, admite la imposición de una pena de cierta magnitud que, cuando es privativa de la libertad ambulatoria de la persona, es ejecutada por una agencia penitenciaria (prisionización)*”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Derecho penal. Parte general. 2.ed.* Buenos Aires: EDIAR, 2002, p.7.

⁶⁵ Nesse sentido, ver levantamentos estatísticos em: GROSNER, Marina Quezado. *A Seletividade do Sistema Penal na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: O Tratamento da Criminalização Secundária por Decisões em Habeas Corpus*. São Paulo: IBCCRIM, 2008, *passim*.

⁶⁶DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana. *Op.cit.*p.16. A propósito, Mingardi esclarece que, normalmente, o crime organizado territorial possui um nicho ecológico “no qual são recrutados seus membros. Algumas vezes o local tem uma população comparativamente pobre e segregada. O exemplo típico são as favelas brasileiras, onde a integração ao tecido urbano por parte da população é problemático. Há um estigma ligado a condição de morador em uma favela, separando seu habitante dos demais moradores da metrópole. Essa condição tem levado muitas vezes a população a desenvolver tradições de autonomia político/social”. MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: IBCCRIM, 1998, p.62.

punição de uma criminalidade clássica, que ataca bens jurídicos individuais⁶⁷. O terceiro bloco de comportamentos contidos na nova expansão securitária supõe a descida à criminalidade dos excluídos. Este bloco da nova expansão exemplifica o caráter autoritário da política criminal⁶⁸.

Deve-se esclarecer que não se nega a existência de dois objetivos distintos das reformas penais, a saber: por um lado, quer-se reforçar o controle penal sobre os grupos sociais e comportamentos delitivos mais tradicionais e, por outro, quer-se identificar certos grupos mais ou menos organizados como objeto preferencial de persecução⁶⁹. Ocorre que, no contexto social atual, a legislação pode perder a racionalidade ou ficar submetida ao casuísmo judicial⁷⁰. E as imprecisões legislativas, em um momento de expansão penal, têm efeito sobre a racionalidade judiciária⁷¹.

4 Considerações finais

A expansão do direito penal, fenômeno de difícil demonstração, mas de fácil percepção, decorre de uma série de fatores, tais como: surgimento de novos interesses, efetiva aparição de novos riscos, a institucionalização da insegurança, a sensação social de insegurança, configuração de uma sociedade de sujeitos passivos, a identificação da maioria social com a vítima do delito, descrédito de outras instâncias de proteção, a aparição dos gestores atípicos da moralidade, etc.

Procurar encaixar todos esses fatores no contexto da sociedade de risco seria uma simplificação extremada. Com efeito, a sociedade de risco, em sua vertente tecnológica, cria uma série de novos riscos, o que abre espaço, por exemplo, para a aplicação do princípio da precaução.

Entretanto, muitas manifestações criminógenas atuais decorrem da implementação de um modelo de “segurança cidadã”. O objetivo principal desse modelo é, por meio de uma

⁶⁷DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana. *Op.cit.*p.16.

⁶⁸DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana. *Op.cit.*p.16.

⁶⁹DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GARCÍA PÉREZ, Octavio (Coordinadores). *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008, p.494.

⁷⁰DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. *Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho*. n.24, 2001, pp.7-8.

⁷¹ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. Teoria e prática. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005, p.85. A racionalidade judicial pode ser definida como “a capacidade para manter com um setor da realidade social uma interação que se corresponde, que é coerente, com os dados que constituem essa realidade e que conhecemos”. *Idem*, p.91.

simplificação binária – “cidadão de bem” vs. delinquente –, legitimar quaisquer expansões penais que visem a garantia da segurança do “bom cidadão”, em detrimento do criminoso.

Sendo a expansão desordenada do direito penal uma ameaça às liberdades civis, urge buscar os limites do recrudescimento punitivo. Para tanto, deve-se, antes de mais nada, encontrar as causas do fenômeno.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Rui Carlos Machado. *Uma pequena história das medidas de segurança*. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

AMARAL, Claudio do Prado. *Bases Teóricas da Ciência Penal Contemporânea*. São Paulo: IBCCRIM, 2007.

AMELUNG, Knut. El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

ARROYO ZAPATERO, Luis. Derecho penal económico y Constitución. *Revista penal*, v.1, 1998.

BAKER, Tom. Embracing risk, sharing responsibility. *Drake law review*, v.56, 2008.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco*. São Paulo: RT, 2007

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. *Modernização reflexiva*. Política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

_____. *Sociedade de risco*. Rumo a uma outra modernidade. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2010.

CHO, Byung-Sun, Cuestiones de causalidad y autoría en el Derecho penal del medio ambiente coreano y japonés desde la perspectiva del derecho comparado. *Revista penal*, nº4, 1999.

D’AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. ¿Hacia el Derecho penal de la postmodernidad? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2009, núm. 11-08.

DEVLIN, Patrick. *La imposición de la moral*. Trad. Miguel Ángel Ramiro et al. Madrid: Dykinson, 2010.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. Teoria e prática. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005.

_____. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2005, núm. 07-01.

_____. El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2004, núm. 06-03.

_____. La política legislativa penal iberoamericana a principios del siglo XXI. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GARCÍA PÉREZ, Octavio (Coordinadores). *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008.

_____. Presupuestos de un modelo racional de legislación penal. *Doxa: cuadernos de Filosofía del Derecho*. n.24, 2001.

DRIPPS, Donald A. The liberal critique of the harm principle. *Criminal Justice Ethics*, v.17, 1998.

DWORKIN, Gerald. Devlin was right: Law and the enforcement of morality. *William and Mary Law Review*. v.40, 1999.

FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FEINBERG, Joel. *Harm to others*. The moral limits of the criminal law. New York: Cambridge University Press, 1984.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. *Crimes Ambientais à Luz do Conceito de Bem Jurídico-Penal: (des)criminalização, redação típica e (in)ofensividade*. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

FISCHER, Douglas. O custo social da criminalidade econômica. In: SOUZA, Artur de Britos Gueiros. *Inovações no direito penal econômico*. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011.

GARCÍA ALBERO, Ramón. La nueva política criminal de la seguridad vial. Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre, y del Proyecto de Reforma del Código Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2007, núm. 09-11.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Raul Fiker. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

_____. A vida em uma sociedade pós-industrial. In: GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. *Modernização reflexiva*. Política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

_____. Risk and responsibility. *The Modern Law Review*, v.62, 1999.

_____. *Runaway world*. New York, 2.ed. Routledge, 2010.

GLASSNER, Barry. *The culture of fear*. New York: Basic Books, 2009.

GRECO, Luís. *Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato*. (Com um adendo: Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GROSNER, Marina Quezado. *A Seletividade do Sistema Penal na Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: O Tratamento da Criminalização Secundária por Decisões em Habeas Corpus*. São Paulo: IBCCRIM, 2008.

HASSEMER, Winfried. ¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal? In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

HARCOURT, Bernard E. The collapse of the harm principle. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, vol.90.

HEFENDEHL, Roland. El bien jurídico como eje material de la norma penal. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

HERRING, Jonathan. *Criminal law. The basics*. New York: Routledge, 2010.

HUMBOLDT, Wilhelm von. *Os limites da ação do Estado*. Ideias para um ensaio a fim de determinar as fronteiras da eficácia do Estado. Trad. Jesualdo Correa. Rio de Janeiro: Liberty Fund, 2004.

HUSAK, Douglas. *Overcriminalization. The limits of the criminal law*. New York: Oxford University Press, 2008.

JAREBORG, Nils. Criminalization as last resort (*ultima ratio*). *Ohio State Journal of Criminal Law*. v.2, 2005.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

- MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. *Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim uma proposta de revisão do fetiche individualista. In: SOUZA, Artur de Britos Gueiros. *Inovações no direito penal econômico*. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011.
- MATA Y MARTÍN, R. M. *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada: Editorial Comares, 1997.
- MENDONZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid, Civitas, 2001.
- MIGUEL, Ilídio José. Harmonização do direito penal económico em face da integração regional na África austral. In: SOUZA, Artur de Britos Gueiros. *Inovações no direito penal econômico*. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011.
- MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Trad. Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- MINGARDI, Guaracy. *O Estado e o crime organizado*. São Paulo: IBCCRIM, 1998.
- NEVES, Eduardo Viana Portela. A atualidade de Edwin H. Sutherland. In: SOUZA, Artur de Britos Gueiros. *Inovações no direito penal econômico*. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011.
- OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal*. Uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- PASTANA, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.
- PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.
- PERŠAK, Nina. *Criminalising harmful conduct*. The harm principle, its limits and continental counterparts. Springer: New York, 2007.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 3.ed. São Paulo: RT, 2011.
- RODRÍGUEZ, Hannot. Riesgo y principio de precaución. Hacia una cultura de la incertidumbre. *Revista catalana de seguretat pública*, nº13, 2003.

ROMEU CASABONA, Carlos María. Aportaciones del principio de precaución al derecho penal. *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*. Facultad de derecho de la UNED. 2000.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARCEDO, Leandro. *Política criminal e crimes econômicos*. Uma crítica constitucional. São Paulo: Alameda, 2012.

SATO, Catherine Ruriko. *Crimes de perigo abstrato e a questão da tentativa: limites da antecipação da tutela penal*. Dissertação (mestrado). Universidade de São Paulo, 2012.

SILVA, Luciana Carneiro da. Perspectivas político-criminais sob o paradigma da sociedade mundial do risco. *Revista liberdades*, nº5, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Eficiência e direito penal*. Trad. Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2004.

_____. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2.ed. Madrid: Civitas, 2001.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Crimes sexuais: bases críticas para a reforma do direito penal sexual*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. *Direito penal econômico como direito penal do perigo*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Direito penal supra-individual: interesses difusos*. São Paulo: RT, 2003.

SIMESTER, A. P., VON HIRSCH, Andrew. Remote harms and non-constitutive crimes. *Criminal Justice Ethics*, v.28, 2009.

SMITH, Steven D. Is the harm principle iliberal? *The American Journal of Jurisprudence*, v.51, 2006.

SOUZA, Artur de Britos Gueiros. Da criminologia à política criminal: direito penal econômico e novo direito penal. In: SOUZA, Artur de Britos Gueiros. *Inovações no direito penal econômico*. Contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas. Brasília: ESMPU, 2011.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal econômico*. Fundamentos, limites e alternativas. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

STRATENWERTH, Günther. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In: HEFENDEHL, Roland (ed.). *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* Madrid: Marcial Pons, 2007.

TAVARES, Juarez. La reforma penal en Brasil. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis; GARCÍA PÉREZ, Octavio (Coordinadores). *La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo*. Buenos Aires: Editorial B de F, 2008.

VILA VIÑAS, David. Regímenes de valoración de riesgos en las políticas de seguridad y control contemporáneas. Líneas de emergencia y crítica. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2013, núm. 15-10.

VOZMEDIANO, Laura, *et al.* Problemas de medición del miedo al delito: Algunas respuestas teóricas y técnicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2008, núm. 10-07.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. *Derecho penal*. Parte general. 2.ed. Buenos Aires: EDIAR, 2002.

Submetido: 30.07.2017

Aceito: 07.10.2017